

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

ȘTIINȚE JURIDICE

TOM LVIII

Nr. II - 2012

EDITURA UNIVERSITĂȚII “ALEXANDRU IOAN CUZA”
IAȘI

COLEGIUL DE REDACȚIE

Redactor responsabil: Prof.dr. Tudorel TOADER

Membri: Prof.dr. Grigore THEODORU

Prof.dr. Ioan MACOVEI

Prof.dr. Gheorghe DURAC

Conf.dr. Carmen Tamara UNGUREANU

Lect.dr. Marius BALAN

Consilier editorial: Mariana PETCU

ISSN 1221-8464

C U P R I N S

CARMEN TAMARA UNGUREANU , Reprezentarea în actele juridice civile, potrivit reglementării din Codul civil în vigoare	5
ANCUȚA-ELENA FRANȚ , Obiectul material al infracțiunii de provocare ilegală a avortului	19
ANDRA IFTIMIEI , Contextul istoric al dezvoltării raporturilor dintre dreptul penal și legea fundamentală în România, partea a II ^a	33
MIRELA-CARMEN DOBRILĂ , Evoluția istorică a reglementării infracțiunii de înșelăciune (I)	47
OLGA-ANDREEA URDA , Raportul dintre dreptul penal european și dreptul penal național. Considerații generale	73
COSMIN DĂRIESCU , New romanian choice-of-law rules on marriage effects	91
MIHAI DUNEA , Constante și modificări în structura cauzei speciale de nepedepsire întemeiată pe relațiile de căsătorie ori de rudenie ale infractorului, în cazul incriminării nedenunțării unor infracțiuni contra siguranței statului / securității naționale, în lumina tranziției legislative de la Codul Penal din 1968 la Noul Cod Penal din 2009 [partea a II-a: o analiză a formelor și efectelor erorii de fapt]_	103
NICOLAE-HORIA ȚIȚ , Tratatamentul națiunii celei mai favorizate în comerțul cu servicii – regulă fundamentală a comerțului internațional în cadrul sistemului multilateral al Organizației Mondiale a Comerțului	157
CLAUDIU GEORGE PUPĂZAN , Considerații cu privire la răspunderea penală a șefilor de state din Federația Rusă și Statele Unite ale Americii	167

**REPREZENTAREA ÎN ACTELE JURIDICE CIVILE,
POTRIVIT REGLEMENTĂRII DIN CODUL CIVIL ÎN VIGOARE**

CARMEN TAMARA UNGUREANU*

Rezumat

Reprezentarea în actele juridice civile este reglementată în art. 1295-1314 C. civ. În studiul de față sunt analizate diferitele feluri de reprezentare, în accepțiunea dată acestora de către legiuitor în Codul civil, condițiile reprezentării și efectele acesteia, făcându-se trimitere și la doctrina anterioară Codului civil din 2009.

Cuvinte cheie: reprezentarea, actul juridic civil, mandatul

Résumé

La représentation dans les actes juridiques civils est réglementée par les articles 1295-1314 du nouveau Code civile roumain du 2009. Dans le présent article sont présentées les différentes formes de représentation, les conditions et les effets de la représentation, en faisant allusion, en même temps, à la doctrine antérieure au Code civile en vigueur.

Mots clés: représentation, acte juridique civil, mandat

În actele juridice civile se aplică principiul relativității, ceea ce înseamnă că efectele acestora se produc între părți sau persoanele asimilate părților. „Contractul produce efecte numai între părți, dacă prin lege nu se prevede altfel.” (art. 1280 C. civ.¹). Actul juridic, în principiu, nu poate produce efecte nici în favoarea, nici împotriva terților. Faptul că un act juridic nu produce efecte împotriva terților este conform cu echitatea. Dacă un act juridic ar putea crea o obligație în sarcina terților sau ar putea aduce atingere patrimoniului lor, asta ar însemna că cineva ar putea dispune de patrimoniul altei persoane fără consimțământul acesteia. Faptul că un act juridic nu produce efecte în favoarea terților este o consecință a voinței

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

¹ Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, publicată în Monitorul oficial al României, Partea I, nr. 511 din 24 iulie 2009, cu modificările și completările ulterioare.

părților: prin încheierea unui act juridic, de regulă, părțile urmăresc să profite, ele însele, de act și nu terții. Pe de altă parte, dacă voința unei persoane ar putea fi impusă voinței terților, asta ar conduce la suprimarea libertății individuale².

Sunt excepții de la principiul relativității efectelor actului juridic acele cazuri în care efectele actului juridic se produc și față de alte persoane care nu au participat la încheierea actului juridic; adică actul juridic dă naștere la drepturi în favoarea altor persoane, decât părțile sau dă naștere la obligații în sarcina altor persoane, decât părțile. În principiu, nimeni nu poate fi *obligat* printr-un act juridic la care nu a fost parte, dar poate dobândi *drepturi*³. În literatura juridică⁴, excepțiile se împart în excepții reale și excepții aparente de la principiul relativității. Excepții reale există numai dacă, prin *voința părților* (și nu în temeiul legii) un act juridic dă naștere la drepturi sau obligații pentru o persoană care nu a participat la încheierea lui, nici *personal*, nici prin *reprezentare*.

În această accepțiune, singura *excepție reală* este *stipulația pentru altul*⁵. Dacă avem în vedere faptul că o excepție reală de la principiul relativității poate exista *numai prin voința părților*, terțul beneficiar neparticipând în nici un fel, nici chiar prin exprimarea consimțământului lui în sensul acceptării dreptului care se naște în favoarea lui, atunci nici stipulația pentru altul nu este o excepție reală, deoarece, în art. 1286 alin. (1)

² A se vedea, C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român*, vol. 1, Editura All Beck, Colecția Restitutio, București, 2002I, p. 107-110.

³ A se vedea, C. Stătescu, C. Bîrsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, ed. a IX-a, Editura Hamangiu, București, 2008, p.68-69.

⁴ A se vedea Ghe. Beleiu, *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, ed. a XI-a revăzută și adăugită de Marian Nicolae, Petrică Trușcă, Editura Universul Juridic, București, 2007, p. 208; G. Boroș, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, ed. a IV-a, Editura Hamangiu, București, 2010, p. 237-239; O. Ungureanu, *Drept civil. Introducere*, ed. a VI-a, Editura Rosetti, București, 2002, p. 172-174.

⁵ Stipulația pentru altul nu era reglementată expres în legislația anterioară. În Codul civil, stipulația pentru altul este reglementată în art. 1284-1288. *Stipulația pentru altul* sau *contractul în folosul unei terțe persoane* este actul juridic prin care o parte, promitentul, se obligă față de cealaltă parte, stipulantul, să execute o prestație în favoarea unei terțe persoane, străine de contract, denumită terț beneficiar. Conform art. 1284 C. civ. (similar cu accepțiunea dată stipulației pentru altul în literatura juridică anterioară), „(1) Oricine poate stipula în numele său, însă în beneficiul unui terț. (2) Prin efectul stipulației, beneficiarul dobândește dreptul de a cere direct promitentului executarea prestației.”. Terțul beneficiar nu participă nici direct, nici prin reprezentare la încheierea actului juridic. De exemplu, donația cu sarcină.

C. civ. se prevede că dacă terțul beneficiar *nu acceptă stipulația*, dreptul său se consideră a nu fi existat niciodată.

O excepție aparentă de la principiul relativității efectelor actului juridic civil este *reprezentarea*. Reprezentarea este procedeul tehnico-juridic prin care o persoană, reprezentantul, încheie un act juridic în numele și pe seama altei persoane, reprezentatul, efectele actului juridic, producându-se direct în persoana și în patrimoniul celui reprezentat (art. 1296 C. civ.); este o excepție aparentă pentru că cel reprezentat, devine *parte* în actul juridic încheiat de reprezentant⁶; de exemplu, X îl împuternicește pe Y să cumpere pentru el, pentru X, un apartament; în această situație, există două contracte: contractul de mandat încheiat între X și Y și contractul de vânzare, încheiat de Y, ca reprezentant al lui X, care contractează în numele și pe seama lui X, cu vânzătorul apartamentului; contractul de vânzare își produce efectele asupra lui X, care devine parte în contract (cumpărător), deși nu a participat la încheierea lui.

Codul civil din 1864 nu cuprindea dispoziții generale referitoare la reprezentare, reglementând numai contractul de mandat (în art. 1532 – 1559), care nu trebuie confundat cu reprezentarea. Mandatul este numai una dintre sursele reprezentării convenționale. Noul Cod civil reglementează reprezentarea, în general, în art. 1295-1314, iar contractul de mandat în art. 2009-2071.

Potrivit art. 1295 C. civ., reprezentarea poate rezulta din lege, dintr-un act juridic sau dintr-o hotărâre judecătorească. Deci, în funcție de *izvorul* său, reprezentarea poate fi *legală*, *convențională* sau *judiciară*. Deși din formularea textului se înțelege că este vorba despre trei feluri de reprezentare, de fapt, există doar două: reprezentarea legală și reprezentarea convențională. Reprezentarea legală o include pe cea judiciară, deoarece ambele își au izvorul în lege; ceea ce le delimitează este numai forma reprezentării, a modului în care reprezentantul este împuternicit.

La *reprezentarea legală*, în sensul ei strict, care se pare, se reduce doar la reprezentarea minorului sub 14 ani de către *părinți* (art. 501-502 C. civ.), reprezentantul își trage puterile *direct din lege*; el nu trebuie să dovedească împuternicirea lui de reprezentare; trebuie să dovedească numai calitatea de părinte. Se prezumă că părinții sunt cei mai buni reprezentanți pentru

6 A se vedea, O. Ungureanu, *op. cit.*, p. 175; G. Boroi, *op. cit.*, p. 239-241.

interesele copiilor lor. La *reprezentarea judiciară*, reprezentantul primește puterea de a reprezenta tot din lege, dar, în plus, este nevoie de o hotărâre judecătorească, în care se apreciază, de la caz la caz, îndeplinirea condițiilor impuse de lege pentru numirea reprezentantului. La *reprezentarea judiciară*, reprezentantul trebuie să facă dovada calității lui, care reiese din hotărârea judecătorească ce îl numește.

Există situații, când și *reprezentarea legală* presupune o hotărâre judecătorească; de exemplu, în cazul divorțului părinților, calitatea de reprezentant al unuia dintre părinți sau a ambilor părinți reiese din hotărârea de divorț, unde instanța de tutelă se pronunță și cu privire la raporturile dintre părinții divorțați și copiii lor minori (art. 396-398 C. civ.).

Reprezentarea legală își are izvorul în lege. Reprezentantul este împuternicit printr-o dispoziție legală să încheie acte juridice în numele și pe seama altei persoane. Reprezentarea legală este obligatorie⁷. Ea intervine în cazul minorilor sub 14 ani, reprezentați de *părinți*. Astfel, părinții, ca reprezentanți legali, sunt împuterniciți de lege să încheie acte juridice în numele minorului pe care îl reprezintă, cu excepția acelor strict personale (art. 143 și art. 502 C. civ.). De exemplu, dacă un minor de 13 ani, primește un legat cu titlu particular, acceptarea se face de către reprezentantul său legal, [cu încuviințarea instanței de tutelă, așa cum reiese din art. 144 alin. (2) și art. 124 alin. (2) C. civ.].

Minorul, adică persoana fizică de la naștere și până la vârsta majoratului – aceea de 18 ani – este considerat incapabil de a încheia *singur* acte juridice de drept privat, deoarece nu este dezvoltat suficient, fizic și psihic și deci nu are discernământul necesar pentru a putea participa singur la viața juridică, încheind actele juridice referitoare la persoana și la patrimoniul său.

Legea face însă unele distincții în ceea ce-l privește pe minor, care au la bază dezvoltarea lui progresivă, pe măsură ce înaintează în vârstă. Astfel, conform art. 43 alin. (1) C. civ., minorii care nu au împlinit 14 ani sunt lipsiți total de capacitatea de exercițiu, adică de capacitatea de a încheia *singuri* acte juridice; ei sunt *incapabili în mod absolut*. De la 14 ani, minorii dobândesc o capacitate de exercițiu restrânsă.

⁷ A se vedea, D. Cosma, *Teoria generală a actului juridic civil*, Editura Științifică, București, 1969, p. 80.

Incapacitatea minorilor sub 14 ani are ca scop ocrotirea lor. Asta nu înseamnă că incapabilii nu pot încheia deloc acte juridice, ci doar că actele juridice se încheie de către *reprezentanții* lor legali. Potrivit art. 43 alin. (2) prima teză C. civ., „Pentru cei care nu au capacitate de exercițiu, actele juridice se încheie, în numele acestora, de reprezentanții lor legali, în condițiile prevăzute de lege”. *Sanctiunea* civilă care se aplică, în cazul nerespectării regulilor referitoare la încheierea de acte juridice de către minorul sub 14 ani, este *nulitatea relativă*. Conform art. 44 alin. (1) C. civ., actele juridice încheiate de minorii care nu au împlinit 14 ani sunt anulabile pentru incapacitate, chiar fără dovedirea unui prejudiciu.

Reprezentarea judiciară își are izvorul într-o hotărâre judecătorească. În doctrina anterioară⁸, reprezentarea judiciară era considerată aceea în care reprezentantul primea împuternicirea de a încheia acte juridice din partea unei *instanțe judecătorești* și exemplul dat era sechestrul judiciar⁹. Tot în doctrina și practica anterioară, reprezentare judiciară era considerată și reprezentarea în justiție a unei persoane de către un mandatar, cum ar fi

⁸ A se vedea, D. Cosma, *op. cit.*, p. 80.

⁹ Sechestrul judiciar este reglementat în art. 598-601 din Codul de procedură civilă. Potrivit art. 598, „Ori de câte ori există un proces asupra proprietății sau a altui drept real principal, asupra posesiunii unui bun mobil sau imobil, ori asupra folosinței sau administrării unui bun proprietate comună, instanța competentă pentru judecarea cererii principale va putea să încuviințeze, la cererea celui interesat, punerea sub sechestrul judiciar a bunului, dacă această măsură este necesară pentru conservarea dreptului respectiv”. Se va putea, de asemenea, încuviința sechestrul judiciar, chiar fără a exista proces, în anumite cazuri expres prevăzute în art. 599. Paza bunului sechestrat va fi încredințată persoanei desemnate de părți de comun acord, iar în caz de neînțelegere, unei persoane desemnate de instanță, care va putea fi chiar deținătorul bunului. În acest scop, executorul judecătoresc se va deplasa la locul situării bunului ce urmează a fi pus sub sechestrul și-l va da în primire, pe bază de proces-verbal, administratorului-sechestrului (art. 600 alin. 2); potrivit art. 600 alin. 3, *administratorul-sechestrului* poate face *toate actele de conservare și administrare*, încasează orice venituri și sume datorate și poate plăti datoriile cu caracter curent, precum și cele constatate prin titlu executoriu. De asemenea, el poate sta în judecată în numele părților litigante cu privire la bunul pus sub sechestrul, dar numai cu autorizarea prealabilă a instanței care l-a numit. Sechestrul judiciar este reglementat într-o manieră asemănătoare în noul Cod de procedură civilă, în art. 971-976. A se vedea și T. V. Rădulescu, *Izvoarele obligațiilor, în Noul Cod civil. Comentarii, doctrină și jurisprudență*, vol. II, Editura Hamangiu, București, 2012, p. 632 (pct. 2).

avocatul¹⁰.

Art. 1295 C. civ. prevede expres că reprezentarea are ca izvor *hotărârea judecătorească*¹¹. În accepțiunea Codului civil există reprezentare judiciară în cazurile în care reprezentantul este numit printr-o hotărâre judecătorească¹² precum: în cazul minorului sub 14 ani pus sub tutelă, care este reprezentat de *tutorele* său, numit de *instanța de tutelă*, prin încheiere (art. 118, art. 119 C. civ.); în cazul interzisului judecătoresc, care este reprezentat tot de un *tutore* numit de *instanța de tutelă*, prin hotărârea de punere sub interdicție (art. 170 C. civ.); dacă, de exemplu, o persoană majoră, pusă sub interdicție judecătorească, datorită alienației mintale, trebuie să facă acte de administrare a patrimoniului său, tutorele este acela care încheie actele juridice în numele și pe seama incapabilului (art. 171 C. civ.); în cazul în care instanța de tutelă numește un *curator special*, până la numirea tutorelui minorului sau al celui care urmează a fi pus sub interdicție judecătorească (art. 159, art. 167 C. civ.); în cazul *curatelei persoanei capabile*, când instanța de tutelă numește un *curator* (art. 178 și urm. C. civ.); în cazul sechestrului judiciar, prevăzut de art. 598-601 din Codul de procedură civilă; ș.a..

Reprezentarea convențională își are izvorul în *voința părților*, exprimată printr-un contract, de regulă, prin contractul de mandat. Această reprezentare se mai numește voluntară¹³. Mandatul este contractul prin care o persoană, numită mandatar, se obligă să încheie unul sau mai multe acte juridice pe seama unei alte persoane, numită mandant, care îi dă această împuternicire și pe care o reprezintă. Poate fi vorba de reprezentare convențională și atunci când mandatarul încheie un act juridic în lipsa împuternicirii ori depășește limitele împuternicirii ce i-a fost atribuită prin

¹⁰ A se vedea, C. Macovei, *Contracte civile*, Editura Hamangiu, București, 2006, p. 236-237.

¹¹ În art. 255 din Codul de procedură civilă se definește hotărârea judecătorească:

(1) Hotărârile prin care se rezolvă fondul cauzei în primă instanță se numesc "sentințe", iar hotărârile prin care se soluționează apelul, recursul, precum și recursul în interesul legii ori în anulare se numesc "decizii". (2) Toate celelalte hotărâri date de instanță în cursul judecății se numesc "*încheieri*" (s.n.). Într-o manieră asemănătoare este definită hotărârea judecătorească în noul Cod de procedură civilă, în art. 424.

¹² Deci reprezentarea în justiție a unei persoane de către un mandatar nu este reprezentare judiciară, ci convențională.

¹³ A se vedea, D. Cosma, *op. cit.*, p. 80.

mandat, sau, în cazul gestiunii de afaceri fără utilitate dovedită; ratificarea acestor acte de către reprezentat face ca efectele lor să se producă asupra reprezentatului¹⁴. Reprezentare convențională este și aceea care are ca izvor contractul de asistență juridică, încheiat de avocați pentru reprezentarea clienților lor în fața instanței de judecată.

În funcție de întinderea puterii de a reprezenta, reprezentarea poate fi *generală* (totală) sau *specială* (parțială). *Reprezentarea generală* este aceea care îi dă puterea reprezentantului de a încheia pentru reprezentat toate actele juridice și cu privire la toate bunurile acestuia. De exemplu, reprezentarea incapacibilului este generală. *Reprezentarea specială* este aceea care îi dă puterea reprezentantului de a încheia pentru reprezentat un anumit act juridic (de exemplu, un contract de vânzare) sau anumite acte juridice determinate (de exemplu, actele de administrare referitoare la un imobil).

Codul civil conține prevederi referitoare la felurile reprezentării numai în materia contractului de mandat, care pot fi aplicate, însă, prin analogie reprezentării în general [art. 1 alin. (2) și art. 1168 C. civ.]. Potrivit art. 2016 C. civ., „(1) Mandatul *general* autorizează pe mandatar să efectueze numai *acte de conservare și de administrare* (s.n.). (2) Pentru a încheia *acte de înstrăinare sau grevare, tranzacții ori compromisuri*, pentru a se putea *obliga prin cambii sau bilete la ordin* ori pentru a intenta *acțiuni în justiție*, precum și pentru a încheia orice *alte acte de dispoziție*, mandatarul trebuie să fie împuternicit în mod *expres* (s.n.). (3) Mandatul se întinde și asupra tuturor actelor necesare executării lui, chiar dacă nu sunt precizate în mod expres.”.

Forma împuternicirii reprezentării. În cazul *reprezentării legale*, a minorilor sub 14 ani de către părinți, de regulă, reprezentantul nu are nevoie de îndeplinirea vreunei formalități pentru a obține împuternicirea; aceasta rezultă *direct din lege* și are în vedere calitatea de părinte a reprezentantului. Pentru *reprezentarea judiciară*, împuternicirea ia forma hotărârii judecătorești, prin care reprezentantul este numit. La *reprezentarea convențională*, art. 1301 C. civ., prevede că împuternicirea nu produce efecte decât dacă este dată cu respectarea formelor cerute de lege pentru încheierea valabilă a contractului pe care reprezentantul urmează să îl încheie.

Condițiile reprezentării. Pentru a opera reprezentarea, trebuie îndeplinite în mod cumulativ trei condiții: să existe împuternicirea de a

¹⁴ A se vedea, D. Cosma, *op. cit.*, p. 80.

reprezenta, reprezentantul să aibă intenția de a reprezenta și să-și manifeste o voință valabilă cu ocazia reprezentării, adică în momentul încheierii actului juridic pentru care a fost împuternicit.

Împuternicirea de a reprezenta. Împuternicirea de a reprezenta își are izvorul în lege, în voința părților sau într-o hotărâre judecătorească. În principiu, împuternicirea trebuie să aibă dată anterioară încheierii actului juridic prin reprezentare. La reprezentarea convențională, de regulă, împuternicirea îmbracă forma procurei [art. 2012 alin. (2) C. civ.]. *Procura* reprezintă, atât actul juridic unilateral prin care reprezentatul îl împuternicește pe reprezentant să încheie acte juridice cu terțe persoane, cât și înscrisul în care se consemnează împuternicirea. Procura se dă, de regulă, în temeiul unui contract de mandat, dar poate avea ca sursă și un alt contract, de exemplu, contractul de societate¹⁵.

Conform art. 1296 C. civ., regula este că contractul încheiat de reprezentant, *în limitele împuternicirii*, în numele reprezentatului produce efecte direct între reprezentat și cealaltă parte.

Dacă reprezentantul încheie un act juridic *în lipsa împuternicirii* sau *depășind împuternicirea* ce i-a fost dată, actul juridic astfel încheiat nu produce efecte în persoana reprezentatului, cu două excepții: în cazul *reprezentării aparente* [art. 1306, art. 1307 alin. (4) și art. 1309 alin. (2) C. civ.] și în cazul în care reprezentatul *ratifică* actul (art. 1311 C. civ.).

Astfel, dacă terțul contractant nu are cunoștință despre modificarea ori revocarea mandatului, despre desființarea ori încetarea lui sau dacă reprezentatul se comportă în așa fel încât terțul contractant crede, în mod rezonabil, că reprezentantul are puterea de a-l reprezenta și acționează în limitele împuternicirii ce i-a fost dată, atunci, prin crearea unei *aparente reprezentări*, efectele actului juridic încheiat se produc asupra reprezentatului¹⁶.

Dacă actul juridic a fost încheiat fără împuternicire sau cu depășirea împuternicirii, așa zisul reprezentant se poate angaja față de contractant, printr-o convenție de *porte-fort* (promisiunea faptei altuia), să obțină ratificarea actului de la așa zisul reprezentat¹⁷.

¹⁵ A se vedea, D. Cosma, *op. cit.*, p. 88-89.

¹⁶ A se vedea, D. Cosma, *op. cit.*, p.89-91; O. Ungureanu, *op. cit.*, p. 176; C. Macovei, *op. cit.*, p. 233.

¹⁷ A se vedea, D. Cosma, *op. cit.*, p. 89; G. Boroi, *op. cit.*, p. 240.

Ratificarea este actul juridic unilateral prin care persoana în numele căreia s-a încheiat un act juridic, în lipsa sau cu depășirea împuternicirii de a reprezenta, înlătură ineficacitatea actului respectiv. Persoana reprezentată fără împuternicire sau cu depășirea împuternicirii are un drept de opțiune; are posibilitatea, fie să ratifice actul, fie să-l ignore, în funcție de interesele sale. Dacă îl ratifică, trebuie să respecte formele cerute de lege pentru încheierea sa valabilă [art. 1311 alin. (1) C. civ.]. Terțul contractant poate, printr-o notificare, să acorde un termen rezonabil pentru ratificare, după a cărei împlinire contractul nu mai poate fi ratificat [art. 1311 alin. (2) C. civ.]. Actul juridic ratificat își produce efectele între părți, în mod retroactiv, de la data încheierii lui, fără a afecta drepturile dobândite de către terți între timp (art. 1312 C. civ.). Dacă reprezentatul nu ratifică actul, acesta devine caduc și nu-și poate produce efectele¹⁸. Facultatea de a ratifica se transmite moștenitorilor (art. 1313 C. civ.). Terțul contractant și cel care a încheiat contractul în calitate de reprezentant pot conveni desființarea contractului cât timp acesta nu a fost ratificat (art. 1314 C. civ.).

Dacă reprezentantul este împuternicit să încheie un act juridic și el, fie cumulează și calitatea de terț contractant, acționând pentru sine (*actul cu sine însuși*), fie apare ca reprezentant al ambelor părți contractante (*dubla reprezentare*), atunci poate apărea un *conflict de interese*. Reprezentantul acționează în propriul interes, neglijând interesele celui reprezentat, în contractul cu sine, ori favorizează pe una dintre cele două părți contractante pe care le reprezintă¹⁹. De exemplu, X îl împuternicește pe Y să vândă un imobil al său, iar Y îl cumpără pentru sine. X îl împuternicește pe Y să arendeze un teren al său, iar Y, care este și mandatarul lui Z, încheie contractul de arendă cu Z; în încheierea contractului îl reprezintă atât pe X, cât și pe Z. Asemenea acte juridice sunt valabile numai dacă nu au fost afectate interesele reprezentatului ori dacă acesta și-a dat acordul în mod expres pentru încheierea unei asemenea operațiuni juridice sau cuprinsul contractului a fost determinat în asemenea mod încât să excludă posibilitatea unui conflict de interese (art. 1304 C. civ.). Dacă au fost afectate interesele reprezentatului, acesta poate cere anularea actului juridic astfel încheiat²⁰.

¹⁸ A se vedea, D. Cosma, *op. cit.*, p. 93.

¹⁹ A se vedea, D. Cosma, *op. cit.*, p. 83; G. Boroi, *op. cit.*, p. 240.

²⁰ A se vedea și E. Safta-Romano, *Contracte civile. Încheiere, executare, încetare*, Ediția a 3-a, Editura Polirom, Iași, 1999, p. 238.

Intenția de a reprezenta. Intenția de a reprezenta constă în cunoașterea și acceptarea, atât de către reprezentant, cât și de persoana cu care se încheie actul juridic (terțul contractant) a faptului că acel act juridic se încheie prin procedeul reprezentării. Contractantul poate întotdeauna cere reprezentantului să facă dovada puterilor încredințate de reprezentat și, dacă reprezentarea este cuprinsă într-un înscris, să îi remită o copie a înscrisului, semnată pentru conformitate (art. 1302 C. civ.).

Dacă reprezentantul nu aduce la cunoștința terțului contractant intenția sa de a reprezenta pe cineva, atunci el devine parte în actul juridic încheiat. Conform art. 1297 C. civ., contractul încheiat de reprezentant *în limita puterilor conferite*, dar atunci când *terțul contractant nu cunoștea* și nici nu ar fi trebuit să cunoască faptul că reprezentantul acționa în această calitate, *obligă numai pe reprezentant și pe terț*, dacă prin lege nu se prevede altfel. Deci efectele actului juridic nu se produc asupra reprezentatului, care nu devine parte. Cu toate acestea, dacă reprezentantul, atunci când contractează cu terțul în limita puterilor conferite, *pe seama unei întreprinderi*, pretinde că este titularul acesteia, terțul care descoperă ulterior identitatea adevăratului titular poate să exercite și împotriva acestuia din urmă drepturile pe care le are împotriva reprezentantului²¹.

În anumite situații, deși reprezentantul acționează pentru reprezentat, încheie acte juridice în nume propriu. Este cazul așa numitului *mandat fără reprezentare* (reglementat în art. 2013-2071 C. civ.), care în dreptul comercial, apare la contractele de comision, consignatie și expediție (unde comisionarul, consignatarul și expeditorul contractează în nume propriu cu terțul, urmând ca, ulterior, să transmită celui reprezentat ce i se cuvine în temeiul contractului încheiat)²² iar, în dreptul civil, ia forma contractului de interpunere de persoane. Contractul de interpunere este un mandat simulat prin interpunere de persoane, prin care, mandantul urmărește să încheie un act juridic, astfel încât persoana sa să nu fie cunoscută de terți; mandatarul contractează în nume propriu, dar pentru mandant²³.

Voința valabilă a reprezentantului. Pentru încheierea valabilă a actului juridic prin reprezentare este necesară exprimarea unei voințe valabile, libere

²¹ A se vedea și T. V. Rădulescu, *op. cit.*, p. 635 (pct.1).

²² A se vedea, O. Ungureanu, *op. cit.*, p. 176.

²³ Pentru detalii, a se vedea, Fr. Deak, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, ed. a III-a, Editura Universul Juridic, București, 2001, p.335-339; a se vedea și art. 1289-1294 C. civ.

și neviciate a reprezentantului. În cazul *reprezentării convenționale*, trebuie îndeplinită și o condiție privind capacitatea juridică; atât reprezentatul, cât și reprezentantul trebuie să aibă *capacitatea* de a încheia actul pentru care reprezentarea a fost dată (art. 1298 C. civ.).

În cazul în care consimțământul reprezentantului este *viciat*, contractul este anulabil. Dacă însă viciul de consimțământ privește elemente stabilite de reprezentat, contractul este anulabil numai dacă voința acestuia din urmă a fost viciată (art. 1299 C. civ.). Afară de cazul în care sunt relevante pentru elementele stabilite de reprezentat, buna sau rea-credință, cunoașterea sau necunoașterea unei anumite împrejurări se apreciază în persoana reprezentantului. Reprezentatul de rea-credință nu poate invoca niciodată buna-credință a reprezentantului (art. 1300 C. civ.).

Efectele reprezentării. Principalul efect al reprezentării constă în faptul că actul juridic încheiat de reprezentant produce efecte direct în persoana reprezentatului, care devine parte în actul juridic încheiat cu terțul contractant. Deci, actul juridic produce efecte față de reprezentat, ca și cum l-ar fi încheiat personal. Terțul contractant încheie personal actul juridic și deci este parte în acest act. Față de reprezentant, actul juridic *nu* produce, în principiu, efecte: el nu este și nu devine parte în actul juridic încheiat cu terțul contractant. În sarcina reprezentantului se *pot* naște obligații personale, fie față de cel reprezentat, fie față de terțul contractant ori față de ambii (în cazul reprezentării frauduloase sau a depășirii limitelor împuternicirii).

Reprezentarea frauduloasă constă în încheierea actului juridic de către reprezentant în fraudă intereselor reprezentatului, cu intenție și în înțelegere cu terțul contractant. Conform art. 1303 C. civ., contractul încheiat de un reprezentant aflat în *conflict de interese* cu reprezentatul poate fi *anulat la cererea reprezentatului*, atunci când conflictul era cunoscut sau trebuia să fie cunoscut de terțul contractant la data încheierii contractului. Dacă i-au fost cauzate prejudicii reprezentatului, reprezentantul răspunde în temeiul contractului de mandat, dacă este reprezentare convențională, ori în temeiul răspunderii civile delictuale, dacă este reprezentare legală sau judiciară²⁴.

Cel care încheie un contract în calitate de reprezentant, *neavând împuternicire ori depășind limitele puterilor* care i-au fost încredințate, răspunde pentru *prejudiciile cauzate terțului contractant* care s-a încrezut, fără culpă, în încheierea valabilă a contractului (art. 1310 C. civ.).

²⁴ A se vedea, O. Ungureanu, *op. cit.*, p. 177; G. Boroi, *op. cit.*, p. 241.

Încetarea reprezentării. În art. 1305, 1306 și 1308 C. civ. există dispoziții referitoare la încetarea reprezentării. Acestea se referă, însă, mai ales, la reprezentarea convențională. În ceea ce privește reprezentarea legală și cea judiciară, urmează să fie avute în vedere cazurile de încetare a reprezentării în fiecare situație în parte. De exemplu, la reprezentarea legală a minorului până la 14 ani de către părinții săi, reprezentarea încetează la împlinirea vârstei de 14 ani de către minor și la decesul minorului sub 14 ani; la decesul, declararea judecătorească a morții sau punerea sub interdicție a părinților, la decăderea lor din exercițiul drepturilor părintești, în cazul în care li s-a aplicat pedeapsa penală a interzicerii drepturilor părintești nu încetează decât reprezentarea părinților; minorul continuă să fie reprezentat de către tutore (art. 110 C. civ.). De exemplu, în cazul reprezentării judiciare a interzisului judecătoresc, *reprezentarea încetează* prin ridicarea interdicției și prin decesul interzisului [art. 156 alin. (1) și art. 177 C. civ.]. *Funcția tutorelui* încetează prin moartea acestuia, prin îndepărtarea de la sarcina tutelei sau prin înlocuirea tutorelui [art. 156 alin. (2) C. civ.].

Puterea de reprezentare încetează prin renunțarea de către reprezentant la împuternicire sau prin revocarea acesteia de către reprezentat (art. 1305 C. civ.). Aceste cazuri de încetare pot fi aplicate atât reprezentării convenționale, cât și celei judiciare, în condițiile stabilite de părți sau de lege. De exemplu, potrivit art. 121 C. civ., dacă în timpul tutelei, tutorele împlinește 60 de ani, el poate cere să fie înlocuit (deci renunță la „împuternicire”); conform art. 158 C. civ., „În afară de alte cazuri prevăzute de lege, tutorele este îndepărtat dacă săvârșește un abuz, o neglijență gravă sau alte fapte care îl fac nedemn de a fi tutore, precum și dacă nu își îndeplinește în mod corespunzător sarcina.” (adică este „revocat de către reprezentat”).

Potrivit art. 1306 C. civ., puterea de a reprezenta încetează prin decesul sau incapacitatea reprezentantului ori a reprezentatului, dacă din convenție ori din natura afacerii nu rezultă contrariul.

Dacă reprezentantul sau reprezentatul este *persoană juridică*, puterea de a reprezenta încetează la data la care persoana juridică își încetează existența. În cazul deschiderii procedurii insolvenței asupra reprezentantului sau reprezentatului puterea de a reprezenta încetează în condițiile prevăzute de lege. Încetarea puterii de a reprezenta nu produce efecte în privința terților care, în momentul încheierii contractului, nu cunoșteau și nici nu trebuiau să

cunoască această împrejurare.

La încetarea puterilor încredințate, reprezentantul este obligat să restituie reprezentatului înscrisul care constată aceste puteri. Reprezentantul nu poate reține acest înscris drept garanție a creanțelor sale asupra reprezentatului, decât dacă acesta din urmă refuză să îi remită copie certificată de pe înscris cu mențiunea că puterea de reprezentare a încetat (art. 1308 C. civ.).

În concluzie, reprezentarea este reglementată prin dispoziții generale în materia izvoarelor obligațiilor (art. 1295-1314 C. civ.), legiuitorul făcând distincția între reprezentare și contractul de mandat (pe care îl analizează în cadrul contractelor speciale, art. 2009-2071 C. civ.), care este doar o sursă a reprezentării. Deși legiuitorul a urmărit să asigure reprezentării în actele juridice civile dispoziții cu caracter general, aplicabile indiferent de izvorul acesteia, normele generale privesc, mai ales, reprezentarea convențională.

**OBIECTUL MATERIAL AL INFRAȚIUNII DE
PROVOCARE ILEGALĂ A AVORTULUI**

ANCUȚA ELENA FRANȚ*

Abstract

The importance of defining the material object of a certain crime is clearly seen as we try to understand the real form of a crime. As concerning the illegal abortion induction, we find that the material object has a particular form. Thus, it has a binar structure, as the abortion points towards two distinctive entities: the mother and the fetus. The specific aspect of the material object leads to practical issues and also to intellectual challenges. The problems become obvious especially when we take into account some specific situations, for example if the fetus is already dead when the abortion takes place, if the fetus survives the abortion, if the pregnancy doesn't exist, if the pregnancy is an ectopic one or if the mother is dead when the abortion takes place. In all these circumstances, the duality of the material object raises questions on the existence of the crime itself.

Beyond all problems, we believe that the two components of the material object of the illegal abortion induction crime form a reality which can't be denied, and we must accept all logical conclusions which can be drawn from this situation.

Key words: abortion, the material object of the illegal abortion induction crime, fetus, pregnancy.

Cuvinte cheie: avort, obiectul material al infracțiunii de provocare ilegală a avortului, făt, sarcină.

1. Componentele obiectului material. Aspecte de bază.

Obiectul material al infracțiunii de provocare ilegală a avortului este reprezentat de *produsul de concepție*, precum și de *corpul femeii însărcinate*¹. Această concomitență credem că se realizează întotdeauna²,

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

¹ În acest sens, a se vedea George Antoniu, în Teodor Vasilescu, Doru Pavel, George Antoniu, Dumitru Lucinescu, Vasile Papadopol, Virgil Rămureanu, *Codul Penal al Republicii Socialiste România, comentat și adnotat, Partea specială*, vol. I, Ed. științifică și enciclopedică, București, 1975, p. 150; Valerian Cioclei, *Drept Penal. Partea Specială*.

chiar dacă nu se produce o vătămare a femeii însărcinate și indiferent ce opinie adoptăm în legătură cu obiectul juridic, deoarece manoperele abortive acționează atât asupra corpului femeii însărcinate, cât și asupra fătului³. Poate exista însă situația ca obiectul material să fie doar corpul femeii însărcinate, de exemplu, în cazul în care sarcina nu există⁴, sau în cazul în care, începându-se folosirea manoperele abortive, se renunță la utilizarea lor, înainte de a exista vreun efect al acestor manopere asupra produsului de concepție⁵.

Infrațiuni contra persoanei, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 141; Vintilă Dongoroz, Siegfried Kahane, Ion Oancea, Iosif Fodor, Nicoleta Iliescu, Constantin Bulai, Rodica Stănoiu, Victor Roșca, *Explicații teoretice ale Codului penal român*, vol. III, *Partea specială*, Ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1971, p. 254; Octavian Loghin, Avram Filipaș, *Drept Penal. Partea Specială*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1983, p. 55.

² Recunoaștem că, admitând întotdeauna produsul de concepție ca obiect material al infracțiunii, îi recunoaștem fătului un statut independent față de mamă. Această afirmație este în acord cu opinia noastră conform căreia produsul de concepție este o entitate de sine stătătoare încă din momentul concepției. Opinia aceasta poate părea în contradicție cu concluzia noastră referitoare la obiectul juridic al infracțiunii analizate. Noi apreciem că, în primul rând, legiuitorul urmărește protecția femeii însărcinate, protecția fătului fiind în plan secund. Dar concluzia noastră privind obiectul juridic rezultată doar din analiza situației legislative, ignorând ceea ce credem noi că *ar fi de dorit* în legătură cu incriminarea avortului. În ceea ce privește obiectul material, credem că ne putem desprinde de obiectul juridic, deoarece obiectul material se conturează prin analiza modului efectiv, concret, de realizare a infracțiunii.

³ Chiar dacă am considera că obiectul juridic este reprezentat de relațiile sociale referitoare la sănătatea și viața femeii însărcinate, produsul de concepție își păstrează caracterul de obiect material. De exemplu, chiar dacă se lezează sănătatea femeii, acest rezultat s-a produs prin activitatea abortivă realizată direct și asupra fătului, nu doar asupra corpului femeii. Făcând această afirmație, avem în vedere faptul că obiectul material al infracțiunii este „lucrul material (...) sau persoana fizică asupra căruia se îndreaptă, cade sau se realizează materialitatea infracțiunii”. A se vedea Vintilă Dongoroz, *Drept penal* (reeditarea ediției din 1939), Ed. Societății Tempus, București, 2000, p. 165. Același autor arată că obiectul material al infracțiunii poate fi corpul omului, chiar înainte de a se naște, în cazul infracțiunii de provocare ilegală a avortului. *Ibidem*.

⁴ Caz în care pot fi purtate discuții cu privire la caracterul putativ al infracțiunii.

⁵ Caz în care se poate considera fie că se rămâne la stadiul de tentativă, fie că infracțiunea se consumă.

Majoritatea autorilor consideră că obiectul material al infracțiunii de provocare ilegală a avortului este reprezentat atât de produsul de concepție, cât și de corpul femeii însărcinate⁶.

Acceptând drept obiect material al infracțiunii produsul de concepție, se arată că fătul trebuie înțeles nu doar ca *pars viscerum* (parte a corpului mamei), ci și ca *nasciturus* (ființă distinctă ce urmează a se naște). Doar o asemenea viziune permite, de exemplu, analizarea ipotezei în care femeia își provoacă ea însăși avortul; dacă am considera fătul drept parte a corpului femeii, atunci nu s-ar mai pune problema sancționării femeii, deoarece faptele de violență îndreptate împotriva propriei persoane nu sunt sancționate. De asemenea, dacă fătul ar fi parte organică din corpul mamei, provocarea avortului ar fi văzută ca o infracțiune contra integrității corporale a femeii însărcinate⁷.

Unii autori consideră că obiectul material al infracțiunii este reprezentat doar de corpul femeii însărcinate⁸. O asemenea concepție are la bază faptul că realizarea avortului presupune, în primul rând, o activitate desfășurată asupra corpului femeii însărcinate. De asemenea, acest mod de a privi lucrurile este concordant cu opinia conform căreia obiectul juridic este reprezentat mai ales de relațiile sociale privind viața, sănătatea și integritatea corporală a femeii însărcinate⁹.

Într-o opinie *sui generis*, unii autori¹⁰ apreciază că obiectul material este reprezentat de acea unică entitate, compusă din corpul mamei și din corpul fătului, ce reprezintă o structură unitară psiho-anatomo-fiziologică.

O analiză aprofundată necesită opinia conform căreia obiectul material îl reprezintă sarcina femeii¹¹. Pentru a putea face această analiză trebuie să stabilim sensul noțiunii de *sarcină*.

⁶ Mihail Udriș, *Drept penal: Partea generală. Partea specială*, Ediția a 3-a, rev., Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 293.

⁷ În acest sens, a se vedea Vintilă Dongoroz ș. a., *Explicații...*, III, *op. cit.*, p. 252.

⁸ Gheorghita Mateuț, *Drept Penal Special – Sinteza de teorie și practică judiciară*, vol. I, Ed. Lumina Lex, 1999, p. 199; Tudorel Toader, *Drept penal român: partea specială*, ediția a 6-a, revizuită și actualizată, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 87.

⁹ Tudorel Toader, *op. cit.*, p. 87.

¹⁰ Valentin Iftenie, Alexandru Boroș, *Infracțiunile de lovire și vătămare a integrității corporale sau a sănătății. Cadrul juridic. Aspecte medico-legale*. Ed. Juridică, București, p. 66.

Astfel, *sarcina* este un „termen ce desemnează atât produsul de concepție rezultat din unirea ovulului cu un spermatozoid, cât și starea și perioada în care se află o femeie din momentul fecundării și până când naște”¹².

În fața definiției de mai sus a sarcinii, apreciem că este improprie afirmația că *sarcina* este obiectul material al infracțiunii de provocare ilegală a avortului. Dacă o parte din sensul noțiunii de sarcină, și anume cea de produs de concepție, poate desemna obiectul material, celelalte semnificații, de *stare*, respectiv *perioadă*, nu pot avea asemenea semnificații, deoarece ele reprezintă descrierea abstractă a unei situații (cea a unei femei de a fi însărcinată), respectiv a intervalului de timp cât durează această situație. În plus, se ignoră corpul femeii ca posibil obiect material al infracțiunii¹³.

2. Ipoteze de analizat

În legătură cu produsul de concepție ca obiect material al infracțiunii, pot fi analizate mai multe situații speciale, care pot duce la soluții specifice. Astfel, vom analiza următoarele situații: cea în care fătul are o dezvoltare în condiții *anormale*, de exemplu atunci când *sarcina este extrauterină*; situația în care *fătul este deja decedat* atunci când au loc manoperele abortive; situația în care *produsul de concepție (deci sarcina) nu există*; situația în care *fătul supraviețuiește manoperele abortive*. De asemenea, vom analiza și *ipoteza în care femeia însărcinată intră în stare de moarte cerebrală, iar fătul, fiind viabil, trăiește*.

¹¹ Oliviu Aug. Stoica, *Drept Penal. Partea Specială*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1976, p. 103.

¹² A se vedea Marcel D. Popa, Alexandru Stănculescu, Gabriel Florin-Matei, Anicuța Tudor, Carmen Zgăvârdici, Rodica Chiriacescu, *Dicționar enciclopedic*, Ed. Enciclopedică, București, 1993-2009.

¹³ Și nu credem că autorul la care ne referim a avut această intenție, din moment ce recunoaște că obiectul juridic cuprinde și relațiile sociale referitoare la femeia însărcinată. Și chiar aceste relații sociale sunt menționate primele între cele pe care autorul le consideră ca făcând parte din sfera obiectului juridic complex al infracțiunii de provocare ilegală a avortului. A se vedea Oliviu Aug. Stoica, *op. cit.*, p. 103.

2.1. Ipoteza sarcinii extrauterine

În analiza situației privind *sarcina extrauterină*, putem porni de la interpretarea evoluției legislative. Astfel, formularea actuală a textului infracțiunii se referă la „întreruperea cursului sarcinii”, față de o reglementare anterioară, care se referea la „întreruperea cursului *normal* al sarcinii”. Practic, vechea reglementare scotea de sub incidența legii penale faptele abortive îndreptate asupra sarcinilor care aveau o evoluție *anormală*. Legiuitorul actual se referă însă la *orice* sarcină, deci și la cele care se desfășoară altfel decât este firesc¹⁴. Așadar, legiuitorul protejează, prin incriminarea de la art. 185 C.pen., și sarcinile extrauterine¹⁵. Ca argument pentru o asemenea prevedere legală este faptul că s-a dorit evitarea abuzurilor de interpretare a noțiunii de sarcină *anormală*. De asemenea, considerăm că s-a avut în vedere și faptul că, în condițiile actuale, în continuă perfecționare, ale medicinei, unele sarcini care evoluează în alte condiții decât cele firești pot fi duse până la termen. Această concepție a fost consacrată și de practica judiciară¹⁶.

¹⁴ A se vedea George Antoniu, în Teodor Vasiliu ș.a., *op. cit.*, p. 150; Octavian Loghin, Avram Filipaș, *op. cit.*, p. 57; Vasile Dobrinioiu, *op. cit.*, p. 112. A se vedea și decizia Tribunalului Dolj, nr. 18/1975, în Revista Română de Drept, nr. 9/1975, p. 75; Gheorghe Nistoreanu, Alexandru Boroi, *Drept penal. Partea specială*, Ed. All Beck, București, 2002, p. 126; Gheorghe Scripcaru, *op.cit.*, p. 243; Virgil Dragomirescu, *Problematică și metodologie medico-legală (Orientări actuale în teoria și practica medico-legală)*, Ed. Medicală, București, 1980, *op. cit.*, p. 125; Tribunalul Suprem, Decizia secției penale, nr. 3719 din 29 iunie 1971, în *Culegere de Decizii ale Tribunalului Suprem pe anul 1971*, Ed. Științifică, București, 1973, pp. 311-312, decizie prin care s-a afirmat expres faptul că infracțiunea de provocare ilegală a avortului se săvârșește și prin întreruperea cursului unei sarcini extrauterine, în afara condițiilor prevăzute de lege.

¹⁵ Practica arată însă că sarcinile extrauterine sunt foarte rar duse la termen. De altfel, manoperele abortive clasice au șanse mai mici de a provoca avortul în cazul unei sarcini extrauterine. Astfel, problema pusă în discuție este mai mult de natură teoretică și cu caracter general, în legătură cu aplicabilitatea textului de incriminare față de sarcinile care nu se încadrează în parametrii normalității. De asemenea, includerea sarcinilor considerate *anormale* în rândul situațiilor vizate de lege urmărește să înlăture abuzurile. Dacă unele sarcini nu ar fi vizate de textul de incriminare, probabil că cei care realizează avorturi ilegale ar încerca să demonstreze că sarcina care se dorea a fi întreruptă de fapt nu era normală, deci fapta nu e infracțiune.

¹⁶ A se vedea Tribunalul Suprem, Decizia secției penale, nr. 3719 din 29 iunie 1971, în *Culegere de Decizii ale Tribunalului Suprem pe anul 1971*, *op. cit.*, pp. 311-312. În speță,

2.2. Situația în care fătul este deja mort

Pentru ipoteza în care *fătul este deja mort* din cauze neimputabile celui care realizează manoperele abortive, au fost exprimate două puncte de vedere.

Unul dintre ele consideră că, în acest caz, fapta își păstrează caracterul penal¹⁷. Această opinie a fost foarte răspândită în Franța, unde legislația susținea o asemenea viziune. Astfel, în Franța, cel care săvârșea doar o tentativă de avort era sancționat la fel ca și cel care săvârșea infracțiunea consumată. În aceeași idee, s-a considerat că legiuitorul a incriminat orice faptă prin care s-a realizat un avort, indiferent dacă fătul era deja mort în momentul în care s-a început utilizarea manoperele abortive¹⁸. Această opinie a fost susținută însă și în România, atât în teorie¹⁹, cât și în practică²⁰.

inculpada provocase moartea unei femei însărcinate cu o sarcină extrauterină, prin aplicarea unor manopere abortive mecanice care au dus la ruperea sarcinii.

¹⁷ Dumitru - Valeriu Mihăescu, *Reglementarea întreruperii cursului sarcinii și infracțiunea de avort*, Ed. Științifică, București, 1967, p. 147.

¹⁸ Vasile Dobrinou, „Întreruperea cursului sarcinii în caracterizarea infracțiunii de avort”, în *Revista Română de Drept*, nr. 2/1970, p. 109.

¹⁹ G. Scripcaru, M. Terbancea, *Medicina Legală*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1970, p. 173; Gheorghe Scripcaru, *Medicină Legală*, Ed. Didactică și Pedagogică, R.A., București, 1993, p. 243.

²⁰ A se vedea Tribunalul Suprem, în compunerea prevăzută de art. 39 alin. 2 și s din legea pentru organizarea judecătorească, (în plen), Decizia nr. 63 din 26 octombrie 1976, în *Culegere de Decizii ale Tribunalului Suprem pe anul 1976*, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1977, pp. 331-337. În speță, în urma manoperele abortive ilegale efectuate, femeia însărcinată decedase. Rapoartele medicale efectuate au arătat posibilitatea ca fătul să fi fost deja mort atunci când s-au efectuat manoperele abortive, fapt pentru care instanța a încadrat juridic fapta drept ucidere din culpă. Tribunalul Suprem a decis că, pentru a exista infracțiunea de avort *nu interesează dacă în momentul când s-au efectuat manoperele abortive fătul mai era sau nu viu*. Aceasta, deoarece relațiile dintre făt și mamă sunt indivizibile, astfel încât atingerea adusă uneia dintre cele două componente atrage existența infracțiunii. Observăm că instanța supremă a legat existența infracțiunii de atingerea adusă *ori mamei, ori fătului*, atunci când nu sunt lezate ambele valori. Astfel, acest raționament s-ar putea extinde și la ipoteza în care, deși fătul este deja mort, este lezată doar sănătatea, nu viața femeii. Urmând această linie de gândire ajungem la concluzia că, în ipoteza în care fătul era deja mort, iar mama nu este lezată în niciun fel, nu există infracțiune. În același sens, a se vedea Tribunalul Suprem, secția penală, Decizia nr. 2210 din 21 noiembrie 1978, *Culegere de Decizii ale Tribunalului Suprem pe anul 1978*, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1979, pp. 399-402. În speță, autorul faptei, ajutat de doi complici, a realizat manopere

Celălalt punct de vedere consideră că, în ipoteza în care fătul este deja decedat, nu mai poate exista infracțiunea de avort²¹. Un prim argument în favoarea acestei opinii este faptul că legiuitorul folosește, în definiția infracțiunii, expresia „înteruperea cursului sarcinii”. Această formulare se interpretează în sensul că legiuitorul impune condiția ca fătul să se afle *în cursul evoluției sale firești*, deci să fie *viu*²². Un al doilea argument se consideră că rezultă din analiza obiectului juridic al infracțiunii. Astfel, dacă fătul a murit din cauze naturale, înseamnă că nu mai există relațiile sociale referitoare la viața produsului de concepție și nici cele referitoare la evoluția demografică. În consecință, faptele abortive nu pot pune în pericol aceste valori, din moment ce ele nu mai există²³. În această concepție, faptele abortive realizate asupra fătului decedat reprezintă o infracțiune putativă²⁴. Dacă femeia însărcinată este vătămată grav sau dacă decedează ca urmare a manoperelor abortive, se va reține doar infracțiunea de vătămare corporală gravă din culpă respectiv de ucidere din culpă²⁵. Un alt argument se bazează pe următorul raționament: dacă am accepta că este sancționat avortul când fătul este deja decedat, ar însemna să nu mai permitem avortul terapeutic în

abortive care au dus la decesul femeii, în condițiile în care fătul era deja mort. Instanța supremă a decis că fapta nu reprezintă un concurs între provocarea ilegală a avortului și ucidere din culpă, ci doar forma agravată a provocării ilegale a avortului, constând în fapta care a dus la moartea femeii. În motivarea acestei încadrări, instanța arată că legea sancționează înteruperea cursului sarcinii, fără a face vreo distincție, după cum fătul este viu sau mort.

²¹ George Antoniu, în Teodor Vasiliu ș.a., *op. cit.*, p. 150; Vintilă Dongoroz, ș.a., *Explicații...*, III, *op. cit.*, p. 259; Valentin Iftenie, Alexandru Boroi, *op. cit.*, p. 66; Octavian Loghin, Avram Filipaș, *op. cit.*, p. 57; Vasile Dobrinioiu, *op. cit.*, pp. 109-111; Vintilă Dongoroz, „Comentare”, în Const. G. Rătescu, I. Ionescu-Dolj, I. Gr. Periețeanu, Vintilă Dongoroz, H. Aznavorian, Traian Pop, Mihail I. Papadopolu, N. Pavelescu, *Codul penal Carol al II-lea, vol. III, Partea Specială II*, Ed. Librăriei SOCEC & co., S. A., București, 1937, p. 158.

²² Vasile Dobrinioiu, *op. cit.*, p. 109.

²³ *Ibidem*, p. 110. Facem precizarea că obiectul juridic la care se referă autorul este cel concret, particularizat într-o anumită cauză.

²⁴ V. Dongoroz, „Comentare”, în Const. G. Rătescu ș.a., *op. cit.*, p. 159.

²⁵ Vasile Dobrinioiu, *op. cit.*, p. 111.

situația în care fătul a decedat spontan în uter, însă efectuarea în condiții legale a avortului, în acest caz, se impune cu necesitate²⁶.

Apreciem că este destul de dificil a face încadrarea faptei, atunci când fătul este deja decedat. Situația este mai simplă atunci când nu se produce vreo vătămare a femeii. În acest caz, credem că este justificată opinia că fapta nu este infracțiune, nefiind lezată niciuna dintre valorile protejate de lege. Situația se complică atunci când, fătul fiind mort, manoperele abortive duc la lezarea sănătății femeii sau la moartea acesteia. În această ipoteză, pentru a fi consecvenți cu soluția din prima ipoteză, ar trebui să reținem vătămare corporală din culpă, respectiv ucidere din culpă. Totuși, o asemenea soluție nu este foarte simplu de dat, din două motive. Primul motiv are în vedere actele specifice realizate, care au primit o încadrare distinctă în art. 185. În al doilea rând, trebuie să avem în vedere gravitatea faptelor, care se reflectă în sancțiune. Mai mult, la art. 185 C. pen., în ceea ce privește rezultatul produs, deși e imputabil în baza culpei, totuși există o intenție specifică în realizarea unei conduite interzise de lege, situație diferită de cea de la vătămarea din culpă, respectiv uciderea din culpă. Practic, singurul lucru care aduce îndoială cu privire la existența infracțiunii de provocare ilegală a avortului este faptul că fătul e deja mort. Conduita făptuitorului se încadrează însă perfect în tiparul prevăzut de lege în art. 185 C. pen.

2.3. Situația în care sarcina nu există

În situația în care *sarcina nu există*, majoritatea autorilor și a practicii judiciare consideră că este vorba despre o infracțiune putativă²⁷. În practică,

²⁶ Mina Minovici, *Tratat complet de medicină legală cu legislația și jurisprudența românească și streină, vol. II, Examenul și interpretarea faptelor medicale, Omul viu-moartea*, Atelierele Grafice SOCEC & Co., Societate Anonimă, București, 1930, p. 391.

²⁷ În acest sens, a se vedea George Antoniu, în Teodor Vasiliu ș. a., *op. cit.*, p. 150; C. Bulai, *Curs de Drept Penal. Partea Specială*, vol. I, Ediția a II-a, revizuită, Universitatea din București, Facultatea de Drept, București, 1976, p. 143; Aurel Dincu, „Avortul”, în *Analele Universității București, Științe juridice*, Anul XVIII, nr. 1/1969, p. 104; Vintilă Dongoroz, *Explicații...*, III, pp. 254-255; Virgil Dragomirescu, *op. cit.*, p. 125; Dumitru-Valeriu Mihăescu, *op. cit.*, p. 90; Mina Minovici, *Tratat...*, II, *op. cit.*, p. 391; Gr. Rîpeanu, *Manual de Drept penal al R.P.R. Partea specială*, vol. I, Ministerul Învățământului și Culturii, București, 1960, p. 123; Gheorghe Scripcaru, *op. cit.*, p. 243; Oliviu Aug. Stoica, *op. cit.*, p. 103; A se

asemenea situație a fost interpretată însă și ca tentativă de avort sau ca vătămare corporală²⁸ (în acest din urmă caz avându-se în vedere caracterul putativ al faptei de avort, reținându-se doar vătămarea corporală produsă femeii prin manoperele abortive). De asemenea, în practica judiciară, manoperele abortive care au dus la moartea femeii, în condițiile în care aceasta nu era însărcinată, au fost încadrate ca fiind infracțiunea de ucidere din culpă²⁹.

O situație diferită a existat în unele țări europene. În Franța, legiuitorul, la un moment dat, incrimina și fapta celui care a efectuat manopere abortive asupra unei femei considerată însărcinată, dar care în realitate nu era însărcinată. În baza acestor prevederi legale, în practica instanțelor franceze s-a considerat infracțiune chiar și fapta femeii care a realizat ea însăși manopere abortive, deși nu era însărcinată³⁰. În Anglia, se considera tentativă de avort și se sancționa ca atare, situația în care, prin expertiză medico-legală, se dovedea că femeia asupra căreia s-au realizat manoperele abortive nu era însărcinată³¹.

vedea și Tribunalul Suprem, secția penală, Decizia nr. 799/1974, în *Revista Română de Drept*, nr. 9/1974, p. 66, prin această decizie stabilindu-se că existența sarcinii este o condiție premisă a infracțiunii.

²⁸ George Antoniu, în Teodor Vasiliu ș.a., *op. cit.*, pp. 150 și 157; G. Scripcaru, M. Terbancea, *op. cit.*, p. 173;

²⁹ Tribunalul Suprem, secția penală, Decizia nr. 2210 din 21 noiembrie 1978, *Culegere de Decizii ale Tribunalului Suprem pe anul 1978*, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1979, pp. 393-394. În speță, deși victima nu era însărcinată, inculpata a desfășurat manopere abortive care au dus la moartea femeii. Instanța a reținut că inculpata a săvârșit infracțiunea de ucidere din culpă, în modalitatea din art. 178, alin. 2 C. pen. Subliniem că s-a reținut forma din alin. 2 al art. 178 C. pen., constând în uciderea din culpă ca urmare a nerespectării dispozițiilor legale ori a măsurilor de prevedere pentru exercițiul unei profesii sau meserii, ori pentru efectuarea unei anumite activități. Reținerea acestei forme s-a făcut deși inculpata nu avea pregătire medicală, ținându-se cont doar de faptul că pentru realizarea avortului legea prevede anumite condiții de realizare. Astfel, este indiferent dacă cel care nu respectă aceste condiții are sau nu pregătire medicală. În ceea ce privește ipoteza în care sarcina nu există, decizia prezentată consacră soluția infracțiunii putative în acest caz. De aceea, în speță nu s-a reținut infracțiunea de provocare ilegală a avortului ce a dus la moartea femeii, și nici tentativă la această infracțiune.

³⁰ F. Goyet, *Droit pénal spécial*, ed. a 7-a, Paris, 1968, p. 344, nota 2, *apud* Dumitru-Valeriu Mihăescu, *op. cit.*, p. 147. A se vedea și Vasile Dobrinoiu, *op. cit.*, p. 109.

³¹ Mina Minovici, *Tratat..., II*, *op. cit.*, p. 392.

2.4. Situația în care fătul prezintă grave deficiențe

În ceea ce privește chestiunea *viabilității* fătului, majoritatea autorilor consideră că infracțiunea există indiferent dacă fătul este sau nu viabil³², deci indiferent dacă poate sau nu să supraviețuiască în afara uterului. Apreciem că această discuție se referă la acea situație în care fătul este afectat de anumite boli care fac imposibilă supraviețuirea sa după naștere, chiar cu ajutor medical; așadar, aici nu e vorba de discuția privind permiterea avortului în funcție de vârsta la care fătul poate să supraviețuiască în afara uterului, neavând vreo problemă de sănătate – o asemenea discuție privește cadrul general, de a permite sau nu avortul, în funcție de vârsta fătului³³.

Apreciem că avortul realizat în condiții ilegale asupra unui făt care prezintă deficiențe întrunește conținutul infracțiunii de avort, întrucât legea nu face nicio distincție. Totuși, credem că deficiențele fătului, în funcție de gravitatea lor, ar putea justifica un avort terapeutic.

2.5. Situația în care fătul supraviețuiește manoperelor abortive

Dacă *fătul supraviețuiește manoperelor abortive și se naște viu*³⁴, unii autori, pornind de la premisa că se apără în primul rând viața produsului de concepție, consideră că, într-o asemenea situație, nu există infracțiunea de avort³⁵.

³² Sergiu Bogdan, *Drept Penal. Partea Specială*, ediția a III-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 117; Virgil Dragomirescu, *op. cit.*, p. 124; Gheorghe Scripcaru, Vasile Astărăstoe, Călin Scripcaru, *Medicina legală pentru juriști*, Ed. Polirom, Iași, 2005, p. 119.

³³ Astfel, datorită nivelului de dezvoltare a medicinei, se poate aprecia, în funcție de vârsta fătului, dacă acesta, în condițiile în care nu prezintă deficiențe, poate sau nu să supraviețuiască în afara uterului.

³⁴ Sesizăm caracterul aparent impropriu al verbului „a se naște” în acest context, deoarece declanșarea avortului prin manopere abortive nu e sinonimă cu nașterea. Practic, ne aflăm într-un impas lingvistic, deoarece aici avem de-a face cu manopere abortive, în urma cărora „se obține” un copil viu. Credem că ar fi mai grav dacă am folosi expresia „a fost avortat un copil viu”, deoarece, în principiu, prin avort înțelegem întreruperea cursului sarcinii, deci suprimarea vieții produsului de concepție. În schimb, verbul „a se naște”, deși, tehnic, e impropriu folosit aici, are forța de a sugera, prin el însuși, prezența vieții.

³⁵ Vintilă Dongoroz, ș.a., *Explicații...*, III, p. 259; Mina Minovici, *Tratat...*, II, p. 391. Cel de-al doilea autor citat consideră că, dacă medicul decide să întrerupă cursul sarcinii datorită unei cauze patologice, pentru a grăbi nașterea, fără a se compromite viabilitatea fătului, nu se

Alți autori consideră că și în acest caz există infracțiunea din art. 185 C. pen., deoarece s-a realizat rezultatul cerut de lege, de *întrerupere a cursului normal al sarcinii*³⁶. Această opinie a fost exprimată și în practica judiciară³⁷. Credem că, într-o asemenea ipoteză, mai degrabă ar trebui să reținem o *tentativă de avort*. Chiar dacă, tehnic vorbind, orice întrerupere a cursului sarcinii consumă infracțiunea, totuși credem că trebuie să avem în vedere și aspectele legate de obiectul juridic al infracțiunii. Dacă luăm în considerare, măcar în plan secund, că viața fătului intră în sfera obiectului juridic al infracțiunii, atunci faptul că fătul supraviețuiește manoperelor abortive este un triumf asupra acțiunilor incriminate. Așadar, din respect pentru făt, credem că, atunci când fătul supraviețuiește, infracțiunea nu poate fi considerată consumată. Așa cum am arătat, se poate reține o tentativă, eventual în una din formele agravate prevăzute de art. 185, alin. 3 C. pen.

În legătură cu ipoteza prezentată, ar trebui să analizăm și situația în care fătul, deși *inițial* supraviețuiește manoperelor abortive, moare *ulterior*, datorită faptului că nu era suficient dezvoltat. Într-o asemenea ipoteză, credem că se va considera consumată infracțiunea de avort. Totuși, apare aici o problemă, pentru că moartea copilului, datorită faptului că nu era suficient dezvoltat, ar putea surveni la câteva luni sau ani după întreruperea cursului sarcinii. Remarcăm dificultatea încadrării juridice a unei astfel de situații, pentru că ar fi forțată încadrarea faptei ca provocare ilegală a avortului. De aceea, considerăm utile într-o asemenea ipoteză prevederile Noului Cod Penal³⁸, cuprinse în articolul 202, intitulat *Vătămarea fătului*.

Practica judiciară a reținut însă că, în cazul în care fătul este expulzat viu, există infracțiunea consumată de avort. Motivul acestei soluții este acela că legea incriminează *întreruperea cursului sarcinii*, fără a se condiționa

poate vorbi de avort. Într-o asemenea situație „...nici o răstălmăcire din lume a noțiunii avortului criminal n-ar putea să-l facă pasibil pentru sancțiunea penală”. Mina Minovici, *op. cit.*, p. 391.

³⁶ În acest sens, a se vedea George Antoniu, în Teodor Vasiliu ș.a., *op. cit.*, p. 152; Octavian Loghin, Avram Filipaș, *op. cit.*, p. 57.

³⁷ A se vedea Tribunalul Suprem, Decizia secției penale nr. 5988 din 2 decembrie 1971, în *Culegerea de Decizii ale Tribunalului Suprem pe anul 1971*, *op. cit.*, pp. 312-314. În speță, în urma manoperelor abortive efectuate asupra unei sarcini aflate în luna a cincea de evoluție, s-a născut un făt viu.

³⁸ Legea nr. 286/2009, publicată în Monitorul Oficial nr. 510 din 24 iulie 2009.

existența infracțiunii de moartea fătului. Lipsa condiționării este justificată prin chiar pericolul pe care-l prezintă întreruperea unei sarcini. Pericolul există atât pentru fătul care, deși se naște viu, nu are un grad de dezvoltare care să-i garanteze o evoluție normală, cât și pentru femeia însărcinată. Din aceste motive s-a respins ipoteza unei tentative de avort în cazul în care fătul se naște viu.

Dacă fătul supraviețuiește manoperelor abortive, dar este ucis ulterior, unii autori consideră că încadrarea va trebui făcută sub forma unui concurs între provocarea ilegală a avortului și omor. Se apreciază că reținerea și a infracțiunii de provocare ilegală a avortului se justifică prin aceea că a fost realizat rezultatul infracțiunii din art. 185 C. pen., acela de întrerupere a cursului sarcinii³⁹.

2.6. Situația în care femeia însărcinată intră în stare de moarte cerebrală, iar fătul supraviețuiește

O altă ipoteză pe care trebuie să o analizăm este cea în care *femeia însărcinată intră în stare de moarte cerebrală, iar fătul, fiind viabil, supraviețuiește*⁴⁰. În legătură cu acest aspect, sunt două chestiuni de analizat: încadrarea juridică a faptelor de ucidere îndreptate direct asupra fătului; încadrarea juridică a unor fapte omisive, care au ca rezultat moartea fătului.

În ceea ce privește faptele de ucidere îndreptate direct asupra fătului, ar fi posibile două soluții: faptele să fie încadrate la infracțiunea de provocare ilegală a avortului; faptele să fie încadrate la infracțiunea de omor (cel puțin omor calificat, victima fiind în neputință de a se apăra, art. 175, alin.1, lit. d C. pen.). Apreciem, într-o asemenea situație, că fătul și-a dobândit autonomia ca persoană, întrucât este viabil. În consecință, faptele de ucidere îndreptate asupra fătului credem că ar trebui considerate fapte de omor.

În legătură cu faptele omisive ce au ca rezultat uciderea fătului, apreciem, în lumina celor spuse mai sus, că încadrarea va fi ca infracțiune de omor (dacă omisiunea e intenționată, de exemplu un medic în mod intenționat nu acordă ajutor fătului) sau ca infracțiune de ucidere din culpă (de exemplu, în baza art. 178, alin. 2 C. pen., dacă un medic, neîndeplinindu-

³⁹ Sergiu Bogdan, *op. cit.*, p. 16.

⁴⁰ Pentru discuții asupra aceleiași ipoteze, a se vedea Sergiu Bogdan, *op. cit.*, p. 118.

și din culpă obligația de serviciu, nu acordă ajutor fătului). Dacă am considera că fapta se încadrează în categoria manoperelor abortive la care se referă art. 185 C. pen., atunci omisiunea din culpă de a acorda ajutor fătului nu ar fi infracțiune, deoarece fapta prevăzută de art. 185 C. pen. se poate săvârși doar cu intenție. O asemenea soluție ar contrazice însă situația de fapt. Astfel, în ipoteza în care femeia intră în moarte cerebrală, iar fătul este viabil și supraviețuiește, asta înseamnă că fătul este o ființă de sine stătătoare. Iar opinia care neagă dreptul la viață al fătului pornește tocmai de la ideea că fătul este dependent de corpul mamei. În consecință, dacă fătul este *independent* de corpul femeii, orice barieră în calea afirmării dreptului său la viață nu mai poate fi menținută. Fătul este, în acest caz, o ființă umană independentă, cu toate drepturile ce decurg din acest statut.

**CONTEXTUL ISTORIC AL DEZVOLTĂRII RAPORTURILOR
DINTRE DREPTUL PENAL ȘI LEGEA FUNDAMENTALĂ
ÎN ROMÂNIA**

Partea a II-a

ANDRA IFTIMIEI*

Résumé

***Le développement historique de la relation entre le droit pénal et la Loi
fondamentale en Roumanie***

Cet article présente les rapports historiques entre le droit pénal et la Constitution en Roumanie. Il est structuré en deux parties: la première partie examine les liens établis entre le premier Code pénal de la Roumanie et les Constitutions suivantes (1866 et 1923). La deuxième partie continue l'analyse sur les rapports entre le Code pénal Carol et les autres Constitutions de Roumanie (1938, 1948, 1952, 1965).

Mots-clés: *Constitution, droit pénal, rapports*

Partea a doua a acestui articol reprezintă o continuare a prezentării corespondențelor dintre dreptul penal și Constituție, fiind supuse analizei relațiile ce au luat naștere între Codul penal Carol al II-lea și Constituțiile din 1938, 1948, 1952 și 1965. În această perioadă statul se află în centrul atenției, atât din punct de vedere constituțional, cât și din punctul de vedere al dreptului penal, datorită contextului dezvoltării statului comunist.

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

• **Codul penal Carol al II-lea (1937) și Constituțiile din 1938, 1948, 1952 și 1965**

Constituțiile României din anii 1938, 1948, 1952 și 1965 au fost guvernate de concordanța cu Codul penal din 1937, cunoscut și sub denumirea de Codul penal Carol al II-lea. Prevederile acestuia au fost coroborate cu cele ale Constituțiilor incidente, dar au reprezentat și o piedică datorită necesității realizării unui cadru comun între statul comunist din constituțiile anilor 1948, 1952 și 1965, și viziunea libertină din forma inițială a Codului penal.

Partea generală a acestuia debutează cu legalitatea incriminării, pedepsei și a măsurilor de siguranță. Astfel ”nimeni nu poate fi pedepsit pentru o faptă care, în timpul când a fost săvârșită, nu era prevăzută de lege ca infracțiune și nici condamnat la alte pedepse sau supus la alte măsuri de siguranță, decât acelea pe care le prevede legea”¹. Principiul legalității este consacrat și prin intermediul Constituției din anul 1948, conform căreia ”nimeni nu poate fi condamnat și ținut a executa o pedeapsă decât în baza hotărârii judecătorești, pronunțate în conformitate cu legea” (art.30). Deși prin Constituție era prevăzută libertatea individuală, nici o persoană neputând fi arestată sau deținută mai mult de 48 de ore fără mandat de arestare și nici condamnată fără sentință judecătorească, ea a rămas pur formală și declarativă în lipsa unor garanții juridice procedurale².

În contextul sistemului punitiv surprinde reînstituirea unei sancțiuni absente după 1866: pedeapsa capitală pe timp de pace. Înăsprirea regimului pedepselor a fost inaugurată de Constituția din februarie 1938, care, prin alineatul 2 al art. 15, lăsa Consiliului de Miniștri latitudinea de a decide în viitor aplicarea pedepsei cu moartea și în timp de pace. Articolul 15 admite utilizarea ei în anumite cazuri

¹ *Codul penal Regele Carol II*, adnotat de Rătescu C., Ionescu-Dolj I., Periețeanu I. Gr., Dongoroz V., Asnavorian H., Pop T., Papadopolu M., Pavelescu N., volumul I, ed. Librăriei SOCEC&Co., S. A., București, 1937, p. 1.

² Banciu Angela, *Istoria vieții constituționale în România (1866 - 1991)*, Casa de editură și presă Șansa S.R.L., București, 1996, p. 207.

indicate limitativ: atentate împotriva suveranului, membrilor familiei regale, șefilor de stat străini, demnitarilor statului, atentate comise din mobile aflate în legătură cu exercițiul funcțiunii lor, precum și ipoteza tâlhăriei cu omor și a asasinatului politic³. Această prevedere constituțională a fost concretizată în Jurnalul Consiliului de Miniștri din 24 mai 1938 pentru introducerea provizorie a pedepsei cu moartea, prevăzându-se că aceste dispoziții nu erau valabile decât pe termen de un an⁴. Prin legea pentru modificarea Codului penal și punerea în concordanță cu Constituția din 24 septembrie 1938 s-a introdus pedeapsa cu moartea în rândul pedepselor pentru crime.

Potrivit art. 2 ”infracțiunea săvârșită sub legea veche, dar neprevăzută de legea nouă nu se pedepsește⁵”. Este enunțată astfel retroactivitatea legii de dezincriminare. Se admite, prin intermediul art. 3 retroactivitatea legii mai favorabile: ”dacă după săvârșirea infracțiunii și înainte de condamnarea infractorului printr-o hotărâre definitivă, intervine o lege sau mai multe legi succesive, se aplică legea ale cărei dispozițiuni sunt mai favorabile infractorului”⁶.

Aplicarea legii penale în spațiu este guvernată de principiul teritorialității: ”orice infracțiune săvârșită pe teritoriul României este pedepsită după dispozițiunile legilor penale române. Legea penală română se aplică și infracțiunilor săvârșite deasupra teritoriului României, în cuprinsul apelor sau mării teritoriale, sau pe o navă ori o aeronavă română”⁷. Al doilea alineat al art. 6 prevede diferitele prelungiri fictive de teritoriu, asupra cărora se întinde suveranitatea

³ *Ibidem*, p. 124.

⁴ Ceterchi Ioan (coord.), Berceanu Barbu, Dvoracek Maria, Firoiu Dumitru, Georgescu Valentin, Gionea Vasile, Herlea Alexandru, Kovacs Iosif, Marcu Liviu, Mușat Mircea, Pătrășcanu Petru, Porțeanu Alexandru, Sachelarie Ovid, Șotropa Valeriu, Tarangul Erast, Vîntu Ion, *Istoria dreptului românesc*, volumul II, partea a doua, ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1987, p. 406.

⁵ *Ibidem*, p. 6.

⁶ *Ibidem*, p. 7.

⁷ *Ibidem*, p. 17.

statului și în care se aplică tot legea penală română, cum este marea teritorială ori bordul navelor sau aeronavelor.

Constituția din 1938 a prevăzut că persoana regelui era inviolabilă, dar că miniștrii lui erau răspunzători. Astfel, Legea fundamentală preciza că Regele nu era responsabil și nici nu cădea sub incidența legii penale pentru actele sale cu caracter particular și nici pentru cele cu caracter oficial⁸. Regele avea dreptul de grațiere. El putea ierta sau micșora pedepsele în materie criminală, cu excepția celor date miniștrilor⁹.

Codul penal Carol II aduce ca element de noutate consacrarea instituției extrădării, în art. 16. Expunerea de motive a proiectului de Cod arată că includerea câtorva dintre principiile de fond ale extrădării va înlesni opera justiției represive. Cel dintâi principiu, în acest sens, este cel al neextrădării naționalilor, care este cuprins și în Constituție, în art. 12. Un al doilea principiu care întregește sfera dispozițiilor noi este cel care consacră dreptul de azil pentru refugiații politici, adică imposibilitatea extrădării acestora, principiu consacrat în termeni formali și de Constituție în art. 32.

Contextul juridic în care au luat naștere constituțiile garantate de Codul penal din 1937 demonstrează o predilecție firească spre plasarea în plan central a statului. Acest lucru este demonstrat și de partea specială a Codului penal, care este structurat în așa fel încât să fie reliefată înclinarea spre stat și binele colectiv, și de-abia la urmă să fie protejat și individul. Capitolul II al Codului este consacrat crimelor și delictelor contra siguranței interioare a Statului, reliefându-se astfel concordanța dintre necesitatea protejării suveranității pe plan intern, prin pedepsirea atentatelor și comploturilor contra persoanei Regelui, a familiei Regale și a formei constituționale a Statului. Legiuitorul

⁸ Pop Teodor Leon, *Constituțiile României*, ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1984, p. 53.

⁹ Pop Teodor Leon, *op. cit.*, p. 55.

penal asigură astfel măsuri sporite de garantare și de prevenire a răsturnării ordinii sociale sau politice stabilită prin Constituție¹⁰.

Libertatea religioasă este garantată de Codul penal prin capitolul I din Titlul V, delictе contra cultului (referitor la aceste delictе, Codul penal a fost pus în concordanță cu Legea generală asupra regimului cultelor din 1928 cu modificările din 1929¹¹). Conform art. 308, "acela care, în orice mod, împiedecă sau turbură exercițiul cultului unei religii recunoscute de Stat, comite delictul de turburare a exercițiului cultului"¹². Se mai pedepsește, potrivit alin. 2 al aceluiași articol și cel care împiedică pe o persoană să exercite propriul cult, dacă acesta nu contravine ordinii publice și bunelor moravuri, sau dacă o constrânge să exercite un alt cult. Alte infracțiuni care vizează protejarea cultului sunt prevăzute în sfera delictelor contra stării civile, abandonului de familie și abuzului de drept de corecțiune. Conform art. 448, "preotul de orice cult recunoscut de Stat, care celebrează o cununie mai înainte de îndeplinirea actelor și formelor cerute de legea civilă, comite delictul de neregulată celebrare a cununiei"¹³.

Legiuitorul Codului penal din 1937 manifestă o atenție deosebită pentru protecția minorilor, incriminând faptele de vagabondaj și cerșit care au ca subiect activ un minor. La momentul intrării în vigoare a Codului penal, acesta, în privința infracțiunilor de vagabondaj și cerșetorie săvârșite de către minori, nu reprezenta decât un instrument de discriminare față de minoritățile care procedau la trimiterea copiilor la cerșit. Art. 455 din Codul penal incriminează

¹⁰ *Codul penal Regele Carol II*, adnotat de Rătescu C., Ionescu-Dolj I., Periețeanu I. Gr., Dongoroz V., Asnavorian H., Pop T., Papadopolu M., Pavelescu N., volumul al II-lea, ed. Librăriei SOCEC&Co., S. A., București, 1937, p. 48.

¹¹ *Ibidem*, p. 252.

¹² *Ibidem*, pp. 252-253.

¹³ *Codul penal Regele Carol II*, adnotat de Rătescu C., Ionescu-Dolj I., Periețeanu I. Gr., Dongoroz V., Asnavorian H., Pop T., Papadopolu M., Pavelescu N., volumul al III-lea, ed. Librăriei SOCEC&Co., S. A., București, 1937, p. 29.

fapta celui care "își exercită, prin astfel de mijloace și în așa fel dreptul de corecție sau disciplină asupra unei persoane mai mici de 15 ani, supusă autorității sale, sau încredințată lui pentru educație, instrucție, supraveghere, ori pentru învățarea unei meserii, sau aflată în serviciul său, încât îi expune unui pericol grav sănătatea sau dezvoltarea intelectuală"¹⁴.

Libertatea individuală a persoanei este garantată prin mijloace de drept penal atât prin prisma delictelor în contra libertății individuale, cât și prin intermediul răpirii, care cunoaște un subiect pasiv special, minorul. Răpirea, reținerea sau sechestrarea unei persoane mai mică de 15 ani prin amăgire, violență sau amenințare se pedepsește cu închisoare corecțională de la 3 la 5 ani, o pedeapsă mai mare, cum este și firesc, decât în cazul sechestrării de persoane, unde pedeapsa este tot închisoare corecțională, dar de la 3 la 6 luni. Infracțiunile contra libertății persoanei mai pot îmbrăca forma sclaviei, a amenințării și a șantajului, a violării de domiciliu ori a violării de secrete, întrucât lipsirea de libertate nu îmbracă doar forma îngădirii libertății de mișcare, ci și a libertății morale. Pe de altă parte, violarea de domiciliu reprezintă cu precădere o modalitate de garantare a libertății vieții private, dar și a dreptului de proprietate. Intră în sfera de înțelegere a noțiunii de domiciliu locuința unei persoane, dependențele acesteia sau un loc împrejmuit ce ține de aceasta, dar și "localul de afaceri"¹⁵ al unei persoane, dacă acesta păstrează ceva în comun cu viața privată, cu libertatea individuală a celui care își desfășoară activitatea în acel local. Violarea de domiciliu este consumată nu doar la momentul pătrunderii fără drept, ci și la momentul refuzului de a părăsi vreunul din locurile arătate în art. 496. O variantă agravată a infracțiunii de violare de domiciliu se regăsește în cuprinsul art. 499 din Codul penal, conform căruia se pedepsește "funcționarul public, care, depășind limitele competenței sale sau

¹⁴ *Ibidem*, p. 43.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 262-263.

abuzând de puterea sa, ori fără respectarea formalităților impuse de lege, se introduce sau rămâne în locurile arătate în art. 496, în contra voinței aceluia care locuiește acolo sau are drept de a dispune de ele”¹⁶.

În mod formal și în total dezacord cu realitățile, Constituția garanta inviolabilitatea persoanei (art. 31), a domiciliului (art. 32), secretul corespondenței și al convorbirilor telefonice (art. 33), dar Administrația statului, și mai ales organele Securității, făceau iluzorii asemenea garanții¹⁷.

Inviolabilitatea persoanei presupune că nici o persoană nu poate fi reținută sau arestată dacă împotriva ei nu există probe sau indicii temeinice că a săvârșit o faptă prevăzută și pedepsită prin lege. Organele de cercetare pot dispune reținerea unei persoane pe o durată de cel mult 24 de ore¹⁸. Alături de dreptul la libertate și dreptul la viață, inviolabilitatea persoanei cuprinde și integritatea corporală, iar încălcarea acestora este pedepsită de Codul penal. Dând expresie unui astfel de înțeles al inviolabilității persoanei, legea penală a constituit, din punctul de vedere al obiectului juridic generic, o categorie comună de infracțiuni prin care se incriminează tocmai acele fapte prin care se aduce atingere relațiilor sociale referitoare la manifestarea liberă a atributelor esențiale ale persoanei¹⁹ (omuciderea, vătămarea integrității corporale sau a sănătății persoanei, lipsirea de libertate în mod ilegal, sclavia, supunerea la muncă forțată sau obligatorie etc.).

Articolul 12 din Constituția din 1938 garanta libertatea individuală, articolul 14 inviolabilitatea domiciliului, articolul 23 inviolabilitatea secretului corespondenței. Ca și în Constituția din 1923, era vorba numai de drepturi formale și care adesea nu se puteau

¹⁶ *Ibidem*, p. 272.

¹⁷ Oroveanu Mihai, *ibidem*, p. 300.

¹⁸ Pop Teodor Leon, *ibidem*, p. 95.

¹⁹ Deleanu Ion, *Drept constituțional. Tratat elementar*, ed. Didactică și Pedagogică, București, 1980, p. 289.

exercita decât în condițiile prevăzute de lege. Prin urmare, o simplă lege putea trece înaintea prevederilor constituționale²⁰.

Referitor la drepturile și libertățile fundamentale ale indivizilor, deși acestea erau recunoscute și garantate formal prin Constituția de la 1948, erau introduse numeroase restricții și interdicții în privința exercitării lor, creându-se o discrepanță vizibilă între principii și realitățile politice și juridice. Astfel, în timp ce era prevăzut și garantat dreptul tuturor cetățenilor, fără deosebire de sex, naționalitate, grad de cultură și profesie, de a alege și de a fi aleși în organele statului (art. 18), erau prevăzute o serie de interdicții și incompatibilități electorale și elective față de "persoanele interzise, lipsite de drepturi civile și politice și nedemne", considerate ca atare de instituțiile abilitate în acest sens. Ele reprezentau o "formă legală" utilizată de evaluatorul socialist, de izolare și marginalizare politică a unor indivizi pe criterii politice și ideologice. Deși prin Constituție era prevăzută libertatea individuală, nicio persoană neputând fi arestată sau deținută mai mult de 48 de ore fără mandat de arestare și nici condamnată fără sentință judecătorească, ea a rămas pur formală și declarativă în lipsa unor garanții juridice procedurale. Prevăzând și garantând libertatea presei, cuvântului, întrunirilor, mitingurilor și manifestațiilor, actul constituțional prevedea expres că "exercitarea acestor drepturi este asigurată prin faptul că mijloacele de tipărire, hârtia și locurile de întrunire sunt puse la dispoziția celor ce muncesc" (art.31), evident de către partidul și statul socialist. Prin structura și fundamentarea sa politică și ideologică, Constituția din 1948 a reprezentat principalul instrument juridic de realizare a ordinii politice și constituționale socialiste și de trecere abuzivă a economiei sub controlul statului, creând premisele instaurării tot mai pregnante a dictaturii partidului în toate domeniile vieții sociale.

²⁰ Gogeanu Paul, *Istoria dreptului românesc*, ed. Universității din București, București, 1985, p. 245.

Constituția anului 1948 consacră formal dreptul la inviolabilitatea domiciliului prin intermediul art. 29, conform căruia „domiciliul este inviolabil. Nimeni nu poate intra în domiciliul sau reședința cetățenilor fără învoirea acestora, decât în prezența lor și în baza unui ordin scris al autorității competente sau în caz de flagrant delict”.

În cadrul constituțional al dictaturii comuniste, Constituția din 1952 garanta formal inviolabilitatea persoanei, în art. 87 și dispunea că „inviolabilitatea domiciliului și cetățenilor și secretul corespondenței sunt ocrotite de lege”. În realitatea însă era un dezacord total între asemenea prevederi formale din Constituție și abuzurile săvârșite de Administrația Republicii Populare Române²¹.

Spre deosebire de Constituția din 1948, unde formal era prevăzută răspunderea miniștrilor pentru faptele penale săvârșite în timpul funcțiunii, Legea fundamentală din 1952 omite includerea răspunderii ministeriale, conferind astfel membrilor guvernului o „imunitate” guvernamentală nemaiîntâlnită în nici o Constituție²².

Inversarea raportului firesc dintre individ și stat în favoarea statului în favoarea statului, individul urmând să reprezinte doar mijlocul, rezultă din modalitatea de exprimare și garantare a drepturilor și libertăților fundamentale ale cetățenilor, incluse în Constituția din 1952²³. Dacă în Constituțiile interbelice, inclusiv în cea socialistă din 1948, aceste drepturi și libertăți erau prevăzute în primele capitole, imediat după cele privind teritoriul țării, în structura Constituției din 1952 ele sunt denumite „drepturi și datorii fundamentale” și plasate abia în capitolul al optulea.

Potrivit Constituției din anul 1965, inviolabilitatea domiciliului constă în faptul că nimeni nu poate pătrunde în locuința unei persoane fără aprobarea acesteia, decât în cazurile și în condițiile anume prevăzute de lege. Prin termenul „locuință” se înțelege orice fel de

²¹ Oroveanu Mihai, *Istoria dreptului românesc și evoluția instituțiilor constituționale*, ed. Cerma, București, 1995, pp. 299-300.

²² Banciu Angela, *op. cit.*, p. 218.

²³ *Ibidem*, p. 222.

încăpere unde o persoană locuiește un timp mai mult sau mai puțin îndelungat²⁴, înțelegându-se prin aceasta atât domiciliul²⁵, cât și reședința²⁶. Detaliind accepțiunea dată prin Constituție noțiunii de locuință, Codul penal, în art. 192 incriminează fapta unei persoane de a pătrunde fără drept în orice fel într-un domiciliu ori refuzul de a-l părăsi. Dacă Legea fundamentală spune că „nimeni nu poate pătrunde în locuința unei persoane”, Codul penal incriminează „pătrunderea fără drept în orice fel” într-o locuință. Astfel, Constituția nu se mărginește să se refere doar la „cazurile” ce justifică pătrunderea în locuința unei persoane (flagrantul delict, percheziția domiciliară etc.), ci și la „condițiile” anume prevăzute de lege, adică la procedura ce trebuie urmată de organele statului pentru ca pătrunderea în locuință să nu fie considerată „fără drept”²⁷.

Libertatea individuală privită sub aspectul libertății de a comunica prin corespondență este protejată prin intermediul art. 501 din Codul penal, cu denumirea marginală *Violarea de secrete*. Astfel, se va pedepsi ”cel care, fără drept, deschide o corespondență închisă sau orice înscris închis, care nu sunt adresate lui, în scopul de a lua la cunoștință de conținut sau de a și-l însuși pe cale de reproducere”²⁸. În egală măsură, se va pedepsi și cel care divulgă datele de care a luat cunoștință prin intermediul acțiunilor din primul alineat, procurându-și un folos material, sau cauzând altuia un prejudiciu moral sau material. Legiuitorul mai incriminează și alte variațiuni ale violării de secrete, cum ar fi sustragerea corespondenței sau interceptarea frauduloasă, obiectul juridic al celei din urmă infracțiuni fiind relațiile sociale privitoare la libertatea comunicării, prin orice formă. Din nou, forma agravată este dată de calificarea subiectului activ, prin calitatea

²⁴ Pop Teodor Leon, *op.cit.*, p. 96.

²⁵ Potrivit Decretului nr. 31/1954 domiciliul unei persoane fizice este acolo unde ea își are locuința sa statornică și principală.

²⁶ Deleanu Ion, *op.cit.*, p. 291.

²⁷ Deleanu Ion, *op.cit.*, p. 292.

²⁸ *Ibidem*, p. 275.

de funcționar public, limitele de pedeapsă fiind sporite cu un plus de până la 2 ani.

Constituția din 1945 dispune în art. 33 că ”secretul corespondenței este garantat. Numai în caz de instrucție penală, sau stare de asediu, sau în caz de mobilizare, corespondența poate fi controlată”. O dispoziție asemănătoare este conținută și în Constituția din 1952, fără însă a avea o aplicabilitate certă, date fiind condițiile impuse de inexistența unui stat de drept. În privința secretului corespondenței, Constituția din anul 1965 garantează dreptul persoanei de a comunica cu alte persoane în forme care să nu devină publice. Face excepție de la această regulă generală corespondența ce aparține fie în calitate de expeditor, fie de destinatar, unui învinuit sau inculpat atunci când sunt indicii că aceasta va aduce o lămurire a situației în conformitate cu prevederile Codului de procedură penală²⁹. În contextul garanțiilor constituite acestui drept fundamental, Codul penal consideră drept infracțiune nu numai violarea secretului corespondenței (art. 195, alin 1), adică „deschiderea, fără drept, a unei corespondențe adresate altuia, ori interceptarea unei convorbiri sau comunicări efectuate prin telefon, telegraf sau prin alte mijloace de transmitere la distanță”, dar și unele forme asimilate acestuia: sustragerea, distrugerea sau reținerea unei corespondențe; divulgarea conținutului chiar atunci când a fost trimisă deschisă sau a fost deschisă din greșeală; divulgarea conținutului unei convorbiri sau comunicări interceptate, chiar în cazul în care făptuitorul a luat cunoștință de acesta din greșeală sau din întâmplare³⁰.

Dreptul la viață și la integritate fizică este garantat prin Titlul XIII – Crime și delictе contra persoanelor, care debutează cu Crimele și delictеle contra vieții și integrității corporale. Atingerea supremă adusă dreptului la viață este suprimarea acestuia, prin omor. Diferitele forme de omor pe care le incriminează legiuitorul (cu premeditare, pentru a ascunde crima sau delictul săvârșit mai înainte sau pentru a se

²⁹ Pop Teodor Leon, *op. cit.*, pp. 96-97.

³⁰ Deleanu Ion, *op.cit.*, p. 292.

sustrage pe sine sau pe altul de la urmărire sau arestare, prin întrebuințare de torturi, asupra unui ascendent sau descendent legitim, adoptiv sau natural, asupra fratelui sau surorii, asupra soțului, asupra mai multor persoane cu aceeași ocazie³¹) reprezintă forme agravate, pruncuciderea îmbrăcând o formă distinctă, în art. 465, și care în opinia legiuitorului constituie un tip aparte de omucidere, și nu o circumstanță atenuantă a omorului. În deplină concordanță cu viziunea constituțională asupra dreptului la viață, legiuitorul Codului penal incriminează distinct, în art. 468, determinarea sau înlesnirea sinuciderii, deoarece un consimțământ în materia omorului nu poate avea nici o valoare juridică, dreptul la viață nefiind conceput ca un bun susceptibil de cedare sau de înstrăinare. Dreptul la viață mai este garantat și prin incriminarea avortului din art. 482 Cod penal. Pentru a ne afla în prezența unei infracțiuni, avortul poate prezenta următoarele forme și condiții: să fie săvârșit fără consimțământul femeii, să fie săvârșit de femeia însărcinată necăsătorită sau căsătorită ori când aceasta a consimțit ca altcineva să îi provoace avortul, infracțiunea poate fi reținută chiar dacă femeia însărcinată și-a dat consimțământul, ori dacă s-a urmărit un folos material. Din perspectiva întreruperii de sarcină, dreptul la viață poate suporta anumite restrângeri, caz în care subiectul activ al infracțiunii, calificat, medicul, nu răspunde din punct de vedere penal. Incident în acest caz este art. 484 din Codul penal, prin care se dispune că nu constituie infracțiune întreruperea cursului normal al sarcinii când viața femeii este în pericol iminent sau când sarcina agravează o boală de care suferă femeia, punându-i viața în pericol ori când unul dintre părinți este atins de alienație mintală, existând certitudinea că boala este transmisibilă. În scopul evitării unui abuz, legiuitorul a prevăzut că medicul este obligat a aduce faptul în scris și confidențial la cunoștința parchetului în termen de 48 de ore după intervenție³².

³¹ *Ibidem*, p. 70.

³² *Ibidem*, p. 164.

Integritatea corporală este garantată prin incriminarea faptei de lovire a unei persoane din art. 470 Cod penal, cu toate variantele acestuia (dacă persoana necesită îngrijire medicală de cel puțin 10 zile pentru vindecare, fapta este mai gravă, sau dacă a cauzat victimei o boală de lungă durată ori incurabilă, pierderea unui simț sau organ, ori a funcțiunii lor, pierderea sau alterarea capacității de procreare, o mutilare, slujire, deformare, desfigurare, avort, boală mintală sau orice infirmitate permanentă fizică sau psihică).

Atât dreptul la viață cât și integritatea corporală mai sunt protejate și prin incriminarea delictelor de abandonare a persoanelor neputincioase, având ca subiect pasiv pe cei aflați în neputință din pricina vârstei sau a unei stări fizice sau mintale.

Demnitatea umană este garantată prin intermediul delictelor contra onoarei. Cel care, în public, prin orice mijloace afirmă cu privire la o persoană sau impută acesteia fapte determinate privitoare la viața sau activitatea ei publică, care, dacă ar fi adevărate, ar expune acea persoană la urmărire penală sau disciplinară, ori disprețului public, comite delictul de calomnie³³. Constituția din 1923, în art. 26, ocupându-se de infracțiunile comise prin presă, menționează printre acestea atât calomniile cât și defăimările. Legiuitorul Codului penal, considerând textul constituantului ca o indicație în privința co-existenței delictelor de calomnie și defăimare (delictul de defăimare este incriminat în art. 510 Cod penal și se săvârșește în cazul în când se afirmă sau se răspândesc fapte, ori se fac imputări sau afirmațiuni pentru care legea nu admite proba verității), a întocmit un sistem în care sunt menținute ambele forme. Calomnia îmbracă și o altă formă, în art. 508, conform căruia comite delictul de calomnie contra vieții private cel care ”în public, prin orice mijloace afirmă cu privire la o persoană sau impută acesteia fapte determinate, privitoare la viața sa particulară, activitatea sa profesională, sau cinstea ei personală, care,

³³ *Ibidem*, pp. 309-310.

dacă ar fi adevărate, ar expune acea persoană la urmărire penală sau disciplinară, ori disprețului public”³⁴.

Garantarea dreptului de proprietate și a patrimoniului, care forma la momentul anului 1937 unul dintre principiile fundamentale ale organizării sociale a statului, s-a realizat prin consacrarea Titlului XIV, crime și delictе contra patrimoniului, în rândul cărora se înscriu: furtul, tâlhăria și pirateria, abuzul de încredere, gestiunea frauduloasă, exploatarea slăbiciunilor persoanelor incapabile, însușirea lucrurilor pierdute și deținerea pe nedrept, abuzul de încredere profesională, fraudarea creditorilor, înșelăciunea, strămutarea de hotare, desființarea semnelor de hotar, stricăciuni și alte tulburări aduse proprietății.

³⁴ *Ibidem*, pp. 327-328.

EVOLUȚIA ISTORICĂ A REGLEMENTĂRII INFRAȚIUNII DE ÎNȘELĂCIUNE (I)

MIRELA CARMEN DOBRILĂ*

Rezumat

Acest articol prezintă o analiză din perspectivă istorică a evoluției preocupărilor privind sancționarea faptelor de înșelăciune, cu accent pe importanța acordată de-a lungul timpului protecției patrimoniului, evidențiată de faptul că legislațiile tuturor timpurilor au urmărit apărarea patrimoniului împotriva faptelor săvârșite împotriva patrimoniului, inclusiv împotriva faptelor de înșelăciune. Sfera cercetării este bazată pe analiză a modului în care s-a realizat sancționarea faptelor de înșelăciune: în acest număr al revistei este cuprinsă o primă parte a studiului destinată cercetării reglementărilor privind sancționarea faptelor în dreptul roman, precum și în vechiului drept românesc, începând cu dispoziții privind sancționarea faptelor de înșelăciune prevăzute în Cartea românească de învățătură din anul 1646, în Îndreptarea Legii din anul 1652, în Pravilniceasca Condică din anul 1780, și continuând cu dispoziții cuprinse în Manualul juridic al lui Andronache Donici, în Codul Calimach din 1817 dar și cu dispoziții cuprinse în Legiuirea Caragea din anul 1818, în Condica criminalicească apărută în vremea lui Alexandru Sturza în anul 1826 și în Condica criminală cu procedura ei lui Barbu Știrbei în anii 1841 și 1851, care conțineau dispoziții cu privire la faptele săvârșite contra patrimoniului, inclusiv cu privire la faptele de înșelăciune. Partea a doua a studiului, care urmează a fi publicat în numărul ulterior al revistei, este destinat prezentării reglementărilor privind infracțiunea de înșelăciune în Codul penal din anul 1864, în Codul penal din anul 1936, în Codul penal din 1968, cu punctarea unor aspecte din Legea nr. 301/2004 (abrogată), cu prezentarea modificărilor aduse de Legea nr. 202/2010 relevante pentru subiectul analizat, precum și cu prezentarea reglementării infracțiunii de înșelăciune în Noul Cod penal.

Cuvinte cheie: *infracțiune de înșelăciune, evoluție istorică*

* Asist. univ. drd., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași,
email: mirela.dobрила@uaic.ro

Abstract: *The historic development of regulations concerning the offence of deceit (I)*

This article focuses on a historic analysis of the development of efforts in the area of sanctions for offences of deceit, emphasizing the importance given throughout history to the protection of patrimony; the latter is further supported by the fact that legal regulations have always sought ways to sanction offences against patrimony, including the offence of deceit. The scope of this research is based on an analysis of the manners in which offences of deceit have been sanctioned historically; the first part of this study, published in the current issue of the Journal, will deal with regulations for sanctioning offences of deceit in Roman law, as well as in Old Romanian law, supported by an outline of those legal regulations which contained entries on offences against patrimony, including offences of deceit. The second part of the study, to be published in the next issue of the Journal, will examine regulations concerning the offence of deceit in the 1864, 1936, and 1968 Criminal Codes, as well as certain aspects of Law 301/2004 (repealed), the modifications brought by Law 202/2010 that are relevant to the focus of our study, as well as a presentation of the framework for the offence of deceit as instated by the New Criminal Code

Keywords: *the offence of deceit, historic development*

1. Evoluția preocupărilor pentru sancționarea faptelor de înșelăciune

Retrospectiva evoluției cadrului de incriminare a infracțiunii de înșelăciune este menită să evidențieze preocuparea de a-1 adapta la condițiile social-politice, condiții care au rol determinant în ceea ce privește importanța care se acordă patrimoniului și locul pe acesta îl ocupă în ierarhia valorilor sociale.

Apariția fenomenului de înșelăciune nu poate fi stabilită cu exactitate deoarece încă de la apariția schimbului de produse (troc) s-a putut observa că existau încercări ale comercianților de înșelare a clienților, prin lăudarea excesivă a mărfurilor, prin prezentarea unor calități care nu existau în realitate, scopul inducerii în eroare fiind de a obține un profit material, cu riscul de a produce o pagubă clienților.

Corespunzător cerințelor apărării împotriva criminalității, legislațiile tuturor timpurilor au incriminat și sancționat sever infracțiunile contra patrimoniului, deosebirile datorându-se perioadei istorice și particularităților proprii unei societăți sau alteia. Determinate de factorii criminogeni specifici fiecărei societăți și impuse ca o categorie autonomă în cadrul incriminărilor

din partea specială a dreptului penal modern și contemporan¹, infracțiunile contra patrimoniului au făcut obiectul apărării împotriva unor ingerințe menite să producă grave consecințe atât la nivel individual cât și la nivel societal.

În *perioada sclavagistă* erau pedepsite cu asprime furtul, tâlhăria și jaful, și mai puțin cunoscute alte forme de atingere a proprietății, cum ar fi înșelăciunea, abuzul de încredere, gestiunea frauduloasă, care erau considerate ca delict civile. În *perioada feudală* s-a extins treptat represiunea penală, în sfera sa intrând toate faptele prin care se putea aduce atingeri patrimoniului (de exemplu, furturile mărunte se pedepseau cu biciuirea, iar la al treilea furt se aplica pedeapsa cu moarte- tes furtileus-, iar dacă furtul era grav, această pedeapsă se aplica de la primul)². Deși sistemele de drept penal moderne au eliminat unele din exagerările existente în reglementările anterioare, au menținut totuși un regim destul de sever pentru anumite forme de activitate infracțională îndreptate împotriva patrimoniului, fiind extins cadrul incriminator și la alte fapte specifice relațiilor economice din societatea modernă.

Oarecum limitat în legiurile penale sclavagiste, cadrul infracțiunilor contra patrimoniului a sporit în timpul orânduirii feudale, pentru a se ajunge la o adevărată hipertrofie în societatea capitalistă, care în domeniul infracțiunilor patrimoniale a oferit puternici factori criminogeni, solicitând ingeniozitatea infractorilor. Toate mijloacele de producție fiind proprietate socialistă, în legislațiile penale socialiste, menținându-se categoria infracțiunilor patrimoniale, a fost concepută, pentru prima dată, împărțirea acestora în două grupuri delimitate prin obiectul juridic generic: infracțiuni contra avutului obștesc (proprietatea socialistă) și infracțiuni contra avutului personal și particular (proprietate privată)³.

Infracțiunea de înșelăciune are originea în dreptul roman, unde era cunoscută sub denumirea de *stellionatus*. În perioada evului mediu nu a fost

¹ Ion Gheorghiu Brădet, *Drept penal român. Partea specială*, Vol. I, Editura Europa Nova, București, 1994, p. 148.

² Octavian Pop, *Opinii doctrinare și practică judiciară privind infracțiunea de înșelăciune*, Editura Mirton, Timișoara, 2003, p. 3.

³ Vintilă Dongoroz în Vintilă Dongoroz, Iosif Fodor, Sigfried Kahane, Ion Oancea, Nicoleta Iliescu, Constantin Bulai, Rodica Stănoiu, Victor Roșca, *Explicații teoretice ale Codului penal român. Partea specială*, vol. III, Editura Academiei Române, Editura All Beck, București, 2003, pp. 428-429.

reglementată distinct, fiind inclusă în conținutul altor infracțiuni, cum ar fi abuzul de încredere sau gestiunea frauduloasă⁴.

Deși la baza concepției moderne asupra noțiunii de înșelăciune se află noțiunea de dol (*dolus*), cunoscută din dreptul roman, natura juridică a dolului este diferită, dovadă fiind faptul că, actualmente, noțiunea de dol desemnează unul dintre viciile de consimțământ, care se pot atesta la încheierea unei convenții, deci are o semnificație doar pentru dreptul privat, nu și pentru dreptul penal⁵, după cum în dreptul roman dolul a fost considerat ca un delict privat, și nu ca un delict public. Deși considerăm că există diferențe între dolul civil, sancționat ca viciu de consimțământ, și activitatea dolosivă care intră în conținutul infracțiunii de înșelăciune, discuția comportă multe aspecte sensibile care vor fi analizat într-un capitol separat, activitatea dolosivă dobândind relevanță și în planul dreptului penal.

După o lungă perioadă în care înșelăciunea nu a fost sancționată separat deoarece dolul civil și dolul penal s-au suprapus, ulterior au fost reprimite ca acte de *stellionat* toate faptele săvârșite în prejudiciul patrimoniului altei persoane, cu mențiunea că în dreptul roman faptele de înșelăciune erau sancționate prin interpretarea în sens larg a noțiunii de *furtum*⁶.

Dacă urmărim o analiză istorică a existenței unor dispoziții privind faptele de înșelăciune, se poate observa că în *Legea celor XII Table* (sec. al V-lea) nu există, în mod expres, astfel de prevederi cu privire la înșelăciune, legate de intenția de a obține anumite bunuri prin inducere în eroare. Furtul era considerat o sustragere ilegală a unui bun mobil cu intenția de îmbogățire, existând două feluri de furt: *furtum manifestum* (furtul flagrant), în cazul căruia dacă autorul era om liber, acesta era bătut cu vergile și atribuit ca sclav victimei, iar dacă era sclav, era ucis, și *furtum nec manifestum* (furtul în cazul căruia hoțul nu era prins asupra faptului),

⁴ Tiberiu Medeanu, *Dreptul penal al afacerilor*, Editura Lumina Lex, București, 2006, p. 179.

⁵ Sergiu Brânză, Igor Botezatu, *Evoluția reglementărilor privitoare la infracțiunea de escrocherie pe teritoriul actual al Republicii Moldova*, Jurnalul de studii juridice nr. 3-4/2009, p. 142, text în format electronic disponibil la http://jls.upa.ro/attachments/053_3-4-2009.pdf (10.07.2011).

⁶ Corinne Mascala, *Répertoire de droit pénal: Escroquerie*, Editura Dalloz, Paris, 2001.

sanționat prin obligarea la plata a de două ori valoarea lucrului sustras⁷. Delictul de furt era interpretat în sens larg, incorporând și faptele prin care se obțineau bunuri prin înșelăciune, sancționate după aceleași distincții.

Pe lângă acestea, în Legea celor XII Table există prevederi cu privire la înșelăciunea (viclenia) în cadrul raporturilor patrimoniale (Tabla a VII-a, Legea a XVII-a)⁸, dar și cu privire la cel care, prin manopere dolosive, își însușea bunul dat în depozit, și care urma să fie obligat să plătească dublul valorii bunului (Tabla a III-a, Legea I)⁹, ceea ce înseamnă că faptele de înșelăciune erau sancționate în acea vreme.

Dreptul roman a sancționat faptele prin care se aducea atingere patrimoniului unei persoane, fie prin sustragere, fie prin distrugere, fie prin înșelăciune, și, fiind recunoscută necesitatea reprimării unor astfel de fapte prin intermediul unor norme juridice, s-a conturat noțiunea de delict, cu cele două forme: delikte publice, care aduceau atingere intereselor generale ale statului, și delikte private, care vizau atingerile aduse intereselor particulare, cele din urmă sancționate, de regulă, cu amenzi. Dreptul roman a clasificat delictele în funcție de interesul ocrotit în delikte de drept privat și delikte de drept pretorian. Principalele delikte de drept civil (delikte private vechi) cunoscute și sancționate în dreptul roman erau furtul (*furtum*), *iniuria* (ofensă intenționată adusă prin vorbe sau fapte) și *damnum iniuria datum* (paguba cauzată pe nedrept, dar fără a obține o îmbogățire), la care s-au adăugat ulterior deliktele de drept pretorian (delikte private noi) din care făceau parte *rapina* (furtul cu violență, tâlhăria), *metus* (teama, violența

⁷ Teodor Sâmbrian, *Principii, instituții și texte celebre în dreptul roman*, Casa de Editură și Presă „Șansa” S.R.L., București, 1994, p. 162.

⁸ Samuel Parsons Scott, *The Civil Law, Including the Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, the Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and the Constitutions of Leo: Translated from the original Latin, edited, and compared with all accessible systems of jurisprudence ancient and modern*, Editura The Central Trust Company, Cincinnati, 1932, Editura The Lawbook Exchange, New Jersey, United States of America, 2001, Vol. I, p. 72; Tabla a VII-a, Legea a XVII-a: „*Sei patrones clientei fraudem facsit, sacer esto*” (Dacă un patron comite vreo fraudă în detrimentul clientului său, să fie sacrificat - pedepsit cu moartea ca victimele sacrificate zeilor), a se vedea T. Sâmbrian, *op. cit.*, p. 187.

⁹ S. P. Scott, *op. cit.*, p. 62; Tabla a III-a, Legea I: „*Si quod endo deposito dolo malo factum escit, duplione luito*” (Dacă depozitarul a comis vreun dol, relativ la lucrul depus, să plătească dublu), a se vedea T. Sâmbrian, *op. cit.*, p. 180.

morală), *dolus malus* (viclenia, înșelăciunea) și *fraus creditorum* (înșelarea creditorilor).

Înșelăciunea trebuie analizată prin prisma evoluției noțiunii de furt în dreptul roman, care avea un sens larg și îngloba inclusiv faptele prin care se aducea atingere patrimoniului unei persoane prin înșelăciune, urmărind trecerea de la delict privat (care dădea dreptul la răzbunare iar ulterior la amendă) la delict public, în epoca clasică.

Pentru a desprinde originea conceptului de înșelăciune este necesar să privim dreptul roman clasic în perspectivă istorică, analiza fiind îndreptată spre *Instituțiunile lui Gaius* (sec. II e.n.). Astfel, în ceea ce privește faptele de înșelăciune, trebuie făcută trimitere la faptele de furt: „Să trecem acum la obligațiile care decurg din delict, precum: dacă cineva a comis un furt, a luat prin jaf bunurile altuia, a pricinuit pagube sau a adus o injurie” (Gaius, III, 182)¹⁰, cu mențiunea că furtul exista „nu numai când cineva sustrage un bun străin pentru a și-l însuși, ci în general, când reține bunul altuia, fără voia proprietarului” (Gaius, III, 195)¹¹. Faptele de înșelăciune trebuie privite prin prisma conținutului delictului de furt, deoarece furtul, sustragerea unui lucru, are o accepțiune largă în practica dreptului roman și cuprinde atât furtul propriu-zis, cât și alte fapte cum ar fi abuzul de încredere sau escrocheria¹². Faptele de înșelăciune, considerate și văzute ca furt, erau considerate delict de drept civil și generau obligații delictuale, iar în cazul prejudiciilor aduse proprietății lua naștere obligația de a repara paguba.

Pedeapsa pentru furtul flagrant era cea capitală (Gaius, III, 189), pedeapsa pentru furtul neflagrant era cea fixată de Legea celor XII Table la de două ori valoarea bunului (Gaius, III, 190), iar pedeapsa pentru furtul tănuț era păstrată din Legea celor XII Table la de trei ori valoarea bunului (Gaius, III, 191)¹³. Ulterior, rămâne în vigoare numai deosebirea dintre furtul flagrant, sancționat cu amendă ce se ridica la de patru ori valoarea lucrului, și cel neflagrant, sancționat cu o amendă în cuantumul dublului valorii lucrului, iar partea vătămată putea renunța la la amenda corespunzătoare în

¹⁰ Aurel Popescu, *Gaius. Instituțiunile*, Editura Academiei RSR, București, 1982, p. 251.

¹¹ A. Popescu, *op. cit.*, p. 255; Gaius, III, 195: „*Furtum fit non solum cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis rem alienam invito domino contrectat*”;

¹² Vladimir Hanga, Mircea Dan Bob, *Curs de drept privat român*, Editura Universul Juridic, București, 2011, p. 262.

¹³ A. Popescu, *op. cit.*, p. 253.

cazul în care făptuitorul era insolubil, în schimbul unei pedepse aplicabile de autoritatea publică. În afară de acțiunea penală, prin care se urmărea amendarea, victima mai avea la îndemână o acțiune *rei persecutorie* (*condictio ex causa furtiva*), prin care se urmărea fie restituirea lucrului, fie despăgubirea pentru dauna pricinuită¹⁴. Astfel, și în cazul înșelăciunilor, victima avea aceste mijloace la dispoziție, adică o acțiune penală prin care se urmărea amendarea escrocului și o acțiune *rei persecutorie* pentru restituirea lucrului obținut prin viclenie, fie pentru despăgubire pentru prejudiciul produs.

În dreptul clasic, noțiunea de furt dobândește noi trăsături, fiind definit ca „însușirea frauduloasă a unui lucru cu intenția de îmbogățire, fie a lucrului însuși, fie chiar a folosinței sau a posesiunii lui”¹⁵; furtul este *contrectatio*, de unde rezultă că în această epocă, furtul nu constă numai într-o sustragere ca în dreptul vechi, ci poate consta în mânăuirea, folosirea sau atingerea lucrului altuia, iar *contrectatio rei* desemnează ceea ce înțelegem astăzi prin fapte ca escrocheria (înșelăciunea) sau abuzul de încredere¹⁶.

Dolus malus (viclenia, înșelăciunea), considerat delict de drept pretorian (delict privat nou), consta în ansamblul manoperelor frauduloase întrebuințate de o persoană pentru a determina pe o altă persoană să încheie un act pe care nu l-ar fi încheiat, făcându-se distincție între *dolus malus* și *dolus bonus*, cel din urmă nefiind sancționat deoarece consta în mijloace viclene, lipsite de gravitate, folosite în general în practică, precum lăudarea exagerată a mărfurilor¹⁷. În dreptul vechi, exceptând înșelarea minorului de 25 de ani sancționată printr-o lege *Plaetoria* (mijlocul sec. al II-lea î.e.n.), *dolus* nu a fost sancționat; abia în anul 66 î.e.n. pretorul Aquilius Gallus a creat *actio de dolo* prin care victima delictului putea pretinde în justiție, de la autor, o despăgubire echivalentă cu prejudiciul suferit, acțiunea cu caracter subsidiar, care putea fi intentată numai în situația în care victima nu avea altă posibilitate de a acționa, și care putea fi introdusă numai împotriva

¹⁴ V. Hanga, M. D. Bob, *Curs...*, *op. cit.*, p. 263.

¹⁵ D., 47,2,1,3: „*Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia, vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve*”.

¹⁶ Emil Molcuț, *Drept privat roman. Terminologie juridică romană*, Editura Universul Juridic, București, 2011, p. 342.

¹⁷ T. Sâmbrian, *op. cit.*, p. 164.

autorului delictului, cu respectarea termenului de 1 an de la data comiterii delictului¹⁸.

Cicero susținea că dolul constă în a simula ceva și a face altceva. Sub acest aspect, în anul 66 î.e.n., pretorii legiferează posibilitatea reparării prejudiciului, cauzat pe calea înșelăciunii, prin intermediul lui *actio doli*¹⁹.

Spre sfârșitul republicii, în condițiile înfloririi comerțului, când actele se încheiau prin simplul acord de voință, ceea ce era de natură să favorizeze utilizarea manoperelor frauduloase la încheierea contractelor, trebuie menționat că se făcea distincție între contractele de bună-credință și de drept strict, în sensul că, dacă se încheia un contract de bună credință sub influența unor mijloace viclene, nu era necesară o sancțiunea specială deoarece judecătorul cerceta cauza cu bună-credință (*ex bona fide*), dând câștig de cauză victimei înșelăciunii, iar dacă contractul era de drept strict, judecătorul cerceta cauza conform contractului; pe baza *actio de dolo*, introdusă cu rolul de a facilita pronunțarea unor soluții echitabile și în cazul contractelor de drept strict, judecătorul ordona părții să restituie ceea ce a primit prin dol, în cazul nerespectării acestui ordin fiind condamnat la plata unei sume de bani reprezentând echivalentul pagubei cauzate²⁰, dolul fiind considerat de romani ca un delict privat și nu ca un viciu de consimțământ²¹.

Atunci când *actio doli* nu-și dovedea eficacitatea de prevenire a înșelăciunii în sfera patrimonială, se putea recurge la un mijloc de reprimare mai riguroasă sub forma unei acțiuni civile, denumite *persecutio stellionatus*. Deși, inițial, această acțiune viza supunerea, cu rea-credință, a aceluiași bun imobil ipoteci în raport cu mai multe persoane, mai târziu, sub incidența lui *persecutio stellionatus* intră și alte fapte: recuperarea frauduloasă a bunului gajat; achitarea datoriei prin punerea la dispoziție a unui bun gajat; gajarea unui bun străin; falsificarea mărfurilor; reținerea bunului vândut sub pretextul neachitării valorii lui de către cumpărător etc.²², reprezentând mijlocul subsidiar de apărare împotriva înșelăciunii în sfera patrimonială.

¹⁸ *Idem*, p. 165.

¹⁹ Igor Botezatu, *Analiza juridico-istorică a reglementărilor privitoare la infracțiunea de escrocherie*, Revista Națională de Drept nr. 1/2010, Universitatea de Stat din Moldova, p. 79.

²⁰ E. Molcuț, *op. cit.*, p. 352; a se vedea și Instituțiile lui Iustinian, 4, 6, 28-30, în Vladimir Hanga, Mircea Dan Pop, *Instituțiile lui Iustinian*, Editura Universul Juridic, București, 2009, p. 379.

²¹ *Idem*, p. 353.

²² S. Brânză, I. Botezatu, *op. cit.*, p. 143.

Opera de codificare a lui Iustinian, cunoscută sub denumirea târzie de *Corpus iuris civilis*, cuprinde trei părți distincte: *Institutiones*, ca manual pentru uzul școlilor de drept (30 decembrie 533); *Digestele* sau *Pandectele*²³, culegere de fragmente din operele jurisconsultilor romani (30 decembrie 533); *Codex-ul*, care cuprinde toate constituțiile imperiale începând cu domnia împăratului Hadrian până în anul 529 (16 aprilie 529), și *Codex repetitae praelectionis* (29 decembrie 534).

Digestele sau Pandectele, în vigoare din 30 decembrie 533, în timpul lui Iustinian, împărat al Imperiului Roman de Răsărit, reprezintă o culegere de extrase din operele jurisconsultilor din perioada în care dreptul roman a atins punctul culminant al dezvoltării sale²⁴, fiind formate din 50 de cărți, fiecare carte fiind structurată pe titluri, iar fiecare titlu împărțit în fragmente (*leges*).

Astfel, cărțile 47 și 48 sunt consacrate problemelor privind infracțiunile și pedepsele, fiind numite *libri terribiles (cărțile teribile)*²⁵. În cartea 47, pe lângă titlurile consacrate furtului, există dispoziții care privesc comportamentul specific înșelăciunii, care apar în titlul 20 intitulat *Despre stellionat*, format din patru fragmente (Digeste, 47, 20,1-4).

Pe lângă acestea, există și alte dispoziții privind intenția frauduloasă (Digeste, 4,3,1-40)²⁶.

În centrul atenției jurisconsultilor romani se afla apărarea intereselor proprietarului, sub toate aspectele. Unele situații arată lăcomia, înclinarea de a profita de orice prilej pentru a trage un folos, iar uneori jurisconsultii romani se făceau apărători ai interesului și cupidității: „Ceea ce spune vânzătorul pentru a lăuda marfa sa, trebuie considerat ca nespus și netăgăduit” (D., 4, 3, 37); „În ceea ce privește prețul de la cumpărare și vânzare este îngăduit prin firea lucrurilor ca părțile să se înșele una pe alta” (D., 4, 4, 16, 4); „După cum în cumpărare și vânzare s-a admis prin firea

²³ Cuvântul *Digeste* este de origine latină și înseamnă *culegere*, în timp ce cuvântul *Pandecte* este de origine greacă și înseamnă *care conține totul*; în acest sens, a se vedea I.S. Pereterskii, *Digestele lui Iustinian: studii privitoare la istoricul întocmirii lor, caracterizare generală*, Editura Științifică, București, 1958, p. 56.

²⁴ *Idem*, p. 11.

²⁵ *Idem*, p. 59.

²⁶ S. P. Scott, *op. cit.*, p. 67.

lucrurilor să cumperi la un preț mai mic ceea ce constă mai mult, să vinzi la un preț mai mare ceea ce valorează mai puțin, și astfel părțile să se înșele reciproc, aceeași regulă de drept este aplicabilă și în cazul închirierii” (D., 19, 2, 22, 3)²⁷.

Digestele lui Iustinian au contribuit la formarea sistemului de drept român, fie prin influențele exercitate pentru Cartea românească de învățătură a lui Vasile Lupu (1646) sau Îndreptarea Legii (Matei Basarab, 1652), care au avut, parțial, la bază opera lui Prosper Ferinaccius, a cărui gândire se sprijinea pe Corpus iuris civilis, fie pentru Codul Calimach (1817), precum și în cazul altor documente.

Faptele de înșelăciune, inclusiv în forma înșelăciunii în convenții, erau considerate în vechile legiuri ca un delict civil, sancționat cu anularea actului juridic astfel încheiat pentru viciu de consimțământ sau atrăgând răspunderea civilă delictuală a autorului, cu obligația de reparare a pagubei. Abia în legislațiile penale moderne, înșelăciunea a fost incriminată ca infracțiune contra patrimoniului, mai întâi sub forma calificată a escrocheriei, apoi sub forma simplă; în legislațiile penale din sec. al XIX-lea și al XX-lea au fost incriminate prin asimilare cu înșelăciunea anumite fapte în săvârșirea cărora amăgirea constituie factorul determinant.²⁸

Având ca premise instituțiile juridice din epoca vechiului drept românesc, legiurile scrise, începând cu pravilele lui Vasile Lupu (Cartea românească pentru învățătură din 1646) și Matei Basarab (Îndreptarea legii din 1652), dar și mai târziu, Codicele penale apărute în vremea lui Alexandru Sturza (1826) în Moldova și a lui Barbu Știrbei (1841 și 1851) în Muntenia, conțineau dispoziții cu privire la infracțiunile patrimoniale²⁹, toate aceste legiuri cuprinzând reglementări detaliate referitoare la aceste infracțiuni, inclusiv cu privire la faptele de înșelăciune.

2. Înșelăciunea în Cartea românească de învățătură din 1646

În 1646 a fost tipărită prima pravilă oficială a Moldovei sub titlul de *Carte românească de învățătură de la pravilele împărătești și de la alte giudețe*, având ca inițiator pe domnitorul Vasile Lupu, textul său fiind

²⁷ I. S. Pereterskii, *op. cit.*, p. 24.

²⁸ V. Dongoroz în V. Dongoroz, I. Fodor, S. Kahane et al, *Explicații...*, *op. cit.*, vol. III, p. 502.

²⁹ I. Gheorghiu-Brădet, *op.cit.*, p. 148.

integrat, într-o ordine diferită, în anul 1652 în textul *Îndreptării legii* din Țara Românească³⁰. Cartea românească de învățătură, în vigoare vreme de aproape două sute de ani, cuprinde reglementări corespunzătoare trăsăturilor societății din prima parte a secolului al XVII-lea, fiind alcătuită din: tabla de materii, care poartă numele de *Pravile împărățești alese den svitocul împăratului Iustiniian, pentru multe fealuri de giudeațe cu tot răspunsul lor, rânduite pre 252 de începături*; o culegere de reguli intitulate *Pravile tocmite, alese și scoase pentru toși lucrătorii pământului, anume: pentru plugari, pentru lucrătorii viilor, pentru nămiți și pentru păstori, arătând împreună tuturor giudețul și certarea ce li se va da fieșcăruia după deala sa, carii vor ubla cu nedreptate*, alcătuită din 11 capitole numite pricini, fiecare pricină având mai multe *zaceale*; o parte numită *Pravile împărățești*, care conține 5 pricini care sancționează furtișagurile (12-16); o parte numită tot *Pravile împărățești* alcătuită din 78 de capitole, numite glave³¹.

Dispoziții relevante pentru faptele de înșelăciune găsim în *Cartea românească de învățătură* în partea numită *Pravile împărățești* prin care erau sancționate furtișagurile, de unde se observă că aceste fapte erau sancționate ca furt: „Cela ce să va lega de vreun om zicând că iaste datoriu cu atâția bani, și nu-i va fi cu nemică, iară el cu *înșălăciune* și fără de voia lui va lua acea datorie mincinoasă: pre acesta ca pre un fur să-l pedepsească”(pricina 12, zac. 146). Există dispoziții și cu privire la folosirea „măsurilor hicleani”, sancționate cu bătaia, ceea ce ar corespunde infracțiunii de înșelăciune la măsurătoare din prezent: „ceia ce vor avea mierță sau veadre, sau alte măsuri hicleni, mai mici decât au fost obiceiul de vac, pre aceștia foarte să-i cearte cu bătae, ca pre niște păgâni și oameni necredincioși ce sunt.” Alte referiri la înșelăciune există în partea numită *Pravile împărățești*: „Cela de va sluji la un boiarin și de-l va hicleni întru ceva (...) să se cearte (...) ca un suduitoriu de domn” (glava 3, zac. 1).

Tot în partea numită *Pravile împărățești* există anumite mențiuni cu privire la sancționarea diferită a faptelor, după cum au fost săvârșite cu înșelăciune sau fără înșelăciune, urmărindu-se o reducere a pedepsei în

³⁰ Academia Republicii Socialiste România, Colectivul pentru Vechiul Drept Românesc, *Carte românească de învățătură*, Ediție critică, coord. Andrei Rădulescu, Editura Academiei Republicii Populare Române, București, 1961, pp. 9-10, 27.

³¹ *Idem*, p. 13.

cazurile de înșelăciune pentru care pedeapsa ar fi fost foarte aspră: „acum să spunem pricinile pentru care se îndeamnă giudețul de mai micșurează certarea celui vinovat; și întâia pricină iaste înșelăciunea, vicleșugul, pentru că greșală ce să face cu înșelăciune și cu hicleșug iaste foarte mare, iară greșala ce să face fără de înșelăciune nu se cheamă nicecum greșală și numai ce să ceartă așa puțin lucru numeai drept leagea” (glava 51, zac. 1), considerând că „cela ce-au greșit, de va fi vreun țăran gros și prost sau vreun cucon mic de vârstă sau vreo muiare, atunce nu să va chema să fi greșit cu înșelăciune sau cu vreun vicleșug” (glava 51, zac. 2). Tot aici sunt menționate diferite cazuri în care „greșala” era săvârșită fără înșelăciune (glava 51, zac. 3-7) sau cu înșelăciune (glava 51, zac. 8-16), fiind considerată „greșală” cu înșelăciune, de exemplu, în cazul celui „învățat a face răutăți” (glava 51, zac. 8), sau în cazul celui „ce face lucruri prespre fire și denafară de obiceiăle creștinești” (glava 51, zac. 9), iar „pre ascuns se cheamă și să face vreun lucru care lucru nu-l spun celuia ce i s-ar cădea să-l știe” (glava 51, zac. 14).

3. Înșelăciunea în Îndreptarea legii din 1652

Domnia lui Matei Basarab (1633-1654), excepțional de lungă în raport cu domniile precedente, a făcut posibilă întocmirea în anul 1652 a legiurii numite *Îndreptarea legii*, aplicabilă în Țara Românească, a cărei apariție a fost determinată de condițiile istorice proprii societății românești din prima jumătate a secolului al XVII-lea³², aceasta integrând, într-o ordine diferită, textul *Cărții românești de învățătură* a lui Vasile Lupu din anul 1646 din Moldova³³. *Îndreptarea legii* este alcătuită din două părți distincte, după cum o arată chiar titlul acesteia³⁴: prima parte, sub numele *Îndreptarea legii* propriu-zisă, cu dispoziții de drept laic, în care sunt incriminate

³² Academia Republicii Socialiste România, Colectivul pentru Vechiul Drept Românesc, *Îndreptarea legii*, Ediție critică, coord. Andrei Rădulescu, Editura Academiei Republicii Populare Române, București, 1966, p. 9.

³³ *Carte românească de învățătură*, op. cit., p. 27.

³⁴ *Îndreptarea legii cu Dumnezeu, carea are toată judecata arhierească și împărătească de toate vinile preoțești și mirenești. Pravila sfinților apostoli, a ceale 7 săboare și toate ceale nameastnice. Lângă acestea și ale sfinților dascăli ai lumii: Vasile Velichi, Timothei, Nichita. Theologia dumnezeștilor bogoslovi.*

numeroase fapte, de unde rezultă caracterul penal, deși există și dispoziții de drept civil, formată din 417 glave sau capitole, împărțite în zaceale sau paragrafe; a doua parte, intitulată *Nomocanon cu Dumnezeu*, care cuprinde dispoziții canonice³⁵.

Dispoziții relevante pentru înșelăciune există în prima parte din *Îndreptarea legii*, în cadrul *Pravilelor împărătești*: în partea numită *Pentru furii carii țin drumurile fără arme*. *Vina 13* se prevede că „Cela ce să va lega de vreun om zicând că-i iaste datoriu cu atâtia bani, și nu-i va fi cu nemica, iară el cu înșălăciune și fără de voia lui va lua acea datorie mincinoasă, pre acela ca pre un fur să-l pedepsească” (glava 346, zac. 45), iar în partea numită *Aicea scriem pentru vama cea domnească*. *Vina 14* se prevede că „oricine va îmbla cu înșelături și nu va plăti vama cea domnească acela iaste ca un fur (...)” (glava 347, zac. 1), dispoziții din care rezultă că faptele de înșelăciune erau considerate și sancționate ca furt. Există și alte referiri la înșelăciune în prima parte din *Îndreptarea legii*, în glava 50: „Cela de va sluji la un boiaren și de-l va hicleni cu ceva (...) acela să se pedepsească (...)” (zac. 1).

Se regăsesc dispoziții și cu privire la folosirea unor „măsuri hicleane”, fapte sancționate cu bătaia, care corespund conținutului infracțiunii de înșelăciune la măsurătoare din prezent: „ceia ce vor avea oboroace, sau veadre, sau alte mązuri hicleane, mai mici decât cum a fost obiceiul de vac, pre aceia foarte să-i cearte cu bătae (...)” (glava 302, zac. 57).

La fel ca în *Cartea românească de învățătură*, și în *Îndreptarea legii* faptele sunt sancționate diferit, după cum au fost săvârșite cu înșelăciune sau fără înșelăciune, fiind prevăzute cauze care duc la micșorarea pedepsei, dintre care face parte și săvârșirea faptei cu înșelăciune: „acum vom să spunem pricinile pentru care se îndeamnă judecătoria de mai micșorează certarea și pedeapsa celui vinovat. Și întâia pricină iaste înșelăciunea și vicleșugul, pentru căce greșală ce să face cu înșelăciune și cu hicleșug iaste foarte mare, iară greșala ce să face fără de înșelăciune nu se chiamă nicecum greșală (...)” (glava 350, zac. 1), considerând că „cela ce-au greșit, de va fi vreun țăran gros și prost sau vreun cocon mic de vârstă sau vreo muiare, atunce nu se va chema să fi greșit cu înșălăciune sau cu vreun hicleșug” (glava 350, zac. 2). Sunt prezentate diferite cazuri în care faptele erau

³⁵ *Îndreptarea legii*, op. cit., pp. 12-13.

săvârșite fără înșelăciune (glava 351, zac. 1-5) sau cu înșelăciune (glava 352, zac. 1-9), fapta fiind săvârșită cu înșelăciune, de exemplu, în cazul celui „învățat a face răotăți” (glava 352, zac. 1), în cazul celui „ce face lucruri prespre fire și den afară de obiceia creștinești” (glava 352, zac. 2) sau în cazul în care „ar putea face vreo greșală de față și la vedere, iară el face acea greșală pe ascuns, să nu-l vază nimenilea” (glava 352, zac. 6), iar „pre ascuns să chiamă și se face vreun lucru, care lucru nu-l spun celuia ce i se-ar cădea să-l știe” (glava 352, zac. 7).

4. Înșelăciunea în *Pravilniceasca Condică din 1780*

Pravilniceasca Condică din 1780 este primul cod de sinteză, în vigoare în Țara Românească sub Alexandru Ipsilante³⁶, reprezentând cel dintâi dintre codurile noi, cu dispoziții diverse de organizare judecătorească, procedură, drept civil, penal etc., care s-a aplicat până la 1 septembrie 1818, data intrării în vigoare a Legiurii Caragea, nefiind abrogată expres, ci tacit prin dispozițiile contrare înscrise în noua lege, fiind folosită ca izvor la alcătuirea Legiurii Caragea, în compunerea căreia au fost luate multe din regulile pravilei lui Ipsilante³⁷.

Dispoziții relevante cu privire la înșelăciune există în Titlul XVI (*Cele drepte ale stăpânilor moșiilor ce au asupra lăcuitorilor*), la paragraful 1: „Lăcuitorul are să lucreze clacă stăpânului moșii câte doasprezece zile într-un an; iară de să va așăza stăpânul moșii cu dâșii mai pe puține zile și să va dovedi una ca aceasta, să nu poată în urmă să-i silească pentru doasprezece zile, de vreme ce nu numai că s-au învoit, ci să cunoaște că aceasta iaste și înșelăciune pentru vreun interesu său.”, fiind prevăzută și sancțiunea în paragraful 2: „(...) deci oricare să va dovedi călcând această hotărâre, să se pedepsească întocmai ca cei ce fac viclusguri în cumpene și în măsurii, a căroră rânduială spânzură de la însuș puterea stăpânitorului al fieștecare politii.”,

³⁶ Academia de Științe Sociale și Politice a Republicii Socialiste România, *Istoria dreptului românesc*, Vol. II, Partea I, coord. Dumitru Firoiu, Liviu Marcu, Editura Academiei Republicii Socialiste România, București, 1984, p. 74.

³⁷ Academia Republicii Socialiste România, Colectivul pentru Vechiul Drept Românesc, *Pravilniceasca condică 1780*, Ediție critică, coord. Andrei Rădulescu, Editura Academiei Republicii Populare Române, București, 1957, pp. 16-18; A se vedea și *Pravilniceasca Condică din Muntenia 1780*, Colecție de vechi legi românești, Seria I Legi greco-romane publicate de Ștefan Gr. Berechet, Tipografia Cartea Românească, Chișinău, 1930.

existând și reguli privind competența pentru acestea: „asemenea și judecătoria aceasta ar să urmeze deopotrivă putere a judecătoriei spătărești și cu orânduiala aceia, afară din cealelalte toate câte se cuvin la dregătoria agii, ce este dator să urmeze cu dășăvârșită volnicie pentru buna orânduială a târgului, pentru efinătate și pentru a nu face vicleșuguri cei ce vând (...)” (Titlul XIV *Judecătoria ot vel agă*, paragraful 1).

Alte dispoziții legate de înșelăciune există în *Pravilniceasca Condică* din 1780 atât cu privire la vânzările care se fac prin înșelăciune, despre care se scrie că dacă „să fac cu înșălăciune, nu au tărie”, la vânzarea unui lucru fiind necesar să se facă unele verificări „(...) când să va face cu înșălăciune la vânzarea vreunui lucru al căruia nume să poate potrivi cu altul care să nu fie de o stare și de un preț, sau când să va face vicleșug la materiia lucrului ce să va vinde (...)” (Titlul XXXIII *Vânzarea cea fără de temei*, paragraful 1), precum și în Titlul XXXII, intitulat *Pentru protimisis* (cu referire la dreptul de preferință la cumpărare, adică dreptul de preemțiune din prezent), în paragraful 9: „când cineva va vinde vreun lucru mișcător al său fără știrea celui ce are drept de protimisis, înșălând la aceasta și pe cumpărător, și în urmă cu judecată va lua acel lucru cel ce are protimisis, atunci vânzătorul să plătească cumpărătorului toată paguba și să se orânduiască șila orice pedeapsă va orândui judecata”, fiind prevăzute diferite formalități de publicitate și înscrieri în condici „pentru ca să se facă cumpărătorile și vânzările mai sigure și temeinice și ca să nu se întâmple înșălăciuni (...)” (paragraful 12).

5. Înșelăciunea în Manualul juridic al lui Andronache Donici

La începutul secolului al XIX-lea, caracterizat prin procesul de dezvoltare și modernizare a societății din Principatele Române, se poate observa modul în care legislația din acea perioadă din Moldova și Țara Românească a sancționat atingerile aduse patrimoniului, inclusiv prin faptele de înșelăciune. În acest sens, este necesară o evidențiere a dispozițiilor relevante pentru faptele de înșelăciune în Moldova și în Țara Românească.

Reglementarea și regimul de sancționare pentru faptelor de înșelăciune aplicabil în Moldova, în prima parte a secolului al XIX-lea, pot fi observate cu ajutorul dispozițiilor din *Manualul juridic al lui Andronache Donici*, sau cu denumirea *Adunare cuprinzătoare în scurt de pravilele cărților împărătești spre înlesnire celor ce se îndeletnicesc întru învățătura*

lor, impusă de Scarlat Calimach pentru a evita orice confuzie cu codul oficial aflat în pregătire, cu cele două versiuni (Codul Calimach): una mai scurtă, formată din patruzeci de titluri cu 323 de paragrafe drept civil, procedură civilă și drept penal, întocmită înainte de 21 iunie 1805, și a doua versiune, formată din patruzeci și două de titluri cu 509 paragrafe, cu un titlu special destinat dreptului penal, din anul 1814³⁸, care a jucat rolul de cod, deși dispozițiile erau mai mult de drept civil decât de drept penal.

În Manualul lui Andronache Donici sunt avute în vedere faptele de înșelăciune, ca fiind contrare „dreptății”, urmând ca săvârșirea acestora să atragă sancționarea celui vinovat: „Deaci abătându-să cineva din ceaia ce iaste îndatorit, să nasc jalobe asupra celor ce greșesc cătră alții, nepăzind îndatorirea lor sau greșind cătră alții prin faptele lor aducătoare și pricinuitoare de pagubă precum: asuprind cineva pe altul, *înșălându-l*, sau sâlindu-l prin sâlnicie spre a face ceva, sau furând cineva lucrul altuia, sau într-un alt chip aducându-l spre păgubire și vătămare, pentru a căroră înfrânare s-au făcut pravilele, care dau fiește căruia ceaia ce i se cuvine după dreptate și pedeapsesc pre acei ce fac *vicleșuguri*, sâlnicii, nedreptăți sau greșesc prin alte fapte de vinovății, rânduindu-le pedeapsă greșalelor spre contenirea faptelor (...)”³⁹. Dispozițiile din Manualul lui Andronache Donici privind înșelăciunea și vicleșugul se găsesc în titlul XLI intitulat „Despre pricini de vinovății”, în Capitolul 30: „Asupra persoanei celui ce va înșăla pre altul, prin vicleșug și prin amăgitură, să poate mișca jalobă⁴⁰ în curgere de doi ani și iaste aducătoare de necinste acelui ce să va dovedi că au urmat a face viclenie”⁴¹.

6. Înșelăciunea în Codul Calimach din 1817

Este util de observat cum erau sancționate faptelor de înșelăciune în *Codica țivilă a Moldovei*, cunoscută sub numele de *Codul Calimach*, întocmită în același timp cu versiunea extinsă a Manualului lui Andronache

³⁸ *Istoria dreptului românesc*, vol. II, Partea I, *op. cit.*, pp. 83-84.

³⁹ Academia Republicii Socialiste România, Colectivul pentru Vechiul Drept Românesc, *Manualul juridic al lui Andronache Donici*, Ediție critică, coord. Andrei Rădulescu, Editura Academiei Republicii Populare Române, București, 1959, p. 21.

⁴⁰ Plângere.

⁴¹ *Manualul juridic al lui Andronache Donici*, *op. cit.*, p. 144.

Donici (1814). Codul Calimach a fost tipărit în trei părți, prima parte în grecește, cu titlul *Codul civil al principatului Moldovei*, tipărită în anul 1816 la Iași, a doua parte cu același nume, tot în anul 1816, iar a treia parte în anul 1817⁴², și a fost promulgat la 1 iulie 1817, iar ulterior la 5 decembrie 1833 a fost tipărit în limba română. Codul Calimach s-a aplicat în Moldova de la 1 octombrie 1817 până la 1 decembrie 1865, când a intrat în vigoare Codul civil Alexandru Ioan Cuza.

Dispoziții relevante pentru sancționarea faptelor de înșelăciune se găsesc în Codul Calimach în Partea a II-a (*Despre dritul lucrurilor*), în Capitolul XXXVII (*Despre dritul despăgubirei și a satisfacției*). În paragraful 1723 este definită paguba ca „toată vătămarea pricinuită la averea, la drituri sau la persoana cuiva”⁴³, iar în paragraful 1725 se prevăd modurile prin care se poate produce o pagubă, faptele de înșelăciune reprezentând una dintre forme: „Nedreaptă păgubire se pricinuieste dinadins sau fără voe. Dinadins păgubire la întemeiază sau pe *vicleșug*, adică când paguba se pricinuieste cu știința și vrerea cuiva; sau prin greșeala cuiva, adică, când se va pricinui din neștiință imputată; sau din lipsa cuviincioasei luări de samă sau a sânguinței.”⁴⁴; este consacrat un drept de a obține repararea prejudiciului produs prin înșelăciune, în paragraful 1726 fiind prevăzut că „fiecare om are drit să ceară de la păgubitorul său întoarcerea pagubei pricinuite lui din *vicleșugul* sau lenevirea aceluia (...)”⁴⁵, fiind consacrată prezumția ca nu a existat viclenie deoarece paragraful 1727 prevede că „Îndoiială fiind, are loc iuridica presumpție că paguba s-au întâmplat fără *vicleșug* sau lenevirea cuiva”⁴⁶, iar conform paragrafului 1730 „Acel ce zice, cum că fără *vicleșugul* său și lenevirea lui s-au oprit la împlinirea datoriei sale dintr-un contract sau din legi, datoriu este să dovedească zisa sa.”⁴⁷ Paragraful 1735 prevede că „De regulă, nu se îndatorește cineva să întoarcă paguba pricinuită altuia fără scopos rău, fără *vicleșug*, sau lenevire, sau

⁴² Academia Republicii Socialiste România, Colectivul pentru Vechiul Drept Românesc, *Codul Calimach*, Ediție critică, coord. Andrei Rădulescu, Editura Academiei Republicii Populare Române, București, 1958, p. 5.

⁴³ *Idem*, p. 587.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*.

dintr-o faptă fără vrerea lui.”⁴⁸ Relevant este și paragraful 1758, conform căruia „Dacă s-au păgubit cineva în averea sa din vicleșugul sau din vederată neîngrijirea altuia, are drit să ceară despăgubirea sa; iar dacă paguba s-au pricinuit din dintr-o faptă oprită de către legea pedepsitoare au din zburdăciunea și răutatea altuia, poate să ceară și extrardinarul preț a lucrului său”⁴⁹ (conform paragrafului 401), precum și paragraful 1767, care prevedea mijloacele pentru obținerea reparației prejudiciului: „Dritul pentru întoarcerea pagubei trebuie, după regulă, să se ceară de la cuviincioasa judecătore (...).”⁵⁰

7. Înșelăciunea în Condica criminalicească cu procedura ei din 1820 și 1826

Regimul sancționator al faptelor de înșelăciune trebuie analizat cercetând și *Condica criminalicească cu procedura ei*, din anii 1820 și 1826. Astfel, monumentalului Cod Calimach din Moldova i-a urmat un cod penal în anul 1826, în timpul lui Ioan Sandu Sturza (*Condica propriu-zisă pentru faptele criminalicești și pedepsele lor*), precedat, la tipar de o procedură penală tipărită în 1820, sub Mihai Șuțu (intitulată *Partea întâiu a condicii criminalicești: pravilniceștile orânduiei întru cercetarea faptelor criminalicești*). Noul Cod penal al Moldovei (*Codul Șuțu-Sturza*) se deosebea de legiurile anterioare nu numai prin faptul că era un cod complet al ramurii de drept penal, dar și prin structura mai avansată, iar izvoarele acestui cod au fost Legile împărătești (Basilicalele), obiceiul pământului și Codul penal austriac din 1802⁵¹. *Condica criminalicească cu procedura ei* a fost în vigoare până la aplicarea Codului penal și Codului de procedură penală ale lui Alexandru Ioan Cuza, la 30 aprilie 1865.

Conform paragrafului 167 din *Condica criminalicească cu procedura ei*, „fapta criminalicească easte, ori o faptă oprită de pravilă, sau o urmare a unii lucrări poruncite de către o pravilă” și așa cum „uciderea easte o faptă oprită, dar a arăta la judecată pe ucigaș easte o faptă poruncită, deci și cel ce

⁴⁸ *Idem*, p. 589.

⁴⁹ *Idem*, p. 595.

⁵⁰ *Idem*, p. 597.

⁵¹ *Condica criminalicească cu procedura ei din 1820 și 1826*, Colecție de legi vechi românești, Seria II, Legi românești publicate de Ștefan Gr. Berechet, Tipografia Dreptatea, Chișinău, 1928, pp. VI-VIII; *Istoria dreptului românesc*, Vol. II, Partea I, *op. cit.*, p. 316.

au ucis, și acel ce n’au arătat, având știință și cunoscând pe ucigaș, să învinovășesc de fapta criminalicească și să osândesc după legiuirea pravilii”⁵², la fel, în cazul faptelor de înșelăciune, urma a fi sancționat atât cel care a săvârșit faptele de înșelăciune, [adică conform paragrafului 170 atât „săvârșitorul faptii, dar și acela ce se va dovedi că au poruncit, au îndemnat, au povățuit, au sfătuit, și au înlesnit săvârșirea (...), acel care au dat unealtă sau instrumenturi, și acel ce au putut opri urmarea faptii, și n’au voit a întâmpina, și acel ce se va dovedi, că s’au împărtășit de câștigul faptii, ori au luat mită, sau au avut tocmeală spre săvârșirea faptii, cum și acel ce după săvârșire au acoperit fapta criminalicească, și au ajutat la scăparea vinovatului”], precum și cel care a cunoscut săvârșirea faptei și pe cel care a săvârșit-o, dar nu l-a denunțat.

Conform paragrafului 185 din *Condica criminalicească* cu procedura ei, faptele criminale erau de două feluri, „pricinuitoare de tulburarea liniștii și siguranței obștești” (tulburarea societății, răzvrătirea, împotrivirea contra stăpânirii și nesupunerea la orânduielile sociale) și faptele „pricinuitoare de vătămarea persoanelor particularnice, la trup, la avere, saula alte dreptăți politicești”⁵³, faptele de înșelăciune făcând parte din a doua categorie.

Dispoziții privind sancționarea unei „fapte criminalicești” de înșelăciune există în *Condica criminalicească* („pentru faptele criminalicești și pedepsele lor”) în Capitolul al XVII-lea, intitulat *Pentru plastografie, jurământ mincinos și mărturia mincinoasă și vicleană*⁵⁴. Conform paragrafului 253, sunt vinovați de vicleșug și înșălăciune atât „cel ce va pface act domnesc, sau judecătoresc, cum și cel ce va face mincinoase iscălituri sau peceti”, acesta fiind pedepsit după împrejurări, „adecă de va fi vinovat dintre cei proști, se va bate la poarta curții gospod cu toiage, și să va osândi la groapa ocnii pentru un an de zile, iar de va fi dintre cei mai de ispravă, înbrăcându’să în strae țărănești, se va trimite la mănăstire pentru pentru un an de zile” (punctul 1), precum și „cel ce va face mincinoase scrisori a particularnicilor sau va pface pe ceale adevărate”, acesta urmând să fie sancționat „cu o pedeapsă mai pe măsură, adecă cu batae, și cu

⁵² *Condica criminalicească cu procedura ei din 1820 și 1826, op. cit.*, pp. VI-VIII.

⁵³ *Idem*, p. XXXIV.

⁵⁴ *Idem*, p. XLII.

închidere de șasă luni” (punctul 2), dar și „cel ce cu mincinoasă diată, sau cu danie, sau cu alte scrisori mincinoase va amăgi judecata, spre a face nedreaptă hotărâre” (punctul 3), cu sancțiunea „mai pe măsură, adecă cu batae, și cu închidere de șasă luni” (de la punctul 2), aceștia urmând ca, pe lângă sancțiunea menționată, să fie înscriși în „condica șireților”, faptele menționate fiind, mai curând, corespunzătoare infracțiunilor de fals din prezent, și doar în parte, ca element al infracțiunii de înșelăciune așa cum este aceasta reglementată în prezent. Pe lângă acestea, Condica criminalicească prevede că reprezintă „fapte criminalicești” de vicleșug sau înșelăciune: „când cineva cu mincinoase arătări, și scrisori, va îndupla pe altul, ca să facă învoială la dânsul” (paragraful 253, punctul 4), faptă care corespunde infracțiunii de înșelăciune în convenții din prezent, din art. 215 alin. (3) C. pen., sancțiunea fiind aceea că „unul ca acesta să plătească toată paguba ce s’ar întâmpla, globindu’să și cu dare la cutia milelor”⁵⁵; „cel ce să va întrebuința de cumpeni, sau măsuri mincinoase spre a înșela” (paragraful 253, punctul 8), faptă care corespunde infracțiunii de înșelăciune la măsurătoare din prezent (art. 296 C. pen.), urmând a se aplica sancțiunea „să să bată la poarta curții gospod”; „cel ce va muta pietre de hotar, sau le va scoate din locul lor, și le va lepăda; unul ca acesta, de va fi din cei proști, să se bată la fața locului, iară de va fi dintre cei mai de ispravă, să se globească la cutia milelor” (paragraful 253, punctul 9).

În Condica criminalicească cu procedura ei se recunoaște existența multiplelor posibilități și variatelor forme de săvârșire a faptelor de înșelăciune, iar dispozițiile menționate mai sus, legate de sancționarea unor fapte de înșelăciune expres prevăzute, nu au caracter limitativ: „Fiindcă nu este cu putință a se cuprinde în pravili toate chipurile vicleșugului și a înșălăciunii, pentru multa felurimea lor; pentru aceea dar, s’au așezat numai acelea, ce s’au socotit a fi mai de trebuință” (Paragraful 254).

Sub aspectul regulilor de procedură penală, în *Partea întâiu a condicii criminalicești: pravilniceștile orânduiei întru cercetarea faptelor criminalicești*, se prevede ca prim scop descoperirea vinovatului (paragraful 96), iar al doilea scop este descoperirea participanților la săvârșirea faptei și

⁵⁵ Globirea la cutia milelor reprezenta o amendă judecătorească care se depunea pentru săraci; *Condica criminalicească cu procedura ei din 1820 și 1826, op. cit.*, XLVI.

repararea prejudiciului (paragraful 99), iar în Capitolul al II-lea (*Pentru cercetarea și descoperirea faptei criminalicești*), există o dispoziție expresă cu privire la cercetarea faptelor de înșelăciune, la paragraful 52: „Când prin sâlnicie, sau prin amăgire, s’ar pricinui cuiva vre o pagubă, atuncea trebuie a se cerceta cu amănuntul atât chipul sâlniciei, cât și al înșelăciunii, carea au întrebuițat pricinuitoarea faptei, și câtă pagubă s’au pricinuit, și de au fost vre un tovarăș la acea faptă sau nu.”

8. Înșelăciunea în Legiuirea Caragea din 1818

Regimul sancționator al faptelor de înșelăciune în Țara Românească în prima jumătate a secolului al XIX-lea poate fi urmărit cu ajutorul dispozițiilor relevante din Legiuirea Caragea, considerat un cod general, alcătuit din 630 de paragrafe și structurat în patru coduri specializate: civil în Partea I, a II-a, a III-a și a IV-a, penal în Partea a V-a, intitulată *Pentru vini*, procedură civilă și procedură penală în Partea a VI-a, intitulată *Pentru ale judecăților*⁵⁶.

La începutul secolului al XIX-lea în Țara Românească existau trei feluri de norme juridice și anume obiceiurile juridice, vechiul drept bizantin și Condica lui Ipsilante din 1780, iar puternica dezvoltare a forțelor de producție și a vieții economice au făcut necesară o reglementare mai strictă a raporturilor juridice, ceea ce a dus la întocmirea Legiuirii Caragea, din porunca domnitorului Ioan Gheorghe Caragea, publicată la 28 iunie 1818, care a fost în vigoare de la 1 septembrie 1818 până la 1 decembrie 1865, dată la care a intrat în vigoare Codul civil Alexandru Ioan Cuza, cu mențiunea că unele texte au fost modificate sau abrogate și înainte de anul 1865⁵⁷. Astfel, Partea a V-a a Legiuirii Caragea, intitulată *Pentru vini*, a fost abrogată în 1841 și 1851 prin Condica criminală cu procedura ei⁵⁸.

⁵⁶ *Istoria dreptului românesc*, Vol. II, Partea I, *op. cit.*, p. 75.

⁵⁷ Academia Republicii Socialiste România, Colectivul pentru Vechiul Drept Românesc, *Legiuirea Caragea*, Ediție critică, coord. Andrei Rădulescu, Editura Academiei Republicii Populare Române, București, 1955, pp. V, VI, IX.

⁵⁸ *Istoria dreptului românesc*, Vol. II, Partea I, *op. cit.*, p. 75; A se vedea *Legiuri și dispozițiuni modificatoare, completatoare și interpretative ale Legiuirii Caragea, Anexa II* în Academia Republicii Socialiste România, Colectivul pentru Vechiul Drept Românesc, *Legiuirea Caragea*, *op. cit.*, p. 235.

Dispoziții din Legiuirea Caragea relevante pentru faptele de înșelăciune există în Partea a V-a (*Pentru vini*) în Capul 5 (*Pentru plastografii*); deși, aparent aceste dispoziții se referă, mai curând, la ceea ce numim în prezent infracțiuni de fals, interpretarea trebuie făcută într-un sens larg, fiind avute în vedere și înșelăciunea sau vicleșugul. Potrivit paragrafului 1 „plastografii zicem celor ce fac scrisori mincinoase, sau de tot sau în parte. De tot mincinoase scrisori sunt, în câte peceteile sau iscăliturile sunt mincinoase. În parte mincinoase sunt, în câte cuvântul celor scrise sau împreunarea slovelor sau slovele sau numerile sau veleatu sau luna sau zioa sunt drese sau rase și în locul lor scrise altele.” Sancțiunea era prevăzută diferențiat: „câți fac iscălitură domnească sau pecetea, să li se taie mâna. Câți dreg cuvinte sau scrisori domnești, să se osândească la ocnă în soroc de cinci ani” (paragraful 2), deși în anteproiectul de cod, în unele cazuri, era prevăzută și pedeapsa cu moartea⁵⁹; „cei care fac zapise mincinoase de datorii particulare, să plătească îndoit de ceia ce era câștige cu zapisul cel mincinos” (paragraful 3); „iar câți vor arăta cărți mincinoase, prin neștiință, și să va dovedî că nu le-au știut mincinoase, aceia sunt nevinovați” (paragraful 4).

În Partea a III-a din Legiuirea Caragea, în Capul 1 (intitulat *De obște pentru tocmeli*) existau dispoziții referitoare la convențiile încheiate prin înșelăciune: „Tocmealile cele viclene n-au tărie” (paragraful 5); „se strică tocmelile (...) când cu vicleșug se vor tocmi”.

Sub aspect probatoriu, există dispoziții care trebuie indicate Partea a VI-a din Legiuirea Caragea (*Pentru ale judecăților*), în Capul 2 (*Pentru dovezi*) referitoare la „cărți” (înscrișuri probatorii): „cine va zice că de silă și cu înșelăciune au dat carte, trebuie să dovedească sila și înșelăciunea”

În materie de procedură, în Partea a VI-a din Legiuirea Caragea (*Pentru ale judecăților*), existau dispoziții relevante pentru faptele de înșelăciune. În Capul 1 (*Pentru prigoniri*), cu privire la termenul prescripției se prevede că „nici o prigonire să nu se prelungească în veaci, ci să izbrănească în diastima paragrafii” (paragraful 6), iar „pricinile cremenale” „pentru necinste” trebuie introduse în termen de „o lună de la faptă” (paragraful 8).

⁵⁹ *Legiuirea Caragea, op. cit.*, p. 146.

Astfel, se poate observa că în categoria infracțiunilor contra patrimoniului, alături de tâlhărie (sanționată cu moartea sau cu tragerea în țeapă, dacă tâlharii săvârșiseră și omor - Donici, cap. 9, titl. 40), alături de furt (pedepsit de pravilele secolului al XIX-lea mai blând, adică cu bătaia prin târg și închisoarea pe un an, respectiv cu bătaia și ocna pe cinci ani pentru săvârșirea faptei a doua oară - Legiuirea Caragea -, sau cu bătaia și și temnița prima oară și cu bătaia pe uliță și temniță pe un an, a doua oară - Condica crim.), alături de punerea de foc (incendierea caselor și holdelor), încălcarea de hotar (strămutarea, distrugerea), falimentul fraudulos sau mincinos (sanționat cu un an de închisoare pentru *moflujii mincinoși* - Legiuirea Caragea -, cu pedeapsa de trei ani închisoare pentru faliții mincinoși considerați *furi obștești*-Condica criminalicească 1820/1826 -, precum și cu pedeapsa de la doi la cinci ani închisoare - Codica criminală 1851), se număra și *falsul sau plastografiea, plăsmuirea, vicleșugul*, care era pedepsit cu tăierea mâinii dacă vinovatul falsifica semnătura sau pecetea domnească (Legiuirea Caragea, III, cap 5, paragraf 2), cu groapa ocnei și bătaia pentru cei *proști* sau cu un an de surghiun pentru cei *mai de ispravă* (Condica criminalicească 1820/1826, cap. XVII), iar dacă erau falsificate acte private se aplica pedeapsa cu bătaia și închisoarea pe șase luni (Condica criminalicească 1820/1826, paragraf 253), iar după Legiuirea Caragea numai cu plata dublului pagubei (III, cap 5, paragraf 3).⁶⁰

9. Înșelăciunea în Condica criminală cu procedura ei din 1841 și 1851

Condica criminală cu procedura ei a fost alcătuită și definitivată în două etape; astfel a fost publicată, separat, partea de procedură penală, sub titlul *Condica criminalicească partea I*, în luna aprilie 1841, și ulterior *Codul penal*, în luna mai 1841, sub Alexandru D. Ghica, care au fost revizuite, adăugite și publicate într-un volum în 1851, sub domnia lui Barbu D. Știrbei, sub numele de *Condica criminalicească cu procedura ei*. Condica criminalicească a Țării Românești (*Codul Ghica-Știrbei*) a avut în vedere Codul penal (din 1810, revizuit în 1832) și cel de instrucțiune criminală din Franța (1808), fiind în vigoare între 1 ianuarie 1852 și 30 aprilie 1865, până

⁶⁰ *Istoria dreptului românesc*, Vol. II, Partea I, *op. cit.*, pp. 322-323.

la introducerea Codurilor penal și de procedură penală ale lui Alexandru Ioan Cuza⁶¹. Cu privire la data Condiții criminalicești cu procedura ei, deși s-a susținut că ar fi 1850, anul în care s-a trimis spre tipărire, sau anul 1852, anul când s-a pus în aplicare, sau anul 1853, data la care au fost făcute multe modificări, adevărata dată este 1852, data la care s-a pus în aplicare, cu mențiunea că au fost aduse multe modificări la 8 aprilie 1853⁶².

Dispozițiile din *Condica criminală cu procedura ei* cu privire la faptele de înșelăciune se găsesc în Cartea a III-a (*Pentru crime și vini, și pentru pedeapsa lor*), în Titlul II (*Crime și vini împotriva particularilor*), în Cap II (*Crime și vini împotriva proprietăților*), în Secția a II-a, intitulată *Bancruturi, înșelăciuni și alte viclenii*, structurată în cinci paragrafe, intitulate *Bancruturi, Înșelăciuni, Abus de încredere, Împiedicările aduse la sloboda săvârșire a licitațiilor, Înșelăciuni și alte viclene urmări*. Astfel, în art. 341 din paragraful II (*Înșelăciuni*) se prevede: „Celu ce va întrebuița sau nume mincinoase, sau calități mincinoase, sau uneltiri viclene, ca să înduplece pe oameni a crede vre o întreprindere mincinosă, vre o putere sau vre unu creditu închipuitu, ori ca să facă a se naște nădejdea sau temerea vre unei izbutiri, vre unei nenorociri, sau a vre unei întâmplări himerice, și prin acesta va amăgi pe cine-va să'i dea bani, mobile sau zapise, orânduiești, bilețuri, făgăduiești, cfităntii, sau înscrisuri apărătoare, și prin vre unulu dintr'acele mijloce va lua sau va cerea să ia cu viclenie totă sau parte din averea altuia, se va pedepsi cu închisore de la șese luni până la doui ani, și cu globire de la cinci-zeci până la trei mii lei, fără a se apăra cu acesta de alte mai mari pedepse ce i s'aru cuveni de va cădea în crimă de plăsmuire”⁶³, urmând a fi sancționați toți participanții la săvârșirea înșelăciunii: „Părtașii

⁶¹ *Idem*, pp. 77, 315; *Condica criminală cu procedura ei. Întocmită în zilele și prin pârinteasca îngrijire a Prea Înălțatului Domn stăpânitor a totă Țara Românească Barbu Dimitrie Știrbei, întărită prin luminatul ofis cu nr. 1644 din 5 decemvrie 1850*. Tipărită după înaltă slobozenie prin îngrijirea și cu cheltuiala Paharnicului Stefan Burke, București, Tipografia lui Iosif Kopainig, 1851, pp. 3-4.

⁶² Petre Ionel Muscel, *Istoria dreptului penal român. Spre o nouă justiție penală. Studiu comparat, istorie, filosofie, drept*, Editura Revista pozitivă penală și penitenciară, București, 1931, p. 140, 147.

⁶³ Ștefan Constantin Burke, *Condica penală cu procedura ei. Dimitrie Barbu Știrbei. Edițiunea 3-a cu îndreptarea articolelor făcută la 1853*, Tipographia lui Stephan Rassidescu, București, 1862, pp. 112-113.

la o crimă sau vină se voru pedepsi cu aceeași pedeapsă ca și sevârșitorii acei crime sau vini, afară de întâmplările în care legea hotărăște într'altu chipu.”(Art. 47 din Cartea a II-a, Cap I)⁶⁴. Trebuie menționat că pedepsele prevăzute în Condica criminală cu procedura ei, în Cartea a IV-a (*Abateri polițienești și pedepsele lor*), în art. 366, erau „arestuirea”, „globirea” (adică amenda), „bătaea” și „confiscația de ore care lucruri ce se voru prinsu”⁶⁵.

Asimilate faptelor de înșelăciune, *împiedicările aduse la sloboda săvârșire a licitațiilor* erau reglementate în paragraful al II-lea în art. 347: „Cel care, în adjudicațiile proprietății, usufructului (folosința de rodă) sau închirierii lucrurilor mișcetoare și nemișcetoare, ori a vre unei întreprinderi, ori veri căruia contractu, voru împiedica sau turbura slobodenia înălțări la preçu a licitației prin silnicii sau amenințări, ori înaintea sevârșirei, ori în curgerea strigării ei, se voru pedepsi cu închisoare de la optu zile până la o lună și jumetate, și cu globire de la una sută până la douie mii cinci-sute lei”, aceeași sancțiune fiind aplicabilă și celor care „prin daruri sau făgăduieli, voru depărta pe înălțătorii la preçu.”⁶⁶.

În art. 320 din Secția I, intitulată *Furțișaguri*, din Cap II (*Crime și vini împotriva proprietăților*), din Titlul II (*Crime și vini împotriva particularilor*), din Cartea a III-a (*Pentru crime și vini, și pentru pedeapsa lor*) se prevede sancționarea unor fapte care intră, în prezent, în conținutul infracțiunii de înșelăciune cu privire la calitatea mărfurilor (art. 297 C. pen.) sau în conținutul infracțiunii de falsificare de alimente sau alte produse (art. 313 C. pen.): „Căraușii, vâslașii, sau omenii lor care, prin amestecare de materii vătămătoare voru preschimbatu calitatea vinurilor sau ori ce altu felu de beuturi ori de mărfuri alu căroru transportu li s'a fostu încredințatu, se voru pedepsi cu pedeapsa hotărâtă în art. 319”, adică „cu închisoare de la cinci-spre-dece zile până la duoi ani”⁶⁷.

Dispoziții cu privire la sancționarea unor astfel de fapte există și în Cartea a IV-a (*Abateri polițienești și pedepsele lor*), în art. 376, pct. 7: „se voru pedepsi cu globire de la șese până la dece lei, ori cu bătae de la unu-

⁶⁴ *Idem*, p. 18.

⁶⁵ *Idem*, p. 123.

⁶⁶ *Idem*, pp. 115-116.

⁶⁷ *Idem*, pp. 103-104.

spre-zece până la cinci-spre-zece nule, sau cu închisore de trei zile (...) cei ce voru vinde băuturi prefăcute, fără aperiare de osânda hotărâtă la întâmplare cându acele beuturi voru fi amestecate cu materii vetemătoare sănătății”⁶⁸, dar și în art. 380 pct. 5, 6, 7, unele dintre aceste fapte intrând în prezent în conținutul infracțiunii de înșelăciune la măsurătoare (art. 296 C. pen.) sau în conținutul infracțiunii de înșelăciune cu privire la calitatea mărfurilor (art. 297 C. pen.): „Se voru pedepsi cu globire de la unu-spre zece până la cinci-spre-zece lei, sau cu bătae de la șese-spre-zece până la două-zeci și cinci de nule, sau cu închisore de la patru până la cinci zile inclusiv (...): 5. Cei ce voru avea dramuri sau mesuri mincinoase în magasiile, în prăvăliile sau în casele loru de negoțu, sau în târguri ori bâlcuri, fără a fi aperiți cu acesta de osânde hotărâte pentru denșii, cându voru întrebuița asemenea mincinoase dramuri sau mesuri. 6. Cei ce voru întrebuița dramuri sau mesuri osebitu de cele legiuite. 7. Brutarii, măcelarii și luminărarii, care voru vinde pâine, carne sau lumânări cu preçu mai mare de câtu celu hotărâtă, ori lipsă la dramuri, ori lipsă la dramuri, ori de calitate mai prost de câtu cea cuvenită și hotărâtă”⁶⁹. Cu privire la faptele menționate, există dispoziții și în art. 348: „Cela ce va înșela pe cumperătoru asupra probei lucrurilor de aur sau de argintu, asupra calității unei pietre mincinoase vendută de bună, sau asupra felului ori cărica mărfii, precumu și acela care, prin întrebuițare de mincinoase dramuri sau mesuri, va înșela asupra cătățimei lucrurilor vendute, se va pedepsi cu închisoare de o lună și jumătate până la șese, și cu globire care nu va putea fi nici mai mare de a patra parte a despăgubirei cuvenită înșelatelui, nici mai mică de cinci-zeci lei”, iar pe lângă aplicarea acestei sancțiuni „lucrurile acelea cu probă mincinosă, sau preçulu loru, de se voru afla încă în mâinile vendetorului se voru lua pe sema Statului, iar dramurile și mesurile mincinoase se voru sfărâma”⁷⁰, iar conform art. 383 „se voră confisca dramurile și mesurile mincinoase, precumu și dramurile sau mesurile osebitu de cele legiuite”.⁷¹

⁶⁸ *Idem*, pp. 127-128.

⁶⁹ *Idem*, pp. 130-131.

⁷⁰ *Idem*, p. 116.

⁷¹ *Idem*, p. 132.

**RAPORTUL DINTRE DREPTUL PENAL EUROPEAN ȘI
DREPTUL PENAL NAȚIONAL. CONSIDERAȚII GENERALE**

OLGA-ANDREEA URDA*

Abstract

L'internationalisation des infractions a comme resultat l'internationalisation du droit pénal. Le droit pénal européen, qui présente une certaine unité, est d'abord placé sous le signe d'une évidente diversité. Mettre en place un espace de liberté, de sécurité et de justice exige la nécessité de punir certaines infractions d'une manière similaire à celle existant dans un autre état et surtout le respect de la souveraineté nationale. Le rôle du droit pénal européen c'est aussi de favoriser la coopération entre les états membres dans le cadre de cet espace de liberté, de sécurité et de justice en réduisant autant que possible les difficultés créées par les frontières nationales.

C'est à dire que le droit pénal européen se superpose aux ordres juridiques nationaux et il répond à la logique des petits pas, qui caractérise d'ailleurs l'ensemble de la construction européenne.

Mots clés: *droit pénal européen, proportionnalité, espace de liberté, de sécurité et de justice, droits fondamentaux, coopération*

Cuvinte cheie: *drept penal european, proporționalitate, spațiu de libertate, securitate și justiție, drepturi fundamentale, cooperare*

Legislația penală joacă roluri diferite în funcție de modul în care este organizată o comunitate. Astfel dacă într-un stat autoritar este parte din puterea de stat reprimând pe cei care nu îi recunosc legitimitatea, într-un stat fundamentat în principal pe democrație, legea penală reprezintă mijlocul prin care societatea relaționează cu cei care încalcă regulile și protejează drepturile tuturor¹.

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

¹ Christopher Nuttall, *Crime and criminal justice in Europe*, Consiliul European, Strasbourg, 2000.

Conceptul de spațiu penal european implică depășirea principiilor de bază ale dreptului internațional, acela al teritorialității și suveranității statale, conform cărora fiecare stat este competent să își definească domeniul de aplicare a normelor sale și modul de cooperare, dar numai în limitele teritoriului său².

În Europa de astăzi dreptul penal nu este un rezultat exclusiv al deciziilor luate de legislativele naționale ci este influențat de convenții internaționale și de alte inițiative venite din partea diferitelor organizații internaționale constituite fie la nivel mondial, precum Organizația Națiunilor Unite, fie la nivel regional, și ne referim aici la Consiliul Europei și Uniunea Europeană³.

În condițiile în care respectarea suveranității naționale este impusă de trăsăturile specifice ale fiecărui stat, apropierea legislațiilor penale naționale face parte dintre cerințele obiective ale unei riposte eficiente, organizate și unificate a statelor împotriva criminalității⁴.

Este dificil de realizat o urmărire penală și o judecată penală la nivel european, și acest lucru este justificat de problema suveranității naționale a statelor europene, având în vedere faptul că actele oficiale, atât cele de acuzare, cât și cele de executare sunt conforme cu procedurile judiciare din statele membre.

Astfel lesne se poate trage concluzia conform căreia numai o autoritate centralizată ar putea să impună respectarea unor reguli identice de comportare și să asigure tragerea la răspundere penală într-un cadru juridic identic a celor vinovați precum și executarea unitară a sancțiunilor la care au fost supuși potrivit legii.

Trebuie să avem în vedere totodată și faptul că România, în calitate sa de membră atât a Consiliului Europei cât și a Uniunii

² George Antoniu, *Legea penală română...*, p. 148.

³ Johannes Husabø, Asbjørn Strandbakken, *Harmonization of criminal law in Europe*, Ed. Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2005, p. 1; Anne Weyembergh, *Le rapprochement des incriminations et des sanctions pénales*, Introduction, *Revue internationale de droit penal*, 2006/1 Vol. 77, p. 185-192.

⁴ George Antoniu, *Activitatea normativă penală a Uniunii Europene (1)*, *Revista de drept penal*, nr. 1/2007, Asociația română de științe penale, București, 2007, p. 9-40.

Europene, trebuie să țină pasul cu transformările ce au loc în legislația europeană.

Cert este faptul că, în fața dimensiunii internaționale a criminalității, statele nu mai pot face față în mod individual iar o strategie comună reprezintă o soluție nu numai viabilă ci și posibilă, dacă avem în vedere existența deja a unor structuri internaționale create în Europa ultimului veac și a unei obișnuințe de a coopera în diferite domenii ale dreptului.

Armonizarea legislației penale și a procedurii penale reprezintă un subiect sensibil din punct de vedere politic, asemenea integrării regionale în materie de drept penal, provocând reacții divergente atât în cercurile politice cât și în cercurile juridice⁵.

Dacă vorbim de un drept penal european o facem în sensul ansamblului de reglementări cu implicații penale susceptibile să introducă în viața juridică europeană unele principii noi și comune pe care să le respecte statele europene în legislația lor penală națională⁶. Individul are nevoie de o protecție unitară pe un teritoriu mai vast, care dacă luăm în considerare libera circulație a persoanelor depășește cu mult granițele unui singur stat⁷.

În realitate, nu există vreun cod penal ori de procedură penală la nivel european și nici la nivelul Uniunii Europene, însă se poate vorbi de un proces de armonizare a legislației penale în contextul necesității ca statele Europei să coopereze în activitatea de combatere a crimei organizate care este în continuă expansiune, fără a ține cont de frontierele statelor⁸.

Armonizarea dreptului penal este un subiect care a stârnit vii dezbateri între opozanții și susținătorii acestei idei. Datorita

⁵ M. Delmas-Marty, J.A.E. Vervaele, *Implementarea Corpus Juris în statele membre. Prevederi penale pentru protecție veniturilor europene*, Ed. Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2000, p. 1. <http://ec.europa.eu/>

⁶ George Antoniu, *Drept penal european – note de curs*, Universitatea „Constantin Brâncuși”, Târgu Jiu, 2005

⁷ Brice Ruyver, Gert Vermeulen, Tom Beken, Antonio Vitorino, *Strategies of the EU and the US in combating transnational organized crime*, Ed. Maklu, Antwerpen, 2002, p. 16.

⁸ Gavril Paraschiv, *Drept penal al Uniunii Europene*, Ed. C.H.Beck, București, 2008, p. 1.

complexității acestui domeniu și a diferitelor definiții și interpretări date termenului de "armonizare" în dreptul penal, aceasta nu poate să se refere la eliminarea diferențelor dintre sistemele juridice naționale, ci ar trebui, în schimb, să se refere la creșterea calității și coerenței dintre sistemele juridice⁹.

Apropierea legislațiilor penale nu constă într-o adoptare a unei legislații penale comune pe care judecătorii din diferite țări ar putea să o aplice direct¹⁰. Politica penală a Uniunii Europene se dezvoltă după o strategie proprie, ținându-se cont de impactul măsurilor deja luate. Astfel instrumentele adoptate de Uniunea Europeană nu vor fi analizate numai din prisma modului de respectare a lor la nivelul statelor membre ci mai ales din prisma impactului pe care îl au asupra dreptului penal din cadrul guvernului din nivelul inferior¹¹.

Un prim obstacol în calea realizării unui drept penal european îl constituie protejarea suveranității naționale, iar justiția penală este în esența ei unul dintre cele mai importante atribute ale suveranității așa cum sunt și exercitarea politicii externe precum și dreptul statului de a bate monedă. Dreptul penal reprezintă inima suveranității naționale. Și pe de altă parte cetățenii statelor europene pot resimți aceste eforturi de unificare a normelor penale europene ca un atentat la propria lor cultură.

Un alt obstacol în calea unificării dreptului penal european îl reprezintă particularitățile naționale ale legislațiilor penale europene, mai ales dacă avem în vedere existența a două sisteme juridice diferite – cel anglo saxon și cel romano germanic. Aceste sisteme influențează atât dreptul penal material dar mai ales dreptul penal procesual.

La polul opus argumentul esențial în armonizarea legislațiilor

⁹ Francesco Calderoni, *Organized Crime Legislation in the European Union: Harmonization and Approximation of Criminal Law, National Legislations and the EU Framework Decision on the Fight Against Organized Crime*, Ed. Springer, Berlin, 2010, p. 2.

¹⁰ Ionuț Mazălu, *Apropierea legislațiilor penale ale statelor din Uniunea Europeană*, Buletin de informare legislativă, nr. 1/2009, Consiliul Legislativ, Ed. Monitorul Oficial, București, p.3

¹¹ [Anne Weyembergh](#), [Serge de Biolley](#), *Comment évaluer le droit pénal européen?*, Editions de l'Université de Bruxelles, édition 2006, p. 225.

penale și în cooperarea în acest domeniu este faptul că în condițiile în care criminalitatea a devenit internațională atunci este de așteptat ca și dreptul penal să devină internațional.

Autoritățile politice din statele membre sunt conștiente că integrarea europeană implică noi provocări pentru sistemul penal și necesită reforma acestuia. Nu mai este nicio îndoială că procesul de europenizare a cuprins și domeniul dreptului penal și pe cel al justiției penale. În viitor se întrevăd clar direcțiile de dezvoltare ale acestui fenomen: o cooperare interstatală în materie penală tot mai intensă, o armonizare a legislațiilor penale tot mai pregnant precum și crearea unor noi organisme comune competente în lupta împotriva fenomenului infracțional.

Notiunea de drept penal european. Repere istorice și teoretice

Crearea unui spațiu comun de libertate, securitate și justiție impune necesitatea ca unele infracțiuni să fie incriminate într-o manieră similară celei existente într-un alt stat, mai ales dacă avem în vedere dezvoltarea criminalității transnaționale.

Apropierea dreptului penal nu este o noutate în dreptul internațional. Astfel, Convenția de la Geneva din 20 aprilie 1929, adoptată în cadrul Societății Națiunilor, definește practica de falsificare a banilor și impune statelor care au aderat la aceasta să o califice ca infracțiune penală în propriile lor legislații, indiferent de moneda falsificată.

Relațiile internaționale dintre state, cooperarea între acestea pe multiple planuri, elaborarea instrumentelor juridice în domeniul drepturilor omului au intrat într-o nouă etapă a dezvoltării lor prin crearea Organizației Națiunilor Unite (O.N.U.)¹².

După adoptarea Declarației, Adunarea Generală a O.N.U. a adoptat alte zeci de declarații ori convenții în domeniul drepturilor omului, care, printre altele, se referă la genocid, discriminare rasială,

¹² Ovidiu Predescu, Mihail Udriș, *Convenția europeană a drepturilor omului și dreptul procesual român*, Editura C.H. Beck, București, 2007, p.9.

apartheid, refugiați, apatrizi, tortură etc. Aceste documente au determinat adoptarea unor dispoziții corespunzătoare în dreptul național al statelor părți la aceste declarații sau convenții (România ratificând majoritatea acestora)¹³.

Kofi Annan, fost secretar general al Organizației Națiunilor Unite, a susținut¹⁴ că ONU nu poate asigura dezvoltarea omenirii fără a-i oferi siguranță, în același timp, nu-i poate garanta siguranța fără a-i oferi dezvoltare și nu poate să le garanteze pe ambele fără asigurarea respectării drepturilor omului. Din acest considerent, se impune obiectiv necesitatea coordonării eforturilor tuturor statelor pentru atingerea intereselor supreme ale comunității internaționale: asigurarea păcii și securității internaționale, prevenirea și combaterea terorismului, apărarea drepturilor și libertăților persoanei, eradicarea sărăciei, lichidarea traficului de droguri și a traficului de ființe umane etc.

Armonizarea este obiectivul dreptului penal european, care ar cuprinde ansamblul normelor penale comune mai multor state europene, în vederea luptei cu criminalitatea și, în special, contra criminalității transnaționale organizate.

Europa este înainte de toate un spațiu geografic ceea ce implică o intervenție penală la nivel european și justifică includerea domeniului penal în procesul de apropiere a sistemelor juridice prezente.

Dacă analizăm reglementările existente în materie la ora actuală am fi tentați să vorbim practic de o bipolaritate a dreptului penal european, distingându-se în cadrul Consiliului Europei un drept penal și altul în cadrul Uniunii Europene. Prima categorie cuprinde domeniul drepturilor omului și al cooperării polițienești și judiciare iar a doua este dată de spațiul de libertate, securitate și justiție, așa cum este reglementat prin normele Uniunii Europene. În ambele cazuri

¹³ Ovidiu Predescu, Mihail Udriș, *op.cit.*, p.12.

¹⁴ A/59/2005, Rezoluția Adunării Generale a Organizației Națiunilor Unite, p.17
//<http://www.un.org>

remarcăm evident o internaționalizare a dreptului penal, care vine să dea o altă conotație celor două principii de drept – cel al suveranității și cel al teritorialității.

Astfel se poate constata existența a “două Europe” – una a Consiliului Europei și una a Uniunii Europene, acest lucru deoarece statele membre nu sunt aceleași, și în felul acesta nu toate statele membre ale Consiliului Europei pot beneficia de normele Uniunii Europene, aceasta din urmă fiind văzută ca un club restrâns. Normele Uniunii Europene se bucură de principiul recunoașterii reciproce, pe care Consiliul European o aprecia ca fiind “cheia de boltă” a cooperării judiciare.

Pe de altă parte Consiliul Europei are un bastion propriu, reprezentat de Convenția europeană a drepturilor omului și a jandarmului său, Curtea europeană a drepturilor omului, iar în acest domeniu Uniunea Europeană nu este decât o imitatoare. Dar paradoxal în materia cooperării penale Uniunea Europeană este mai inventivă decât Consiliul Europei, chiar dacă în materia drepturilor omului Consiliul Europei este cel care a inventat totul¹⁵.

După o analiză mai atentă vom remarca însă, o complementaritate a instrumentelor juridice în materie, edictate de Consiliul Europei (Convenții) și ale UE (convenții, decizii cadru, directive). Astfel observăm că Uniunea Europeană a elaborat norme în domenii deja reglementate de Consiliul Europei, pe care vine să le completeze și la care evident face referire.

Activitatea Consiliului Europei, deși asociată în genere cu cea a judecătorilor de la Curtea europeană a drepturilor omului, este foarte prolifică în domeniul dreptului penal european.

Consiliul Europei a promovat în ultimii zeci de ani alte standarde generale pentru dreptul penal european¹⁶. Astfel prin intermediul comitetului european pentru probleme criminale acesta

¹⁵ Jean Pradel, Geert Corstens, Gert Vermeulen, *Droit pénal européen*, Ed. Dalloz, Paris, 2009, p. 38.

¹⁶ Johannes Husabø, *op. cit.*, p. 1.

asigură o importantă bază de cercetare în domeniul criminologiei și al justiției penale, prin publicațiile sale devenite clasice în domeniu. Convențiile și recomandările Consiliului Europei au o importanță majoră în dezvoltarea unei legislații penale coerente și uniforme, putem include ca exemple în acest sens Convenția europeană de extrădare din 13 decembrie 1957 și Convenția europeană de asistență judiciară în materie penală, din 20 aprilie 1959, considerate primele manifestări de cooperare în domeniul dreptului penal la un asemenea nivel.

Convenția europeană a drepturilor omului privește și dreptul penal material, cu toate că aspectul procedural stârnește mai mult interes. Importanța principiului legalității, consacrat prin art. 7 din Convenție, dar și prin drepturile interne, este considerabilă. Influența europeană este atât de mare, încât unele decizii de politică penală sunt subordonate constrângerilor care decurg în principal din Convenție și din jurisprudența Curții europene a drepturilor omului: cu alte cuvinte, progresiv și insesizabil, fără a putea vorbi de o concepție europeană a dreptului penal material la fel de precisă ca în cazul celui procedural, sunt impuse anumite limitări, atât cu privire la alegerea pedepsei, cât și a încriminării.

Pornind de la faptul că respectarea drepturilor omului trebuie să reprezinte obiectivul principal al oricărei reforme penale, statelor membre ale Consiliului Europei, în procesul propriilor reforme în domeniu, le revine ca primă grijă adaptarea legislației lor penale la exigențele și nivelul cerințelor Convenției europene,

Convenția europeană a drepturilor omului are rolul unui adevărat scut împotriva unei aplicări excesive a dreptului penal, limitând intervenția legii penale din trei puncte de vedere: din punct de vedere normativ, excluzând sau restrângând toate formele de incriminare ce aduc atingere drepturilor omului, din punct de vedere sancționatoriu, fiind interzise toate pedepsele inumane sau degradante și astfel incompatibile cu respectarea demnității umane, și nu în

ultimul rând din punct de vedere procedural, impunând un ansamblu de garanții legate de dreptul individului la un proces echitabil¹⁷.

Curtea europeană a drepturilor omului joacă un rol reglator deosebit de important asupra legilor penale interne, și chiar dacă această reglementare intervine mai ales în cadrul procesului penal, ea se află în mod egal și în serviciul ordinii publice europene represive¹⁸.

Dreptul penal european este marcat de ideea respectării drepturilor omului, iar în acest sens avem în vedere atât Convenția europeană a drepturilor omului și hotărârile Curții de la Strasbourg cât și Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene.

Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene însumează în cadrul unui singur document, pentru prima dată în istoria Europei, întreaga arie a drepturilor și anume drepturile civile, politice, economice și sociale, care sunt sistematizate într-un mod original. Carta reprezintă un document modern, atât prin prezentarea sa formală, cât și prin faptul că renunțând la distincția clasică între drepturile civile și politice și drepturile economice și sociale, ea regroupează drepturile proclamate în jurul a șase valori fundamentale: demnitate, libertate, egalitate, solidaritate, cetățenie și justiție¹⁹.

În ceea ce privește legătura Cartei cu dreptul penal național, acesta este implicat în formele și modalitățile specifice legii penale a statului respectiv, inclusiv cu particularitățile sale istorice, în asigurarea drepturilor fundamentale ale cetățenilor Uniunii, adică în ocrotirea cu mijloace de drept penal a acelui ansamblu de drepturi care cuprind atât cele prevăzute de Convenția Europeană a Drepturilor Omului la care Uniunea Europeană a precizat posibilitatea aderării, cât

¹⁷ Yves Cartuyvels, *Droits de l'homme et droit penal, un returnement*, în *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 23.

¹⁸ Jean-François Renucci, *Tratat de drept european al drepturilor omului*, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 47.

¹⁹ Ovidiu Predescu, Mihail Udriou, *Convenția ...*, p.9.

și o serie de drepturi fundamentale noi, toate constituind Carta drepturilor fundamentale ale cetățenilor Uniunii Europene²⁰.

În ultimii ani responsabilitatea Uniunii Europene în a-și proteja cetățenii de criminalitatea organizată sau de altă natură a crescut surprinzător²¹.

Primul pas făcut la nivel internațional privind cooperarea în materie penală și polițienească a fost acela prin care s-a înființat în 1923 Organizația Internațională de Poliție Criminală, cunoscută sub numele de INTERPOL.

Pe măsura apariției unor fenomene noi în viața Uniunii Europene, cum ar fi cele de ordin intern (de pildă, săvârșirea de fapte grave contra intereselor financiare ale Uniunii Europene), sau de ordin extern (de pildă amplificarea activității asociațiilor criminale multinaționale, a crimeni organizate, ca și săvârșirea de fapte grave ca terorismul, traficul de ființe umane, de stupefianțe, de arme etc.), s-a simțit treptat nevoia nuanțării concluziei de mai sus, apărând necesitatea folosirii legii penale în anumite modalități și contra faptelor grave care se comit în viața Uniunii Europene²².

Nici Tratatul de la Roma din 1957, și nici Actul Unic European nu conferă comunităților competențe în dreptul penal iar Tratatul de la Maastricht și cel de la Amsterdam nu aduc schimbări majore în acest sens.

Astfel putem fi tentați să afirmăm că nu există un drept penal al Uniunii Europene, ci doar legislații penale naționale. Există însă un drept penal al Uniunii Europene și face parte din dreptul penal european, iar în cele ce urmează vom încerca să demonstrăm acest lucru.

Dacă într-o primă fază, pentru îndeplinirea obiectivelor comunitare a apărut ca fiind suficientă acțiunea națională, chiar dacă

²⁰ George Antoniu, *Constituția Europeană, însemnătate și actualitate pentru țara noastră*, în *Revista de Drept penal*, nr. 3/2005, p. 12-13.

²¹ Christina Eckes, Theodore Konstadinides, *Crime Within the Area of Freedom, Security and Justice: A European Public Order*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. 1.

²² George Antoniu, *Legea penală română în condițiile...*, p. 148.

soluțiile legislative oferite la nivel național nu erau unitare, ulterior a fost promovată ideea apropierei legislațiilor penale ale statelor membre și a formulării similare a unor conținuturi de incriminare și chiar a limitelor de pedeapsă, astfel încât să se asigure o unitate în reprimarea faptelor ce aduceau atingere intereselor comunitare.

A părut apoi ca un pas firesc înființarea unor instituții comunitare specifice de coordonare, printre care cele mai importante sunt: Europol, Eurojust, Olaf, cu rolul, printre altele, de a asigura concentrarea eforturilor statelor membre într-o direcție determinată spre a face mai eficientă activitatea lor comună.

Urmare a inițiativei Comisiei Europene, în perioada 1995 – 1996, un grup de experți a lucrat sub coordonarea dnei. Mireille Delmas-Marty la proiectul *Corpus Juris* privind dreptul penal general și procedura penală. Scopul acestui studiu a fost elaborarea unui număr de principii directe privind protecția în dreptul penal al intereselor financiare ale Uniunii Europene, în cadrul spațiului juridic european²³.

Corpus Juris a îndeplinit o funcție: a declanșat o dezbatere publică privind rolul dreptului penal general și procesual în integrarea europeană. Care sunt interesele europene care deservește protejarea penală și cum poate fi organizată o astfel de protecție, astfel încât eficiența sa să fie garantată în întreg spațiul juridic european?

Deși nu este un veritabil cod penal european – de altfel inițiatorii săi au subliniat acest lucru - *Corpus Juris* a deschis practic calea creării unui drept penal european²⁴. El propune, în esență, un regim mixt: elementele naționale și cele comunitare sunt combinate în așa fel încât statele membre, și nu Uniunea Europeană, să poată aplica legislația penală. Regimul mixt propus de *Corpus Juris* urmărește sporirea eficacității și ridicarea nivelului protecției legale oferite de

²³ M. Delmas-Marty, J.A.E. Vervaele, *op.cit.*, p. 1.

²⁴ Laura Stănilă, *Principiul teritorialității europene și dreptul penal*, în Noutăți legislative în spațiul juridic penal European. Conferință internațională interdepartamentală de drept penal, Ed. Universitaria, Craiova, 2008, p. 164-171

sistemele naționale de drept penal și procedură penală între un spațiu legal european și perspective finanțelor europene.

Tratatul privind Comunitatea Europeană a Cărbunelui și Oțelului (1951) și Tratatul de instituire a Comunității Economice Europene (1957) păreau a fi create doar într-un scop pur economic, se preconiza deja la acel moment o uniune politică care să contrabalanseze puterea crescândă într-un mod periculos a Statelor Unite, visând – cel puțin – la o Europă unită, care mai târziu, începând cu dezvoltarea unei piețe comune și libere s-a apropiat din ce în ce mai mult de realitate²⁵.

Tratatul de instituire a Comunității Economice Europene își propunea ca obiectiv libera circulație a persoanelor, însă o anumită lacună s-a făcut simțită în particular în materia imigrației și a politicilor privind vizele. În realitate privind libera circulație a lucrătorilor numai sub aspect economic au fost neglijate o serie de aspecte importante precum apariția și dezvoltarea criminalității organizate transfrontaliere, imigrația clandestină, traficul de droguri, de persoane sau terorismul.

Acest fenomen incită statele membre ale Comunității Economice Europene, care elaborează la sfârșitul anilor '60 o formă de cooperare în domeniul justiției și al afacerilor interne. Astfel la 7 septembrie 1967 este elaborată – Convenția pentru asistență reciprocă între administrațiile vamale.

Pe de altă parte, prin Actul Unic European, art. 13, Comunitatea Economică Europeană s-a angajat să adopte măsuri în scopul stabilirii progresive, într-o perioadă expirând la 31 decembrie 1992, a pieței interne, care să cuprindă o zonă fără frontiere interne în care libera circulație a persoanelor, capitalurilor, serviciilor și bunurilor să fie asigurată conform prevederilor Tratatelor.

²⁵ Ann Sherlock, *Rene Guldenmund*, Christopher Harding: *The European Community and criminal law* în *Criminal Justice in Europe: A Comparative Study*, Oxford University Press, New York, 2002, p. 107.

Prin Tratatul de la Maastricht asupra Uniunii Europene dispozițiile privind aceste libertăți se pot circumscrie oricăreia din acțiunile sau politicile comunitare.

Concomitent cu consacrarea acestor patru libertăți fundamentale, Uniunea Europeană și-a fixat, ca obiectiv, în Tratatul asupra Uniunii Europene, să ofere cetățenilor un grad ridicat de protecție într-un spațiu al libertății, securității și justiției. Tratatul de la Maastricht consideră ca fiind de interes comun: cooperarea judiciară în materie civilă și în materie penală, lupta împotriva toxicomaniei, cooperarea polițiilor în vederea prevenirii și luptei împotriva terorismului, traficului ilicit de droguri și a altor forme de încălcări ale legii. Iar competența Uniunii în aceste domenii a fost recunoscută oficial prin crearea structurii pe trei piloni.

Formula inițială a pilonului Justiție și Afaceri Interne, de la articolul K1 până la art. K9 al TUE, reglementa politici cum ar fi azilul, imigrația, cetățenia, care au fost integrate în Titlul IV CE prin Tratatul de la Amsterdam. Totuși acesta includea și cooperarea într-o serie de probleme legate de criminalitatea internațională, precum și diferite forme de cooperare judiciară, vamală și polițienească²⁶.

Tratatul de la Maastricht prevedea înființarea Europol - Oficiul de Poliție al Uniunii Europene, care gestionează informații din domeniul fenomenului infracțional. Obiectivul său este acela de a îmbunătăți eficacitatea și cooperarea autorităților competente din statele membre în ceea ce privește prevenirea și combaterea formelor grave de terorism și criminalitate internațională, respectând în același timp drepturile omului²⁷. De altfel transpare dorința Uniunii de a găsi

²⁶ Paul Craig, Gráinne de Búrca, *Dreptul Uniunii Europene. Comentarii, jurisprudență și doctrină*, trad. Georgiana Marcovschi, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 287.

²⁷ Louis Dubois, Claude Blumann, *Droit matériel de l'Union Européenne*, Ed. Montchrestien, Paris, 2006, p. 73.

o cale spre independență, într-o perioadă în care se observă o încercare a SUA de a prelua controlul asupra INTERPOL²⁸.

O critică importantă adusă Tratatului de la Maastricht a fost aceea că multe dintre politicile din cadrul pilonului JAI necesitau prevederi instituționale și forme de control legal diferite de procesele interguvernamentale stabilite.

Tratatul de la Amsterdam deschide posibilitatea acordării graduale al locului, pe care îl merită, dreptului penal general și procedurii penale naționale în procesul de integrare europeană. Astfel pilonul al treilea JAI, redenumit acum cooperare judiciară și polițienească în materie penală, a fost comunitarizat parțial, domeniul vizelor, azilului și cetățeniei fiind incorporate în Titlul IV CE, iar restul prevederilor fiind supuse unor controale instituționale mai apropiate de cele din cadrul pilonului comunitar. În aceste condiții pilonul III a devenit cel mai dinamic domeniu al Uniunii Europene²⁹.

Obiectivul principal al pilonului al treilea era, așa cum rezultă din art. 29 TUE, de a conferi cetățenilor un nivel ridicat de protecție într-un spațiu de libertate, securitate și justiție, prin elaborarea unor acțiuni comune în trei domenii: cooperarea polițienească în materie penală, cooperarea judiciară în materie penală și prevenirea și combaterea xenofobiei.

Un moment foarte important pentru spațiul de libertate, securitate și justiție, l-a constiuit Consiliul European de la Tampere (15 – 16 octombrie 1999). Consiliul European de la Tampere a reprezentat o reuniune special consacrată înființării unui spațiu de libertate, de securitate și de justiție în Uniunea Europeană³⁰. În cadrul lucrărilor s-a subliniat cu deosebită insistență faptul că integrarea

²⁸ Didier Bigo, *EU police cooperation: national sovereignty framed by european security?* în *Security versus justice?: police and judicial cooperation in the European Union*, Ed. Ashgate, Hampshire, 2008, p. 94

²⁹ Joanna Apap, Sergio Carrera, *Progress and obstacles in the area of justice and home affaires in an emerging Europe: an overview*, în *Justice and home affaires in the EU: liberty and security issues after enlargement*, Ed. Edward Elgar Publishing, Massachusetts, 2004, p. 1.

³⁰ Francesco Calderoni, *op.cit.*, p. 14.

europăeană este strâns legată de respectarea drepturilor omului și de respectarea instituțiilor democratice și ale spațiului comun de libertate și justiție. În acest sens merită să cităm următorul fragment din Consiliul European de la Tampere: “Pentru ca să se poată beneficia de libertate, este necesară crearea unui veritabil spațiu de justiție, în care oamenii să se poată adresa instanțelor și autorităților din oricare stat membru la fel de ușor ca celor din statul lor. Oamenii au dreptul să se aștepte ca Uniunea să abordeze problema amenințării pe care criminalitatea o reprezintă la adresa libertății și a drepturilor lor legale (...). Mobilizarea comună a resurselor polițienești și judiciare este necesară în vederea garantării faptului că pe teritoriul Uniunii nu există niciun loc în carea infractorii să se poată ascunde sau să poată săvârși infracțiuni. Spațiul de libertate, securitate și justiție ar trebui să se bazeze pe principiile transparenței și al controlului democratic. Consiliul European apreciază că este esențial ca în aceste domenii Uniunea să dezvolte o capacitate de acțiune și să fie privită ca un partener semnificativ pe scena internațională”³¹.

Programul de la Tampere a fost înlocuit cu Programul de la Haga, gândit inițial de miniștrii justiției și afacerilor interne și adoptat de Consiliul European în anul 2004.

Forțate să recunoscă faptul că spațiul judiciar european rămâne un spațiu vital, Consiliul European de la Tampere, prevede de asemenea crearea Eurojust, insistând pe principiul recunoașterii mutuale, și dând astfel un alt elan realizării spațiului de libertate, securitate și justiție³².

În 2002 a fost instituit prin Decizia nr. 2002/187/JAI Eurojust cu scopul de a promova și a ameliora coordonarea investigațiilor și urmărilor penale desfășurate de autoritățile judiciare competente din statele membre ale Uniunii Europene, atunci când acestea se confruntă cu forme grave de criminalitate organizată și transfrontalieră.

³¹ http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_fr.htm

³² Guy Isaac, Marc Blanquet, *Droit général de l'Union Européenne*, Ed. Dalloz, Paris, 2006, pag. 470.

Moment de referință al construcției comunitare, adoptarea Tratatului de la Nisa constituie și un moment de reflecție asupra valorilor europene, de vreme ce, în Preambulul Cartei Uniunii Europene privind Drepturile Fundamentale³³, se precizează că Uniunea este fondată pe valorile indivizibile și universale de demnitate umană, libertate, egalitate și solidaritate; ea se sprijină pe principiul democrației și pe principiul statului de drept și plasează persoana în centrul acțiunii sale. Acest Tratat vine să pregătească totodată Uniunea pentru un nou val de aderare care va aduce la 1 mai 2004 încă 10 state, care presupun nu numai schimbări la nivel instituțional în cadrul Uniunii ci și 10 sisteme juridice diferite cu care aceasta trebuie să se acomodeze³⁴.

Ultimul din tratatele fundamentale care au modificat ordinea juridică europeană, Tratatul de la Lisabona, a intrat în atenția guvernanților statelor membre odată cu respingerea de către francezi și olandezi a tratatului de instituire a Constituției europene³⁵. Preluând cele mai importante prevederi din Constituția europeană, ceea ce demonstrează până la urmă că nu substanța tratatului a dus la respingerea sa, noul tratat încheiat în capitala Portugaliei, aduce avansuri semnificative în materia spațiului de libertate, securitate și justiție, înlăturând unele dintre obstacolele care la acest moment împiedică edificarea sa³⁶.

Stipulând faptul că activitatea de „cooperare judiciară în materie penală în cadrul Uniunii se întemeiază pe principiul recunoașterii reciproce a hotărârilor judecătorești și a deciziilor judiciare”, Tratatul precizează că acest lucru include „apropierea

³³ Augustin Fuerea, *„Drept comunitar european. Partea generală”*, Editura All Beck, București, 2003, p.235.

³⁴ Great Britain Parliament. House of Lords. European Union Committee, *Judicial Co-Operation in the EU. 23-rd Report of session 2003-2004.*, House of Lords Paper, Londra, 2004, p. 14.

³⁵ Steve Pers, *EU justice and Home Affaires Law*, Oxford University Press, New York, 2011, p. 42.

³⁶ Stefan Griller, Jacques Ziller, *The Lisbon Treaty: EU constitutionalism without a constitutional treaty?* Ed. Springer Wien New York, Viena, 2008, p. 58

actelor cu putere de lege și a normelor administrative ale statelor membre în domeniile prevăzute la art. 69A, alineatul (2) și la articolul 69 B”. Termenul de „apropriere a actelor cu putere de lege și a normelor administrative...” confirmă diferențele existente între sistemele de drept ale țărilor membre și tradiționale și cultura juridică a acestora³⁷.

Tratatul de la Lisabona definește Uniunea drept un spațiu de libertate, securitate și justiție, cu respectarea drepturilor fundamentale și a diferitelor sisteme de drept și tradiții juridice ale statelor membre (*art.67 din TUE*). În acest sens, Uniunea dezvoltă politici comune în materie de azil, imigrație și control al frontierelor exterioare, adoptă măsuri pentru prevenirea criminalității de mare amploare și pentru coordonarea și cooperarea între autoritățile polițienesti și judiciare competente.

Cea mai importantă modificare în domeniul politicilor europene o reprezintă dispariția pilonului III – Cooperarea polițienească și judiciară în materie penală (*dispozițiile Titlului V – „Spațiul de libertate, securitate și justiție” din TUE, Partea a treia – Politicile și acțiunile interne ale Uniunii*).

Europol și Eurojust, sunt consolidate³⁸ pentru a putea răspunde într-un mod mai operativ și eficient actelor de criminalitate organizată, rețelelor de trafic de persoane sau infracțiunilor de spălare de bani, care aduc atingere unui interes comun care face obiectul unei politici a Uniunii.

De asemenea, este prevăzută posibilitatea instituirii Parchetului European, prin regulament, cu votul unanim al Consiliului și aprobarea Parlamentului European.

Principala sarcină a Parchetului European va fi combaterea infracțiunilor care aduc atingere intereselor financiare ale UE. Acesta va avea competența de a cerceta aceste infracțiuni, după caz în

³⁷ Costică Voicu, *Activitatea de cooperare judiciară în materie penală și cooperare polițienească în reglementarea Tratatului de la Lisabona*, Revista de investigare a criminalității, Anul I, Nr. 1/2008, Ed. Sitech, București. 2008, p. 11-16.

³⁸ Art.85 din TFUE;

colaborare cu Europol, precum și de a urmări și de a trimite în judecată suspectii în fața instanțelor competente ale statelor membre ale UE. Consiliul European poate extinde atribuțiile parchetului pentru a include, de asemenea, combaterea criminalității grave de dimensiune transfrontalieră.

Normele care au ca scop armonizarea legislațiilor penale ale statelor membre determină în mod considerabil legislația acestora; iar odată cu intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona această tendință a devenit și mai evidentă, astfel că legislațiile penale naționale trebuie să se adapteze cerințelor Uniunii, receptând legislația Uniunii Europene din domeniu.

Este astfel interesant să ne imaginăm evoluția Uniunii Europene în următorii 20 de ani pe fondul delegărilor de competență. Dreptul penal este ultimul bastion care a și început să fie cucerit de Uniune, dacă avem în vedere acest important pas realizat prin adoptarea Tratatului de la Lisabona.

Cele expuse mai sus au avut rolul de a ilustra realitățile existente în prezent în domeniul afirmării și acceptării unui drept penal european. Dreptul penal român se confruntă și el cu aceste probleme din postura de drept național al unui stat membru al Uniunii Europene, așa cum este România din 2007, precum și în calitatea sa de membru al Consiliului Europei. Astfel influențarea dreptului penal românesc de către dreptul penal european este deja o realitate.

NEW ROMANIAN CHOICE-OF-LAW RULES ON MARRIAGE EFFECTS

COSMIN DARIESCU*

Contents:

I A new source for the Romanian Private International Law. II. New choice-of-law rules for the general effects of the marriage. III New choice-of-law rules on the matrimonial regime.

Abstract:

The Romanian Private International Law has acquired new choice-of-law rules on the effects of marriage by Articles 2589 to 2596 of the Romanian Civil Code 2009 (enforced since October 1, 2011). These rules represent an original adaptation of Articles 48 to 54 of the Belgian Code on Private International Law 2004, of Article 3089 paragraph 2 of the Civil Code of Quebec and of Article 20 paragraph 2 of Law no. 105 of 1992 on the Settlement of the Private International Law Relations. The new Romanian choice-of-law rules were drafted following the answers given to The Green Paper on the Conflict of Laws in Matters Concerning Matrimonial Property Regimes, Including the Questions of Jurisdiction and Mutual Recognition. As a novelty, these choice-of-law rules introduce into Romanian Law the concepts of habitual residence (instead of domicile) and of general effects of the marriage.

Key words: choice-of-law rules, marriage effects, Romania

I A new source for the Romanian Private International Law

On October 1, 2011, in Romania, Law no. 287 of July 17, 2009 on the Civil Code, republished in *Monitorul Oficial* (Official Gazette) no. 505 of 2011 entered into force, replacing the Civil Code of 1864. Article 8 and Article 2557 of the new Civil Code stipulate that the determination of the civil law governing the legal relationships with a foreign element shall be

* Lecturer PhD. at the Law Faculty of “Alexandru Ioan Cuza” University of Iasi, Romania,
E-mail: cdariescu@yahoo.com.

done in accordance with the Private International Law rules of Book VII of the *Civil Code*. That means the new *Civil Code* includes new general choice-of-law rules which repealed the rules provided for in Articles 11-147 of *Law no. 105 of 1992 on the Settlement of the Private International Law Relations*¹. The rules of Book VII of the *Civil Code* are applicable unless otherwise provided by the international conventions Romania has joined, by the European Union's Law or by special laws (Paragraph 3 of Article 2557).

The new international proceedings rules (which will replace Articles 148 to 181 of *Law no. 105 of 1992*) will be found in Articles 1017 to 1084 of Book VII (*The International Civil Litigation*) of the new *Code of Civil Procedure* (*Law no. 134 of 2010*), which will enter in force on June 1, 2012.

This paper aims to present the new choice-of-law rules on the personal and patrimonial effects of marriage. These rules are to be found in the *Civil Code*, in Book VII (entitled *Private International Law Rules*), Title II (*Conflict of Laws*), Chapter II (*Family*), Section I (*Marriage*), Subsection 2 (*Effects of marriage*), Articles 2589 to 2596.

II New choice-of-law rules for the general effects of the marriage

Article 2589 is entitled *The Law Applicable to the General Effects of Marriage*. According to paragraph 1, the general effects of marriage are subjected to the law of the spouses' common habitual residence, or in the absence of a common habitual residence, to the common national law of the spouses. In the absence of a common citizenship, the general effects of marriage will be subjected to the law of the State on the territory of which the marriage was celebrated. Paragraph 2 defines the concept of "general effects of marriage", a concept unknown to the Romanian Family Law up to now². The above mentioned paragraph reads that the law determined in accordance with paragraph 1 governs both the personal and the statutory patrimonial effects of marriage from which spouses could not derogate

¹ These articles of law were expressly repealed by Article 230 letter q of *Law no. 71 of 2011 on the Enforcement of Law no. 287 of 2009 The Civil Code* (Official Gazette no. 409 of June 10, 2011)

² Chapter III of Title I (*Marriage*) of the *Family Code 1953* (code which was enforced between 1954 and 2011), was entitled *Effects of Marriage*. Section I of this chapter was entitled *The Personal Rights and Duties of the Spouses*, while Section II bore the title *The Patrimonial Rights and Duties of the Spouses*.

irrespective of their chosen matrimonial regime. Paragraph 3 provides an exception from the rule established in paragraph 2. Thus, the spouses' rights over the family home and the regime of some juridical acts concerning the family home are subjected to the law of the place where this home is situated. The juridical acts mentioned in Article 2589 paragraph 3 of the Civil Code are the legal acts provided for in Article 322 paragraphs 1 and 2 of the same code (i.e. the deeds concerning the disposition and the use of the family home as well as the deeds of disposition on or which entail the removal of the goods which furnish or decorate the family residence).

In order to fully understand the novelty of the provisions of Article 2589 of the Romanian *Civil Code* 2009 it is imperative to compare Article 2589 with the old Romanian choice-of-law rules of Article 20 of *Law no. 105 of 1992 on the Settlement of the Private International Law Relations*. The first paragraph of Article 20 of *Law no. 105 of 1992* provided: "The personal and patrimonial relations between spouses are subject to the common national law and, if they have different citizenships, they are subject to the law of their common domicile³." According to paragraph 2 of Article 20 of *Law no. 105 of 1992*, the common national law or the law of common domicile of the spouses continued to regulate the effects of the marriage, even if one of them changes, as the case may be, citizenship or domicile. Paragraph 3 of Article 20 provided: "In the absence of a common citizenship or a common domicile, the personal or patrimonial relations between the spouses are subject to the law of the State on the territory of which they have or had their common residence or with which they have the closest relations in common". So, until the enforcement of the new *Civil Code*, the old Romanian choice-of-law rule had subjected both the personal and patrimonial relations between spouses (with the exclusion of those relations that could be settled by an antenuptial agreement, agreement governed by the law provided for in Article 21 of *Law no. 105 of 1992*) to the law designated by a series of connecting factors disposed in cascade (a legal technique called "Kegel's ladder"): common nationality, common domicile, common residence (actual or former) and the State the spouses have the closest relation in common with. The connecting factors of

³ The Parliament of Romania, *Romanian Legislation . Volume 36. Private International Law Relations and the Commercial Arbitration*, Second Edition Revised and Enlarged, București, 1998,154.

common nationality and common domicile enjoyed great stability, continuing to designate the law that governed the personal and patrimonial relations between spouses even in the event when one spouse had changed his (her) nationality or domicile. Comparing Article 2589 of the Romanian *Civil Code* 2009 with Article 20 of *Law no. 105* of 1992 it is obvious that, in the new *Civil Code*, the Kegel's ladder is much more simplified and modernized. Thus, common nationality of the spouses has been demoted from the status of the main connecting factor to the position of a subsidiary one. The common domicile has been replaced with the internationally acclaimed concept of common *habitual residence*, which is correctly classified both by the Common Law States and by the Romano-Germanic Law countries⁴. Article 2570 of the Romanian *Civil Code* provides in paragraph 1 that, in the sense of Book VII (book which deals with the Private International Law), the habitual residence of a natural person is the State where that person has her/his main residence notwithstanding the fact that the person has or has not accomplished the legal formalities to register as such that dwelling. The habitual residence of a natural person acting in the exercise of her/his profession is the place where that person has her/his main establishment. In paragraph 2 of Article 2570 Civil Code it is provided that for the purpose of determining the main residence shall be taken into account those personal and professional circumstances which indicate durable connections with that State or the intention to establish such connections. Paragraph 5 of Article 2570 provides that the proof of habitual residence could be made by any means of evidence. According to Article 87 of the Romanian *Civil Code*, the natural person's domicile is the place where the person has his main residence. Corroborating Article 87 with Article 2570 paragraphs 1, 2 and 5, it is clear that, in the new Romanian Private International Law, *habitual residence* represents, for natural persons, the synonym for *domicile*. The common residence of the spouses and the "State with which the spouses have the closest relations in common" have been replaced with the more certain connecting factor of *lex loci celebrationis*. The connecting factors of *habitual residence* and *nationality* enjoy,

⁴ B. Audit, *Droit international privé*, Quatrième Édition, Paris, Economica, 2006, p.129, C.M.V. Clarkson and J. Hill, *The Conflict of Laws*, Third Edition, Oxford University Press, 2006, pp.43-45 and L.I. de Winter, "Nationality or Domicile? The Present State of Affairs", *Recueil des Cours de L'Academie de droit international de La Haye* Vol.128, (1969 /III), pp 425 and 428.

according to Article 2596 paragraph 1 (presented below) the same great stability as *domicile* and *nationality* in Article 20 paragraph 2 of *Law no. 105* of 1992. Also Article 2589 introduces, by means of paragraph 3, a new choice-of-law rule that subjects the spouses' rights over the family home to *lex rei sitae*.

The inspiration source for the choice-of-law rules of Article 2589 could be found partially in the Switzerland's *Civil Code 1907* and in the *Civil Code of Quebec 1991* (according to point III, letter b of *The Preliminary Theses of the Draft of the Law on the Civil Code*, approved by *Government Decision no. 277 of 2009*⁵) and partially in other two secret sources of inspiration: the Swiss *Federal Code on Private International Law 1987* and the Belgian *Code on Private International Law 2004*.

III New choice-of-law rules on the matrimonial regime

Article 2590 of the Romanian *Civil Code 2009* has the title *The Law Applicable to the Matrimonial Property Regime*. It states in paragraph 1 that the law applicable to the matrimonial property regime is the law chosen by the spouses. Paragraph 2 provides that the spouses are allowed to choose:

- a) the law of the State on the territory of which either spouse has his/her habitual residence at the time of designation;
- b) the law of the State of which either spouse is a national at the time of designation;
- c) the law of the State where the spouses establish the first common habitual residence after marriage celebration.

In accordance with paragraph 1 of Article 2591 (*Stipulation on Designating the Law Applicable to Matrimonial Property Regime*), the agreement concerning the choice of the law applicable to the matrimonial property regime can be concluded before the celebration of the marriage or at the very moment of the celebration or during the marriage. Paragraph 2 provides that the formal conditions of the stipulation are those provided

⁵ *Government Decision no.277* of March 11, 2009 (Official Gazette no.213 of April 2, 2009) is available in Romanian at:

<http://lucian-http://lucian-cosmin.blogspot.com/2009/04/tezele-prealabile-ale-proiectului-de.html> (accessed on February, 14 2012).

either by the law that governs the matrimonial property regime or by the law of the place where the agreement is concluded. In any case, the choice of the applicable law has to be made expressly by a document signed and dated by the spouses or has to arise undoubtedly from the provisions of a marriage contract. When the Romanian Law is applicable, the formal requirements provided by it for the validity of the marriage contract have to be complied with. Paragraph 3 of Article 2591 provides that the spouses can choose any time another law applicable to the matrimonial property regime with the fulfilment of the conditions settled in paragraph 2. The new applicable law shall have effect only for the future, if the spouses do not provide otherwise and it shall not affect, in any circumstance, the rights of a third person.

Article 2592 settles the *objective determination of the law applicable to the matrimonial property regime*. If the spouses have not chosen the applicable law, their matrimonial property regime shall be subjected to the law applicable to the general effects of marriage (i.e. the law designated by Article 2589).

Article 2593 of the Romanian *Civil Code* 2009 delimits the *domain of the law applicable to the matrimonial property regime*. Thus, according to paragraph 1 of Article 2593, the law applicable to the matrimonial property regime settles:

- a) the validity of the stipulation on the choice of the applicable law, excepting capacity;
- b) the admissibility and the validity of the marriage contract , excepting capacity;
- c) the limitations in choosing the matrimonial property regime;
- d) the possibility of changing the matrimonial property regime and the effects of this change;
- e) the content of each spouse's patrimony, the spouses' rights over goods as well as the regime of the spouses' debts;
- f) the termination and the liquidation of the matrimonial property regime as well as the rules on the partition of the common property.

Paragraph 2 of the same article provides that nevertheless, the constitution of the portions and their attribution are subjected to the law of the State where

the goods are placed at the time of partition. If the spouses have goods in another country than the State the law of which is applicable to the matrimonial property regime, this choice-of-law rule will contradict the statement of paragraph 1 letter f of Article 2593, according to which the law applicable to the matrimonial property regime governs the rules on the partition of common property. The core of the rules on partitioning common property rests in composing the portions and attributing them.

According to Article 2594 (*the Formal Conditions of the Marriage Contract*), the formal requirements for concluding a marriage contract are those provided either by the law applicable to the matrimonial property regime or by the law of the place where the contract is concluded (*lex loci contractus*).

Article 2595 of the Romanian *Civil Code* 2009 is entitled *The Protection of the Third Persons*. In accordance with paragraph 1, the publicity and opposability requirements of the matrimonial property regime are subjected to the law applicable to the matrimonial property regime. Paragraph 2 provides that nonetheless, when a spouse and a third party had their habitual residences in the same State, at the moment when the legal relation between them was born, the law of that State is applicable, unless:

- a) any requirements of publicity or registration specified by the law applicable to the matrimonial property regime has been fulfilled;
- b) the third party either knew the matrimonial property regime, at the time when the legal relation between that spouse and the third party arose, or he ignored it by his imprudence;
- c) the rules of publicity for immovables provided by the law of the state where the immovable is situated have been complied with.

Article 2596 of the Romanian *Civil Code* 2009 is entitled *The Mutation of the Habitual Residence or of the Nationality*. According to paragraph 1, the law of the common habitual residence or the law of the common nationality of the spouses continue to regulate the effects of the marriage, even if one spouse changes, as the case may be, habitual residence or nationality. Paragraph 2 provides that if both spouses change habitual residence or, as the case may be, nationality, the law of the new common habitual residence or the law of the new common national law shall govern

the matrimonial property regime only for the future, unless otherwise provided by the spouses, and under no circumstance it shall not affect the rights of a third person. In accordance with paragraph 3, nevertheless, if the spouses have chosen the law applicable to the matrimonial property regime, the law shall remain the same even if the spouses change their habitual residence or nationality.

The new Romanian choice-of-law rules on the law applicable to the patrimonial relations between spouses and especially to the matrimonial property regimes are much more detailed than the choice of law provisions of Articles 20 and 21 of *Law no. 105 of 1992*. The reader is already acquainted with the provisions of Article 20, discussed in the previous section. The patrimonial relations between spouses, as well as the personal relations, were subjected until October 1, 2011, to the law designated by: common nationality, common domicile, common residence (actual or past) and the State with which the spouses have the closest relation in common. Article 21 of *Law no.105 of 1992* provided in paragraph 1 that the fundamental conditions required for concluding the antenuptial agreement (marriage contract) were those provided by the national law of each future spouse. Paragraph 2 of Article 21 regulated that the regime and the effects of the marriage contract were ruled by the law the future spouses had chosen by agreement or, in the absence of such a law, by the law stipulated under Article 20. In accordance with paragraph 3 of Article 21, the same law [that governs the regime and the effects of the marriage contract-A.N.] established whether it is possible to change or to replace the antenuptial agreement during the marriage. The modification or the new marriage contract could not bring prejudice to third persons⁶. So, instead of six articles of law that regulate different situations arisen in the conflict of laws on the patrimonial relations between spouses, *Law no. 105 of 1992 on the Settlement of the Private International Law Relations* had only two articles of law, one (Article 20) designating the law applicable to the personal and patrimonial relations between spouses (pecuniary relations which are not regulated by a marriage contract) and the other (Article 21), solving the conflict of laws on the marriage contract (antenuptial agreement). The latter was incomplete, because there was no clear choice-of-law rule on the formal requirements of the antenuptial agreement. The Romanian scholars had two opinions on this

⁶ The Parliament of Romania, *op.cit.*, p.154.

matter: the majority supported the view according to which the formal requirements of the antenuptial agreement were subjected to Article 86 on the formal requirements of the contract⁷, while some scholars supported only *lex voluntatis* or the law applicable to the personal and patrimonial relations, using the provisions of Article 21 paragraph 2⁸. Nowadays, in the new Romanian *Civil Code*, there is a special provision in Article 2594 on the matter of the formal requirements of the matrimonial convention (which subjects the formal conditions to the law applicable to the matrimonial property regime or to *lex loci contractus*). An explanation for the small number of articles *Law no. 105* of 1992 had on the patrimonial relations between spouses could be found in the fact that between 1954 and 2011, Romanian Law recognized only one matrimonial property regime (the community of property) and forbade the marriage contract⁹. Because the *Civil Code* 2009 regulates in sixty articles of law (Articles 312 to 372) the spouses' patrimonial rights and duties, recognizing three matrimonial property regimes¹⁰ as well as the marriage contract, it is natural for Book VII of the same code to provide six articles on the law applicable to the patrimonial effects of marriage.

⁷ According to Article 86 of *Law no. 105* of 1992, the formal requirements of a contract were subjected to: the law that governs the fundamental requirements of the contract (*lex voluntatis* or the law determined by objective criteria), or by the law of the State, where one party was at the date when the contract was concluded, or by the law of the State where the representative of one party was at the moment of the conclusion of the contract. See D. Lupaşcu, *Drept internațional privat* [the Private International Law], Bucureşti, Editura "Universul juridic", 2008, p.197. For a broader palette of applicable laws see O. Ungureanu, C. Jugastru, A. Circa, *Manual de drept internațional privat* [Handbook of Private International Law], Bucureşti, Editura Hamangiu, 2008, p.221.

⁸ N.C. Dariescu, *Relațiile patrimoniale dintre soți în dreptul internațional privat* [Patrimonial Relationships Between Spouses in Private International Law], Bucureşti, Editura C.H. Beck, 2008, pp.103-110.

⁹ About the difficulties arisen in Private International Law litigation see for example N. C. Dariescu and C. Dariescu, "The Difficulties in Solving Litigation Concerning the patrimonial Effects of a Marriage Between an Italian Citizen and a Romanian Citizen", *Journal of Private International Law* Volume 4, Number 1, April 2008, pp. 107-120.

¹⁰ The three matrimonial property regimes are: the statutory community of property, the separation as to property and the conventional community of property (i.e a legal partnership of acquests modified by contract).

According to Point III letters d and e of *The Preliminary Theses of the Law Draft-Civil Code*¹¹, the inspiration source used by Romanian legislators for drafting articles 2590 to 2596 of the Romanian *Civil Code* 2009 are: *The Green Paper on the Conflict of Laws in Matters Concerning Matrimonial Property Regimes, Including the Questions of Jurisdiction and Mutual Recognition*¹² with its summary of replies and the *Hague Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes* (though it is not ratified by Romania). A comprehensive comparative study of the new Romanian choice-of-law rules on the matrimonial property regimes and of the rules of the *Hague Convention of 1978* demonstrates that the Romanian drafting committee did not use the authentic text of the convention but the Belgian interpretation of this convention, embodied in Articles 49 to 54 of the Belgian *Code on Private International Law* 2004 (code that is not mentioned in *The Preliminary Theses...among the inspiration sources*)¹³. The Romanian legislators adapted the provisions of both the Belgian *Code on Private International Law* 2004 and of the *Hague Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes* taking into account the answers to the *Green Paper on the Conflict of Laws in Matters Concerning Matrimonial Property Regimes*.

According to Article 2559 paragraphs 1 and 2 of the new *Civil Code*, the Romanian Private International Law admits only the renvoi of the first degree. In accordance with the third paragraph of Article 2559, the renvoi is excluded when the parties have chosen the applicable law or in the case of the law applicable to the formal conditions of a juridical act or to extra-contractual obligations as well as in other cases expressly provided by the international conventions Romania has joined to, by the law of the European Union or by the domestic law. That means that in the field of the

¹¹ Approved by *Government Decision no.277* of March 11, 2009 and available in Romanian at: <http://lucian-cosmin.blogspot.com/2009/04/tezele-prealabile-ale-proiectului-de.html> (accessed on March 1, 2012)

¹² *COM (2006) 400, SEC(2006) 952 final*.

¹³ The text of the *Green paper* is available at: http://eur-ec.europa.eu/civiljustice/divorce/docs/com_2006_400_en.pdf (accessed on March 1, 2012). The summary of replies to this green paper is available at: http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/summary_answers_com_2006_400_en.pdf (accessed on March 1, 2012).

matrimonial property regimes, the renvoi of first degree will seldom occur (only when the spouses have not chosen the applicable law) and will be excluded in the case of the law applicable to the formal conditions of the marriage contract or of the spouses' stipulation on the applicable law.

In accordance with Article 2564 paragraph 1 of the Romanian *Civil Code* 2009, the application of the foreign law is removed if it transgresses the public order (public policy) of the Romanian Private International Law or if it has become competent by fraud. When the foreign law is removed, the Romanian law shall be applied. This paragraph is inspired by Article 8 of *Law no. 105* of 1992. The second paragraph of Article 2564 explains the concept of *transgression of the public order of the Romanian Private International Law*. This infringement appears when the applicability of the foreign law would produce results which are incompatible with the basic principles of the Romanian Law or European Union's Law and with the fundamental human rights.

Article 2566 of the new *Civil Code* provides for mandatory rules. Paragraph 2 of this article provides for the facultative applicability of foreign mandatory rules, if the legal relation with an element of extraneity has close connections with the law of that State and the legitimate interests of the parties require for it. These foreign mandatory rules will be assessed in accordance with their object and purpose and by the consequences of their applicability or non-applicability.

**CONSTANTE ȘI MODIFICĂRI ÎN STRUCTURA CAUZEI
SPECIALE DE NEPEDEPSIRE ÎNTEMEIATĂ PE RELAȚIILE DE
CĂSĂTORIE ORI DE RUDENIE ALE INFRACTORULUI, ÎN
CAZUL INCRIMINĂRII NEDENUNȚĂRII UNOR INFRAȚIUNI
CONTRA SIGURANȚEI STATULUI / SECURITĂȚII NAȚIONALE,
ÎN LUMINA TRANZIȚIEI LEGISLATIVE DE LA CODUL PENAL
DIN 1968 LA NOUL COD PENAL DIN 2009**

[partea a II-a: o analiză a formelor și efectelor erorii de fapt]

MIHAI DUNEA *

Rezumat

Prezentul articol constituie a doua parte a studiului referitor la impunitatea decurgând din calitatea de soț ori rudă apropiată, respectiv din aceea de membru de familie a infractorului care nu denunță o infracțiune contra siguranței statului și infractorul care a comis acea infracțiune contra siguranței statului, aspect cercetat comparativ în Codul penal român de la 1968 și în noul Cod penal român, din 2009. Prima parte a acestui articol a fost publicată în numărul precedent al revistei, iar partea finală, referitoare la efectele erorii de drept asupra aspectului cercetat, va fi publicată în viitorul număr.

În cadrul de față, autorul a urmărit să surprindă efectele juridice produse de eroarea de fapt asupra calității care determină impunitatea în cazul infracțiunii analizate. Au fost luate în vedere atât ipotezele de eroare obișnuită, în sens firesc, cât și acelea de eroare în sens invers, fiind inventariate și argumentate soluțiile cele mai adecvate ale situațiilor astfel conturate.

Cuvinte cheie: *impunitate; nedenunțare; infracțiuni contra siguranței statului; Cod penal român din 1968; nou Cod penal român din 2009; eroare de fapt asupra unei calități a persoanei.*

Abstract

This article is the second part of the study on impunity arising – in Romanian criminal law – from the quality of spouse or close relative (de lege lata), or from the quality of family member (de lege ferenda), between the offender who does not denounce a crime against state security and the perpetrator of that particular crime,

study conducted in a comparative manner with regard on the Romanian Penal Code of 1968 and the new Romanian Penal Code of 2009. The first part of this article was published in the previous issue of the journal, and the final part, on the effects of error of law (error juris) on the issue investigated, will be published in the next number.

In the present part, the author has sought to capture the legal effects caused by the error of fact (error facti) in regard with the personal quality which determines the impunity for the crime subjected to the analysis. As a result, there were taken into account both normal hypotheses of error (error in the natural and normal sense of the term) and "reverse error" (error in a reversed sense), being taken into regard and argued the most appropriate solutions to the delineated situations.

Keywords: impunity; lack of denunciation; crimes against state security; Romanian Penal Code of 1968; new Romanian Penal Code of 2009; factual error (error facti) on a personal quality of an individual.

[9.] (9.1.) În continuarea demersului de cercetare asumat prin studiul publicat în numărul precedent al revistei¹, suntem de părere că o problematică interesantă și util de cercetat ridică în privința instituției analizate² (precum și în raport de alte cauze de impunitate sau de atenuare a pedepsei asemănătoare ca formulare cu aceasta), stabilirea caracterului dependent sau independent al constatării, reținerii, funcționării și producerii efectului specific al nepedepsirii, în raport de reflectarea în conștiința subiectivă a infractorului a stării (calității) determinante a acestei impunități. Altfel spus, considerăm importantă *analiza măsurii în care beneficiul*

^{*1} Analele Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Tomul LVIII, seria Științe Juridice, Nr. 1/2012, p. 117-150. Articolul poate fi consultat și în format electronic, pe site-ul Facultății de Drept din cadrul Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, la adresa de internet:

http://laws.uaic.ro/docs/pdf/articole/2012/volII/07_Mihai_Dunea.pdf

^{*} Asist. univ. dr. în cadrul Facultății de Drept a Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași.

² După cum se indică și prin titlu, precum și după cum reiese din consultarea primei părți a prezentului articol, avem în vedere, în mod principal, instituția cauzei de nepedepsire întemeiată pe calitatea corelativă de soț ori rudă apropiată (potrivit Codului penal din 1968), respectiv pe aceea de membru de familie (conform noului Cod penal, din 2009), existentă între nedenunțator și subiectul activ al infracțiunii contra siguranței statului / securității naționale nedenunțate, în materia infracțiunii de nedenunțare a unor infracțiuni contra siguranței statului (art. 170 alin. 2 C. pen. din 1968) / securității naționale (art. 410 alin. 2 C. pen. nou).

impunității astfel reglementate poate fi influențat de o posibilă eroare în care s-ar putea găsi infractorul, cu privire la existența ori conținutul cauzei speciale de nepedepsire, sau cu privire la existența, în propria sa persoană, a calității care atrage reținerea acesteia.

În demersul propus credem că putem pleca de la următoarea interogație: cauza de nepedepsire analizată, fiind reglementată de către legiuitor în considerarea unor justificări de natură subiectivă – prezumate în mod absolut – legate de constatarea existenței anumitor raporturi relaționale, cu formă obiectiv (legal) determinată, între infractor și o anumită altă persoană (cum sunt raporturile de căsătorie, sau anumite raporturi determinate de rudenie – potrivit C. pen. de la 1968 – precum și, în plus, anumite raporturi relaționale de conviețuire în fapt – potrivit noului Cod penal, din 2009), reținerea și funcționarea acesteia va fi atrasă automat, ca urmare a verificării obiective a existenței acelui raport relațional determinat între persoanele avute în vedere de lege, sau mai este necesar, pe deasupra, să se constate reflectarea în conștiința nedenunțatorului (cunoașterea reală, de către acesta), la momentul săvârșirii faptei, a respectivului raport relațional, a calității sale corespunzătoare în raport de autorul sau participantul la infracțiunea contra siguranței statului / securității naționale, nedenunțată? Concret vorbind, se pune problema dacă este necesară probarea expresă a faptului că nedenunțarea s-a efectuat în condițiile în care nedenunțatorul cunoștea că cel implicat în săvârșirea infracțiunii nedenunțate era soțul său ori ruda sa apropiată (conform Codului penal de la 1968) / sau membrul său de familie (în accepțiunea Codului penal din 2009) – caz în care legea prezumă automat și absolut că motivul nedenunțării este legat de relațiile afective particulare existente în mod firesc între astfel de categorii de persoane, de impulsul subiectiv firesc de a proteja o asemenea persoană apropiată, acordând pe acest temei beneficiul nepedepsirii – sau dacă se acordă impunitatea chiar și atunci când se constată, pur și simplu, în mod strict și exclusiv obiectiv, că nedenunțatorul are calitatea cerută de lege, fără să mai fie necesar să se evidențieze că – subiectiv – acesta a cunoscut existența acestei calități, ori chiar în condițiile în care lipsa unei astfel de cunoașteri se impune organului judiciar ca o realitate de necontestat.

(9.2.) Chestiunea astfel ridicată este susceptibilă de a comporta o analiză distinctă, după cum eroarea în care este posibil să se afle nedenunțatorul s-ar contura ca o *eroare de fapt*, sau ca o *eroare de drept*! Analiza ambelor forme poate fi abordată în considerarea situațiilor de *eroare*

*tipică, obișnuită, firească (în sens normal) ori a celor de eroare inversă (negativă).*³ Ca *precizare terminologică*, trebuie să arătăm că (cel puțin) în cuprinsul cadrului de față, prin raportare la instituția impunității (*stricto sensu*), vom acorda un înțeles oarecum particular acestor ultime noțiuni relevate, plecând de la stabilirea, cu titlu de premisă, a unor elemente definitorii pentru fiecare concept în parte, urmând a le respecta apoi, în mod consecvent, indiferent de instituția dreptului penal la care se poate raporta fenomenul erorii, cu luarea în considerare, însă, a efectelor diferite pe care aceste instituții (la care se face raportarea erorii) le produc asupra individului, în special după criteriul caracterului favorabil sau nefavorabil al acțiunii lor pentru agent.

(9.3.) Astfel, admitem – în consens cu doctrina⁴ deja formată în acest domeniu – că distincția dintre eroarea în sens normal și aceea inversă pornește de la modul cum se greșează reprezentarea falsă a agentului pe existența și incidența obiectivă a unei norme, ori, din contra, pe inexistența ori lipsa de incidență obiectivă a acesteia, în raport de situația concretă respectivă. Dacă norma există și este incidentă obiectiv, dar persoana aflată în eroare nu realizează că manifestarea sa exterioară, în contextul realității concrete, cade sub sfera de acoperire a respectivei norme, atunci eroarea existentă va fi una în sens firesc. Iar dacă norma nu există ori nu este

³ Pentru o prezentare a formelor erorii potrivit acestei clasificări, a se vedea: George Antoniu, *Vinovăția penală*, Editura Academiei Române, București, 1995, p. 323; sau: George Antoniu, *Eroarea de fapt*, în *Revista de Drept Penal*, nr. 1/1995, p. 27, 28; Florin Streteanu; *Tratat de drept penal. Partea generală. Vol. I*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. p. 572; Sergiu Bogdan, *Eroarea în dreptul penal*, Ed. Universul Juridic, București, 2008, p. 88, 89. Pentru o clasificare în sens similar (deși ia în considerare exclusiv eroarea de drept, eroarea asupra normei, iar nu și eroarea de fapt), unde se utilizează însă ca antonim al erorii inverse noțiunea de „eroare directă” – care potrivit altor opinii doctrinare ar exprima mai fidel o altă formă a erorii, potrivit unui criteriu distinct de clasificare – a se vedea și: Adina Vlășceanu, *Eroarea asupra normei juridice*, Ed. Hamangiu, București, 2006, p. 83-87.

⁴ „După cum subiectul are o reprezentare eronată asupra unei norme care există și este susceptibilă de aplicare sau are o reprezentare eronată asupra unei norme inexistente și care nu se poate aplica, se face distincția între eroarea directă asupra normei juridice (eroare de drept, eroare proprie) și eroare inversă asupra normei juridice (eroare inversă de drept, eroare improprie, faptă putativă).” – A. Vlășceanu, *op. cit.*, p. 83 [trebuie făcută precizarea că – după cum se poate lesne observa din lectura textului citat – sfera de preocupare a autoarei este restrânsă la ipotezele de eroare de drept; totuși, apreciem criteriul identificat al distincției între eroarea obișnuită și aceea inversă, a fi extensibil la orice tip de eroare (inclusiv una de fapt) astfel clasificabilă].

incidentă obiectiv, dar persoana aflată în eroare nu realizează că manifestarea sa exterioară, în contextul realității concrete, este în afara sferei de acoperire a respectivei norme (pe care o apreciază, greșit, a fi existentă și incidentă în speță), atunci eroarea va fi una în sens invers. Cu alte cuvinte, apreciem că – indiferent de instituția juridică la care se raportează necunoașterea ori cunoașterea greșită – eroarea va fi una în sens invers dacă va da naștere credinței false că se acționează sub incidența unei norme de drept (care, în materia dreptului penal, nu este obligatoriu să fie, neapărat, o normă de incriminare, putând fi și o normă care consacră o cauză exoneratoare de infracțiune, ori de răspundere penală, sau chiar de pedeapsă, ori o normă care cuprinde o instituție de modificare – de agravare sau de atenuare – a pedepsei), adică atunci când agentul se manifestă sub impresia greșită a existenței și incidenței, în privința situației sale, a unei instituții juridice care se dovedește, ulterior, a fi fost, de fapt, putativă (cel puțin în contextul particular respectiv)!

Desigur, unele instituții ale dreptului penal producând efecte în defavoarea agentului, iar altele în favoarea acestuia, dacă lăsăm imobil acest plan definițional (așa cum logica ne-o solicită, căci definiția unei entități sau a unui fenomen – mai ales în drept, pentru rațiuni de stabilitate – se impune a nu fi modificată după cum se raportează la alte instituții sau fenomene producătoare de efecte într-un sens sau altul, relativ la destinatarii legii), vom observa că semnificația noțiunii de eroare inversă se va corela fie cu rezolvări *in bona partem*, fie cu unele *in mala partem*, pentru subiectul activ al faptei incriminate, în funcție (în raport invers proporțional) de instituția față de care s-a manifestat în mod direct fenomenul erorii și de efectele, în principiu favorabile, sau nefavorabile, pe care le producea acea instituție asupra respectivului subiect de drept. Așadar, apreciem că nu trebuie modelat conceptul unei instituții (a unui fenomen, a unei entități) după rezultatele scontate (astfel încât să denumim identic fenomene cu modalități distincte – chiar opuse – de manifestare, urmărind doar criteriul, relativ de altfel, al producerii unor rezultate similare ca sens de orientare, cu acelea observate a fi fost produse ca urmare a corelării fenomenului respectiv cu alte instituții, distincte de aceea față de care se încearcă o nouă raportare a acestuia), ci trebuie să lăsăm conceptului autonomie de afirmare, separat de implicațiile pe care le va determina în raport de varii sfere de referință față de care se poate înregistra aptitudinea sa de manifestare concretă.

Astfel, dacă în raport de *sfera de determinare a existenței sau inexistenței caracterului penal* al faptei (prin verificarea elementelor unei norme de incriminare), înțelegem prin *a fi în eroare în sens normal* ipoteza săvârșirii unei fapte care, obiectiv, întrunește cerințele unei norme (desigur, de incriminare), dar cu greșita credință a agentului în neîntrunirea lor, atunci, în raport de *sfera de determinare a caracterului pedepsibil sau nepedepsibil (stricto sensu)* al faptei, înțelegem același fenomen, al erorii în sens firesc – în mod consecvent cu definiția dată erorii obișnuite și erorii inverse – ca reprezentând ipoteza comiterii unei fapte care, obiectiv, întrunește cerințele normei (de data aceasta, raportarea se face, însă, la o normă de nepedepsire, iar nu la una de incriminare, a cărei incidență trebuie să fi fost deja reținută, în prealabil), dar cu greșita impresie a agentului în neîntrunirea lor. Pe de altă parte, dacă în raport de *sfera de determinare a existenței sau inexistenței caracterului penal* al faptei (tot prin verificarea elementelor unei norme de incriminare), înțelegem prin *a fi în eroare în sens invers* ipoteza săvârșirii unei fapte care, obiectiv, nu întrunește cerințele unei norme (desigur, de incriminare), dar cu greșita credință a agentului în întrunirea lor (existând o așa-zisă *infracțiune putativă*), atunci, în raport de *sfera de determinare a caracterului pedepsibil sau nepedepsibil (stricto sensu)* al faptei, înțelegem același fenomen, al erorii în sens invers – de asemenea, în mod consecvent cu definiția dată erorii obișnuite și erorii inverse – ca reprezentând ipoteza comiterii unei fapte care, obiectiv, nu întrunește cerințele normei (evident, vom realiza din nou raportarea la o normă de nepedepsire, iar nu la una de incriminare, a cărei incidență trebuie să fi fost deja reținută, în prealabil), dar cu greșita impresie, a agentului, în întrunirea lor (existând, așadar, ceea ce am putea numi o *cauză de nepedepsire putativă*, o *stare de impunitate putativă*).

(9.4.) Reluând, spre fixare, concluzionăm în sensul că, în următoarea analiză, vom avea în vedere noțiunea de eroare inversă (de fapt sau de drept), în mod unitar, ori de câte ori se va pune problema acțiunii agentului în prezența unei instituții de drept penal putative (ori de câte ori acesta va acționa în afara sferei de aplicare a unei norme, dar cu impresia greșită că acționează în cadrul de aplicare al acelei norme), indiferent de instituția juridică la care această eroare va fi raportată: element constitutiv cuprins în norma de incriminare, de care depinde existența caracterului penal al faptei; cauză de excludere a acestui caracter penal al faptei [inclusiv cauză justificativă]; cauze de înlăturare a răspunderii penale (*stricto sensu*);

circumstanțe (*lato sensu*) atenuante sau agravante; cauze de nepedepsire (*stricto sensu*).⁵

(9.5.) Admitem această terminologie ca reprezentând, în ansamblu, o viziune parțial discordantă față de maniera uzuală de prezentare a erorii inverse în doctrină, unde, de regulă, acestei noțiuni i se modifică sensul – în raport de parametrii definiționali admiși inițial și indicați anterior – în funcție de instituția de referință față de care se manifestă în mod direct eroarea.⁶ Este

⁵ În acest sens înțelegem să indicăm următoarea dezvoltare întâlnită în doctrină: „În dreptul nostru, eroarea inversă de fapt nu are ca efect aducerea faptei în sfera răspunderii penale. [este evident că referirea are în vedere eroarea inversă asupra unui aspect de care depinde caracterul penal al faptei, lucru confirmat de exemplul oferit de autor, referitor la eroarea asupra situației de „bun al altuia”, prin opoziție cu aceea de „bun propriu”, în cazul obiectului material al furtului – precizarea noastră, M.D.] (...) Tot astfel, dacă autorul [mai larg spus, infractorul, subiectul activ al faptei penale comise – p.n., M.D.] crede în mod eronat că săvârșește infracțiunea în condițiile unei circumstanțe agravante care în realitate nu era incidentă, el va răspunde doar pentru forma de bază a infracțiunii comise. (...) În schimb, atunci când autorul [infractorul, subiectul activ al infracțiunii – p.n., M.D.] crede în mod eronat că acționează în prezența unei circumstanțe atenuante, aceasta va fi reținută în favoarea sa, chiar dacă în realitate nu erau întrunite elementele de care depinde incidența ei.” – F. Streteanu, *op. cit.*, p. 572. Ipoteza finală o considerăm asimilabilă, principial și până la un punct, cu aceea a erorii inverse asupra unei cauze de nepedepsire, după cum vom dezvolta ulterior.

⁶ Pentru ilustrarea în doctrină a unui sens de raportare la noțiunea de „eroare inversă” care pare a converge cu viziunea exprimată aici, facem trimitere la receptarea în literatura de specialitate română a unei variante a teoriei vinovăției (teorie privind conștiința ilicitului, care permite admiterea de efecte juridice erorii de drept, chiar și penal), anume *teoria elastică a vinovăției* (astfel cum a fost aceasta conturată în doctrina penală germană), în: S. Bogdan, *op. cit.*, p. 149, 150. Exemplele oferite în respectivul cadru, ca ilustrative pentru situația „erorii inverse de drept (...) în cazul ipotezelor de cauze justificative putative” sunt convergente cu poziția noastră asupra sensului noțiunii de *eroare inversă* în raport de instituții precum cauzele exoneratoare ale infracțiunii. Ca o rezervă particulară la terminologia utilizată, observăm că în sursa indicată pare a se utiliza noțiunea de *cauză justificativă putativă* doar în raport de ipotezele în care agentul crede, eronat, că se acționează în condițiile unei cauze justificative, dar numai atunci când eroarea [inversă] ar fi una de fapt, iar nu și de drept (eroare [inversă] asupra existenței cauzei justificative, ori asupra conținutului acesteia, a condițiilor sale de aplicare). Admițând faptul că în doctrina germană se discută cu privire la distingerea între cele două ipoteze, din punct de vedere al efectelor juridice ce ar trebui să fie recunoscute în raport de situația subiectului activ, credem, totuși, că indiferent de elementul de fapt ori de drept asupra căruia poartă *eroarea inversă*, inclusiv în ipoteza instituției cauzelor justificative, ea va da naștere unei reprezentări a persoanei care poate fi numită *instituție putativă* (în ipoteza particulară în discuție, cauză justificativă putativă).

utilizat, de obicei, același sens ca acela indicat de noi, numai în raport de sfera erorii asupra conținutului constitutiv al faptei incriminate (eroare asupra tipicității, cu efect asupra reținerii caracterului penal al faptei), ori al erorii asupra unei împrejurări cu rol de agravare. De regulă, doctrină modifică (inversează) acest mod de concepere (de explicare a funcționării interne) a noțiunilor de eroare în sens normal și eroare inversă, atunci când le raportează pe acestea la alte instituții ale dreptului penal, precum cauzele justificative. Credem că explicația pentru aceasta constă în dorința de a obține o exprimare constantă a tipului de eroare (în sens normal, respectiv inversă) prin raportare la criteriul rezultatelor produse asupra instituției infracțiunii (asupra existenței sau inexistenței – și intensității – caracterului penal al unei fapte concrete, în raport de corespondența sa cu modelul abstract indicat de o normă de incriminare), eroarea asupra oricărei alte instituții fiind receptată ca secundară, accesorie, derivată și raportabilă la acest nucleu dur al analizei, așadar filtrată și percepută prin prisma efectului – indirect – produs asupra infracțiunii (caracterului penal – și intensității acestuia – atras de corelarea faptei cu elementele conținutului constitutiv descris), iar nu prin prisma efectului produs de aceasta, în mod nemijlocit, asupra acelei norme (instituții) cu privire la care s-a manifestat propriu-zis, ca fenomen al necunoașterii ori al cunoașterii greșite.⁷

Tot o viziune convergentă cu cea adoptată de noi în privința sensului noțiunii de *eroare inversă* este și aceea exprimată în doctrină cu referire la o împrejurare având rol de circumstanță agravantă generală legală, anume „săvârșirea infracțiunii prin violențe asupra membrilor familiei” [art. 75 alin. 1 lit. b) teza a II-a C. pen. de la 1968]. Astfel, s-a arătat că: „Mai întâi, dacă făptuitorul nu a cunoscut faptul că victima este un membru de familie, fiind în eroare de fapt, împrejurarea agravantă nu se va reține în sarcina sa, potrivit dispoziției din art. 51 alin. 2 C. pen. [de la 1968 – p.n., M.D.]; tot astfel, dacă făptuitorul confundă victima [...] (*error in personam*). (...) Dacă eroarea a fost în sens invers (agravantă putativă), făptuitorul crezând că există circumstanța agravantă, deși aceasta se afla numai în reprezentarea lui, nu și în realitate (de exemplu, făptuitorul crede că victima violențelor este un membru de familie, dar în realitate victima nu avea această calitate), împrejurarea agravantă nu va avea incidență, deoarece legea nu ia în considerare decât agravantele efectiv realizate.” [evidențierea ne aparține – M.D.] – Gheorghe Ivan, *O nouă circumstanță agravantă legală*, în *Revista de Drept Penal*, nr. 4/2002, p. 75.

⁷ Astfel, de exemplu, se afirmă în doctrină că: „Eroarea directă [denumire utilizată de autor pentru a desemna eroarea în sens tipic, eroarea normală, obișnuită – p.n., M.D.], presupune necunoașterea sau cunoașterea greșită a unor elemente ale infracțiunii – în acest caz autorul [infractorul, subiectul activ al faptei penale – p.n., M.D.] acționează convins că nu comite o infracțiune, deși în realitate nu este așa – în vreme ce eroarea inversă presupune convingerea

subiectului că săvârșește o infracțiune, deși în realitate lipsește unul dintre elementele acesteia” – F. Streteanu, *op. cit.*, p. 566, 567 [trebuie precizat totuși că – după cum am indicat deja – autorul citat revine asupra acestei distincții inițiale (corectă, în propriul cadru de referință, dar limitată la un aspect singular al raportării erorii în sens normal, respectiv al erorii inverse, la instituțiile dreptului penal și astfel deficitară), dezvoltând-o într-un sens pe care îl considerăm corect și plenar, în ceea ce putem identifica a fi o oarecare disonanță în raport de restul doctrinei, dar în consens cu poziția pe care o afirmăm în cadrul de față].

Un alt exemplu, mai relevant (dar limitat doar la eroarea de drept) este următorul: „Eroarea de drept penal presupune existența unei norme de incriminare în vigoare și convingerea autorului că fapta săvârșită nu este interzisă de legea penală, iar eroarea inversă de drept penal, dimpotrivă, presupune convingerea autorului că există o normă de incriminare, inexistentă în realitate, care interzice fapta săvârșită. (...) În cazul erorii inverse de drept penal, în doctrină s-a arătat că autorul nu poate fi tras la răspundere penală, deoarece, indiferent de reprezentările acestuia, norma de incriminare trebuie să existe în mod obiectiv.” – A. Vlășceanu, *op. cit.*, p. 84. Până în acest punct, ne exprimăm acordul de principiu în raport de viziunea autoarei, cu următoarea rezervă: viziunea este corectă doar în considerarea particulară a raportării erorii inverse (de drept, deși sfera este extensibilă și la eroarea inversă de fapt) la domeniul tipicității, de care depinde caracterul penal al faptei, iar nu în general, în considerarea oricărei instituții de drept penal asupra căreia s-ar putea manifesta eroarea inversă. Or, definiția generală a clasificării erorii în eroare în sens normal și eroare inversă ar trebui să fie aptă să cuprindă toate ipotezele de manifestare a acestor forme de eroare – după același mecanism de funcționare – indiferent de tipul de normă penală față de care s-ar manifesta eroare, iar nu doar în considerarea unor norme de incriminare. Altfel – după cum vom observa, de altfel, în continuare, că se și întâmplă – definiția celor două tipuri de eroare, din punctul de vedere al mecanismului lor de funcționare, va prezenta aptitudinea de a se modifica de fiecare dată când raportarea se va efectua la o nouă instituție penală (la un nou tip de normă), ceea ce însuși conceptul de „definiție”, în mod logic, nu permite! Astfel, în sursa precitată, descrierea erorii în sens firesc și a aceleia inverse continuă, prin raportare la un alt tip de norme penale decât cele de incriminare, anume normele conținând cauze justificative, după cum urmează: „Ca și eroarea de drept penal, eroarea inversă de drept penal poate fi concepută și în materia cauzelor justificative. Se află în eroare directă persoana care are convingerea că acționează în condițiile unei cauze justificative, deși în realitate ele nu există; dimpotrivă, se află în eroare inversă persoana care, deși acționează în condițiile legitimei apărări, ale stării de necesitate, ale ordinului legii și comenzii autorității legitime sau ale consimțământului victimei, crede eronat că nu sunt îndeplinite condițiile acestor cauze justificative, cu toate că în realitate erau îndeplinite.” – Ibidem, p. 84, 85. Observăm o bulversantă modificare a procedului de identificare a (a modului intern de concepere a funcționării) noțiunilor de eroare în sens normal, respectiv de eroare inversă, în comparație cu prima ipoteză: eroarea inversă nu mai este identificată acum în cazul de absență a normei (care, de această dată, nu mai este norma de incriminare, ci norma care consacră cauza justificativă, aspect ce ar trebui să fie nesemnificativ, însă, în privința distincției pe care o analizăm aici, căci, în ambele cazuri, e vorba de credința incorectă în ceea ce privește existența / incidența sau inexistența / lipsa de incidență, obiectivă, a unei norme de drept) și de credință contrară a agentului, ci – în mod diametral opus – în cazul de prezență a normei (care

consacră cauza justificativă) și de credință contrară a agentului. Explicația care urmează este relevantă pentru viziunea de restrângere – nejustificată – a problematicei erorii și erorii inverse, numai prin prisma situației particulare a verificării caracterului penal al faptei, prin luarea, imuabilă, ca etalon de referință, doar a normei de incriminare: „Eroarea inversă de drept, cu alte cuvinte, presupune convingerea autorului că încalcă legea penală, deși conduita sa este legală. (...) Regulile erorii inverse se aplică întotdeauna în cazul erorii inverse de drept, adică atunci când persoana crede că încalcă legea penală, deși în realitate conduita sa este legală.” Apreciem că afirmația din urmă nu este exactă și nici congruentă cu premisele definiționale admise inclusiv de către autoare, în lumina argumentelor anterior formulate cu privire la stabilirea criteriului de deosebire al erorii normale de eroarea inversă. Există o diferență între a afirma că eroarea inversă presupune acțiunea unei persoane în afara ariei de existență sau incidență obiectivă a unei norme, dar cu sincera convingere că se încadrează în sfera de aplicare a acesteia și – respectiv – a afirma că eroarea inversă (chiar și restrânsă doar la sfera de acoperire a dreptului penal, mai mult, doar la eroarea inversă de normă penală) presupune (numai) acțiunea unei persoane în condiții de legalitate (penală) [deci, în afara sferei de aplicare a unei norme penale incriminatoare, apreciată sub un aspect obiectiv], dar cu sincera convingere a încălcării legii penale [deci a impresiei de acționare în sfera de incidență a unei norme penale de incriminare]. Formularea inițială este largă și abstractă, putând include și formularea subsecventă (care o particularizează pe cea dintâi în raport de instituția infracțiunii și de problema verificării caracterului penal al faptei, prin raportare la cerințele normei de incriminare), dar poate cuprinde în plus și alte semnificații, opuse chiar, prin simpla raportare la alte instituții penale, precum circumstanțele atenuante sau cauzele de nepedepsire (de pildă, cazul unei persoane care acționează, obiectiv, în afara sferei de aplicare a unei norme atenuante sau de nepedepsire, dar care crede că acționează în condiții care atrag aplicarea acestor norme; este evident că o astfel de ipoteză de eroare – care, credem noi, trebuie numită tot inversă, căci *funcționează* la fel ca entitatea anterior denumită astfel (indiferent la ce *rezultat* conduce raportarea sa la tipuri diferite de norme penale) – nu presupune nicidecum „convingerea autorului că încalcă legea penală, deși conduita sa este legală”, ci o convingere – corectă – că se încalcă legea penală, conduita sa fiind într-adevăr infracțională, dar cu impresia – greșită – că este incident un caz de impunitate, ori de atenuare, ceea ce nu se verifică în mod obiectiv).

În mod similar și cu raportarea corespunzătoare a acelorși observații de ansamblu avem în vedere și afirmațiile următoare din doctrină: „Eroarea poate să constea nu numai din necunoașterea sau cunoașterea greșită a unei împrejurări susceptibile, dacă ar fi fost adevărată, să conducă la reținerea unei infracțiuni în sarcina agentului sau a unei variante agravate a infracțiunii, ci ar putea consta și în presupunerea că există elementele constitutive ale unei infracțiuni, sau ale unei agravante, care în realitate lipsesc. Această ipoteză de eroare se mai numește și *eroare în sens invers* sau *eroare negativă*, ori „faptă putativă” (respectiv agravantă putativă).” – G. Antoniu, *op. cit.*, p. 323 (în lucrarea monografică asupra vinovăției penale), respectiv p. 27 (în articolul din R.D.P. nr. 1/1995). Ulterior, autorul trece la analiza fenomenului erorii asupra cauzelor justificative și inversează criteriul intern după care judecă manifestarea erorii în sens normal și a celei inverse, prin comparație cu situația anterioară, numai pentru a se menține sensul de irelevanță juridică a erorii inverse (ca în ipoteza precedentă): „În legislațiile care admit existența cauzelor justificative (...) eroarea [autorul se

referă în acest punct la ceea ce concepe a fi o eroare în sens firesc, tipic, în raport de cauzele justificative, deși noi am aprecia-o drept o eroare inversă – p.n., M.D.] poate consta fie dintr-o reprezentare eronată a agentului sau din necunoașterea unei *împrejurări de fapt* care dacă ar fi reală [de unde reiese că premisa constă în caracterul ireal (din punct de vedere obiectiv), neincident, al aspectului în cauză, pe fondul credinței greșite, în sens contrar, a agentului – p.n., M.D.] ar fi condus la incidența unei cauze justificative. [exemplele indicate în continuarea afirmației se referă toate la ipoteze în care nu sunt obiectiv incidente cauze justificative, dar se acționează cu impresia greșită a incidenței lor, ceea ce noi considerăm a reprezenta cazuri de eroare inversă – p.n., M.D.] (...) Eroarea de fapt asupra unei cauze justificative poate fi și inversă; agentul crede că nu există o cauză justificativă și acționează ca atare cunoscând că fapta este ilicită deși, în realitate, ar fi existat o împrejurare de natură să înlăture răspunderea subiectului” [așadar, obiectiv, acțiunea are loc în sfera de incidență a normei care consacră cauza justificativă, dar agentul ignoră această realitate, crezând contrariul, ceea ce noi apreciem a reprezenta nu o eroare inversă, ci una propriu-zisă, în sens normal – p.n., M.D.] – Ibidem, p. p. 324, 325 (în lucrarea monografică asupra vinovăției penale), respectiv p. 28, 29 (în articolul din R.D.P. nr. 1/1995).

Din aceeași perspectivă poate fi enunțată încă o opinie exprimată în doctrina de specialitate, anume: „(...) poate exista și o eroare inversă asupra conținutului [faptei – p.n., M.D.] (...) atunci când agentul consideră eronat că sunt îndeplinite condițiile conținutului faptei, deși în realitate nu erau îndeplinite. (...) Eroarea privește conținutul interdicției [ipoteză distinctă de eroarea asupra conținutului faptei – p.n., M.D.] în cazul în care agentul nu cunoaște existența textului care incriminează fapta sa, sau, deși cunoaște existența textului, nu îi cunoaște semnificația exactă.” Din nou, până la acest punct, ne exprimăm o congruență de viziune, sub aceeași rezervă indicată și în celelalte cazuri: ipotezele ar trebui abstractizate, nu raportate doar la modul de realizare al conținutului faptei concrete în raport de prevederile normei de incriminare, ci cu referire la norme juridice (juridico-penale) în general (inclusiv unele norme conținând cauze justificative, ori de nepedepsire). Astfel, se va observa în continuare inconvenientul percepției fenomenului erorii, în mod constant, doar prin filtrul principal al normelor de incriminare, efectuându-se aceeași reșezare (criticabilă, întâlnită și în celelalte exemple furnizate) în abordarea erorii în sens firesc și a aceleia în sens invers, în momentul analizei erorii asupra instituției cauzelor justificative: „Eroarea asupra unei cauze justificative este denumită și eroare indirectă asupra interdicției. [În această exprimare este cum nu se poate mai evidentă tendința de a reduce eroarea asupra oricărei alte norme decât aceea propriu-zisă de incriminare, la statutul unei erori de tip subsidiar acesteia, care trebuie percepută în mod „indirect” față de ea, aspect la care nu putem achiesă, deoarece deși instituțiile dreptului penal sunt interdependente și subordonate toate instituției fundamentale a infracțiunii, ele prezintă autonomie și identitate specifice, individuale, impunându-se a fi abordate direct, ca atare, iar nu printr-o permanentă mijlocire – p.n., M.D.] Ea există atunci când eroarea nu vizează direct un text de incriminare, ci atinge doar componenta de ilicitate, agentul crezând că fapta sa este justificată, ipoteză în care eroarea are regimul unei erori asupra interdicției [reiese că autorul admite această situație drept una de manifestare a erorii (asupra cauzelor justificative) ca o eroare în sens normal, așadar într-o manieră opusă celei indicate de noi anterior – p.n., M.D.] (...) Eroarea inversă asupra interdicției (...). În acest caz, agentul crede că fapta pe care a comis-o este incriminată, comișând o faptă putativă (...).

[Într-adevăr, ipoteză valabilă de eroare inversă, prin raportare la sfera aprecierii caracterului penal al faptei în funcție de existența elementelor constitutive ale incriminării – p.n., M.D.] Eroarea inversă asupra existenței unei cauze exoneratoare se mai numește și eroare inversă indirectă.” [Din nou, rezolvarea incongruenței dintre criteriul ales pentru identificarea erorii asupra cauzelor justificative (după caz, ca o eroare în sens firesc, ori una în sens invers) și mecanismul original de diferențiere dintre eroarea obișnuită și aceea în sens invers (prin raportare la eroarea asupra elementelor constitutive descrise de norma de incriminare) este rezolvat printr-o stipulație terminologică suplimentară, anume: eroare inversă *indirectă* – ceea ce are, totuși, meritul de a marca și semnaliza existența unei deosebiri între criteriile de determinare a formelor erorii în cele două ipoteze distincte, de raportare a erorii la tipuri diferite de norme penale, fiind așadar o variantă superioară celorlalte viziuni exprimate în doctrină, care au fost pre-indicate și care nu avertizau deloc, terminologic, modificarea percepției asupra funcționării mecanismului intern de determinare a erorii în sens normal, respectiv a celei în sens invers, în funcție de schimbarea tipului de normă penală la care se făcea raportarea erorii – p.n., M.D.] – S. Bogdan, *op. cit.*, p. 58-63. În exemplele ce urmează după ultima frază citată, sunt indicate ipoteze de fapte care verifică, obiectiv, condițiile unor norme penale conținând cauze justificative, în condițiile ignorării acestei realități de către agentul care crede că săvârșește acte cu valoare infracțională nejustificată (ipoteză pe care o apreciem a fi ilustrativă – în disonanță cu autorul indicat – pentru eroarea în sens firesc, iar nu pentru aceea inversă). La un punct ulterior al expunerii, autorul reia, consecvent, ideea și exemplele: „Eroarea este indirectă și inversă atunci când agentul crede că fapta sa nu este justificată, deși în realitate operează o cauză exoneratoare. (...) Este indirectă, pentru că se referă la existența unei cauze justificative, și *este inversă, pentru că agentul în realitate nu comite o infracțiune*.” [evidențierea ne aparține – M.D.; ea subliniază referirea constantă în definirea erorii inverse la instituția caracterului infracțional al faptei, deși această formă de eroare se poate manifesta în raport de instituții penale care să nu fie deloc legate de această instituție fundamentală, așa cum e cazul, de pildă, al celei analizate de noi aici: o cauză de nepedepsire] – Ibidem, p. 173. De asemenea: „Eroarea este firească atunci când agentul nu cunoaște existența unui text de incriminare sau nu îi înțelege sensul. Eroarea de drept penal este inversă atunci când agentul crede în mod eronat că ar exista o normă penală care incriminează fapta pe care a comis-o (...). Eroarea inversă asupra interdicției există și atunci când agentul crede în mod eronat că un text de incriminare este aplicabil faptei sale (...). Aceasta se mai numește și eroare inversă de interpretare a legii. [Până aici, observăm o convergență de viziune cu aceea a autorului citat, asupra subiectului erorii inverse, căci ipoteza este că, obiectiv, norma nu există ori nu este incidentă, iar agentul crede, greșit, în existența sau incidența acesteia.] Tot o eroare inversă există și atunci când agentul crede în mod eronat că pentru fapta sa nu este aplicabil sau nu există un text exonerator. [În divergență de opinie cu autorul, observăm că aici, pentru a se menține raportarea, indirectă, a ipotezei erorii tot la existența infracțiunii – deși eroarea privește direct nu condițiile de incriminare, ci norma care consacră cauza justificativă, deci caracterul firesc sau invers al erorii ar trebui judecat (credem noi), după modul în care se prezintă aceasta față de norma asupra căreia se manifestă ea în mod direct – s-au modificat premisele determinării erorii inverse; acum – în raport de cauzele justificative – se apreciază a reprezenta eroare inversă situația opusă – din punct de vedere al raportării reprezentărilor agentului la existența obiectivă a unei norme –

Credem că prin această modalitate de abordare a fenomenului erorii, sub aspectul clasificării sale în eroare în sens normal și eroare inversă, se denaturează esența modului de manifestare a acestuia, conceptul fiind modelat în mod artificial, prin prisma (limitată) a unui anumit tip de rezultat particular, care se produce doar în considerarea raportării erorii – în mod direct, sau indirect – la o anumită instituție a dreptului penal. Practic, întregul concept este exprimat prin raportare la dimensiunea (îngustă, dacă este să privim, în ansamblu, asupra integralității instituțiilor penale fundamentale și sferelor de referință care au aptitudinea de a intra în contact

celelalte admise cu acest titlu în raportarea inițială, la eroarea asupra normei de incriminare; apare în eroare inversă agentul care nu crede că există, ori că este incidentă, o normă care, obiectiv, există și este incidentă – cea care consacră cauza justificativă! – p.n., M.D.] (...) Într-o astfel de ipoteză, fapta nefiind prevăzută de legea penală [sic! – credem că în cazul existenței unei cauze justificative, fapta comisă rămâne tipică, deci prevăzută de legea penală, dar devine permisă de ordinea de drept; nu apreciem că verificarea neîntâlnirii condițiilor unei cauze justificative ar constitui un element negativ implicit al conținutului constitutiv al infracțiunii, cuprins tacit de normele de incriminare, astfel încât existența / incidența unei cauze justificative să afecteze și tipicitate, excluzând reținerea faptei ca infracțiune pe temeiul inexistenței prevederii sale – în condițiile concrete în care a fost săvârșită – în legea penală – p.n., M.D.], nu are nicio semnificație faptul că agentul a cunoscut sau nu această împrejurare.” – Ibidem, p. 174.

Prin excepție față de restul doctrinei, este de remarcat faptul că autorul în urmă citat prospectează implicațiile potențiale ale fenomenului erorii inclusiv în materia unor instituții în general ignorate, din acest punct de vedere, în expunerile din literatura de specialitate, printre acestea numărându-se și cauzele de impunitate: „Eroarea inversă asupra interdicției poate să privească și condițiile de sancționare. De exemplu, favorizatorul, rudă [apropiată, în sensul legii penale – p.n., M.D.] cu cel favorizat, crede că a comis o faptă prevăzută de legea penală [totuși, ca o mențiune necesară, trebuie să arătăm în acest punct că, sub acest aspect, reprezentarea agentului ar fi una corectă, deoarece calitatea arătată funcționând cu titlu de izvor al impunității, ea nu atrage, totuși, efecte exoneratoare asupra caracterului penal al faptei, astfel încât aceasta rămâne a fi apreciată drept infracțiune, așadar, cu atât mai mult, ca o faptă prevăzută de legea penală (statut pe care, de altfel, nu l-ar fi pierdut nici măcar în ipoteza în care calitatea respectivă ar fi fost mai mult decât o cauză de nepedepsire, anume una de înlăturarea a caracterului penal al faptei – p.n., M.D.), fără să cunoască existența cauzei de nepedepsire a favorizatorului care este rudă [apropiată – p.n., M.D.] cu cel pe care îl favorizează. [Reluăm precizarea că ipoteza, descrisă de autor drept eroare inversă, tinde a fi caracterizată în prezentul studiu, drept o eroare obișnuită, în sens normal – p.n., M.D.] Dacă agentul crede că și actele de participare la o faptă comisă de o rudă [apropiată – p.n., M.D.] nu se pedepsesc, la fel ca și în cazul favorizării [infractorului – p.n., M.D.], acesta se află în situația unei erori [din punctul nostru de vedere, o eroare inversă – p.n., M.D.] asupra interdicției și anume, consideră că există un text care l-ar exonera de pedeapsă” [s-ar putea spune, o cauză de nepedepsire putativă – p.n., M.D.] – Ibidem, p. 64.

și de a fi influențate de fenomenul erorii, inclusiv al celei în sens invers) unei singure părți, ceea ce apreciem a fi (cel puțin) impropriu unei corecte analize (chiar dacă acea parte este cea mai evidentă, cea mai predispusă spre a suferi efectele erorii și cea în raport de care aceste efecte au, potențial, cele mai intense implicații posibile asupra statutului și răspunderii – *lato sensu* – agentului).

Acestea fiind fixate, urmează a ne ocupa în continuare, cu prioritate, de analiza ipotezei erorii de fapt (în sens normal, respectiv în sens invers), apoi de aceea a erorii de drept, întâi extrapenal, apoi penal (în sens normal, respectiv în sens invers).⁸

[10.] (10.1) În considerarea contextului studiat, considerăm că se află în *eroare de fapt cu privire la propria sa calitate determinantă a incidenței cauzei speciale de nepedepsire* aici analizate, nedenunțătorul care a luat cunoștință doar de comiterea obiectivă a unei fapte incriminate drept infracțiune contra siguranței statului / securității naționale (dintre cele care implică, sub sancțiune penală, obligația denunțării), fără a cunoaște, însă, identitatea efectivă a persoanei care a comis-o / a persoanelor participante.⁹ Tot în eroare de fapt, în sensul prezent, se va găsi nedenunțătorul unei asemenea fapte, care confundă¹⁰ persoana cu rol de subiect activ al respectivei infracțiuni, în sensul că are o convingerea greșită asupra identității acesteia, nedându-și seama că este vorba despre o persoană în raport de care are calitatea indicată de norma care conține cauza de nepedepsire, ci apreciind că este vorba despre o persoană diferită, față de care nu are respectiva calitate.¹¹ De precizat, în plus, că premisa de la care

⁸ Datorită limitărilor derivate din necesitățile de gestionare rezonabilă a spațiului destinat publicării articolelor în revistă, analiza aspectelor privind eroarea de drept asupra normelor cercetate în cadrul de față va fi disjunsă într-o a treia parte (finală) a articolului, care se va publica separat, într-un număr viitor al revistei.

⁹ Aceasta ar reprezenta o ipoteză de manifestare a erorii de fapt cu privire la calitatea persoanei sub forma ignoranței, a deplinei necunoașteri a realității, nedenunțătorul nepunându-și nici măcar un moment problema că între el și persoana în cauză ar putea să existe un raport relațional obiectiv determinat de lege, dintre acelea care i-ar atrage impunitatea.

¹⁰ Această ipoteză reprezintă o formă de manifestare propriu-zisă a erorii, în sensul de necunoaștere parțială a realității, de cunoaștere greșită.

¹¹ În măsura în care nedenunțătorul, soț sau rudă apropiată (conform C. pen. din 1968), respectiv membru de familie (conform C. pen. din 2009) cu subiectul activ al infracțiunii pe care avea obligația penală de a o denunța, a confundat această persoană cu o alta, în raport de

plecăm este, în ambele ipoteze, aceea că denunțarea nu are loc (aspect relevant, de altfel, prin referirea la persoana în eroare ca fiind „nedenunțator”).

(10.2.) Într-o atare ipoteză, împotriva soluției conform căreia cauza de nepedepsire ar trebui să își producă oricum efectul, s-ar putea argumenta că este evident că motivul concret, particular, al nedenunțării, nu are legătură cu rațiunea subiectivă în considerarea căreia a fost reglementată impunitatea, anume cu înclinația naturală a ființei umane de a proteja persoanele cu care se află în anumite raporturi (legal indicate) ce fac să se prezume o strânsă relație afectivă. Din moment ce nedenunțatorul nu a cunoscut identitatea reală a subiectului activ al infracțiunii nedenunțate și – deci – nu a conștientizat legăturile dintre el și respectiva persoană, nu s-a putut activa în psihicul său acea dimensiune decizional-afectivă în considerarea căreia a fost creată prezumția legală de existență a unei anumite încălcări sentimentale, de un anumit fel și de o anumite intensitate, caracterizantă a conținutului relației dintre nedenunțator și nedenunțat, aspect pe care se fundamentează cauza de nepedepsire. Este adevărat că legea prezumă la modul absolut existența sentimentelor firești de afecțiune dintre anumite categorii de persoane și întemeiază impunitatea (în acest caz) pe respectiva prezumție.¹² Însă, s-ar putea argumenta că dacă această prezumție legală *juris et de jure* nu poate fi înlăturată odată ce a fost reținută, este totuși discutabilă reținerea sa în considerarea unei simple verificări obiective, mecanice, formale, a unei anumite stări, calități, existente între două persoane, în condițiile în care rațiunea existenței sale este întemeiată pe justificări mai profunde, de natură subiectivă, ce ar impune și verificarea conștientizării respectivei stări (calități) ca factor decizional motivațional.

care se găsea, însă, tot într-una dintre calitățile care atrag, în acest caz, nepedepsirea, credem că nu se pot ridica probleme legate de acordarea beneficiului impunității, fiind evidentă incidența cauzei speciale de nepedepsire într-o atare ipoteză, din moment ce legea nu distinge – în acest context – între persoanele față de care nedenunțatorul verifică vreuna (oricare) dintre calitățile care atrag impunitatea, acestea fiind în mod egal încadrate într-o singură categorie de persoane, efectele produse fiind unitare, identice, indiferent de identitatea particulară propriu-zisă a fiecărui individ din categoria respectivă.

¹² Care prezumție – absolută fiind – nu admite dezvoltarea unui probatoriu ce ar tinde să stabilească un sens contrar al realității, care să conducă la răsturnarea prezumției și înlăturarea – astfel – a incidenței cauzei speciale de nepedepsire.

Cu alte cuvinte, se poate argumenta că în voința legiuitorului nu a fost crearea unei prezumții care să funcționeze mecanic (oricând se probează, în ipoteze conforme situației legal reglementate, anumite calități între două persoane determinate), ci a uneia care să devină incidentă numai în considerarea anumitor premise, acțiunea sa fiind condiționată de probarea prealabilă a anumitor elemente, printre care cunoașterea de către nedenunțator, la momentul nedenunțării, a identității subiectului activ al infracțiunii nedenunțate, deoarece prezumția nu se extinde și asupra acestui aspect al realității (nu se prezumă această cunoaștere), ci doar se fundamentează pe dânsul, ca o realitate distinctă.

Într-o astfel de linie argumentativă, s-ar putea afirma că, dacă este imposibilă răsturnarea prezumției irefragabile pe care se construiește cauza specială de nepedepsire analizată, odată ce au fost fixate premisele existenței sale, nu ar fi însă imposibilă însăși demontarea acestor premise, caz în care prezumția nu ar mai avea temei să se rețină, așadar nici cauza de impunitate nu și-ar mai putea justifica incidența! Dacă nedenunțatorul nu a știut că acela care a comis infracțiunea nedenunțată este soțul sau ruda sa apropiată (potrivit C. pen. de la 1968), respectiv un membru al familiei sale (conform C. pen. din 2009), înseamnă că nu dorința legitimă (legal recunoscută, în această conjunctură, ca producătoare de efecte juridice de impunitate) de a proteja o asemenea persoană a constituit motivul nedenunțării, ci alte rațiuni. Or, dintre multiplele motive care pot sta la baza comiterii unei infracțiuni de nedenunțare a unei infracțiuni îndreptată contra siguranței statului / securității naționale, legiuitorul nu a valorificat cu titlu de cauză specială de nepedepsire pe oricare, ci numai pe acela ante-indicat, prezumându-l absolut ca urmare a stabilirii existenței anumitor calități între nedenunțator și nedenunțat, calități care în opinia sa reprezintă forme exterioare (obiectiv și legal determinate) de manifestare a anumitor relații interumane care de regulă generează sentimente și înclinații afective intense. Orice alt motiv este indiferent în ceea ce privește impunitatea, iar a presupune că subzistă unicului motiv determinant al nepedepsirii – în configurația anterior argumentată – în condițiile unei absențe a cunoașterii identității persoanei nedenunțate, la momentul comiterii nedenunțării, de către individul nedenunțator, este o atitudine nerealistă și illogică.

(10.3.) Un astfel de efort argumentativ, orientat în direcția soluționării problemei schițate în sensul refuzului de a acorda impunitatea într-un atare caz de eroare, apare la o primă vedere drept coerent, prin aceea că susține

faptul că dacă o instituție a dreptului își are geneza în considerente de natură subiectivă, analiza condițiilor care fac posibilă reținerea sa ar trebui, la rândul ei, să țină cont de absența sau prezența unor elemente de factură subiectivă, cosubstanțiale cu însăși rațiunea în considerarea căreia a fost creată instituția în cauză, iar aplicarea acesteia să nu fie subordonată unei analize formal-mecanice, strict obiective, a unor criterii exterioare, care nu garantează întotdeauna relevarea substanței sale intime. O astfel de poziție se îndepărtează însă de realitatea uzuală a funcționării dreptului, fiind mai apropiată de o abordare filosofică ideală, utopică, a fenomenului juridic, decât de pragmatismul efectiv, concret, al legităților potrivit cărora funcționează acest instrument de reglare etatică a comportamentului uman în mediul social organizat.

Astfel, esența unei idei însușite de către legiuitor în perioada pre-legislativă necesită, pentru exprimarea și proclamarea sa sub autoritatea acestuia, identificarea unei forme normative corespunzătoare. Printre alte considerente de care legiuitorul trebuie să țină cont în identificarea acestei forme (prezervarea esenței mesajului, formularea clară a acestuia, armonizarea sa în contextul normativ intern și extern preexistent, precum și în contextul istoric, social și cultural particular al momentului etc.), ar trebui să se numere și grija de a oferi dispoziției legale exprimate o suficient de mare flexibilitate pentru ca aceasta să poată fi aplicată unei multitudini de situații faptice, încorporând, în felurite modalități variate de particularizare, o însușire juridică comună. Pe de altă parte, experiențele trecutului au semnalat constant pericolul care poate sălășlui într-o prea accentuată flexibilitate a normei, fiind de asemenea una dintre sarcinile de căpătâi ale legiuitorului aceea de a-și cuprinde prescripțiile în forme de exprimare cât mai precise și mai puțin predispuse la interpretări potențial arbitrare și centrifuge din partea organelor etatice chemate să aplice prevederile legale în activitatea practică post-legislativă, precum și din partea destinatarilor obișnuiți ai legii penale (care pot înțelege greșit dispoziția legală, ca urmare a unei interpretări nefericite, ocazionată de ambiguitatea crescută și potențialitatea interpretativă sporită a normei)¹³.

¹³ „ (...) legiuitorul penal [nu] ar trebui să considere printre ultimele sale preocupări pe aceea a accesibilității legii penale. S-a spus pe drept cuvânt că legiuitorul, dacă vrea să fie ascultat, respectat, trebuie să fie mai întâi înțeles de către destinatarii legii penale (Blackstone).” – George Antoniu, *Reflecții asupra viitoare reforme penale*, în *Revista de*

Echilibrul acestor deziderate fiind uneori extrem de delicat de atins, poate fi constatată înclinația legiuitorului de a enunța unele dintre instituțiile normative pe care le creează (sau recunoaște), prin forme de exprimare care manifestă un caracter constrângător asupra esenței ideii care a stat la baza reglementării. Necesitatea limitării arbitrariului interpretativ și a evitării ineficienței practice a normei, în urma unui posibil haos în aplicarea acesteia¹⁴, determină adeseori luarea deciziei de restrângere a conținutului substratului normei, prin recurgere la forme de exprimare oarecum înguste în raport de dimensiunea plenară a conceptului din care a izvorât reglementarea. Astfel, idei originare mai ample sunt uneori prezentate și fixate normativ prin intermediul unor forme constând în idei derivate, cu un câmp de cuprindere mai restrâns, dar mai puțin susceptibile de a genera controverse interpretative. Singurele elemente ale voinței legiuitorului care ajung să fie cunoscute cu certitudine și dobândesc valoare reală, efectivă, în dreptul pozitiv, determinând producerea de efecte juridice concrete, sunt aceste din urmă forme de exprimare normativă propriu-zisă, ceea ce validează concepția potrivit căreia, uneori, în domeniul juridic prevalează forma asupra conținutului. Desigur, o concluzie puțin măgulitoare prin raportare la un stadiu ideal, utopic, de ființare, însă perfect valabilă în dimensiunea concretă, perfectibilă, a existenței umane constrânsă de mecanismele interacțiunii sociale, printre care și acelea juridice!

Drept Penal, nr. 4/1995, p. 35. În sens similar, s-a mai arătat și că: „Norma juridică va fi mai ușor de cunoscut [și – credem noi – de înțeles; p.n., M.D.] dacă la elaborarea ei s-a avut în vedere folosirea unei terminologii și a unei tehnici de redactare care să asigure accesibilitatea normei, înțelegerea ei de către cetățeni.” – A. Vlășceanu, *op. cit.*, p. 15. În același cadru, autoarea precitată mai precizează, explicit: „Formarea reprezentărilor eronate ale semnificației conținutului normei juridice ar putea avea sursa în procesul de elaborare a normei și în folosirea unor soluții de tehnică legislativă necorespunzătoare. (...) Folosirea unor texte susceptibile de multiple înțelesuri poate conduce, de asemenea, la formarea erorii asupra conținutului normei juridice.(...) Tot astfel, lipsa de precizie în determinarea elementelor conținutului normei juridice poate conduce la formarea erorii” - Ibidem, p.29, 30.

¹⁴ La o asemenea interpretare și aplicare haotică a unei norme poate predispuce caracterul prea imprecis al unei formulări în care considerentul asigurării unei cât mai largi sfere de incidență, la o paletă cât mai variată de ipoteze concrete, este în mod dezechilibrat preferat precauției (restrângătoare asupra formulării) de a exprima mesajul legal într-o manieră cât mai clară și mai riguroasă posibil, astfel încât să se preîntâmpine abuzul de interpretare (care poate ajunge până la vicierea ireversibilă a voinței legiuitorului, prin argumentarea, uneori veridică și credibilă, a unei interpretări chiar și opuse sensului inițial ce s-a dorit a fi exprimat de către legiuitor).

Într-o formulare mai puțin abstractă, concretizând aceste considerații generale la problematica analizei pendinte, putem fixa o serie de constatări. În primul rând, trebuie admis că legiuitorul a plecat, într-adevăr, în reglementarea cauzei speciale de nepedepsire aici vizate, de la o împrejurare având caracter subiectiv, care i s-a impus cu puterea unei atât de accentuate evidențe, încât a simțit nevoia de a nu o ignora pe tărâmul producerii de efecte juridice, anume: înclinația firească, adeseori dominantă, necenzurabilă, a majorității ființelor umane, de a proteja anumite persoane de care sunt legate prin relații afective intense, indiferent de obligațiile moral-sociale sau legale pe care le au, precum și de gravitatea actelor comise de respectivele persoane! Forma sub care a apreciat legiuitorul penal român modern a fi oportună reglementarea recunoașterii producerii de efecte juridice, în considerarea acestei rațiuni, în favoarea persoanelor care comit fapta de nedenunțare a unor infracțiuni contra siguranței statului / securității naționale, a fost aceea a unei cauze speciale de nepedepsire (similară cu alte cauze speciale de nepedepsire ori de reducere a pedepsei întemeiate pe aceleași considerente, reglementate în raport de fapte descrise de alte norme de incriminare).

Resimțind, probabil, presiunea necesității de a nu crea premise favorabile arbitrariului interpretativ în descifrarea voinței sale, recunoscând poate, totodată, potențialul risc al neutralizării caracterului efectiv al aplicării normei de impunitate, ca urmare a complexității și dificultății probatorii (sub aspectul subiectiv indicat)¹⁵, pe care ar putea-o ridica numeroase conjuncturi

¹⁵ Apreciem că este de necontestat faptul că inserarea cerinței dovedirii, dincolo de orice dubiu rezonabil, pe bază de elemente probatorii concrete, a caracterului efectiv al reprezentărilor subiective ale infractorului nedenunțator, existente la momentul comiterii faptei penale, cu privire la identitatea persoanei care a săvârșit infracțiunea contra siguranței statului / securității naționale, nedenunțată, ar reprezenta un demers cu impact negativ asupra celerității procesului penal, precum și asupra gradului de complexitate al activității organelor judiciare, indiferent de modul de așezare al sarcinii probei, demers care ar manifesta aptitudinea ridicată de a se dovedi adeseori iluzoriu, dacă nu chiar imposibil de efectuat într-o manieră coerentă cu principiul aflării și relevării adevărului în procesul penal, cu privire la evenimentele instrumentate. Ne putem întreba dacă s-ar putea respinge (și de ce) afirmația unui persoane cercetate / acuzate / judecate într-o cauză privind infracțiunea de nedenunțare a unei infracțiuni contra siguranței statului / securității naționale, care ar afirma că la momentul nedenunțării a avut cunoștință de împrejurarea că fapta nedenunțată fusese comisă de către soțul său, ori o rudă apropiată de-a sa (C. pen. 1968) / un membru al familiei sale (C. pen. 2009)? Intuind un răspuns principial negativ la această interogație, ne putem întreba, în

faptice, legiuitorul a decis să-și exprime ideea originară pe care a construit instituția în cauză într-o formă restrictivă, prin intermediul unei idei derivate, mai puțin cuprinzătoare, dar mai stabilă. Astfel, a identificat tipuri de raporturi relaționale interumane, obiectiv determinate prin descrierea lor potrivit unui anumit statut legal (relațiile de căsătorie, precum și acelea dintre persoanele apreciate de legiuitorul Codului penal de la 1968 ca fiind rude apropiate, respectiv acelea dintre persoanele care, în concepția legiuitorului Codului penal din 2009, sunt membri ai aceleiași familii), în cadrul cărora, de regulă, în mod firesc, normal, natural și stabil, relațiile dintre subiecți sunt caracterizate de tipul de legături afective intense ce determină înclinația subiectivă de protecție, avută în prealabil în vedere de legiuitor ca substrat al impunității. Ideea derivată sub forma căreia s-a exprimat ideea normativă originară a fost așadar aceea a nepedepsirii nedenunțatorului în persoana căruia se verifică o calitate ce îl situează într-unul din aceste raporturi relaționale cu subiectul activ al infracțiunii contra siguranței statului / securității naționale nedenunțate. Ceea ce a dobândit, în mod efectiv și exclusiv, forță juridică, a fost – așadar – nu substratul originar al reflecției de factură pre-legislativă a legiuitorului, ci forma normativă în care s-a încorporat efectiv aceasta (ori, altfel spus, esența conceptului normativ în cauză a dobândit valoare juridică doar în măsura exprimării sale legale propriu-zise).

(10.4.) De aici derivă concluzia potrivit căreia legiuitorul a optat pentru exprimarea juridică într-o instituție cu determinare faptică de tip concret-obiectiv, a unei rațiuni normative provenind dintr-un substrat justificativ de esență subiectivă. Drept consecință, se poate observa că, în practica aplicării sale efective, post-legislative, construcția legală astfel creată dobândește aptitudinea de a se manifesta, ocazional, pe tărâmul unei incongruențe între dimensiunea subiectivă a fundamentării sale axiologice și reținerea ei ca instituție cu manifestare concretă (reținere subordonată verificării obiective a unei situații, calități, care caracterizează formal,

continuare, ce ar putea determina pe această persoană să nu facă o astfel de afirmație, indiferent de modul în care s-ar fi prezentat realitatea (în privința reprezentărilor sale) la data săvârșirii infracțiunii de nedenunțare, din moment ce ar afla, ulterior, identitatea exactă a celui care a comis infracțiunea nedenunțată, precum și existența dispoziției legale care reglementează impunitatea în considerarea calității (obiectiv prezente) dintre cei doi? Credem că este pe deplin evident caracterul retoric al interogației, astfel încât răspunsul se impune de la sine, cu toate consecințele atrase în planul argumentării care a ocazionat precizările de față.

juridic, raportul dintre două persoane), forma putând prevala uneori asupra conținutului¹⁶, ca preț (admisibil) necesar a fi plătit pentru asigurarea

¹⁶ Ipoteza astfel evidențiată nu este nicidecum singulară în peisajul normativ autohton (și – desigur – nici în cel străin, de altfel). Pentru a oferi doar un singur exemplu într-un spirit fidel realizării unei comparații esențial echivalente, în sensul aici dezvoltat, cu situația analizată mai sus, facem referire – de pildă – la împrejurarea săvârșirii unei infracțiuni de către un infractor major împreună cu un minor, valorificată de legiuitorul penal român cu titlu de circumstanță agravantă generală legală [art. 75 alin. 1 lit. c) C. pen. de la 1968; art. 77 lit. d) C. pen. din 2009]. Astfel, în principiu, se admite în literatura juridică de specialitate că rațiunea care a stat la baza reglementării în cauză este una de tip subiectiv, anume aprecierea că infractorul major a profitat de lipsa de experiență de viață și influențabilitatea sporită caracteristică (de regulă) minorilor, pentru a-l atrage pe minor la comiterea faptei incriminate, în propriul său avantaj, compromițând astfel grav procesul de devenire al minorului și valorile pe care ar trebui să se fundamenteze dezvoltarea și educarea acestuia, aspecte ce îl caracterizează în mod stabil pe un astfel de infractor major ca prezentând un grad mai accentuat de pericol social. În acest sens – Dumitru Lucinescu, în: Teodor Vasiliu (coordonator), George Antoniu, Ștefan Daneș, Gheorghe Dărăngă, Dumitru Lucinescu, Vasile Papadopol, Doru Pavel, Dumitru Popescu, Virgil Rămureanu, *Codul penal comentat și adnotat. Partea generală*, Ed. Științifică, București, 1972, p. 453, 454; Maria Zolyneak, în: Maria Zolyneak, Maria Ioana Michinici, *Drept penal. Partea generală*, Editura Fundației „Chemarea”, Iași, 1999, p. 400, 401; Matei Basarab, în: Matei Basarab (coordonator), Viorel Pașca, Gheorghică Mateuț, Constantin Butiuc, *Codul penal comentat. Vol. I. Partea generală*, Ed. Hamangiu, București, 2007, p.432; Costică Bulai, Bogdan Nicolae Bulai, *Manual de drept penal. Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, p. 2007, p. 408; Cristian Mitrache, în: Constantin Mitrache, Cristian Mitrache, *Drept penal român. Partea generală*, ediția a VIII-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 396; Gheorghe Diaconu, *Răspunderea penală*, Ed. Lumina Lex, București, 2010, p. 345-347; Viorel Pașca, *Drept penal. Partea generală (actualizat cu prevederile noului Cod penal)*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 494, 495.

Totuși, având probabil în vedere și dificultățile probatorii practice pe care le-ar fi implicat impunerea verificării efective a existenței concrete a acestei influențe, a realității propriu-zise a acestui proces subiectiv de augmentare a pericolozității infracționale a subiectului activ major, în fiecare caz determinat în care s-ar constata cooperarea faptică a unui major cu un minor la săvârșirea unei infracțiuni, legiuitorul a preferat să prezume absolut existența acestei relații subiective agravante (pentru major), în considerarea simplei verificări obiective a participării unor astfel de persoane la comiterea unei fapte incriminate, generalizând sub formă de prezumție tacită (implicită), irefragabilă, realitatea specifică unui tip de situații ce pot fi caracterizate drept majoritare (în rândul unor situații similare), dar care nu epuizează, nicidecum, fenomenul. Astfel, nu este improbabil a presupune că în anumite cauze determinate s-ar putea observa că relația de influențare a provenit – în mod atipic – nu dinspre major către minor, ci invers. Cu toate acestea, s-a specificat expres în doctrină faptul că, legea nedistingând, în exprimarea normativă propriu-zisă, după cum efectele circumstanței agravante în cauză sunt incidente sau nu în raport de confirmarea faptică concretă a

prezumției legale (implicite) absolute, referitoare la sensul normal sau nefiresc al relației de influențare major - minor, circumstanța agravantă va trebui reținută în mod obligatoriu în sarcina infractorului major, chiar și atunci când, efectiv, el nu l-a atras pe minor spre săvârșirea faptei incriminate, profitând de inocența acestuia! În acest sens – Constantin Bulai, în: Vintilă Dongoroz (coordonator), Iosif Fodor, Siegfried Kahane, Ion Oancea, Nicoleta Iliescu, Constantin Bulai, Rodica Stănoiu, Victor Roșca, *Explicații teoretice ale Codului penal român. Partea generală, vol. II*, ediția a II-a, Ed. Academiei române, Ed. All Beck, București, 2003, p. 153 [unde se indică explicit: „Circumstanța agravantă va exista chiar și atunci când s-ar constata că minorul însuși prezintă o stare de pericolozitate deosebită sau că el a avut rol tot așa de important în săvârșirea infracțiunii ori a avut chiar inițiativa săvârșirii faptei penale. Nu interesează deci calitatea în care minorul contribuie la săvârșirea infracțiunii.”]. O concluzie similară poate fi dedusă și din unele formulări ale doctrinei mai recente – Ștefan Daneș, Vasile Papadopol, *Individualizarea judiciară a pedepselor*, ediția a II-a (revizuită), Ed. Juridică, București, 2005, p. 211 [autorii rețin doar ideea finală din precizarea anterior relevată, de unde reiese implicit că admit necesitatea reținerii obligatorii a agravantei în sarcina infractorului major, chiar și atunci când relația de influențare și atragere la conduita incriminată este atipică, inițiativa neapărându-i acestuia; astfel, se arată că: „Incidența agravantei nu este condiționată, în caz de participație, nici de calitatea – de autor, instigator sau complice – în care majorul și minorul au cooperat la săvârșirea infracțiunii (...)” – evidențierile din text ne aparțin, M.D.]; în mod identic – Ion Ristea, în: George Antoniu (coordonator), Alexandru Boroi, Bogdan-Nicolae Bulai, Costică Bulai, Ștefan Daneș, Constantin Duvac, Mioara-Ketty Guiu, Constantin Mitrache, Cristian Mitrache, Ioan Molnar, Ion Ristea, Constantin Sima, Vasile Teodorescu, Ioana Vasii, Adina Vlășceanu, *Explicații preliminare ale noului Cod penal. Vol. II (art. 53 – 187)*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 142. În același sens: Laura Maria Crăciuneanu, *Săvârșirea infracțiunii de către un infractor major împreună cu un minor*, în *Revista de Drept Penal*, nr. 4/2004, p. 147, 148.

Pentru a preîntâmpina o luare de poziție critică față de cele astfel expuse, care ar putea evidenția că, în ipoteza exemplificată (a circumstanței agravante), este o chestiune general admisă aceea că doctrina (deja indicată și nu numai) și jurisprudența au apreciat că este o condiție suplimentară – care reiese tacit, logic, din interpretarea normei respective – aceea care leagă reținerea circumstanței agravante de conștiința majorului (la momentul comiterii infracțiunii) cu privire la starea de minoritate a participantului, precizăm că nu considerăm posibilă o comparație (și) sub acest aspect a celor două ipoteze, în sensul preluării acestei condiții și în cazul erorii asupra calității de care legea leagă beneficiul impunității. Aceasta deoarece, în această materie și sub acest aspect, între cele două situații există deosebiri calitative esențiale, care determină modificarea regulilor potrivit cărora reținerea și producerea efectului unei instituții de drept este legată de existența conștiinței și percepției subiective corecte și complete asupra tuturor elementelor contextului în care se exteriorizează o conduită determinată a unei subiect de drept (în esență, este vorba despre tipul de efecte juridice pe care instituția este aptă să le producă asupra persoanei, anume, dacă aceste sunt efecte *in bona* sau *in mala partem*). Asupra acestui aspect urmează, însă, a mai reveni pe parcurs.

consecințelor deplorabile care pot fi generate de neobservarea acestuia într-un sistem de drept! Datorită acestui motiv se legitimează, de exemplu, reținerea cauzei de nepedepsire și producerea efectului de impunitate în baza unei prezumții tacite (implicite), absolute, privind natura relațiilor dintre persoanele indicate de lege, chiar și în condițiile în care constatarea existenței obiective a calității de soț sau rudă apropiată (C. pen. din 1968) / membru de familie (C. pen. nou, din 2009) a nedenunțatorului față de subiectul activ al infracțiunii nedenunțate, s-ar efectua într-o împrejurare în care alterarea radicală a raporturilor firești ce ar trebui să existe între aceștia ar reprezenta o realitate incontestabilă și notorie (inadmisibil, însă, de relevat prin probe, în fața organului judiciar, în vederea răsturnării prezumției pe care se fundamentează impunitatea, cu scopul refuzului acordării acesteia).

(10.5.) Or, astfel prezentându-se lucrurile, nu considerăm că ar fi mai întemeiată reținerea cauzei de nepedepsire atunci când se verifică în privința nedenunțatorului existența conștiinței efective a identității persoanei care a comis infracțiunea nedenunțată, însoțită de prezența conștiinței pur formale a calității acesteia de soț sau rudă apropiată (potrivit C. pen. de la 1968) / membru de familie (conform noului Cod penal, din 2009) în raport cu dânsul¹⁷, decât în situația în care nedenunțatorul nu cunoaște sau cunoaște în mod greșit identitatea acelei persoane, pe care dacă nu ar ignora-o, nu ar exista nicio îndoială asupra faptului că i-ar profita impunitatea. Direcția argumentativă care tinde a demonstra că într-o atare împrejurare nu ar trebui să se dea efect cauzei de nepedepsire, deși coerentă până la un punct – în registrul unei evaluări strict interne, restrânsă la propriul circuit al expunerii – nu apreciem că rezistă unei abordări de ansamblu mai profunde, nici din punct de vedere al unei interpretări a normei din perspectiva „literei” acesteia¹⁸, precum nici din perspectiva unei interpretări fidele „spiritului” legii.

¹⁷ La care nu este improbabil să presupunem că se poate atașa, în anumite cazuri concrete, conștiința unor relații afective extrem de tensionate sau chiar dușmănoase, ceea ce nu va împiedica însă producerea efectelor cauzei speciale de impunitate avută în vedere.

¹⁸ Legea dispune strict: „Omisiunea de a denunța, săvârșită de soț sau de o rudă apropiată, nu se pedepsește” (art. 170 alin. 2 C. pen. de la 1968) / „Nedenunțarea săvârșită de un membru de familie nu se pedepsește” (art. 410 alin. 2 C. pen. din 2009), fără a distinge după cum pentru aplicarea acestei dispoziții este necesar a se verifica dacă la momentul comiterii nedenunțării, nedenunțatorul avea ori nu cunoștință efectivă, concretă, asupra calității sale în raport de subiectul activ al infracțiunii nedenunțate. A pretinde verificarea unei astfel de

Cum s-ar putea concilia, de exemplu, soluția nesancționării celui care comite o infracțiune putativă, cu aceea a sancționării celui care ignoră existența unei cauze de nepedepsire acordate în virtutea unei calități pe care în mod efectiv subiectul activ o verifică? În ambele ipoteze este vorba, reducând la esențial lucrurile, despre exteriorizarea unei conduite care apare în reprezentarea subiectului activ drept sancționabilă (*lato sensu*¹⁹) din punct

cerințe semnifică a adăuga la lege *in mala partem*, conduită prohibită de cele mai elementare reguli de interpretare a normelor penale (*poenalia restringenda sunt; poenalia sunt strictissimae interpretationis*). De altfel, privind chestiunea și dintr-o perspectivă procedurală, este de observat că în calitatea sa de cauză (specială) de nepedepsire, conștientizarea existenței sale din partea organelor judiciare determină o împiedicare a exercițiului acțiunii penale [art. 10 alin. 1 lit. i¹) C. proc. pen. din 1968 (Legea nr. 29/1968), respectiv art. 16 alin. 1 lit. h) din C. proc. pen. din 2010 (Legea nr. 135/2010)] . Concret, această conștientizare apare prin simpla verificare a stării civile sau a relațiilor de rudenie a nedenunțatorului în raport de subiectul activ al infracțiunii nedenunțate, fără a mai implica și alte demersuri suplimentare. Faptul că în reglementarea noului Cod penal (2009) sfera de cuprindere a noțiunii de „membru de familie” va include și persoane în cazul cărora vor trebui efectuate demersuri suplimentare, pentru a sesiza corespondența similitudinii unor împrejurări de fapt cu acelea tipic corespunzătoare (și prezumate) ale unor stări de drept, nu modifică în esența lor aprecierile prezente, deoarece se va sustrage de la analiza în cauză orice împrejurare exterioră strictei determinări a raporturilor dintre persoanele respective, așa cum ar fi verificarea existenței, la data comiterii faptei, în conștiința nedenunțatorului, a identității victimei și a unei eventuale calități particulare existente în raport cu aceasta!

¹⁹ În acest punct, optăm să utilizăm noțiunea de „faptă (conduită) sancționabilă din punct de vedere penal” ori de „faptă (conduită) pedepsibilă” într-un sens larg, de regulă impropriu pentru o exprimare tehnico-științifică riguroasă în materie juridico-penală, dar care este admis uneori în doctrină (și utilizat cu acest înțeles, câteodată, chiar de către legiuitor) pentru transmiterea unei idei esențiale, în contextul căreia nu este imperativă rigurozitatea general necesară în procesul delimitării caracterului unui comportament de a fi incriminat, de caracterul unui comportament relevant penal în abstract, de a fi pedepsibil (a avea aptitudinea concretă de a atrage materializarea răspunderii penale a subiectului activ al infracțiunii într-o pedeapsă stabilită și aplicată într-o speță determinată). În rândurile de mai sus avem în vedere, în mod excepțional și conjunctural, un asemenea înțeles larg al termenilor utilizați, axându-ne pe ideea esențială că efectul final comun produs și ca urmare a reținerii unei infracțiuni putative, precum și al unei cauze de nepedepsire (cu privire la care agentul s-a aflat în eroare), este același din punct de vedere al instituției fundamentale a pedepsei, anume irelevanța sancționatorie a conduitei, imposibilitatea pedepsirii individului pentru aceasta, fiind secundar, în contextul transmiterii acestei idei, aspectul cât se poate de concret al distincțiilor majore dintre cele două ipoteze sub aspectul corelării lor cu instituția fundamentală a infracțiunii (anume: în cazul faptei cu valoare infracțională putativă, activitatea concret săvârșită nu întrunește condițiile necesare pentru încadrarea sa juridico-penală potrivit unui text determinat de incriminare, deși agentul nutrește această convingere, în timp ce în cazul

de vedere penal, dar care este obiectiv lipsită de o astfel de consecință juridică, în realitatea concretă a sistemului de drept. Care sunt rațiunile datorită cărora legiuitorul penal a optat pentru soluția unei astfel de lipse de relevanță sancționatorie (*lato sensu*) constituie, desigur, un aspect interesant al analizei juridice, precum și o componentă semnificativă a procesului de interpretare a normei, de determinare a voinței reale legal exprimată, însă acest demers nu poate fi cu bună-credință împins până la impunerea, cu succes, a unei interpretări tendențioase, care să denatureze în mod esențial voința legiuitorului, ajungând să acrediteze chiar soluția juridică diametral opusă celei exprimate de acesta (așadar, soluția pedepsibilității acelei conduite, în contextul particular respectiv al manifestării sale). A sancționa pe nedenunțatorul soț sau rudă apropiată (C. pen. de la 1968) / membru de familie (C. pen. din 2009) al subiectului activ al infracțiunii nedenunțate, în considerarea argumentului că acesta nu a cunoscut identitatea celui din urmă și – implicit – că a recurs la conduita incriminată ignorând existența calității de prezență căreia legea leagă impunitatea, ar însemna să se admită producerea unor efecte juridice defavorabile infractorului în desconsiderarea realității normative și în temeiul unei ficțiuni imaginative subiective, eronate,

erorii asupra cauzei de nepedepsire, activitatea cu valoare infracțională există în mod real, însă nu este posibilă pedepsirea agentului, deși acesta ignoră acest aspect al realității, așteptându-se să fie pasibil de pedeapsă).

Pentru exemplificarea utilizării într-un astfel de sens larg, oarecum impropriu, a noțiunii de „faptă pedepsibilă”, inclusiv la nivelul formulării normative, apelăm, de pildă, la exprimarea aleasă de legiuitorul penal în reglementarea efectului erorii asupra faptelor incriminate (și) în ipoteza unui element subiectiv culpos. Astfel, conform art. 51 alin. 3 C. pen. de la 1968: „Dispozițiile alin. 1 [eroarea asupra unui element de care depinde caracterul penal al faptei, instituție cu efect de excludere a infracțiunii – p.n., M.D.] și 2 [eroarea asupra unui element cu valoare agravantă, instituție cu efect de înlăturare a respectivei agravante – p.n., M.D.] se aplică și *faptelor săvârșite din culpă pe care legea penală le pedepsește*, numai dacă necunoașterea stării, situației sau împrejurării respective nu este ea însăși rezultatul culpei” [evidențierile din text ne aparțin – M.D.]. Identice sunt și prevederile din art. 30 alin. 2 al noului Cod penal, din 2009 (cu singura deosebire a limitării referirii doar la ipoteza descrisă în alin. 1, adică la aceea a erorii asupra unui element de care depinde caracterul penal al faptei, instituție cu efect de excludere a infracțiunii). Este evident faptul că, în acest context, legiuitorul a dorit să exprime prin referirea la o faptă pe care legea penală [sic! – ce altfel de lege ar putea să pedepsească? – p.n., M.D.] o pedepsește, ideea caracterului acelei conduite de a reprezenta o faptă incriminată, o activitate prevăzută de legea penală ca fiind o infracțiune, sens în care se tinde echivalarea (*grosso modo*) – neindicată și ideal evitabilă – a noțiunii de *incriminare* cu aceea de *caracter abstract pedepsibil (punibil) al unei fapte*.

deformate, aparținând unui destinatar particular al legii penale! Sursa din care ar izvorî consecințele juridice prejudiciabile pentru individ nu ar mai fi putea fi identificată decât formal în lege, în realitate sediul efectiv al producerii acestor consecințe fiind înlocuit, dintr-unul normativ, într-unul psiho-imaginativ, lăsând principiul fundamental al legalității sancțiunilor de drept penal să supraviețuiască doar la nivel strict declarativ, răsunând demagogic, ca o formă golită de substanță reală și de conținut efectiv.

(10.6.) Conchidem, afirmând – în considerarea argumentelor ce pot fi desprinse din dezvoltarea anterioară – că apreciem incidentă cauza specială de nepedepsire întemeiată pe calitatea de soț sau rudă apropiată (C. pen. 1968) / membru de familie (C. pen. 2009) a nedenunțatorului, în raport de subiectul activ al infracțiunii contra siguranței statului / securității naționale nedenunțate²⁰, inclusiv în acele ipoteze factice în care se stabilește că infractorul nedenunțator a fost în eroare de fapt cu privire la acest aspect, la momentul comiterii faptei. Altfel spus, eroarea de fapt astfel configurată o considerăm a fi o eroare neesențială²¹, lipsită de consecințe juridice, ea neproducând efect de obstaculare a beneficiului cauzei speciale de nepedepsire, care va opera oricum în favoarea infractorului nedenunțator, indiferent de reflectarea în conștiința acestuia, la data nedenunțării, a stării,

²⁰ Soluție pe care o considerăm aptă de a fi extinsă – *mutatis mutandis* – și în raport de alte cauze speciale de nepedepsire ori de reducere a pedepsei, similar formulate și cu justificare comună, existente în raport de variate alte norme de incriminare din partea specială a legii penale generale, ori din legile penale speciale sau din cele extrapenale, conținând – însă – și dispoziții care au caracter penal.

²¹ „Eroarea de fapt neesențială sau accesorie este atunci când agentul nu cunoaște o împrejurare accesorie, fără de care infracțiunea continuă să subziste. Eroarea neesențială nu influențează existența vinovăției și, de aceea, nu are influență asupra răspunderii penale. (...) în cazul erorii neesențiale, spre deosebire de cea esențială, nu se înlătură sau se modifică limitele răspunderii penale.” – S. Bogdan, *Eroarea în dreptul penal*, p. 87. Apreciam cele astfel relevate perfect aplicabile și în ipoteza de față, căci – deși majoritatea doctrinei apreciază cauzele de nepedepsire drept cauze speciale de înlăturarea a răspunderii penale (ceea ce ar face citatul, în principiu, nepotrivit, în sensul în care îl utilizăm aici) – suntem de părere că, în realitate, aceste instituții prezintă o natură juridică autonomă, de sine-stătătoare, de cauze de înlăturare (prezentând caracter extinctiv) raportabile la altă instituție fundamentală a dreptului penal decât răspunderea penală, anume pedeapsa (generic vorbind, sancțiunile de drept penal ce reprezintă concretizări principale ale angajării răspunderii penale), de unde reiese că o cauză de impunitate nu afectează răspunderea penală, ci doar împiedică o reflectare concretă a acesteia într-o pedeapsă (sau într-o măsură educativă), citatul fiind așadar potrivit utilizat în urmărirea ideii pe care o exprimăm.

calității (obiectiv²²) generatoare de impunitate. Această soluție, în raport de o asemenea eroare (manifestată în sensul său obișnuit), nu va fi influențată nici de caracterul vincibil sau invincibil al erorii (caracterul neesențial al erorii și lipsa producerii de efecte juridice – efecte care, dacă s-ar produce, ar fi defavorabile infractorului – în considerarea acestei erori, se mențin chiar și atunci când eroarea s-ar datora propriei culpe a agentului), din acest punct de vedere fiind irelevantă clasificarea instituției în cauză după criteriul gradului de imputare al erorii față de persoana aflată sub influența acestei stări.

(10.7.) De altfel, în același sens converg și o serie de aprecieri deja formulate în doctrină. Astfel, afirmându-se că „în raport de procesele psihice caracteristice vinovăției, eroarea de fapt este legată de cerința cunoașterii de către subiect a condițiilor în care acționează” și determinându-se faptul că „o componentă principală a procesului psihic caracteristic intenției este cunoașterea de către agent a condițiilor obiective în care acționează și reprezentarea corectă a realității, precum și a consecințelor faptei”, (configurându-se, astfel, o premisă necesară pentru angajarea răspunderii penale într-un sistem de drept bazat pe conceptul de răspundere subiectivă), se indică, totuși: „Nu intră în procesul cunoașterii de către subiect acele elemente care caracterizează nu fapta, ci chiar persoana agentului (de pildă, că acesta este minor, că n-are capacitatea psihică), ori dacă fapta este pedepsibilă sau nu. De asemenea, nu intră în conținutul procesului cunoașterii condițiile obiective de pedepsire, precum și condițiile procesuale, deoarece acestea nu constituie elemente constitutive ale incriminării”.²³ Apreciem că prin formularea „nu intră în procesul cunoașterii” s-a urmărit a se exprima ideea că aceste informații, deși pot – faptic, concret, în ipoteze individual determinate – să fie cuprinse în sfera de cunoaștere a subiectului activ, nu constituie, însă, cerințe impuse obligatoriu pentru asigurarea integrității esențiale a acelei părți a procesului complex al cunoașterii de care este legată aptitudinea tragerii la răspundere penală. Ca atare, absența lor în urma verificării concrete legate de un caz determinat, nu va împiedica producerea consecințelor juridico-penale specifice unei anumite

²² Deși, filosofic vorbind, justificările care au stat la baza adoptării deciziei legiuitorului de a o reglementa sunt de factură subiectivă, fiind întemeiate pe recunoașterea și prezumarea anumitor procese psiho-afective naturale, în considerarea anumitor relații inter-umane determinate.

²³ George Antoniu, *Vinovăția penală*, Ed. Academiei Române, București, 1995, p. 302, 304; Idem, *Eroarea de fapt*, în *Revista de Drept Penal*, nr. 1/1995, p. 9, 10.

reglementări, a cărei incidență s-ar reține ca urmare a observării întrunirii în elementele de fapt ale aceluși caz a tuturor condițiilor abstracte prevăzute de norma respectivă. Aplicând acestea la ipoteza dezvoltată anterior ca obiect al studiului prezent, reiese că eroarea asupra propriei persoane (inclusiv asupra calității proprii în raport de o terță persoană, prin prisma existenței sau inexistenței relațiilor de căsătorie sau rudenie), precum și eroarea (astfel implicată) asupra caracterului pedepsibil (*stricto sensu*) al faptei comise, al condițiilor concrete de pedepsire a acesteia (aspecte asupra cărora, desigur, poartă o influență majoră existența în lege a unei cauze de nepedepsire), nu este producătoare de efecte, este neesențială, nu modifică maniera tipică de desfășurare a raportului de conflict dintre stat și destinatarul neobedient al legii penale. Or, în situația dată, prezent fiind temeiul special de impunitate, acest raport se soluționează, în mod standard, prin nepedepsirea subiectului activ, rezolvare neafectată, așadar (conform dezvoltărilor anterioare), de potențiala prezență a erorii acestuia cu privire la aspectele pre-indicate.

(10.8.) Tot în literatura de specialitate²⁴ s-a mai indicat și un alt aspect interesant de amintit în prezentul cadru, referitor la rezultatul unei posibile interpretări *per a contrario* a dispoziției cuprinse în art. 51 alin. 2 C. pen. de la 1968²⁵; această direcție de gândire a fost ocazionată – este adevărat – de o analiză vizând o altă instituție a dreptului penal decât aceea aici abordată²⁶,

²⁴ Ibidem, p. 325 (în lucrarea monografică privind vinovăția penală), respectiv p. 29 (în articolul din R.D.P. nr. 1/1995). O concepție similară tinde a se desprinde și din argumentarea în favoarea admiterii efectului atenuant al scuzei provocării, în ipoteza unei erori asupra identității victimei, realizată de către: Ștefan Daneș, *Considerații asupra circumstanței atenuante a provocării*, în *Revista Română de Drept*, nr. 5/1984, p. 28, 29.

²⁵ Apreciem că această chestiune își va menține actualitate și ulterior intrării în vigoare a noului Cod penal (din 2009), în raport de prevederile similare ale art. 30 alin. 3.

²⁶ În respectiva analiză, cercetându-se efectele pe care eroarea le-ar putea produce asupra unei instituții calificată drept cauză justificativă (ori instituție echivalentă unei cauze justificative, în raportare la sisteme naționale de drept care nu cunosc, la nivel legal, distincția cauzelor cu efect extinctiv asupra infracțiunii în cauze justificative și – respectiv – cauze de excludere a vinovăției, incluzând aici și sistemul penal român corespunzător stadiului de reglementare impus în perioada de activitate a legii penale generale din 1968), a fost utilizată noțiunea de „circumstanță atenuantă”. Apreciem că această expresie a fost folosită, în respectivul context, într-un sens larg, exprimând nu înțelesul strict tehnic pe care îl are aceasta, în mod uzual, în limbajul de specialitate juridico-penal corespunzător standardelor impuse de legiuitorul Codului penal român din 1968, ci într-un sens generic, prin care s-ar desemna, în considerarea unui substrat comun cu rol de liant ireductibil, orice instituție a dreptului penal a cărei funcționare ar presupune producerea unor efecte în beneficiul

dar apreciem a fi similare, până la un punct (în linii generale, esențiale), raționamentul și concluziile atinse cu acea ocazie, față de problematica demersului în curs, datorită faptului că toate instituțiile în discuție produc, în cele din urmă, efecte favorabile pentru subiectul activ care a exteriorizat un comportament incriminat. Astfel, s-a argumentat că din moment ce legiuitorul penal român dispune expres: „Nu constituie o circumstanță agravantă împrejurarea pe care infractorul nu a cunoscut-o în momentul săvârșirii infracțiunii” (potrivit art. 51 alin. 2 C. pen. de la 1968)²⁷, o interpretare logico-rațională efectuată asupra prevederii în cauză, potrivit argumentului de interpretare *per a contrario*, ar conduce nu doar la evidențierea faptului că împrejurările de fapt care s-au aflat în reprezentarea infractorului la data comiterii activității incriminate, dacă sunt corespunzătoare unei dispoziții legale agravante, nu vor putea fi omise în cadrul activității de tragere la răspundere penală a acestuia (agentul urmând a-și vedea angajată o răspundere penală agravată) – așa cum este de regulă înțeleasă interpretarea *per a contrario* a prescripției normative în cauză – dar (dintr-o altă perspectivă fiind abordată interpretarea respectivă) și la evidențierea concluziei că interdicția legală a producerii efectelor juridice de către o împrejurare necunoscută agentului la momentul când a exteriorizat comportamentul penal tipizat se restrânge numai la ipoteza împrejurărilor al căror efect ar fi în detrimentul acestuia, nu însă și la acelea care ar produce efecte ce i-ar fi favorabile.

Altfel spus, dacă admitem că nu constituie o circumstanță *agravantă* împrejurarea care ar produce în mod tipic un astfel de efect, împrejurare

persoanelor care au săvârșit fapte incriminate (strict din această perspectivă apărând drept secundare deosebiri de intensitate dintre efectele tipice ale respectivelor instituții, precum și dintre instituțiile fundamentale ale dreptului penal în raport de care fiecare dintre acestea își orientează cu predilecție influența, ceea ce poate permite – dar exclusiv într-un astfel de context – referirea globală asupra lor într-o formulă de tipul celei amintite). Credem că în sensul unei explicații similare a utilizării noțiunii de circumstanță atenuantă în contextul sursei deja citate concurează și preluarea acesteia în literatura de specialitate posterioară, însă încadrată de anumite semne de punctuație (ghilimele) care evidențiază caracterul particular-atipic al întrebuirii contextuale a termenului; în acest sens: Daniel Nițu, *Efectele erorii de fapt în cazul circumstanțelor atenuante legale*, în revista *Caiete de Drept Penal*, nr. 1/2006, p. 71.

²⁷ În noul Cod penal (2009), la art. 30 alin. 3 prevederea existentă comportă același conținut, într-o formă cu un grad mai sporit de precizie terminologică: „Nu constituie circumstanță agravantă sau element circumstanțial agravant starea, situația ori împrejurarea pe care infractorul nu a cunoscut-o în momentul săvârșirii infracțiunii”.

asupra căruia s-a aflat în eroare agentul, putem admite (datorită deosebirilor calitative existente între cele două cazuri) că va constitui, totuși, o circumstanță *atenuantă* (*lato sensu*), o împrejurare care produce în mod tipic un astfel de efect, deși cu privire la aceasta s-a constatat o aceeași stare de eroare a făptuitorului.²⁸ O atare interpretare ar corespunde inclusiv unui adeseori invocat – în dreptul contemporan – principiu fundamental al dreptului penal (și nu numai), respectiv *principiul umanismului*. Practic, ideea acreditată este că instituția erorii poate fi utilizată, în contextul unui sistem de drept penal fundamentat pe principiul răspunderii subiective, ca un instrument unilateral de garantare împotriva abuzului autorității asupra individului destinat al normei. Astfel, existența erorii de fapt a subiectului activ cenzurează funcționarea normelor defavorabile acestuia, ale căror prevederi conțin elemente asupra cărora se verifică eroarea sa, fără a exista, în mod corelativ, reciprocitate, atunci când eroarea agentului poartă asupra unor elemente de fapt utilizate în construcția unor norme a căror reținere i-ar fi benefică, ipoteză în care eroarea este lipsită de efecte, neesențială, indiferentă; prevederea normativă favorabilă se va aplica indiferent de reflectarea în conștiința persoanei beneficiare a elementelor faptice care îi atrag incidența, spre deosebire de prevederea normativă nefavorabilă!

Or, în mod evident, instituția cauzelor de nepedepsire (precum și aceea a cauzelor de reducere a pedepsei) este încadrabilă în conceptul de instituție a dreptului penal producătoare de efecte favorabile în beneficiul unei persoane care o comis o faptă incriminată, așadar se include în sfera de acoperire a raționamentului anterior dezvoltat, referitor la efectele erorii asupra împrejurărilor de fapt de existența cărora sunt legate efectele juridice

²⁸ „Potrivit cu legea penală română, s-ar putea invoca și un argument desprins din prevederile art. 51 alin. 2 C. pen. Potrivit acestui text, numai circumstanța agravantă necunoscută de agent nu are influență asupra răspunderii penale a acestuia, *per a contrario* circumstanța atenuantă, chiar necunoscută de agent, poate fi invocată de acesta în sprijinul său.” – G. Antoniu, *op. cit.*, p. 325 (în lucrarea monografică asupra vinovăției penale), respectiv p. 29 (în articolul din R.D.P. nr. 1/1995). Cu o nuanță potrivit căreia se acceptă, de principiu, soluția, însă nu întru totul argumentarea (indicată mai sus) pe care urmează a se fundamenta aceasta (dar cu limitarea cadrului de apreciere la analiza modului în care soluția dată ipotezelor de eroare asupra cauzei justificate poate fi raportată în materia erorii asupra circumstanțelor atenuante - *stricto sensu*) – D. Nițu, *op. cit.*, p. 70, 71.

ale normelor care consacră „circumstanțe atenuante”, într-un sens larg, atipic, al utilizării acestei noțiuni.²⁹

Într-un sens similar cu ideile dezvoltate la un moment anterior, în doctrină³⁰ s-a mai precizat, în aceeași direcție de gândire ce poate fi apropiată (în esența sa) de analiza pe care o întreprindem aici, că „agentul nu poate suprima existența obiectivă a unei cauze de exonerare de răspundere [*lato sensu*, prin raportare la doctrina majoritară, acestea ar putea fi privite ca incluzând în esența lor și cauzele de nepedepsire – precizarea noastră, M.D.]; asemenea cauze sunt create și înlăturate numai de legiuitor; nu interesează nici dacă agentul le-a cuprins ori nu în reprezentarea sa; în toate cazurile, va prevala realitatea care consacră existența acestor cauze”.³¹

²⁹ Dacă se admite caracterul neesențial al acestei erori în privința reținerii și producerii efectului circumstanțelor atenuante *stricto sensu*, *a fortiori* trebuie să se admită aceeași soluție pentru instituția cauzelor de nepedepsire, acestea producând efecte pozitive și mai profunde, intense, asupra situației celui care a comis infracțiunea. Raționamentul se menține identic și dacă realizăm raportarea comparativă la ipoteza erorii asupra cauzelor justificative (cu efecte benefice și mai radicale), care este admisă (potrivit surselor pre-citate) în mod constant.

³⁰ G. Antoniu, *op. cit.*, p. 325 (în lucrarea monografică asupra vinovăției penale), respectiv p. 29 (în articolul din R.D.P. nr. 1/1995). Tot o linie de gândire care pare să reiasă din admiterea, implicită, a raționamentului de interpretare *per a contrario* a prevederii din art. 51 alin. 2 C. pen. de la 1968 putem întâlni și la: A. Vlășceanu, *op. cit.*, p. 144. Admițând recunoașterea de efecte juridice *in bona partem* ca urmare a acțiunii agentului în prezența unei atenuante putative (provenind dintr-o eroare asupra unei norme extrapenale, ceea ce poate fi – însă – extrapolat și asupra ipotezelor de eroare de fapt, date fiind asemănările de efecte dintre cele două forme de manifestare a erorii), autoarea precizează: „Soluția ar urma să fie admisă și în raport cu legea penală română, deoarece, dacă făptuitorul răspunde pentru fapta aflată în reprezentarea sa atunci când eroarea poartă asupra circumstanțelor agravante (făptuitorul crede, eronat, că nu a săvârșit fapta în condițiile variantei agravante, ci în condițiile formei de bază a infracțiunii), va răspunde pentru fapta aflată în reprezentarea sa și atunci când eroarea [inversă, am zice noi – p.n., M.D.] poartă asupra circumstanțelor atenuante (făptuitorul crede, eronat, că a săvârșit fapta în condițiile variantei atenuate, iar nu în condițiile formei de bază a infracțiunii)”.

³¹ Analiza respectivă se axa pe efectele produse de o eroare de fapt asupra unei cauze justificative obiectiv existente (agentul crede, greșit, că nu se găsește în prezența unei cauze justificative) [caracterizată de autor ca fiind o eroare inversă; am indicat deja că, în opinia noastră, eroare inversă înseamnă imaginarea ca reală a unei situații (instituții) putative, or în ipoteza descrisă nu ar fi vorba despre o cauză justificativă putativă, deci eroarea – după maniera noastră de expunere – ar apare drept o eroare în sens firesc, iar nu una inversă, care ar exista în cazul unei cauze justificative putative, adică atunci când nu ar fi obiectiv întrunite condițiile unei asemenea instituții, dar agentul ar crede, totuși, eronat, că aceste condiții se verifică], ipoteză ce este asemănătoare (cu excepția producerii efectului de excludere a

(10.9.) Tot ca o linie paralelă, dar convergentă, de argumentare a soluției schițate anterior și susținute prin aceste rânduri, admitem luarea în considerare și a unei alte maniere oarecum atipice (în peisajul doctrinar tradițional din țara noastră) de interpretare a dispozițiilor exprese ale unei norme penale generale. Este vorba despre reglementarea legală a modului de funcționare a circumstanțelor personale, respectiv reale, în caz de participație penală (art. 28 C. pen. de la 1968, precum și asemănătorul art. 50 din noul Cod penal, din 2009) și o interpretare *per a contrario* a acestor prevederi.

În direcția astfel indicată, pornim de la o afirmație formulată în literatura de specialitate (ocasionată de un comentariu al dispozițiilor legale cuprinse în art. 28 C. pen. de la 1968), potrivit căreia: „Regula privitoare la circumstanțele personale și reale se aplică și atunci când infracțiunea se săvârșește de către o singură persoană (...)”.³² Analizând și interpretând această precizare, reținem următoarele: dacă se admite prevederile legale în cauză, drept câmp valid de incidență, aplicare și producere a efectelor, inclusiv situația comiterii infracțiunii de către o singură persoană (deși dispoziția este cuprinsă în materia participației penale), atunci singurele semnificații care pot fi desprinse din dispoziția normativă astfel interpretată pot fi deduse numai prin înlăturarea sensului produs de efectuarea referirilor la alte persoane participante, reținându-se doar semnificația produsă de normă în raport de autor, în calitate de infractor unic. Aceasta tinde a reprezenta o interpretare *per a contrario* a textului, astfel: dacă dispoziția de

caracterului penal al faptei) cu aceea avută aici în vedere, anume cea descrisă drept o eroare de fapt, în sens obișnuit, asupra unei cauze de nepedepsire cu existență obiectivă verificată. Astfel, autorul indica în respectivul cadru: „ (...) agentul crede că nu există o cauză justificativă și acționează ca atare, cunoscând că fapta este ilicită, deși, în realitate, ar fi existat o împrejurare de natură să înlăture răspunderea subiectului (...). În doctrina franceză și italiană, soluția care s-a impus a fost aceea că faptul justificativ operează, în situația de mai sus, indiferent dacă agentul a cunoscut sau nu existența acestuia. Aceeași soluție se impune și în legislația noastră dacă eroarea poartă asupra acelor cauze de nevinovăție care ar putea fi interpretate drept cauze justificative” – G. Antoniu, *op. cit.*, p. 325 (în lucrarea monografică asupra vinovăției penale), respectiv p. 29 (în articolul din R.D.P. nr. 1/1995). *Mutatis mutandis* – dacă înlocuim referirea la cauze justificative (ori la acelea de nevinovăție), cu referirea la cauzele de nepedepsire, precum și trimiterea la efectul de înlăturare a răspunderii (*lato sensu*), cu aceea la efectul de excludere a caracterului pedepsibil (*stricto sensu*) al faptei săvârșită de infractor – considerăm că precizările astfel efectuate în doctrină sunt corespunzătoare și situației analizate de noi!

³² M. Basarab, în: M. Basarab (coordonator) și colectiv, *op. cit. (vol. I, partea generală)*, p. 178.

la alin. 1 al art. 28 C. pen. de la 1968 prevede că „circumstanțele privitoare la persoana unui participant nu se răsfrâng asupra celorlalți”, reiese – *per a contrario* – că aceste circumstanțe (*lato sensu*)³³, se răsfrâng întotdeauna (și produc, astfel, efecte juridice) asupra persoanei în raport de care sunt verificate și reținute³⁴ (sens în care pot fi întâlnite și aprecieri formulate în doctrină³⁵). Cum nu reiese de nicăieri nicio cerință care să condiționeze acest efect de întrunirea unor elemente suplimentare, precum verificarea reflectării în conștiința agentului a existenței și conținutului circumstanței (*lato sensu*) personale, la data exteriorizării comportamentului care determină efectuarea analizei, rezultă că respectivul aspect va influența – în sensul prevăzut de lege – situația juridică a persoanei, indiferent de reprezentările subiective ale acesteia!

De la această regulă se poate formula o excepție, incidentă în ipoteza unor circumstanțe (*lato sensu*) producătoare de efecte în detrimentul agentului, excepție impusă de existența prevederilor art. 51 C. pen. de la 1968³⁶, potrivit cărora eroarea de fapt asupra unor aspecte ale realității de care depinde caracterul penal al unei fapte, ori existența unei forme agravate a acesteia, produce efecte exoneratoare în privința respectivă (înlătură infracțiunea, ori cel puțin forma agravată a acesteia). În acest sens, existența acestor prevederi poate fi apreciată ca reprezentând (în considerarea contextului și expunerilor anterioare) acea cerință legală expresă care să condiționeze de verificarea unor elemente suplimentare (precum verificarea reflectării în conștiința agentului a existenței și conținutului circumstanței

³³ Pentru cuprinderea sensului și sferei de cuprindere în considerarea căroră este utilizat, în contextul dat, termenul de „circumstanță”, a se vedea supra, nota de subsol nr. 26.

³⁴ Continuând raționamentul, prin raportare la cazul circumstanțelor reale, reiese că dacă dispoziția de la alin. 2 al art. 28 C. pen. de la 1968 prevede că „circumstanțele privitoare la faptă se răsfrâng asupra participanților, numai în măsura în care aceștia le-au cunoscut sau le-au prevăzut”, reiese – *per a contrario* – că aceste „circumstanțe” (*lato sensu*), nu se răsfrâng întotdeauna (și nu produc, astfel, mereu, efecte juridice) asupra persoanei unui infractor unic, ci - de asemenea - numai dacă și în măsura în care acesta le-a cunoscut sau le-a prevăzut.

³⁵ „Circumstanțele *personale* nu se răsfrâng, nu radiază de la *un participant la altul* (art. 28 alin. 1); ele produc, deci, efecte – agravante sau atenuante – numai în raport cu participantul față de care s-au ivit. Este ceea ce consacră principiul personalității răspunderii penale” – Aurel Dincu, *Drept penal. Partea generală*, vol. I, ediția a II-a, Tipografia Universității din București, București, 1977, p. 292.

³⁶ Raționamentul funcționează identic prin interpretarea coroborată a prevederilor art. 50 și 30 din noul Cod penal (din 2009).

personale, la data exteriorizării comportamentului care determină efectuarea analizei) producerea efectului dedus din interpretarea *per a contrario* a art. 28 alin. 1 C. pen. de la 1968, anume: răsfrângerea aspectelor având caracter subiectiv, asupra persoanei în raport de care se rețin acestea. În privința circumstanțelor (*lato sensu*) cu efecte favorabile agentului (precum cauzele de nepedepsire), însă, nu există dispoziții restrictive asemănătoare (ceea ce este și firesc, din moment ce rațiunea acestor prevederi restrictive este tocmai protejarea persoanei, iar în sensul de față, restricția ar produce un efect opus, fiind prejudicială pentru individ), așadar „regula” descrisă mai sus rămâne neafectată, în orice împrejurare, aspect care se integrează în sensul argumentării soluției pe care o susținem în cadrul de față!

Aceste considerații le apreciem cu atât mai valabile în lumina noului Cod penal (din 2009), cu cât în cuprinsul acestuia legiuitorul a distins în mod expres, atât în denumirea capitolului, cât și în articolul care conține formularea normei referitoare la producerea efectelor circumstanțelor (*lato sensu*) personale, respectiv reale (art. 50), că reglementarea are în vedere situația *autorului*, respectiv a *participanților*. Opinăm că s-a înlăturat, astfel, rezerva potențială care se putea ridica în raport de interpretarea dată *per a contrario* (în sensul indicat) art. 28 din C. pen. de la 1968, anume că fiind vorba despre o normă inserată în materia participației, se are în vedere – strict – numai ipoteza unei pluralități de subiecți activi care își aduc contribuția comună la săvârșirea unei fapte, incidența prevederilor din acest cadru neputând fi interpretată în sensul extinderii sferei lor de cuprindere și la situația unui infractor unic!³⁷

³⁷ Literatura juridică de specialitate a sesizat deja diferența în exprimarea legiuitorului și a început a analiza noua formulare, avansând interpretări ale acesteia. Într-un sens care credem că susține aprecierile de mai sus, avem în vedere următorul tip de afirmație: „În măsura în care noul Cod penal intitulează capitolul VI [din Titlul al II-lea („Infrațiunea”) al părții generale – p.n., M.D.] „Autorul și participanții”, s-ar părea că socotește că (...) autorul nu face parte dintre participanți (...)” – I. Pascu, în: G. Antoniu (coordonator) și colectiv, *op. cit.* (vol. I, *partea generală*), p. 487; în același sens: Narcis Giurgiu, *Opinii critice privind noul Cod penal – partea generală*, în *Revista de Drept Penal*, nr. 4/2010, p. 53. Deși admitem potențiale rezerve (în acord și cu ultimul autor indicat) față de absolutizarea unei asemenea poziții (înțelegând, însă, justificarea sa, prin corelare cu exprimarea legii), alegem să conferim o variantă interpretativă în lumina căreia poziția autorului – explicit menționat de lege aparte de categoria „participanților” – variază în raport de instituția participației, după cum situația faptică confirmă sau infirmă premisele acesteia: dacă infrațiunea este comisă de către o singură persoană, atunci subiectul activ, în unica și suficienta sa calitate de autor, nu va putea

(10.10.) Efortul argumentativ extensiv parcurs în legătură cu această problemă ar fi dispensat de prezența unei dispoziții legale exprese (prevedere care s-ar putea fundamenta, de altfel, pe ideile dezvoltate în acest expozeu), de tipul celei cuprinse în legea penală italiană. Potrivit art. 59 alin. 1 din Codul penal italian (într-o traducere liberă), se prevede expres că

– desigur – fi privit ca un participant; însă, atunci când la comiterea faptei incriminate activității autorului i se alătură și contribuția altor persoane, poziția de autor va reprezenta o formă (principală) de manifestare în cadrul unei participații penale (autorul fiind definit alături de coautori, în art. 46 C. pen. din 2009, iar coautorii fiind integrați între participanți, potrivit art. 49, care reglementează „pedeapsa în cazul participanților”, rezultă că nu putem considera că noul legiuitor penal și-a însușit în mod esențial viziunea potrivit căreia prin noțiunea de „participant” s-ar înțelege exclusiv instigatorii și complicii, iar nu și autorul / coautorii). Prin exprimarea adoptată (poate nu într-un totu perfectă), apreciem că legiuitorul noului Cod penal (din 2009) a avut în vedere referirea explicită la această potențială dualitate a calității de autor, confirmând – implicit – opinia (ante-indicată) deja exprimată în doctrina corespunzătoare Codului penal de la 1968, anume că regulile stabilite în materia participației penale sunt aplicabile – *mutatis mutandis* – și în ipoteza săvârșirii unei infracțiuni de către o singură persoană, în calitate de autor unic (desigur, în situația acelor reguli a căror adaptare în acest sens este posibilă, ele reținând o semnificație chiar și în afara contextului primar în raport de care au fost proiectate, anume în condiții de participație penale). O astfel de ipoteză credem că este și aceea privind efectul circumstanțelor (*lato sensu*) personale, respectiv reale, ceea ce vine să confirme argumentația din textul de mai sus.

În ceea ce privește faptul că activitatea autorului poate să se manifeste și independent de contextul participației penale, acest aspect flagrant al realității se impune cu puterea evidenței chiar și în condițiile în care legiuitorul Codului penal de la 1968 face referire explicită la calitatea de autor numai în contextul reglementării acestei instituții (poate tocmai pentru a sublinia necesitatea aplicării – în limitele posibilității de adaptare – a prevederilor din această materie și în raport de situația infractorului unic), aspect reafirmat de către doctrină, fie în mod expres – V. Dongoroz, în: V. Dongoroz (coordonator) și colectiv, *op. cit.* (vol. I, partea generală), p. 172; A. Dincu, *op. cit.*, p. 273; Ioan Molnar, *Autoratul ca formă de participație penală*, în *Revista de Drept Penal*, nr. 1/1999, p. 84, 89, 90; Petre Dungan, *Conceptul de participație penală*, în *Revista de Drept Penal*, nr. 2/2000, p. 67, 70, 71; George Antoniu, *Participația penală. Studiu de drept comparat*, în *Revista de Drept Penal*, nr. 3/2000, p. 9-40 (interesează, pentru problema aici indicată, în special dezvoltările amănunțite de la p. 13-21; V. Pașca, *op. cit.*, p. 316 (cu referire și la noul Cod penal, din 2009) – fie din concluziile desprinse din contextul de ansamblu al unor analize întreprinse în materii conexe sau intersectate cu problema săvârșirii infracțiunii, după caz, de către un autor unic ori în participație penală – sens în care facem trimitere, de exemplu, la: George Antoniu, *Reforma penală și sistematizarea dispozițiilor penale (I)*, în *Revista de Drept Penal*, nr. 3/1997, p. 13; Maria Ioana Michinici, *Despre regula non bis in idem cu referire la identitatea de persoană*, în *Analele științifice ale Universității „Al. I. Cuza” din Iași – seria Științe Juridice*, număr unic pentru perioada 1997-1999, Ed. Universității „Al. I. Cuza” din Iași, p. 49-52; ș.a.

circumstanțele (împrejurările³⁸) care atenuează sau exclud pedeapsa trebuie să fie evaluate în favoarea agentului, chiar dacă el nu le-a cunoscut, sau dacă el le-a crezut în mod greșit (eronat) a fi inexistente.³⁹ Apreciem, cu titlu de propunere *de lege ferenda*, că o astfel de dispoziție și-ar găsi justificarea și în dreptul penal român, căruia i s-ar putea dovedi utilă, impunând o unitate interpretativă indubitabilă, echitabilă și conformă cu exigențele moderne ce se pretind unui legiuitor, în privința atitudinii pe care ar trebui să o manifeste în contextul unor raporturi echilibrate între statul de drept și indivizii destinatari ai normelor acestuia.

[11.] (11.1.) Pentru a nu fracționa unitatea indisolubilă a problematicei efectelor produse de eroare asupra instituției pe care o analizăm, în continuare ne vom preocupa și de celelalte modalități (inițial enunțate) sub care acest fenomen se poate prezenta în raport de cauza de nepedepsire cercetată. Astfel, în ceea ce privește *eroarea inversă de fapt asupra existenței situației (calității) determinante a cauzei de impunitate* în cauză, trebuie să specificăm că prin această noțiune avem în vedere (în contextul prezent) ipoteza unui nedenunțator al unei infracțiuni contra siguranței statului / securității naționale, comisă de către o persoană ce nu întrunește

³⁸ Extrapolând, pentru a argumenta aplicarea textului și în raport de ipoteza analizată, vom lua în considerare un sens larg al noțiunii de circumstanță, sens în care aceasta ar reprezenta o noțiune rezonabil echivalentă cu aceea de împrejurare, nereferindu-se doar la circumstanțe, în sensul tehnic, juridico-penal, utilizat în legislația română, anume acela de instituții, strict determinate, de modificare a pedepsei, distincte de stările de modificare a pedepsei, alături de care compun categoria mai largă a cauzelor de modificare a pedepsei (sens care nu ar putea include și referirea la instituția cauzelor de nepedepsire). De altfel, această utilizare a termenului într-o accepție largă se pare că este oarecum chiar în spiritul modului de exprimare al legiuitorului italian, deoarece în prevederea indicată se utilizează noțiunea de „circumstanțe” atât alături de ipoteza atenuării pedepsei, cât și de aceea a excluderii acesteia, efect pe care îl recunoaștem a fi tipic (nu în mod exclusiv, dar mai ales) cauzelor de impunitate.

³⁹ Dispoziția originală, în limba italiană, este astfel exprimată (potrivit art. 59 alin. 1 al Codului penal italian): „Le circostanze che attenuano o escludono la pena sono valutate a favore dell’agente anche se da lui non conosciute, o da lui per errore ritenute inesistenti”. Pentru surprinderea unei traduceri a dispoziției citate care reține esența acesteia în același sens ca cel indicat în textul de mai sus, a se vedea: G. Antoniu, *op. cit.*, p. 321, 322 (în lucrarea monografică asupra vinovăției penale), respectiv p. 26 (în articolul din R.D.P. nr. 1/1995); S. Bogdan, *op. cit. (Eroarea în dreptul penal)*, p. 125. Codul penal italian poate fi consultat în format electronic la adresa de internet: http://www.perrupato.it/codici/codice_penale.htm (verificată la 1.08.2012).

calitatea de soț ori de rudă apropiată (potrivit C. pen. de la 1968) / membru de familie (conform C. pen. din 2009) cu nedenunțatorul, aspect asupra căruia acesta este însă în eroare, în sensul că nutrește convingerea greșită că respectiva infracțiune a fost săvârșită de către o persoană care verifică, în raport de dânsul, una dintre respectivele calități! Nedenunțatorul socotește, în mod incorect, că se găsește într-o situație de fapt care este conformă cu dispoziția legală care consacră nepedepsirea pentru fapta comisă, cu luarea în considerare a întregului contextul în care a fost aceasta săvârșită, pe când în realitatea obiectivă se constată că acesta nu se găsea într-o atare situație de fapt; practic, se acționează în considerarea unei *cauze de nepedepsire putative*, într-o situație de *impunitate (stricto sensu) putativă*!

(11.2.) Potrivit acestei ipoteze, se ridică din nou întrebarea referitoare la incidența sau lipsa incidenței impunității; ar trebui să prevaleze realitatea (așa cum s-a argumentat în situația anterioară, când eroarea se manifesta în sens opus celui acum descris, așadar într-un sens care ar fi atras consecințe defavorabile pentru infractor, dacă i s-ar fi recunoscut erorii efecte juridice) – ceea ce ar implica, însă, în situația de față, respingerea acțiunii cauzei de nepedepsire și sancționarea penală a infractorului – sau, din contra, într-o astfel de împrejurare ar trebui să se acorde preferință procesului de cunoaștere viciat, dar sincer, potrivit căruia a acționat subiectul activ, admitându-se acordarea impunității (într-o aplicare a normei potrivit unei interpretări extensive, prin raportare la criteriile obiective de a căror verificare este, în mod normal, legată recunoașterea incidenței sale)?

(11.3.) În susținerea primei soluții indicate s-ar putea invoca un argument logic, anume cel al simetriei, al echilibrului, al coerenței în raport de soluția atinsă în rezolvarea cazului de eroare de fapt obișnuită asupra calității determinante a nepedepsirii: dacă atunci când nedenunțatorul consideră greșit că lipsește calitatea în temeiul căreia legea acordă impunitatea, urmează a se ține cont de realitatea obiectivă, fiind luată în considerare existența acelei calități, în ciuda ne-reflectării sale în conștiința subiectului activ – reținându-se, astfel, incidența cauzei de nepedepsire – în mod corespunzător, în ipoteza contrară, în care nedenunțatorul apreciază eronat că infracțiunea nedenunțată a fost comisă de soțul ori ruda sa apropiată (C. pen. 1968) / membrul său de familie (C. pen. 2009), aspect contrazis de realitate, ar trebui să se mențină soluția luării în considerare, pentru producerea efectelor juridice, doar a realității concrete, anume a inexistenței calității și – așadar – a refuzului acordării impunității!

(11.4.) Pe de altă parte, în sprijinul celeilalte soluții, putem arăta că în cadrul procesului intern decizional al agentului, un factor motivațional major în adoptarea hotărârii infracționale de nedenunțare este de presupus (în mod rațional) a fi fost constituit tocmai de reprezentarea eronată a calității persoanei care a comis infracțiunea nedenunțată.⁴⁰ Dacă legea prezumă (implicit) existența și intensitatea relațiilor afective dintre persoane între care există raporturi de căsătorie sau anumite raporturi (limitativ indicate) de rudenie (C. pen. 1968) / de conviețuire în cadrul aceleiași familii (în accepțiunea dată termenului de C. pen. din 2009), aceasta nu poate în mod logic și echitabil ignora influența pe care o produce asupra unei persoane credința existenței acestei relații și – implicit – a sentimentelor ce se prezumă a o caracteriza, în împrejurările în care, din punct de vedere subiectiv, persoana în cauză apreciază cu o convingere sinceră (deși eronată) că se găsește în prezența unui asemenea raport, că activitatea sa implică producerea unor consecințe dintre cele mai grave asupra unei asemenea persoane, deși obiectiv realitatea arată altfel. Or, a recunoaște faptul că este rezonabil a presupune extrem de ridicata probabilitate ca eroarea inversă a agentului asupra existenței unei anumite calități a persoanei care a comis infracțiunea nedenunțată să constituie cel puțin unul din motivele determinante ale adoptării deciziei de nedenunțare, înseamnă a admite și că este foarte probabil ca în prezența unei corecte cunoașteri a realității de fapt, hotărârea agentului să fi fost diferită, conducând la o comportare conformă cu exigențele legale (în acest caz, la o denunțare). Altfel spus, este de presupus că dacă nu ar fi fost în eroare inversă de fapt asupra existenței calității de care este condiționată și cauza de nepedepsire, individul nu ar fi adoptat o conduită corespunzătoare descrierii din norma de incriminare, nu

⁴⁰ Pentru o analiză asimilabilă (în esența ideii transmise, corelată cu aspectele tratate în contextul prezent), vizând – însă – starea de provocare, ca circumstanță atenuantă generală legală, a se vedea: Dinu Lăzărescu, *Unele considerații asupra provocării*, în *Revista de Drept Penal*, nr. 4/2004, p. 76. Autorul arată, printre altele: „(...) provocarea există (implicit relația de determinare dintre comportamentul provocator, infracțiunea provocată și rezultat), chiar și atunci când, din eroare, acțiunea celui provocat se răsfrânge asupra unei alte persoane. (...) esențială pentru existența provocării este starea psihică produsă ca efect al comportamentului provocator (...) chiar dacă rezultatul infracțiunii provocate va fi suportat de o altă persoană. (...) cel provocat se va putea apăra invocând provocarea și faptul că săvârșind infracțiunea într-o stare psihică modificată, a avut convingerea neechivocă că se îndreaptă împotriva realului agresor, eroarea în care s-a aflat neputându-l priva de efectele favorabile ale normei (....)”.

ar fi săvârșit infracțiunea; este foarte probabil ca singura rațiune (sau una dintre cele mai importante rațiuni) care l-au făcut pe agent să comită fapta, intrând conștient în conflict cu legea penală, să fi fost sentimentul legitim de protejare a unei persoane pe care, în mod greșit, dar efectiv, a considerat-o a-i fi soț sau rudă apropiată (C. pen. din 1968) / membru de familie (C. pen. din 2009).

Într-un sistem de drept penal care recunoaște principiul fundamental al caracterului subiectiv al răspunderii penale, o asemenea eroare nu poate fi lăsată fără efecte juridice, în special atunci când de prezența unei astfel de relații afective legea leagă expres o dispoziție de impunitate (iar prezența respectivei relații afective este prezumată în virtutea unei anumite calități cu determinare obiectivă, de a cărei existență agentul a fost convins, chiar dacă în mod eronat). Acordarea beneficiului nepedepsirii nu s-ar putea refuza, în astfel de condiții, decât printr-o gravă inechitate și o severă atingere a celor mai elementare legități în considerarea cărora funcționează mecanismele psihice care justifică și impun recunoașterea producerii de efecte juridice în caz de eroare.

(11.5.) Aceasta cu atât mai mult cu cât argumentul invocat în potențiala susținere a opiniei contrare poate fi demontat prin afirmarea caracterului relativ pe care îl prezintă, în drept, atitudinea de abordare interpretativă întemeiată pe considerente de simetrie. Sistemul dreptului reprezintă un organism viu, o entitate supusă prefacerilor în funcție de imperativele necesităților de reglementare a anumitor raporturi sociale (într-un anumit sens, la un anumit moment istoric determinat, într-un anumit cadru social, politic, economic, cultural etc. particular). Drept urmare, dreptul îmbină în mod inerent în substanța sa rațiuni de reglementare de factură obiectivă, pragmatică, cu rațiuni de reglementare care trebuie să țină cont – pentru a se asigura adeziunea efectivă a destinatarilor la normă – de necesitatea satisfacerii unor imperative de echitate existente la nivelul conștiinței mentale colective a grupului social etatic organizat, ai cărui membri reprezintă publicul destinatar țintă al normelor juridice. Cum exprimarea dreptului nu poate fi – în mod eficient și lipsit de dezavantaje majore – suficient de mult flexibilizată pentru a surprinde soluția concretă corespunzătoare oricărei modalități faptice determinate sub care s-ar putea manifesta, într-un oarecare moment post-legislativ, o ipoteză juridică generalizată, prevăzută într-un text normativ, realizarea și aplicarea eficientă a dreptului, cu respectarea esenței sale (în sensul indicat anterior), depinde

de activitatea de interpretare a normei. În acord cu însăși substanța dreptului, această activitate de interpretare și adaptare a normei abstracte la specificul diverselor situații apărute în realitatea obiectivă trebuie să constituie un demers fundamentat pe flexibilitate, pe surprinderea aspectelor de nuanță care pot imprima o particularitate aparte unui anumit caz concret, justificând – astfel – o interpretare în care să prevaleze accentuarea unui alt aspect decât acela valorificat în interpretarea aceleiași norme, ocazionată însă de împrejurări de fapt diferite, cu potențialul efect al determinării unei soluționări distincte a două ipoteze concrete ce pun problema incidenței aceleiași norme, dar care prezintă caractere specifice proprii.

În acest context, devine evident faptul că dezideratul unei abordări interpretative a normei dintr-o perspectivă imuabilă, strict orientată pe asigurarea constantă a simetriei, nu poate fi întotdeauna reținut, putând determina o rigidizare a înțelegerii și aplicării normei, incongruentă cu flexibilitatea realităților factice pe care trebuie aceasta să se plieze. Desigur că în situații identice sau asemănătoare, în care deosebirile dintre cazuri de fapt ce determină incidența aceleiași norme sunt irelevante din punctul de vedere al aplicării acesteia (neimplicând receptarea lor ca deosebiri esențiale, amplificate la nivelul dimensiunii abstracte de existență a normei respective, a substanței ireductibile a acesteia și a rațiunilor care au justificat apariția sa), simetria în interpretarea și aplicarea regulii de drept constituie o calitate, un element prezentând valoare pozitivă. Ori de câte ori premisa astfel descrisă lipsește, însă, anumite împrejurări de fapt prezentând – în raport de altele – deosebiri cu implicații mai profunde, particularități aflate în relație directă cu anumite reguli, principii și mecanisme de bază ale funcționării dreptului (în general, sau unei anumite ramuri a acestuia, în special), se poate impune o adaptare specifică a soluției juridice corespunzătoare acelei ipoteze, în comparație cu rezolvarea atinsă în alte cazuri ce au reclamat judecata asupra incidenței aceleiași norme. Ca atare, procedeul interpretării inflexibile, standardizate, lipsită de receptivitate la nuanțe cu implicații potențial radicale, se devalorizează accentuat în asemenea circumstanțe, putându-se transforma într-o frână în calea unei corecte interpretări și aplicări a normei, într-o sursă de inechitate și într-un factor de regres, fiind posibil să determine o degradare a adevărului din convingere la normă, a destinatarilor acestei și – astfel – o negativă diminuare a încrederii indivizilor în sistemul juridic care disciplinează și guvernează interacțiunea socială.

Conform unei reguli de drept bine-cunoscută și constant reafirmată, respectarea principiului egalității în sistemul juridic nu presupune uniformitate, ci impune admiterea deosebirilor fundamentate pe criterii rezonabile ce pot fi percepute și constatate în mod logic, rațional, obiectiv și echitabil; ipoteze distincte pot justifica soluții deosebite!⁴¹ Extrapolând această regulă de la domeniul predilect în cadrul căreia a fost formulată (principiul constituțional al egalității tuturor persoanelor în fața legii), credem că se mențin rațiunile afirmării sale și în raport de activitatea de interpretare a unei norme, proces ce nu trebuie desfășurat într-o manieră liniară, producătoare de efecte identice, indiferent de datele concrete furnizate de diverse situații de fapt incidente, ci cu atenta apreciere a particularităților specifice fiecărui caz, admitând distincții atunci când acestea se impun în mod real.

(11.6.) Drept urmare, apreciem că și în ipoteza erorii inverse de fapt asupra existenței calității de care legea condiționează funcționarea cauzei speciale de nepedepsire studiate, nedenunțătorul urmează a profita de impunitate. Soluția este în acord cu unele opinii exprimate în doctrină⁴²,

⁴¹ În acest sens, dintr-o perspectivă particularizată la afirmarea constantă a acestei reguli în jurisprudența Curții Constituționale a României, a se vedea: Tudorel Toader, *Soluții (rezumate) din jurisprudența Curții Constituționale în materie penală, publicate în perioada octombrie – decembrie 2011*, în *Revista de Drept Penal*, nr. 1/2012, p. 151.

⁴² „În ceea ce privește eroarea asupra circumstanțelor care modifică limitele legale ale răspunderii agentului în favoarea acestuia [apreciem – *mutatis mutandis* – drept extensibile concluziile raționamentului și pentru ipoteza de față, în care fiind vorba de o cauză de nepedepsire nu mai e vorba doar de simpla modificare a limitelor răspunderii penale în favoarea agentului, ci de o completă suprimare a acestor limite, o desființare a întregii aptitudini de pedepsire, desigur, tot în favoarea acestuia; asocierea o întemeiem pe similitudini ce nu pot fi negate de existența deosebirilor, mai mult cantitative, dintre ipoteze, așadar pe argumentul de interpretare logico-rațională *a pari*, pe identitatea de rațiune – precizarea noastră, M.D.], doctrina admite, în general, că agentul va răspunde potrivit cu circumstanțele de atenuare aflate în reprezentarea sa, chiar dacă, în realitate, împrejurarea atenuantă n-a existat. (...) S-a argumentat că dacă s-ar proceda cu eroarea asupra unei circumstanțe atenuante întocmai ca în cazul erorii asupra agravantei (nereținerea ...), s-ar ajunge la transformarea atenuantei într-o agravantă; de aceea s-a acceptat, în această situație, ca să se rețină atenuanta chiar dacă în realitate n-a existat, fiind suficient să se fi aflat în reprezentarea agentului.” [reafirmăm convingerea că, în contextul dat, noțiunea de „circumstanță” trebuie înțeleasă într-un sens larg, atipic pentru exprimarea tehnică standardizată în limbajul juridico-penal român contemporan – precizarea noastră, M.D.] – G. Antoniu, *op. cit.*, p. 322-324 (în lucrarea monografică asupra vinovăției penale), respectiv p. 26-28 (în articolul din R.D.P. nr. 1/1995). De asemenea, s-a afirmat și: „În situația (...) în care

precum și cu rezolvarea oferită de anumite prevederi legale exprese (interpretate strict sau prin analogie *in bona partem*) care se regăsesc în alte legislații penale naționale⁴³.

agentul se află în eroare, crezând că îi sunt aplicabile dispozițiile art. 73 lit. a [art. 73 lit. a) din C. pen. de la 1968 reglementează circumstanța atenuantă generală legală a depășirii limitelor legitimei apărări ori a stării de necesitate (excesul scuzabil); afirmațiile citate în raport de eroarea inversă asupra acestei instituții le apreciem valabile și cu privire la eroarea inversă asupra calității determinante a cauzei de nepedepsire pasive pe care o analizăm aici, ca efect al unei interpretări analogice *in bona partem*, ambele instituții determinând efecte în beneficiul agentului) – precizarea noastră, M.D.], considerăm că aceste atenuante îi vor fi, de asemenea, aplicabile.” – D. Nițu, *op. cit.*, p. 71. Nu în ultimul rând, avem în vedere și afirmația: „(...) atunci când autorul crede în mod eronat că acționează în prezența unei circumstanțe atenuante [alegem să interpretăm *lato sensu* termenul, pentru a fi utilizabil și în contextul de față – p.n., M.D.], aceasta va fi reținută în favoarea sa, chiar dacă în realitate nu erau întrunite elementele de care depinde incidența ei” – F. Streteanu, *op. cit.*, p. 572 (și doctrina străină acolo indicată). Tot printr-o extindere a situațiilor, putem avea în vedere și argumentele vizând efectele erorii determinante a unei cauze justificative putative, sens în care facem trimitere la: *Ibidem*, p. 578.

⁴³ Deși, la o primă vedere, soluția propusă nu mai este convergentă cu dispozițiile legii penale italiene, deoarece art. 59 alin. 3 al Codului penal italian dispune (potrivit unei traduceri libere) că împrejurările (circumstanțele, *lato sensu*) a căror existență a fost reținută în mod eronat, indiferent de efectele pe care acestea le-ar produce dacă ar exista în mod obiectiv – atenuante sau agravante – nu vor fi valorificate asupra agentului (nici în beneficiul, nici în detrimentul acestuia) [în original, prevederea are următoarea formă: „Se l’agente ritiene per errore che esistano circostanze aggravanti o attenuanti, queste non sono valutate contro o a favore di lui”], în realitate, la un studiu mai atent al acestei legislații, se poate observa că – de fapt – soluția este în sensul argumentat de noi. Aceasta deoarece prin prevederile art. 60 (în traducere liberă) se recunosc excepții de la prevederile de principiu ale art. 59 alin. 3, în sensul că se admite valorificarea în beneficiul agentului a acelor împrejurări (circumstanțe, *lato sensu*) cu rol atenuant, pe care acesta le-a presupus, în mod eronat, a fi existente, dacă acestea privesc condiția (starea) sau calitatea persoanei vătămate sau raporturile dintre agent și această persoană (art. 60 alin. 2); de la acest efect sunt exceptate doar cazurile de eroare privind vârsta sau alte calități, fizice sau psihice, ale persoanei vătămate (caz în care, așadar, eroarea nu va produce efecte în beneficiul agentului) [în original, articolul 60 al C. pen. italian este astfel formulat: „(1) Nel caso di errore sulla persona offesa da un reato, non sono poste a carico dell’agente le circostanze aggravanti, che riguardano le condizioni o qualità della persona offesa, o i rapporti tra offeso e colpevole. (2) Sono invece valutate a suo favore le circostanze attenuanti, erroneamente supposte, che concernono le condizioni, le qualità o i rapporti predetti. (3) Le disposizioni di questo articolo non si applicano, se si tratta di circostanze che riguardano l’età o altre condizioni o qualità, fisiche o psichiche, della persona offesa.”]. În plus, art. 59 alin. 4 teza I din același Cod penal italian specifică expres (în traducere liberă) că împrejurările (circumstanțele, *lato sensu*) cu rol de excludere a pedepsei, a căror existență este reținută chiar și în mod eronat de către agent, vor fi întotdeauna

(11.7.) Cu titlu de potențială rezervă de la soluția astfel avansată, tindem a ne ridica întrebarea dacă rezolvarea în cauză ar trebui luată în considerare întotdeauna, în orice ipoteză de comitere a unei infracțiuni în prezența unei cauze de impunitate (*stricto sensu*) putative, ori dacă afirmarea

valorificate în interesul acestuia [în formularea italiană, textul prevede: „Se l’agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui.”].

În același sens pot fi invocate și dispoziții cuprinse în Codul penal al Germaniei, unde, în § 16 (2) se prevede (în traducere liberă din limba engleză) că persoana care a comis o faptă (desigur, corespundență unei norme de incriminare), aflându-se în eroare, la momentul săvârșirii acesteia, cu privire la existența unei împrejurări (circumstanțe, *lato sensu*) corespunzătoare unei prevederi legale (unei norme) care ar produce un efect mai favorabil asupra sa (se subînțelege, credem, că e vorba de un efect mai favorabil decât acela care s-ar produce ca urmare a aplicării prevederilor legale în mod obiectiv atrase dacă s-ar ține cont doar de existența situației de fapt reale), va profita de prevederile mai favorabile respective (va putea fi pedepsit numai în limitele impuse de încadrarea conduitei sale intenționate potrivit prevederilor legale mai favorabile în condițiile căreia a crezut că acționează) [varianta oficial tradusă în limba engleză – la nivelul Ministerului federal al Justiției din Germania – a textului normativ citat, are următoarea formulare: „Whoever upon commission of the act mistakenly assumes the existence of circumstances which would satisfy the elements of a more lenient norm, may only be punished for intentional commission under the more lenient norm”. Cuprinsul Codului penal german astfel tradus în limba engleză poate fi consultat în format electronic la adresa de internet: <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StGB.htm> (verificată la 1.08.2012)].

O prevedere cu un conținut similar, dar vizând în mod direct doar eroarea asupra cauzelor de excludere a caracterului ilicit al actului – cauze justificative – sau a cauzelor de excludere a vinovăției (ceea ce poate genera anumite rezerve la extinderea sa și asupra altor situații, precum cele privind cauzele de nepedepsire), este cuprinsă și în Codul penal portughez. Potrivit art. 16 alin. 2 al acestuia (în traducere liberă din limba engleză), se dispune că regula enunțată în alin. 1 (reglementând efectul de excludere a intenției pe care îl comportă eroarea datorită căreia agentul nu este conștient de caracterul ilicit al faptei efectiv comise) este incidentă și în ipoteza erorii asupra unei stări de fapt care, dacă ar fi existat, ar fi exclus caracterul ilicit al faptei (ceea ce ar însemna o eroare asupra existenței unei cauze justificative), sau vinovăția agentului (adică o eroare asupra unei cauze de neimputabilitate) [varianta tradusă în limba engleză a textului normativ citat, are următoarea formulare: „Article 16 - Mistake about circumstances of the act. (1) The Mistake about fact or law elements of a type of crime or about prohibitions the knowledge of which is reasonably indispensable for the agent to become aware of the act unlawfulness excludes intent. (2) The rule established in the previous number applies to the mistake about a state of things that, if existing, would have excluded the unlawfulness of the fact or the agent’s fault.” - Énio Ramalho, William Themudo Gilman, *Traducerea în limba engleză a părții generale a Codului penal portughez (art. 1 – 130)*, lucrare ce poate fi consultată în format electronic, la adresa de internet: <http://www.verbojuridico.com/download/portuguese-penalcode.pdf> (verificată la 1.08.2012)].

acesteia ar trebui limitată în funcție de criteriul mixt al raportării posibilității de imputare a erorii (inverse de fapt, privitoare la calitatea determinantă a nepedepsirii) asupra subiectului activ, la specificul laturii subiective a infracțiunii. În cazul unei astfel de urmări alegeri, decizia privind admiterea sau negarea impunității ar ține de configurarea erorii (inverse a) agentului, după caz, drept o eroare inevitabilă (invincibilă, de neînlăturat, neculpabilă), respectiv drept una evitabilă (vincibilă, înlăturabilă, culpabilă, o eroare datorată culpei agentului), precum și de aspectul configurării laturii subiective a infracțiunii în cauză drept exclusiv intenționată (sau praeterintenționată), ori (și) culpoasă.⁴⁴ Desigur, apreciem că dacă se

⁴⁴ Pentru o ipoteză similară, în materia erorii determinante a unor cauze justificative putative, a se vedea: G. Antoniu, *op. cit.*, p. 324 (în lucrarea monografică asupra vinovăției penale), respectiv p. 28, 29 (în articolul din R.D.P. nr. 1/1995). Iar pentru o ipoteză similară, manifestată în materia erorii determinante a unor circumstanțe atenuante putative, a se vedea: George Antoniu, în: George Antoniu, Constantin Bulai (coordonatori), Rodica Mihaela Stănoiu, Avram Filipaș, Constantin Mitrache, Vasile Papadopol, Cristiana Filișanu, *Practica judiciară penală. Partea generală. Vol. II (art. 52-154 Codul penal)*, p. 52. De asemenea, pentru dezvoltări în această materie, a se vedea: D. Nițu, *op. cit.*, p. 71, 72 [a se vedea și p. 75, pentru o reluare și particularizare a aprecierilor inițial formulate în legătură cu excesul scuzabil (putativ) de legitimă apărare și în raport de starea (putativă) de provocare]. Autorul din urmă arată: „În situația (...) în care agentul se află în eroare, crezând că îi sunt aplicabile dispozițiile art. 73 lit. a [din C. pen. de la 1968 – p. n., M.D.], considerăm că aceste atenuante îi vor fi, de asemenea, aplicabile. Trebuie să distingem, însă, între caracterul culpabil sau nu al erorii sub ale cărei efecte a acționat inculpatul. Astfel, dacă eroarea este una culpabilă, care îi poate fi imputată autorului, acesta va răspunde pentru respectiva faptă din culpă, în măsura în care este incriminată și în această ipoteză”. Credem că în partea finală a textului astfel indicat ar fi fost fericită precizarea explicită a faptului că este vorba despre angajarea unei răspunderi *ne-atenuate* pentru comiterea respectivei fapte din culpă, în măsura în care eroarea care a ocazionat impresia agentului că acționează în prezența unei circumstanțe atenuante (dovedită a fi putativă), este o eroare culpabilă. Cu alte cuvinte, efectul atenuant al unei circumstanțe atenuante putative se produce întotdeauna în raport de o infracțiune intenționată (sau praeterintenționată), indiferent de caracterul culpabil sau invincibil al erorii determinante a reprezentării greșite a realității, pe când, în raport de infracțiunile din culpă, atenuarea atrasă de o circumstanță putativă nu se reține decât în ipoteza originării acesteia într-o eroare invincibilă, fiind exclusă atunci când reprezentarea incorectă a infractorului îi este imputabilă acestuia (se datorează culpei sale). *Mutatis mutandis*, admitem reflectarea corespunzătoare a acestor ipoteze și în privința problemei efectelor unei cauze de nepedepsire putative, determinată de o eroare (inversă, credem noi) de fapt, asupra calității pe care legea fundamentează impunitatea. Relevantă în acest punct este și o apreciere expresă a ultimului autor citat, efectuată în același cadru, unde, referitor la chestiunea indicată (problema similară raportată însă la circumstanțele atenuante), se indică (în critica unei decizii de speță în care s-a respins admiterea producerii de efecte atenuante într-o situație de stare – putativă – de

pornește de la premisa acceptabilității soluției de admitere a producerii efectului de impunitate, ca urmare a reținerii unei cauze de nepedepsire putative, această rezolvare ar trebui reținută, cu prioritate, pentru ipotezele de eroare (inversă) invincibilă, neculpabilă, discuții urmând a fi purtate în privința admisibilității adoptării aceleiași soluții și în cazurile de eroare (inversă) culpabilă. Admitem că, dacă în instrumentarea unor cazuri factice concrete s-ar stabili presupunerea rezonabilă că, printr-o concentrare sporită a atenției și verificări diligente suplimentare – în mod real posibile în contextul dat – subiectul activ ar fi reușit să evite starea de eroare inversă asupra existenței (în propria persoană) a calității determinante a impunității, este justificată o anumită reticență în privința admitterii nepedepsirii sale. Altfel spus, apare ca logică atitudinea de problematizare a recunoașterii beneficiului impunității, atunci când acesta ar urma să fie atras de reprezentarea *culpabilă* a infractorului asupra unei cauze de nepedepsire putative.⁴⁵ Ar însemna ca legea să admită – și implicit, să încurajeze –

provocare, determinată de o eroare a agentului în perceperea realității obiective): „Avem rezerve față de această manieră de abordare a instanței (...), căci pe baza acestei interpretări se face abstracție de efectele erorii, care au fost eliminate cu desăvârșire, deși erau, evident, incidente în speță. *Discuția trebuia purtată doar pe caracterul culpabil sau nu al erorii și pe încadrarea juridică a faptei în funcție de latura subiectivă a infracțiunii ...*” [evidențierea noastră, M.D.] – Ibidem, p. 74.

⁴⁵ În materia – mult mai studiată – a efectelor erorii asupra cauzelor justificative, asimilabilă (pentru ilustrarea ideii esențiale ce se dorește a fi transmisă) cu ipoteza erorii asupra cauzelor de nepedepsire, s-au efectuat precizări asemănătoare. Astfel, față de afirmația necircumstanțiată, potrivit căreia: „În cazul în care făptuitorul a acționat având convingerea că săvârșește o faptă penală [sic!; logica indică faptul că referirea corectă viza, în acest context, o *faptă prevăzută de legea penală*, căci dacă făptuitorul avea convingerea că acționează în condițiile prezumției valabile de legitimă apărare, el avea convingerea că fapta comisă astfel nu constituia infracțiune, deci *faptă penală* – p.n., M.D.] în vederea respingerii pătrunderii ilicite în locuință, încăpere, dependință sau loc împrejmuit ori delimitat prin semne de marcare, prezumția [de legitimă apărare, conform art. 44 alin. 2¹ C. pen. 1968 – p.n., M.D.] va opera în favoarea sa, chiar dacă în realitate intrusul se retrăgea sau pătrunderea sa nu era ilicită” [sintetizând, ideea este că există o eroare care conduce la credința greșită că se acționează în condiții valabile pentru prezumția de legitimă apărare, caz în care se argumentează că i se va da efect acesteia (fără nicio distincție), deși – obiectiv – cerințele legale pentru existența ei nu erau îndeplinite – p.n., M.D.] (pentru aceasta, a se vedea: Dorel George Matei, Petruța Ulmeanu, *Legitima apărare în condiții speciale*, în *Revista de Drept Penal*, nr. 2/2007, p. 105), s-a exprimat precizarea: „Este posibil ca făptuitorul să se afle în eroare asupra intențiilor intrusului. În acest caz se vor aplica regulile erorii de fapt: dacă este invincibilă eroarea, fapta nu va constitui infracțiune; iar dacă este vincibilă [eroarea – p.n., M.D.] va putea justifica o

atitudinile neglijente, ușurința și pasivitatea, ca medii de urgență ale erorii culpabile, imputabile, întemeind pe o astfel de bază producerea de efecte juridice majore, într-un mod extensiv (prin raportare la cadrul normativ expres reglementat), ceea ce nu poate fi acceptat ca exprimând o atitudine voită a legiuitorului.⁴⁶

Pe de altă parte, a refuza admiterea nepedepsirii în orice împrejurare în care agentul ar acționa în considerarea evitabilă a incidenței unei cauze de impunitate putative, ar semnifica adoptarea unei rigidități sancționatorii excesive și nejustificate față de conduite cu proveniență culpabilă, în contextul în care, adeseori, legiuitorul penal nu acordă relevanță juridică decât manifestărilor exterioare întemeiate subiectiv pe atitudini intenționate.

Dacă revenim, în acest punct, asupra realității potrivit căreia opțiunile de tehnică legislativă prin intermediul cărora legiuitorul își exprimă voința de politică penală, conferind o anumită natură juridică determinată unei instituții a dreptului pozitiv, sunt la dispoziția și alegerea suverană a acestuia, credem că întrevădem rezolvarea problemei aici analizate într-o manieră care să țină cont atât de necesitatea determinării caracterului culpabil sau neculpabil al erorii inverse (de fapt) a agentului (asupra calității determinante a nepedepsirii), cât și de atitudinea subiectivă solicitată de lege pentru constituirea caracterului penal al faptei incriminate săvârșite în prezența unei astfel de erori, precum și de maniera de corelare a acestor două aspecte.

După cum apreciam și la un punct anterior al dezvoltării studiului prezent, este evident și de necontestat că legiuitorul se bucură de o deplină libertate în demersul de stabilire a naturii juridice a instituțiilor pe care le creează în drept. Astfel, deși prin art. 170 alin. 2 C. pen. de la 1968,

infracțiune din culpă.” [în măsura în care există o normă de incriminare care descrie respectiva faptă, ca ilicită din punct de vedere penal, inclusiv atunci când aceasta s-ar comite din culpă – p.n., M.D.] – George Antoniu, în *Nota redacției* la articolul precitat, în *Revista de Drept Penal*, nr. 2/2007, p. 108.

⁴⁶ Literatura de specialitate reține că astfel de implicații inadmisibile au reprezentat unele dintre principalele argumente utilizate de o parte a doctrinei din străinătate (din spațiul juridic german, mai ales), pentru a critica una dintre teoriile care au aptitudinea de a fundamenta și justifica soluția de recunoaștere (admitere) chiar și a erorii de drept penal, în anumite împrejurări, ca sursă producătoare de efecte juridice (anume *teoria intenției*), în beneficiul celeilalte teorii majore formulate în acest domeniu (anume, *teoria vinovăției*). În acest sens, a se vedea: A. Vlășceanu, *op. cit.*, p. 116, 117. Pentru prezentarea celor două teorii amintite (și a unor variații ale acestora), a se vedea și: S. Bogdan, *op. cit.*, p. 145 ș.u.

respectiv prin art. 410 alin. 2 C. pen. din 2009, a fost aleasă formula naturii juridice a cauzei de nepedepsire pentru evitarea sancționării penale efective a anumitor categorii de persoane care au adoptat o conduită socială indezirabilă determinată, nimic nu ar fi putut împiedica prevederea în lege a calității de soț sau rudă apropiată (C. pen. de la 1968) / membru de familie (C. pen. din 2009) a nedenunțatorului unei infracțiuni contra siguranței statului, cu titlu de cauză specială de înlăturare a caracterului penal al faptei⁴⁷ (așadar, cu efect de excludere a infracțiunii), ori chiar ca un element constitutiv negativ al incriminării, ca o condiție specială limitativă a sferei persoanelor apte să reprezinte potențiali subiecți activi ai infracțiunii astfel prevăzute de lege⁴⁸.

Deși legiuitorul penal român nu a optat pentru varianta diminuării sferei categoriilor de persoane în sarcina cărora a instituit obligația denunțării respective, neexceptându-i de la această obligație pe soții și rudele apropiate (C. pen. din 1968) / membrii de familie (C. pen. din 2009) ai persoanei care a comis o (anumită) faptă incriminată dintre cele îndreptate contra siguranței statului / securității naționale, propunem un exercițiu (deloc improbabil) de imaginație, în sensul că o atare alegere ar fi fost efectuată în cadrul dreptului pozitiv. Debutând de la această premisă, ne propunem să stabilim cum s-ar fi rezolvat situația unei erori inverse de fapt asupra existenței acestei calități exoneratoare de caracter penal, eroare reținută a fi existat în conștiința agentului, la momentul săvârșirii faptei. Credința greșită în existența unei cauze care, dacă ar exista, ar face imposibilă reținerea unei anumite fapte – obiectiv comise – cu titlu de infracțiune, ar conduce la producerea de efecte juridice *in bona partem* indiferent de caracterul său vincibil sau invincibil și de corelarea acestuia cu forma de vinovăție solicitată de lege pentru ca fapta descrisă în norma de incriminare să dobândească relevanță infracțională (intenție sau praeterintenție, pe de o parte, respectiv doar culpă, sau și culpă, pe de altă parte), ori variațiunile acestor dimensiuni de analiză ar fi apte să conducă, uneori, la producerea de

⁴⁷ O posibilă și ipotetică formulare în acest sens ar fi putut fi una de tipul: „Omisiunea de a denunța, săvârșită de (... respectivele categorii de persoane ...), nu constituie infracțiune / nu prezintă relevanță penală” (sau alte formulări echivalente).

⁴⁸ O posibilă și ipotetică formulare în acest sens ar fi putut fi una de tipul: „Omisiunea de a denunța de îndată (...), săvârșită de orice alte persoane decât (... respectivele categorii de persoane ...), constituie infracțiune și se pedepsește (...)” (sau alte formulări echivalente).

efecte juridice favorabile agentului, iar alteori, la neproducerea de asemenea consecințe, ca urmare a constatării respectivei erori?

Răspunsul la această interogație este oferit de lege în art. 51 alin. 3 C. pen. de la 1968, respectiv în art. 30 alin. 2 C. pen. din 2009, potrivit cărora eroarea asupra unei stări, situații sau împrejurări de care depinde caracterul penal al faptei produce efecte exoneratoare în privința infracțiunii, chiar și atunci când aceasta ar fi una din culpă, dar numai dacă eroarea nu este datorată ea însăși culpei agentului. Drept urmare, se instituie o deosebire între efectele erorii, în calitate de cauză de excludere a infracțiunii, în funcție de latura subiectivă a infracțiunii la care se raportează, precum și după caracterul său de eroare culpabilă sau neculpabilă. Prin consensul doctrinei în interpretarea prevederilor legale amintite, se apreciază că eroarea va înlătura caracterul penal al faptelor care constituie infracțiuni doar atunci când se comit cu intenție (sau praeterintenție), indiferent de configurarea acesteia drept o eroare evitabilă sau inevitabilă, respectiv că eroarea va înlătura și caracterul penal al faptelor care constituie infracțiuni (și) atunci când se comit din culpă, însă, în acest ultim caz, numai dacă eroarea în cauză este invincibilă; o eroare izvorâtă din culpă, prin raportare la o faptă care constituie infracțiune (și) atunci când se comite din culpă, nu produce efect exonerator (de caracter penal)!

În măsura în care această distincție se impune fără rezerve atunci când eroarea poartă asupra unui element de care depinde existența infracțiunii, așa cum ar avea aptitudinea să fie și calitatea agentului de soț sau rudă apropiată (C. pen. 1968) / membru de familie (C. pen. 2009), în raport de o anume terță persoană, nu vedem de ce modificarea statutului juridic al instituției întemeiată pe această situație (din cauză de excludere a infracțiunii, în cauză de nepedepsire) ar trebui să implice și o modificare a modului de funcționare al mecanismului producerii efectelor sale.⁴⁹ Decizia privind producerea

⁴⁹ Aceasta cu atât mai mult cu cât mecanismul de funcționare al erorii nu se modifică nici atunci când trecerea are loc de la stadiul cauzelor de excludere a infracțiunii la acela al împrejurărilor de agravare a acesteia. Astfel, prin coroborarea dispozițiilor art. 51 alin. 2 și 3 C. pen. de la 1968, doctrina a evidențiat în mod judicios faptul că: „(...) excluderea aplicabilității circumstanțelor agravante ce însoțesc o infracțiune intenționată are loc indiferent dacă eroarea este invincibilă sau culpabilă, însă *în cazul unei infracțiuni din culpă eroarea înlătură agravanta numai în măsura în care nu este datorată culpei făptuitorului*” [evidențierea noastră, M.D.] – F. Streteanu, *op. cit.*, p. 572. În același sens: Ghe. Dărnă, în: T. Vasiliu (coordonator) și colectiv, *op. cit. (partea generală)*, p. 372, 375, 376; C. Bulai,

B.N. Bulai, *op. cit.*, p. 280; V. Pașca, în: M. Basarab (coordonator) și colectiv, *op. cit. (vol. I, partea generală)*, p. 311; C-tin. Mitrache, în: C-tin. Mitrache, C. Mitrache, *op. cit.*, p. 169.

Din moment ce aceste interpretări ale legii penale au fost întemeiate inclusiv pe succesiunea textelor legale (alin. 2 din art. 51 C. pen. de la 1968 prevăzând efectele erorii de fapt asupra circumstanțelor agravante, iar alin. 3 reglementând efectele erorii în cazul infracțiunilor din culpă, inclusiv cu referire la alineatul precedent), credem că noua ordonare a textelor în cadrul reglementării erorii din noul Cod penal (din 2009) ar putea obstacula continuitatea acestei interpretări, ceea ce nu reușim a înțelege dacă este sau nu un efect conștient urmărit de noul legiuitor penal, iar în cazul unui răspuns afirmativ, ne întrebăm care ar putea fi rațiunile unui astfel de reviriment (precum și dacă acesta este un element de noutate cu adevărat oportun, adus de codul din 2009), în măsura în care aspectul nu a fost elaborat în explicațiile cuprinse în expunerea de motive a acestui act normativ. Astfel, în timp ce art. 30 alin. 1 C. pen. 2009 reglementează eroarea de fapt exoneratoare de infracțiune intenționată (după cum reiese din coroborarea alin. 1 cu alin. 2), observăm [în divergență – sperăm, totuși, doar aparentă, fiind probabil vorba de o greșeală, recurentă, de tipar – cu unele precizări din doctrină, care fac referire la cuprinderea acestei dispoziții în „alin. 3 al art. 33”, de altfel inexistent – V. Pașca, *op. cit.*, p. 232; V. Pașca, în: G. Antoniu (coordonator) și colectiv, *op. cit. (vol. I, partea generală)*, p. 273], că alin. 2 prevede efectele erorii asupra infracțiunilor din culpă și abia apoi este reglementată, în alin. 3, eroarea asupra circumstanțelor agravante / elementelor circumstanțiale agravante, dispunându-se doar că: „Nu constituie circumstanță agravantă sau element circumstanțial agravant starea, situația ori împrejurarea pe care infractorul nu a cunoscut-o în momentul săvârșirii infracțiunii”. Din moment ce în formularea dată nu se efectuează nicio distincție după cum eroarea ar fi una culpabilă sau nu, iar fapta ar constitui infracțiune doar intenționată (eventual praeterintenționată) ori (și) din culpă, iar o prevedere expresă de tipul „dispozițiile alin. 1 și 2 se aplică și în cazul circumstanțelor agravante / elementelor circumstanțiale agravante” nu există, rezultă – în temeiul argumentului de interpretare logico-rațională: *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* – că orice tip de eroare va înlătura agravanta în raport de orice tip de infracțiune (așadar, că și în cazul unei infracțiuni din culpă, o eroare, chiar imputabilă infractorului, deci culpabilă, evitabilă, vincibilă, va înlătura agravanta), ceea ce reprezintă o inversare (credem noi, nejustificată) a regulii existente în această materie, potrivit Codului penal de la 1968!

Nu putem fi de acord cu opinia exprimată în literatură, potrivit căreia pare a se sesiza un potențial efect determinat de modificarea textelor în cadrul art. 30 C. pen. 2009, față de așezarea lor în C. pen. de la 1968, însă cu desprinderea concluziei că și dispozițiile din alin. 3 (referitoare la eroarea asupra agravantelor), ca și cele din alin. 1 (privind eroarea asupra elementelor constitutive ale infracțiunii, în esența lor de bază), ar avea, deopotrivă, o aplicare restrânsă la „cazul faptelor săvârșite cu intenție” – Alexandru Boroș, *Drept penal. Partea generală (conform noului Cod penal)*, Ed. C.H. Beck, București, 2010, p. 287. Pentru regula din alin. 1 această afirmație este corectă, dar numai datorită coroborării sale cu norma din alin. 2, care îi limitează implicit sfera de cuprindere celei dintâi, privită în mod singular. În lumina Codului penal din 1968 afirmația ar fi fost, de asemenea valabilă, tot prin coroborarea alin. 1 și 2 (care reglementează, însă, în acest cadru, eroarea asupra agravantelor) cu alin. 3 (sediul erorii asupra infracțiunilor din culpă). Autorul fie nu a sesizat specificul acestei

consecințelor juridice în caz de eroare ar trebui să țină cont, în mod egal, de raportarea tipului erorii (culpabilă sau nu) la atitudinea psihică (exclusiv intenționată sau nu) solicitată în abstract subiectului activ pentru atragerea relevanței penale a faptei, chiar dacă efectele erorii s-ar manifesta numai în sfera pedepsibilității faptei. Altfel, înseamnă a pretinde admisibilitatea faptului că reprezentările psihice eronate ale individului pot produce efecte juridice cu o sferă internă de impact diferit, în funcție de instituția fundamentală a dreptului penal la care se raportează, în sensul că ar putea să producă la nivelul unei instituții subsecvente efecte mai ample decât cele admise la nivelul unei instituții principale (în raport de cealaltă), ceea ce ar fi illogic, în considerarea argumentului *a maiore ad minus*!⁵⁰ În ambele situații

coroborări a textelor, fie de fapt nu a conferit semnificație (în sensul aici relevant) modificării ordinii de reglementare a tipurilor de eroare, în noul cod, față de cel precedent.

Revenind, trebuie spus că este opinia noastră fermă aceea că nimic nu justifică o modificare a regulilor după care funcționează mecanismele producătoare de efecte juridice ale erorii, după cum aceasta este raportată la una sau alta dintre instituțiile fundamentale ale dreptului penal. Acestea ar trebui să i se admită aceleași efecte interne, produse după același algoritm, în cadrul fiecărei asemenea instituții, iar alterarea acestei leme logice ne conduce pe terenul unor manevre abuzive ale legiuitorului – cel puțin din perspectiva standardelor științifice pe care ar trebui să le respecte în elaborarea corectă și sistematică a cadrului normativ – care ar necesita cel puțin o explicație formală, momentan absentă!

⁵⁰ Dacă la nivelul excluderii instituției fundamentale primare a dreptului penal – infracțiunea – eroarea culpabilă nu produce efecte în cazul faptelor care constituie infracțiuni (și) atunci când sunt comise din culpă, ar fi illogic ca aceasta să producă efecte mai largi în raport de instituția fundamentală a pedepsei (instituție fundamentală subsecventă celei a infracțiunii), înlăturând caracterul punibil (*stricto sensu*) al unei fapte care constituie infracțiune (și) atunci când este comisă din culpă, indiferent de caracterul său de eroare culpabilă sau neculpabilă. Efectul mai restrâns al nepedepsirii fiind în mod implicit integrat în efectul mai larg, al irelevanței penale a unei fapte, este absurd să se aprecieze că instituția cu efect exonerator direct doar asupra caracterului pedepsibil al unei fapte ar putea determina producerea unor consecințe sancționatorii mai întinse decât acelea care ar putea fi atrase, implicit, de acțiunea instituției cu efect exonerator direct asupra relevanței penale a faptei. Eroarea din culpă asupra calității de soț sau rudă apropiată (C. pen. de la 1968) / membru de familie (C. pen. din 2009), în cazul unei fapte constituind infracțiune (și) atunci când se comite din culpă, dacă de aceste calități ar depinde existența infracțiunii, nu ar produce efecte, așadar fapta ar fi reținută drept infracțiune și agentul ar fi pasibil de pedeapsă pentru aceasta. În schimb, dacă s-ar admite modificarea regulilor de funcționare ale erorii, ca urmare a transpunerii analizei acesteia de la nivelul instituției penale fundamentale a infracțiunii la acela al instituției fundamentale a pedepsei (în sensul unificării efectelor produse de aceasta, indiferent de caracterul său culpabil ori neculpabil și de corelarea acestuia cu latura subiectivă a infracțiunii), aceeași eroare culpabilă asupra existenței calității respective, de data aceasta

fiind implicată, *in nuce*, absența caracterului sancționator penal al activității săvârșite, ar fi aberant să se admită – sub acest aspect – erorii legate de o cauză de nepedepsire, consecințe mai întinse decât erorii legate de o cauză de excludere a infracțiunii, mai ales dacă pe conținut, în esența sa, eroarea respectivă ar purta asupra uneia și aceleiași calități a persoanei, diferența de regim juridic fiind dată, exclusiv, de calificarea acordată de legiuitor respectivei calități, din punct de vedere al naturii juridice: cauză specială de înlăturare a caracterului penal al faptei, sau condiție negativă a conținutului constitutiv al infracțiunii – pe de o parte – ori cauză specială de nepedepsire (pe de altă parte).⁵¹

(11.8.) Ca atare, pare că se impune ca și în materia erorii inverse de fapt asupra existenței unei calități a infractorului de care depinde incidența unei cauze de nepedepsire, să se realizeze aceeași distincție legal operată în materia erorii ce poartă asupra unor aspecte de care depinde caracterul penal al faptei, prin corelarea formei culpabile ori neculpabile a erorii cu specificul laturii subiective a infracțiunii. Drept urmare, dacă fapta săvârșită constituie infracțiune și atunci când se comite din culpă, iar eroarea determinantă a cauzei de impunitate putative este imputabilă infractorului (se datorează culpei acestuia), atunci ar urma să se refuze admiterea producerii de efecte juridice de către această eroare, ceea ce semnifică negarea beneficiului nepedepsirii; iar dacă fapta respectivă nu constituie infracțiune atunci când se comite din culpă (ci numai atunci când forma de vinovăție este intenția sau praeterintenția), se va admite erorii să genereze efecte juridice – așadar,

valorificată ca o condiție de care depinde doar pedepsibilitatea faptei (nefiind afectat, însă, caracterul penal al acesteia), în raport de aceeași faptă constituind infracțiune (și) atunci când se comite din culpă, ar trebui să producă efecte, constând în lipsa caracterului pasibil de pedeapsă al agentului. Credem că se impune de la sine faptul că o astfel de soluție nu poate fi primită, fiind contrară logicii inerente mecanismelor care asigură funcționarea sistemului de drept!

⁵¹ Un argument suplimentar în același sens ar putea fi dedus din evidențierea doctrinei cu privire la necesitatea distingerei caracterului culpabil de acela neculpabil al erorii purtând asupra unor stări / situații / împrejurări cu rol de circumstanțe atenuante, distincție care se impune apoi a fi corelată cu tipul subiectiv al infracțiunii: exclusiv intenționată (eventual și praeterintenționată), ori doar / sau și culpoasă. A se vedea, de pildă: Victor Ionescu, *Depășirea limitelor legitimei apărări*, în *Revista Română de Drept*, nr. 11/1969, p. 70, 71. *Mutatis mutandis*, putem admite extinderea raționamentului și la cauzele de nepedepsire. Pentru dezvoltări și nuanțări pe marginea acestei teme, a se vedea și: Ludovic Biró, *Considerații referitoare la depășirea limitelor legitimei apărări*, în *Revista Română de Drept*, nr. 3/1970, p. 110-114.

cauza de nepedepsire putativă va produce același efect ca și o cauză de nepedepsire cu existență obiectiv verificată, consolidând impunitatea infractorului – indiferent de caracterul culpabil sau neculpabil al acestei erori.

Raportând acestea la cazul infracțiunii de nedenunțare a unor infracțiuni contra siguranței statului / securității naționale, prin raportare la contextul reglementărilor penale de ansamblu din cele două coduri penale românești aflate în tranziție legislativă contemporană, trebuie să distingem efecte separate. Dacă ne raportăm la *Codul penal din 1968*, observăm că infracțiunea în cauză fiind una omisivă, în vederea determinării laturii sale subiective trebuie făcută aplicarea regulii din art. 19 alin. 3⁵², astfel încât reiese că este indiferentă forma de vinovăție cu care se comite fapta, pentru existența caracterului infracțional al acesteia (nefiind dispoziții speciale contrare, atât intenția cât și culpa pot constitui latura subiectivă a acestei infracțiuni). Ca atare, eroarea (inversă, de fapt) culpabilă, generatoare a unei cauze speciale de nepedepsire putative, legată de calitatea corelativă (de soț ori rudă apropiată) a nedenunțătorului față de subiectul activ al infracțiunii nedenunțate, nu ar trebui să fie producătoare de efecte juridice. Ca atare, în această ipoteză se va reține situația obiectivă nefavorabilă infractorului (inexistența cauzei de nepedepsire), reprezentarea sa eronată, din culpă, cu privire la existența calității care ar atrage incidența impunității putând să fie, eventual, valorificată în cadrul operațiunii de individualizare judiciară a pedepsei, putând primi, cel mult, statut de circumstanță judiciară atenuantă.

(11.9.) În schimb, *raportându-ne la noul Cod penal (din 2009)*, este de observat că – deși infracțiunea de care se leagă cauza de nepedepsire analizată rămâne una omisivă – se modifică regulile generale de determinare a formei de vinovăție reprezentând latura subiectivă a unei anumite infracțiuni. Astfel, făcând aplicarea art. 16 alin. 6⁵³ la norma de incriminare

⁵² Conform art. 19 alin. 3 C. pen. de la 1968: „Fapta constând într-o inacțiune constituie infracțiune fie că este săvârșită cu intenție, fie din culpă, afară de cazul când legea sancționează numai săvârșirea ei cu intenție”. În textul art. 170 alin. 1 din același cod nu există niciuna dintre formulările generale acceptate care ar putea sugera o astfel de voință a legiuitorului de a restrânge latura subiectivă a infracțiunii în cauză doar la cazurile de săvârșire intenționată a acestei fapte.

⁵³ Potrivit art. 16 alin. 6 din noul Cod penal (din 2009): „Fapta constând într-o acțiune sau inacțiune constituie infracțiune când este săvârșită cu intenție. Fapta comisă din culpă constituie infracțiune numai când legea o prevede în mod expres”. În textul art. 410 alin. 1 din același cod nu există niciuna dintre formulările general acceptate care ar putea sugera o astfel

respectivă, reiese că fapta nu va mai constitui infracțiune decât în măsura săvârșirii sale cu intenție, iar nu și din culpă. Ca atare, în considerarea raționamentului anterior, rezultă că o eroare de orice fel (culpabilă sau nu) asupra calității determinante a nepedepsirii, va produce efecte juridice pozitive asupra infractorului; impunitatea putativă (în considerarea acestei cauze) va fi mereu pe o poziție de echivalență juridică cu aceea propriu-zisă (obiectivă, reală), profitându-i nedenunțatorului.

În ce măsură acesta reprezintă un efect conștient urmărit de către noul legiuitor penal, ca urmare a modificării regulii de determinare a laturii subiective a infracțiunilor, în condițiile neintroducerii unor modificări în structura normelor de incriminare a unor fapte omisive descrise de legea penală, precum și dacă (admițând un răspuns pozitiv la interogația anterioară) o atare conduită reprezintă sau nu un progres al noii reglementări penale fundamentale, sunt aspecte care rămân a fi dezbătute și elucidate, de acum încolo, de către doctrină și jurisprudență. Sarcina asumată în aceste rânduri se limitează la relevarea acestei potențiale ipoteze interpretative și a consecințelor derivate dintr-însa. asupra unei norme din dreptul penal!

*

Ultima parte a prezentului articol (care se va înainta spre publicare într-un număr viitor al revistei) urmează a aborda problema erorii de drept (după caz, atât extrapenal cât și penal, atât eroare în sens normal cât și în sens invers), în raport de cauza de nepedepsire pe care o avem în vedere în cadrul analizei astfel întreprinse.

de voință a legiuitorului de a augmenta latura subiectivă a infracțiunii în cauză și la cazurile de săvârșire din culpă a acestei fapte.

**TRATAMENTUL NAȚIUNII CELEI MAI FAVORIZATE ÎN
COMERȚUL CU SERVICII – REGULĂ FUNDAMENTALĂ A
COMERȚULUI INTERNAȚIONAL ÎN CADRUL SISTEMULUI
MULTILATERAL AL ORGANIZAȚIEI MONDIALE A
COMERȚULUI**

NICOLAE-HORIA ȚIȚ*

Abstract: Most – Favoured – Nation Treatment (MFN) in trade in services – fundamental rule of the WTO multilateral trading system

The World Trade Organization (WTO) law provides for rules and disciplines on international trade in services, based on the principles of non-discrimination. One of these principles is the Most – Favoured – Nation Treatment (MFN), according to which WTO members shall accord immediately and unconditionally to services and service suppliers of any other member treatment no less favourable than that it accords to like services and service suppliers of any other country (Art. II par. 1 GATS).

A three – tier test of consistency is set out to determine whether there is a violation of the MFN treatment obligation under Art. II, par. 1 of GATS: whether the measure at issue is a measure covered by the GATS; whether the service or service suppliers concerned are “like services” or “like service suppliers”; whether less favourable treatment is accorded to the service or service suppliers of a member.

The article analyzes the three conditions and gives reference to the Panel and Appellate Body relevant reports in the field.

Key-words: most-favoured-nation treatment, trade in services, like services, like services suppliers.

Ca și în comerțul cu bunuri, reglementarea comerțului cu servicii pe principiul nediscriminării se materializează în consacrarea în art. II alin. 1 al GATS a tratamentului națiunii celei mai favorizate, ca regulă fundamentală a

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

comerțului internațional în domeniul serviciilor¹. Este interzisă discriminarea, pe de o parte, între servicii similare provenind din țări diferite, pe de altă parte, între prestatori sau furnizori de servicii provenind din țări diferite². Se are în vedere, ca și în GATT 1994, asigurarea egalității de șansă pentru participanții la activitatea de comerț internațional, în speță pentru servicii și prestatorii sau furnizorii de servicii provenind din state diferite, membre ale OMC³.

Pe lângă art. II alin. 1 al GATS, tratamentul națiunii celei mai favorizate este menționat și de alte dispoziții ale acordului, cum ar fi: Art. VII referitor la recunoaștere, Art. VIII referitor la monopoluri și furnizori exclusivi de servicii, Art. X referitor la măsurile urgente de salvagardare, Art. XII referitoare la măsuri pentru păstrarea echilibrului balanței de plăți, Art. XVI referitor la regulile privind accesul pe piață, Art. XXI referitor la notificarea listelor cuprinzând angajamentele statelor membre.

Obligația aplicării tratamentului națiunii celei mai favorizate conform art. II alin. 1 din GATS vizează atât măsurile legale (discriminări *de jure*) cât și comportamentul concret (discriminări *de facto*)⁴. O măsură are caracter discriminatoriu de jure dacă aceasta rezultă chiar din redactarea textului de lege. Dacă măsura nu apare ca fiind discriminatorie așa cum a fost edictată, există totuși să aibă caracter discriminatoriu *de facto* dacă, analizând toate elementele de fapt referitoare la aplicarea în concret a acelei măsuri, rezultă că are un astfel de caracter în practică sau în fapt⁵. În cazul comerțului cu

¹ În acest sens, art. II alin. 1 din GATS prevede că „În ceea ce privește orice măsură acoperită de prezentul Acord, fiecare Membru va acorda imediat și necondiționat serviciilor și furnizorilor de servicii ale oricărui alt Membru un tratament nu mai puțin favorabil decât cel pe care îl acordă serviciilor și furnizorilor de servicii similare din orice altă țară”. A se vedea Dominique Carreau, Patrick Juillard, *Droit International Économique*, 2^e Edition, Dalloz, Paris, 2005, p. 294 – 295.

² David Luff *Le Droit de L'Organisation Mondiale du Commerce, Analyse critique*, Bruylant, Bruxelles, LGDJ, Paris, 2004, p. 589.

³ M. Rafiqul Islam, *International Trade Law of the WTO*, Oxford University Press, 2006, p. 350.

⁴ A se vedea în acest sens Raportul Organismului de apel în cauza *EC – Bananas III* (*European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*), par. 233. A se vedea Mitsuo Matsushita, Thomas J. Schoenbaum, Petros C. Mavroidis, *The World Trade Organization, Law, Practice and Policy*, Second Edition, Oxford University Press, 2006, p. 622.

⁵ Peter van den Bossche, *The Law and Policy of World Trade Organization, Text, Cases and Materials*, Second Edition, Cambridge University Press, 2008, p.335.

servicii, s-a exprimat opinia potrivit căreia regula tratamentului națiunii celei mai favorizate vizează doar discriminările de jure, spre deosebire de regula tratamentului național, care vizează atât discriminările de jure, cât și cele de facto, ca urmare a prevederilor exprese ale art. XVII al GATS în acest sens. Așa cum am arătat și mai sus, acest punct de vedere nu a fost împărtășit de Organismul de soluționare a apelurilor care a adoptat aceeași practică întâlnită în jurisprudența GATT referitoare la regula tratamentului națiunii celei mai favorizate, în sensul că aceasta vizează atât discriminările de jure, cât și pe cele de facto⁶.

Ca și în cazul Art. I alin. 1 al GATT 1994, Art. II alin. 1 al GATS prevede mai multe condiții funcție de care se poate stabili dacă o anumită măsură respectă sau nu principiul tratamentului națiunii celei mai favorizate. Astfel, trebuie avut în vedere dacă măsura respectivă intră sub incidența GATS, dacă serviciul sau prestatorul ori furnizorul acestuia are caracter similar și dacă un tratament mai puțin favorabil este acordat serviciului sau prestatorului ori furnizorului de servicii al statului membru în discuție.

Spre deosebire însă de Art. I alin. 1 din GATT 1994, GATS permitea membrilor să prevadă anumite excepții de la principiul tratamentului național, sub condiția menționării acestora în lista de angajamente specifice până la data intrării în vigoare a Acordului de la Marrakesh, respectiv 1 ianuarie 1995⁷. În baza acestei posibilități, aproximativ două treimi din statele membre OMC au formulat astfel de excepții, în special în domeniul transportului maritim, telecomunicațiilor și serviciilor financiare. Deși Art. 6 din Anexa privind excepțiile de la obligațiile enunțate la Articolul II din GATS prevede în principiu că aceste excepții trebuie să înceteze în termen de 10 ani de la data intrării în vigoare a Acordului de la Marrakesh (deci ar fi trebuit să nu mai producă efecte începând cu 1 ianuarie 2005), având în

⁶ În acest sens, Raportul Organismului de Apel în cauza *EC – Bananas III (European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas)*, par. 231-232 face trimitere la Raportul Panelului GATT în cauza *EEC – Imports of Beef*.

⁷ În acest sens, Art. II alin. 2 din GATS prevede că „Un Membru va putea menține o măsură incompatibilă cu paragraful 1, dacă aceasta figurează în Anexa privind excepțiile de la obligațiile enunțate în Articolul II și satisface condițiile care sunt indicate în această anexă” iar Art. 1 din Anexa privind excepțiile de la obligațiile enunțate la Articolul II prevede că „Prezenta anexă definește condiții în care un Membru, în momentul intrării în vigoare a acestui Acord este exceptat de la obligațiile sale conform paragrafului 1 al Articolului II”.

vedere formularea ambiguă a acestui alineat numeroase state continuă să le aplice⁸.

Art. I alin. 1 al GATS prevede că acordul se aplică măsurilor statelor membre care afectează comerțul cu servicii. Prin urmare, pentru ca o măsură să intre sub incidența GATS trebuie ca aceasta să fie adoptată de un stat membru și să afecteze comerțul cu servicii⁹.

În ceea ce privește prima condiție, trebuie reținut că pentru ca o măsură să fie adoptată de un stat membru nu trebuie neapărat să provină de la autoritățile centrale sau de la guvernul aceluia stat¹⁰. Măsurile adoptate de autorități locale sunt de asemenea măsuri ale statului membru în înțelesul GATS. De asemenea, sunt considerate ca fiind măsuri ale statului membru și cele care provin de la o autoritate neguvernamentală, dacă aceste măsuri sunt dispuse în exercitarea unei funcții publice delegată de guvern sau autorități¹¹. Prin termenul de măsură se înțelege orice măsură luată de către un membru, sub formă de lege, de reglementare, regulă, procedură, decizie, de acțiune administrativă sau sub orice altă formă¹².

În ceea ce privește cea de-a doua condiție, pentru a se determina în concret dacă o măsură afectează comerțul cu servicii trebuie avute în vedere două aspecte: primul, dacă există comerț cu servicii; al doilea, dacă, în înțelesul art. I alin. 1 al GATS, acesta este afectat de măsura respectivă¹³.

⁸ Art. 6 din Anexa privind excepțiile de la obligațiile enunțate la Articolul II din GATS prevede că „În principiu, excepțiile nu ar trebui să depășească o perioadă de zece ani”. Pentru detalii, a se vedea Rudolf Adlung, Antonia Carzaniga, *MFN Exemptions under the General Agreement On Trade In Services: Grandfathers Striving For Immortality?*, în „Journal of International Economic Law”, Vol. 12, Nr. 2/2009, p. 357–392.

⁹ Peter van den Bossche, *op. cit.*, p. 336.

¹⁰ În acest sens, Art. I alin. 3 lit. a) al GATS prevede că „măsuri ale Membrilor” înseamnă măsuri luate de:

i) guvernele și administrațiile centrale, regionale sau locale; și
ii) organismele neguvernamentale, atunci când exercită puteri delegate de guvernele sau administrațiile centrale, regionale sau locale;

Pentru îndeplinirea obligațiilor și angajamentelor sale din cadrul prezentului Acord, fiecare Membru va lua toate măsurile rezonabile în puterea sa pentru ca, pe teritoriul său, guvernele administrațiile regionale și locale și organismele neguvernamentale să le respecte.”

¹¹ Spre exemplu, un organism profesional (barou de avocați, cameră a notarilor etc.).

¹² A se vedea art. XVIII lit. a) din GATS.

¹³ A se vedea Raportul Organismului de Apel în cauza *Canada – Autos (Canada - Certain Measures Affecting the Automotive Industry)*, par. 155.

GATS nu definește noțiunea de servicii. Cu toate acestea, Art. I alin. 3 lit. b) prevede că noțiunea de „servicii” include toate serviciile din toate sectoarele, cu excepția serviciilor furnizate în exercitarea puterii guvernamentale¹⁴. Un serviciu furnizat în exercitarea puterii guvernamentale înseamnă orice serviciu care nu este furnizat, nici pe o bază comercială, nici în concurență cu unul sau mai mulți furnizori de servicii. Putem include aici asistența medicală, poliția, serviciile educaționale, penitenciarele¹⁵. De asemenea, o serie de servicii prevăzute în mod expres în anexele la GATS nu intră sub incidența acestuia, cum ar fi, spre exemplu, serviciile din domeniul transportului aerian¹⁶.

Chiar dacă o definiție legală a serviciilor nu este cuprinsă de GATS, acordul definește comerțul cu servicii. Acesta este identificat ca fiind sinonim cu furnizarea unui serviciu în unul din cele patru moduri prevăzute de Art. I alin. 2 al GATS, respectiv:

- furnizarea¹⁷ peste graniță (de exemplu, consultanța juridică dată de un avocat dintr-un stat membru unui client aflat pe teritoriul altui stat membru);
- consumarea peste graniță a serviciului (de exemplu, tratament medical acordat de un medic stabilit într-un stat membru unui pacient din alt stat membru și care călătorește în statul membru unde se găsește medicul pentru a primi respectivul tratament);
- furnizarea prin prezență comercială¹⁸ (spre exemplu, servicii financiare oferite de o bancă care își stabilește o filială în statul unde serviciul este furnizat);

¹⁴ David Luff, *op. cit.*, p. 579.

¹⁵ Multe din aceste servicii care în trecut erau apanajul exclusiv al serviciilor guvernamentale au trecut în ultimii ani în sfera serviciilor furnizate pe baze comerciale – educație, sănătate, penitenciare etc. – intrând așadar sub incidența GATS. A se vedea Rudolf Adlung, *Public Services and the GATS*, în „Journal of International Economic Law”, Vol. 9, Nr. 2/2007, p. 455 ș.u.

¹⁶ Conform Anexei la GATS privind serviciile din domeniul transportului aerian acordul nu se aplică măsurilor care afectează drepturile de trafic, indiferent de modul în care au fost acordate sau serviciile legate direct de exercitarea drepturilor de trafic. Cu toate acestea, GATS se aplică măsurilor care afectează serviciile de reparații și întreținere a aeronavelor vânzarea sau comercializarea serviciilor de transport aerian; serviciilor de sisteme informaționale de rezervare (CRS).”

¹⁷ Potrivit art. XVIII lit. b) din GATS, „Termenul ”furnizarea unui serviciu” include producția, distribuția, comercializarea, vânzarea și livrarea unui serviciu”.

- furnizarea prin prezență efectivă a persoanei (spre exemplu, servicii de programare furnizate într-un stat de un programator care călătorește în statul respectiv pentru a furniza serviciul).

Definițiile date de Art. I alin. 2 din GATS sunt destul de generale, incluzând numeroase situații concrete¹⁹. În practică s-a stabilit spre exemplu, în ceea ce privește furnizarea peste graniță că din moment ce art. I alin. 2 lit. a) se referă în definirea acestui mod de furnizare a serviciilor în mod exclusiv al furnizării din teritoriul unui membru în teritoriul oricărui alt membru, fără a se face mențiune cu privire la furnizorul serviciului, rezultă că este irelevantă pentru calificarea unei operațiuni comerciale ca fiind furnizare de servicii peste graniță locul de unde operează furnizorul aceluia serviciu²⁰. De asemenea, în ceea ce privește furnizarea serviciului prin prezență comercială, Art. I alin. 2 lit. c) prevede că aceasta presupune prezența comercială a furnizorului de servicii pe teritoriul altui stat membru, fără însă a specifica dacă furnizarea serviciului are loc pe teritoriul statului unde furnizorul este prezent sau pe teritoriul altui stat. Prin urmare, furnizarea serviciului prin prezență comercială nu exclude situația în care serviciul provine de pe teritoriul statului unde prezența comercială este stabilită, dar este efectuată pe teritoriul unui alt stat membru²¹.

În ceea ce privește condiție de a afecta de a comerțului cu servicii, conform art. I alin. 1 al GATS, s-a stabilit în practică faptul că noțiunea de „a afecta” trebuie înțeleasă în mod extensiv, nefiind limitată la acele măsuri care reglementează sau guvernează comerțul cu servicii²². O măsură poate intra sub incidența GATS chiar dacă ea reglementează o altă chestiune, atâta timp cât are implicații asupra comerțului cu servicii. Situațiile concrete sunt

¹⁸ Noțiunea de prezență comercială este definită de art. XVIII lit. d) din GATS ca fiind „orice tip de întreprindere comercială sau profesională, inclusiv sub forma:

i) constituirii, achiziționării sau menținerii unei persoane juridice, sau;
ii) creării sau menținerii unei sucursale sau unui birou de reprezentare, pe teritoriul unui Membru, în scopul furnizării unui serviciu”.

¹⁹ Mitsuo Matsushita, Thomas J. Schoenbaum, Petros C. Mavroidis, *op. cit.*, p. 611.

²⁰ A se vedea Raportul Panelului în cauza *Mexico – Telecoms* (*Mexico - Measures Affecting Telecommunications Services*), par. 7.30. Pentru detalii a se vedea Eleanor M. Fox, *The WTO's First Antitrust Case – Mexican Telecom: A Sleeping Victory for Trade and Competition*, în „Journal of International Economic Law”, Vol. 9, Nr. 2/2007, p. 271–292.

²¹ *Ibidem*, par. 7.375.

²² Raportul Organismului de Apel în cauza *EC – Bananas III* (*European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*), par. 220.

nelimitate²³, ceea ce face ca acordul să poată fi aplicat atât măsurilor care reglementează în mod concret comerțul cu servicii (spre exemplu, condiții de autorizare a furnizorilor de servicii de telefonie mobilă) dar și măsurilor care, deși reglementează alte domenii (spre exemplu comerțul cu bunuri), afectează și comerțul cu servicii (spre exemplu, regulile care vizează licențierea producătorilor pot afecta și pe distribuitori sau transportatori)²⁴.

Odată stabilită incidența GATS asupra măsurii analizate, trebuie stabilit dacă serviciile sau furnizorii de servicii afectați sunt similari celor care beneficiază de respectiva măsură. Importanța acestei determinări este evidentă, doar dacă se stabilește similaritatea punându-se problema unei discriminări.

Așa cum am arătat și mai sus, GATS nu definește noțiunea de serviciu, ci se referă doar la comerțul cu servicii prin identificarea modurilor de furnizare care intră sub incidența acestuia. De asemenea se face distincția între serviciile comerciale și cele guvernamentale, acestea din urmă neintrând sub incidența acordului. Noțiunea de furnizor de servicii este definită²⁵ de GATS, incluzând orice persoană fizică²⁶ sau juridică²⁷ care furnizează un serviciu în unul dintre cele patru moduri identificate mai sus.

²³ Potrivit Art. XXVIII lit. c) al GATS, măsurile care afectează comerțul cu servicii includ măsurile referitoare la cumpărarea, plata sau utilizarea unui serviciu, accesul la și utilizarea de, cu ocazia furnizării unui serviciu, servicii pe care acești membri solicită să fie oferite publicului, în general, prezența, inclusiv prezența comercială a persoanelor unui membru pentru furnizarea unui serviciu pe teritoriul unui alt membru. Folosirea termenului "include" semnifică faptul că enumerarea este exemplificativă și nu exhaustivă. A se vedea în acest sens Peter van den Bossche, *op. cit.*, p. 339.

²⁴ Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll, Clemens Feinaugle, *WTO - trade in services*, Martinus Nijhof Publishers, Leiden, 2008, p. 45;

²⁵ Art. XVIII lit. g) din GATS prevede că „expresia "furnizor de serviciu" desemnează orice persoană care furnizează un serviciu”, cu următoarea notă de subsol: „În cazul în care serviciul nu este furnizat direct de către o persoană juridică, ci prin intermediul altor forme de prezență comercială, cum ar fi o sucursală sau un birou de reprezentare, furnizorul de servicii (adică persoana juridică) nu va beneficia mai puțin datorită unei astfel de prezențe de tratamentul prevăzut pentru furnizorii de servicii, în virtutea prezentului Acord. Acest tratament va fi acordat prezenței datorită căreia serviciul este furnizat și nu va trebui, în mod necesar, să fie extins la alte părți furnizorului în afara teritoriului unde serviciul este furnizat.”

²⁶ Art. XVIII lit. k) din GATS prevede că „expresia "persoană fizică a unui alt Membru" înseamnă o persoană fizică, care are reședința pe teritoriul acestui alt Membru sau oricărui alt Membru și care, conform legislației acestui alt Membru:

- i) este un resortisant al acestui alt Membru; sau
- ii) are dreptul la rezidență permanentă în acest alt Membru, în cazul unui Membru care:

Nici noțiunea de similaritate nu este definită în GATS și nici practica de soluționare a diferendelor nu este foarte bogată din acest punct de vedere, cu referire la domeniul comerțului internațional cu servicii. Determinarea similarității serviciilor sau furnizorilor de servicii trebuie, indiferent de situație să se bazeze pe evaluarea următoarelor criterii: caracteristicile serviciului și ale furnizorului de servicii, clasificarea și descrierea serviciilor conform sistemului CPC²⁸, preferințele și obiceiul consumatorilor cu privire la anumite servicii sau furnizori. Faptul că mai mulți furnizori furnizează același serviciu nu trebuie, de exemplu, să conducă în mod automat la concluzia că aceștia sunt furnizori similari, factori precum mărimea, mijloacele lor de producție, experiența sau expertiza trebuind să fie luați în

1. nu are resortisanți sau

2. acordă în mod substanțial același tratament rezidenților săi permanenți ca și resortisanților în ce privește măsurile afectând comerțul cu servicii, așa cum a notificat cu ocazia acceptării prezentului Acord sau aderării la acest acord, fiind înțeles că nici un Membru nu este obligat să acorde acestor rezidenți permanenți un tratament mai favorabil decât cel care ar fi acordat de acest alt Membru la acești rezidenți permanenți. Această notificare va cuprinde asigurarea că el își va asuma, în ce privește acești rezidenți, în concordanță cu legile și reglementările sale, aceleași responsabilități ca cele pe care acest alt Membru le are față de naționalii săi.”

²⁷ Art. XVIII lit. l) din GATS prevede că „expresia „persoană juridică” înseamnă orice persoană juridică constituită în mod corespunzător sau altfel organizată, în conformitate cu legislația aplicabilă, în scopuri lucrative sau nu, și deținută de sectorul privat sau sectorul public, inclusiv orice societate, înțelegere, societate de persoane, întreprinderi, întreprindere individuală sau asociații”, iar Art. XVIII lit. m) din GATS prevede că „expresia „persoană juridică a unui alt Membru ” înseamnă o persoană juridică:

i) care este constituită sau altfel organizată, în conformitate cu legislația acestui alt Membru și care efectuează importante operațiuni comerciale pe teritoriul acestui Membru sau oricărui alt Membru; sau

ii) în cazul furnizării unui serviciu, grație unei prezențe comerciale, care este deținută sau controlată:

(1) de persoane fizice a acestui Membru, sau

(2) de persoane juridice ale acestui Membru, așa cum sunt identificate la subparagraful i):

b) De asemenea, Art. XVIII lit. n) din GATS prevede că „o persoană juridică:

i) "este deținută" de persoanele unui Membru, dacă mai mult de 50% din capitalul său social aparținând în deplină proprietate persoanelor acestui Membru;

ii) "este controlată" de persoane ale unui Membru, dacă aceste persoane au capacitatea să numească majoritatea administratorilor sau sunt abilitate de drept să-i dirijeze operațiunile sale;

iii) "este afiliată" la o altă persoană când ea controlează această altă persoană sau este controlată de aceasta; sau dacă ea însăși și cealaltă persoană sunt ambele controlate de aceeași persoană.”

²⁸ Clasificarea CPC este făcută de către Organizația Națiunilor Unite, prin Comisia de Statistică.

considerare²⁹. Determinarea similitudinii serviciilor sau furnizorilor presupune așadar determinarea naturii și competiție existente între produsele respective sau furnizorii respectivi. În lipsa unor criterii clare, pot fi avute în vedere cele stabilite în practică pentru stabilirea similarității produselor, deși acestea pun de obicei mai multe probleme prin complexitatea lor crescută³⁰.

Cel de-al treilea element care trebuie avut în vedere pentru analiza principiului tratamentului națiunii celei mai favorizate în comerțul cu servicii vizează tratamentul acordat serviciilor similare sau furnizorilor de servicii similare. Membrii trebuie să acorde imediat și necondiționat serviciilor sau furnizorilor de servicii a celorlalte state membre un tratament nu mai puțin favorabil ca cel acordat serviciilor sau furnizorilor de servicii similari din orice alt stat. Art. II al GATS nu prevede nicio o referire suplimentară cu privire la înțelesul noțiunii de tratament nu mai puțin favorabil. Cu toate acestea, anumite precizări sunt făcute de art. XVII al GATS, care reglementează obligația acordării tratamentului național, în sensul că o anumită măsură este considerată ca fiind mai puțin favorabilă dacă aceasta modifică condițiile concurenței comerciale în favoarea serviciilor sau furnizorilor de servicii ai unui membru în raport cu serviciile similare sau furnizorii similari de servicii ai oricărui alt membru³¹. În practică s-a stabilit însă că reglementarea art. XVII din GATS nu se aplică în mod automat și la art. II alin. 1, cu toate că aceeași practică a stabilit că discriminarea în contextul tratamentului națiunii celei mai favorizate include atât discriminarea de jure, cât și cea de facto, la fel ca și în cazul tratamentului național, deși doar la Art. XVII al GATS se prevede în mod expres acest lucru³².

Acordarea tratamentului nu mai puțin favorabil trebuie să aibă loc automat și necondiționat. Termenul automat se referă la obligația membrilor

²⁹ David Luff, *op. cit.*, p. 589 – 590.

³⁰ Peter van den Bossche, *op. cit.*, p. 340.

³¹ În acest sens, Art. XVII alin. 3 din GATS prevede că „Un tratament identic din punct de vedere formal sau diferit din punct de vedere formal va fi considerat ca fiind mai puțin favorabil, dacă modifică condițiile de concurență în favoarea serviciilor sau furnizorilor de servicii a oricărui Membru în raport cu serviciile similare sau furnizorii de servicii similare ai unui alt Membru.”

³² A se vedea în acest sens Raportul Organismului de apel în cauza *EC – Bananas III* (*European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*), par. 234.

de a acorda un tratament nu mai puțin favorabil serviciilor sau furnizorilor de servicii similari din alte state membre OMC fără întârziere. Cu alte cuvinte, extinderea beneficiilor măsurii respective asupra tuturor serviciilor similare și tuturor furnizorilor de servicii similare trebuie să aibă loc fără ca un termen să poată fi acordat în acest sens³³. Referitor la acordarea necondiționată a tratamentului respectiv, mai multe clarificări sunt necesare. Există două opinii în practică cu privire la interpretarea acestei condiții: într-o primă opinie se susține că termenul necondiționat presupune ca niciun fel de condiție să nu fie impusă pentru acordarea respectivului avantaj serviciilor similare sau furnizorilor de servicii similari; cea de-a doua opinie susține că noțiunea de necondiționat semnifică faptul că un membru OMC nu poate impune condiții suplimentare ca cele impuse pentru prima acordare a respectivului avantaj, atunci când extinde respectivul avantaj asupra tuturor celorlalți membri OMC³⁴. Achiesăm la această opinie, având în vedere că principiul tratamentului națiunii celei mai favorizate în comerțul cu servicii presupune acordarea unui tratament nu mai puțin favorabil serviciilor și furnizorilor de servicii similari, nu însă de a acorda acestora un tratament mai favorabil decât cel inițial acordat.

³³ Mitsuo Matsushita, Thomas J. Schoenbaum, Petros C. Mavroidis, *op. cit.*, p. 621.

³⁴ A se vedea Raportul Panelului în cauza *Canada – Autos (Canada - Certain Measures Affecting the Automotive Industry)*, par. 10.23 – 10.24.

**CONSIDERAȚII CU PRIVIRE LA RĂSPUNDEREA PENALĂ A
ȘEFILOR DE STATE DIN FEDERAȚIA RUSĂ ȘI STATELE UNITE
ALE AMERICII**

CLAUDIU GEORGE PUPĂZAN*

Abstract

The Constitutions of Romania, United States of America and Russian Federation include dispositions in their original texts relating to criminal responsibility of the president of the state. Even if there are differences referring to regulation of this legal institutions, however, after a comparative analyses we can see common elements. First of all, the President shall be responsible for the crime of treason. Second of all, the impeachment of the President it's always the responsibility of the legislative power, the Parliament. Finally, establishing the guilt of the President has as a consequence, in every situation, the president dismissal.

Key words: *criminal responsibility of the president of the state, The President of The United States, The President of The Russian Federation, Parliament.*

1. Încă de la apariția și apoi generalizarea instituției prezidențiale la nivelul statelor lumii, s-a remarcat rolul deosebit de important pe care îl are președintele statului în viața politică a unei țări. În acest sens, majoritatea constituțiilor regimurilor democratice nu numai că au alăturat funcția de reprezentare a statului Președintelui,¹ dar i-au conferit acestuia și un rol de garant al respectării constituției și legilor, de mediator între puterile statului, în vederea unei funcționări eficiente a instituțiilor publice și nu în ultimul

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

¹ Ase vedea art.59 al.1 din Constituția Germaniei, art. 80, al.1 din Constituția României, art.5 din Constituția Franței, art.87 din Constituția Italiei, art.2 din Constituția S.U.A., art.80-93 din Constituția Federației Ruse.

rând de protector al independenței naționale, al integrității teritoriale și unității statului²

Pe de altă parte, funcția de președinte presupune și o componentă de bază a puterii executive într-un stat de drept. Prin prerogativele deținute și exercitate fie individual, într-un executiv monocefal, fie alături de primul ministru și guvern, într-un executiv dualist, președintele participă la guvernarea statului, la menținerea echilibrului între puterile lui dar și la garantarea independenței justiției.³

Cât privește răspunderea penală a șefilor de stat, aceasta este privită în doctrină⁴ ca fiind cea mai amplă formă de control exercitată de legislativ asupra executivului având ca și finalitate, după parcurgerea procedurilor specifice, demiterea șefului de stat. Modul în care este tras la răspundere penală conducătorul statului diferă însă de la un sistem constituțional la altul în funcție de forma de guvernământ dar și de realitățile social-politice ce caracterizează fiecare stat.

2. La prima vedere, am putea spune că sistemele constituționale ale Statelor Unite ale Americii (S.U.A.) și Federației Ruse ar fi total opuse, antagonice, idee susținută atât de rivalitatea existentă între cele două state de-a lungul timpului cât și de puternicele tradiții istorice ce au influențat în mod decisiv instituțiile lor juridice. Totuși la o analiză mai atentă putem remarca numeroase asemănări ce au drept punct de pornire forma de organizare de tip federal a statelor.

Pe de altă parte, importanța studierii celor două sisteme constituționale se bazează și pe faptul că acestea au reprezentat și reprezintă în continuare modele atât pentru instituțiile juridice similare din statele occidentale, cazul S.U.A., cât și pentru statele din estul Europei, de menționat aici constituțiile din spațiul ex-sovietic care urmează aproape fidel modelul Federației Ruse în ceea ce privește reglementarea acțiunii de punere sub acuzare a Președintelui țării.

² A se vedea art.5 din Constituția Franței și art.80 al.1 și 2 din Constituția României.

³ Art.133 al.6, art.94 lit.c și art.134 al.1 din Constituția României și art.64 și 65 din Constituția Franței.

⁴ Dana Apostol Tofan, *Instituții administrative europene*, Ed. C.H.Beck , București, 2006, p.81 și Florin Vasilescu, *Considerații privind controlul parlamentar în dreptul comparat*, în Studii de drept românesc nr.1-2 din 1996, p.123.

În Constituția Statelor Unite ale Americii funcției prezidențiale i se acordă o atenție deosebită prin prisma importanței și a rolului pe care aceasta o are în societatea americană. Este și motivul pentru care cel care exercită o asemenea demnitate publică trebuie să aibă o vastă experiență în domeniul administrației, o bună reputație și să se abțină, ca pe durata mandatului, să săvârșească fapte de natură să aducă atingere prestigiului acesteia. La nivel federal, Constituția S.U.A. a garantat acest lucru statuând în art.2, secțiunea 4 că: președintele S.U.A., vicepreședintele dar și alți înalți demnitari de nivel federal vor fi înlăturați din funcție în cazul în care sunt condamnați pentru infracțiuni de luare de mită, înaltă trădare, dar și pentru alte crime și delictе foarte grave⁵. Potrivit textului constituțional, demiterea din funcție a persoanelor vizate se face de către Senatul S.U.A. numai după parcurgerea unei proceduri specifice numită *impeachment*⁶.

Acțiunea de punere sub acuzare a Președintelui S.U.A.⁷ poate fi inițiată fie de membrii Camerei Reprezentanților, camera inferioară a Congresului American, individual sau colectiv, prin prezentarea sub jurământ a acuzațiilor aduse, fie de către alte persoane care au cunoștință de săvârșirea unor asemenea fapte grave. Sesizarea, indiferent de inițiator, trebuie să fie depusă la comisia competentă din Camera Reprezentanților, de regulă comisia care are în competență analiza problemelor de natură juridică, care va analiza speța și va decide, cu majoritate de voturi, dacă există motive temeinice de punere sub acuzare a înaltului demnitar. Dacă asemenea motive există, actul de acuzare va fi prezentat plenului Camerei Reprezentanților, care cu majoritate simplă de voturi va decide trimiterea lui către Senat, camera decizională a Congresului în această privință. Odată trimis actul de acuzare, Camera Reprezentanților va desemna din rândul ei anumite persoane, așa numiții: *house managers* care au rolul de a susține acuzarea în fața Senatului.

⁵ The Constitution of the United States, Ed. Fall River Press, New York, 2002. Textul original: *The President, Vice President and all Civil Officers of the United States, shall be removed from Office on Impeachment for and Conviction of, Treason, Bribery, or other high Crimes and Misdemeanors.*

⁶ A se vedea: http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/_/dict.aspx?word=Articles+of+impeachment

⁷ A se vedea: <http://www.washingtonpost.com/wp-srv/politics/special/clinton/stories/articles122098.htm> și <http://watergate.info/impeachment/articles-of-impeachment>.

Senatul va dezbate cauza ca într-o adevărată instanță de drept comun, respectând principiul contradictorialității și pe cel al dreptului la apărare. Astfel ședința Senatului va fi condusă de către Președintele Curții Supreme de Justiție a S.U.A., trimișii Camerei Reprezentanților, *house managers*, vor susține acuzarea, Președintele S.U.A., cel învinuit, va avea dreptul să-și prezinte apărarea, iar senatorii vor fi adevărații jurați care vor decide vinovăția sau nevinovăția lui. La sfârșitul dezbaterilor, membrii Senatului se vor retrage pentru a delibera și a da verdictul. Stabilirea vinovăției Președintelui și implicit demiterea sa se va putea face doar cu întrunirea unei majorități calificate de două treimi. Președintele demis astfel poate fi pus sub acuzare în fața instanțelor de drept comun.

Pe de altă parte potrivit Constituției Federației Ruse, inițiativa de punere sub acuzare a Președintelui Federației Ruse aparține Președintelui Comitetului de Anchetă al Federației Ruse, organ subordonat Procurorului General al Federației Ruse,⁸ care în termen de 3 zile va solicita Dumei de Stat, camera inferioară a Adunării Federale, Parlamentul Federației Ruse, ridicarea imunității Președintelui. Dacă Duma de Stat consideră solicitarea întemeiată, în acest sens fiind necesar votul a o treime din deputați, decizia cu privire la ridicarea imunității împreună cu motivarea Președintelui Comitetului de Anchetă al Federației Ruse va fi trimisă Sovietului Federației Ruse, camera superioară a Adunării Federale, organism competent să decidă ridicarea imunității Președintelui. Hotărârea cu privire la ridicarea imunității Președintelui Federației Ruse luată de Sovietul Federației se va comunica în termen de 3 zile Președintelui Comitetului de anchetă al Federației Ruse.⁹

Potrivit art.93 din Constituția Federației Ruse¹⁰, Președintele Federației va putea fi demis din funcție de către Sovietul Federației numai pe baza acuzațiilor însușite de Duma de Stat pentru trădare¹¹ sau pentru săvârșirea altor infracțiuni grave, confirmate de avizul Înaltei Curți de

⁸ Art. 448 al.1, pct.8 din Codul de procedură penală al Federației Ruse în <http://www.zakonrf.info>

⁹ Art. 448 al.7 din Codul de procedură penală al Federației Ruse în <http://www.zakonrf.info>

¹⁰ A se vedea <http://constitution.garant.ru>.

¹¹ Referitor la infracțiunea de trădare, art.275 din Codul penal al Federației Ruse prevede ca aceasta constă în *spionajul, divulgarea secretului de stat sau în orice alt ajutor dat unui alt stat, instituții sau organizații străine sau reprezentanților acestora și prin care se aduce atingere securității Federației Ruse, dacă fapta a fost săvârșită de un cetățean al Federației Ruse se pedepsește cu închisoare de la 12 la 20 de ani și cu amendă de până la 500 000 de ruble.*

Justiție a Federației Ruse cu privire la existența elementelor constitutive ale infracțiunilor de care se presupune a fi vinovat, dar și de avizul Curții Constituționale a Federației Ruse cu privire la procedura de prezentare a acuzației¹². De menționat că ambele avize ale celor două instanțe sunt obligatorii. Hotărârea Sovietului Federației privind demiterea Președintelui din funcție va fi luată cu majoritate calificată de două treimi din numărul total al membrilor ce compun organul colegial în termen de 3 luni de la data înștiințării de către Duma de Stat, consecința nerespectării acestui termen fiind încetarea procedurii de demitere.¹³

Demiterea Președintelui va avea loc la momentul publicării Hotărârii Sovietului Suprem în Monitorul Oficial al Federației Ruse.

3. O primă observație pe care o putem face în legătură cu cele două texte constituționale, se referă la faptul că atât în S.U.A., cât și în Federația Rusă camerele inferioare ale puterii legislative: Senatul, respectiv Duma de Stat sunt competente să hotărască punerea sub acuzare a Președintelui, camerelor superioare: Camera Reprezentanților, respectiv Sovietul Federației Ruse revenindu-le competența de a decide, după parcurgerea unor proceduri specifice și dacă este demonstrată existența vinovăției, demiterea Președintelui.

În al doilea rând, vedem că infracțiunile care atrag demararea procedurii de demitere sunt asemănătoare în cele două acte constituționale, fiind vorba de infracțiunea de trădare, pe de o parte, dar și de alte infracțiuni grave, pe de altă parte, nespecificate însă de lege dar care sunt în măsură să aducă atingere demnității funcției și, în același timp, să afecteze și încrederea cetățenilor în propriul ales.

Spre deosebire însă de Statele Unite ale Americii, unde instanțele judiciare de drept comun nu pot fi implicate în procedura de demitere a Președintelui, în Federația Rusă, cele mai înalte autorități judecătorești, și anume Înalta Curte de Justiție a Federației Ruse și Curtea Constituțională a Federației Ruse sunt obligate să se pronunțe atât cu privire la legalitatea

¹² Avizul Curții Constituționale trebuie dat în termen de 10 zile de la momentul solicitării de către Duma de Stat. În cazul unui aviz pozitiv, procedura va continua. În cazul unui aviz negativ, potrivit art. 110, al. 2 din Legea Curții Constituționale a Federației Ruse, procedura de demitere va fi stopată. A se vedea <http://www.ksrf.ru>

¹³ Art. 93, al. 1 și al. 2 din Constituția Federației Ruse în <http://constitution.garant.ru>

incriminării, cât și cu privire la legalitatea procedurii de demitere, avizele acestora fiind condiții esențiale pentru finalitatea procedurii judiciare.

În al treilea rând, spre deosebire de procedura prevăzută de legislația rusă, care-l vizează numai pe Președintele Federal, procedura de impeachment, reglementată de Constituția S.U.A, se poate aplica în egală măsură și vicepreședintelui american dar și înalților funcționari din aparatul administrativ central ori magistraților din sistemul judiciar federal.

Nu în ultimul rând observăm în contrast, simplitatea și suplețea procedurii de impeachment reglementată de Constituția S.U.A. față de complexitatea și dificultatea parcurgerii procedurii similare din cea a Federației Ruse.