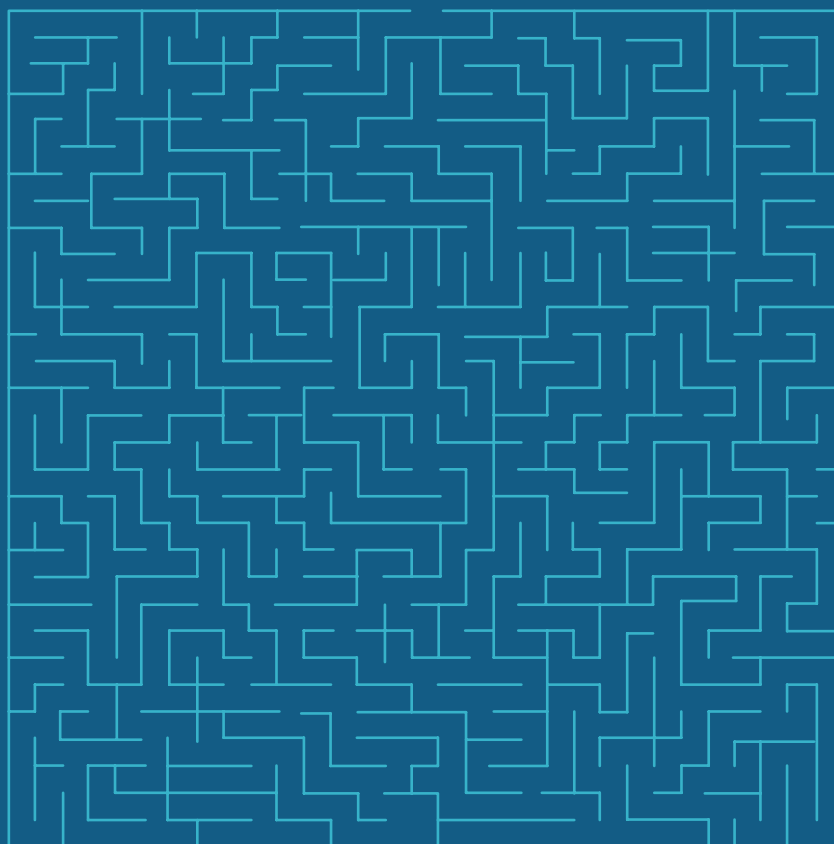


PENALMENTE / RELEVANT



DIRECTOR:

PROF. UNIV. DR. SERGIU BOGDAN

FACULTATEA DE DREPT, UNIVERSITATEA BABEȘ-BOLYAI
AVOCAT, BAROUL CLUJ

REDACTOR-ȘEF:

AVOCAT DRD. GEORGE ZLATI
BAROUL CLUJ

SECRETAR DE REDACȚIE:

AVOCAT DAN-SEBASTIAN CHERTES
BAROUL CLUJ

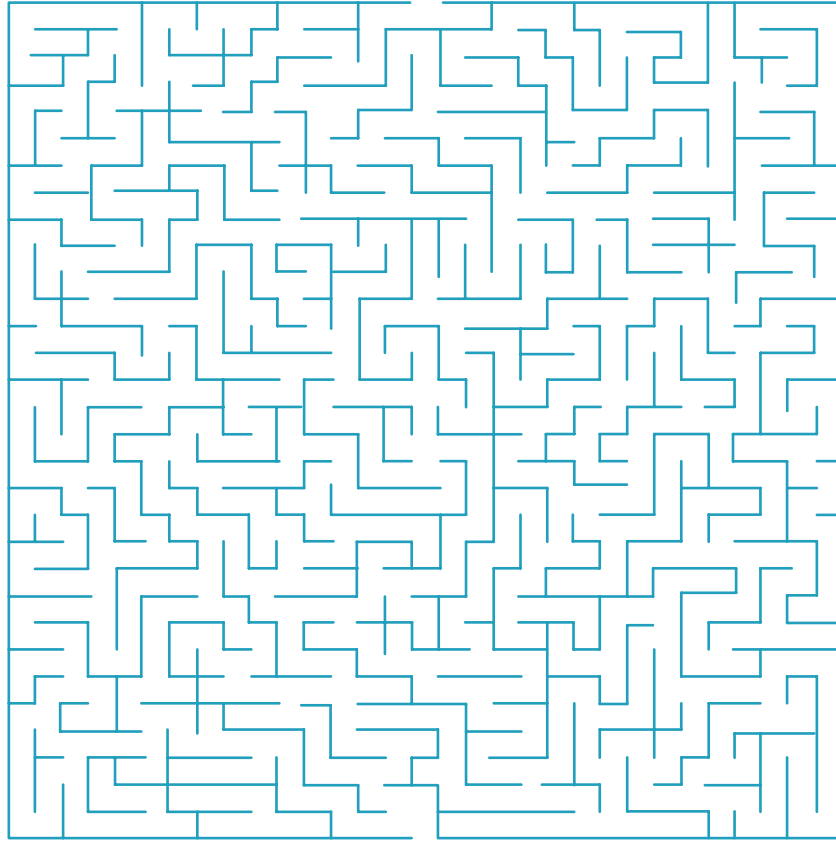
CONSILIUL ȘTIINȚIFIC:

1. PROF. UNIV. DR. FLORIN STRETEANU

FACULTATEA DE DREPT, UNIVERSITATEA BABEȘ-BOLYAI

2. LECT. UNIV. DR. ANDRA-ROXANA TRANDAFIR, FACULTATEA DE
DREPT, UNIVERSITATEA BUCUREȘTI; AVOCAT, BAROUL BUCUREȘTI

3. LECT. UNIV. DR. CRISTINEL GHIGHECI, FACULTATEA DE DREPT A
UNIVERSITĂȚII TRANSILVANIA DIN BRAȘOV; JUDECĂTOR, CURTEA
DE APEL BRAȘOV



WWW.REVISTA.PENALMENTE.RO / WWW.REVISTA.PENALMENTE.EU

ISSN: 2501-1367

ISSN-L: 2501-1367

Revistă
Indexată
în BDI



NR. 2 / 2018 / IULIE - DECEMBRIE / ANUL III

EDITURA SOLOMON

PENALMENTE / RELEVANT

COLEGIUL EDITORIAL

PROF. UNIV. DR. SERGIU BOGDAN - DIRECTOR

FACULTATEA DE DREPT, UNIVERSITATEA BABEȘ-BOLYAI

AVOCAT - BAROUL CLUJ

AVOCAT DRD. GEORGE ZLATI - REDACTOR-ȘEF

BAROUL CLUJ

CONSILIUL ȘTIINȚIFIC

PROF. UNIV. DR. FLORIN STRETEANU

FACULTATEA DE DREPT, UNIVERSITATEA BABEȘ-BOLYAI

LECT. UNIV. DR. ANDRA-ROXANA TRANDAFIR

FACULTATEA DE DREPT, UNIVERSITATEA BUCUREȘTI

AVOCAT - BAROUL BUCUREȘTI

LECT. UNIV. DR. CRISTINEL GHIGHECI

FACULTATEA DE DREPT A UNIVERSITĂȚII TRANSILVANIA DIN BRAȘOV

JUDECĂTOR CURTEA DE APEL BRAȘOV

SECRETAR DE REDACȚIE

DAN-SEBASTIAN CHERTES

AVOCAT - BAROUL CLUJ

E-MAIL REDACȚIE

OFFICE@PENALMENTE.EU

ÎN ATENȚIA COLABORATORILOR

Revista Penalmente Relevant nu acceptă publicarea în aceeași limbă a unor materiale care au fost deja publicate parțial sau în întregime în alte publicații scrise sau electronice.

Numele autorilor trebuie să fie scris în ordinea contribuției acestora la articol. Autorii își asumă responsabilitatea pentru contribuțiile proprii. Orice formă de plagiat aparține acestora în întregime, analiza materialului în vedea publicării neurmărind identificarea acestei probleme.

Persoanele ale căror contribuții sunt indirecte sau marginale (de exemplu, cei care au asigurat corectura sau traducerea materialelor, conducătorii de doctorat/șefii centrelor de cercetare care au îndrumat/ permis realizarea manuscrisului de către autori, persoanele care au finanțat cercetarea relatată de manuscris) pot fi menționați într-o secțiune de "Mulțumiri" aflată la prima notă de subsol a materialului.

Sursele de sprijin financiar ale cercetării concretizate în manuscrisul transmis (granturi, burse etc.) trebuie menționate în lucrare într-o notă de subsol atașată titlului articolului.

Materialele trimise redacției în vederea publicării nu pot fi trimise către alte publicații decât după primirea răspunsului negativ din partea revistei Penalmente Relevant ori după 2 luni de când a fost trimis materialul și nu s-a primit niciun răspuns.

Autorii ale căror materiale au fost selectate în vederea publicării în Penalmente Relevant își asumă apartenența materialului, faptul că sursele au fost citate în mod corect, că nu au reprodus materiale din surse neautorizate și că materialul nu a mai fost publicat anterior.

Autorii manuscrisului sunt de acord că în situația în care materialul este acceptat pentru publicare în revista Penalmente Relevant, drepturile de autor vor fi cedate Editurii Solomon.

Materialele destinate publicării se transmit de către autori numai pe suport electronic la adresa de E-mail a revistei: office [AT] penalmente.eu

Redacția

CONDIȚII DE PUBLICARE

Tematica revistei Penalmente Relevant

Revista Penalmente Relevant publică îndeosebi: propuneri de lege ferenda, articole și comentarii de practică judiciară din domeniul dreptului penal și domenii conexe acestuia. Materialele sunt publicate în limbile română sau engleză. Revista își deschide paginile pentru materiale de interes internațional având ca obiect dreptul comparat, dreptul penal european, cât și acelor materiale care ating aspecte relevante ale dreptului național.

Titlul articolului

Titlul articolului se va scrie cu majuscule, font Times New Roman, caractere de 12, regular, aliniere centrat, în limba română și în limba engleză.

Autorul/Autorii articolului

Prenumele și numele autorului/autorilor se scriu în dreapta pagini, sub titlu, la două rânduri distanță de acesta, fiind precedate de gradul didactic și titlul științific (dacă este cazul), scrise cu font Times New Roman, caractere de 12, regular, aliniere dreapta. Numele va fi urmat de indicarea afilierii instituționale principale (pentru fiecare autor separat, dacă este cazul), scrise cu font Times New Roman, caractere de 12, regular. Adresa de e-mail se va trece ca o notă de subsol, la fiecare autor în parte, împreună cu orice alte date relevante despre acesta (de exemplu, domeniile de expertiză).

Rezumatul articolului

Rezumatul va avea aproximativ o jumătate de pagină și va fi scris în limba română și în limba engleză, cu font Times New Roman, caractere de 12, italic, alinere justify, la două rânduri distanță după prenumele și numele autorului/autorilor.

Cuvinte cheie

Se vor menționa 4-6 cuvinte sau expresii cheie care surprind esența lucrării, scrise în limba română și în limba engleză, la două rânduri distanță sub rezumatul lucrării, cu font Times New Roman, caractere de 12, italic, aliniere justify.

Corpul articolului

Textul articolului se va redacta în limba română sau în limba engleză. Textul se va scrie cu font Times New Roman, caractere de 12, aliniere justify și spațiere la un rând distanță. Articolele trimise revistei Penalmente Relevant nu trebuie să depășească 30 de pagini. În cazuri excepționale, se acceptă și articole voluminoase, dacă întinderea acestora nu depășește cu mult cele 30 de pagini. În măsura în care se dorește publicarea unei lucrări de o întindere considerabilă, recomandăm publicarea acesteia în mai multe părți.

Articolul va fi structurat pe secțiuni, având fiecare secțiune un titlu. Secțiunea introductivă va cuprinde identificarea problemei cercetate și structura cercetării. La sfârșitul articolului va fi inserată o secțiune de concluzii.

Notele de subsol

Notele de subsol se redactează cu font Times New Roman, caractere de 10, aliniere justify și spațiere la un rând distanță. Notele de subsol se vor numerota în mod continuu pentru întreg articolul și nu prin reluarea numerotării la fiecare pagină. Toate lucrările și jurisprudența citate se vor indica numai în notele de subsol. În cazul lucrărilor citate, se menționează inițiala prenumelui și numele autorului sau autorilor materialelor bibliografice citate, apoi titlul materialului (carte, articol), editura/revista, orașul, anul apariției/numărul revistei, numărul paginii/paginilor. Denumirile editurilor, precum și cele ale cărților și revistelor se scriu complet, nu prescurtat. Titlul cărților și al articolelor se scriu cu italic. Denumirile revistelor se vor scrie între ghilimele.

Dacă se folosesc articole, rapoarte, documente oficiale, care sunt disponibile online, citarea acestora se va face după regulile de mai sus, cu mențiunea că „documentul este disponibil online la adresa...”, indicându-se data ultimei accesări a adresei online.

Bibliografia

Lucrările de referință utilizate vor fi indicate într-o scurtă bibliografie la sfârșitul articolului, în limba în care au fost publicate.

Politica de acces liber

Penalmente Relevant este o revistă care oferă acces liber on-line, ceea ce înseamnă că întreg conținutul este disponibil gratuit. Utilizatorii pot citi, descărca, copia, distribui, imprima, căuta, crea link-uri către textul integral al articolelor din această revistă, fără a solicita permisiunea autorului sau a editorului, sub rezerva respectării următoarei condiții: să menționeze numele autorului(ilor), titlul articolului, faptul că articolul este publicat în [Penalmente Relevant](#) și să indice pagina/paginile citată(e) din revistă. Dacă se dorește prescurtarea numelui revistei, solicităm să se utilizeze prescurtarea [Pen. Rev.](#)

Adresa de corespondență

Materialele se vor trimite în format electronic la adresa de e-mail: office [at] penalmente.eu

Redacția

ABREVIERI

alin.	- alineat (ul)
apud	- citat după
art.	- articol (ul)
c.	- contra
C. Ap.	- Curtea de Apel
Cod. proc. civ.	- Codul de procedură civilă actual
Cod. proc. pen.	- Codul de procedură penală actual
C.C.	- Curtea Constituțională
C.S.J.	- Curtea Supremă de Justiție
CD	- culegere de decizii ale fostului Tribunal Suprem pe anul...
CEDO	- Convenția Europeană a Drepturilor Omului
Cod pen.	- Codul penal actual (român) / Codul penal (în general)
Cod pen. anterior	- Codul penal anterior
CtEDO	- Curtea Europeană a Drepturilor Omului
D.I.I.C.O.T.	- Direcția de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terrorism
D.N.A.	- Direcția Națională Anticorupție
dec. pen.	- decizia penală
Ed.	- Editura
ed.	- ediția
hot.	- hotărâre (a)
Î.C.C.J.	- Înalta Curte de Casație și Justiție
JOCE	- Jurnalul Oficial al Comunităților Europene
Jud.	- Judecătoria
loc. cit.	- locul citat
M. Of.	- Monitorul Oficial
n.n.	- nota noastră
nr.	- număr (ul)
O.G.	- Ordonanța Guvernului
O.U.G.	- Ordonanța de urgență a Guvernului
op. cit.	- opera citată
p.	- pagina
parag.	- paragraf (ul)
pct.	- punctul
precit.	- precitat
ș.a.	- și alții
s.p.	- secția penală
sent. pen.	- sentința penală
tom.	- tom (ul)
Trib.	- Tribunal
Trib. Supr.	- Tribunalul Suprem
vol.	- volum (ul)

CUPRINS

PENALMENTE RELEVANT NR. 2/2018

ABREVIERI.....	7
----------------	---

I. DOCTRINĂ

Diana LUCACIU , Câteva aspecte referitoare la infracțiunile de trafic de persoane (art. 210 Cod penal), proxenetism (art. 213 Cod penal) și folosirea serviciilor unei persoane exploatare (art. 216 Cod penal).....	10
Mihai SUIAN , Unele aspecte privind reținerea, predarea și percheziționarea trimiterilor poștale.....	24
Georgian Marcel HUSTI , Formele infracțiunii de luare de mită.....	48
Dorel HERINEAN , Participația improprie. Analiza unor cazuri particulare.....	65
Daniel Ioan URECHE , Bianca CÂRDAN , Evaluarea medico-legală a discernământului în cauzele penale.....	78

II. NOTE JURISPRUDENȚIALE

Oana BUGNAR , Curtea de apel cluj. Procurorul general nu are competența de a infirma o soluție dispusă de procurori ai direcției de investigare a infracțiunilor de criminalitate organizată și terorism.....	92
--	----

TABLE OF CONTENT

PENALMENTE RELEVANT NO. 2/2018

ABBREVIATIONS.....	7
--------------------	---

I. ARTICLES

Diana LUCACIU , Some considerations regarding the trafficking in human beings (article 210 Criminal code), pandering (article 213 Criminal Code) and use of an exploited person's services (article 216 Criminal Cod).....	10
Mihai SUIAN , Aspects regarding seizing and searching of mail.....	24
Georgian Marcel HUSTI , The forms of the bribery offence.....	48
Daniel Ioan URECHE, Bianca CÂRDAN , Forensic evaluation regarding the mental state condition in criminal cases.....	78

II. CASE LAW NOTES

Oana BUGNAR , Cluj court of appeals. The prosecutor general has no jurisdiction to overturn a decision to close a case ordered by a prosecutor from the directorate for investigating and combating organised crime and terrorism.....	92
---	----

CÂTEVA ASPECTE REFERITOARE LA INFRAȚIUNILE DE TRAFIC DE PERSOANE (ART. 210 COD PENAL), PROXENETISM (ART. 213 COD PENAL) ȘI FOLOSIREA SERVICIILOR UNEI PERSOANE EXPLOATATE (ART. 216 COD PENAL)

SOME CONSIDERATIONS REGARDING THE TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS (ARTICLE 210 CRIMINAL CODE), PANDERING (ARTICLE 213 CRIMINAL CODE) AND USE OF AN EXPLOITED PERSON'S SERVICES (ARTICLE 216 CRIMINAL COD)

Diana LUCACIU¹

Auditor de justiție

Institutul Național al Magistraturii

ABSTRACT

The present article aims, firstly, to analyse the relationship between the trafficking in human beings and pandering, in the situation in which both crimes are committed against the same individual, in order to conclude whether or not article 38 par. (1) of the Romanian Criminal Code is applicable. Secondly, the author tries to define the notion of „determination” as regulated by article 213 par. (1) of the Romanian Criminal Code in order to emphasize its differences in relation to article 329 of the 1969 Romanian Criminal Code. In the third section the author tries to emphasize several criteria for the application of Decision no. 20/2016 issued by the High Court of Cassation and Justice in a Preliminary Ruling procedure, in the matter of the crime of pandering as regulated by article 213 par. (1) and (3) of the Romanian Criminal Code. The final section of the present article is dedicated to a short analysis regarding the issues raised by the application of article 216 of the Romanian Criminal Code.

Keywords: *trafficking in human beings, pandering, determination, complex offense, unity of circumstance, use of an exploited person's services, instigator, accomplice, aiding and abetting a perpetrator, receipt and sale of stolen goods.*

REZUMAT

Prezentul articol își propune, mai întâi, o succintă analiză a raportului dintre infracțiunea de trafic de persoane și cea de proxenetism, în ipoteza în care subiect pasiv al ambelor fapte este aceeași persoană, pentru a stabili dacă este sau nu posibilă reținerea unui concurs real de infracțiuni într-o astfel de situație. În continuare, autoarea a încercat să ofere o definiție sensului noțiunii de „determinare” din cuprinsul art. 213 alin. (1) C.pen. pentru a evidenția diferențele față de cuprinsul art. 329 C.pen. 1969. A treia secțiune a articolului cuprinde câteva criterii pentru aplicarea Deciziei nr. 20/2016 privind pronunțarea unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea de principiu a unei probleme de drept, ce are ca obiect infracțiunea de proxenetism în varianta prev. de art. 213 alin. (1) și (3) C.pen. Partea finală a prezentului articol este dedicată unei scurte analize a problemelor ridicate de aplicarea art. 216 C.pen.

Cuvinte cheie: *trafic de persoane, proxenetism, concurs real, unitate de împrejurare, infracțiune complexă, determinare, folosirea serviciilor unei persoane exploatate, formă de vinovăție, autor, complice, instigator, favorizarea făptuitorului, tănuire.*

¹ Autoarea este Auditor de Justiție în cadrul Institutului Național al Magistraturii. E-mail: dianalucaciu94@gmail.com.

CUPRINS

I. Introducere	11
II. Raportul dintre infracțiunea de trafic de persoane (art. 210 C.pen.) și infracțiunea de proxenetism (art. 213 C.pen.)	12
III. Câteva aspecte controversate cu privire la infracțiunea de proxenetism	15
IV. Câteva aspecte controversate în aplicarea art. 216 C.pen.	18
V. Concluzii.....	21

I. INTRODUCERE

Libertatea persoanei, sub toate componentele ei, este una dintre principalele valori ce se impun a fi protejate prin norme penale, dată fiind importanța pe care aptitudinea persoanelor de a decide asupra propriilor acțiuni și inacțiuni o are asupra dezvoltării societății. Datorită acestui fapt, „o legătură de interese indestructibilă se leagă între societate și individ, asigurând echilibrul vieții sociale care, din punctul de vedere al individului, își află expresia în „statutul” său, adică în starea sa de libertate. Negarea sau suprimarea libertăților individuale echivalează cu oprimarea persoanei.”²

Având în vedere aceste aspecte, alegerea legiuitorului de a proteja libertatea persoanelor împotriva fenomenului reprezentat de traficul și exploatarea persoanelor vulnerabile printr-un capitolul distinct în actualul Cod penal, respectiv Capitolul VII, „Traficul și exploatarea persoanelor vulnerabile”, din Titlul 1 al Părții speciale a Codului, este una firească, aptă să răspundă la nevoia societății de reprimare a faptelor incriminate. Aceste infracțiuni urmăresc protejarea libertății de mișcare, a libertății sexuale, precum și a libertății de alegere a meseriei sau a ocupației pe care persoana o exercită.

În același timp, privite dintr-un alt unghi, aceste infracțiuni protejează persoana împotriva supunerii sale la tratamente degradante, care ar avea aptitudinea să o transforme, în ochii terților, în ceva mai puțin de o ființă, într-un obiect ori într-o persoană inferioară celui care o exploatează sau a celui care beneficiază de serviciile prestate de către victima exploatării. Noțiunea de „tratament degradant” a fost definită de Curtea Europeană a Drepturilor Omului în cauzele Campbell și Cosans c. Regatului Unit³ ca fiind „un act care produce persoanei în cauză, în ochii altora sau ai săi, o umilire sau o punere într-o situație de inferioritate ori obligarea unei persoane să acționeze contra voinței și conștiinței sale, care să atingă un minimum de gravitate.”⁴ Așadar, prin incriminarea faptelor din art. 210, art. 213 și art. 216 C.pen. legiuitorul a urmărit practic sancționarea tuturor conduitelor prin care o persoană ar putea fi obligată să acționeze contrar voinței sale ori ar fi pusă într-o situație de inferioritate, ca urmare a exploatării sale sexuale, în sensul prev. de art. 182 lit. c) C.pen.

Considerăm că este necesară o analiză atentă a acestor infracțiuni atât datorită consecințelor psihice și fizice pe care le produc asupra victimelor, cât și datorită numărului tot mai ridicat de cazuri cu care organele judiciare se confruntă. De altfel, fenomenul traficului de persoane este unul răspândit la nivelul Uniunii Europene, fiind una din formele emigrației deghizate⁵, iar o reglementare unitară era necesară și deoarece statisticile Europol arată că, în 2014, un procent de 69% dintre persoanele suspectate de comiterea faptei de

² V. Dongoroz, S. Kahane, I. Oancea, I. Fodor, N. Iliescu, C. Bulai, R. Stănoiu, V. Roșca, *Explicațiile teoretice ale Codului penal român*, Vol. III, Editura Academiei Republicii Socialiste România, București, 1969, p. 283.

³ CtEDO Campbell și Cosans c. Regatului Unit, hot. din 25 februarie 1982.

⁴ R. Chiriță, *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentarii și explicații*, ediția a II-a, ed. C. H. Beck, București, 2008, p. 60.

⁵ E. Stancu, P. Ciobanu, *Criminalistică. Metodologia criminalistică*, ed. Universul Juridic, București, 2018, p. 239;

trafic de persoane erau cetățeni români, bulgari, maghiari sau slovaci⁶. De asemenea, în perioada 2010 – 2012, tot la nivelul Uniunii Europene, s-a stabilit că victime ale traficului de persoane au fost, printre alții, mai ales cetățenii români⁷. Așadar, se poate observa că fenomenul traficului de persoane a devenit tot mai răspândit, iar consecințele pe care le produc asupra persoanelor exploatate impune un răspuns ferm din partea organelor judiciare în sensul combaterii acestei forme de criminalitate organizată.

II. RAPORTUL DINTRE INFRAȚIUNEA DE TRAFIC DE PERSOANE (ART. 210 C.PEN.) ȘI INFRAȚIUNEA DE PROXENETISM (ART. 213 C.PEN.)

Sub aspect istoric, în Codul penal 1969 doar **infraținea de proxenetism** se regăsea, aceasta fiind preluată din Codul penal de la 1936, iar traficul de persoane în scopul practicării prostituției era o formă agravată a infrațunii de proxenetism. Abia în 2001, ca răspuns la fenomenul tot mai răspândit al traficului de persoane, a fost adoptată Legea nr. 678/2001 privind prevenirea și combaterea traficului de persoane, lege prin care **infraținea de trafic de persoane** a căpătat un contur propriu, distinct de fapta de proxenetism, prin art. 12 din actul normativ menționat.

Ca urmare a adoptării Legii nr. 678/2001 s-au ivit în practică numeroase situații în care s-a pus problema reținerii unui eventual concurs de infrațuni între cele două fapte în ipoteza în care victima este traficată în scopul obligării la practicarea prostituției, iar odată ajunsă la locul de destinație este forțată să practice prostituția **de către aceleași persoane**. Se va reține un concurs de infrațuni între incriminarea din legea specială și art. 329 C.pen. anterior sau doar fapta de trafic de persoane?

Prin **Recursul în interesul legii nr. 16/2007**⁸, Înalta Curte de Casație și Justiție a statuat că: „în aplicarea dispozițiilor incriminatorii ale art. 329 din Codul penal și ale art. 12 și 13 din Legea nr. 678/2001 privind prevenirea și combaterea traficului de persoane, stabilește: distincția dintre infraținea de trafic de persoane prevăzută de art. 12 și, respectiv, art. 13 din Legea nr. 678/2001 și cea de proxenetism prevăzută de art. 329 alin. 1 din Codul penal este dată de obiectul juridic generic diferit al celor două incriminări, respectiv de valoarea socială diferită, protejată de legiuitor prin textele incriminatorii ale celor două legi: în cazul infrațunilor prevăzute de Legea nr. 678/2001 aceasta fiind apărarea dreptului la libertatea de voință și acțiune a persoanei, iar în cazul infrațunii de proxenetism prevăzute de art. 329 din Codul penal, apărarea bunelor moravuri în relațiile de conviețuire socială și de asigurare licită a mijloacelor de existență. (...). În cazul în care o persoană, fără a întrebuița constrângerea, recrutează persoane majore pentru prostituție ori trafichează persoane majore în acest scop, fapta întrunește elementele constitutive ale infrațunii de proxenetism, prevăzută de art. 329 alin. 2 tezele I și II din Codul penal. În situația unor acte de recrutare, transportare, transferare, cazare sau primire a unei persoane, prin amenințare, violență, răpire, fraudă ori înșelăciune, abuz de autoritate sau prin alte forme de constrângere ori profitând de imposibilitatea acelei persoane de a-și exprima voința sau prin oferirea, darea, acceptarea sau primirea de bani ori de alte foloase pentru obținerea consimțământului persoanei care are autoritate asupra altei persoane, în scopul exploatării acestei persoane, fapta întrunește elementele constitutive ale infrațunii de trafic de persoane, prevăzută de art. 12 din Legea nr. 678/2001.”

Sub imperiul reglementării actuale, **ambele infrațuni se regăsesc în Codul penal**, în titlul dedicat infrațunilor contra persoanei, motiv pentru care apreciem că Recursul în interesul legii nr. 16/2007 își păstrează doar în parte aplicabilitatea în prezent.

⁶ Conform Europol, *Situation Report: Trafficking in human beings in the EU*, Haga, 2016, disponibil la: https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/situational_report_trafficking_in_human_beings-europol.pdf, consultat la data de 27.01.2019, ora 16:16, p. 13.

⁷ *Idem*, p. 20.

⁸ Decizia nr. 16 din 19 martie 2007, publicată în Monitorul Oficial nr. 542 din 17 iulie 2008.

În primul rând, având în vedere că ambele infracțiuni se regăsesc, așa cum am precizat, în Titlul I din Codul penal, dedicat infracțiunilor contra persoanei, se poate afirma că atât infracțiunea de trafic de persoane, prev. de art. 210 C.pen., cât și cea de proxenetism, prev. de art. 213 C.pen. sunt infracțiuni prin care se urmărește **protejarea libertății persoanei** în sens larg, fiecare dintre cele două ocrotind o anumită componentă a acestei valori sociale. Astfel, în timp ce art. 210 C.pen. protejează libertatea de mișcare a persoanei, art. 213 C.pen. ocrotește libertatea sexuală a victimei, libertatea de a dispune de propriul corp așa cum dorește și, eventual, în subsidiar, ocrotește și bunele moravuri. Datorită acestui fapt, apreciem că, sub acest aspect, Decizia nr. 16/2007 pronunțată în recurs în interesul legii nu mai este valabilă.

În continuare, drept consecință a celor afirmate, în cazul ambelor infracțiuni considerăm că **subiectul pasiv principal** este **persoana fizică**, victimă a traficului și obligată ulterior să se prostitueze. Nu putem fi de acord cu opinia conform căreia în cazul întregului art. 213 C.pen. subiectul pasiv principal este statul⁹. În doctrină, subiectul pasiv a fost definit ca fiind „persoana titulară a valorii sociale care constituie obiectul juridic al infracțiunii.”¹⁰ Având în vedere că, așa cum am arătat, art. 213 C.pen. protejează libertatea persoanei de a dispune de propriul corp după cum dorește, în mod evident persoana înspre care se îndreaptă acțiunea de determinare sau înlesnire ori constrângere la practicarea prostituției este subiectul pasiv. În ceea ce privește modalitățile alternative de comitere a faptei prev. de art. 213 alin. (1) teza întâi C.pen., apreciem că este îngădită libertatea persoanei deoarece se profită, în realitate, de situația vulnerabilă¹¹ a victimei, cauzată de sărăcie, lipsa de educație, precum și de lipsa unui venit stabil. Deși este discutabil dacă se poate afirma cu certitudine că subiectul pasiv este persoana care se prostituează benevol în cazul art. 213 alin. (1) teza a doua C.pen., în ipotezele prevăzute de art. 213 alin. (2) – (3) C.pen. fapta de constrângere în scopul practicării prostituției face ca victima să nu mai aibă libertatea de alegere și deci să fie subiectul pasiv al infracțiunii¹². Așadar, și sub acest aspect, al valorii sociale ocrotite, situația este diferită sub imperiul actualului Cod penal, motiv pentru care Decizia nr. 16/2007 pronunțată în recurs în interesul legii nu își păstrează valabilitate. Datorită acestui fapt problema concursului de infracțiuni între art. 210 alin. (1) lit. a) C.pen. și art. 213 alin. (2) C.pen. în ipoteza descrisă la începutul secțiunii se impune a fi analizată din nou.

În ceea ce privește raportul cu infracțiunea de proxenetism, în ipoteza în care **traficantul** este și cel care **determină victima să practice prostituția**, instanțele judecătorești sunt ezitante în a reține un concurs de infracțiuni între fapta prevăzută de art. 210 C.pen. și cea prevăzută de art. 213 C.pen., considerându-se că fapta de traficare o absoarbe pe cea de proxenetism ori că își păstrează aplicabilitatea Recursul în interesul legii nr. 16/2007. Spre exemplu, prin sentința penală nr. 536/27.11.2017¹³ pronunțată de Tribunalul Timișoara, rămasă definitivă prin decizia nr. 381/2018 a Curții de Apel Timișoara¹⁴ inculpatul a fost condamnat pentru săvârșirea infracțiunii de trafic de persoane, faptă prev. de art. 210 alin. (1) lit. a) C.pen., reținându-se că acesta a recrutat mai multe persoane pe care le-a indus în eroare promițându-le un loc de muncă în Irlanda, iar odată ce acestea au ajuns la Dublin, prin exercitarea de amenințări și acte de violență, le-a determinat să practice prostituția, persoanele vătămate desfășurând această activitate sub supravegherea strictă inculpatului.

În ceea ce ne privește, apreciem că soluția corectă este cea a **concurșului real** de infracțiuni între cele două fapte, iar nu reținerea exclusivă a infracțiunii de trafic de persoane, pentru motivele ce vor fi expuse în

⁹ Al. Boroș, *Drept penal. Partea specială. Conform noului Cod penal, ediția a II-a, revizuită și adăugită*, ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 139.

¹⁰ F. Streteanu, D. Nițu, *Drept penal. Partea generală, Vol. I*, ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 278;

¹¹ În același sens a se vedea V. Cioclei, *Drept penal. Partea specială I. Infracțiuni contra persoanelor și infracțiuni contra patrimoniului*, ed. C. H. Beck, București, 2016, p. 164.

¹² În același sens a se vedea T. Toader, M. Safta în G. Antoniu, T. Toader, V. Brutaru, C. Duvac, I. Ifrim, D. I. Lămășanu, I. Pascu, M. Safta, C. Sima, I. Vasiliu, *Explicațiile noului Cod penal, Vol. III*, ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 159.

¹³ Disponibilă pe www.rolii.ro.

¹⁴ Disponibilă pe www.rolii.ro.

continuare.

În primul rând, din analiza reglementării cuprinse în art. 210 C.pen. se poate observa că activitatea participanților este condiționată de **existența scopului exploatării ulterioare** a persoanelor traficate. Așadar, „infracțiunea de trafic de persoane este o infracțiune-mijloc, prin care se înlesnește exploatarea ulterioară a persoanei.”¹⁵ Cu alte cuvinte, prin fapta de traficare se urmărește punerea victimei traficului în situația de a fi exploatată ulterior, pentru a se obține sume de bani din această activitate. Infracțiunea de trafic de persoane în sine, deși este condiționată de scopul exploatării ulterioare a victimei, **nu impune realizarea efectivă a scopului** pentru reținerea sa, neacoperind deci conduitele ulterioare prin care victima este exploatată în una dintre formele prevăzute de art. 182 C.pen. În doctrină s-a afirmat că „exploatarea, cerută doar ca scop special urmărit de făptuitor, face ca infracțiunea de trafic de persoane să fie autonomă în raport cu faptele de exploatare efectivă, ce pot fi sancționate penal suplimentar față de sancțiunea pentru traficul de persoane.”¹⁶ Orice conduită ulterioară prin care victima este exploatată generează cel puțin un **concurs de infracțiuni**. În cazul infracțiunii de proxenetism, orice conduită prin care victima traficului de persoane este determinată de către traficant la practicarea prostituției naște un concurs de infracțiuni între art. 210 C.pen. și art. 213 C.pen.

În același sens s-a afirmat „că varianta normativă a constrângerii la prostituție excede sfera infracțiunii de trafic de persoane, realizând elementele constitutive ale infracțiunii de proxenetism. Așa cum am arătat la infracțiunile de trafic de persoane și trafic de minori, aceste infracțiuni constituie o activitate pregătitoare exploatării persoanei, dacă această exploatare se realizează (inclusiv în forma exploatării sexuale, caracteristică infracțiunii de proxenetism), va exista concurs de infracțiuni între traficul de persoane sau de minori și infracțiunea care se realizează prin exploatarea persoanei (în cazul exploatării sexuale, proxenetismul).”¹⁷

În al doilea rând, prin compararea normelor de incriminare din art. 210 alin. (1) lit. a) C.pen. și din art. 213 alin. (2) C.pen. se poate observa că legiuitorul a înțeles să sancționeze **două conduite diferite** prin care victima este constrânsă să facă ceva. Astfel, în cazul art. 210 alin. (1) lit. a) C.pen. victima este constrânsă, prin actele de violență, să părăsească locul în care află și să se deplaseze într-o altă localitate sau chiar într-o altă țară. Odată ajunsă acolo, victima este constrânsă din nou, prin **alte acte de violență** să practice prostituția, în sensul prev. de art. 213 alin. (4) C.pen. Așadar, pentru ipoteza în care victima este, **mai întâi**, forțată prin acte de violență, de amenințare, de șantaj, etc. (prin orice acte de constrângere) să părăsească locul în care se află și să se deplaseze într-un alt loc, **iar apoi** este obligată la practicarea prostituției prin alte acte de violență, de amenințare, de șantaj, etc. (alte acte de constrângere) din partea **aceleiași persoane** soluția concursului de infracțiuni este soluția firească.

Legătura dintre prima faptă de constrângere, ce intră în structura traficului de persoane, și cea de-a doua, ce reprezintă un element constitutiv al infracțiunii de proxenetism în varianta prev. de art. 213 alin. (2) C.pen. este dată de scopul pentru care se realizează traficul de persoane, anume acela al exploatării lor ulterioare, dar acest scop nu este suficient pentru a infirma soluția concursului de infracțiuni în ipoteza descrisă. În plus, soluția concursului de infracțiuni este justificată indiferent de forma de participare a inculpatului la comiterea celor două infracțiuni. Astfel, de exemplu, persoana care recrutează victima prin constrângere în scopul exploatării acesteia (deci este autorul faptei de trafic de persoane) s-ar putea să nu fie și cea care constrânge victima la practicarea prostituției, dar datorită faptului că traficul de persoane are ca scop exploatarea ei ulterioară (acesta fiind unul dintre elementele constitutive ale infracțiunii de trafic de persoane), autorul faptei prevăzute de art. 210 alin. (1) lit. a) C.pen. este și complice la infracțiunea ulterioară de proxenetism.

¹⁵ S. Bogdan, D. A. Șerban, *Drept penal. Partea specială. Infracțiuni contra persoanei și contra înfăptuirii justiției*, ed. Universul Juridic, București, 2017, p. 210.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Al. Boroi, *op.cit.*, p. 141-142.

Pentru toate argumentele expuse anterior nu putem fi de acord cu opinia exprimată în doctrină în sensul absorbției infracțiunii de proxenetism în cea de trafic de persoane, în ipoteza în care fapta se realizează prin constrângere. Astfel, s-a afirmat că „în ipoteza de la alin. (2), când fapta se realizează prin constrângere, există proxenetism, dacă nu se realizează și una din modalitățile elementului material de la trafic (recrutare, transport etc.). În cazul în care se realizează și una din aceste modalități, fapta va reprezenta trafic de persoane, proxenetismul fiind absorbit în această infracțiune. Soluția se impune deoarece constrângerea echivalează cu obligarea la prostituție și, astfel, condiția exploatării se realizează.”¹⁸

Așa cum am arătat, considerăm că este vorba despre **două acțiuni de constrângere diferite**, ce urmăresc **două rezultate diferite**, deplasarea victimei, respectiv exploatarea sa sexuală ulterioară, motiv pentru care apreciem că se impune reținerea unui concurs real de infracțiuni între fapta prev. de art. 210 alin. (1) lit. a) C.pen. și fapta prev. de art. 213 alin. (2) C.pen.

III. CÂTEVA ASPECTE CONTROVERSATE CU PRIVIRE LA INFRACTIUNEA DE PROXENETISM

1. Sensul noțiunii „determinare” din cuprinsul art. 213 alin. (1) C.pen.

Codul penal 1969, în art. 329, conținea incriminarea faptei de proxenetism, specificând că este infracțiunea fapta de a **îndemna** o persoană la practicarea prostituției. Sub imperiul fostei reglementări s-a apreciat că îndemnul la prostituție presupune „incitarea, trezirea interesului unei persoane pentru ca aceasta să practice prostituția, încurajarea acesteia în a-și învinge ezitățile și a se hotărî la practicarea prostituției.”¹⁹

Prin noul Cod penal a fost menținută incriminarea proxenetismului, în art. 213 C.pen., structura acestuia suferind totuși unele modificări și sub aspectul laturii obiective. Astfel, termenul de „**îndemnare**” a fost înlocuit cu cel de „**determinare**”, „ceea ce înseamnă o acțiune mai precisă și mai restrânsă.”²⁰

Cu toate acestea, sensul noțiunii nu este încă stabilit clar, motiv pentru care apreciem ca fiind utile următoarele precizări. În primul rând, pentru a se reține infracțiunea de proxenetism în varianta determinării la practicarea prostituției este necesar ca prostituata să nu desfășoare și nici să nu aibă intenția de a desfășura activitățile descrise în art. 213 alin. (4) C.pen. la momentul la care intervine activitatea de convingere din partea autorului faptei prev. de art. 213 alin. (1) C.pen. Astfel, prin **activitatea de convingere** autorul faptei prev. de art. 213 alin. (1) C.pen. îi prezintă viitoarei prostituate argumente pentru care ar trebui să practice prostituția, argumente ce trebuie să fie suficient de ample și convingătoare pentru ca victima să ia decizia în sensul dorit de autorul faptei prev. de art. 213 alin. (1) C.pen. Aceste argumente, pentru a se putea reține fapta prev. de art. 213 alin. (1) C.pen., trebuie să fie suficient de puternice încât persoana să ia din proprie inițiativă decizia de a practica prostituția. Așadar, activitatea de determinare **exclude** orice formă de **constrângere**, însă nu exclude și posibilitatea ca autorul determinării, pentru a fi mai convingător, să-i ofere persoanei o sumă de bani pentru ca aceasta să practice prostituția.

În al doilea rând, o altă problemă ridicată de doctrină a fost aceea de a stabili dacă, pentru reținerea infracțiunii de proxenetism în varianta determinării la practicarea prostituției, este necesar ca persoana determinată să se prostitueze sau nu ca urmare a acțiunii autorului. S-a exprimat în literatura de specialitate opinia conform căreia „simpla determinare este suficientă pentru existența infracțiunii”²¹, nefiind deci necesare acte ulterioare, specifice prostituției.

¹⁸ V. Cioclei, *op.cit.*, p. 167.

¹⁹ V. Dongoroz, S. Kahane, I. Oancea, I. Fodor, N. Iliescu, C. Bulai, R. Stănoiu, V. Roșca, *Explicațiile teoretice ale Codului penal român*, Vol. IV, Editura Academiei Republicii Socialiste România, București, 1969, p. 737.

²⁰ M. Udrioiu, *Drept penal. Partea specială, Noul Cod penal*, ed. C.H.Beck, București, 2014, p. 138.

²¹ T. Toader, M. Safta în G. Antoniu, T. Toader, V. Brutaru, C. Duvac, I. Ifrim, D. I. Lămășanu, I. Pascu, M. Safta, C. Sima, I. Vasii, *op.cit.*, Vol. III, ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 160.

Nu putem fi de acord cu această opinie deoarece simpla expunere a unor argumente, care, în realitate, nu se dovedesc a fi suficient de convingătoare pentru ca persoana să se prostitueze nu prezintă un grad de pericol suficient de ridicat încât să justifice o sancțiune de natură penală, mai ales că, în această ipoteză, exprimarea unor idei nu lezează valorile sociale ocrotite²² prin incriminarea cuprinsă în art. 213 alin. (1) C.pen. Cu alte cuvinte, dacă ar fi sancționată penal orice formă de expunere a unor argumente în favoarea prostituției, chiar insuficiente pentru a determina interlocutorul să se prostitueze, s-ar ajunge în situația în care, în realitate, ar fi sancționată penal libertatea de exprimare a persoanei, aspect ce contravine art. 10 par. 1 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Datorită acestui fapt, considerăm că în ipoteza în care autorul faptei de determinare nu convinge persoana să treacă la comiterea actelor specifice prostituției suntem în prezența unei **tentative nesancționate penal**, dat fiind că fapta prev. de art. 213 alin. (1) C.pen. nu este incriminată în formă tentată.

În plus, în absența actelor specifice prostituției, este relativ imposibil de probat, dincolo de orice îndoială rezonabilă, săvârșirea infracțiunii de proxenetism în varianta determinării la practicarea prostituției. Astfel, în absența unor acte efective dintre cele prev. de art. 213 alin. (4) C.pen., nu se poate stabili dincolo de orice îndoială rezonabilă că argumentele expuse de pretinsul autor al determinării au fost suficient de convingătoare pentru ca persoana să se prostitueze. Chiar dacă ar exista și alte persoane de față la momentul expunerii argumentelor în sensul practicării prostituției, în absența actelor efective de prostituție nu se poate stabili că **persoana în cauză** a fost convinsă să practice prostituția, fiind irelevant faptul că alte persoane ar fi fost convinse de acele argumente să se prostitueze. Mai mult, în doctrină s-a afirmat că determinarea „presupune adoptarea de către persoana determinată a hotărârii de a practica prostituția și trecerea la executarea unor acte de practicare a prostituției.”²³

Pentru toate argumentele expuse, apreciem că noțiunea de „determinare”, folosită de legiuitor în cuprinsul art. 213 alin. (1) C.pen., implică convingerea persoanei să se prostitueze, convingere ce este **imediat** urmată de practicarea efectivă a prostituției deoarece, așa cum am arătat, în absența desfășurării activității prev. de art. 213 alin. (4) C.pen. nu se poate afirma, dincolo de orice îndoială rezonabilă, că argumentele autorului pretensei fapte de proxenetism au fost suficient de convingătoare pentru a determina persoana. În plus, în ipoteza în care între acțiunea de determinare și cea de practicare a prostituției de către victimă trece un interval de timp mai îndelungat va fi mai dificil de probat că acțiunea de determinare reprezintă cauza practicării prostituției de către victimă, existând un dubiu cu privire la acest aspect. Așadar, suntem de acord cu opinia exprimată în doctrină, conform căreia noțiunea de „determinare” „sugerează succesul activității de îndemn.”²⁴

În continuare, Înalta Curte de Casație și Justiție a arătat, în Decizia nr. 5/2016²⁵, că „determinarea la practicarea prostituției trebuie să vizeze o activitate de tipul celei descrise în conținutul normei de incriminare, astfel cum este definită la art. 213 alin. (4) din Codul penal.” Astfel, deși prin Decizia nr. 5/2016 s-a respins cererea de pronunțare a unei hotărâri prealabile, este totuși obligatoriu de observat că pentru a circumscrie

²² Obiectul juridic al acestei infracțiuni îl reprezintă „libertatea persoanei, iar titularul acesteia este chiar persoana „exploatăată”, care devine astfel subiect pasiv al infracțiunii.” – Decizia nr. 20/2016 privind pronunțarea unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea de principiu a unei probleme de drept, publicată în M. Of. nr. 927 din 17 noiembrie 2016; în același sens, Curtea Constituțională, prin Decizia nr. 874 din 15 decembrie 2015, publicată în M. Of. nr. 170 din 7 martie 2016, a arătat că „Pornind de la grupul de infracțiuni în cadrul căruia a fost inclusă fapta de proxenetism în noul Cod penal, obiectul juridic principal al acestei infracțiuni constă în relațiile sociale referitoare la atributele fundamentale ale persoanei, relații care presupun procurarea mijloacelor de existență prin muncă, în condiții de respect pentru regulile de morală și de asigurare a demnității umane, cu excluderea oricăror acte de dobândire a unor foloase patrimoniale din practicarea prostituției de către o altă persoană”.

²³ V. Dobrinou, N. Neagu, *Drept penal. Partea specială*, ed Universul Juridic, București, 2014, p. 129;

²⁴ S. Bogdan, D. A. Șerban, G. Zlati, *Noul Cod penal. Partea specială. Perspectiva clujeană*, ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 139.

²⁵ Publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 183 din 11 martie 2016.

sensul noțiunii de „determinare” trebuie avut în vedere faptul că activitatea de convingere trebuie să vizeze întreținerea de acte sexuale cu diferite persoane în scopul obținerii de foloase patrimoniale pentru sine sau pentru altul. Așadar, în absența oricăruia dintre aceste două elemente, respectiv acte sexuale cu persoane diferite și scopul obținerii de foloase patrimoniale, activitatea de convingere a unei persoane nu poate fi considerată determinare la practicarea prostituției.

2. Câteva aspecte referitoare la aplicarea Deciziei nr. 20/2016 privind pronunțarea unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea de principiu a unei probleme de drept

Prin Decizia nr. 20/2016 privind pronunțarea unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea de principiu a unei probleme de drept, Înalta Curte de Casație și Justiție a arătat că „în cazul în care infracțiunea de proxenetism, în varianta înlesnirii practicării **prostituției**, se săvârșește asupra a două sau mai multe persoane vătămate majore și minore, în „aceeași împrejurare”, se va reține o singură infracțiune de proxenetism, prevăzută de art. 213 alin. (1) și (3) din Codul penal, în formă simplă. Ori de câte ori infracțiunea de proxenetism, în varianta înlesnirii practicării prostituției, se săvârșește asupra a două sau mai multe persoane vătămate majore și/sau minore, fără legătură între ele, se va reține un concurs de infracțiuni, prevăzut de art. 213 alin. (1), art. 213 alin. (3) sau art. 213 alin. (1) și (3) din Codul penal, după caz, cu reținerea dispozițiilor art. 38 alin. (1) din Codul penal.”

De asemenea, în considerentele Deciziei Înalta Curte a precizat că „nu se poate reține o infracțiune unică de proxenetism în toate cazurile în care o persoană săvârșește acte de executare tipice acestei infracțiuni față de mai multe persoane, ci doar atunci când există o anumită legătură între acestea, dată de timpul, locul, modalitățile concrete de săvârșire etc. Astfel, deși în cazurile analizate mai sus s-a reținut că există o infracțiune unică de proxenetism, chiar dacă sunt mai multe persoane vătămate, nu se vorbește de o infracțiune unică continuată, ci de o infracțiune unică complexă.”

Așadar, din cele enunțate mai sus, se poate observa că se va reține **o singură infracțiune** de proxenetism în formă simplă, indiferent de numărul victimelor cărora li se înlesnește practicarea prostituției și indiferent dacă sunt majore și minore, dacă actele de înlesnire au loc în **aceeași unitate de împrejurare**. În concluzie, se va reține o singură infracțiune de proxenetism în formă simplă deoarece, în realitate, este vorba de o infracțiune complexă, fiind o reglementare similară cu cea prev. de art. 189 alin. (1) lit. f) C.pen.

Cu toate acestea, în aplicarea Deciziei nr. 20/2016 s-a ridicat problema de a ști în ce condiții există unitatea de împrejurare ce permite reținerea unei singure infracțiuni complexe de proxenetism.

Sub imperiul Codului penal din 1969, plenul Tribunalului Suprem, în decizia de îndrumare nr. 4 din 28 mai 1970, a stabilit că infracțiunea de omor asupra două sau mai multe persoane „poate fi săvârșită deodată și printr-o acțiune unică, sau chiar succesiv și prin acțiuni diferite, dar în aceeași împrejurare sau cu aceeași ocazie.”²⁶ Deși decizia citată vizează infracțiunea de omor asupra două sau mai multe persoane, considerăm că, dat fiind caracterul similar al reglementării cuprinse în art. 213 alin. (1) C.pen., concluzia poate fi extinsă și asupra infracțiunii de proxenetism în variantele prev. de art. 213 alin. (1) și alin. (3) din C.pen. Așadar, apreciem că sintagma „unitate de împrejurare” este sinonimă cu „**aceeași ocazie**”. Datorită acestui fapt, primul criteriu ce trebuie verificat pentru a se reține existența unei infracțiuni complexe de proxenetism este cel al unității de ocazie. Cu alte cuvinte, pentru ca fapta să reprezinte o singură infracțiune de proxenetism în formă simplă este necesar ca autorul faptei să înlesnească practicarea prostituției de către două sau mai multe persoane cu aceeași ocazie. Această unică ocazie implică o **unitate spațio-temporală**, ce trebuie să existe la momentul înlesnirii practicării prostituției. Spre exemplu, dacă autorul proxenetismului înlesnește practicarea prostituției a

²⁶ Decizia de îndrumare a Tribunalului Suprem nr. 4 din 28 mai 1970, astfel cum este citată în O. A. Stoica, *Drept penal. Partea specială*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1976, p. 74.

două persoane împreună, prin punerea la dispoziția acestora a unui apartament, în aceeași perioadă de timp, există această unitate de împrejurare.

De asemenea, în exemplul de mai sus va exista o singură infracțiune simplă de proxenetism în măsura în care autorul faptei a avut, de la începutul activității infracționale ce vizează ambele persoane, **reprezentarea** că facilitează desfășurarea prostituției de către acestea două. Așadar, un alt criteriu de care depinde calificarea faptei ca fiind o infracțiune de proxenetism în formă simplă, deși este comisă asupra două sau mai multe persoane, este **unicitatea rezoluției infracționale a autorului**. În același sens, în literatura de specialitate s-a arătat că specificul laturii subiective a infracțiunii complexe constă în faptul că „există, de regulă, o singură rezoluție, însă cu un conținut mai bogat decât în cazul celorlalte infracțiuni, deoarece infractorul are în reprezentare urmările imediate multiple care se răsfrâng asupra unor obiecte juridice diferite și urmărește sau acceptă aceste urmări.”²⁷ Așadar, pentru reținerea existenței unității de împrejurare la care se referă Decizia nr. 20/2016 a Înaltei Curți de Casație și Justiție trebuie ca autorul infracțiunii de proxenetism să fi acționat în baza unei unice rezoluții infracționale, în detrimentul a două sau mai multe persoane vătămate.

Având în vedere condițiile existenței unei unități spațio-temporale și a unei unice rezoluții infracționale a autorului, apreciem că este evident că victimele proxenetismului vor ști că se înlesnește practicarea prostituției de către ele împreună în măsura în care aceste două condiții sunt întrunite. În ipoteza în care victimele nu știu una de alta, deci nu practică împreună prostituția²⁸, nu va mai fi îndeplinită condiția unității spațio-temporale, ce permite reținerea infracțiunii de proxenetism în formă simplă. Astfel, deși nu se reține ca o condiție a existenței infracțiunii complexe **poziția subiectivă a victimelor**, în situația supusă analizei toate victimele proxenetismului trebuie să aibă aceeași reprezentare asupra motivelor pentru care se află în acel loc, respectiv pentru care desfășoară activități specifice prostituției. Așadar, împrejurarea că victimele știu una de alta se conturează ca un **mijloc de probă** pentru demonstrarea existenței unității spațio-temporale, condiție a infracțiunii complexe. Practic, din declarațiile coroborate ale victimelor se poate revela, indirect, poziția subiectivă a autorului față de fapta comisă, iar din acest aspect ar putea rezulta caracterul complex al infracțiunii sau lipsa sa.

IV. CÂTEVA ASPECTE CONTROVERSATE ÎN APLICAREA ART. 216 C.PEN

1. Forma de vinovăție

În primul rând, din analiza textului art. 216 C.pen., se poate afirma că fapta de **folosire a serviciilor unei persoane exploatate** se poate comite atât cu **intenție directă**, cât și cu **intenție indirectă**, dat fiind că reținerea acestei infracțiuni în sarcina „beneficiarului” serviciilor prevăzute de art. 182 C.pen. este condiționată de cerința ca acesta **să știe** că persoanele care le prestează sunt victime ale traficului de persoane. Astfel, în ceea ce privește serviciile prevăzute de art. 182 lit. c) C.pen., pentru a se reține fapta prevăzută de art. 216 C.pen. este necesar ca autorul să știe că persoana cu care întreține orice act de natură sexuală este victima exploatării sexuale. În mod evident, urmarea dorită de beneficiarul serviciilor nu va fi lezarea libertății sexuale a victimei infracțiunii de trafic de persoane și nici tratarea sa în mod degradant, ci satisfacerea propriilor nevoi sexuale printr-o metodă facilă, respectiv prin apelarea la serviciile unei astfel de persoane²⁹. În această

²⁷ C. Duvac în G. Antoniu, T. Toader, C. Bulai, B. N. Bulai, C. Duvac, I. Griga, I. Ifrim, G. Ivan, C. Mitrache, I. Molnar, I. Pascu, V. Pașca, O. Predescu, *Explicațiile noului Cod penal, vol. I*, ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 390.

²⁸ Condiția ca cele două persoane să practice împreună prostituția nu implică neapărat, totuși, un loc unic unde își desfășoară activitatea. Astfel, cele două pot practica prostituția în locații diferite, cu condiția ca acțiunea de înlesnire să fi avut loc în același timp și în același loc pentru ambele. Cu alte cuvinte, se va reține unitatea de împrejurare spațio-temporală în măsura în care s-a înlesnit practicarea prostituției de către acestea deodată, de către aceeași persoană (spre exemplu, prin punerea la dispoziția lor a unui automobil cu care să se deplaseze în locațiile în care își desfășoară activitatea) deoarece textul art. 213 alin. (1) C.pen. sancționează înlesnirea, iar nu practicarea efectivă a prostituției.

²⁹ În doctrină s-a arătat, cu referire la infracțiunile contra libertății sexuale, că urmarea dorită de autorul unei infracțiuni de

ipoteză folosirea serviciilor persoanei exploatate apare ca un mod pentru atingerea scopului indicat anterior, aspect ce nu este de natură să afecteze forma de vinovăție a autorului faptei prev. de art. 216 C.pen. În același sens s-a arătat în doctrină că „suntem în prezența unei intenții directe nu doar atunci când urmarea produsă reprezintă chiar scopul urmărit de făptuitor, ci și atunci când această urmare apare ca un mijloc necesar pentru realizarea scopului propus.”³⁰ Cu alte cuvinte, dat fiind că persoana care se prostituează este victima traficului de persoane, autorul nu poate să își satisfacă propriile nevoi sexuale beneficiind de serviciile victimei fără să aducă atingere libertății sexuale a acesteia deoarece el cunoaște faptul că ea este victima traficului de persoane.

În continuare, având în vedere că norma de trimitere din structura art. 216 C.pen. este art. 182 C.pen., iar nu art. 213 alin. (4) C.pen., nu este necesar ca beneficiarul să achite o sumă de bani contra serviciilor prestate, fiind posibil ca acestea să fie efectuate **contra altor avantaje**³¹ patrimoniale sau nepatrimoniale. Ceea ce este esențial pentru reținerea infracțiunii de folosire a serviciilor unei persoane exploatate este ca beneficiarul să știe că subiectul pasiv este victima exploatării, aspect ce **poate fi probat** mai ales prin remiterea unei sume de bani unei terțe persoane care exercită controlul asupra persoanei exploatate ori din contactarea unei terțe persoane în vederea obținerii serviciilor prevăzute de art. 182 lit. c) C.pen. din partea victimei traficului de persoane. De altfel, într-o decizie³² din 2017, Curtea de Apel Craiova a arătat, în ceea ce privește latura subiectivă a infracțiunii prev. de art. 216 C.pen., că aceasta rezultă din întreg contextul în care a avut loc exploatarea victimelor traficului de persoane. Astfel, Curtea de Apel Craiova a arătat: „cât privește împrejurarea că inculpatul nu ar fi cunoscut faptul că victimele minore sunt exploatate de către un alt inculpat, Curtea remarcă faptul că în declarațiile date la procuror acesta precizează că a aflat că cel de-al doilea inculpat are minore pe care le **obligă** să se prostitueze, și, în raport de această declarație dar și de contextul în care faptele au fost săvârșite (s-au întreținut raporturi sexuale la domiciliul unui major contra unor sume modice cu persoane a căror vârstă era ușor de dedus în condițiile în care aveau mai puțin de 15 ani, mai multe persoane recurgând la serviciile aceluiași părți vătămate) este exclus ca acesta să nu fi cunoscut situația persoanelor cu care a întreținut raporturi intime. Este de menționat faptul că existența unor dubii nu echivalează cu eroarea de fapt, atitudinea inculpatului fiind una de dezinteres față de situația reală a victimelor minore, deși informații existau și îi erau disponibile.” Cu privire la un alt inculpat, Curtea de Apel Craiova a arătat, prin aceeași decizie, că „în condițiile în care la data faptelor victima era minoră cu vârsta puțin peste 14 ani, având o dezvoltare fizică corespunzătoare acestei vârste, iar raporturile sexuale s-au întreținut contra unei sume de bani modice (...), chiar la domiciliul persoanei care o exploata nu se poate susține că inculpatul (...) nu a cunoscut situația victimei, ci, în cel mai bun caz că această situație i-a fost indiferentă, aspect care nu echivalează cu eroarea de fapt.”

Așadar, din aceste două pasaje din decizia citată rezultă cum poate fi probat, dincolo de orice îndoială rezonabilă, faptul că beneficiarul, terț față de infracțiunea de trafic de persoane, știe că utilizează serviciile unei persoane exploatate. De asemenea, astfel cum rezultă și din motivarea Curții citată anterior, subiectul activ al faptei prev. de art. 216 C.pen. nu este și participant la infracțiunea de trafic de persoane, ci este terț de aceasta.

viol, spre exemplu, nu este lezarea libertății sexuale a victimei sale. Astfel, „în realitate, este evident că nu aceasta este urmarea care îl interesează, el dorind obținerea unei satisfacții sexuale pentru sine, astfel încât factorul său volitiv se leagă mai degrabă de acțiune decât de urmare. Cum însă urmarea dorită de el nu poate fi obținută decât producând urmarea prevăzută de legea penală, trebuie admis că fapta este comisă cu intenție directă.” – F. Streteanu, D. Nițu, *op.cit.*, Vol. I, p. 321; Deși pasajul citat se referă la infracțiunile contra libertății sexuale, apreciem că opinia citată este aplicabilă și în cazul infracțiunii prev. de art. 216 C.pen. deoarece, prin incriminarea acestei fapte, legiuitorul a urmărit protejarea libertății victimei în general și a libertății sexuale a acesteia în particular.

³⁰ F. Streteanu, D. Nițu, *op.cit.*, Vol. I, p. 321.

³¹ Spre exemplu, traficantul de persoane pune la dispoziția unui ofițer de poliție una dintre victimele traficului pentru ca, în schimbul raporturilor sexuale cu aceasta, ofițerul de poliție să nu înceapă urmărirea penală pentru o infracțiune comisă de traficant.

³² C. Ap. Craiova, dec. pen. nr. 1696/2017, disponibilă pe www.rolii.ro.

2. Subiectul activ – raportul cu infracțiunea de trafic de persoane

În al doilea rând, **subiectul activ** al infracțiunii prevăzute de art. 216 C.pen. **nu** poate fi **traficantul** deoarece scopul traficului de persoane este exploatarea victimelor pentru obținerea de bani sau alte foloase patrimoniale. Având în vedere acest fapt, traficantul nu se va plăti pe el însuși pentru a întreține raporturi sexuale cu victima traficului de persoane. Mai mult, art. 216 C.pen. impune ca beneficiarul să știe că persoana care prestează serviciile prev. de art. 182 C.pen. este victima traficului de persoane ori a traficului de minori. În mod necesar, autorul infracțiunii de trafic de persoane știe că persoana cu care întreține respectivele servicii este victimă a traficului de persoane deoarece este chiar victima sa. În același sens este și viziunea Înaltei Curți de Casație și Justiție, care a arătat într-o decizie de speță³³ în care a fost chemată să se pronunțe asupra posibilității reținerii art. 211 C.pen. în concurs cu art. 216 C.pen. că „este adevărat că inculpatul a întreținut relații sexuale cu unele din persoanele exploatate, dar această acțiune se înscrie în conținutul activității infracționale a grupului infracțional și a traficului de minori, (...) inculpatul (...) folosind ca metodă de racolare a tinerelor metoda „loverboy”, urmată de consumarea actelor sexuale și apoi plasarea minorelor în scopul întreținerii de relații sexuale cu clienții, motiv pentru care nu poate fi reținută în sarcina acestui inculpat infracțiunea de folosire a serviciilor unei persoane exploatate în formă continuată prev. de art. 216 C.pen. cu aplicarea art. 35 alin. (1) C. pen.”³⁴

În ceea ce privește posibilitatea ca **instigatorul sau complicele** la infracțiunea de trafic de persoane să fie subiect activ al infracțiunii prev. de art. 216 C.pen., situația lor este similară cu cea expusă anterior. Astfel, dat fiind că infracțiunea de trafic de persoane este una specifică grupului infracțional organizat datorită caracterului repetitiv și a celui sistematizat pe care le are aceasta, atât complicele, cât și instigatorul la infracțiunea prev. de art. 210 C.pen. vor beneficia de foloase patrimoniale ca urmare a comiterii atât a infracțiunii de trafic de persoane, cât și a faptei de exploatare în sine, motiv pentru care rămân valabile ideile enunțate anterior conform cărora niciunul dintre ei nu se va plăti, indirect, pe el însuși pentru a beneficia de serviciile persoanei traficate, mai ales că, în mod necesar, aceștia cunosc că persoana care prestează serviciile este victimă a traficului, victima lor de fapt.

În plus, traficantul, indiferent de forma sa de participare, este, de fapt, **„prestatorul din umbră”** chiar dacă prestator *de facto* este victima infracțiunii de trafic de persoane. El este cel care pune în mișcare aceste servicii despre care vorbește art. 216 C.pen., motiv pentru care, în mod evident, nu are cum să achite chiar el serviciile prestate, indirect, de el. Textul art. 216 C.pen. se referă la **terți**, care plătesc o sumă de bani sau prestează un alt serviciu, dat fiind că termenul folosit de legiuitor este cel de „servicii”, termen ce implică în mod necesar o contraprestație.

Pentru aceste motive, apreciem că art. 216 C.pen. **exclude** în mod necesar participanții la infracțiunea de trafic de persoane, poziția de traficant fiind incompatibilă cu cea de beneficiar în sensul art. 216 C.pen.³⁵ Eventualele raporturi sexuale pe care traficantul le-ar întreține cu victima ar putea fi potențiale infracțiuni de viol, dacă nu au fost consimțite. În plus, exploatarea în sine a persoanei traficate de către traficant este sancționată prin infracțiunea de proxenetism, prev. de art. 213 C.pen.

În ceea ce privește **favorizatorul ori tănuitorul** infracțiunii de trafic de persoane, situația lor este diferită. Astfel, aceștia comit o infracțiune de sine stătătoare, ulterioară și distinctă infracțiunii de trafic de

³³ Deși prin Sentința penală nr. 542/PI din 15 decembrie 2016 a Curții de Apel Timișoara, rămasă definitivă prin Decizia nr. 134/A/2018 din 29 mai 2018 a ÎCCJ inculpații au fost condamnați, printre altele, și pentru săvârșirea infracțiunii de trafic de minori, prev. de art. 211 C.pen., considerăm că motivările instanței de fond și a Înaltei Curți sunt relevante și pentru aplicarea art. 210 C.pen. datorită similitudinilor existente între cele două texte de incriminare, traficul de minori fiind o formă agravată a traficului de persoane.

³⁴ ÎCCJ, dec. pen. nr. 134/A/2018, disponibilă pe www.scj.ro.

³⁵ Pentru opinia contrară a se vedea S. Bogdan, D. A. Șerban, *op.cit.*, p. 221.

persoane. Așadar, ei sunt terți față de această infracțiune și, datorită acestui fapt, pot fi subiecți activi ai infracțiunii de folosire a serviciilor unei persoane exploatate, prev. de art. 216 C.pen.

Cu toate acestea, trebuie precizat că infracțiunea de trafic de persoane poate fi comisă în **formă continuată** în oricare dintre modalitățile prevăzute de art. 210 C.pen. În această ipoteză, în măsura în care favorizatorul ori tănuitorul, ulterior comiterii actului specific infracțiunii de favorizare a făptuitorului ori a celei de tănuire, are reprezentarea că activitatea autorului traficului de persoane are caracter de continuitate, fiind deci incident art. 35 alin. (1) C.pen., acesta va dobândi și calitatea de complice la cea din urmă infracțiune. Astfel, acestea, respectiv infracțiunea prev. de art. 269 C.pen. ori de art. 270 C.pen., infracțiunea de folosire a serviciilor unei persoane exploatate, prev. de art. 216 C.pen. și infracțiunea prev. de art. 210 vor fi reținute în concurs real. În acest sens, arătăm, ca un argument suplimentar, că pentru identitate de rațiune se impun a fi avute în vedere considerentele expuse de Înalta Curte de Casație și Justiție în cuprinsul Deciziei nr. 2/2008, pronunțată în recurs în interesul legii³⁶. Astfel, Înalta Curte de Casație și Justiție a arătat că „în timp ce complicele cunoaște care va fi activitatea autorului unei anumite fapte penale și că, prin fapta sa, dă ajutor la săvârșirea acelei infracțiuni, tănuitorul, intervenind abia după consumarea infracțiunii din care provine bunul, nu cunoaște când a avut loc acea infracțiune, la săvârșirea căreia nu a avut nicio contribuție, încât actul comis de el nu se inserează, ca și cel al complicelui, în antecedenta susceptibilă să constituie cauză a infracțiunii, ci în consecințele post-factum ale acesteia. De altfel, este relevant că legiuitorul, pentru a marca aceste diferențe, utilizează noțiunea de „promisiune” în reglementarea complicității morale prin tănuire. De aceea, dacă o persoană săvârșește activitate de tănuire, reprezentarea acesteia se referă la infracțiunea din care a provenit bunul în forma ei consumată, încât consumarea infracțiunii de tănuire este posterioară infracțiunii cu care se află în conexitate. Tot astfel, dacă o persoană care tănuiește un bun, indiferent de modalitate, expresă sau tacită, face cu acest prilej și o promisiune de tănuire, activitatea sa nu ar putea fi calificată juridic decât ca fiind un concurs real între infracțiunea de tănuire și complicitate la furt în formă simplă sau continuată, chiar dacă promisiunea anticipată de tănuire a bunurilor nu a fost îndeplinită. În acest sens, trebuie observat că autorul, săvârșind prima faptă de tănuire, a avut reprezentarea consumării numai a infracțiunii cu care ea este conexă (tănuirea consumându-se în momentul primirii, dobândirii, transformării sau înlesnirii valorificării bunului). Împrejurarea că odată cu activitatea ulterioară, în raport cu alte elemente ce au survenit, făptuitorul și-a format o nouă reprezentare, a unei alte infracțiuni ce urmează a fi săvârșită, la care el se hotărăște să participe prin promisiunea de tănuire a bunului provenit din aceasta, impune ca activitatea sa de ansamblu să fie considerată că întrunește elementele constitutive ale infracțiunii de complicitate la furt în formă simplă sau continuată, după caz, în concurs real cu infracțiunea de tănuire, chiar dacă promisiunea anticipată de tănuire a bunurilor nu a fost îndeplinită.”

Deși Recursul în interesul legii menționat anterior are în vedere raportul între infracțiunea de tănuire și cea de furt în formă continuată, pentru identitate de rațiune apreciem că soluția este aplicabilă și în cazul infracțiunilor de trafic de persoane și favorizarea făptuitorului, respectiv tănuire. Așadar, în ipoteza în care favorizatorul ori tănuitorul, ulterior comiterii acestor infracțiuni, continuă activitatea de sprijinire a autorului infracțiunii de trafic de persoane, activitatea sa va îmbrăca forma participației penale a complicității la fapta prev. de art. 210 C.pen. Datorită acestui fapt, pentru motivele expuse deja, ca urmare a participației sub forma complicității la infracțiunea de trafic de persoane, complicele nu va putea fi subiect activ al infracțiunii de folosire a serviciilor persoanei exploatate, prev. de art. 216 C.pen., dar dacă, anterior comiterii actelor specifice complicității, a beneficiat de serviciile persoanei exploatate știind că e exploatată, pentru activitatea de beneficiere va putea răspunde pentru fapta prev. de art. 216 C.pen.

³⁶ Publicată în Monitorul Oficial nr. 859 din 19 decembrie 2008.

V. CONCLUZII

În concluzie, infracțiunea de trafic de persoane, prev. de art. 210 C.pen., va putea fi reținută în concurs real cu cea de proxenetism, prev. de art. 213 C.pen., în măsura în care același făptuitor recrutează, transportă, transferă, adăpostește sau primește o persoană în scopul exploatării acesteia, iar apoi, prin acțiuni distincte, determină, înlesnește sau constrânge victima traficului de persoane să practice prostituția ori obține foloase patrimoniale de pe urma practicării prostituției de către aceasta datorită faptului că latura obiectivă a fiecăreia dintre cele două infracțiuni se realizează prin acțiuni distincte, ce au un scop și o urmare imediată diferite. Astfel, fapta de trafic de persoane are ca urmare imediată deplasarea victimei din locul în care se află (din localitatea de domiciliu) într-un alt loc (o altă localitate sau o altă țară) în scopul exploatării ei ulterioare prin obligarea la practicarea prostituției. Conduita de constrângere ulterioară, la care victima este supusă odată ce a ajuns în locul de destinație, are ca scop și ca urmare imediată obligarea victimei la practicarea prostituției pentru a se obține foloase patrimoniale. Așadar, se poate observa, astfel cum am arătat, că cele două acțiuni sunt distincte și întrunesc elementele constitutive a două fapte distincte, respectiv infracțiunea de trafic de persoane, prev. de art. 210 C.pen., și cea de proxenetism, prev. de art. 213 C.pen.

În ceea ce privește sensul noțiunii de „determinare” din cuprinsul art. 213 alin. (1) C.pen., apreciem că prin această sintagmă se înțelege convingerea unei anumite persoane să practice prostituția, prin expunerea unor argumente ori promisiuni sau oferirea unei sume de bani în acest scop. Deși nu este condiționată reținerea infracțiunii de existența unor acte specifice prostituției din partea victimei acțiunii de determinare, în absența acestor acte specifice este imposibil de probat, dincolo de orice îndoială, că acțiunea autorului de determinare a fost aptă să convingă victima și deci să întrunească elementele constitutive ale infracțiunii de proxenetism, prev. de art. 213 alin. (1) C.pen. De asemenea, o perioadă îndelungată de timp între acțiunea de determinare a autorului și practicarea efectivă a prostituției de către victimă este aptă să ridice îndoiele cu privire la efectivitatea acțiunii de determinare și, implicit, asupra existenței infracțiunii de proxenetism în varianta prev. de art. 213 alin. (1) C.pen.

Tot cu privire la infracțiunea de proxenetism, apreciem că pentru reținerea „aceleiași împrejurări” și deci aplicarea Deciziei nr. 20/2016 a Înaltei Curți de Casație și Justiție, este necesar, în primul rând, ca acțiunea de înlesnire a practicării prostituției de către două sau mai multe persoane să aibă loc cu aceeași ocazie, în aceeași unitate spațio-temporală. În al doilea rând, pentru a se reține o singură infracțiune complexă într-o atare ipoteză este imperativ ca autorul să fi acționat în baza unei unice rezoluții infracționale cu privire la toate victimele sale, cărora le înlesnește practicarea prostituției cu aceeași ocazie. De asemenea, deși reținerea infracțiunii nu este condiționată de poziția subiectivă a victimelor, reprezentarea acestora cu privire la practicarea prostituției de către ele împreună poate fi considerată o probă pentru dovedirea unității de împrejurare în care fapta de înlesnire a fost comisă.

În continuare, în ceea ce privește infracțiunea de folosire a serviciilor unei persoane exploatate, prev. de art. 216 C.pen., aceasta poate fi comisă atât cu intenție directă, cât și cu intenție indirectă, chiar dacă urmarea imediată dorită de autorul faptei este satisfacerea propriilor nevoi sexuale, iar nu lezarea libertății sexuale a victimei traficului de persoane.

În final, apreciem că fapta prev. de art. 216 C.pen. nu poate fi comisă de niciunul dintre participanții la infracțiunea de trafic de persoane a cărei victimă este chiar persoana care prestează serviciile prev. de art. 182 lit. c) C.pen. deoarece participantul este beneficiarul contraprestației serviciilor oferite de victimă, iar el nu se va plăti pe el însuși pentru a folosi serviciile în discuție. În plus, în mod necesar participantul știe că persoana care prestează serviciile prev. de art. 182 lit. c) C.pen. este victima traficului de persoane deoarece este chiar victima sa. În ceea ce privește posibilitatea ca autorul infracțiunii de favorizarea făptuitorului ori a

cele de tănuire, atunci când favorizarea făptuitorului, respectiv tănuirea vizează infracțiunea prev. de art. 210 C.pen., să răspundă pentru fapta prev. de art. 216 C.pen., apreciem că aceasta este posibilă, în sarcina autorului urmând să se rețină un concurs real de infracțiuni între fapta prev. de art. 269 C.pen. ori 270 C.pen. și cea prev. de art. 216 C.pen.

BIBLIOGRAFIE/REFERENCES

- Antoniou, G., Toader, T., Brutaru, V., Duvac, C., Ifrim, I., Lămășanu, D. I., Pascu, I., Safta, M., Sima, C., Vasii, I.,** *Explicațiile noului Cod penal, Vol. III*, ed. Universul Juridic, București, 2015
- Antoniou, G., Toader, T., Bulai, C., Bulai, B. N., Duvac, C., Griga, I., Ifrim, I., Ivan, G., Mitrache, C., Molnar, I., Pascu, I., Pașca, V., Predescu, O.,** *Explicațiile noului Cod penal, vol. I*, ed. Universul Juridic, București, 2015
- Bogdan, S., Șerban, D. A.,** *Drept penal. Partea specială. Infracțiuni contra persoanei și contra desfășurării justiției*, ed. Universul Juridic, București, 2017
- Bogdan, S., Șerban, D. A., Zlati, G.,** *Noul Cod penal. Partea specială. Perspectiva clujeană*, ed. Universul Juridic, București, 2014
- Boroi, Al.,** *Drept penal. Partea specială. Conform noului Cod penal, ediția a II-a, revizuită și adăugită*, ed. C.H. Beck, București, 2014
- Chiriță, R.,** *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentarii și explicații*, ediția a II-a, ed. C. H. Beck, București, 2008
- Cioclei, V.,** *Drept penal. Partea specială I. Infracțiuni contra persoanelor și infracțiuni contra patrimoniului*, ed. C. H. Beck, București, 2016;
- Dobrinou, V., Neagu, N.,** *Drept penal. Partea specială*, ed. Universul Juridic, București, 2014
- Dongoroz, V., Kahane, S., Oancea, I., Fodor, I., Iliescu, N., Bulai, C., Stănoiu, R., Roșca, V.,** *Explicațiile teoretice ale Codului penal român, Vol. IV*, Editura Academiei Republicii Socialiste România, București, 1969
- Dongoroz, V., Kahane, S., Oancea, I., Fodor, I., Iliescu, N., Bulai, C., Stănoiu, R., Roșca, V.,** *Explicațiile teoretice ale Codului penal român, Vol. III*, Editura Academiei Republicii Socialiste România, București, 1969
- Europol,** *Situation Report: Trafficking in human beings in the EU*, Haga, 2016
- Stancu, E., Ciobanu, P.,** *Criminalistică. Metodologia criminalistică*, ed. Universul Juridic, București, 2018
- Streteanu, F., Nițu D.,** *Drept penal. Partea generală, Vol. I*, ed. Universul Juridic, București, 2014
- Udroiu, M.,** *Drept penal. Partea specială, Noul Cod penal*, ed. C.H. Beck, București, 2014

UNELE ASPECTE PRIVIND REȚINEREA, PREDAREA ȘI PERCHEZIȚIONAREA TRIMITERILOR POȘTALE

ASPECTS REGARDING SEIZING AND SEARCHING OF MAIL

Mihai SUIAN¹

Avocat – Baroul Cluj

ABSTRACT

In this article the author has analyzed the implications of seizing and searching of traditional mail in the context of the New Criminal Procedure Code, presenting the evolution of the protection of privacy and the secret of correspondence in Romania and of the lawful use of mail as evidence in criminal trials.

The author shows the legal context in which the method of investigation may be used, and shows how it can be used to provide evidence to the investigator and also show its limits in correlation to modern methods of obtaining evidence. The seizing and searching of mail and other forms of correspondence can aid investigators in discovering the criminal intent of wrong-doers and also of capturing physical evidence sent by mail. Great care must be taken in order to ensure that the method is used proportionally and with a minimal invasion of privacy by limiting the scope and subjects of the method, especially when attorney-client privilege must be respected.

The conclusion was that the present Romanian Criminal Procedure Code is a regression as it incorrectly catalogues seizing and searching of mail as a means of special investigation instead of a form of search and seizures and is an institution that can be perfected in the coming years.

Keywords: *search, seizures, mail, privacy, correspondence, surveillance, attorney-client privilege.*

REZUMAT

În acest articol autorul a analizat trăsăturile principale ale reținerii, predării și percheziționării trimiterilor poștale în reglementarea Noului Cod de procedură penală, prezentând evoluția protecției dreptului la viață privată și a secretului corespondenței în România cât și istoria folosirii corespondenței în procesul penal autohton.

Autorul arată condițiile legale pentru autorizarea măsurii, modul cum poate fi utilizată de organele de urmărire penală pentru obținerea probelor, dar arată și limitările acesteia față de procedee probatorii moderne precum supravegherea tehnică. Reținerea, predarea și percheziționarea trimiterilor poștale poate servi aflării adevărului prin relevarea intenției ca formă de vinovăție dar și pentru obținerea de mijloace materiale de probă. Folosirea măsurii necesită o precauție pentru a se asigura folosirea acesteia în mod proporțional față de drepturile restrânse, încercându-se a se minimaliza pe cât posibil invadarea vieți private prin limitarea obiectului măsurii și a subiecților, în special când trebuie să se respecte secretul dintre avocat și client.

Concluzia a fost aceea că legea procesual penală română marchează un regres întrucât clasifică în mod incorect reținerea, predarea și percheziționarea trimiterilor poștale ca o metodă specială de cercetare în locul unei forme de percheziție și constituie un procedeu probatoriu perfectabil.

Cuvinte cheie: *reținere, predare, trimiteri poștale, corespondență, supraveghere, secret avocat-client, secret profesional.*

¹ La momentul publicării acestui articol, autorul era avocat în cadrul Baroului Cluj și doctorand al Facultății de Drept din cadrul Universității Babeș-Bolyai, Cluj-Napoca, România. Date contact: mihaisuian@gmail.com.

CUPRINS

I. Aspecte generale și istorice	25
II. Noțiunea de trimitere poștală și reglementarea activității de poștă în România	30
III. Corelația dintre reținerea, predarea și percheziționarea trimiterilor poștale și alte procedee probatorii	32
IV. Natura măsurii – metodă specială de cercetare sau formă de percheziție?	34
V. Condițiile legale pentru încuviințarea reținerii, predării și percheziționării trimiterilor poștale.....	36
VI. Despre procedura autorizării măsurii reținerii, predării și percheziționării trimiterilor poștale ..	38
VII. Punerea în executare a reținerii, predării și percheziționării trimiterilor poștale	42
VIII. Reținerea, predarea și percheziționarea trimiterilor poștale ale unui avocat	44
IX. Concluzii	46

I. ASPECTE GENERALE ȘI ISTORICE

Între metodele speciale de supraveghere și cercetare reglementate de legiuitor în Codul de procedură penală regăsim și una dintre cele mai vechi forme de obținere de informații (*lato sensu*) cunoscute de om – interceptarea, deschiderea și citirea corespondenței. Transmiterea informației la distanță este de mult timp esențială pentru stabilitatea oricărui stat, noile forme de comunicație la distanță păstrând nevoia omului de a comunica semenilor săi sentimente și idei.

Siguranța și secretul mesajului purtat prin corespondență sunt esențiale și au stat la bazele făuririi marilor imperii antice, permițând unei conduceri centrale să delege resurse, armate, în funcție de nevoile curente și să administreze zone întinse de teritoriu. Inițial, corespondența era livrată de mesageri (*solii*) ai regilor, împăraților care purtau mesajele direct către destinatar, fără a avea intermediari.

Cu toate că obiceiul de a transmite la distanță decretele regelui era mai vechi, cea mai veche scrisoare datează din anul 255 î.Hr. și aparține unui faraon egiptean². În perioada antică, poșta era rezervată conducătorilor statului sau personalului din administrație, primul serviciu de poștă și curierat propriu-zis, denumit *cursus publicus*, fiind înființat de împăratul Augustus. Sistemul roman de poștă era adaptat unui imperiu cu o mare întindere, astfel că era structurat pe o rețea de puncte de tranzit, de regulă castru sau orașe din imperiu, călăreții care transportau mesajele oficiale trebuind să ducă corespondența de la un punct la altul și să o predea următorului călăreț. Inițial, acest serviciu poștal era rezervat doar împăratului, ulterior, ca urmare a abuzurilor funcționarilor din teritoriu care se foloseau de el pentru interes personal, fiind extins funcționarilor din administrația imperiului și mai apoi persoanelor particulare.

Dezvoltarea sistemului modern de poștă este atribuită trecerii de la acordurile bilaterale între state la adoptarea unor standarde internaționale, primul pas în acest sens având loc la Conferința de la Berna din data de 15 septembrie 1874. La data de 9 octombrie 1874 a fost semnat Tratatul de la Berna prin care se înființa Uniunea Generală Poștală (ulterior devenită Uniunea Poștală Universală), compusă inițial din 22 de state membre. Principatele Unite ale Moldovei și Țării Românești au aderat la acest tratat la data de 1 iulie 1875. În prezent, Uniunea Poștală Universală are 192 de state membre și servește ca organism internațional de reglementare în domeniul trimiterilor poștale.

Răspândirea posibilității oamenilor obișnuiți de a comunica la distanță prin intermediul corespondenței

² Uniunea Poștală Universală, Istoric – pe pagina <http://www.upu.int/en/the-upu/history/about-history.html>.

a dus la posibilitatea comunicării și a mesajelor care nu sunt conforme cu spiritul legii sau care pot servi aflării adevărului într-o cauză penală. Față de metodele primitive de a obține probatoriul într-o cauză penală – constrângerea unei persoane să recunoască – percheziționarea corespondenței acesteia prezintă avantajul descoperirii gândurilor persoanei vizate, expuse într-un moment de libertate și poate servi mai bine la aflarea adevărului. Acest avantaj este unul deosebit deoarece dovedește existența celui mai important element constitutiv al infracțiunii – vinovăția. În plus, față de mijloace de obținere a informațiilor mai intruzive și contestate (de pildă, testarea poligraf) corespondența unei persoane va constitui un mijloc de probă greu de combătut, tocmai pentru că el exprimă gândurile persoanei, fără ca aceasta să aibă bănuiala că frazele scrise vor putea fi folosite pentru a-l incrimina.

Citirea corespondenței unei persoane reprezintă, în mod neîndoielnic, o intruziune în viața privată a acesteia, la fel de gravă ca folosirea oricărei măsuri de supraveghere tehnică aptă să dezvăluie comunicările persoanelor sau să o surprindă desfășurându-și viața în ipostazele cele mai intime. Chiar și dacă vom admite că urmărirea penală are în mod efectiv un caracter secret și organele de urmărire penală ar fi de o integritate exemplară și ar respecta pe deplin secretul profesional, citirea corespondenței unei persoane produce o intruziune în viața privată a persoanei chiar și dacă o singură persoană deschide și află conținutul acesteia. În mod neîndoielnic, este o faptă de neiertat citirea corespondenței amoroase ale unei domnișoare (sau chiar ale unui bărbat, după caz) și nicio trăsătură pozitivă de caracter a persoanei care o citește nu va putea să repare această intruziune. Și dacă vom transpune această problemă în contextul în care diverse scrisori pot ajunge la dosarul cauzei să fie consultate și de alte persoane (părți, subiecți procesuali, avocați), este lesne de văzut cum viața unei persoane poate fi marcată de o astfel de măsură.

Chiar și în cadrul unei familii funcționale și fericite, membrii acesteia au dreptul la viața lor privată, care trebuie ținută secretă de orice persoană nu pentru a ascunde ceva ci pentru a putea asigura dezvoltarea personală a fiecăruia și de a menține un climat armonios. Dacă am fi conștienți că suntem urmăriți ori ne-am teme că toate acțiunile noastre vor putea fi disecate ulterior, nu ne-am mai comporta la fel, ceea ce ne va afecta dezvoltarea personală, a gândurilor și a opiniilor noastre politice³.

Pericolul dezvăluirii unor informații care țin de viața privată a unei persoane a fost îndelung legat de ideea de domiciliu a persoanei, ca urmare a caracterului tradițional al corespondenței private, fiind foarte dificil de pus în aplicare o formă de supraveghere eficientă. Ca atare, până în secolul al XX-lea, problema deschiderii corespondenței se discuta în cadrul percheziției bunurilor unei persoane aflate asupra sau în domiciliul său. Sub acest ultim aspect, dreptul englez a recunoscut încă de la 1604 că *domiciliul oricărei persoane este pentru ea propriul său castel și fortăreață*⁴. Un aspect esențial care decurge din acest drept asupra domiciliului constă în dreptul oricărei persoane de a decide pe cine primește în sfera sa intimă și ce informații dorește să îi împărtășească⁵. Or, sub acest aspect considerăm că aceste precepte nu se vor aplica nu numai în cazul domiciliului persoanei cât și corespondenței sale, prin care acesta își manifestă personalitatea în mod nerestricționat.

Garantarea vieții private a unei persoane sub aspectul secretului corespondenței a fost recunoscută în legislația autohtonă începând cu Constituția Principatelor Unite ale Moldovei și Țării Românești din 1866, unde la art. 25 se prevedea că: *Secretul scrisorilor și al depeșelor telegrafice este neviolabil. Ua lege va determina responsabilitatea agenților guvernului pentru violarea secretului scrisorilor și depeșelor încredințate poștei și telegrafului*. Prin Legea telegrafo-poștală din 27 iunie 1871 s-a introdus sancționarea funcționarului care va încălca secretul corespondenței, însă această prevedere cu caracter nu rezolva necesitatea administrării probelor

³ L. Donohue. *The future of foreign intelligence*, Oxford University Press, New York, 2016, p. 101; R. J. Krotoszynski Jr., *Privacy Revisited. A global Perspective on the Right to Be Left Alone*, Oxford University Press, New York, 2016, p. 172.

⁴ L. Donohue. *op.cit.*, p. 76.

⁵ *Idem*, p. 102.

în procesul penal.

Precum în cazul dreptului englez și a legiurilor continentale de la acea vreme, și în dreptul românesc antebelic problema perchezițiilor și a ridicării corespondenței s-a pus în contextul identificării asupra persoanei cercetate sau în cadrul locuinței sale a *ceva hârtii*, în sensul art. 84 din C.pr.pen. 1864 tocmai cu privire la scrisorile care pot servi aflării adevărului. În această privință, judecătorul de instrucție era abilitat să dispună ridicarea lor⁶ de la prevenit. În aceeași perioadă se pune în discuție calitatea pe care o avea funcționarul poștal în reținerea și predarea corespondenței, subliniindu-se că deși acesta avea calitatea de depozitar al scrisorii (considerată un bun, întocmai ca în dreptul englez⁷) și ținut să protejeze secretul corespondenței, interesul superior al descoperirii săvârșirii unei infracțiuni va prima și va impune încălcarea lui⁸.

Astfel, se permitea agenților statului să procedeze la deschiderea scrisorilor și depeșelor (telegramelor) trimise, evident fiind subînțeles că acești agenți vor avea și dreptul de a intercepta și obține această corespondență prin orice mijloc.

Prin Constituția Regatului României din 1923⁹ se stabilea că secretul scrisorilor, telegramelor dar și al convorbirilor telefonice este inviolabil. Spre deosebire de legea constituțională anterioară, pentru prima dată se reglementează că se va putea proceda la restrângerea dreptului persoanei în scopul aflării adevărului într-o cauză judiciară. Potrivit art. 27 alin. 2 din Constituția de la 1923: *o lege specială va stabili cazurile în cari justiția, în interesul instrucțiunii penale, va putea face excepțiune la dispozițiunea de față*. Restrângerea secretului corespondenței se putea face, așa cum am evidențiat deja, doar în cazul în care avem de a face cu urmărirea penală a unei persoane și numai cu încuviințarea judecătorului de instrucție.

Cu toate acestea, în România, până la adoptarea Codului de procedură penală Carol al II-lea¹⁰ nu a existat o delimitare clară a procedurilor probatorii prin care se putea proceda la predarea și deschiderea corespondenței unei persoane, scrisorile fiind considerate simple înscrisuri care urmau să fie supuse procedurii obișnuite de ridicare (sau percheziție, după caz). În acest sens, doctrina interbelică pune în discuție *sechestrarea* corpurilor delictive precum și a *obiectelor, efectelor, lucrurilor, hârtiilor, actelor, documentelor, scrisorilor și corespondenței*¹¹, în fapt considerând că vor fi aplicate regulile privind percheziția.

Abia prin dispozițiile art. 251 și 252 din Codul de procedură penală Carol al II-lea se instituie o procedură distinctă a obținerii corespondenței unei persoane și întrebuintarea acesteia într-un proces penal.

Conform articolului 251 C.pr.pen. Carol al II-lea: *judecătorul de instrucție este în drept a cere să i se remită de către administrațiile publice sau private telegramele, scrisorile și orice alte lucruri trimise de inculpat sau adresate, sau destinate lui, fie direct, fie pe adresa unui terțiu*. Se poate observa că, pentru prima oară, legiuitorul prevede o metodă specifică pentru ridicarea corespondenței cu particularitatea că, încă de la început, a introdus urmărirea față de persoană a măsurii. Aceasta o deosebește de alte forme de percheziție care urmăresc un obiect, un lucru sau o urmă digitală (în cazul percheziției informatice).

Legiuitorul avea în trecut un respect mai mare asupra vieții private a individului, în condițiile în care se sublinia că numai judecătorul de instrucție era îndreptățit să deschidă și să afle conținutul corespondenței reținute și predate iar, în situația când trimiterea este destinată inculpatului dar este trimisă pe numele unui terț, deschiderea trimiterii se putea face numai în fața terțului¹². Această abordare a trebuit abandonată deoarece se

⁶ I. Tanoviceanu, *Curs de procedură penală română*, ed. Atelierele Grafice SOCEC & Co., București 1913, p. 25.

⁷ L. Donohue. *op.cit.*, p. 76.

⁸ I. Tanoviceanu, *op.cit.*, p. 253.

⁹ Constituția României din 1923, publicată în M.Of. nr. 282/29 martie 1923.

¹⁰ Codul de procedură penală din 17 martie 1936 Carol al II-lea, publicat în M.Of. nr. 66 din 19.03.1936.

¹¹ T. Pop, *Drept procesual penal. Partea generală*, vol. III, ed. Tipografia Națională S.A., Cluj, p. 463.

¹² Art. 251 din Codul Carol al II-lea stipula: (1) Numai judecătorul de instrucție ia cunoștința de conținutul scrisorilor și telegramelor ce i se remit. El reține pe cele necesare instrucției și restituie inculpatului sau destinatarului pe cele care nu ar fi de folos. (2) Scrisorile și telegramele adresate unui terțiu nu pot fi deschise decât în prezența acestuia, după ce a fost legalmente încunoștințat.

punea în pericol caracterul secret al desfășurării actelor de urmărire penală, fiind evident că un terț căruia i se va trimite o scrisoare sau o altă trimitere poștală va avea deja o legătură preexistentă cu persoana care face obiectul unei cercetări penale și ar putea dezvălui cel puțin faptul că i-a fost deschisă corespondența.

Codul de procedură penală din 1968¹³ în forma sa inițială, a înlăturat rolul judecătorului de instrucție (instituție desființată prin înglobarea atribuțiilor sale în cele ale procurorului) din încuviințarea măsurii, instituind că organul de cercetare penală putea dispune *reținerea și predarea corespondenței și a obiectelor*. Cu toate acestea, o asemenea măsură trebuia să fie autorizată de către procuror. Totodată, prin art. 98 C.pr.pen. 1968 se introducea posibilitatea folosirii acestui procedeu probatoriu și în cursul judecării, posibilitate care nu a mai fost inclusă în prezentul Cod întrucât o asemenea măsură restrictivă de drepturi și libertăți nu se justifica în cursul judecării lipsind elementul de surpriză necesar. Cu alte cuvinte, prin trimiterea în judecată a unei persoane scade covârșitor posibilitatea ca aceasta să comunice în scris aspecte legate de fapta de care este acuzată care să contribuie la condamnarea sa. Corelativ, reținerea și predarea corespondenței unei persoane trimise în judecată pentru săvârșirea unei infracțiuni nu poate fi folosit ca procedeu nici în dovedirea nevinovăției sale, orice corespondență (în special dacă provine de la inculpat) fiind cel mai probabil preconstituită *pro causa*. Totodată, dacă această corespondență cu caracter exonerator ar exista, interesul inculpatului ar fi să o prezinte voluntar instanței. Dintr-o altă perspectivă, prin pronunțarea asupra reținerii și predării corespondenței inculpatului în faza de judecată s-ar ajunge automat la incompatibilitatea judecătorului (sau judecătorilor) întrucât s-ar pronunța asupra restrângerii dreptului inculpatului cu scopul de a strânge probe strict în defavoarea sa. Lipsa de imparțialitate ar fi fost incidentă și din cauză că, spre deosebire de un înscris, corespondența putea numai să fie una viitoare, astfel că este lesne de probat că instanța ar avea o opinie formată cu privire la producerea în viitor a unor probe în defavoarea inculpatului, pe care ar vrea să le administreze. În cazul corespondenței reținute de la alte persoane, procedeu era inutil întrucât instanța ar fi putut dispune efectuarea unei percheziții domiciliare prin care să se ridice trimiterile poștale, asemenea oricărei corespondențe.

În prezent, principiul respectării vieții intime a cetățeanului este reglementat prin art. 26 alin. 1 din Constituție, însă legiuitorul a considerat că se impune dedicarea unui articol separat pentru apărarea secretului corespondenței. Potrivit art. 28 din Constituție *secretul scrisorilor, al telegramelor, al altor trimiteri poștale, al convorbirilor telefonice și al celorlalte mijloace legale de comunicare este inviolabil*.

Până în anul 2003 nu s-a conferit un grad de protecție cuvenit secretului corespondenței și vieții private prin raportare la procedura prin care se încuviința măsura, până când prin Legea nr. 281/2003 privind modificarea și completarea Codului de procedură penală și a unor legi speciale¹⁴ s-a trecut la încuviințarea măsurii de către instanță. Potrivit art. 98 C.pr.pen. 1968 procurorul propunea instanței reținerea, predarea corespondenței și a obiectelor conform aceleiași proceduri ca pentru încuviințarea interceptărilor și înregistrărilor audio-video și cu respectarea aceluiași condiții. Considerăm că acest moment este deosebit de important deoarece s-a revenit la o stare de normalitate din punct de vedere al atribuțiilor funcționale ale organelor judiciare, care urma să se desăvârșescă prin Codul de procedură penală actual, prin crearea instituției judecătorului de drepturi și libertăți.

În opinia noastră, din comoditate legiuitorul a prevăzut în anul 2003 o procedură comună cu interceptările și înregistrările, fapt care în prezent a condus la o greșită considerare a procedurii probatoriu ca fiind o metodă specială de cercetare.

În scopul unei mai bune protejări a secretului corespondenței s-a urmărit ca prin Codul de procedură penală

(3) În cazul când telegramele și scrisorile ridicate sînt necesare instrucției, conținutul lor se aduce la cunoștința inculpatului sau destinatarului, afară de cazul cînd această încunoștințare ar fi contrară interesului instrucției.

¹³ Publicat în B.Of. nr. 145-146 din 12 noiembrie 1968.

¹⁴ Publicată în M.Of. nr. 468 din 1 iulie 2003.

din 2010¹⁵ să se mențină caracteristicile protecției oferite de Codul de procedură penală privind autorizarea unor procedee probatorii excepționale prin care să poată fi obținute probe. Aici ne referim la procedura de încuviințare a măsurii în Codul de procedură penală, care impune aplicarea condițiilor și procedurii specifice încuviințării supravegherii tehnice. Cu toate că vom trata în secțiunile următoare modul în care se autorizează procedeul probatoriu, apreciem că dintr-o similitudine în procedură, legiuitorul a reconsiderat natura măsurii.

Această modificare de optică a legiuitorului este bizară în contextul în care prin folosirea mai rară a trimiterilor poștale pentru împărtășirea gândurilor (nu și a bunurilor, în special cele de consum) și astfel, reprezintă o modalitate de strângere a probelor mai puțin întrebuițată și mai puțin aptă să contribuie la aflarea adevărului ca urmare a perfecționării unor noi metode de comunicații.

În mod firesc, orice modificare legislativă este specifică momentului istoric în care se află o societate. În cazul Codului de procedură din 1968 acesta era cel al trecerii de la un sistem axat pe respectarea drepturilor individului la unul axat pe binele social și menținerea ordinii și siguranței publice în detrimentul libertăților persoanei.

Paradoxal, ușurința cu care se emit mandatele de supraveghere tehnică în prezent nu face mai puțin invazive setul de metode speciale de supraveghere și cercetare prevăzute de Codul de procedură penal actual ci, din contră, duce la posibilitatea controlării în cel mai mic detaliu al vieții persoanei. Cât sub aspectul rezultatului, un stat totalitar nu diferă față de un stat democratic liberal, dus în forma sa cea mai extremă, precum modelul Statelor Unite ale Americii unde dreptul la viață privată și dreptul la demnitate sunt puse pe un plan secundar față de libertatea de exprimare¹⁶. Și tocmai această libertate de exprimare dusă la paroxism (încurajarea distribuirii inclusive elementelor banale din viața unei persoane în mediu online) coroborată cu posibilitatea colectării automatizate de informații (Big Data) asupra unei singure persoane permite profilajul deosebit de precis al acesteia și este mai invazivă decât mijlocul tradițional al reținerii corespondenței unei persoane¹⁷. Dacă prin mijloacele tradiționale putem cunoaște, cel mult, gândurile unei persoane la un moment dat, prin metode moderne putem cunoaște aspecte despre viața unei persoane de care nici aceasta nu este conștientă, putem să prezicem cum se va comporta într-o anumită împrejurare, cum își petrece timpul și, inclusiv, ce a făcut în trecut cu cine s-a asociat și care este cercul său de prieteni.

Credem că legiuitorul va trebui în viitor să se concentreze pe realitățile lumii digitale în care informațiile utile cauzei nu sunt date numai de conținutul comunicărilor ci mai ales de modul în care se desfășoară, regularitatea lor și cu cine se desfășoară. Analiza apelurilor efectuate de o persoană, fără analiza conținutului, ori a site-urilor frecventate ne poate da detalii mult mai invazive în viața unei persoane. Un exemplu poate fi surprinderea cronologică a apelurilor desfășurate, fără a se cunoaște conținutul convorbirilor: o femeie sună și vorbește îndelung la telefon cu sora ei; după două zile sună la o clinică specializată în avorturi; după o săptămână sună la acea clinică de mai multe ori; apoi la o altă săptămână mai sună o singură dată, fără ca alte apeluri să fie efectuate la acea clinică. În același fel, să presupunem că un bărbat sună la un spital și vorbește îndelung cu un medic cardiolog; apoi apelează un laborator specializat în aparate medicale; apoi primește apeluri de la o farmacie și, ulterior, apelează un număr hotline de monitorizare permanentă a funcționării unui aparat de monitorizare a aritmiei. Toate aceste exemple fac parte dintr-un studiu desfășurat de cercetători în domeniul informatic din cadrul Universității din Stanford¹⁸ și reflectă în mod îngrijorător noile amenințări la viața privată, pe care legiuitorul român le ignoră în continuare. În măsura în care s-ar implementa un sistem de

¹⁵ Legea nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală, publicată în M.Of. nr. 486 din 15 iulie 2010.

¹⁶ R. J. Krotoszynski Jr., op.cit., p. 36.

¹⁷ *Idem*, p. 37, L. Donohue, op.cit., p. 45.

¹⁸ P. Mutchler, J. Mayer, *MetaPhone: The Sensitivity of Telephone Metadata*, Web Policy, 12 Martie 2014, pe pagina <http://webpolicy.org/2014/03/12/metaphone-the-sensitivity-of-telephone-metadata/>.

înregistrare obligatorie a tuturor trimiterilor poștale, cu detalii privind expeditor și destinatarul, credem că și fără să aflăm conținutul corespondenței se vor putea strânge date cu privire la obiceiurile persoanei care să stea la baza încuviințării unor alte măsuri de supraveghere și cercetare mai restrictive.

Deși într-o societate democratică interesul societății este ocrotirea libertății de exprimare, a vieții private a individului și a secretului corespondenței este regula, însă protejarea acestor drepturi nu este una absolută și poate fi restrânsă pentru a garanta drepturile celor din jur cât și menținerea ordinii publice. Față de posibilitățile facile de a restrânge viața privată a persoanei într-un mod cu mult mai brutal ca în trecut, reținerea, predarea și percheziționarea trimiterilor poștale reprezintă un procedeu probatoriu clasic care ar trebui utilizat ca un procedeu subsidiar unor alte măsuri de supraveghere și cercetare mai invazive.

II. NOȚIUNEA DE TRIMITERE POȘTALĂ ȘI REGLEMENTAREA ACTIVITĂȚII DE POȘTĂ ÎN ROMÂNIA

Stabilirea obiectului măsurii de cercetare tratate în prezentul capitol se va face prin intermediul legislației speciale extra penale din domeniul serviciilor poștale, în condițiile în care legiuitorul nu a conferit prin Codul de procedură un sens propriu al noțiunii de *trimitere poștală*.

În cazul unei analize superficiale, având ca fundament numai Codul de procedură penală, vom putea constata că obiectul măsurii îl reprezintă nu numai trimiterile poștale ci și scrisorile și obiectele trimise de o persoană. Aparent, ar trebui să existe un element de diferențiere între scrisori, obiecte și trimiteri poștale, ele să reprezinte categorii diferite. Însă, la o analiză mai atentă vom semnală că legiuitorul suferă de o eroare de logică deoarece enumeră două elemente – scrisori și obiecte – care sunt incluse în categoria mai generală a trimiterilor poștale.

Comparativ cu legislația procesual penală anterioară, legislația actuală constituie un regres în stabilirea cu claritate a obiectului măsurii de cercetare. Conform art. 98 alin. 1 din Codul de procedură penală din 1968 republicat, obiectul procedurii probatoriu al *reținerii și predării a corespondenței și obiectelor* era reprezentat de *scrisorile, telegramele și oricare altă corespondență ori a obiectelor trimise sau primite* situație în care observăm că legiuitorul a folosit exemplificativ noțiunile de scrisori și telegrame alături de menționarea categoriei mai generale a corespondenței, alături de tratarea separată a coletelor poștale (obiecte). Este de neînțeles de ce legiuitorul actual nu a menținut modelul Codului de procedură penală din 1968, *de lege ferenda* impunându-se reformularea obiectului măsurii în sensul înlăturării *scrisorilor și obiectelor* din enumerare ca fiind superfluă.

Revenind la categoria amintită mai sus, termenul de *trimitere poștală* este reglementat prin Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 13/2013 privind serviciile poștale¹⁹ unde la art. 2 pct. 13 este definit ca: *bun adresat, aflat în formă finală în care urmează să fie transportat și livrat la adresa indicată de expeditor pe trimiterea în sine, pe ambalaj sau într-o listă de distribuție. Pe lângă trimiterile de corespondență, în această categorie sunt incluse, de exemplu, imprimarele, sacii „M”, pachetele mici, coletele poștale care conțin bunuri cu sau fără valoare comercială și mandatele poștale pe suport hârtie. În această categorie nu sunt incluse trimiterile hibrid.*

În mod evident, termenul de trimitere poștală acoperă întreaga plajă de trimiteri la care se poate adresa măsura specială de cercetare, incluzând și noțiunea de corespondență la care făcea referire Codul de procedură penală anterior. Observăm că din punct de vedere al legii supreme, Constituția României include în cadrul noțiunii de corespondență orice fel de trimitere poștală, alături de convorbirile personale și celelalte mijloace legale de comunicare.

Ca atare, termenul de corespondență în sensul său constituțional este mai larg decât cel prevăzut în lege, unde la art. 2 pct. 11 din O.U.G. nr. 13/2013 trimiterea de corespondență este definită ca o *comunicare în*

¹⁹ Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 13 din 6 martie 2013 privind serviciile poștale publicată în M.Of. nr. 139 din 15 martie 2013.

formă scrisă pe orice fel de suport fizic, care urmează să fie transportată și livrată la adresa indicată de expeditor chiar pe trimiterea în sine sau pe ambalajul acesteia. Cărțile, cataloagele, ziarele, periodicele nu sunt considerate trimiteri de corespondență.

Din punct de vedere istoric, observăm că termenul de corespondență a fost folosit numai în legătură cu comunicările în formă scrisă, convorbirile telefonice și celelalte mijloace de comunicare legale fiind, în opinia noastră, asimilate corespondenței. În același sens, amintim că prin Constituția Republicii Socialiste România din 1965²⁰ art. 33 din legea fundamentală garanta *secretul corespondenței și al convorbirilor telefonice*.

Distincția dintre corespondență și alte mijloace legale de comunicație a fost avută în vedere și în structura Codului de procedură penală în vigoare, unde sunt tratate distinct acele procedee probatorii care afectează comunicările persoanei prin alte căi decât forma scrisă. Ne referim aici, în special, la supravegherea tehnică prin interceptarea comunicațiilor ori a oricărui tip de comunicare la distanță, însă este posibilă și, uneori necesară, folosirea concertată și accesului la un sistem informatic pentru realizarea acestei interceptări.

Odată înțeles termenul de corespondență, pentru înțelegerea deplină a măsurii speciale de cercetare trebuie să înțelegem cui i se poate adresa aceasta, cu alte cuvinte, cine poate fi obligat să își dea concursul în executarea măsurii. Potrivit art. 147 alin. 5 C.pr.pen. își vor da concursul *unitățile poștale* sau de *transport* precum și *orice persoană fizică sau juridică* implicată în activități de transport sau transfer de informații.

Legislația procesuală penală diferă semnificativ față de cea din domeniul poștal unde fundamentul este serviciul poștal, orice persoană autorizată pentru a desfășura astfel de activități – fie persoană fizică sau juridică – fiind denumită *furnizor de servicii poștale*. Codul de procedură penală nu condiționează expres ca persoana fizică sau juridică să fie autorizată legal să desfășoare serviciile poștale, însă această caracteristică se va deduce implicit deoarece nu putem concepe obligarea unei persoane să ajute organele de urmărire penală prin desfășurarea unei activități lucrative în afara legii²¹.

Credem că legiuitorul trebuia să aibă în vedere odată cu intrarea în vigoare a Codului de procedură penală diferența terminologică și să o aducă la standardul din domeniul serviciilor poștale. Termenul generic folosit de legislația specială este cel de *servicii poștale* care, potrivit art. 2 pct. 1 din O.U.G. nr. 13/2003 privind serviciile poștale constau în *colectarea, sortarea, transportul și livrarea trimiterilor poștale*. Vom detalia semnificația fiecăreia dintre aceste etape în partea dedicată punerii în executare a măsurii.

Furnizorul de servicii poștale poate fi de două tipuri: furnizor de serviciu universal și alți furnizori de servicii poștale. Specificul legislației poștale este că, deși este posibil ca orice persoană să fie autorizată să realizeze servicii poștale, numai o singură persoană juridică poate să dețină calitatea de furnizor de serviciu universal. În prezent, furnizorul de serviciu universal este Compania Națională Poșta Română S.A. (C.N.P.R.) desemnat în baza Deciziei nr. 1158/2013 a Președintelui Autorității Naționale pentru Administrare și Reglementare în Comunicații (A.N.C.O.M.).

Furnizorul de serviciu universal are un rol deosebit în asigurarea comunicației pentru cetățeni printr-un set de servicii de bază care intră în cadrul serviciului universal²², prestate în condiții de continuitate (5 zile pe

²⁰ Constituția Republicii Socialiste România din 1965 republicată în B.Of. nr. 65 din 29 octombrie 1986.

²¹ În condițiile în care o persoană desfășoară servicii poștale fără autorizație, nu va fi incidentă numai legislația din domeniul poștal ci și cea penală întrucât veniturile obținute din această activitate nu ar putea fi înregistrate în mod legal în contabilitatea societății ori persoanei fizice.

²² Potrivit art. 1 alin. 2 din Decizia Președintelui A.N.C.O.M. nr. 1158/2013: CNPR are obligația să furnizeze, pe întregul teritoriu al României, în condițiile stabilite de legislația din domeniul serviciilor poștale și de prezenta decizie, următoarele servicii poștale din sfera serviciului universal:

a) colectarea, sortarea, transportul și livrarea trimiterilor poștale interne și internaționale, în greutate de până la 2 kg (inclusiv), având ca obiect trimiteri de corespondență și imprimate;
b) colectarea, sortarea, transportul și livrarea coletelor poștale interne și internaționale, în greutate de până la 10 kg (inclusiv);
c) distribuirea coletelor poștale cu limite de greutate între 10 și 20 kg expediate din afara teritoriului României către o adresă

săptămână), în mod neîntrerupt (cu excepția cazurilor de forță majoră), în fiecare localitate de pe teritoriul României, în condiții de celeritate (85% dintre trimerile poștale trebuind livrate în cel mult o zi lucrătoare, 97% dintre trimerile poștale trebuind livrate în cel mult 3 zile lucrătoare), cu asigurarea punctelor de acces permanente (cutii poștale sau unități poștale) și la tarife accesibile cetățenilor (ținând seama de costuri și avându-se în vedere dreptul de acces la serviciul universal). Cu alte cuvinte, furnizorul de serviciu universal are rolul de a fi fundamentul comunicațiilor scrise cât și a transportului de obiecte de dimensiuni reduse pe tot teritoriul țării. În calitate de furnizor de serviciu universal, C.N.P.R. poate încheia convenții cu alte asemenea entități internaționale. Subliniem că acest furnizor va fi cel mai sever controlat de către stat, mai ales sub aspectul prețurilor, pentru că deși trăim într-o societate democratică și tindem către o economie de piață, serviciile poștale trebuie să fie accesibile și celor mai săraci cetățeni, întrucât prin serviciul poștal universal se poate asigura libera exercitare a unor importante drepturi ale cetățenilor, mai ales dreptul de petiționare și liberul acces la justiție.

Ceilați furnizori de servicii poștale sunt liberi să își stabilească propriile seturi de servicii pe care le vor furniza, fără a fi îngreuiți de necesitatea unei rețele publice la nivel național, timp de livrare mai scurți sau de limitarea prețurilor practicate. Cei mai importanți furnizori de servicii poștale din România sunt societățile comerciale specializate în curierat – Fan Courier, UrgentCargus, Sameday, Nemo Courier, etc. Acești furnizori au apărut ca urmare a lipsei de flexibilitate a C.N.P.R. de a furniza servicii de livrare bunuri pentru consumatori în condiții de comoditate pentru destinatar. Într-o societate consumeristă, este foarte important ca bunul vândut să fie preluat cât mai repede de la vânzător fără ca acesta să trebuiască să își asigure propria infrastructură de transport (autovehicule specializate, personal) pentru a duce marfa la cea mai apropiată unitate poștală. În același timp și cumpărătorul va fi avantajat să i se livreze acasă produsul, decât să trebuiască să îl preia de la o unitate poștală.

Deși puțin probabil, atât legea specială privind serviciile poștale cât și Codul de procedură penală admite posibilitatea ca o persoană fizică să fie autorizată în domeniul serviciilor poștale, caz în care și aceasta poate fi obligată prin mandatul emis de judecătorul de drepturi și libertăți să rețină și să predea corespondența unei persoane. În condițiile în care traficul devine din ce în ce mai intens în marile orașe ale țării, nu trebuie excluse serviciile de curierat desfășurate de o persoană fizică cu condiție fizică bună, care să se deplaseze pe bicicletă pentru a livra mai rapid scrisori sau pachete mici pentru diverse firme.

III. CORELAȚIA DINTRE REȚINEREA, PREDAREA ȘI PERCHEZIȚIONAREA TRIMITERILOR POȘTALE ȘI ALTE PROCEDEE PROBATORII

Noțiunea de corespondență trebuie să fie înțeleasă și în contextul altor procedee probatorii prevăzute de Codul de procedură penală prin care se pot obține obiecte sau înscrisuri. În această privință, așa cum vom vedea, metoda specială de cercetare se aseamănă cu percheziția domiciliară sub aspectul gravității afectării drepturilor persoanei dar și a în privința modalității de punere în executare. Aceeași rațiune o diferențiază de procedura predării obiectelor, înscrisurilor sau datelor informatice prevăzută de art. 170 C.pr.pen., procedeu probatoriu care nu afectează într-o asemenea măsură drepturile persoanei.

aflată pe teritoriul acesteia;

d) serviciul de trimitere recomandată având ca obiect trimiteri poștale interne și internaționale în greutate de până la 2 kg (inclusiv) prevăzute la lit. a);

e) serviciul de trimitere cu valoare declarată având ca obiect:

1. trimiteri poștale interne și internaționale în greutate de până la 2 kg (inclusiv) prevăzute la lit. a);

2. colete poștale interne și internaționale în greutate de până la 10 kg (inclusiv);

3. colete poștale cu limite de greutate între 10 și 20 kg expediate din afara teritoriului României către o adresă aflată pe teritoriul acesteia;

f) colectarea, sortarea, transportul și livrarea cecogramelor interne și internaționale.

Măsura de cercetare are în vedere orice trimitere poștală, nu numai scrisorile, situație care impune detalierea posibilității folosirii alternative a procedurii ridicării de obiecte înscrisuri sau date informatice. În cazul obiectelor transmise prin servicii poștale – colete sau pachete mici – care conțin un obiect, apreciem că odată deschise, conținutul acestora – un obiect – va putea fi supus procedurii probatoriu prevăzut de art. 170 C.pr.pen. Secretul corespondenței apără, în principal, trimiterea poștală în sensul de capsulă sau recipient care poate purta în interiorul său orice bun sau mesaj. Această capsulă este protejată sub aspectul integrității sale și a secretului conținutului său pe tot timpul cât aceasta se află în circuitul său, dar și după ce a fost primită de destinatar. Textul art. 147 alin. 1 C.pr.pen. nu impune condiția ca trimiterile poștale să fie în tranzit ci acestea pot fi deja primite de destinatar.

În cazul obiectelor primite prin serviciile poștale se va putea dispune predarea în temeiul art. 170 C.pr.pen. deoarece procedeul probatoriu impune identificarea obiectului care urmează a fi predat, astfel că nu se mai discuta despre respectarea secretului corespondenței cât timp organele de urmărire penală cunosc conținutul coletului și formulează o ordonanță prin care solicită acest bun. Nu va fi legală o măsură prin care obiectul supus predării este definit ca un colet sau pachet mic primit de o anumită persoană, întrucât s-ar eluda în mod nelegal procedura prevăzută de art. 147 C.pr.pen. și s-ar încălca secretul corespondenței. Or, așa cum am arătat deja, Codul de procedură penală conferă o protecție sporită acestui drept prin abilitarea judecătorului de drepturi și libertăți să dispună asupra măsurii. Pe de altă parte, în cazul procedurii predării de obiecte, înscrisuri sau date informatice organul de urmărire penală (sau instanța) va fi în măsură să dispună asupra măsurii deoarece este vizată doar proprietatea în cazul obiectelor.

Toate cele arătate mai sus sunt relevante în cazul coletelor și pachetelor mici deja primite, întrucât în cazul în care vorbim de corespondență care urmează să fie trimisă ori este în circuitul poștal se va putea utiliza numai procedura reținerii, predării și percheziționării trimiterilor poștale.

În cazul unor scrisori – trimiteri de corespondență în sensul art. 2 pct. 11 din O.U.G. nr. 13/2013 privind serviciile poștale - aparent, s-ar putea ajunge la concluzia că orice scrisoare primită și deschisă este o specie de înscris și să cadă sub incidența dispozițiilor art. 170 C.pr.pen. fiind posibil ca organul de urmărire penală (sau instanța) să dispună predarea acesteia. Spre deosebire de coletele și pachetele mici care pot conține obiecte, trimiterile de corespondență vor conține un mesaj scris al cărui conținut nu este, de regulă, cunoscut de organele de urmărire penală. În măsura în care ar cunoaște că o persoană deține o scrisoare care ar putea constitui un mijloc de probă în procesul penal, organul de urmărire penală ar trebui să individualizeze scrisoarea în ordonanță pentru a fi considerată ca înscris. În cazul trimiterilor de corespondență nu este posibil din punct de vedere lingvistic să se găsească o formulă prin care organul de urmărire penală să se refere la o scrisoare decât ca scrisoare, astfel că nu poate fi întrebuițat procedeul prevăzut de art. 170 C.pr.pen. deoarece nelegalitatea lui ar fi una manifestă.

Alături de problema semantică, chiar dacă, printr-o situație specială organul de urmărire penală ar avea o copie a scrisorii primite de suspect, inculpat sau terț, tot nu este posibilă întrebuițarea procedurii probatoriu prevăzut de art. 170 C.pr.pen. deoarece ar reprezenta o încălcare ilicită a secretului corespondenței pentru care organul de urmărire penală nu are o încuviințare a judecătorului de drepturi și libertăți. Încălcarea secretului corespondenței va produce efecte asupra persoanei din momentul în care va fi obligată să predea scrisorile sale, indiferent dacă procurorul va fi cunoscut conținutul mai înainte deoarece din perspectiva persoanei situația va fi egală și vătămarea se va produce.

Așa cum s-a arătat în doctrină, funcția de instrucție deținută de judecătorul de instrucție din perioada interbelică s-a transformat într-o formă de instrucție modernă prin judecătorul de drepturi și libertăți care se

va pronunța asupra actelor care restrâng drepturile și libertățile fundamentale ale persoanei²³.

Procedura prevăzută de art. 147 C.pr.pen. pune în valoare rolul judecătorului de drepturi și libertăți de a analiza proporționalitatea măsurii de cercetare, de a pune în balanță importanța probelor, necesitatea administrării lor, gravitatea faptei cercetate cu severitatea restrângerii drepturilor fundamentale ale persoanei. Nu numai că judecătorul de drepturi și libertăți are o altă poziție față de urmărirea penală decât organele de urmărire penală dar și procedurii predării obiectelor, înscrisurilor sau a datelor informatice îi lipsește cu desăvârșire analiza de necesitate, proporționalitate și subsidiaritate a procedurii probatoriu care este obligatorie în cazul reținerii predării și percheziționării trimiterilor poștale.

Cu toate acestea, prin predarea obiectelor, înscrisurilor sau a datelor informatice se pot afla informații despre trimiterile poștale ale unei persoane, în afara conținutului acestora. Ne referim aici la *metadate* (în sens general), adică acele date informatice referitoare la transmiterea unor informații, cu mențiunea că metadatele acestea se referă la o transmitere a corespondenței unei persoane. Anumite tipuri de trimiteri poștale presupun înregistrarea lor la unitatea poștală de la care se face transmiterea – coletele, scrisorile recomandate, scrisori transmise prin PrioriPost, scrisorile sau pachetele transmise prin curieri – ceea ce generează informații despre acea trimitere precum: data prezentării, expeditorul, destinatarul, tipul trimiterii, greutatea și data la care a fost primită trimiterea. În cazul în care se dorește probarea unor trimiteri anterioare sau a descoperirii persoanelor la care au fost trimise anumite scrisori sau colete, organele de urmărire penală nu sunt obligate să obțină un mandat, ele putând solicita direct furnizorului de servicii poștale date informatice relevante potrivit art. 170 alin. 2 lit. a) C.pr.pen. Considerăm că acest procedeu își are relevanța atunci când se transmit colete conținând obiecte interzise prin intermediul furnizorilor de servicii poștale, organele de urmărire penală putând descoperii atât furnizorii persoanei cercetate cât și potențialii clienți. În acest sens, în Statele Unite ale Americii F.B.I. are posibilitatea să verifice existența și traseul oricărei trimiteri poștale, întrucât plicul în care se afla aceasta nu este protejat de al patrulea amendament la Constituția S.U.A.²⁴

În privința corelației cu percheziția domiciliară, reținerea, predarea și percheziționarea corespondenței se aseamănă foarte mult la nivelul severității restrângerii drepturilor și libertăților fundamentale ale persoanei. Procedura de încuviințare a percheziției domiciliare prezintă similarități sub aspectul condițiilor care vor trebui să fie avute în vedere de judecătorul de drepturi și libertăți, fapt pentru considerăm că dacă se va proceda la efectuarea unei percheziții domiciliare, organele de urmărire penală vor fi îndreptățite să ridice toată corespondența descoperită la persoana percheziționată, să o deschidă și să rețină toate trimiterile poștale care ar putea servi ca mijloace de probă în procesul penal.

Motivăm acest lucru prin prisma identității de organ judiciar care se pronunță asupra măsurii – judecătorul de drepturi și libertăți, identitatea condițiilor de necesitate, proporționalitate și subsidiaritate și previzibilitatea descoperirii de corespondență în cursul efectuării unei percheziții domiciliare.

IV. NATURA MĂSURII – METODĂ SPECIALĂ DE CERCETARE SAU FORMĂ DE PERCHEZIȚIE?

În Codul de procedură penală, reținerea, predarea și percheziționarea trimiterilor poștale este prevăzută în Capitolul IV al Titlului IV denumit *Metode speciale de supraveghere și cercetare*, astfel că legiuitorul a considerat că acest procedeu probatoriu este o specie de astfel de măsură.

Specificul acestor procedee probatorii este dependența lor de autoritatea statului, manifestată prin restrângerea drepturilor persoanei față de care se dispune folosirea metodelor speciale de supraveghere.

²³ M. Udriou (coord.), *Codul de procedură penală. Comentariu pe articole*, ediția a II-a, ed. C.H. Beck, București, 2017, p. 13.

²⁴ B. Snider, *Can police read or search through your mail?*, publicat la data de 16 aprilie 2016 pe <https://blogs.findlaw.com/blotter/2014/04/can-police-read-or-search-through-your-mail.html>.

Considerăm că aceste procedee probatorii sunt cele mai restrictive cu privire la viața privată a individului, motiv pentru care folosirea lor trebuie să fie văzută ca o *ultima ratio*, iar nu ca un mod comod de realizare a urmăririi penale.

Prin dispozițiile art. 138 alin. 13 C.pr.pen. se arată că vor constitui măsuri de supraveghere tehnică interceptarea comunicațiilor ori a oricărui tip de comunicare la distanță, accesul la un sistem informatic, supravegherea video, audio sau prin fotografiere și localizarea sau urmărirea prin mijloace tehnice. Prin urmare, legiuitorul a considerat că procedeul probatoriu în discuție nu va putea fi încadrat ca o metodă specială de supraveghere ci va constitui o măsură specială de cercetare. Aceasta constituie o schimbare de viziune din partea legiuitorului care a modificat față de Codul de procedură penală din 1968 încadrarea acestui procedeu probatoriu într-o categorie mai largă. Anterior, se considera că reținerea, predarea și percheziționarea trimiterilor poștale era o formă particulară de percheziție și nu o metodă specială de supraveghere și cercetare, deși era supusă aceleiași proceduri de încuviințare.

În opinia noastră, legiuitorul a greșit prin includerea reținerii, predării și percheziționării trimiterilor poștale în cadrul măsurilor speciale de cercetare întrucât măsura are similarități mai mari cu formele de percheziție, în special cu percheziția domiciliară. În stabilirea naturii măsurii nu vom ține seama de procedura prin care aceasta este încuviințată întrucât aceasta nu are semnificație asupra aplicării practice a acesteia. Așa cum am arătat deja, de-a lungul timpului legiuitorul și-a schimbat optica privind organul judiciar care dispunea asupra măsurii și această împrejurare nu a dus la modificarea locului în Cod a măsurii.

Pentru stabilirea naturii măsurii, va trebui să avem în vedere modalitatea în care se va pune în executare măsura, altfel spus, cum se va realiza în mod concret procedeul probatoriu. Dacă pentru măsurile de supraveghere tehnică intervine un element tehnologic care restrânge foarte mult viața privată a unei persoane, în cazul reținerii, predării și percheziționării trimiterilor poștale aceasta are un caracter oarecum mai restrâns deoarece presupune ca o persoană să se manifeste într-un mod tradițional – în scris. Ca atare, nu vom avea un element de noutate care să presupună tehnologii avansate sau folosirea unor tehnici aparte (precum utilizarea investigatorilor sub acoperire). În realitate, măsura de cercetare analizată pare banală, deoarece presupune obținerea corespondenței prin furnizorul de servicii poștale (ori orice altă persoană fizică sau juridică autorizată în domeniul poștal) și deschiderea acesteia pentru a-i afla conținutul. Nu este necesară implicarea unor organe specializate ale statului care să își ofere concursul tehnic precum în situația interceptării comunicațiilor ori a oricărui tip de comunicare la distanță.

O formă evoluată a acestei măsuri o reprezintă livrarea supravegheată care reprezintă mai mult decât o percheziție ci însăși urmărirea unui transport de către organele de urmărire penală, inclusiv transfrontalier.

Credem că denumirea aleasă de legiuitor pentru această măsură de cercetare este criticabilă ca urmare a caracterului prea detaliat al enumerării operațiunilor care vor fi efectuate în detrimentul elementului esențial: percheziționarea trimiterilor poștale. În cazul oricărui procedeu probatoriu organele de urmărire penală vor trebuie să realizeze acte prin care să pregătească logistic desfășurarea procedurii. Așa cum vom vedea, reținerea și predarea corespondenței sunt acțiuni simple care nu sunt realizate de organele de urmărire penală și nu reprezintă o atingere veritabilă la secretul corespondenței. În schimb, acțiunea de percheziționare se poate realiza numai de către organele de urmărire penală și prin aceasta se aduce atingere secretului corespondenței. Or, este evident că pentru a se realiza percheziționarea corespondenței aceasta trebuie să fie în posesia organelor de urmărire penală.

Un alt argument în sensul naturii măsurii ca formă de percheziție este însăși folosirea cuvântului *percheziție* în denumirea măsurii, ceea ce face cu atât mai inexplicabilă alegerea legiuitorului de a nu încadra în Cod această măsură ca o formă de percheziție.

De aceea, considerăm că *de lege ferenda* se impune ca măsura să fie trecută înapoi între formele de

percheziție prevăzute de Cod și să fie redenumită percheziționarea trimiterilor poștale.

V. CONDIȚIILE LEGALE PENTRU ÎNCUVIINȚAREA REȚINERII, PREDĂRII ȘI PERCHEZIȚIONĂRII TRIMITERILOR POȘTALE

Reținerea, predarea și percheziționarea trimiterilor poștale, asemenea celorlalte metode speciale de supraveghere sau cercetare, presupune restrângerea drepturilor și libertăților persoanei vizate de acest procedeu probatoriu, motiv pentru care legea condiționează folosirea acestuia numai când sunt îndeplinite anumite condiții și cu garantarea respectării proporționalității între interesul public și interesul persoanei. S-a arătat în literatura de specialitate că se impune menținerea unui echilibru just între protejarea vieții private și necesitatea unei lupte eficace contra anumite tipuri de criminalitate gravă²⁵ astfel că folosirea acestei măsuri de cercetare este, asemenea oricărei metode de supraveghere tehnică, condiționată de încuviințarea prealabilă a judecătorului de drepturi și libertăți. Legiuitorului a fost ferm în respectarea vieții private a persoanei, prin includerea respectării acestei valori ca un principiu fundamental al procesului penal, fiind prevăzut de art. 11 alin. 2 C.pr.pen. cât și prin subordonarea folosirii metodelor de supraveghere tehnică unor condiții foarte stricte²⁶.

Necesitatea încuviințării procedurii probatorii servește un dublu scop, cel de a conferi organelor de urmărire penală puteri sporite în activitatea de administrare a probelor și cel de a garanta legalitatea administrării probei.

Organul competent să dispună asupra folosirii măsurilor de supraveghere tehnică și, în consecință și asupra accesului la un sistem informatic, este *judecătorul de drepturi și libertăți* ca regulă. În mod excepțional, *procurorul*, potrivit art. 147 alin. 4 C.pr.pen., va putea dispune limitat, pentru o durată de maximum 48 de ore și cu controlul ulterior al judecătorului de drepturi și libertăți reținerea, predarea și percheziționarea trimiterilor poștale. Această din urmă procedură a fost considerată în mod corect ca fiind neconstituțională²⁷ raportat la dispozițiile art. 21 alin. 3 din Constituție, aspect care va fi reluat în prezentul articol.

Reținerea, predarea și percheziționarea trimiterilor poștale se va putea încuviința numai dacă sunt îndeplinite condițiile cumulative prevăzute de art. 147 alin. 1 C.pr.pen. Mai înainte de orice condiție prevăzută expres de lege, este necesar să fi fost începută urmărirea penală pentru o faptă prevăzută de legea penală. Această condiție reiese din faptul că începerea urmăririi penale este actul procesual care creează întreg cadrul pentru desfășurarea activităților de urmărire penală, inclusiv administrarea probelor.

Prima condiție specială pentru acest procedeu probatoriu este existența unei *suspiciuni rezonabile cu privire la pregătirea sau săvârșirea unei infracțiuni*. Prevederea acestei condiții este inutilă și reprezintă o lipsă de inspirație din partea legiuitorului care a vrut să facă o distincție între această măsură de cercetare și supravegherea tehnică. În cazul condiției similare prevăzute pentru supravegherea tehnică la art. 139 alin. 1 lit. a) C.pr.pen. trebuie ca infracțiunea care se pregătește sau care s-a săvârșit să aibă o anumită gravitate și să fie dintre cele indicate la art. 139 alin. 2 C.pr.pen. În realitate, condiția prevăzută de art. 147 alin. 1 lit. a) este inutilă deoarece orice procedeu probatoriu se va dispune numai atunci când există o suspiciune rezonabilă privind pregătirea săvârșirii sau săvârșirea unei infracțiuni, întrucât din coroborarea art. 305 alin. 1 C.pr.pen. cu art. 294 alin. 3 C.pr.pen. rezultă că începerea urmăririi penale se va dispune în toate cazurile în care există o suspiciune rezonabilă privind pregătirea sau săvârșirea unei infracțiuni și din actul de sesizare nu rezultă vreun caz de împiedicare dintre cele prevăzute de art. 16 C.pr.pen. Or, dacă în cazul în care pentru orice infracțiune sesizată se va dispune începerea urmăririi penale, înseamnă că pentru orice procedeu probatoriu trebuie să fie

²⁵ Gh. Mateuț, *Tratat de procedură penală, Partea Generală*, Vol II, ed. C.H. Beck, București 2012, p. 209.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Gh. Mateuț, *Observații critice privind noua reglementare a supravegherii tehnice într-o prezentare comparativă*, în „Caiete de Drept penal”, nr. 3/2015, p. 31-32.

existe o suspiciune rezonabilă cu privire la pregătirea sau săvârșirea unei infracțiuni, indiferent de gravitatea acesteia.

Cu această ocazie, trebuie să observăm că numai în cursul urmăririi penale se poate folosi această măsură de cercetare, legiuitorul renunțând la posibilitatea folosirii sale în cursul judecății, fapt care este în conformitate cu modul în care se desfășoară procesul penal în prezent.

A doua condiție care se impune a fi îndeplinită este cea privitoare la *proporționalitatea măsurii cu restrângerea drepturilor și libertăților fundamentale*. Această condiție este prevăzută de art. 147 alin. 1 lit. b) C.pr.pen. și se impune a fi analizată de judecătorul de drepturi și libertăți prin prisma criteriilor prevăzute de textul de lege: *particularitățile cauzei, importanța informațiilor ori a probelor ce urmează a fi obținute sau gravitatea infracțiunii*.

Proporționalitatea trebuie analizată prin raportare la gravitatea restrângerii secretului corespondenței și dreptului persoane la viață privată, judecătorul de drepturi și libertăți trebuind să constate că nu va exista o disproporție între acțiunile statului și dreptul persoanei de a-i fi protejate aceste drepturi. În analiza proporționalității va trebui să se aibă în vedere dacă se solicită o măsură de cercetare care să afecteze întreaga corespondență a persoanei, în special dacă aceasta nu este bănuită de săvârșirea unei infracțiuni ci este un terț care primește corespondență pentru suspect sau inculpat. În atare situație, va fi preferabil ca judecătorul de drepturi și libertăți să autorizeze reținerea, predarea și percheziționarea trimiterilor poștale care provin numai de la o anumită persoană către terț.

De plano judecătorul de drepturi și libertăți nu ar trebui să admită percheziționarea corespondenței dintre avocat și suspect sau inculpat, și ar trebui să procedeze, din oficiu, la excluderea din sfera corespondenței supuse măsurii de cercetare a corespondenței purtate cu avocatul. Motivăm acest lucru deoarece dacă s-ar admite ca toată corespondența suspectului sau a inculpatului să fie supusă verificării, persoana care ar trebui să decidă asupra existenței unor date privind pregătirea săvârșirii de avocat a uneia dintre infracțiunile prevăzute de art. 139 alin. 2 C.pr.pen. ar fi organul de urmărire penală, ceea ce nu este permis în condițiile în care numai judecătorul trebuie să decidă asupra autorizării măsurii de cercetare. Altfel spus, numai judecătorul de drepturi și libertăți ar putea decide asupra măsurii. A considera altfel, ar conduce la încălcarea competenței funcționale ale judecătorului de drepturi și libertăți, în plus, ar exista pericolul să se încalce și competența după calitatea persoanei întrucât dispoziția asupra unei asemenea măsuri privind un avocat ar reveni judecătorului de drepturi și libertăți din cadrul Curții de Apel.

Prin *particularitățile cauzei* vom înțelege acele împrejurări specifice unei anumite cauze penale care vor impune utilizarea supravegherii tehnice pentru soluționarea cauzei deoarece un altfel de mijloc nu ar fi propice pentru a stabili starea de fapt. De exemplu, în cazul infracțiunii de constituire a unui grup infracțional organizat prevăzută de art. 367 C.pen. poate fi necesară măsura raportat la particularitățile cauzei constând în necesitatea de a obține conținutul trimiterilor unor colete transmise între membrii grupului. Într-o asemenea situație, este posibil ca administrarea probelor să nu poată fi făcută prin audierea persoanelor.

Prin *importanța informațiilor ori a probelor ce urmează a fi obținute* înțelegem contribuția pe care o pot avea informațiile sau probele obținute pentru stabilirea împrejurărilor esențiale ale cauzei. Proporționalitatea trebuie stabilită raportat la utilitatea probei ce urmează a fi obținută și în funcție de împrejurarea concretă care se urmărește a se dovedi.

Gravitatea infracțiunii presupune, în opinia noastră, o analiză a pericolului social concret pe care îl presupune săvârșirea infracțiunii care face obiectul urmăririi penale. Deși gravitatea unei infracțiuni se manifestă în limitele de pedeapsă prevăzute de lege, ca pericol social abstract²⁸, considerăm că acest criteriu a fost avut în

²⁸ M. Basarab, Drept penal, Partea Generală, Vol I, Ediția a IV-a, ed. Lumina Lex, București, 2002, p. 140.

vedere de legiuitor în privința măsurii de cercetare.

A treia condiție impusă de Codul de procedură penală pentru încuviințarea măsurii de cercetare este *necesitatea procedurii probator* pentru obținerea probei. Cu alte cuvinte, condiția se referă la *subsidiaritatea*²⁹ măsurilor de supraveghere tehnică față de orice alt procedeu probatoriu. Această condiție este prevăzută în cuprinsul art. 147 alin. 1 lit. c) C.pr.pen. și limitează folosirea reținerii, predării și percheziționării trimiterilor poștale cu excepția cazurilor în care *probele nu ar putea fi obținute în alt mod sau obținerea lor ar presupune dificultăți deosebite ce ar prejudicia ancheta ori există un pericol pentru siguranța persoanelor sau a unor bunuri de valoare*. În realitate există două situații prevăzute în care se poate considera ca fiind necesară autorizarea măsurii de cercetare: imposibilitatea (absolută sau relativă) obținerii probelor în alt mod și existența unui pericol pentru siguranța persoanei sau a unor bunuri de valoare.

În prima situație, necesitatea este determinată de imposibilitatea obținerii probei în orice alt mod, adică prin utilizarea unui alt procedeu probatoriu ori obținerea probei prin utilizarea unui alt mijloc de probă ar aduce serioase impedimente anchetei. Prin această prevedere legiuitorul subliniază faptul că în cursul urmăririi penale trebuie folosite ca regulă alte mijloace mai puțin intruzive dacă ele sunt apte să conducă la aceleași rezultate³⁰. Considerăm că simpla celeritatea a desfășurării procesului penal nu poate justifica apelarea la măsuri de cercetare care restrâng drepturile și libertățile cetățenești ca o soluție pentru obținerea facilă de probe. Sensul dispozițiilor legale privind autorizarea măsurii fiind cel de utilizare a acestor mijloace doar în situația în care proba s-ar obține în condiții dificile, printr-un efort deosebit al organelor de urmărire penală. În această din urmă situație, se impune ca obținerea probei să fie o certitudine pentru organul de urmărire penală, deoarece nu se poate admite folosirea unor astfel de mijloace în speranța obținerii unei eventuale probe, sau a descoperirii vreunei infracțiuni.

Cea de-a doua situație prevede utilizarea reținerii, predării și percheziționării trimiterilor poștale în cazul în care există un *pericol pentru siguranța persoanelor sau pentru unele bunuri de valoare*. Necesitatea este dată de însăși valoarea socială ocrotită de infracțiunea care se urmărește a fi săvârșită. Spre deosebire de supravegherea tehnică, este greu de imaginat cum autorizarea acestei măsuri de cercetare ar putea înlătura un asemenea pericol deoarece conținutul trimiterilor poștale va fi cunoscut organelor de urmărire penală cu întârziere, mai ales dacă trimiterea sau primirea se facă într-o altă localitate decât cea în care își are sediul organul de urmărire penală. În cazul supravegherii tehnice este posibilă urmărirea în timp real a persoanei astfel că este probabil ca organele de urmărire penală să intervină în timp util pentru salvagardarea siguranței unei persoane sau pentru salvarea unui bunuri de valoare.

Includerea, fără rost, a acestei condiții este detrimentală pentru autorizarea măsurii de cercetare întrucât impune procurorului să motive existența unei situații improbabile față de efectul pe care l-ar putea avea măsura.

VI. DESPRE PROCEDURA AUTORIZĂRII MĂSURII REȚINERII, PREDĂRII ȘI PERCHEZIȚIONĂRII TRIMITERILOR POȘTALE

În mod asemănător altor elemente procedurale din cadrul acestui procedeu probator, legiuitorul a ales să împrumute un număr semnificativ de prevederi în cazul reținerii, predării și percheziționării trimiterilor poștale. O parte dintre acestea, așa cum am văzut în cazul condițiilor, sunt impropriu utilizate și creează mai multă confuzie în etapa obținerii mandatului prin care se autorizează această măsură de cercetare.

Potrivit art. 147 alin. 3 C.pr.pen. dispozițiile art. 140 C.pr.pen. se vor aplica corespunzător, fapt care semnifică împrumutarea procedurii de autorizare de la măsurile de supraveghere tehnică.

²⁹ Gh. Mateuț, *Observații critice...*, precit., p. 24.

³⁰ M. Udriou, O. Predescu, *Protecția europeană a drepturilor omului și procesul penal român*, ed. C.H. Beck, București 2008, p. 829.

Pentru a se dispune reținerea, predarea și percheziționarea trimiterilor poștale este necesar ca procurorul să întocmească o cerere în acest sens, în care să fie cuprinse toate elementele legale prevăzute de art. 140 alin. 2 C.pr.pen. pe care să o transmită judecătorului de drepturi și libertăți. Competența revine judecătorului de drepturi și libertăți din cadrul instanței competente să judece cauza în primă instanță sau din cadrul instanței corespunzătoare în grad acesteia în a cărei circumscripție se află sediul parchetului din care face parte procurorul care a formulat cererea.

În privința încuviințării supravegherii tehnice de către *judecătorul de drepturi și libertăți* procedura este prevăzută de art. 140 C.pr.pen. și impune, mai întâi, verificarea de către acest organ judiciar a respectării condițiilor prevăzute de art. 147 alin. 1 C.pr.pen.

Această verificare se face pe baza cererii depuse de către procuror și în urma verificării dosarului cauzei, care va fi înaintat de către procuror împreună cu cererea prin care solicită să se dispună supravegherea tehnică. În cuprinsul cererii, procurorul trebuie să includă toate elementele prevăzute de art. 140 alin. 2 C.pr.pen.³¹

Judecarea cererii formulate de procuror are loc în aceeași zi cu formularea ei, în camera de consiliu, fără citarea părților și cu prezența obligatorie a procurorului. Soluțiile pe care le poate pronunța judecătorul de drepturi și libertăți sunt fie respingerea cererii, fie admiterea ei.

Respingerea cererii se va dispune conform art. 140 alin. 5 C.pr.pen., atunci judecătorul de drepturi și libertăți va respinge în totalitate cererea procurorului fie ca inadmisibilă fie ca nefondată.

În cazul oricărei dintre soluții adoptate de către judecătorul de drepturi și libertăți, aceasta nu va putea fi supusă niciunei căi de atac, însă, procurorul va fi îndreptățit să formuleze o nouă cerere de încuviințare, în cazul respingerii, dacă vor fi îndeplinite cerințele prevăzute de art. 140 alin. 8 C.pr.pen. Formularea unei a doua cereri de încuviințare a reținerii, predării și percheziționării trimiterilor poștale va putea fi făcută numai în măsura în care au apărut sau s-au descoperit fapte sau împrejurări noi, necunoscute la momentul soluționării cererii anterioare. Considerăm că această condiție nu trebuie să fie considerată una formală, ea trebuind să fie verificată în mod temeinic de către judecătorul de drepturi și libertăți, raportat la starea de fapt descrisă în cuprinsul primei cereri de încuviințare. Astfel, nu va putea constitui *descoperirea unei fapte noi* simpla schimbare a încadrării juridice, deoarece în această situație starea de fapt rămâne aceeași, doar semnificația sa juridică este schimbată.

Pentru ca faptele și împrejurările noi să poată justifica formularea unei noi cereri de încuviințare este necesar ca acestea să nu fi fost cunoscute de judecătorul de drepturi și libertăți la soluționarea primei cereri de încuviințare. Semnificația acestei prevederi este bazată pe faptul că dacă faptele sau împrejurările erau cunoscute de către judecătorul de drepturi și libertăți la momentul în care a respins prima cerere de încuviințare, acesta le-a avut în vedere atunci când dispus respingerea cererii.

În cazul admiterii cererii, judecătorul de drepturi și libertăți va dispune numai asupra persoanelor față de care s-a propus măsura, cu indicarea tipului de trimiteri poștale care sunt supuse măsurii: primite sau trimise. Această mențiune o socotim obligatorie deoarece constituie o mai bună protecție a secretului corespondenței dacă nu vor fi urmărite toate trimiterile poștale și să se ajungă la obținerea unor trimiteri care să nu aibă relevanță cu cauza. *De lege ferenda* considerăm că legiuitorul trebuie să prevadă expres această obligație în cadrul procedurii de încuviințare a măsurii de cercetare.

O metodă mai bună de acțiune ar fi dacă procurorul ar reuși să contureze un cerc de persoane între care există o corespondență pe care o consideră utilă cauzei și doar trimiterile poștale dintre aceste persoane să fie supuse măsurii.

³¹ Conform acestui articol, cererea trebuie să cuprindă: numele sau alte date de identificare a persoanei împotriva căreia se dispune măsura, dacă sunt cunoscute, indicarea probelor ori a datelor din care rezultă suspiciunea rezonabilă cu privire la săvârșirea unei infracțiuni, indicarea faptei și a încadrării juridice, motivarea caracterului proporțional și subsidiar al măsurii.

Admiterea cererii se face prin încheierea judecătorului de drepturi și libertăți care va proceda la emiterea imediată a mandatului de reținere, predare și percheziționare a trimiterilor poștale, întocmind în mod obligatoriu o minută. Măsura poate fi dispusă pentru o perioadă maximă de 30 de zile, însă, conform art. 144 C.pr.pen. poate fi prelungită, fiecare prelungire neputând depăși 30 de zile. Totodată, conform art. 147 alin. 9 C.pr.pen. durata totală a măsurilor de supraveghere tehnică cu privire la aceeași persoană nu poate depăși 6 luni.

După admiterea cererii procurorului, judecătorul de drepturi și libertăți emite, conform art. 140 alin. 5 C.pr.pen., un mandat care trebuie să cuprindă mai multe elemente cuprinse și în încheierea de admitere a cererii, motiv pentru care le vom aborda unitar.

Elementele comune care nu pun probleme deosebite sunt cele privind *denumirea instanței, data, ora și locul emiterii, numele prenumele și calitatea persoanei care a dat încheierea și a emis mandatul, semnătura judecătorului și ștampila instanței*. Un alt element comun care nu ridică probleme este perioada pentru care se dispun măsurile de supraveghere tehnică, aceasta putând fi de maxim 30 de zile.

Alături de acestea, în cuprinsul art. 140 alin. 5 lit. e) teza a II-a C.pr.pen., legiuitorul a prevăzut că este obligatorie menționarea *scopului* pentru care s-a încuviințat măsura. În opinia noastră, aceste element este inutil în cuprinsul unui mandat de reținere, predare și percheziționare a trimiterilor poștale, fiind vorba de un procedeu probatoriu, scopul măsurilor de supraveghere tehnică este subînțeles, la fel ca în cazul oricărui procedeu probator.

În mod excepțional și cu controlul ulterior al judecătorului de drepturi și libertăți, Codul de procedură penală permite procurorului să autorizeze temporar pentru o perioadă care nu poate depăși 48 de ore reținerea, predarea și percheziționarea trimiterilor poștale.

Această prevedere este una excepțională putând fi utilizată de procuror numai atunci când sunt întrunite condițiile stricte ale art. 147 alin. 4 C.pr.pen. măsura fundamentându-se pe urgența efectuării actului. Urgența impune procurorului să procedeze direct la autorizarea supravegherii tehnice ca urmare a faptului că nu există timpul necesar pentru parcurgerea procedurii ordinare în fața judecătorului de drepturi și libertăți.

Procedura autorizării de către procuror a procedurii este prevăzută în mod analog celei din cazul supravegherii tehnice. Motivul pentru menținerea acestei instituții este găsirea unei soluții pentru acele situații în care procedura ordinară ar duce la pierderea momentului operativ și s-ar pierde oportunitatea de a obține anumite probe. În doctrina recentă, s-a arătat că deși instituția autorizării temporare de către procuror a unor măsuri a rămas neschimbată, ca urmare a modificării fundamentale a procesului penal, dispozițiile art. 141 C.pr.pen. (*mutatis mutandis* și ale 147 alin. 4 C.pr.pen.) sunt neconstituționale raportat la art. 21 alin. 3 din Constituție, având în vedere că *procurorul nu prezintă garanții suficiente de independență și imparțialitate pentru luarea unor măsuri prin care se aduce atingere gravă drepturilor și libertăților persoanei*³². În același timp, se arată, în mod corect, că instituția judecătorului de drepturi și libertăți a fost creată pentru a soluționa probleme urgente³³, inclusiv dispunerea întrebuițării metodelor speciale de supraveghere, iar dispozițiile art. 141 C.pr. pen. dă prerogative identice procurorului, contrar principiului separării funcțiilor judiciare în procesul penal.

Așa cum am arătat, specificul autorizării de către procuror a măsurii este urgența, or Noul Cod de procedură penală a creat deja un organ care să soluționeze chestiunile urgente care țin de restrângerea drepturilor și libertăților fundamentale ale persoanei: judecătorul de drepturi și libertăți.

Considerăm că dintre toate măsurile speciale de supraveghere sau cercetare, reținerea, predarea și percheziționarea trimiterilor poștale este cea mai puțin susceptibilă caracterului de urgență la care se referă

³² Gh. Mateuț, *Observații critice...*, precit., p. 31.

³³ *Idem*, p. 32.

legiuitorului. Așa cum am menționat mai sus, măsura de cercetare nu este aptă să furnizeze probe în timp real ci impune punerea ei în executare de către un furnizor de servicii poștale care să trebuiască să fie încunoștințat. Aplicarea considerentului de urgență presupune ca procurorul să cunoască despre actul de primire sau trimitere a unei scrisori, colet sau altă formă de corespondență, astfel că este posibilă utilizarea unor metode alternative pentru a se obține proba. În special în cazul trimiterilor poștale, procurorul va putea să apeleze la metoda specială de cercetare a livrării supravegheate prevăzute de art. 151 C.pr.pen. care se va autoriza prin ordonanța acestuia, fără a fi nevoie de un act din partea judecătorului de drepturi și libertăți. În mod evident, livrarea supravegheată nu va fi compatibilă cu urmărirea penală a oricărei infracțiuni, însă în cazul unor infracțiuni mai puțin grave, credem că oricum procurorul nu va putea să justifice subsidiaritatea măsurii în fața judecătorului de drepturi atunci când se va proceda la confirmarea măsurii.

Pentru autorizarea temporară a reținerii, predării și percheziționării corespondenței vor trebui respectate condițiile generale despre care am discutat anterior, dar și condiții specifice, similare autorizării măsurilor de supraveghere tehnică pentru o durată de maximum 48 de ore (art. 141 C.pr.pen.). Astfel, pe lângă caracterul urgent, art. 147 alin. 4 C.pr.pen. adaugă drept condiții *întârzierea substanțială a cercetărilor, pierderea, alterarea sau distrugerea probelor ori ar pune în pericol siguranța victimei sau a altor persoane.*

În privința întârzierii substanțiale a cercetărilor considerăm că legiuitorul a impus o condiție care nu se justifică raportat la durata relativ scurtă de timp în care se poate obține un mandat de la judecătorul de drepturi și libertăți, astfel simplul motiv că cercetarea ar fi întârziată cu o zi sau două nu considerăm că poate constitui motiv suficient.

În cazul pierderii alterării sau distrugerii probelor considerăm măsura de cercetare ar putea fi *in abstracto* justificată, însă avem dubii cu privire la caracterul ei subsidiar, în condițiile în care se presupune că procurorul are cunoștință despre o trimitere poștală anume și dorește să o obțină.

Cea de-a treia situație prevăzută de lege este atunci când obținerea întârziată a mandatului de supraveghere tehnică ar pune în pericol siguranța victimei sau a altor persoane. Singura situație pe care ne-o putem imagina că s-ar justifica ar fi dacă trimiterea poștală ar conține ceva vătămător pentru persoana care o primește și s-ar impune oprirea punerii în pericol a vieții victimei. În condițiile acestea, credem că este mai facil ca organele de urmărire penală să procedeze la anunțarea victimei și în asigurarea siguranței sale prin alte mijloace decât să folosească o metodă atât de ineficientă din punct de vedere al rapidității aplicării sale. Legiuitorul nu a adaptat condițiile la specificul măsurii, procedând la copierea dispozițiilor art. 141 C.pr.pen. Ipotetic vorbind, pentru ca procurorul să autorizeze măsura va trebui să cunoască mai multe elemente: că trimiterea poștală există, că reprezintă un pericol pentru viața victimei sau altei persoane și să cunoască (cel puțin generic) cine ar putea fi destinatarul trimiterii. În aceste condiții, ar fi aplicabile condițiile de autorizarea livrării supravegheate prevăzute de art. 151 alin. 2 C.pr.pen.

Autorizarea de către procuror a reținerii predării și percheziționării trimiterilor poștale se dispune prin ordonanță, aceasta trebuind să conțină toate elementele prevăzute de art. 140 alin. 5 C.pr.pen., adică să aibă un conținut identic cu mențiunile obligatorii din mandatul și încheierea care se emit, în procedura obișnuită, de judecătorul de drepturi și libertăți.

Conform art. 141 alin. 3 C.pr.pen. procurorul are obligația ca în termen de cel mult 24 de ore de la expirarea măsurii să sesizeze judecătorul de drepturi și libertăți competent în vederea *confirmării măsurii* înaintând un proces-verbal de redare rezumativă a activităților de supraveghere tehnică efectuate și dosarul cauzei. Cu această ocazia, procurorul poate să ceară dispunerea în continuarea a măsurii de cercetare în condițiile art. 140 C.pr.pen, putând, de altfel, formula această cerere și separat.

Judecătorul de drepturi și libertăți, fiind sesizat de procuror în vederea conformării măsurii de cercetare, are posibilitatea de a *infrma* sau *confirma* supravegherea tehnică efectuată în baza autorizației emise de procuror.

În situația în care judecătorul de drepturi și libertăți va constata că au fost încălcate dispozițiile art. 147 alin. 4 C.pr.pen. privind autorizarea de către procuror a reținerii, predării și percheziționării corespondenței, acesta va infirma măsura și va dispune distrugerea probelor obținute. Față de această încheiere procurorul nu se poate exercita nicio cale de atac, fiind obligat să procedeze la distrugerea probelor obținute, consemnând operațiunea într-un proces-verbal. Cu toate acestea, asta nu va însemna distrugerea trimiterii poștale ci va conduce la restituirea acestora la destinatar.

În cazul în care judecătorul de drepturi și libertăți va aprecia că autorizarea măsurilor de supraveghere tehnică dispusă de procuror s-a făcut în conformitate cu prevederile art. 147 alin. 4 C.pr.pen. va proceda la *confirmarea măsurii* prin încheiere.

VII. PUNEREA ÎN EXECUTARE A REȚINERII, PREDĂRII ȘI PERCHEZIȚIONĂRII TRIMITERILOR POȘTALE

Spre deosebire de măsurile de supraveghere tehnică, reținerea, predarea și percheziționarea trimiterilor poștale va presupune concursul unui furnizor de servicii poștale în vederea executării unei componente a măsurii, urmând ca organele de urmărire penală să procedeze la descoperirea conținutului corespondenței.

După ce judecătorul de drepturi și libertăți se pronunță asupra încuviințării măsurii și emite mandatul de reținere, predare și percheziționare a trimiterilor poștale procurorul va proceda la transmiterea acestui mandat către fiecare furnizor de servicii poștale utilizat de suspect, inculpat sau altă persoană supusă măsurii. Nu va fi necesar să emită o ordonanță privind punerea în executare a măsurii, fiind suficientă transmiterea mandatului și indicarea modalității în care se va face predarea către procuror a corespondenței.

Potrivit art. 147 alin. 5 C.pr.pen. *unitățile poștale sau de transport și orice alte persoane fizice sau juridice care efectuează activități de transport sau transfer de informații sunt obligate să rețină și să predea procurorului scrisorile, trimiterile poștale ori obiectele la care se face referire în mandatul dispus de judecător sau în autorizația emisă de procuror.* Această dispoziție legală se coroborează cu art. 4 alin. 1 din O.U.G. nr. 13/2013 privind serviciile poștale unde se arată că *reținerea, deschiderea sau divulgarea conținutului trimiterilor poștale este permisă numai în condițiile și cu procedura prevăzute de lege.*

Măsura de cercetare va presupune trei etape, care sunt prevăzute în denumirea marginală a art. 147 C.pr. pen.: *reținerea, predarea și percheziționarea.*

Prin *reținere* vom înțelege acea procedură prin care furnizorul de servicii poștale, persoana fizică sau juridică ordonată să aplice mandatul judecătorului de drepturi și libertăți va opri toată corespondența trimisă sau destinată unei anumite persoane indicate în mandat, sau a corespondenței dintre anumite persoane, potrivit dispozițiilor concrete cuprinse în mandat. Operațiunea se va desfășura oriunde ar fi surprinsă corespondența, în funcție de momentul încunoștințării venite din partea procurorului prin transmiterea mandatului.

Prin *predare* înțelegem operațiunea prin care furnizorul de servicii poștale sau persoana fizică ori juridică obligată să rețină corespondența unei persoane, transmite posesia asupra acesteia către procuror. Deși art. 147 alin. 5 C.pr.pen. menționează că toate trimiterile poștale se vor preda procurorului, credem că acestea pot fi predate oricărui organ de urmărire penală prin intermediul unei ordonanțe de delegare din partea procurorului. Față de importanța redusă a acestei operațiuni credem că legiuitorul ar fi trebui să folosească termenul de organ de urmărire penală. Deși Codul nu prevede, se va impune ca efectuarea predării să fie consemnată într-un proces verbal care să fie întocmit în dublu exemplar și care să detalieze fiecare trimitere poștală remisă, în caz contrar apreciind că probleme obținute vor trebui să fie excluse ca fiind obținute în mod nelegal.

În cadrul procedurii de cameră preliminară, este necesar ca judecătorul de cameră preliminară să poată determina proveniența probelor în procesul penal, mai ales în cazul în care acestea au un caracter strâns legat de viața privată a unei persoane – corespondență, interceptări telefonice, etc. – în caz contrar trebuind să fie

excluse deoarece nu se poate certifica proveniența lor. Ceea ce remarcăm este că în cazul în care există dubii cu privire la proveniența unui mijloc de probă, incumbă procurorului să dovedească legalitatea obținerii probei în fața judecătorului de cameră preliminară. De aceea considerăm că în lipsa unui proces-verbal de predare a trimitărilor poștale este obligatoriu, în caz contrar neputându-se demonstra cum au fost obținute trimitățile poștale și momentul în care au fost obținute, prin raportare la momentul emiterii mandatului de reținere predare și percheziționarea a trimitărilor poștale.

Prin *percheziționare* vom înțelege acel act desfășurat de organul de urmărire penală prin care se deschide trimiterea poștală obținută și se evidențiază conținutul acesteia, urmând a se folosi conținutul acesteia ca mijloc de probă în procesul penal.

Codul de procedură penală nu ne conferă nicio sugestie privind modul în care să se realizeze percheziționarea corespondenței, motiv pentru care se impun a fi adaptate regulile tactice privind efectuarea unei percheziții.

Percheziționarea se va realiza ținându-se seama de necesitatea obținerii cât mai multor probe din analiza fiecărei trimiteri în parte. Mai înainte de deschiderea propriu-zisă a corespondenței, organul de urmărire penală trebuie să descrie fiecare trimitere în parte, să consemneze dimensiunile, greutatea acestora, să noteze particularități aparte (măzgălituri, semne distincte, pete de substanțe, mirosuri, etc.) și să consemneze toate aceste aspecte într-un proces-verbal. Totodată, considerăm că se impune ca organul judiciar să fotografieze trimitățile poștale mai înainte de deschiderea lor, pentru a nu se contesta că trimiterea poștală a fost deschisă mai înainte de o altă persoană. În funcție de posibilitățile organului de urmărire penală, activitatea se poate și filma, înregistrarea depunându-se pe suport optic la dosarul cauzei.

Plicul sau cutia în care se află trimiterea poștală poate furniza probe dincolo de conținutul trimiterii. De pildă, în cazul unei scrisori, se obișnuiește ca rubricile expeditorului și ale destinatarului să fie scrise de mână, plicul putând servi la identificarea persoanei expeditorului în cazul în care acesta va contesta ulterior transmiterea scrisorii. Este lesne de înțeles că în cazul săvârșirii unei infracțiuni de amenințare prin intermediul unor scrisori o persoană va încerca să își ascundă identitatea și să transmită amenințările sub un pseudonim prin folosirea unei scrisori neînregistrate, prin simpla francare a ei cu un timbru și inserarea într-o cutie poștală.

Deschiderea recipientului în care se află corespondența sau obiectele trimise trebuie să se facă într-o modalitate cât mai puțin distructivă, pentru a nu fi afectat conținutul acestuia și pentru a se conserva urmele care se regăsesc pe acesta.

În cuprinsul procesului-verbal care se impune a fi încheiat pentru consemnarea activităților de percheziție se va menționa și unde și cum s-a realizat deschiderea plicului sau a coletului și cu ce instrument s-a făcut.

Imediat după deschiderea trimiterii poștale se va inventaria conținutul acesteia și se va consemna în procesul verbal, realizându-se și fotografii cu toate înscrisurile sau obiectele găsite. Toate acestea vor fi verificate pentru urme sau alte semne distincte.

Cu această ocazie trebuie să subliniem că este necesar ca organul de urmărire penală să evalueze relevanța conținutului trimiterii poștale, în situația în care aceasta neavând legătură cu cauza procedându-se a se omite fotografierea conținutului, pentru a se proteja secretul corespondenței.

După ce s-a procedat la percheziționarea trimitărilor acestea vor fi depuse la dosarul cauzei sau la camera de corpuri delictive în funcție de natura lor și de dimensiune. Sub aspectul naturii probelor care pot rezultă din folosirea măsurii de cercetare a reținerii, predării și percheziționării trimitărilor poștale acestea pot fi pot fi înscrisurile și mijloacele materiale de probă.

În cazul în care din conținutul trimitărilor rezultă că acestea nu au legătură cu cauza, potrivit art. 147 alin. 6 C.pr.pen. acestea se vor restitui destinatarului. Deși nu se menționează, restituirea acestora se va face prin intermediul furnizorului de servicii poștale ori a persoanei fizice ori juridice care trebuie să realizeze transportul lor, pentru a nu ridica suspiciuni în urma cărora să fie divulgate activitățile organelor de urmărire penală.

Odată cu încetarea duratei pentru care a fost încuviințată măsura de cercetare, procurorului îi va reveni obligația a de a încunoștința fiecare subiect al mandatului cu privire la măsura care a fost luată. În conformitate cu art. 147 alin. 7 C.pr.pen. în termen de cel mult 10 zile de la efectuarea măsurii de cercetare procurorul va realiza această informare în scris, indicând persoanelor că au dreptul să cunoască despre activitățile desfășurate și, implicit, corespondența care le-a fost percheziționată, după caz.

Data fiind natura trimiterilor poștale, pentru percheziționarea corespondenței este necesar ca măsura de cercetare să fie încuviințată numai pentru una dintre persoanele implicate – expeditor sau destinatar sau față de un terț, procurorul neavând nicio obligație să informeze asupra măsurii cealaltă persoană. Apreciem că textul de la art. 147 alin. 7 nu asigură o protecție suficientă drepturilor persoanei care nu a fost subiectul unui mandat emis de judecătorul de drepturi și libertăți, *de lege ferenda* impunându-se informarea tuturor persoanelor care au fost afectate de măsură, chiar dacă nu au fost subiectul mandatului de reținere, predare și percheziționare a corespondenței.

Raportând art. 147 alin. 8 C.pr.pen. la art. 145 alin. 4 C.pr.pen. procurorul va putea să amâne motivat efectuarea informării persoanei numai în situația în care aceasta ar duce la perturbarea sau periclitarea bunei desfășurări a urmăririi penale în cauză. Această amânarea are o durată maximă expusă de art. 145 alin. 5 C.pr. pen. respectiv până la terminarea urmăririi penale sau la clasarea cauzei.

VIII. REȚINEREA, PREDAREA ȘI PERCHEZIȚIONAREA TRIMITERILOR POȘTALE ALE UNUI AVOCAT

O problemă particulară în punerea în executare a măsurii de cercetare este interdicția de a o aplica corespondenței ori trimiterilor poștale dintre suspect, inculpat sau orice altă persoană vizată de măsură și avocatul acestora. Potrivit art. 147 alin. 2 C.pr.pen. este interzisă aplicarea măsurii asupra acestui tip de corespondență, cu excepția situației când avocatul săvârșește sau pregătește săvârșirea unei infracțiuni dintre cele prevăzute la art. 139 alin. 2 C.pr.pen.

Mai înainte de a analiza aplicabilitatea acestei interdicții trebuie să înțelegem ce a înțeles legiuitorul prin calitatea de avocat în cadrul dispozițiilor art. 147 alin. 2 C.pr.pen. Potrivit art. 88 alin. 1 C.pr.pen. *avocatul asistă sau reprezintă, în procesul penal, părțile ori subiecții procesuali principali, în condițiile legii*. O asemenea prevedere nu va fi completă deoarece art. 147 C.pr.pen. permite aplicarea măsurii de cercetare și *altor persoane* care nu au nicio calitate în procesul penal, astfel că nu își pot angaja un avocat în cauza penală respectivă. Credem că prin interdicția inserată în art. 147 alin. 2 C.pr.pen. prin avocat al suspectului, inculpatului sau al unei alte persoane vom înțelege avocatul care realizează asistarea sau reprezentarea persoanei în orice cauză pe care ar avea-o aceasta, nu numai procesul penal în cadrul căruia se dispune reținerea, predarea și percheziționarea corespondenței.

Aparent, prevederea din Codul de procedură penală pare clară, însă legiuitorul nu detaliază când ar trebui aceasta să fie avută în vedere: la momentul încuviințării măsurii sau la momentul punerii sale în aplicare. Răspunsul la o astfel de dilemă este că această prevedere este aplicabilă în ambele situații.

Dacă procurorul va dori să urmărească trimiterile poștale primite sau transmise de suspect inculpat sau o altă persoană cu avocatul acesteia s-ar impune ca față de avocat să existe deja începută urmărirea penală pentru una dintre infracțiunile prevăzute la art. 139 alin. 2 C.pr.pen.³⁴ și ca acea infracțiune să aibă legătură cu cauza

³⁴ Potrivit art. 139 alin. 2 C.pr.pen. Supravegherea tehnică se poate dispune în cazul infracțiunilor contra securității naționale prevăzute de Codul penal și de legi speciale, precum și în cazul infracțiunilor de trafic de droguri, de efectuare de operațiuni ilegale cu precursori sau cu alte produse susceptibile de a avea efecte psihoactive, infracțiunilor privind nerespectarea regimului armelor, munițiilor, materialelor nucleare și al materiilor explozive și al precursorilor de explozivi restricționați, de trafic și exploatarea persoanelor vulnerabile, acte de terorism, de spălare a banilor, de falsificare de monede, timbre sau de alte valori, de falsificare de instrumente de plată electronică, în cazul infracțiunilor care se săvârșesc prin sisteme informatice sau mijloace de comunicare

în care se dispune măsura de cercetare. Ca atare, avocatul va deveni una dintre persoanele față de care se ia măsura și se va impune ca judecătorul de drepturi și libertăți din cadrul instanței competente să se pronunțe asupra măsurii. Dacă procurorul formulează propunerea de încuviințare a măsurii fără să indice judecătorului de drepturi și libertăți că se efectuează o urmărire penală *in rem* față de o faptă imputată unei avocat, atunci nu se va putea proceda la percheziționarea trimiterilor poștale cu acel avocat.

O altă situație este atunci când ulterior încuviințării măsurii se descoperă probe cu privire la infracțiunea care se pregătește a fi săvârșită de avocat sau care a fost săvârșită de acesta. În această situație apreciem că nu se poate trece la reținerea, predarea și percheziționarea corespondenței dintre avocat și persoana față de care s-a luat măsura, fiind necesară reautorizarea măsurii față de avocat. Această concluzie rezultă din interpretarea sistematică a art. 147 C.pr.pen. întrucât interdicția privind aplicarea măsurii asupra avocatului este inserată mai înainte de dispozițiile procedurale privind încuviințarea măsurii, fapt care conduce la necesitatea autorizării măsurii în mod distinct față de avocat. Cu alte cuvinte, competența funcțională de încuviințare a măsurii rămâne întotdeauna a judecătorului de drepturi și libertăți, chiar și dacă mandatul emis de către acesta ar fi unul suficient de cuprinzător pentru a include și corespondența cu un avocat deoarece impune o nouă evaluare a condițiilor de autorizare, în special prin raportare la art. 139 alin. 2 C.pr.pen. condiție care nu este prevăzută în cazul reținerii, predării și percheziționării trimiterilor poștale ale suspectului, inculpatului sau ale altor persoane.

În situația în care în cursul punerii în executare a măsurii, procurorul descoperă că s-au reținut și predat trimiteri poștale trimise sau primite de suspect, inculpat sau altă persoană față de care s-a luat măsura și avocatul acesteia nu va avea dreptul să procedeze la percheziționarea acesteia. O atare situație poate fi generată din eroarea furnizorului de servicii poștale sau din eroarea persoanei care transmite corespondența și care nu a indicat calitatea de avocat a destinatarului sau expeditorului.

Prima situație nu prezintă probleme deosebite, procurorul trebuind să restituie destinatarului corespondența nedeschisă, analog situației prevăzute la art. 147 alin. 6 C.pr.pen. Cu toate acestea, credem că se va impune o oarecare prudență din partea organului de urmărire penală, întrucât simpla declinare a unei calități de avocat nu trebuie să fie suficientă pentru a înlătura de sub măsură o anumită trimitere poștală. Această calitate va trebui să fie verificată prin accesarea tabloului avocaților și în cazul în care persoana nu are calitatea de avocat se va impune percheziționarea corespondenței. Dacă, totuși, organul de urmărire penală va deschide corespondența arătată va putea fi tras la răspundere penală pentru săvârșirea infracțiunii de violarea secretului corespondenței prevăzută de art. 302 alin. 3 C.pen.

În cea de-a doua situație, apreciem că se va impune percheziționarea trimiterii poștale pentru a se stabili conținutul său, până în momentul în care organul de urmărire penală va constata că reprezintă o trimitere poștală desfășurată cu un avocat, moment în care va trebui să se desisteze. Nu va fi culpabil organul de urmărire penală care realizează acest act decât dacă va proceda la folosirea trimiterii poștale ca probă în procesul penal. În condițiile în care organul de urmărire penală a procedat la percheziționarea oricărei trimeri poștale destinate sau trimise de un avocat el va fi obligat să o restituie, deîndată, destinatarului în conformitate cu art. 147 alin. 6 C.pr.pen. Mai mult decât atât, fiindcă a fost încălcat și secretul profesional dintre client și avocat³⁵ se impune încunoștințarea avocatului cu privire la măsura de cercetare în conformitate cu art. 147 alin. 7 C.pr. pen. chiar dacă avocatul nu era un subiect al mandatului dat de judecătorul de drepturi și libertăți. Această

electronică, contra patrimoniului, de șantaj, de viol, de lipsire de libertate în mod ilegal, de evaziune fiscală, în cazul infracțiunilor de corupție și al infracțiunilor asimilate infracțiunilor de corupție, infracțiunilor împotriva intereselor financiare ale Uniunii Europene ori în cazul altor infracțiuni pentru care legea prevede pedeapsa închisorii de 5 ani sau mai mare.

³⁵ Potrivit art. 34 alin. 3 din Legea nr. 51/1995 privind organizarea și exercitarea profesiei de avocat nu vor putea fi ascultate și înregistrate, cu niciun fel de mijloace tehnice, convorbirile telefonice ale avocatului și nici nu va putea fi interceptată și înregistrată corespondența sa cu caracter profesional, decât în condițiile și cu procedura prevăzute de lege.

lacună legislativă o putem regăsi și în cazul supravegherii tehnice, procurorul fiind obligat să încunoștințeze numai persoanele care au fost menționate în cadrul mandatului de supraveghere tehnică nu și persoanele cu care aceasta a luat legătura. Considerăm că atât în cazul supravegherii tehnice cât și în cazul reținerii, predării și percheziționării trimiterilor poștale avocatul va trebui să fie încunoștințat întotdeauna, întrucât aceste metode speciale de supraveghere și cercetare aplicate asupra sa în mod indirect pot constitui un temei pentru contestarea caracterului echitabil al procesului penal.

Percheziționarea trimiterilor poștale ale unui avocat poate reprezenta prilejul organelor de urmărire penală să afle despre strategia avocatului în apărarea clientului său, care pot periclita exercitarea unei apărări efective. Legiuitorul nu a prevăzut o procedură specială pentru încunoștințarea avocatului în situația descrisă mai sus, fiind posibil ca încunoștințarea acestuia să fie amânată în conformitate cu art. 145 alin. 4 C.pr. pen., singurul temei posibil fiind o eventuală *perturbare sau periclitate a bunei desfășurări a urmăririi penale în cauză*. Suntem ferm convinși că o asemenea situație nu poate reprezenta un impediment pentru desfășurarea urmăririi penale atât timp cât avocatului i se asigură inclusiv dreptul de a consulta dosarul cauzei. A crede altfel este a admite că așteptările unui avocat din partea organelor de urmărire penală să fie ca toate acțiunile sale să fie cunoscute prin intermediul metodelor speciale de supraveghere și cercetare, chiar și indirect printr-un mandat emis pe numele clientului său, fapt care ar pune sub semnul întrebării posibilitatea exercitării în mod neîngrădit a profesiei.

IX. CONCLUZII

Reținerea, predarea și percheziționarea trimiterilor poștale reprezintă o formă particulară de percheziție, neînțeleasă în mod deplin de legiuitorul român.

Reglementarea acestei măsuri poate fi îmbunătățită prin accentuarea rolului judecătorului de drepturi și libertăți în procesul de detaliere a activităților încuviințate și în special asupra subiecților față de care se va lua măsura. Considerăm că se impune ca legiuitorul să impună restricții deoarece nu este admisibilă percheziționarea întregii corespondențe trimise sau primite de o persoană, mai ales în condițiile în care Codul de procedură penală nu prevede obligativitatea unei calități procesuale sau măcar ca persoana să fie bănuită că ar fi comis o faptă.

Totodată, asemenea supravegherii tehnice, legiuitorul trebuie să adopte măsuri pentru garantarea încunoștințării tuturor persoanelor afectate de măsură, nu numai a subiecților cuprinși în mandatul emis de judecătorul de drepturi și libertăți, precum și încunoștințarea deîndată și fără posibilitate de amânare a avocatului în cazul în care s-a procedat, în mod neintenționat, la percheziționarea trimiterilor sale.

BIBLIOGRAFIE/REFERENCES

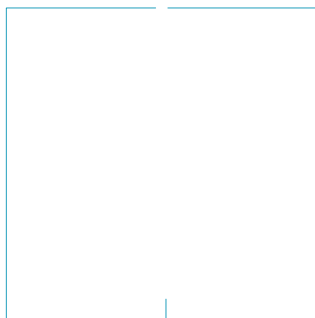
- Basarab, M.** *Drept penal, Partea Generală, Vol I*, Ediția a IV-a, ed. Lumina Lex, București, 2002
- Donohue, L.** *The future of foreign intelligence*, Oxford University Press, New York, 2016
- Krotoszynski, R. J. Jr.**, *Privacy Revisited. A global Perspective on the Right to Be Left Alone*, Oxford University Press, New York, 2016.
- Mateuț, Gh.**, *Tratat de procedură penală, Partea Generală, Vol II*, ed. C.H. Beck, București 2012
- Mateuț, Gh.**, *Observații critice privind noua reglementare a supravegherii tehnice într-o prezentare comparativă* în „Caiete de Drept penal”, nr. 3/2015
- Mutchler, P., Mayer, J.**, *MetaPhone: The Sensitivity of Telephone Metadata*, Web Policy, 12 Martie 2014, <http://webpolicy.org/2014/03/12/metaphone-the-sensitivity-of-telephone-metadata/>
- Pop, T.**, *Drept procesual penal, Volumul III, Partea generală*, ed. Tipografia Națională S.A., Cluj

Snider, B., *Can police read or search through your mail?*, publicat la data de 16 aprilie 2016 pe <https://blogs.findlaw.com/blotter/2014/04/can-police-read-or-search-through-your-mail.html>

Tanoviceanu, I., *Curs de procedură penală română*, ed. Atelierele Grafice SOCEC & Co., București 1913

Udroiu, M.(coordonator), **Andone-Bontaș A., Bodoroncea G., Bulancea M.B., Constantinescu V., Grădinaru D., Jderu C., Kuglay I., Medeanu C., Postelnicu L., Tocan I., Trandafir A.R.**, *Codul de procedură penală Comentariu pe articole*, ed. C.H. Beck, București 2015

Udroiu, M., Predescu, O., *Protecția europeană a drepturilor omului și procesul penal român*, ed. C.H. Beck, București 2008



FORMELE INFRAȚIUNII DE LUARE DE MITĂ

THE FORMS OF THE BRIBERY OFFENCE

Georgian Marcel HUSTI¹

Avocat - Baroul Cluj

ABSTRACT

The crime of bribery exists since ancient times. Despite its long history, it still poses a great number of challenges regarding its application. One of the most controversial issues revolves around the various forms of the crime. The case law on this topic varies, and the legal literature is divided as well. The aim of this article is to analyse the different opinions on some of the important issues.

Key words: *bribery; corruption, continued form, natural collective unity, forms of offences, offences, criminal law, case law, jurisprudence, plurality of offences, Romanian criminal law, criminal law, natural unity, legal unity, blackmail, use of office for sexual purposes, consummation of the crime.*

REZUMAT

Infrațiunea de luare de mită există încă din cele mai vechi timpuri. Cu toate acestea, ea este o infracțiune cu un grad ridicat de complexitate și pune multe probleme, pe măsură, în aplicarea ei. Una dintre cele mai controversate probleme legate de această infracțiune apare cu privire la formele infracțiunii. Jurisprudența este neunitară, iar doctrina este de asemenea împărțită cu privire la acest aspect. Scopul acestui articol îl reprezintă analizarea acestor diverse curente.

Cuvinte cheie: *luare de mită, corupție, formă continuată, unitate naturală colectivă, concurs de infracțiuni, jurisprudență, doctrină, drept penal român, unitatea naturală de infracțiune, unitate legală de infracțiune, pluralitatea de infracțiuni, consumarea infracțiunii, șantaj, folosirea funcției în scop sexual, consumarea infracțiunii.*

CUPRINS

I. Aspecte introductive	48
II. Momentul consumării	49
III. Ipoteze concrete	56
IV. Raportul cu alte infracțiuni	60
V. Concluzii	63

I. ASPECTE INTRODUCATIVE

Infrațiunile de corupție sunt grave pentru că este periclitat însuși interesul statului, morala și bunăstarea cetățenilor săi. Acestui interes i se substituie interesul propriu al particularului. Chiar și faptele mărunte de corupție pot avea efectul unui bulgăre de zăpadă, care odată pornit va lua de unul singur amploare. În timp, dezvoltarea corupției are capacitatea de a ruina statul. Așa-zisele „state eșuate” sunt caracterizate de faptul că

¹ E-mail: husti.georgian@gmail.com. Doresc să mulțumesc Dianei Roman pentru corectarea materialului.

nu mai pot îndeplini obligațiile de bază. În toate aceste state este prezentă corupția la un nivel extrem².

În aceste condiții, este evidentă necesitatea combaterii eficiente a infracțiunilor de corupție. Infracțiunea de luare de mită este probabil infracțiunea clasică de corupție. Ea există din antichitate. Însuși Platon milita pentru sancționarea acestei fapte prin pedeapsa cu moartea³. La ora actuală **există anumite divergențe importante cu privire la unitatea sau pluralitatea infracțiunii de luare de mită**. În anumite ipoteze particulare este controversată reținerea formei continuate sau a formei de unitate naturală colectivă. Inclusiv cu privire la concursul de infracțiuni există unele divergențe sesizate îndeosebi în practica judiciară. Prin urmare, scopul acestei lucrări îl reprezintă analiza acestor curente și evidențierea anumitor criterii pentru a se opta asupra unei variante sau a alteia de o manieră mai unitară.

În cele ce urmează, se va analiza momentul consumării faptei, în funcție de fiecare modalitate de comitere, apoi se vor analiza anumite chestiuni prelabile cu privire la formele infracțiunii, urmând a analiza anumite ipoteze concrete, precum primirea în rate a mitei, finalizând prin a analiza anumite aspecte problematice în legătura cu formele luării de mită, precum relația cu folosirea funcției în scop sexual și altele.

II. MOMENTUL CONSUMĂRII

Înainte de a începe analiza propriu-zisă, trebuie stabilit momentul consumării infracțiunii. Regula este cea potrivit căreia *consumarea infracțiunii are loc în momentul în care sunt întrunite toate elementele constitutive ale acesteia*⁴. Infracțiunea de luare de mită este de pericol abstract⁵. Prin urmare, fapta se va consuma la momentul realizării acțiunii sau inacțiunii descrise de normă, deoarece atunci se produce starea de pericol pentru valoarea socială ocrotită⁶. Infracțiunea de luare de mită este una de consumare anticipată⁷. Cu alte cuvinte, legiuitorul a devansat momentul consumării infracțiunii, lărgind astfel sfera de aplicabilitate a acesteia prin raportare la modalități care din punct de vedere conceptual ar putea fi caracterizate ca fiind acte de pregătire. Este interesant de remarcat faptul că există și sisteme în care momentul consumării este devansat chiar mai mult în comparație cu art. 289 C.pen. Astfel, sistemul german incriminează în anumite ipoteze tentativa⁸. Având în vedere că norma este foarte similară cu cea din dreptul românesc, incriminarea tentativei apare mai mult ca o incriminare a actelor de pregătire.

Revenind la prevederile art. 289 C.pen., luarea de mită se consumă la momentul la care se săvârșește una dintre cele trei modalități prevăzute de textul de incriminare⁹. Infracțiunea se poate comite în 3 modalități: (a) pretinderea, (b) primirea sau (c) acceptarea promisiunii, pentru sine sau pentru altul, de bani sau alte foloase. Cele trei modalități sunt prevăzute în mod alternativ¹⁰. Pentru mai multă claritate, se va analiza momentul la care se consumă infracțiunea în funcție de fiecare dintre modalitățile de comitere.

a) Modalitatea pretinderii

Pretinderea presupune o conduită activă a funcționarului. Infracțiunea este săvârșită în această modalitate în momentul în care funcționarul public solicită ceva sau formulează o pretenție. Acțiunea de pretindere poate

² R.I. Rotberg, *The Failure and Collapse of Nation-States: Breakdown, Prevention, and Repair in Failed States, Collapsed States, Weak States: Causes and Indicators*, Princeton University Press, SUA, 2014, p. 1, extras din material disponibil pe <https://books.google.ro>.

³ G. Antoniu și colab., *Codul Penal pe înțelesul tuturor*, Ed. Politică, București, 1970, p. 210.

⁴ F. Streteanu, D. Nițu, *Drept Penal. Partea generală. Curs Universitar, vol. I*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 510.

⁵ C. Duvac, *Luarea de mită în noul Cod penal*, în „Dreptul”, nr. 4, 2013, p. 117.

⁶ *Ibidem*.

⁷ V. Dongoroz, *Explicații Teoretice ale Codului penal român. Partea Specială*, vol. IV, Ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1972, p. 135.

⁸ A se vedea în acest sens secțiunea 331 (2) și secțiunea 332 (1) Cod pen. german.

⁹ V. Dongoroz, *op. cit.*, p. 135.

¹⁰ *Idem*, p. 132.

fi comisă în orice formă, fie verbală, fie non-verbală.

În această modalitate există patru momente în care ar putea avea loc consumarea infracțiunii, în funcție de opinia la care se aderă¹¹. Aceste momente sunt: (i) expedierea, (ii) sosirea la destinație, (iii) luarea la cunoștință de conținutul mesajului și (iv) înțelegerea semnificației mesajului. Momentul exact la care se consumă această faptă, prin această modalitate, este controversat în doctrină, fiind susținute aproape toate teoriile¹².

În ceea ce ne privește, optăm pentru varianta în care infracțiunea se consumă la momentul sosirii la destinație. Apreciem că pentru a se putea discuta despre o pretindere relevantă din perspectiva art. 289 C.pen., este necesar ca aceasta să fie adresată unei persoane. În caz contrar, fapta reprezintă un simplu act de pregătire (care nu se pedepsește), în sensul că o pretindere neadresată cuiva nu este de natură a realiza conduita periculoasă socialmente descrisă de normă. Pe de altă parte, se remarcă faptul că infracțiunea de luare de mită este incriminată separat de cea de dare de mită. Astfel, s-a dorit incriminarea autonomă a celor două tipuri de conduite, fără a fi nevoie de o coeziune psihică între cei doi, cum se întâmplă în cazul în care doar una dintre fapte este incriminată.

În consecință, din interpretarea teleologică a textului nu rezultă că este necesară o legătură psihică între cei doi, astfel încât luarea de mită să fie condiționată de luarea la cunoștință și înțelegerea mesajului de către persoana căreia i se pretinde mita. În susținerea acestei idei, se va porni de la faptul că doctrina acceptă că nu este necesar ca persoanei căreia i se cer banii să se și conformeze conduitei pretinse¹³. Atunci de ce ar fi necesar ca persoana să înțeleagă semnificația mesajului? Amintim cu această ocazie că ne referim **strict la forma pretinderii**, nu și la celelalte modalități de comitere a faptei. Se are în vedere ipoteza următoare: un funcționar pretinde mită unui agent. În această ipoteză fapta reprezintă luare de mită, consumată sub forma pretinderii. În cazul în care starea de fapt este aceeași, dar se adaugă elementul potrivit căruia agentul nu vorbește și nu înțelege bine limba română, neînțelegând deloc faptul că funcționarul îi pretinde mită, fapta va mai fi tipică? În opinia noastră, da¹⁴. Apreciem că acest element nou adăugat la această ipoteză, de altfel clasică, de luare de mită, nu afectează cu nimic caracterul infracțional. Infracțiunea de luare de mită este, de altfel, o faptă de pericol abstract, nefiind necesar să se producă vreo consecință. Pericolul reiese din materialitatea faptei, *ex re*. Nu este necesar ca această stare de pericol să se concretizeze pentru valoarea juridică, fiind astfel indiferent, în opinia noastră, dacă persoanei căreia i se adresează pretinderea înțelege semnificația gestului sau nu¹⁵.

Dezvoltând acest raționament, reiese că această faptă nu este condiționată de luarea la cunoștință a mesajului sau de înțelegerea semnificației mesajului. Având în vedere aceste argumente, apreciem că va fi tipică fapta unui funcționar care pretinde prin intermediul unei scrisori o sumă de bani în schimbul îndeplinirii unui act ce cade în atribuțiile sale, chiar dacă acea scrisoare nu a fost citită de destinatar, însă a ajuns la destinație. Similar, în cazul în care pretinderea mitei are loc prin sms sau e-mail, fapta de luare de mită, sub forma

¹¹ M. Murea, *Luarea de mită și primirea de foloase necuvenite – infracțiuni de corupție*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2009, p. 112.

¹² A se vedea M. Murea, *op. cit.*, p. 10; Sergiu Bogdan, *Drept Penal. Partea Specială*, Ed. Universul Juridic, București, 2009 p. 328; V. Dongoroz, *op. cit.*, p. 135.

¹³ V. Dobrinou, *et al*, *Noul Cod Penal Comentat*. ed. a II-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 501.

¹⁴ În sens contrar, G. Caian, *Conținutul constitutiv al infracțiunii de luare de mită*, în „Revista de științe juridice”, nr. 173, 2007, p. 133.

Nota redacției: ne distanțăm de acest punct de vedere. În ceea ce ne privește, în măsura în care pretinderea nu ajunge la destinatar sau intermediar, ori aceasta nu este înțeleasă ori percepută drept o formă de pretindere nu putem discuta despre reținerea unei infracțiuni de luare de mită. Ne aflăm mai degrabă în situația unei exteriorizări irelevante din punct de vedere penal. Există o diferență esențială între respingerea solicitării ce face obiectul pretinderii și necunoașterea ori neînțelegerea conținutului acesteia. Faptul că discutăm despre o infracțiune de pericol abstract nu schimbă cu nimic această discuție, atâta timp cât rezoluția infracțională este cunoscută doar de către persoana ce se dorește a fi mituită. Ne aflăm așadar mai degrabă în situația unei încercări de a pretinde ce se situează din punct de vedere penal în planul unei tentative nepedepsibile.

¹⁵ În același sens, J. Bauman, *apud* G. Caian, *Conținutul constitutiv...*, *precit.*, p. 133.

pretinderii, se consumă la momentul recepționării respectivelor mesaje. Prin urmare, apreciem că criteriul în funcție de care se va raporta consumarea este cel al ajungerii la destinație a mesajului. Chiar dacă nu este necesară luarea la cunoștință a semnificației mesajului, pentru a exista o veritabilă pretindere, aceasta trebuie adresată unei persoane. Mai mult, în opinia noastră, este necesar ca respectiva persoană să coincidă cu cea vizată de mesaj, pentru a putea vorbi de o pretindere reală. Abia de la acel moment se poate vorbi despre o conduită conformă cu cea prescrisă de lege. Spre exemplu, în cazul în care un judecător dorește să pretindă mită unui avocat prin intermediul unui SMS, iar întâmplător avocatul pierde telefonul anterior acestui moment, conduita judecătorului rămâne în afara sferei penale. Abia în momentul în care avocatul reintră în posesia telefonului fapta va fi consumată. În schimb, în cazul în care este vorba despre o simplă *error in personam*, fapta va constitui infracțiune.

b) Modalitatea primirii

A doua modalitate de comitere a acestei infracțiuni se realizează prin acțiunea de primire de bani sau de alte foloase. Această modalitate de comitere reprezintă însușirea bunului sau receptarea folosului urmărit. **Fapta se consumă la momentul la care are loc impoședarea sau acceptarea folosului oferit de către funcționar**¹⁶. În doctrină, s-a arătat cu privire la această chestiune că dacă un parlamentar primește bani pentru a vota într-un anumit fel, fapta se consumă la momentul la care este perfectată înțelegerea dintre mituit și mituitor, fără a avea vreo legătură consumarea faptei cu votul propriu-zis, funcționarul putând chiar să lipsească de la respectiva ședință¹⁷.

În doctrină¹⁸ unii autori consideră că fapta este comisă în modalitatea **primirii tacite** (nu a nerespingerii promisiunii)¹⁹, în cazul în care funcționarul nu primește, dar nici nu respinge bunul sau folosul urmărit. Astfel, se arată că *uneori se poate întâmpla ca funcționarul, ajungând în posesia folosului, să nu îl refuze, dar nici să își manifeste expres dorința de a-l primi (de exemplu, lasă pe masă banii, biletul de avion ori de teatru)*²⁰.

Considerăm că trebuie făcută **diferență** între **primirea tacită** de bunuri și ipoteza în care **persistă o stare de dubiu** cu privire la acceptare²¹. În prima ipoteză fapta va fi tipică, având în vedere că primirea poate fi și indirectă. În situația în care persistă o stare dubitativă cu privire la primirea sau neprimirea bunului, respectiv al folosului, se va da aplicare principiului *in dubio pro reo* și fapta nu va constitui infracțiune²².

Prin același raționament precum cel expus *supra*, doctrina a considerat că în cazul în care coletul este trimis la distanță, destinatarul trebuie fie să returneze bunurile, fie să denunțe fapta²³. În caz contrar, se va considera că a *primit* bunul, conform art. 289 C.pen. Pentru motive de consecvență, opinăm că și în acest caz actul de primire trebuie să fie cert. În măsura în care nu se însușește propriu-zis bunul, fapta nu va fi tipică. Astfel, în măsura în care persoana, ulterior deschiderii coletului și realizării semnificației faptei, nedorind

¹⁶ S. Bogdan, *Drept penal...*, precit., p. 328.

¹⁷ S. Bogdan, *Câteva considerații cu privire la infracțiunile de luare de mită și trafic de influență*, în „Studia Universitatis Babeș-Bolyai, Iurisprudentia”, XLI, 1-2, 1996, p. 145.

¹⁸ R. Glodeanu, *Luarea și darea de mită*, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 58; M. Murea, *op. cit.*, p. 113.

¹⁹ Mențiunea referitoare la nerespingerea promisiunii prezintă importanță datorită faptului că opinia citată a fost emisă sub imperiul vechiului cod. Noul cod penal nu a mai preluat această formă, dar vechiul cod penal incrimina și luarea de mită sub forma *nerespingerii promisiunii*. Cu toate acestea, modalitatea primirii și cea a nerespingerii promisiunii reprezintă două chestiuni distincte. Prima dintre ele exista și sub vechiul cod penal, fiind preluată și de noul cod penal. Autorul citat face referire expresă la modalitatea *primirii*, nu la modalitatea *nerespingerii*. Acest fapt reiese clar din structura textului, autorul analizând separat toate modalitățile de comitere a infracțiunii. Paragraful analizat se referă în exclusivitate la modalitatea primirii. De altfel, autorul nici nu face mențiuni în cadrul acestui paragraf cu privire la nerespingerea promisiunii. Prin urmare, afirmațiile făcute de autor își păstrează relevanța și sub noul cod penal, având în vedere că e incriminată în continuare modalitatea primirii.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ În sensul că primirea poate fi și tacită, nu doar expresă, dar trebuie să fie neîndoielnică, a se vedea A. Fanu-Moca, *Infracțiunile de corupție*, în „Analele Universității de Vest din Timișoara”, nr. 5, Timișoara, 2014, p. 12.

²² În același sens, M. Udriou, *Drept Penal. Partea Specială*, ed. a 3-a, ed. C.H. Beck, București, 2016, p. 417.

²³ *Ibidem*.

să comită o infracțiune, aruncă respectivul conținut al coletului la gunoi, nu va comite un act de primire, în sensul legii penale. Legea penală pretinde de la funcționar să nu primească un bun sau folos, în condițiile descrise de normă. Obligarea la denunțarea faptei sau la returnarea produselor excede cadrul protejat de lege. Așadar, în analiza gestului de primire a unui bun material drept mită, trebuie să existe și **intenția specifică a funcționarului de a se impodera**, de a se îmbogăți în virtutea atribuțiilor sale de serviciu. Așadar, trebuie să existe atât elementul fizic de împodera, cât și cel intelectual.

Într-o altă ipoteză, se consideră că există primire și în cazul în care bunul sau folosul este remis unui membru de familie al funcționarului. În această situație actul de primire are loc la momentul la care funcționarul conștientizează faptul că respectivul bun sau folos este oferit în legătură cu serviciul și se hotărăște să-l păstreze. În principiu, această afirmație este corectă, fiind aplicabilă ipoteza legală în care funcționarul public primește bani sau alte foloase pentru altul. În această situație fapta se va consuma la momentul la care se hotărăște să accepte foloasele. Totuși, analiza trebuie făcută *in concreto* raportat la fiecare speță. Uneori este posibil ca funcționarul să refuze respectivul folos, însă el să fie totuși folosit de membrii de familie. În ipoteza în care o persoană văruiește casa mamei unui funcționar, pentru a-l răsplăti pe acesta din urmă pentru un act îndeplinit în legătură cu atribuțiile de serviciu, se pun diferite probleme în legătură cu actul de primire. În situația în care acesta refuză să accepte folosul obținut prin văruirea pereților, însă mama sa se opune, este discutabil în ce măsură reprezintă o astfel de acțiune un act de primire. Funcționarul este un terț și nu are dreptul de a efectua alte lucrări asupra casei mamei sale, în lipsa consimțământului ei. Din nou, la fel ca în cazul prezentat anterior, referitor la primirea coletului, apreciem că se dovedește utilă folosirea unor **criterii duble cu privire la aprecierea primirii folosului: contactul sau existența materială a bunului și elementul intelectual**.

În principiu, primirea este precedată fie de o acțiune de acceptare a promisiunii, fie de o acțiune de pretindere²⁴. Având în vedere că infracțiunea este cu conținut alternativ²⁵, se va reține o singură infracțiune în cazul în care se vor comite mai multe modalități ale acestei fapte în aceeași împrejurare. Infracțiunea se va consuma în momentul în care se va săvârși prima dintre modalități.

c) Modalitatea acceptării promisiunii

A treia modalitate prin care se poate săvârși o astfel de faptă este acceptarea promisiunii de bani sau alte foloase. Acceptarea promisiunii presupune darea consimțământului de către funcționar. În această variantă conduita activă aparține mituitorului, agentul fiind persoana coruptă în mod pasiv. Infracțiunea se consumă instantaneu la acest moment, conduita ulterioară a funcționarului, respectiv a mituitorului, fiind irelevantă din acest punct de vedere²⁶.

În Codul penal anterior era incriminată și modalitatea de nerespingere a promisiunii, modalitate nepreluată de noul Cod penal. Conform unor autori *deși, aparent, s-ar putea crede că prin această renunțare a fost restrânsă aria de incriminare, în realitate nu este așa, întrucât acceptarea tacită echivalează cu nerespingerea promisiunii primite de către făptuitor*²⁷. Într-o altă opinie, la care ne raliem, se învederează faptul că nerespingerea nu reprezintă *nicidecum o acceptare tacită, [...] întrucât înseamnă nerealizarea obligației de respingere impusă funcționarului, ci nu acceptarea ei*²⁸. Indiferent de teoria avută în vedere, este acceptat în doctrină faptul că este posibilă comiterea faptei și prin intermediul acceptării tacite²⁹.

²⁴ M. Murea, *op. cit.*, p. 114.

²⁵ M. Udriou, *op. cit.*, p. 375.

²⁶ V. Dongoroz, *op. cit.*, p. 132.

²⁷ T. Toader și colab., *Noul Cod Penal, Comentariu pe articole*, Ed. Hamangiu, București, 2014, consultat on-line, platforma idrept la 07.12.2017.

²⁸ I. Gârbuleț, *Infracțiuni de Corupție*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 38.

²⁹ I. Pascu, V. Dobrinoiu, *Noul Cod penal comentat. Partea specială*, ed. a II-a revizuită și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 498.

În jurisprudență, această formă a infracțiunii este reținută destul de rar. De obicei, funcționarul este cel în poziție superioară și el promite îndeplinirea în viitor a unui act în schimbul unor bani sau foloase, nu persoana care încearcă mituirea³⁰. De cele mai multe ori există o acțiune de pretindere din partea agentului, urmată ulterior de acceptarea unor promisiuni. Aceasta a fost situația într-o speță în care doi agenți de poliție au solicitat (pretins) de la două persoane suma de 1000 de lei pentru a nu întocmi procese verbale de constatare a unor contravenții. În momentul în care acele persoane au observat că nu dețin suma respectivă, cei doi agenți de poliție au acceptat promisiunea de a primi banii a doua zi³¹. În această speță, fapta s-a consumat la momentul pretinderii, întrucât îl precede pe cel al acceptării. Acceptarea, ținând cont că reprezintă o modalitate alternativă de comitere a faptei, va fi doar parte a unei unități naturale colective în situații precum cea prezentată mai sus. Această modalitate subsecventă de comitere va reprezenta momentul epuizării faptei. În funcție de acesta se vor calcula termenele de prescripție a răspunderii penale sau, în general, orice alte termene care curg de la săvârșirea infracțiunii.

II. CONSIDERENTE PREALABILE CU PRIVIRE LA FORMELE INFRACTIUNII

Există două tipuri de unități de infracțiune: **unitatea legală și cea naturală**. În doctrină se consideră că unitatea naturală de infracțiune există ori de câte ori o activitate infracțională, care, prin datele ei de fapt, date obiective (acțiune/inacțiune) și date subiective (rezoluție infracțională), constituie o activitate unică, pe care și legea o consacră ca o infracțiune unică și prevede o singură pedeapsă³².

Aplicând această definiție, se va putea analiza când se va reține o singură infracțiune de luare de mită. Spre exemplu, atunci când funcționarul va comite una dintre cele 3 modalități ale infracțiunii, va exista o singură infracțiune în unitate naturală simplă.

Infracțiunea continuată este o formă a unității legale. Ea este definită la art. 35 C.pen. Conform acestui articol, *infracțiunea este continuată când o persoană săvârșește la diferite intervale de timp, dar în realizarea aceleiași rezoluții și împotriva aceluiași subiect pasiv, acțiuni sau inacțiuni care prezintă, fiecare în parte, conținutul aceleiași infracțiuni*.

Trebuie făcute câteva observații în legătură cu decizia CCR nr. 368 din 30 mai 2017 cu privire la condiția de unicitate a subiectului pasiv. În această decizie, Curtea a declarat neconstituțională sintagma *și împotriva aceluiași subiect pasiv* din cuprinsul art. 35 alin. (1) C.pen. Cu toate acestea, condiția unicității subiectului pasiv nu este abandonată complet. Curtea Constituțională a dorit în primul rând să excludă aplicabilitatea acestei condiții în ceea ce privește infracțiunile de furt (sau contra patrimoniului în general). Acest fapt reiese și din considerentele deciziei. Considerentele deciziilor Curții Constituționale sunt obligatorii și ele pentru instanțele de judecată, nu doar dispozitivul acestora. Potrivit punctului 29 din decizie, *ca urmare a constatării neconstituționalității sintagmei „și împotriva aceluiași subiect pasiv” din cuprinsul dispozițiilor art.35 alin.(1) din Codul penal, unitatea subiectului pasiv încetează să mai fie o condiție esențială a infracțiunii continuate și redevine un simplu criteriu de stabilire a unității rezoluției infracționale, lăsat la aprecierea organelor judiciare*.

Tot cu privire la acest subiect, Curtea a mai menționat că **există o compatibilitate limitată între infracțiunea continuată și pluralitatea de subiecți pasivi, compatibilitate ce urmează a fi reținută de la caz la caz de instanțele judecătorești**, în virtutea rolului constituțional al acestora de a asigura îmfăptuirea justiției. Din argumentarea Curții reiese că s-a dorit în principal renunțarea la această formă în ceea ce

³⁰ A se vedea în acest sens C. Ap. Cluj, dec. pen. nr. 448/A/2017; C. Ap. București, secția a II-a penală, dec. pen. nr. 277/A/2017; C. Ap. Bacău, dec. pen. nr. 72/2017, disponibile on-line platforma www.rolii.ro.

³¹ C. Ap. Brașov, dec. pen. nr. 10/A/2008, *apud* I. Gârbuleț, *op. cit.*, p. 27-34.

³² I. Pascu, V. Dobrinoiu și colab, *Noul Cod Penal comentat. Partea generală*, ed. a II-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 259.

privește infracțiunile contra patrimoniului. De altfel, tot în același sens s-a pronunțat și doctrina: *numai în cazul infracțiunilor contra patrimoniului se va putea reține o singură infracțiune comisă în forma unității naturale colective în cazul pluralității de subiecți pasivi, sub rezerva întrunirii tuturor celorlalte condiții cumulative*³³. Prin urmare, considerăm că în continuare este necesară unicitatea subiectului pasiv pentru a se reține forma unității naturale colective sau forma continuată a infracțiunii de luare de mită. Majoritatea autorilor care analizează condiția unicității subiectului pasiv fac referire la infracțiunile contra patrimoniului și la cele contra persoanei, fără a mai analiza infracțiunile contra statului³⁴. Este adevărat că, fiind infracțiuni contra statului, problema principală în a reține forma continuată a infracțiunilor o reprezintă unitatea manifestării de voință, nu subiectul pasiv. Cu toate acestea, considerăm că pot apărea totuși probleme și în categoria acestor infracțiuni, chiar dacă în mod mai izolat. Pentru aceste motive, considerăm că este utilă analiza acestui subiect în cadrul prezenței lucrări.

Potrivit unei opinii, subiectul pasiv principal al infracțiunii de luare de mită este **statul**³⁵. Potrivit unei alte opinii, subiectul pasiv îl reprezintă **unitatea din care face parte agentul mituit**³⁶. Prin subiect pasiv al infracțiunii se înțelege entitatea sau persoana care suferă o vătămare ca urmare a săvârșirii infracțiunii. Este necesar ca acest subiect să fie titularul valorii sociale ocrotite. Prin urmare, trebuie stabilit dacă statul sau unitatea din care face parte funcționarul este titularul valorii sociale.

În această discuție nu trebuie pierdut din vedere faptul că statul este mereu subiect pasiv general al oricărei infracțiuni. În cazul în care un parlamentar primește mită pentru a exercita votul într-un anume fel, se poate vorbi despre lezarea intereselor autorității în care lucrează. În cazul în care un notar primește mită, este dificil a se accepta că este lezat interesul propriului său birou notarial, condus de el, în interesul său propriu. Potrivit art. 19 alin. (1) din Legea 36/1996 republicată³⁷, *activitatea notarilor publici se desfășoară în cadrul unui birou notarial, în care pot funcționa unul sau mai mulți notari publici asociați în partidă simplă sau comună, după caz, conform avizului Colegiului director al Camerei, angajați cu studii superioare și personal auxiliar*. Este artificial a se considera că notarul public lezează interesul unității pe care el o conduce. Apreciem că în acest caz nu biroul individual notarial suferă o vătămare ca urmare a săvârșirii infracțiunii, ci statul și societatea în general, prin faptul că o persoană considerată un veritabil magistrat în necontencios își încalcă obligația de probitate. În consecință, chiar dacă în anumite ipoteze se poate susține teza potrivit căreia subiectul pasiv al infracțiunii de luare de mită este instituția sau autoritatea din care face parte agentul, concluzionăm că este mai coerent și mai riguros a aprecia statul ca fiind subiectul pasiv al infracțiunii.

Cu toate acestea, apreciem că în cazul în care un funcționar cere bani în schimbul unui act ce cade în atribuțiile sale (și care în mod normal ar trebui să fie gratuit), dar folosul (suma de bani) revine instituției, se va comite infracțiunea de abuz în serviciu, nu cea de luare de mită. Explicația, însă, nu rezidă în subiectul pasiv al infracțiunii, ci în caracterul de retribuție al folosului. Mai exact, în faptul că lipsește caracterul de retribuție în astfel de situații. O astfel de situație s-ar întâlni în cazul în care primarul solicită o anumită sumă de bani în schimbul emiterii unor acte care, în mod normal, sunt gratuite, având însă scopul de a spori bugetul instituției pe care o conduce. Sumele de bani solicitate nu ar avea natura unei retribuții, ci a unei obligații impuse cetățenilor în folosul instituției publice. Având în vedere că respectivii bani sunt în folosul efectiv al instituției, nu va fi întrunit elementul folosului cerut de art. 289 C.pen.³⁸ Este adevărat că potrivit normei

³³ F. Streteanu, D. Nițu, *Drept Penal. Partea Generală*, vol II, Ed. Universul Juridic, București, 2018, p. 26-27.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ M. Murea, *op. cit.*, p. 112.

³⁶ V. Cioclei, *Drept Penal. Partea Specială II*, Ed. C.H. Beck, București, 2018, p. 225.

³⁷ Legea a notarilor publici și a activității notariale, publicată în M.Of., Partea I, nr. 898/2016.

³⁸ În același sens, a se vedea D. Dinuică, M.K. Guiu, *Luarea de mită în Noul Cod Penal*, în „Revista Universul Juridic”, nr. 6 din iunie 2015, p. 49.

de incriminare folosul poate fi și indirect, însă acesta trebuie să profite tot făptuitorului, deși în chip mediat (indirect), or în ipoteza pusă în discuție, făptuitorul nu profită nici în chip imediat, nici suficient de mediat de pe urma faptei³⁹. În jurisprudență s-a reținut o faptă de abuz în serviciu, nu de luare de mită, în ipoteza în care un funcționar a pretins bani de la persoanele care doreau să se înregistreze ca șomeri pentru a achiziționa formularele necesare în vederea înregistrării⁴⁰. S-a reținut faptul că destinația banilor fost destinată exclusiv achiziționării respectivelor formulare.

Având acestea în vedere, propunem următorul algoritm general de analiză pentru corecta delimitare între diverse forme ale infracțiunii de luare de mită. Algoritmul își propune să orienteze să diferențieze strict între diferite forme ale infracțiunii de luare de mită. Astfel, în prima etapă se verifică numărul conduitelor infracționale. Conduita infracțională presupune întotdeauna o acțiune din partea agentului, fapta de luare de mită neputându-se comite prin inacțiune⁴¹. Norma-tip descrie exclusiv conduite active, iar norma este una cu conținut închis. Prin urmare, este exclusă incidența art. 17 referitor la comiterea faptei prin omisiune. Nu suntem astfel de acord cu unii autori care apreciază că acceptarea promisiunii reprezintă o inacțiune din partea făptuitorului⁴². Eventual, se va putea discuta maxim despre un act tacit de primire sau acceptare, fără a se confunda cu o inacțiune. De altfel, chiar și acești autori, după ce arată că acceptarea promisiunii reprezintă o inacțiune, la secțiunea dedicată modalității de comitere a infracțiunii prin acceptarea promisiunii afirmă că **acceptarea constă într-o încuviințare clară**⁴³. În mod evident, acțiunea de încuviințare presupune prin sine o acțiune, nu o inacțiune. Dacă există o singură conduită, nu poate exista decât forma infracțiunii naturale (în opinia noastră nefiind posibil concursul formal de infracțiuni cu privire la fapta de luare de mită, după cum vom arăta *infra*). În cazul în care se constată existența mai multor conduite care coincid cu cea din norma tip descrisă, se trece la analiza rezoluției infracționale. În măsura în care se apreciază că rezoluția nu este unică, sau că deși este unică, ea este mult prea generică, vor fi incidente normele de la concursul de infracțiuni⁴⁴. În cazul în care există mai multe conduite care se regăsesc în conținutul normei-tip, iar rezoluția este unică și suficient de determinată, se va trece la ultima etapă, aceea a analizei unității spațio-temporale. Dacă intervalul de timp scurs sugerează faptul că *actele de executare au fost săvârșite într-o succesiune neîntreruptă*, se va reține existența unei infracțiuni de luare de mită în forma unității naturale colective⁴⁵. În acest caz, în realitate, există o singură acțiune compusă din mai multe acte de executare. În situația în care nu există, însă, o astfel de unitate spațio-temporală, dar există mai multe conduite infracționale și o rezoluție infracțională suficient de determinată, se va reține forma continuată a infracțiunii. Atragem încă o dată atenția că acest algoritm se propune a fi utilizat doar în ceea ce privește delimitarea formelor de infracțiune de luare de mită.

După cum se va vedea *infra*, dintre toate elementele ce trebuie analizate, cele mai mari probleme se pun cu privire la analiza rezoluției infracționale. Rezoluția infracțională unică presupune reprezentarea de ansamblu a întregii activități infracționale, reprezentare care trebuie să fie anterioară punerii în executare și să se mențină pe tot parcursul comiterii faptei⁴⁶.

³⁹ Despre caracterul de retribuție în cazul în care funcționarul beneficiază în mod indirect de folos a se vedea D. Ciuncan, *Corupție și politică, Cronică de jurisprudență penală*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 331.

⁴⁰ C.S.J., s. pen, dec. nr. 2378/1996 *apud* G. Diaconescu, C. Duvac, *Tratat de drept penal. Partea specială*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 451.

⁴¹ A. Jurma, *Infracțiunile de corupție în lumina Noului Cod Penal și a reglementărilor internaționale*, revista „Analele Universității din București”, Seria Drept, 2014, p. 185.

⁴² M. Basarab, V. Pașca, *Codul penal comentat. Vol. II*, Ed. Hamangiu, 2008, p. 618,

⁴³ M. Basarab, V. Pașca, *idem*, p. 619.

⁴⁴ În sensul că principala diferență dintre forma continuată și concursul de infracțiuni o constituie rezoluția infracțională, a se vedea V. Papadopol *apud* I. Borlan, *Problema reiterării actelor de executare specific infracțiunilor cu rezultat indivizibil. Unitate sau pluralitate de infracțiuni?*, în „Caiete de Drept Penal”, nr. 3/2013, p. 95.

⁴⁵ F. Streteanu, D. Nițu, *Drept Penal, vol II, precit...*, p. 11 și urm, p. 13.

⁴⁶ I. Borlan, *op. cit.*, p. 96.

III. IPOTEZE CONCRETE

a) Cazul în care funcționarul primește/preține/acceptă mită de la aceeași persoană

Ca regulă, se poate reține forma continuată atunci când se comit mai multe modalități ale infracțiunii raportat la aceeași stare de fapt, precum în situația în care agentul pretinde și ulterior primește sumele respective de bani. Un autor afirmă că se va reține forma continuată în situația în care funcționarul acceptă o sumă de bani și aceasta îi este remisă în mai multe rate succesive⁴⁷. Potrivit unui alt autor⁴⁸, atunci când funcționarul pretinde sau acceptă promisiunea și abia la un moment ulterior primește suma de bani, fapta este comisă sub forma unității naturale colective. Mai mult, în sens contrar opiniei de mai sus, acesta susține că și atunci când suma este remisă în mai multe rate succesive se va reține tot o singură infracțiune sub forma unității legale⁴⁹. Acest autor este în favoarea reținerii formei continuate a infracțiunii exclusiv în situația în care se pretinde în mod repetat de la aceeași persoană o sumă de bani sau un anumit folos⁵⁰. Tot în același sens se orientează și o parte a doctrinei⁵¹ și a jurisprudenței⁵². Argumentele aduse în favoarea acestei soluții susțin că fapta se consumă instantaneu, iar doar avantajele ce decurg din această faptă sunt eșalonate.

Apreciem totuși că **trebuie reținută forma continuată în acest caz**. Astfel, considerăm că din norma de incriminare reiese clar că legiuitorul a vrut să incrimineze atât acceptarea/preținerea cât și primirea. Amintim că infracțiunea de luare de mită este de consumare anticipată. Prin urmare, în situația în care părțile se înțeleg cu privire la faptă și beneficiile urmează a fi remise ulterior, considerăm că fapta într-adevăr se consumă, sub forma acceptării promisiunii. Cu toate acestea, în momentul în care beneficiile sunt remise, respectiv acceptate, se va comite fapta sub forma primirii. Astfel, chiar dacă primirea foloaselor reprezintă momentul la care are loc mituirea efectivă, trebuie avută în vedere voința legiuitorului de a incrimina și actele de pregătire (precum acceptarea promisiunii, spre exemplu) ca moment al consumării. Concluzionând, ne raliem opiniei potrivit căreia ar trebui reținută forma continuată și în aceste cazuri⁵³.

În doctrină se consideră că *infracțiunea simplă nu trebuie înțeleasă ca fiind rezultatul unei singure acțiuni*⁵⁴, cât timp *se integrează în mod natural în activitatea infracțională*⁵⁵. Prin urmare, apreciem că se va reține tot o singură faptă de luare de mită în situația în care un agent de poliție pretinde mită pentru a nu constata o contravenție, mită pe care o și primește în același context, sub forma unității naturale colective. Primirea de bani presupune în mod natural fie acceptarea unei promisiuni, fie pretinderea. Tot aceeași va fi încadrarea corectă și în contextul în care are loc actul de pretindere și, întrucât cel căruia i se cere mita nu are suma de bani cerută, merge imediat la bancă și o extrage, predându-i-o mai apoi agentului. Faptul că mituitorul nu are bani și trebuie să efectueze niște demersuri pentru a-i obține, într-o perioadă scurtă de timp, nu întrerupe cursul natural al acțiunii pentru fapta corelativă de luare de mită. Pe de altă parte, dacă perioada de timp dintre acțiunea de pretindere și primire este mai mare, apreciem că va fi incidentă forma continuată a infracțiunii, deoarece este ruptă unitatea temporală, deși restul elementelor sunt întrunite. E.g., în ipoteza prezentată anterior, conducătorul auto plătește suma la câteva zile distanță.

⁴⁷ V. Dongoroz, *op. cit.*, p. 135.

⁴⁸ R. Glodeanu, *op. cit.*, p. 72-78.

⁴⁹ *Idem*, p. 74.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ D. Ciuncan, *apud* C.F. Ușvat, *Infracțiunile de corupție în contextul reglementărilor europene*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 188.

⁵² Trib. Suprem, secția penală., dec. pen. nr. 3079/1971 *apud* C.F. Ușvat, *op. cit.*, p. 188.

⁵³ În sensul că în astfel de ipoteze se va reține forma continuată a infracțiunii, a se vedea V. Dobrinou, *Noul cod penal comentat. Partea specială*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 502

⁵⁴ Deși autorul face referire la acțiune, considerăm că se referă mai mult la noțiunea de act de executare. A se vedea F. Streteanu, D. Nițu, *Drept Penal, vol II, precit...*, p. 11 și urm.

⁵⁵ C. Mitrache, *Drept penal român. Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 306.

O altă ipoteză problematică este cea în care o persoană, în același context, dă mai multe mite aceluiși funcționar, pentru ca acesta să îi rezolve chestiuni total diferite, fără legături între ele. În această situație, dintre cele trei condiții ale unității naturale colective⁵⁶, cea mai problematică este unitatea de voință. Pentru a se analiza corect această condiție, trebuie avut în vedere *scopul acțiunii desfășurate de către autor*⁵⁷. Raportat la acest criteriu, se poate susține că voința funcționarului care primește mită este să se îmbogățească pe nedrept ca urmare a exercitării atribuțiilor sale într-un anumit fel. Potrivit unei asemenea concepții, pentru analiza voinței funcționarului, accentul trebuie pus pe folosul pe care acesta îl realizează. Cu alte cuvinte, voința funcționarului ar reprezenta faptul că acesta dorește în primul rând să se îmbogățească de pe urma atribuțiilor de serviciu, fiind astfel întrunite elementele unității naturale colective. În ceea ce ne privește, însă, apreciem că nu este suficientă o intenție generică de a se îmbogăți, la fel cum în ipoteze precum cele de *dolus generalis*, spre exemplu, nu este suficientă o intenție generică de a ucide⁵⁸. Menționăm *supra* că rezoluția infracțională unică presupune reprezentarea de ansamblu a întregii activități infracționale, reprezentare care trebuie să fie anterioară punerii în executare și să se mențină pe tot parcursul comiterii faptei. În ipoteze precum cea de mai sus, în care mituitorul dă bani unui funcționar pentru un act, iar apoi dă bani pentru îndeplinirea altui act, fără legătură cu primul act, considerăm că lipsește elementul reprezentării de ansamblu al rezoluției infracționale. Chiar dacă funcționarul are rezoluția de a se îmbogăți din mită, el nu prevede de principiu cam care vor fi atribuțiile pe care și le va încălca. Astfel, dacă un procuror-șef primește mită pentru a nu formula apel într-o cauză, iar imediat după primește o altă sumă de bani, de la aceeași persoană, pentru a pune în mișcare acțiunea penală față de un inculpat, considerăm că va exista un concurs de infracțiuni de luare de mită, întrucât nu există unitate de voință. În esență, procurorului i se propune să ia mită pentru o chestiune (neformularea unei că de atac), ceea ce dă naștere la o primă rezoluție infracțională, iar apoi cu privire la o altă chestiune (punerea în mișcare a acțiunii penale), ce dă naștere unei alte rezoluții infracționale.

O altă ipoteză controversată este cea în care folosul oferit drept mită este remis în mai multe rate. În acest caz, apreciem că sunt întrunite toate condițiile formei continuate. Nu va putea fi incidentă absorbția naturală întrucât este posibilă comiterea infracțiunii *in abstracto* și fără a remite mai multe rate. Nu va avea relevanță nici dacă toate ratele sunt remise înainte de îndeplinirea actului, după îndeplinirea sa sau unele înainte de îndeplinire, iar altele după. Astfel cum este incriminată fapta, va fi tipică și ipoteza în care suma de bani este remisă ulterior îndeplinirii actului, întrucât noua reglementare a reunit în cadrul ei și infracțiunea de primire de foloase necuvenite⁵⁹.

În practica judiciară, spre exemplu, s-a reținut o infracțiune de luare de mită în ipoteza în care un procuror a primit, în realizarea aceleiași rezoluții infracționale, la două date diferite, două sume de bani pentru a modifica seria unor arme care constituiau corpuri delictive. Cu alte cuvinte, banii au fost remiși în rate, iar instanța a reținut o infracțiune de luare de mită în formă continuată, nu în unitate naturală colectivă⁶⁰.

De altfel, soluția formei continuate în astfel de cazuri este reținută și de jurisprudența Înaltei Curți de Casație și Justiție. Într-o speță⁶¹ s-a reținut că inculpatul a primit în decursul mai multor luni foloase precum o sticlă de whisky, o pulpă de porc, o scrumieră, un telefon mobil, un sistem de boxe audio, dulciuri, un televizor etc., toate în vederea promovării unui student la un examen. În drept, inculpatul a primit mai multe foloase în diverse tranșe succesive pentru a îndeplini în mod fraudulos o atribuție. În această speță, Înalta

⁵⁶ F. Streteanu, D. Nițu, *Drept Penal, vol. II, precit...*, p. 12 și urm.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ F. Streteanu, D. Nițu, *Drept Penal, vol. I, precit...*, p. 440.

⁵⁹ I.A. Barbu, *Infracțiunea de luare de mită în noul cod penal*, în revista „Studii de securitate publică”, vol. II, numărul 2 (6) / 2013, p. 143.

⁶⁰ A se vedea ÎCCJ, s. pen., dec. pen. nr. 1801/2010 *apud* C. Duvac, *Luarea de mită, precit.*, p. 118.

⁶¹ ÎCCJ, s. pen., dec. pen. nr. 97/A/2017, disponibilă pe www.scj.ro.

Curte de Casație și Justiție a menținut condamnarea inculpatului pentru infracțiunea de luare de mită în formă continuată. Faptul că ratele au constat în produse, iar nu în sume de bani, nu influențează situația în drept.

Pe de altă parte, conform celor expuse mai sus, apreciem că în mod greșit o instanță a reținut o singură infracțiune de luare de mită în speța cu următoarea stare de fapt: o persoană având mâna fracturată s-a prezentat la medic pentru efectuarea unei operații. După consultul prealabil, medicul i-a spus că *acuma știți că fiecare trăiește din munca lui! Cu totul cu anestezist, vă costă zece milioane*⁶². Ulterior acestui episod, pacientul i-a remis doar 500 de lei și i-a indicat că nu dispune de restul sumei. Medicul, nemulțumit, i-a solicitat *cuvântul de onoare* că îi va da și restul sumei pretinse.

În speță, medicul a avut conduita infracțională a *pretinderii de bani* (suma de 1000 de lei) pentru *îndeplinirea unei atribuții de serviciu* (efectuarea unei intervenții chirurgicale, din calitatea sa de medic la spitalul de ortopedie). Ulterior, persoana amintită a mai avut un comportament infracțional prin faptul că a *primit* bani (500 de lei din cei 1000 pretinși) pentru îndeplinirea aceluiași atribuții și că a mai avut loc un act de *pretindere* (medicul i-a cerut pacientului cuvântul de onoare ca va remite și restul de 500 de lei din suma pretinsă inițial).

Având în vedere starea de fapt reținută mai sus, cele două instanțe l-au condamnat pe medic pentru forma simplă a infracțiunii. Apreciem că această soluție este eronată, întrucât sunt îndeplinite toate condițiile prevăzute de lege pentru forma continuată, prevăzute la art. 35 C.pen. Astfel, medicul este autorul atât a faptei de pretindere, cât și a celei de primire, fiind același subiect activ (i) pentru ambele conduite. Unitatea de rezoluție (ii) reiese din faptul că are loc pretinderea sumei de 1000 de lei, primirea celei de 500 și pretinderea, din nou, a sumei care a mai rămas din cea inițială. Din aceste conversații cu pacientul rezultă că a urmărit același scop nelegal, al primirii unei sume de bani în vederea intervenției chirurgicale. Condiția intervalului de timp (iii) este, de asemenea, întrunită, întrucât între primul act are loc în data de 28.09.2016, iar cel de-al doilea în 29.09.2016. În data de 29 a avut loc atât primirea cât și pretinderea sumei restante, astfel încât între cele două fapte există o relație de unitate naturală colectivă⁶³. În sfârșit, indiferent că este considerat subiect pasiv statul sau unitatea, această condiție este îndeplinită. Astfel, considerăm că această infracțiune este comisă în formă continuată, având în compunerea sa două acțiuni.

În alte situații, s-a decis că fapta este comisă în forma continuată în cazul funcționarului care a primit diverse sume de bani în vederea emiterii mai multor autorizații de construcție⁶⁴. Această decizie reflectă încă o dată faptul că, dacă agentul primește mită pentru mai multe chestiuni, nu apare automat o nouă voință distinctă, având în vedere că este necesar ca rezoluția infracțională să fie determinată în cazul formei continuate.

b) Cazul în care agentul primește mită de la mai multe persoane

În general, majoritatea doctrinei⁶⁵ susține că atunci când un agent primește mită de la mai multe persoane, se va reține un concurs de infracțiuni. Fără a contesta corectitudinea acestei afirmații, considerăm că nu este exclusă reținerea formei continuate și în această situație, dacă nu se primește mita de la mai multe persoane în aceeași unitate temporală. În cazul în care un agent pretinde, acceptă promisiunile sau primește mită de la mai multe persoane deodată, se va reține fapta în forma unității naturale, eventual colective⁶⁶. Totuși, având în vedere că subiectul pasiv principal este statul (sau unitatea unde agentul își desfășoară activitatea, în funcție de abordare), este posibil ca în celelalte cazuri să fie întrunite condițiile infracțiunii continuate, nu cele ale concursului de infracțiuni. Luând în considerare aceste elemente, apreciem că se va putea reține forma continuată a acestei fapte și atunci când mita este oferită de mai multe persoane între care nu există legătură.

⁶² C. Ap. București, secția a II-a penală, dec. 100/2017, disponibilă on-line www.rolii.ro.

⁶³ Tr. Pop, *Drept Penal Comparat. Partea Generală*, vol. II, Ed. Institutul de arte grafice Ardealul, Cluj, 1923, p. 602.

⁶⁴ C.S.J., dec. pen. nr. 1451/1996, *apud* C.F. Ușvat, *op. cit.*, p. 185.

⁶⁵ S. Bogdan, *Drept Penal. Partea Specială*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 332; M. Udroui, *op. cit.*, p. 375.

⁶⁶ C.F. Ușvat, *op. cit.*, p. 184.

Este avută în vedere ipoteza în care un agent de poliție rutieră vrea să plece în concediu, iar înainte de a pleca dorește să își asigure *bani de buzunar* pentru acest concediu. În realizarea acestui obiectiv, își propune ca pe parcursul unei zile de lucru să obțină din mită suma de 1500 de lei. În realizarea atribuțiilor de serviciu, comite mai multe fapte de luare de mită, unele sub forma primirii, altele sub forma pretinderii. În această situație apreciem că fapta este comisă în formă continuată, nu sub forma unui concurs real. Agentul comite toate faptele existând astfel unitate de subiect activ. Acesta comite faptele în decursul unei zile, comițând o pluralitate de acte de executare la intervale diferite de timp, nici prea lungi, nici prea scurte. Unitatea de rezoluție, în ceea ce privește infracțiunea continuată, trebuie să fie determinată, conform doctrinei⁶⁷. Determinarea rezoluției presupune faptul că *infractorul are imaginea de ansamblu a activității sale ulterioare ce o va desfășura prin acte de executare separate, iar cu fiecare executare, hotărârea se concretizează*⁶⁸. Având în vedere faptul că agentul de poliție are rezoluția infracțională de a obține suma de 1500 de lei și are reprezentarea că prin fiecare faptă ajunge mai aproape de obiectivul său, rezoluția infracțională este suficient de determinată. Există conduite de pretindere și de primire, modalități alternative de executare a unei infracțiuni cu conținut alternativ, fiind în omogenitate juridică. De asemenea, întrucât subiectul pasiv al acestei infracțiuni este statul, va fi întrunită și această condiție cerută de lege. Prin prisma acestor elemente, această faptă este comisă în formă continuată, deși mita este obținută de la mai multe persoane, fără legătură între ele. De altfel, în doctrină⁶⁹ s-a mai arătat că se poate reține forma continuată în astfel de situații, chiar și sub imperiul C.pen. anterior. Exemplul oferit este tocmai acela al unui agent de poliție care își propune să ceară mită de la toți șoferii pe care îi surprinde că încalcă regulile de circulație, pentru a nu le întocmi proces-verbal de constatare a contravențiilor sau dosar penal. De acord cu această opinie, cu mențiunea că rezoluția infracțională trebuie să fie și ea suficient de determinată.

Astfel de ipoteze precum cele de mai sus evidențiază faptul că nu întotdeauna pluralitatea de *mituitori* va atrage un concurs de infracțiuni. Pentru soluționarea corectă a distincției dintre forma continuată și concursul de infracțiuni, accentul trebuie pus pe rezoluția infracțională, după cum am arătat *supra*. Cu toate acestea, având în vedere necesitatea existenței unei rezoluții infracționale determinate, cele mai multe fapte petrecute în astfel de ipoteze vor fi totuși reținute în concurs. În sensul reținerii formei continuate, respectiv a concursului trebuie să fie analizată cu mare atenție rezoluția infracțională. Amintim că, spre deosebire de infracțiunile de obicei, unde intenția poate fi și generică, în cazul faptelor comise în formă continuată, rezoluția trebuie să fie determinată. Astfel, în doctrină⁷⁰ a fost criticată pe acest temei susținerea potrivit căreia ar fi incidentă forma continuată, iar nu concursul, în următoarea ipoteză: un administrator de la o societate comercială avea atribuții privind repartizarea unor persoane în cămine de nefamiliști. De-a lungul timpului, această persoană a comis 12 fapte de luare de mită, aceste acte de executare fiind comise în diferite ocazii, în funcție de împrejurări⁷¹. Suntem de acord cu această observație, întrucât din starea de fapt prezentată reiese că hotărârea de a lua mită s-a materializat în mod spontan, în funcție de circumstanțe. Tot concurs se va reține în cazul în care o persoană ia o rezoluție foarte generică de a comite fapte de luare de mită. Prin urmare, dacă un agent de poliție rutieră dorește pur și simplu să își facă un venit din astfel de fapte pe lângă salariul său de bază, rezoluția este prea generică și fapta se va comite în forma concursului. În același sens se orientează și doctrina⁷².

Pentru motivele menționate apreciem ca fiind incorectă soluția instanței de a reține o singură infracțiune în formă continuată într-o speță în care inculpatul a luat rezoluția de a da mită paznicilor ori de câte ori merge

⁶⁷ C. Mitrache, *op. cit.*, p. 313.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ C.F. Ușvat, *op. cit.*, p. 184.

⁷⁰ *Idem*, p. 186-187.

⁷¹ Trib. Sibiu, sent. pen. nr. 136/1997, cu notă de T. Popescu, *apud* C.F. Ușvat, *idem*, p. 187.

⁷² *Ibidem*.

să facă rost de materiale⁷³. În cazul în care nu există date suplimentare, rezultă că intenția este prea vagă și se impunea reținerea unui concurs de infracțiuni de luare de mită și în cazul paznicului care lua mită ori de câte ori venea inculpatul.

Tot în funcție de rezoluția infracțională, este posibil ca funcționarul public să primească/pretindă/accepte foloase de la mai multe persoane și să se rețină o singură infracțiune de luare de mită sub forma unității naturale. Spre exemplu, în cazul în care primarul primește mai multe persoane în birou și le anunță deodată că o autorizație „costă” 1000 de lei, se va comite o singură faptă în forma unității naturale. În acest exemplu are loc un singur act de pretindere. Faptul că pretinderea se face mai multor persoane este irelevant, fiind întrunite condițiile unității de voință, spațiu, timp și acțiune. Pentru același motive, dacă mai multe persoane decid să „cumpere” pe loc autorizațiile, va fi incidentă forma unității naturale colective. În ipoteza în care primarul pretinde mită de la mai multe persoane care trec succesiv prin biroul său, va fi incident fie concursul, fie forma continuată, în funcție de criteriile analizate *supra*.

În astfel de situații, în care agentul primește mită de la mai multe persoane, în jurisprudență s-a decis că sunt întrunite condițiile formei continuate în ipoteza în care un agent primește mită de la doi subalterni, în același context, pentru a efectua un act ce intră în atribuțiile de serviciu într-un mod favorabil celor doi. În argumentare se explică faptul că s-a optat pentru această formă continuată întrucât activitatea a fost neîntreruptă și că, în consecință, există o manifestare de voință unică⁷⁴. În nota critică a acestei hotărâri se arată că aici ar fi mai degrabă întrunite elementele unității naturale colective⁷⁵. Ne raliem și noi acestei din urmă opinii. Din argumentarea instanței, care face referire la existența unei activități neîntrerupte, reiese categoric că este vorba despre o singură acțiune compusă din mai multe acte de executare. În orice caz, ceea ce interesează în subiectul de față este că, deși mita a fost primită de la două persoane diferite, atât doctrina cât și jurisprudența sunt de acord că este vorba despre o singură infracțiune (legală sau naturală), dar nu un concurs.

IV. RAPORTUL CU ALTE INFRACTIUNI

a) Forma infracțiunii în cazul în care se comit alternativ fapte de luare de mită (art. 289 C.pen.) și de folosire abuzivă a funcției în scop sexual (art. 299 alin. 1 C.pen.)

Obiectul mitei trebuie să privească, conform normei, *bani sau alte foloase*. În categoria banilor se vor include, pe lângă hârtiile și monedele propriu-zise, și alte valori sau titluri de orice fel care echivalează, *de facto*, banii⁷⁶. Sintagma *alte foloase* cuprinde orice fel de avantaje patrimoniale (precum obținerea unor bunuri, comisioane, servicii patrimoniale, drept de uzufruct etc.) și nepatrimoniale (precum acordarea unor premii sau titluri onorifice) în afară de serviciile de natură sexuală⁷⁷. În doctrina anterioară noului Cod penal se accepta, cel puțin în parte, că foloasele pot fi și de natură sexuală⁷⁸. Cu toate acestea, având în vedere incriminarea de la art. 299 alin. (1) C.pen., se va reține această faptă, întrucât are caracter special față de luarea de mită⁷⁹. Având în vedere limitele de pedeapsă prevăzute de fapta de luare de mită (închisoare de la 3 la 10 ani) și limitele de pedeapsă ale folosirii funcției în scop sexual (închisoare de la 6 luni la 3 ani), concluzionăm că art. 299 alin. (1) reprezintă o formă atenuată a luării de mită. Elementul material al celor două infracțiuni este aproape identic. În cazurile neprevăzute de art. 299 alin. (1) C.pen. care au legătură cu serviciile sexuale, apreciem că nu se va

⁷³ Trib. Brașov, dec. pen. 424/1993, *apud* C.F. Ușvat, *Ibidem*.

⁷⁴ C. Ap. Galați, s. pen., dec. nr. 34/1994 *apud* C. Duvac, *op. cit.*, p. 118.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ V. Dongoroz, *op. cit.*, p. 133.

⁷⁷ S. Bogdan, *Drept penal...*, *precit.*, p. 448.

⁷⁸ S. Bogdan, *Drept penal...*, *precit.*, p. 331; M. Murea, *op. cit.*, p. 117.

⁷⁹ S. Bogdan, D. A. Șerban, G. Zlati, *Noul cod penal. Partea specială. Analize explicații. Explicații, Comentarii. Perspectiva Clujeană*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 448.

putea reține luarea de mită prevăzută de art. 289 C.pen. ca temei general, întrucât omisiunea legiuitorului este intenționată. Spre exemplu, în cazul în care se realizează doar acceptarea promisiunii oferirii de servicii sexuale, nu se va putea reține nicio infracțiune. Art. 299 (1) C.pen. nu prevede forma acceptării promisiunii, iar art. 289 C.pen. nu se poate aplica datorită considerentelor expuse mai sus.

Se pune însă întrebarea: ce se va reține în cazul în care un funcționar realizează o conduită tipică infracțiunii de luare de mită, ulterior o faptă de folosire a funcției în scop sexual iar în final o altă faptă de luare de mită?

Pentru a răspunde la întrebarea de mai sus, trebuie analizat dacă există sau nu omogenitate juridică. În funcție de acest criteriu se face diferența între diverse forme ale infracțiunii. Atât pentru reținerea unității naturale colective, cât și pentru reținerea formei continuate este necesară omogenitatea juridică. În cazul în care această condiție nu este întrunită, va exista un concurs de infracțiuni. După cum am argumentat anterior, apreciem că infracțiunea de folosire a funcției în scop sexual este *de facto* o variantă atenuantă a luării de mită. Pornind de la această premisă, considerăm că va exista omogenitate. Prin urmare, în cazul de mai sus se va putea reține o infracțiune de luare de mită în formă continuată, compusă din 3 acte. Motivul este acela că în cazul în care se comit mai multe forme ale infracțiunii, între care unele în formă atenuată, iar altele în formă de bază, se va reține numai forma de bază.

b) Forma infracțiunii în cazul în care se comite luare de mită alternativ cu șantaj

În cazul în care funcționarul condiționează efectuarea unui act ce intră în atribuțiile sale de primirea unui folos, apare un element important de constrângere. Acest fapt a fost observat și de legiuitor. În acest sens este edificator faptul că infracțiunea de dare de mită *nu constituie infracțiune atunci când mituitorul a fost constrâns prin orice mijloace de către cel care a luat mita*, potrivit art. 290 alin. (2) C.pen. De asemenea, șantajul se comite în forma agravată în cazul în care este comis de categoriile de persoane prevăzute la art. 13¹ din legea privind combaterea infracțiunilor asimilate infracțiunilor de corupție (Legea 78/2000).

În contextul condiționării actului, o astfel de conduită se apropie de infracțiunea de șantaj. Diferența față de infracțiunea de șantaj, conform unei instanțe⁸⁰, constă în faptul că, în cazul celei de-a doua *primirea folosului injust se realizează prin simpla constrângere a persoanei vătămate, nelegată de indeplinirea atribuțiilor de serviciu*. Într-adevăr, dacă fapta nu se comite în legătură cu atribuția de serviciu, este exclusă reținerea infracțiunii de luare de mită. Apreciem totuși că acest criteriu, singur, nu este suficient pentru a diferenția cele două fapte. Este avută în vedere ipoteza în care un medic refuză să opereze un pacient, care are nevoie urgentă de serviciile medicale respective, până când membrii familiei pacientului nu îi oferă o anumită sumă de bani. În acest caz, apreciem că fapta va întruni elementele constitutive ale infracțiunii de șantaj. Cu toate acestea, în exemplul pus în discuție, fapta este comisă în legătură cu atribuțiile de serviciu. Prin urmare, susținem că principala diferență dintre luarea de mită și infracțiunea de șantaj constă în elementul de constrângere. Este adevărat că aproape întotdeauna când un funcționar condiționează efectuarea unui act de remiterea unei sume de bani se poate identifica o oarecare constrângere, însă aceasta trebuie să rămână între anumite limite. În cazul în care elementul constrângerii va excede acestui cadru, va fi incidentă infracțiunea de șantaj. Este dificil de prezentat niște elemente tranșante pe baza cărora să se facă această delimitare. În principiu, acest concurs de calificări se rezolvă dacă se are în vedere faptul că elementul de constrângere este mult mai puternic și mai prezent în cazul șantajului decât în cel al infracțiunii de luare de mită. În exemplul cu medicul, fapta de a nu efectua intervenția chirurgicală poate fi chiar calificată drept o amenințare.

Având acestea în vedere, se pune problema formei în care se va reține infracțiunea de luare de mită în cazul în care agentul realizează, cu privire la același subiect pasiv⁸¹ și aceeași chestiune, o conduită tipică luării

⁸⁰ C. Ap. București, secția I penală, dec. pen. nr. 110/1994 *apud* M. Udrioiu, *op. cit.*, p. 373.

⁸¹ Ne referim în acest context la identitatea dintre subiectul pasiv al infracțiunii de șantaj cu persoana căreia i se pretinde mita.

de mită, una de șantaj iar apoi iarăși una de luare de mită. În principiu, considerăm că în acest context se va reține un concurs între toate 3 infracțiunile. Realizarea, în contextul aceleași chestiuni și cu privire la același subiect pasiv, a unei fapte de șantaj, va rupe unitatea de rezoluție necesară pentru reținerea formei continuate. Nu este suficientă o intenție generică de a primi foloase în schimbul exercitării atribuției pentru a se reține două infracțiuni de luare de mită în formă continuată. Este avut în vedere cazul în care un medic pretinde și primește bani de la un soț pentru a efectua o intervenție chirurgicală asupra celuilalt soț, grav bolnav. Înainte de intervenția chirurgicală, medicul îl amenință pe soțul sănătos că nu va efectua deloc intervenția salvatoare dacă nu îi dă o anumită sumă de bani. Ulterior intervenției, medicul pretinde din nou o sumă de bani, drept onorariu de succes. După cum s-a arătat, în acest context se va reține un concurs de infracțiuni între două fapte de luare de mită și șantaj.

Prin excepție, considerăm că se va reține infracțiunea de luare de mită în formă continuată în concurs cu cea de șantaj în cazul în care folosul de la infracțiunea de luare de mită este remis în mai multe rate, iar șantajul este comis pe parcurs tocmai pentru a constrânge subiectul pasiv să continue plata ratelor.

c) Relația cu infracțiunea de dare de mită în cazul în care sunt mituiți în același context doi agenți

O altă ipoteză particulară ce merită analizată este cea în care sunt mituiți în același context doi agenți. Situația de fapt de la care s-a pornit a fost aceea că inculpatul a oferit 200 de euro către doi agenți de poliție pentru ca aceștia să nu constate contravenția comisă⁸². Cu privire la fapta de dare de mită, în doctrină s-a indicat faptul că va fi incidentă o singură infracțiune de dare de mită, iar nu un concurs⁸³. Cu privire la fapta de luare de mită, însă, apreciem că se impune reținerea concursului. Infracțiunea de luare de mită este cu autor unic⁸⁴, cu excepția cazului în care fapta se comite de către o comisie. Fiind doi polițiști, fiecare dintre ei avea obligația proprie de a-și îndeplini corect atribuțiile. Prin urmare, considerăm că deși în această situație va fi incidentă o singură faptă de dare de mită, se vor reține două fapte de luare de mită (câte una pentru fiecare agent de poliție). În cazul în care se corupe o comisie, se va reține o singură infracțiune de luare de mită în coautorat. Acesta va fi cazul, spre exemplu, în ipoteza în care o persoană corupe în același context doi judecători care alcătuiesc împreună un complet de judecată.

d) Aspecte particulare cu privire la participatie în cazul formei continuate

La nivelul participatiei, infracțiunea analizată aici pune mai multe probleme specifice. Participația la infracțiunea de luare de mită exclude participația la dare de mită și invers. O altă problemă specifică este dacă fapta poate fi comisă în forma autoratului de către o persoană juridică. Fără a intra prea mult în detalii, opinăm că persoana juridică poate fi subiect activ al infracțiunii, cel puțin în varianta atenuată prevăzută de art. 308. Acesta va fi cazul în situația în care o persoană juridică are calitatea de administrator al altei persoane juridice.

În contextul consumării faptei, se pune o problemă interesantă cu privire la ipoteza în care infracțiunea se consumă, dar apare ulterior un complice sau un instigator pentru actele subsecvente. După cum s-a văzut *supra*, o parte importantă a doctrinei consideră că dacă *subiectul activ pretinde o anumită sumă de bani și aceasta este ulterior remisă în tranșe (rate) succesive* nu va fi incidentă forma continuată⁸⁵. Fără a relua discuția, atragem atenția asupra anumitor aspecte privitoare la participatie, în cazul în care pe parcursul remiterii tranșelor intervine o persoană care săvârșește acte de complicitate. În contextul soluției propuse în prezentul articol, referitor la incidența formei continuate într-un astfel de caz, se va putea reține fără probleme complicitatea la infracțiunea de luare de mită. În ipoteza doctrinară prezentată însă, este important de distins între formele unității naturale. Accentul este pus pe faptul că în acel caz nu va fi incidentă forma continuată a infracțiunii,

⁸² C. Ap. Cluj, s. pen., dec. pen. nr. 123/2003 *apud* V. Cioclei, *op. cit.*, p. 236.

⁸³ V. Cioclei, *op. cit.*, p. 236.

⁸⁴ S. Bogdan, *Drept penal...*, *precit.*, p. 332.

⁸⁵ V. Cioclei, *op. cit.*, p. 229.

fără a se analiza mai în detaliu forma unității naturale. În cazul în care se consideră că infracțiunea se consumă la momentul la care se realizează înțelegerea dintre mituit și mituitor, iar remiterea ulterioară a tranșelor este cu totul în afara sferei dreptului penal, nu se va putea reține nicio infracțiune în sarcina persoanei care a efectuat acte de complicitate. În schimb, în cazul în care se consideră că remiterea tranșelor reprezintă acte de executare ce intră în componența unei unități naturale colective, se va putea reține și în acest caz complicitatea. Analizând această problemă, doctrina se oprește asupra problemei *unei persoane care înlesnește primirea unei sume de bani cu titlu de mită de către un funcționar public, după ce acesta, în prealabil, a acceptat propunerea primirii acestei sume*⁸⁶. Se arată că, în această situație, fapta persoanei care efectuează astfel de acte este irelevantă din punct de vedere al dreptului penal. În motivare, se explică faptul că infracțiunea se consumă la momentul la care are loc conlucrarea frauduloasă, iar remiterea sumei de bani este un act lipsit de semnificație juridică⁸⁷. Același autor continuă prin a arăta că *nu se poate susține că într-o asemenea situație (cea prezentată anterior) am avea o infracțiune continuată, pentru că ar însemna ca, în situația în care funcționarul și mituitorul se întâlnesc de mai multe ori ca să negocieze prețul unui unic serviciu, să reținem o infracțiune continuată cu multiple acte materiale*⁸⁸. Fără a relua toată argumentarea, apreciem că deși, într-adevăr, infracțiunea se consumă la momentul la care are loc înțelegerea, remiterea ulterioară are totuși semnificația penală a primirii, infracțiunea epuizându-se la acest moment. De asemenea, suntem de acord că în ipoteza în care funcționarul și mituitorul au mai multe întâlniri în care negociază prețul mitei, va exista o singură infracțiune de luare de mită, doar ultimul act fiind relevant din punct de vedere penal. Explicația, însă, credem că își găsește temeiul mai degrabă în faptul că respectivele conduite nu sunt incriminate în norma-tip. Sunt incriminate doar primirea, luarea și acceptarea promisiunii. Simpla negociere nu reprezintă niciuna dintre aceste activități. Abia la momentul la care cei doi ajung la o înțelegere are loc o acțiune de acceptare a promisiunii. În opinia noastră, din această cauză astfel de conduite nu sunt infracțiuni.

În ipoteza puțin probabilă, dar nu imposibilă, în care o persoană comite atât forme atenuate ale luării de mită, potrivit art. 308 NCP, cât și forma de bază, se va reține o faptă de luare de mită continuată, în forma de bază. În ipoteza în care se comit forme atenuate sau de bază și forme agravate (precum cele prevăzute de art. 7 din legea 78/2000), se va reține infracțiunea de luare de mită în formă continuată sub această modalitate agravată.

V. CONCLUZII

După cum s-a văzut, este greu de conturat *ab initio* niște soluții clare cu privire la toate situațiile de același gen. În funcție de circumstanțe, situații relativ similare pot primi dezlegări vast diferite. Având în vedere rezoluția infracțională și anumite elemente specifice, s-ar putea reține oricare dintre formele infracțiunii. De aceea, apreciem că, luând în calcul criteriile trasate de doctrină, specifice aceste infracțiuni, este de preferat abordarea clasică prin raportare la teoria generală a infracțiunii și formele acesteia. Astfel, cel mai eficient demers este acela al examinării faptei *in concreto*, prin prisma condițiilor clasice prevăzute pentru formele infracțiunii.

⁸⁶ C. Rotaru-Radu, *Participația în cazul infracțiunilor de corupție*, în „Caiete de Drept Penal”, nr. 3/2017, p. 15-16.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ *Ibidem*.

REFERENCES/BIBLIOGRAFIE

- Antoniou G.**, colectiv, *Codul Penal pe înțelesul tuturor*, Ed. Politică, București, 1970
- Barbu I.A.**, *Infrațiunea de luare de mită în noul Cod penal*, în „Studii de securitate publică”, vol. II, nr. 2 (6) / 2013.
- Basarab M., Pașca V.**, *Codul penal comentat. Vol.II*, Ed. Hamangiu, 2008
- Bogdan S.**, *Câteva considerații cu privire la infracțiunile de luare de mită și trafic de influență*, în „Studia Universitatis Babeș-Bolyai, Iurisprudentia”, XLI, 1-2, 1996
- Bogdan S.**, *Drept Penal. Partea Specială*, Ed. Universul Juridic, București, 2009
- Borlan I.**, *Problema reiterării actelor de executare specific infracțiunilor cu rezultat indivizibil. Unitate sau pluralitate de infracțiuni?*, în „Caiete de Drept Penal”, nr. 3/2013
- Caian G.**, *Conținutul constitutiv al infracțiunii de luare de mită*, în „Revista de științe juridice”, nr. 173, 2007.
- Cioclei V.**, *Drept Penal. Partea Specială II*, Ed. C.H. Beck, București, 2018
- Ciuncan D.**, *Corupție și politică, Cronică de jurisprudență penală*, Ed. Universul Juridic, București, 2014
- Dinuică D. și Guiu M.K.**, *Luarea de mită în Noul Cod penal*, în revista Universul Juridic, nr. 6 din iunie 2015
- Dobrinou V., et al.**, *Noul Cod penal comentat, ed. a III-a revăzută și adăugită*, Ed. Universul Juridic, București, 2016
- Dobrinou V., et al.**, *Noul Cod penal Comentat. ed. a II-a revăzută și adăugită*, Ed. Universul Juridic, București, 2014
- Dongoroz V.**, *Explicații Teoretice ale Codului penal român, Vol. IV, Partea Specială*, Ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1972
- Duvac C.**, *Luarea de mită în noul Cod penal*, revista Dreptul, nr. 4, 2013
- Fanu-Moca A.**, *Infrațiunile de corupție*, în „Analele Universității de Vest din Timisoara”, nr. 5, Timișoara, 2014.
- G. Diaconescu, C. Duvac**, *Tratat de drept penal. Partea specială*, Ed. C.H. Beck, București, 2009
- Glodeanu R.**, *Luarea și darea de mită*, ed. Hamangiu, București, 2009
- Mitrache C.**, *Drept penal român. Partea generală*, Ed. Universul Juridic, 2016
- Murea M.**, *Luarea de mită și primirea de foloase necuvenite – infracțiuni de corupție*, Ed. Wolters Kluwer România, București, 2009
- Pop Tr.**, *Drept Penal Comparat. Partea Generală*, vol. II, Ed. Institutul de arte grafice Ardealul, Cluj, 1923
- Rotaru-Radu C.**, *Participația în cazul infracțiunilor de corupție*, în „Caiete de Drept Penal”, nr. 3/2017
- Rotberg, R.I.**, *Failed States, Collapsed States, Weak States: Causes and Indicators*, Princeton University Press, SUA, 2014
- Streteanu F., Nițu D.**, *Drept Penal. Partea Generală*, vol. II, ed. Universul Juridic, București, 2018
- Streteanu F., Nițu D.**, *Drept Penal. Partea generală. Curs Universitar*, vol. I, Ed. Universul Juridic, București, 2014
- Udroiu M.**, *Drept Penal. Partea Specială*, ed. A 3-a, ed. C.H. Beck, București, 2016
- Ușvat C.F.**, *Infrațiunile de corupție în contextul reglementărilor europene*, ed. Universul Juridic, București, 2010

PARTICIPAȚIA IMPROPRIE. ANALIZA UNOR CAZURI PARTICULARE**IMPROPER PARTICIPATION. ANALYSIS OF PARTICULAR CASES****Dorel HERINEAN¹**

Avocat - Baroul București

ABSTRACT

The improper participation is an institution which was created in order to validate the theories that have been elaborated by the legal literature to stipulate for the cases where the classic forms of participation were insufficient.

This institution is a complex one and can lead to difficulties in its interpretation in concrete cases, the purpose of this article being to present, firstly, a few general considerations that sum up a part of the legal literature related to this matter, as well as to make a few observations in regard to the improper participation of the legal entities.

In the second part of this paper, we will analyse case law regarding improper participation of individuals and also contemplate on some hypothetical situations that could arise in practice.

Keywords: *improper participation, crimes, intent, fault, lack of guilt, abuse in office, intellectual forgery, false statements, public servant, lawyer, notary public, magistrate, legal entity, legal entities excepted from criminal liability.*

REZUMAT

Participația improprie este o instituție care a fost reglementată pentru a valida teoriile elaborate de doctrina cu scopul de a acoperi anumite situații care excedeau sferei de reglementare a formelor clasice de participație.

Această instituție este una complexă, care poate ridica dificultăți de interpretare și aplicare în situații concrete, scopul acestui articol fiind de a prezenta, mai întâi, câteva considerații generale, care sintetizează o bună parte din doctrina apărută cu privire la participația improprie, precum și de a învedera câteva aspecte relative la participația improprie în cazul persoanelor juridice.

În a doua parte a lucrării, vom analiza hotărâri judecătorești în care au fost aplicate dispozițiile cu privire la participația improprie și vom contempla asupra unor situații ipotetice care s-ar putea dovedi de utilitate practică.

Cuvinte-cheie: *participație improprie, infracțiuni, intenție, culpă, lipsă vinovăție, abuz în serviciu, fals intelectual, fals în declarații, funcționar public, avocat, notar, magistrat, persoană juridică, persoane juridice care nu răspund penal.*

¹ Autorul este avocat colaborator în cadrul ENACHE PIRTEA & ASOCIAȚII SPARL în București, România. Adresa de e-mail: herineandorel@yahoo.com / doru.herinean@enachepirtea.ro.

CUPRINS

I.	Introducere.....	66
II.	Comparație cu teoria autorului mediat.....	66
III.	Scurtă prezentare a modalităților participației impropriei	68
IV.	Considerente privind participația improprie în cazul persoanei juridice.....	69
V.	Analiza unor cazuri concrete de participație improprie.....	70
VI.	Concluzii.....	76

I. INTRODUCERE

Acest articol a pornit de la contemplarea unor situații de participație improprie întâlnite în practică și care nu au fost analizate *in extenso* în doctrină, participația improprie fiind în general prezentată într-o manieră didactică, prin referire la diverse infracțiuni contra persoanei sau a patrimoniului. Totuși, așa cum se poate observa în practică, participația improprie poate fi incidentă în cazul a numeroase infracțiuni din domeniul afacerilor sau din alte domenii caracterizate de incriminări complexe, care merită o analiză proprie.

Participația improprie a fost una dintre instituțiile create de-a lungul timpului, în diferite etape, pentru a acoperi lacunele sancționatorii și/sau argumentative regăsite în teoriile inițiale cu privire la participație, cum ar fi concepția unicității autorului sau teoriile obiectiv formale și materiale².

În doctrină, participația improprie a fost definită ca *acea formă a participației penale la care persoanele care săvârșesc cu voință comună o faptă prevăzută de legea penală nu acționează toate cu aceeași formă de vinovăție*³. Prin urmare, sunt avute în vedere situațiile în care unele persoane contribuie cu vinovăție (intenție sau culpă) la săvârșirea unor fapte de către persoane care acționează cu o altă formă de vinovăție (culpă) sau fără a avea vinovăție raportat la acțiunile lor.

Este important de menționat în această secțiune introductivă că participația improprie *lato sensu* se referă la orice combinație posibilă între formele de vinovăție, iar participația improprie *stricto sensu* se referă la cazurile participației improprie pe care legiuitorul a ales să le reglementeze în Codul Penal, în dreptul pozitiv. În continuare ne vom referi la participația improprie *lato sensu* (în Secțiunea a II-a) și la participația improprie *stricto sensu*, începând cu Secțiunea III.

II. COMPARAȚIE CU TEORIA AUTORULUI MEDIAT

Alternativa care a mai fost analizată și propusă în doctrina românească la participația improprie este reprezentată de teoria autorului mediat, care caracterizează sistemele de drept din numeroase state europene, dar nu a fost integrată de legiuitor în Noul Cod Penal, preferând păstrarea teoriei tradiționale a participației improprie⁴. Această teorie presupune faptul că o persoană ar putea comite o infracțiune prin utilizarea acțiunii unei alte persoane (care acționează din culpă sau fără vinovăție), aceasta din urmă fiind considerată, printr-o ficțiune a legii, ca un instrument utilizat în vederea realizării activității infracționale de către prima persoană

² Pentru o diferențiere din doctrina spaniolă între teoria obiectiv formală (*Teoria objetivo formal*), teoria obiectiv materială (*Teoria objetivo material*) și teoria dominației factuale (*Teoria del dominio del hecho*), a se vedea O.T. Gómez González, *Participacion criminal: analisis doctrinal y jurisprudencial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001, p. 53-64.

³ M. Basarab, *Drept penal. Partea generală*, vol. I, ediția a III-a, Ed. Lumina Lex, București, 2001, p. 279, *apud*. C. Mitrache, C. Mitrache, *Drept penal român. Partea Generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 378.

⁴ F. Streteanu, D. Nițu, *Drept Penal. Partea Generală*, vol. II, Ed. Universul Juridic, București, 2018, p. 253,

care, de fapt, deține controlul activității infracționale⁵. Tocmai de aceea, această teorie mai este denumită și *teoria autorului de la distanță* sau *teoria autorului de mână lungă (longa manus)*. O diferență esențială față de participația improprie este că teoria autorului mediat vine să fundamenteze în special răspunderea instigatorului (nu și a complicelui) care determină o persoană să săvârșească infracțiunea, fără ca aceasta din urmă să acționeze cu intenție/vinovă⁶.

Aceste teorii au fost analizate, în mod generic (fără a fi denumite astfel) și în doctrina de la începutul secolului trecut, profesorul Tanoviceanu incluzând în categoria autorilor pe cei care „*se servă de un iresponsabil ca de un instrument, de exemplu de un pumnal epilepticului pentru a ucide pe cineva*”⁷. Conform autorului citat, și în acea perioadă concepția majoritară era favorabilă participației improprie, printre condițiile complicității (*lato sensu, incluzând și instigarea*) aflându-se și „*să fie vorba de o infracțiune căci pedeapsa care se dă complicelui e o pedeapsă de împrumut*”⁸.

Mergând mai departe, așa cum se arată în doctrină, instituțiile bazate pe oricare dintre cele două teorii prezintă inconveniente, niciuna dintre acestea nefiind perfectă⁹. Participația improprie nu acoperă situația în care un terț determină o autolezare provocată de un autor¹⁰ sau situațiile în care autorul acționează într-o stare de legitimă apărare orchestrată de un terț¹¹. În doctrina veche s-a oferit un contraargument participației improprie tocmai în forma faptei de instigare la sinucidere, propunându-se ca *de lege ferenda* așa numitul complice (*instigator*, utilizând terminologia existentă astăzi) să fie considerat adevăratul făptuitor¹².

Printre criticile aduse teoriei autorului mediat se numără imposibilitatea funcționării acesteia în cazul infracțiunilor cu subiect activ special propriu, în măsura în care autorul mediat nu deține calitatea cerută de lege¹³. Un alt autor¹⁴ susține că un astfel de exemplu ar funcționa, însă că ar fi un inconvenient ca, de exemplu, cel care instigă un iresponsabil la comiterea unei infracțiuni de incest să răspundă în calitate de autor la această infracțiune chiar dacă nu este rudă cu cealaltă persoană implicată în incest.

Disensiunea dintre interpretările prezentate *supra* pleacă de la concepții diferite în ceea ce privește posibilitatea extinderii calității speciale a participanților asupra autorului infracțiunii. Astfel, unii autori susțin că nu vor putea fi imputate autorului calitățile speciale ale participanților, indiferent dacă aceștia le-au cunoscut sau nu, urmând ca aceste calități speciale să fie valorificate în cadrul individualizării judiciare (*e.g.*, gestionarul care instigă un terț la furtul din gestiune)¹⁵. Or, din exemplul oferit de celălalt autor, putem intui că în opinia

⁵ *Ibidem*.

⁶ O analiză efectuată într-o lucrare anterioară se pliază pe acest tip de construcție, respectiv cazul în care o persoană este șantajată de către o alta în vederea comiterii unei infracțiuni, cea de-a doua persoană acționând sub imperiul constrângerii morale, acțiunea acesteia nefiind imputabilă. Pentru mai multe detalii și pentru condițiile ca o astfel de construcție să poată fi reținută, a se vedea D. Herinean, Șantajul. Probleme punctuale, în „Penalmente Relevant”, nr. 2/2017, p. 17-20 - disponibil pe pagina <http://www.revista.penalmente.ro>. De asemenea, pentru un exemplu de practică judiciară în acest sens, în care s-a reținut că „*persoana vătămată a săvârșit faptele fără vinovăție, acționând ca urmare a constrângerii fizice și psihice exercitate de către inculpați, urmare directă a șantajului la care a fost supus*”, a se vedea Trib. Constanța, sent. pen. nr. 140 din 15.04.2015, disponibilă pe www.sintact.ro, chiar dacă soluția din apel a Curții de Apel Constanța a desființat sentința sub aspectul săvârșirii infracțiunilor care fuseseră reținute ca fiind comise în participația improprie. A se vedea C. Ap. Constanța, dec. pen. nr. 313 din 20.03.2017, disponibilă pe www.rolii.ro.

⁷ I. Tanoviceanu, *Curs de drept penal*, vol. II, ed. Atelierele grafice SOCEC & Co., Societate Anonima, București, 1912, editată de SC Universul Juridic SRL, ediție Anastatică 2018, p. 13. În această lucrare se analizează mai multe ipoteze concrete de aplicabilitate a participației improprie și/sau a teoriei autorului mediat.

⁸ *Idem*, p. 15.

⁹ F. Streteanu, D. Nițu, *op. cit.*, vol. II, p. 253.

¹⁰ *Ibidem*. Totuși, dispozițiile prezentului Cod Penal oferă o normă de incriminare care acoperă, parțial, această lacună, respectiv infracțiunea de Determinarea sau înlesnirea sinuciderii, reglementată de art. 191 C.pen., însă celelalte acțiuni care nu conduc la sinucidere nu vor putea fi, de regulă, sancționate.

¹¹ *Idem*, p. 253-254.

¹² I. Tanoviceanu, *op. cit.*, p. 15.

¹³ *Idem*, p. 253.

¹⁴ C. Mitrache, C. Mitrache, *op. cit.*, p. 380.

¹⁵ F. Streteanu, D. Nițu, *op. cit.*, vol. II, p. 270.

acestui ar fi posibilă răsfrângerea calităților speciale ale autorului mediat asupra autorului faptic.

Fără a intra mai mult în detalii cu privire la această posibilă dispută doctrinară, considerăm că soluția în cazul unei situații precum cea din exemplu oferit *supra* ar putea fi că, în cazul în care *de lege ferenda* ar fi adoptată teoria autorului mediat de către legiuitor, acesta să prevadă expres soluții cu privire la situațiile în care a) autorul mediat are calitatea specială cerută de lege, iar autorul material nu (de exemplu, administratorul care determină o persoană să sustragă bunuri din gestiune); b) autorul mediat nu are calitatea specială cerută de lege, aceasta însă fiind deținută de autorul material (de exemplu, persoana care determină un funcționar public să comită o infracțiune de abuz în serviciu)¹⁶.

De lege lata, având în vedere sistemul parificării pedepselor¹⁷ care presupune că autorul și participanții vor răspunde în aceleași limite de pedeapsă, ar fi de asemenea, utilă, reglementarea expresă a extinderii (sau nu) a calității speciale a subiectului activ asupra participanților, pentru a se oferi soluții constante în special în cazul participației impropriei.

III. SCURTĂ PREZENTARE A MODALITĂȚILOR PARTICIPAȚIEI IMPROPRII

În concepția actualului Cod Penal, *sedes materiae* fiind art. 52¹⁸, participația improprie poate lua următoarele forme: coautorat intenție-culpă, coautorat intenție-lipsă vinovăție, instigare intenție-culpă, instigare intenție-lipsă vinovăție, complicitate intenție-culpă, complicitate intenție-lipsă vinovăție.

Sintetizând, putem identifica două categorii majore: intenție-culpă și intenție-lipsă vinovăție. Întrucât aceste modalități sunt analizate în mod amplu în doctrină, ne vom rezuma doar la câteva considerente care să creeze premisele unei discuții mai aplicate în Secțiunile care urmează.

III.1. Modalitatea intenție-culpă

Aceasta constă în realizarea unor acțiuni specifice coautoratului, instigării sau complicității cu intenție de către o persoană, în timp ce coautorul/autorul acționează din culpă. Culpă poate fi rezultatul poziției subiective a acestuia sau poate fi cauzată de o eventuală stare de eroare în care se află persoana respectivă. Este important de precizat că, în opinia noastră, nu este relevant pentru prezenta instituție dacă este vorba de culpă cu prevedere sau culpă fără prevedere, nefiind impusă vreo distincție de către legiuitor din acest punct de vedere¹⁹.

Este important de menționat și faptul că reținerea unei participații improprie în această modalitate nu este influențată de incriminarea faptei și în modalitatea săvârșirii din culpă²⁰, relevantă fiind exclusiv tipicitatea, întrucât coautorul/instigatorul/complicele acționează cu intenție.

III.2. Modalitatea intenție-lipsă vinovăție

Participația improprie în această modalitate constă în realizarea unor acțiuni specifice coautoratului, instigării sau complicității cu intenție, fapta fiind săvârșită în mod nemijlocit (și) de o persoană care acționează fără vinovăție.

¹⁶ Această prevedere nu ar fi neapărat necesară, nefiind un subiect controversat în doctrină pe această temă. Totuși, în situația în care s-ar reglementa expres situația prezentată la punctul a), ar putea fi utilă și prevederea expresă a acestei soluții, pentru a evita orice fel de discuții sau interpretări neunitare.

¹⁷ Pentru mai multe detalii, a se vedea F. Streteanu, D. Nițu, *op. cit.*, vol. II, p. 262; C. Mitrache, C. Mitrache, *op. cit.*, p. 381.

¹⁸ „(1) Săvârșirea nemijlocită, cu intenție, de către o persoană a unei fapte prevăzute de legea penală la care, din culpă sau fără vinovăție, contribuie cu acte de executare o altă persoană se sancționează cu pedeapsa prevăzută de lege pentru fapta comisă cu intenție.

(2) Determinarea, înlesnirea sau ajutarea în orice mod, cu intenție, la săvârșirea din culpă de către o altă persoană a unei fapte prevăzute de legea penală se sancționează cu pedeapsa prevăzută de lege pentru fapta comisă cu intenție.

(3) Determinarea, înlesnirea sau ajutarea în orice mod, cu intenție, la săvârșirea unei fapte prevăzute de legea penală, de către o persoană care comite acea faptă fără vinovăție, se sancționează cu pedeapsa prevăzută de lege pentru acea infracțiune.

(4) Dispozițiile art. 50 și art. 51 se aplică în mod corespunzător.”

¹⁹ Pentru o analiză mai detaliată și prezentarea opiniilor doctrinare, a se vedea D. Moroșan, *Participația improprie. Aspecte generale, modalități, chestiuni problematice*, în „Caiete de drept penal”, nr. 1/2015, p. 94 și urm.

²⁰ C. Mitrache, C. Mitrache, *op. cit.*, p. 329.

Deși denumirea ar putea crea anumite confuzii raportat la definiția infracțiunii (*fapta prevăzută de legea penală, săvârșită cu vinovăție, antijuridică și imputabilă*), această modalitate se referă la situațiile în care sunt incidente cauzele de imputabilitate care conduc la înlăturarea vinovăției persoanei (minoritatea, intoxicația, constrângerea fizică, constrângerea morală, eroarea, cazul fortuit), evident, în cazurile în care sunt îndeplinite condițiile impuse de lege²¹.

IV. CONSIDERENTE PRIVIND PARTICIPAȚIA IMPROPRIE ÎN CAZUL PERSOANEI JURIDICE

Având în vedere că răspunderea penală a persoanei juridice este deja absorbită de sistemul legal actual, ulterior introducerii acesteia prin Legea nr. 276/2006, vom prezenta câteva considerații cu privire la aplicabilitatea instituției participației improprie în cazul persoanelor juridice.

Mai întâi, se impune precizarea că persoana juridică răspunde, în temeiul art. 135 alin. (1) C. pen., pentru infracțiunile săvârșite în realizarea obiectului de activitate, în interesul sau în numele acesteia. Conform alin. (3) al aceluiași articol, *Răspunderea penală a persoanei juridice nu exclude răspunderea penală a persoanei fizice care a contribuit la săvârșirea aceleiași fapte*. Așa cum se arată într-o lucrare de specialitate, cumulul dintre răspunderea penală a persoanei juridice și a persoanei fizice implicate nu conduce, *eo ipso*, la reținerea unei participații între aceste persoane²², trebuind analizate *in concreto* condițiile participației penale pentru ca aceasta să poată fi reținută.

În același sens, răspunderea penală a persoanei juridice fiind generală, persoana juridică putând răspunde pentru orice infracțiune în condițiile arătate anterior, este evident și faptul că persoanele juridice vor putea comite infracțiuni caracterizate de o pluralitate de făptuitori (fără a exclude pluralitatea naturală sau constituită), inclusiv în forma participației improprie.

Fără a intra în detalii cu privire la generalitățile caracteristice angajării răspunderii penale a persoanei juridice care nu fac obiectul prezentei lucrări, vom aminti doar că răspunderea penală a persoanei juridice este personală însă implică, întotdeauna, acțiunea unor persoane fizice care acționează *pentru* aceasta. În viziunea actualului Cod Penal, orice persoană (fie ea reprezentant, membru în organele de conducere, angajat, prepus, terț contractant) care acționează pentru persoana juridică poate antrena răspunderea persoanei acesteia²³, cu îndeplinirea celorlalte condiții legale și independent de răspunderea persoanei fizice implicate.

Așadar, ținând cont și de principiul caracterului personal al răspunderii penale²⁴, răspunderea persoanei fizice implicate se analizează independent de răspunderea persoanei juridice, putându-se ajunge la situații în care persoana juridică să răspundă, iar persoana fizică nu. Mai mult, se poate ajunge la această situație chiar existând o legătură subiectivă între persoana juridică și persoana fizică implicată, acesta putând fi, astfel, un caz de participație improprie într-una din formele în care este reglementată.

Prin urmare, persoana juridică va putea răspunde în forma coautoratului impropriu (alături de o altă persoană juridică sau de o persoană fizică), precum și ca instigator/complice impropriu la faptele unor alte persoane juridice sau fizice. Ne vom raporta, în cele ce urmează, la anumite situații concrete și în ceea ce privește participația improprie a persoanei juridice.

²¹ Pentru o analiză *in extenso* cu privire la toate aceste cazuri, a se vedea D. Moroșan, *op. cit.*, p. 99 și urm.

²² F. Streteanu, R. Chiriță, *Răspunderea penală a persoanei juridice*, Ediția 2, Ed. C. H. Beck, București, 2007, p. 404 și urm.; A.-R. Ilie, *Angajarea răspunderii penale a persoanei juridice*, Ed. C. H. Beck, București, 2011, p. 141.

²³ A.-R. Ilie, *op. cit.*, p. 135.

²⁴ Pentru mai multe detalii, a se vedea F. Streteanu, D. Nițu, *Drept Penal. Partea Generală*, vol. I, ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 56 și urm.

V. ANALIZA UNOR CAZURI CONCRETE DE PARTICIPAȚIE IMPROPRIE

În această Secțiune vom prezenta, pornind de la exemple întâlnite în practica judiciară, mai multe infracțiuni (grupate, totuși, în funcție de anumite calități personale ale participanților) care pot fi săvârșite în una din modalitățile prevăzute de lege ca participație improprie.

V.1. Participația improprie care implică o persoană juridică dintre cele exceptate la art. 135 alin. (1) C. pen.

Această secțiune va include o analiză teoretică a posibilității de a instiga una dintre persoanele juridice cu privire la care art. 135 alin. (1) C. pen. stabilește că nu răspund penal. Fără a intra în prea multe detalii, *de lege lata* nu răspund penal statul, autoritățile publice și instituțiile publice atunci când se află în exercitarea unei activități ce nu poate face obiectul domeniului privat²⁵.

Întrebarea căreia vom încerca să oferim un răspuns este următoarea: este posibil ca aceste persoane juridice să constituie *autorul material* fără vinovăție al unei infracțiuni săvârșite de către o altă persoană în participație improprie?

Pentru a răspunde la această întrebare, trebuie pornit de la modalitatea în care este reglementată participația improprie în actualul C. pen. Se observă că participația improprie se referă la o lipsă a elementului subiectiv al infracțiunii, respectiv a vinovăției (sau a culpei, după caz, însă în situația concretă analizată ne interesează lipsa de vinovăție - fiind evident că nu poate fi reținută vreo culpă acestor categorii de persoane juridice care nu răspund din punct de vedere penal).

În concepția actualului C. pen., conform art. 15 alin. (1), infracțiunea reprezintă *fapta prevăzută de legea penală, săvârșită cu vinovăție, nejustificată și imputabilă persoanei care a săvârșit-o*. Pornind de la această definiție, au fost deduse trăsăturile infracțiunii: tipicitatea, vinovăția, caracterul nejustificat și imputabilitatea²⁶.

Pentru a putea continua cu prezenta analiză este important să facem câteva clarificări terminologice: așa cum se arată în doctrină, există o diferență între *vinovăție* ca și trăsătură a infracțiunii (care se referă la elementul subiectiv care caracterizează acțiunea autorului - intenție, culpă, praeterintenție²⁷) și elementul general de vinovăție, reprezentat de *imputabilitate* ca trăsătură a infracțiunii, aceasta fiind definită ca *un reproș social fondat pe ideea că autorul a acționat altfel decât i-ar fi cerut-o ordinea juridică*²⁸.

Vinovăția, a doua trăsătură a infracțiunii, privită ca elementul subiectiv prevăzut de norma de incriminare, poate exista sub forma intenției, culpei sau praeterintenției și se analizează în raport de forma de vinovăție cerută de norma de incriminare. Totuși, elementul de *lipsă vinovăție* din cuprinsul art. 52 C. pen. nu poate să se refere la vinovăție ca element subiectiv, ci la elementul general de vinovăție care se stabilește prin filtrul imputabilității, mai exact a cauzelor de neimputabilitate. Așadar, astfel cum se observă în cele mai multe exemple din doctrină și din practică, lipsa de vinovăție din structura unei participații improprie este rezultatul incidenței unei cauze de neimputabilitate, astfel cum sunt reglementate acestea la art. 23-31 C. pen.²⁹.

Prin urmare, *e. g.*, săvârșirea unei fapte de către o persoană majoră împreună cu un minor cu vârsta sub 14 ani va fi în forma participației improprie, minorul cu vârsta sub 14 ani neputând răspunde penal conform dispozițiilor art. 113 alin. (1) C. pen..

Dispoziția de la art. 113 C. pen. este asemănătoare celei de la art. 135 alin. (1) C. pen., cea care stabilește

²⁵ A. R. Ilie, *op. cit.*, p. 97-98.

²⁶ F. Streteanu, D. Nițu, *op. cit.*, vol. I, p. 253 și urm.

²⁷ *Idem*, p. 410.

²⁸ *Ibidem*. Pentru mai multe detalii cu privire la aceste distincții și diferitele concepte asupra infracțiunii, a se consulta lucrarea citată.

²⁹ În același sens, D. Moroșan, *op. cit.*, p. 98-99.

persoanele juridice care nu răspund penal. Ținând cont că atât în doctrină cât și în practică există nenumărate exemple în care un minor este autor/coautor fără vinovăție în cadrul unei fapte comise în participație improprie, am putea deduce că, *mutatis mutandis*, și persoanele juridice exceptate de art. 135 alin. (1) C. pen. ar putea apărea în această calitate.

Totuși, în cazul minorilor, dispozițiile art. 113 C. pen. se completează cu cele ale art. 27 C. pen. care reglementează *Minoritatea* ca o cauză de neimputabilitate, stabilind că „*Nu este imputabilă fapta prevăzută de legea penală săvârșită de un minor, care la data comiterii acesteia nu îndeplinea condițiile legale pentru a răspunde penal*”. Coroborând cele două dispoziții, rezultă că *de lege lata* lipsa de răspundere a minorilor se va analiza ca o cauză de neimputabilitate.

Se observă așadar o diferență majoră între situația minorilor și situația persoanelor juridice exceptate de art. 135 alin. (1) C. pen., în cazul celor din urmă neexistând o dispoziție similară care să califice imposibilitatea acestora de a răspunde penal ca o cauză de neimputabilitate și, astfel, să poată conduce la săvârșirea unei fapte *fără vinovăție*.

Pentru rezolvarea acestei dileme, vom recurge la noțiunea de *capacitate penală*, despre care un autor italian susține că nu este îndeplinită în cazul persoanelor fără discernământ și al celor care se bucură de imunitate de jurisdicție absolută³⁰. Întrucât C. pen. reglementează minoritatea și iresponsabilitatea în rândul cauzelor de neimputabilitate, această concepție nu poate fi adoptată în totalitate, însă poate fi adaptată tocmai în cazul persoanelor juridice care nu răspund penal: statul, autoritățile publice și instituțiile publice atunci când se află în exercitarea unei activități ce nu poate face obiectul domeniului privat.

În opinia noastră, fără a lungi în mod excesiv prezenta expunere, această *capacitate penală* ar putea fi încadrată în definiția legală a infracțiunii în cadrul tipicității, mai exact ca o condiție preliminară în analiza subiectului activ³¹.

Or, ținând cont de faptul că verificarea îndeplinirii condițiilor infracțiunii se face în ordinea prevăzută la art. 15 C. pen., în cazul persoanelor juridice care nu răspund penal analiza caracterului infracțional al unei fapte se va opri tocmai în prima etapă, cea a tipicității. Prin comparație, în cazul minorității vom analiza toate trăsăturile infracțiunii, inclusiv imputabilitatea, doar incidența cauzei de neimputabilitate conducând la *lipsa de vinovăție*.

Așadar, conform celor prezentate *supra*, fapta unei persoane dintre cele exceptate de art. 135 alin. (1) C. pen. nu va constitui infracțiune întrucât nu sunt îndeplinite elementele de tipicitate ale infracțiunii, respectiv cerințele privitoare la subiectul activ. Or, o condiție *sine qua non* a participației improprie este tocmai existența unei fapte prevăzute de legea penală săvârșită de către o persoană. Prin urmare, în opinia noastră, persoanele juridice care nu răspund penal în temeiul art. 135 alin. (1) și (2) C. pen. nu vor putea fi considerate persoanele care acționează fără vinovăție din cadrul unei fapte comise în participație improprie³².

V.2. Participația improprie care implică un notar sau avocat

O varietate importantă de infracțiuni care sunt, în practică, comise în forma participației improprie pot fi săvârșite prin *utilizarea* unor persoane care ocupă o funcție sau exercită o profesie care le interzice realizării scopului dorit de către instigator³³.

³⁰ A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè Editore, Milano, 2000, p. 168 și urm. *apud* F. Streteanu, D. Nițu, *op. cit.*, vol. I, p. 273.

³¹ Aceasta fiind și secțiunea în care autorul citat anterior a analizat această noțiune. A se vedea F. Streteanu, D. Nițu, *op. cit.*, vol. I, p. 273.

³² În mod evident, nu vor putea fi nici persoanele care acționează cu vinovăție, din motive lesne de înțeles, însă am păstrat formularea în acest mod pentru a coincide cu ipoteza de la care s-a pornit.

³³ Vorbim în special despre instigator, întrucât în practică majoritatea acestor fapte sunt comise în forma instigării improprie.

Astfel, deseori în practică, infracțiuni precum falsul intelectual sau falsul în înscrisuri sub semnătură privată sunt comise în forma participației improprie, persoana care acționează, de regulă, fără vinovăție fiind un notar sau avocat. Este important de remarcat faptul că și în situația în care în sarcina notarului sau avocatului s-ar reține o culpă, infracțiunea ar rămâne în forma participației improprie, infracțiunile de fals nefiind incriminate și în forma din culpă.

De exemplu, Înalta Curte de Casație și Justiție a stabilit că fapta unei persoane de a declara în fața unui notar că ar fi singurul proprietar al unor terenuri pe care le înstrăinează (aspect neconform cu realitatea), urmată de întocmirea de către notar a unui înscris în care se consemnează acest aspect, reprezintă instigare în forma participației improprie la infracțiunea de fals intelectual³⁴. De asemenea, fapta unor persoane de a prezenta unui notar public, cu bună știință, ca act de proprietate, un înscris care fusese anterior anulat printr-o hotărâre definitivă a unei instanțe, în vederea dovedirii dreptului de proprietate în procedura de înstrăinare a acestuia, constituie infracțiunea de fals în declarații și participație improprie la fals intelectual³⁵.

Așa cum s-a observat și în speța precedentă, de cele mai multe ori, instigarea unui notar la comiterea unui fals intelectual va fi reținută în concurs cu infracțiunea de fals în declarații³⁶, notarul fiind una dintre persoanele prevăzute la art. 175 C. pen. astfel cum solicită norma de incriminare pentru această infracțiune.

Într-o speță judecată sub imperiul Codului Penal anterior, prima instanță a achitat inculpații care se prezentaseră la notar în vederea autentificării unei declarații a acestora cum că posedau permise de conducere emise de către Ungaria, care însă erau falsificate, motivând că „În ceea ce privește această acuzație, Judecătoria Brașov și-a întemeiat soluția de achitare pe considerentul că notarul public nu are obligația de a verifica autenticitatea celor declarate de persoanele care se prezintă în fața lui, iar ceea ce s-a atestat prin declarațiile depuse, nu este autenticitatea permisului prezentat, cum în mod eronat s-a reținut prin actul de sesizare a instanței, ci faptul că s-au prezentat inculpații și a menționat cele relatate în cuprinsul actului autentic, împrejurare care corespunde adevărului. Prin urmare nu suntem în prezența unui fals în înscrisuri oficiale, ci numai a unei infracțiuni de fals în declarații săvârșită de cei doi inculpați.”³⁷ Totuși, Curtea de Apel Brașov a admis apelul declarat de Parchet și a casat soluția în parte, dispunând condamnarea inculpaților și pentru săvârșirea infracțiunii de instigare improprie la fals intelectual³⁸, întemeindu-și soluția pe Decizia penală nr. 541 din 17.02.2009 a ICCJ³⁹. Așadar, în soluția primei instanțe se observă o reticență a acesteia în a reține fapta săvârșită în forma participației improprie, reticență însă cenzurată în mod corect de către instanța de apel.

În privința avocaților, practica judiciară a arătat numeroase exemple în care aceștia au fost persoanele fără vinovăție din structura unei participații improprie, în situații precum prezentarea în cadrul unui proces de divorț, conform informațiilor oferite de inculpat (clientul), a unei alte adrese a soției acestuia în vederea citării, cu consecința considerării ca îndeplinite a procedurii de citare, chiar dacă citația nu a ajuns niciodată la destinatar⁴⁰.

³⁴ ICCJ, secția penală, dec. pen. nr. 541/2009, în „Revista de drept penal”, nr. 1/2010, p. 151 *apud*. V. Dobrinou, colectiv, *Noul Cod Penal comentat*. Ediția a II-a, București, 2016; comentariul aferent art. 52; disponibilă pe www.sintact.ro.

³⁵ Jud. Fălticeni, sent. pen. nr. 7 din 23.01.2015, disponibilă pe www.sintact.ro.

³⁶ Conform art. 325 CP, *Declararea necorespunzătoare a adevărului, făcută unei persoane dintre cele prevăzute în art. 175 sau unei unități în care aceasta își desfășoară activitatea în vederea producerii unei consecințe juridice, pentru sine sau pentru altul, atunci când, potrivit legii ori împrejurărilor, declarația făcută servește la producerea acelei consecințe, se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la 2 ani sau cu amendă.*

³⁷ Jud. Brașov, sent. pen. nr. 604 din 10.03.2011, disponibilă pe www.sintact.ro, casată de C. Ap. Brașov, dec. pen. nr. 1124 din 23.12.2011, disponibilă pe www.sintact.ro.

³⁸ C. Ap. Brașov, dec. pen. nr. 1124 din 23.12.2011, disponibilă pe www.sintact.ro.

³⁹ În această speță, inculpatul fusese condamnat pentru fals privind identitatea, fals în declarații și instigare improprie la fals intelectual întrucât susținuse că ar fi tatăl său în fața notarului și a acceptat o moștenire ca unic moștenitor în această calitate, determinându-l totodată pe notar să elibereze actul notarial în care se atestau împrejurări necorespunzătoare adevărului.

⁴⁰ Jud. Segarcea, sent. pen. nr. 46 din 16.03.2016 (definitivă prin neapelare), disponibilă pe www.sintact.ro. Inculpatul a fost

Raportat la posibilitatea ca avocatul să fie acuzat de aceleași fapte, instanța a reținut că „Încercarea inculpatului MV de a se disculpa, încercând să transfere răspunderea penală avocatului este apreciază ca neîntemeiată, atât prin prisma clauzelor contractuale privind *asistența juridică, asumându-și exactitatea și sinceritatea informațiilor pe care le-a furnizat avocatului, demersurile acestuia fiind conforme informațiilor pe care le-a oferit.*”⁴¹ Așadar, în cazul în care clientul prezintă avocatului informații nereale cu privire la starea de fapt (pe care avocatul nu are obligația să le verifice, în anumite cazuri fiind chiar absurd să fie obligat să le verifice), avocatul se va putea prevala de dispozițiile privind eroarea de fapt în care a fost indus de către client.

Pentru analiza posibilității ca un magistrat să comită o infracțiune în forma participației improprie, respectiv să fie persoana care acționează din culpă sau fără vinovăție, ne vom referi evident la situațiile în care faptele prevăzute de legea penală ar fi comise în exercitarea funcției de către aceștia.

Mai întâi, în privința infracțiunilor contra justiției care presupun o calitate specială printre care se poate afla și cea de magistrat (cercetarea abuzivă, supunerea la rele tratamente, represiunea nedreaptă⁴²), observăm că, cel puțin raportat la posibilitatea de a provoca săvârșirea acestor infracțiuni prin crearea unei stări de eroare, legiuitorul a incriminat o infracțiune obstacol (pentru anumite forme ale infracțiunilor, de exemplu pentru represiunea nedreaptă), respectiv fapta prevăzută la art. 268 C. pen., *Inducerea în eroare a organelor judiciare*. Totuși, această infracțiune va putea fi reținută în concurs cu o eventuală instigare improprie la una din faptele amintite anterior, dacă ar fi îndeplinite toate condițiile de tipicitate și condițiile participației improprie.

O altă problemă ar fi dacă este posibil ca o persoană să instige un magistrat la oferirea unei soluții într-o anumită speță cu încălcarea legii, faptă care ar putea fi încadrată ca abuz în serviciu.

De exemplu, Curtea de Apel Craiova a reținut că „în raport de *situația de fapt reținută conform probatoriilor administrate în cauză în cursul urmăririi penale, Curtea constată că, în drept, fapta inculpaților [...] de a determina completul de judecată [...] de a proceda la judecarea și adoptarea unei soluții nelegale și netemeinicie, întrunește elementele constitutive ale infracțiunii de participație improprie la abuz în serviciu*”⁴³. De asemenea, instanța a mai reținut că „*inculpații [...] au determinat prin documente false și mijloace frauduloase instanța de judecată ca fără vinovăție să ia în considerare chitanța falsă pe care să o considere antecontract de vânzare-cumpărare*”. Fără a critica soluția pe fond, nu putem să nu remarcăm faptul că al doilea paragraf conține, în opinia noastră, o eroare de motivare, neputându-se considera că inculpații au determinat *instanța de judecată*, ci eventual *judecătorii, membrii completului de judecată* la comiterea infracțiunii de serviciu, pentru argumentele prezentate în subsecțiunea anterioară (V.I.).

Se observă așadar că în practică este acceptată teza conform căreia un judecător (sau un complet de judecată) poate fi instigat impropriu la săvârșirea unei infracțiuni de abuz în serviciu. Această problemă este extrem de controversată și suscită numeroase discuții raportat la posibilitatea efectivă ca un judecător să comită infracțiunea de abuz în serviciu, motiv pentru care nu vom intra într-o analiză mai amănunțită la acest moment.

V.3. Participația improprie în cazul unor infracțiuni din domeniul afacerilor

Pentru sfera afacerilor, infracțiunile caracteristice sunt cele economice, cele de serviciu sau cele reglementate de Legea nr. 31/1990. Un exemplu edificator din practica judiciară a fost condamnarea inculpatului pentru

condamnat pentru săvârșirea infracțiunilor de instigare improprie la fals intelectual și instigare improprie la abuz în serviciu contra intereselor persoanei.

⁴¹ Jud. Segarcea, sent. pen. nr. 46 din 16.03.2016 (definitivă prin neapelare) disponibilă pe www.sintact.ro.

⁴² Nu ne vom referi la tortură, fiind puțin probabil ca o faptă tipică de tortură să poată fi comisă din culpă sau fără vinovăție.

⁴³ C. Ap. Craiova, sent. pen. nr. 273 din 21.12.2018 (definitivă prin neapelare, conform informațiilor publice), disponibilă pe www.sintact.ro. Deși instanța a reținut situația de fapt astfel cum a fost prezentată, aceasta a dispus schimbarea încadrării juridice prin aplicarea legii penale mai favorabile ca fiind Codul Penal anterior și a dispus încetarea procesului penal pentru faptele comise de către inculpați întrucât a intervenit prescripția răspunderii penale.

comiterea, în participație improprie, a faptelor de folosirea creditului societății în interes contrar acesteia și de evaziune fiscală, constând în aceea că ar fi determinat administratorul unei societăți să folosească, fără vinovăție, în interesul inculpatului o sumă de bani din fondurile societății, precum și de a-l determina pe acesta să nu verse contribuțiile cu reținere la sursă care au fost reținute în termen de 30 de zile de la data scadenței, deși societățile au avut încasări suficiente pentru plata acestora⁴⁴. Interesantă este modalitatea în care s-a reținut că inculpatul a comis faptele în participație improprie, respectiv prin șantajarea persoanei vătămate să îi ofere sume de bani, presiunile exercitate de acesta fiind atât de puternice încât persoana vătămată a fost nevoită să comită, fără vinovăție, aceste infracțiuni pentru obținerea fondurilor respective.

Totuși, Curtea de Apel Constanța a admis apelul formulat în cauză și a dispus achitarea inculpatului cu privire la săvârșirea în participație improprie a infracțiunilor de folosire abuzivă a creditului societății (în temeiul art. 16 alin. (1) lit. a C. proc. pen, întrucât *fapta nu există*) și de nevărsare a contribuțiilor cu reținere la sursă (această faptă fiind dezincriminată ulterior pronunțării sentinței)⁴⁵.

Într-o altă cauză, inculpatul a fost condamnat pentru săvârșirea în participație improprie a infracțiunilor de delapidare, evaziune fiscală și spălare de bani, întrucât, fără a deține vreo calitate în societățile vizate, a determinat și a înlesnit activitatea administratorilor acestor societăți (despre care se susține că au acționat fără vinovăție, nefiind trimiși în judecată) de a retrage în mod ilegal bani din conturile bancare ale societății, utilizând diverse pretexte (plată salarii, cheltuieli curente) și de a nu înregistra unele sume de bani primite de la diverși clienți, toate aceste sume de bani fiind ulterior acordate în mod simulat sub formă de împrumut acelorași societăți și ulterior reintrând în posesia acestora⁴⁶.

V.4. Participația improprie care implică un funcționar public

O infracțiune recurentă în practica judiciară este cea de instigare improprie la abuz în serviciu, care de multe ori se regăsește în concurs cu infracțiunea de fals intelectual (tot în forma participației improprie), fiind uneori dublată de o infracțiune de fals în înscrisuri sub semnătură privată.

Un exemplu edificator este dat într-o speță (în care instanța a fost sesizată cu un acord de recunoaștere a vinovăției) cu privire la infracțiunile de instigare improprie la abuz în serviciu contra intereselor persoanei și fals intelectual, constând în aceea că un membru al unei Comisii de recepție din cadrul Primăriei a semnat un proces-verbal de recepție în care se consemnau aspecte nereale privind executarea conformă a unor lucrări, determinându-se astfel plata nejustificată a unei sume de bani de către Ordonatorul de credite⁴⁷.

Speța prezentată anterior se încadrează pe construcția clasică a acestor fapte: o persoană interesată depune anumite documente false în vederea obținerii unor beneficii, determinând o altă persoană (care acționează din culpă sau fără vinovăție) să își încalce atribuțiile de serviciu, cauzându-se un prejudiciu drepturilor sau intereselor legitime ale altor persoane. În mod evident, există și situații în care funcționarii acționează cu intenție și în care nu vom fi în cazul unei participații improprie, fiind vorba de o participație în forma clasică.

Într-o altă speță, prima instanță a condamnat pentru instigare improprie la abuz în serviciu persoana care a determinat un funcționar din cadrul Primăriei să îi elibereze un Certificat de atestare fiscală pe numele altei persoane în vederea vânzării unui imobil, fără a depune odată cu cererea o împuternicire în acest sens, instanța condamnând totodată funcționara din Primărie pentru comiterea infracțiunii de neglijență în serviciu⁴⁸. Dincolo de stabilirea corectă a încadrării faptelor ținând cont de poziția subiectivă a solicitantului și

⁴⁴ Trib. Constanța, sent. pen. nr. 140 din 15.04.2015 disponibilă pe www.sintact.ro, casată în parte de C. Ap. Constanța, dec. pen. nr. 313 din 20.03.2017, disponibilă pe www.rolii.ro.

⁴⁵ C. Ap. Constanța, dec. pen. nr. 313 din 20.03.2017, disponibilă pe www.rolii.ro.

⁴⁶ C. Ap. Ploiești, dec. pen. nr. 695 din 26.06.2015, disponibilă pe www.sintact.ro.

⁴⁷ Trib. Mureș, sent. pen. nr. 84 din 13.06.2018 (definitivă prin neapelare), disponibilă pe www.sintact.ro.

⁴⁸ Jud. Roman, sent. pen. nr. 429 din 13.10.2017, schimbată în apel prin dec. pen. nr. 1175 din 17.10.2018 a C. Ap. Bacău,

a funcționării (care, conform probelor administrate la dosar, nu a verificat dosarul deși avea obligația să verifice fiecare document, conduita acesteia fiind considerată culpabilă), instanța de apel a casat hotărârea și a dispus achitarea acestora, neputându-se identifica un prejudiciu cauzat vreunei persoane din obținerea respectivelor Certificate, inculpatul fiind împuternicit de către proprietari pentru vânzarea bunurilor respective, prejudiciul fiind însă un element constitutiv al infracțiunii de abuz în serviciu⁴⁹.

Într-o altă cauză⁵⁰ inculpatul a fost condamnat pentru săvârșire a trei infracțiuni concurente (înșelăciune, fals în declarații, uz de fals), toate în forma participației improprie, întrucât și-a determinat părinții să semneze (fără să citească) declarații prin care aceștia susțineau îndeplinirea unor condiții necesare acordării unor indemnizații lunare speciale, afirmații contrare adevărului, precum și pe încă o altă persoană pentru a declara, ca martor, că părinții săi îndeplineau condițiile (deși nici măcar nu îi cunoștea), declarații care au fost depuse la Casa Județeană de Pensii în scopul obținerii indemnizațiilor, indemnizațiile fiind și obținute pentru o anumită perioadă de timp. Cu privire la părinții inculpatului s-a arătat că aceștia s-au aflat în eroare culpabilă, însă faptele săvârșite nu erau incriminate și pentru forma săvârșirii din culpă, astfel încât au fost achitați.

O speță care se remarcă prin reținerea participației improprie în forma instigării a fost soluționată de instanță prin condamnarea ambilor inculpați în această formă, motivarea fiind că „*ambii inculpați au săvârșit acte materiale specifice infracțiunii de participație improprie la fals în declarații, în sensul că ambii inculpați au instigat (determinat) pe reprezentanții Y SRL să prezinte organelor de poliție aspecte neconforme cu realitatea, aceștia din urmă acționând fără vinovăție deoarece s-au aflat în eroare de fapt, ce reprezintă o cauză de neimputabilitate și care a fost provocată chiar de faptele comise de inculpați. Astfel, inculpatul AB a săvârșit acte de instigare mediată, indirectă (acea instigare săvârșită prin intermediul altei persoane) determinând pe inculpatul CD să determine, la rândul său, pe reprezentanții firmei Y să facă declarații mincinoase, acesta din urmă săvârșind acte de instigare directă, imediată, prin depunerea documentelor personale în sediul societății, precum și prin afirmațiile făcute verbal în incinta firmei, conform cărora documentele au fost necesare pentru organele de poliție*”⁵¹.

Se observă așadar că instanța a admis posibilitatea instigării improprie mediate⁵². Or, în mod clar din motivarea instanței (chiar și exclusiv din extrasul citat *supra*) ca între AB și CD a existat o legătură subiectivă raportată la săvârșirea faptelor, acțiunile ambilor fiind caracterizate de intenție. Prin urmare, putem trage concluzia că în speța analizată există o participație penală în formă clasică (între AB și CD) cu privire la o faptă comisă în participație improprie (între aceștia și persoanele care au acționat fără vinovăție). Se impune precizarea că, astfel cum a reținut și instanța, nu poate fi vorba de o instigare în forma clasică în cazul vreunui din AB sau CD deoarece faptele ambilor se raportează la faptele autorilor, care au acționat fără vinovăție, fiind astfel incidente dispozițiile care reglementează participația improprie⁵³.

De asemenea, ținând cont că și funcționarii bancari sunt considerați funcționari publici în urma Deciziei în recursul legii nr. 7/2017, vom include în această categorie și numeroasele exemple din practică în care au fost obținute credite sau alte avantaje pe baza unor documente false (adeverințe salariale, titluri de proprietate, contracte ș.a.), prin utilizarea a diverse persoane (angajați, funcționari ai băncii⁵⁴, soție⁵⁵, persoane fără adăpost), cu participația improprie a acestora.

O soluție cu care nu putem fi de acord a fost pronunțată de Judecătoria Oradea și confirmată de Curtea

ambele disponibile pe www.sintact.ro.

⁴⁹ C. Ap. Bacău, dec. pen. nr. 1175 din 17.10.2018, disponibilă pe www.sintact.ro.

⁵⁰ C. Ap. Cluj, dec. pen. nr. 1177 din 08.10.2018, disponibilă pe www.sintact.ro.

⁵¹ Trib. Gorj, sent. pen. nr. 123 din 23.06.2017 (definitivă prin neapelare) disponibilă pe www.sintact.ro.

⁵² Pentru o analiză mai extinsă cu privire la *instigarea mediată* (instigarea la instigare) și soluțiile în aceste cazuri, a se vedea F. Streteanu, D. Nițu, *op. cit.*, vol. II, p. 230.

⁵³ Trib. Gorj, sent. pen. nr. 123 din 23.06.2017 (definitivă prin neapelare), disponibilă pe www.sintact.ro.

⁵⁴ C. Ap. Alba Iulia, dec. pen. nr. 534 din 13.06.2017, disponibilă pe www.sintact.ro.

⁵⁵ C. Ap. Oradea, dec. pen. nr. 598 din 13.12.2018, disponibilă pe www.sintact.ro.

de Apel Oradea prin respingerea apelului, soluție prin care o persoană a fost condamnată pentru participare improprie la neglijență în serviciu, constând în aceea că „a determinat pe casiera M care a generat din calculator cererea de lichidare și ordinul de plată, pe care le-a semnat și ștampilat, în calitate de casier, și prin îndeplinirea defectuoasă a atribuțiilor de serviciu, i-a înmănat acestuia înscrisurile menționate, spre a fi semnate de titularului depozitului, așa cum pretindea inculpatul, în afara incintei băncii, în absența sa și fără să verifice personal consimțământul titularului, faptă care întrunește elementele constitutive ale infracțiunii de participare improprie la infracțiunea de neglijență în serviciu”⁵⁶. Această soluție este greșită întrucât de esența participăției improprie este determinarea, înlesnirea sau ajutarea în orice mod cu intenție la săvârșirea unei fapte din culpă sau vinovăție. Astfel, chiar dacă fapta autorului va fi reținută în mod distinct din culpă (lucru care, în mod bizar, nu s-a întâmplat nici în speța citată, casiera nefiind parte în procesul penal), cel care săvârșește fapta în forma participăției improprie va răspunde întotdeauna pentru o infracțiune intenționată, astfel cum am mai arătat și *supra*.

O altă categorie de infracțiuni foarte întâlnită în practică în forma participăției improprie este reprezentată de infracțiunile silvice, astfel cum sunt reglementate de Legea nr. 46/2008. De exemplu, într-o speță unui inculpat au fost condamnați, printre altele, pentru instigare la abuz în serviciu și instigare improprie la infracțiunea de tăiere fără drept de arbori, întrucât au determinat anumiți funcționari - organe silvice - să constituie în mod abuziv un dosar în cadrul căruia a fost organizată în mod nelegal o partidă de marcarea arbori, marcarea fiind realizată fără drept întrucât societatea pe care o reprezentau, care solicitase tăierile respective, nu era proprietara terenurilor astfel cum a pretins⁵⁷.

VI. CONCLUZII

Din analizele efectuate în cuprinsul acestei lucrări, putem observa că reglementarea participăției improprie a fost primită de jurisprudență într-o manieră pozitivă, fiind aplicată în mod constant în practică în reținerea anumitor fapte, chiar dacă uneori motivarea instanțelor în ceea ce privește elementele participăției improprie este laconică sau chiar inexistentă, de regulă soluțiile oferite sunt corecte din punct de vedere conceptual. De asemenea, așa cum am arătat, există anumite aspecte care pot crea dezbateri cu privire la posibilitatea de a fi participant improprie la o faptă a unor anumite categorii de persoane, aspecte care vor putea fi reglate prin crearea unei doctrine care să ajungă la un consens într-o anumită direcție, generând astfel și o practică a instanțelor cât se poate de constantă.

BIBLIOGRAFIE/REFERENCES

Basarab, M., *Drept penal. Partea generală*, vol. I, ediția a III-a, Ed. Lumina Lex, București, 2001.

Dobrinou, V.; colectiv, *Noul Cod Penal comentat*. Ediția a II-a, București, 2016; disponibilă pe www.sintact.ro.

Herinean, D., Șantajul. Probleme punctuale, în „Penalmente Relevant”, nr. 2/2017, disponibil pe <http://www.revista.penalmente.ro>.

Gómez González, O.T., *Participacion criminal: analisis doctrinal y jurisprudencial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001.

Ilie, A.-R., *Angajarea răspunderii penale a persoanei juridice*, Ed. C. H. Beck, București, 2011.

Mitrache, C.; Mitrache, C., *Drept penal român. Partea Generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2014.

⁵⁶ C. Ap. Oradea, dec. pen. nr. 35 din 27.01.2016, disponibilă pe www.sintact.ro.

⁵⁷ Jud. Curtea de Argeș, sent. pen. nr. 47 din 21.02.2018, schimbată în parte (sub aspectul încetării procesului penal în baza intervenirii prescripției în cazul unora dintre fapte) prin dec. pen. nr. 688 din 12.07.2018 a C. Ap. Pitești, ambele disponibile pe www.sintact.ro.

Moroșan, D., *Participația improprie. Aspecte generale, modalități, chestiuni problematice*, publicat în „Caiete de drept penal”. nr. 1/2015.

Pagliari, A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè Editore, Milano, 2000.

Streteanu, F.; Chiriță, R.; *Răspunderea penală a persoanei juridice*, Ediția 2, Ed. C. H. Beck, București, 2007.

Streteanu, F.; Nițu, D., *Drept Penal. Partea Generală*, vol. I, Ed. Universul Juridic, București, 2014.

Streteanu, F.; Nițu, D., *Drept Penal. Partea Generală*, vol. II, Ed. Universul Juridic, București, 2018.

Tanoviceanu, I.; *Curs de drept penal*, vol. II, ed. Atelierele grafice SOCEC & Co., Sometate Anonimă, București, 1912, editată de SC Universul Juridic SRL, ediție Anastatică 2018.

EVALUAREA MEDICO-LEGALĂ A DISCERNĂMÂNTULUI ÎN CAUZELE PENALE

FORENSIC EVALUATION REGARDING THE MENTAL STATE CONDITION IN CRIMINAL CASES

Daniel Ioan URECHE¹
Bianca Andreea CÂRDAN²

ABSTRACT

The psychiatric forensic expertise has a significant role in the justice field, providing data that establishes the responsibility of those who committed acts of a criminal nature. By trying to apply the principles and norms of ethics and those of the law society, it is necessary to elaborate some appropriate measures for the prevention of the anti-social deviance events.

The study in this article is intended to present the contribution that the psychiatric forensic expertise brings to the justice process, by providing some impartial elements on which a person can be held accountable for his deeds. At the same time this examination has the purpose to protect, if necessary through some certain measures, the society from some threats of a person with an impaired mental state.

Regarding this aspect, we have carried out a retrospective observational study on crimes that required a psychiatric forensic examination, focusing on the existence or lack of the mental state.

Keywords: *psychiatric forensic expertise, mental state, crime, social menace.*

REZUMAT

Examinarea medico-legală psihiatrică are un rol primordial în domeniul justiției, aceasta furnizând date menite să stabilească responsabilitatea persoanelor care au comis acte de natură infracțională. În spiritul aplicării principiilor și normelor eticii și ale societății de drept în toate domeniile de activitate, se impune elaborarea unor măsuri corespunzătoare de prevenție și intervenție a fenomenelor de devianță cu caracter antisocial, adresate cazurilor care au manifestat conduite de inadaptare socială.

Studiul din prezentul articol are rolul de a prezenta aportul pe care expertiza medico-legală psihiatrică îl aduce justiției, furnizând elemente și date obiective pe baza cărora o persoană poate fi trasă la răspundere, protejând dacă este necesar prin anumite măsuri, societatea de anumite traume generate de o persoană lipsită de discernământ.

În acest sens am efectuat un studiu retrospectiv, observațional cu privire la infracțiunile care au necesitat pentru soluționare efectuarea unui raport de expertiză medico-legală psihiatrică, prin care s-au obiectivat aspecte legate de existența sau lipsa discernământului.

Cuvinte cheie: *expertiza medico-legală psihiatrică, discernământ, infracțiune, pericol social.*

¹ La momentul publicării acestui articol autorul era medic specialist medicină legală, doctorand și Asistent Universitar în cadrul Disciplinei de Medicină Legală, Facultatea de Medicină Generală - Universitatea de Medicină și Farmacie "Iuliu Hațieganu" Cluj-Napoca, România. Date de contact: ureche.daniel.ioan@gmail.com.

² La momentul publicării acestui articol autoarea era absolventă a Facultății de Drept din cadrul Universității Babeș-Bolyai, Cluj-Napoca, România și absolventă a masterului de "Studii avansate în investigația criminalistică și medicină legală" din cadrul Facultății de Medicină Generală-Universitatea de Medicină și Farmacie "Iuliu Hațieganu" Cluj-Napoca România.

CUPRINS

I. Introducere.....	79
II. Responsabilitatea juridică.....	79
III. Particularitățile evaluării medico-legale psihiatrice	80
IV. Raportul de expertiză medico-legală psihiatrică.....	81
V. Discernământul.....	82
VI. Aspecte specifice ale aprecierii capacității de discernământ în raport cu tulburările psihopatologice.....	83
VII. Măsuri de siguranță cu caracter medical.....	86
VIII. Material și metodă.....	88
IX. Rezultate și discuții.....	88
X. Concluzii.....	89

I. INTRODUCERE

Stabilirea capacității psihice a unei persoane sau discernământul, cum este cunoscut în cauzele penale, se face prin efectuarea unei expertize medico-legale psihiatrice, în cadrul instituțiilor specializate. Evaluarea medico-legală psihiatrică reprezintă o activitate tehnico-științifică specifică instituției medico-legale ce constă în interpretarea stării psihice a unei persoane la un moment dat, bine definit, cu importanță juridică, pentru a putea oferi justiției o probă obiectivă, referitoare la discernământul subiectului, în vederea stabilirii responsabilității juridice a acestuia. Din normele procesual-penale și civile, rezultă că proba obiectivă și științifică ce permite stabilirea, fără echivoc a responsabilității juridice, o reprezintă documentul medico-legal întocmit după evaluarea medico-legală psihiatrică, deși magistratul poate recurge și la alte înscrisuri medicale pentru a-și forma intima convingere.³

În cazurile de natură civilă majoritatea expertizelor medico-legale psihiatrice sunt reprezentate de solicitări pentru punerea sub interdicție judecătorească a unor persoane, iar în cazurile penale pentru stabilirea discernământului la data comiterii faptelor, în special la persoanele cu vârsta cuprinsă între 14-16 ani așa cum este prevăzută de art. 113 C.pen.⁴

Sediul materiei raportat la expertiza medico-legală psihiatrică este reprezentat de Codul Penal și Codul de Procedură Penală (art. 172-185). Pe lângă acestea, mai există reglementări date de Codul de Procedură Civilă raportat la Secțiunea III Administrarea dovezilor, Codul familiei sau legi speciale care își găsesc utilitatea în practica expertizelor dintre care amintim: Ordonanța de Guvern nr. 1/2000 privind organizarea activității și funcționarea instituțiilor de medicină legală; Ordinul nr. 1134/C din 2000 pentru aprobarea Normelor procedurale privind efectuarea expertizelor, a constatărilor și a altor lucrări medico-legale; Legea 487/2002 a sănătății mintale și a protecției persoanelor cu tulburări psihice; Ordinul nr. 372/2006 privind Normele de aplicare a Legii sănătății mintale și a protecției persoanelor cu tulburări psihice nr. 487/2002, cu modificările ulterioare.

II. RESPONSABILITATEA JURIDICĂ

Responsabilitatea juridică definește capacitatea unei persoane de a-și asuma în totalitate obligațiile ce-i revin, în urma săvârșirii unui act sau fapt ilicit, prin care se încalcă normele de drept și în consecință, de a putea

³ V. Iftenie, D. Dermengiu, *Medicină legală*, ediția 2, ed. CH Beck, București, 2014, p. 444.

⁴ G. Costea, V. Astărăstoaie, *Abordare conceptuală în psihiatria medico-legală*, Ed. Timpul, Iași, 2013, p.32 (din cartea D. Bulgaru-Iliescu, G. Costea, A. Enache, L. Oprea, V. Gheorghiu, V. Astărăstoaie, *Expertiza medico-legală psihiatrică*.).

fi supusă sancțiunii juridice pentru acțiunile sau inacțiunile sale prohibite, asupra cărora a putut decide în mod liber, având reprezentarea consecințelor social-negative și/sau antijuridice ale acestora.⁵ În mod obligatoriu, responsabilitatea presupune coexistența a doi factori: unul intelectual, care constă în capacitatea subiectului de a-și da seama de acțiunile sau inacțiunile sale și de urmările acestora, precum și unul volitiv, care rezidă în aptitudinea aceleiași persoane de a fi stăpână pe faptele sale, în sensul de a le putea dirija în mod conștient.⁶

Conform literaturii de specialitate, responsabilitatea juridică se constituie atunci când sunt întrunite, cumulativ, următoarele elemente:

- săvârșirea unui act sau fapt ilicit, ce contravine normelor juridice în vigoare;
- producerea unui prejudiciu;
- existența unei legături de cauzalitate între actul sau faptul ilicit și prejudiciu;
- existența vinovăției (în forma cerută de lege) ce poate fi reținută în sarcina autorului, astfel încât actul sau faptul ilicit să-i poată fi imputabil.⁷

Într-o altă ordine de idei, la fel ca și în cazul responsabilității, *discernământul reprezintă* criteriul medical al responsabilității penale, reprezintă un atribut al capacității psihice și semnifică aptitudinea unei persoane de a înțelege și aprecia critic conținutul și consecințele social-juridice negative ale actelor sau faptelor sale, deci de a putea distinge între bine și rău, la un moment dat și raportat strict la o acțiune sau inacțiune prohibită de lege, fiind o sinteză a tuturor funcțiilor psihice exprimate comportamental, la un anumit moment, respectiv la momentul săvârșirii unei fapte penale.⁸ Discernământul păstrat permite subiectului să-și structureze într-un mod adecvat activitatea.

Precizăm faptul că discernământul decurge din caracterul faptei, este influențat de boala psihică subiacentă, de structura personalității și nivelul conștiinței, având ca premiză și momentul evolutiv al bolii.

Prin urmare, problema discernământului, a responsabilității sau iresponsabilității subiectului în arealul psihiatriei medico-legale este una de o importanță decisivă pentru justa gestionare a actului de justiție și mai precis pentru aflarea adevărului și tragerea la răspundere penală a autorului dacă este cazul.

III. PARTICULARITĂȚILE EVALUĂRII MEDICO-LEGALE PSIHIATRICE

În conformitate cu prevederile legale, expertiza medico-legală psihiatrică se efectuează în dreptul penal pentru determinarea sau aprecierea discernământului, fiind și principalul obiectiv al expertizei, constituind de altfel și noțiunea centrală pe care se clădesc celelalte aprecieri ale experților, dar și pentru instituirea ori ridicarea măsurilor de siguranță cu caracter medical.

Conturarea particularităților evaluării medico-legale psihiatrice care, indiferent de natura speței, sunt reprezentate de următoarele:

1. Este o *activitate specifică* instituției medico-legale, efectuată de o comisie interdisciplinară, prin examinarea persoanelor atât în mod direct cât și prin analiza documentelor medicale la:

- sediul instituției medico-legale (aceasta constituie regula);
- în spitale ce aparțin rețelei sanitare a Ministerului Sănătății, în cazul bolnavilor internați, fie într-o secție de psihiatrie, fie în oricare altă secție (cardiologie, neurologie, etc.) pentru pacienții netransportabili, cu o patologie gravă ori potențial letală;
- în secțiile de psihiatrie ale penitenciarelor-spital ce aparțin rețelei sanitare a Administrației Naționale

⁵ V. Iftenie, D. Dermengiu, *op.cit.*, p.442.

⁶ S. Botnaru, *Categoriile „capacitate psihică”, „discernământ”, „vinovăție” și „responsabilitate” în dreptul penal*, în „Revista Națională de Drept”, nr.11, 2013, p.42.

⁷ V. Iftenie, D. Dermengiu, *op.cit.*, p. 443.

⁸ V. Iftenie, *Medicină legală din perspectivă juridică*, Ed. Fundației României de Măine, București, 2006, p. 273.

a Penitenciarelor, în situația persoanelor private de libertate.⁹

2. Se poate efectua la solicitarea expresă a organelor de urmărire penală sau a instanțelor de judecată, caz în care va fi întocmit un raport de expertiză medico-legală psihiatrică ori la solicitarea expresă a persoanei sau a reprezentanților legali ai acesteia, în situația stabilirii competenței psihice specifice, în vederea exercitării unui drept subiectiv prin întocmirea unui act de dispoziție, caz în care va fi întocmit un certificat medico-legal psihiatric;

3. Evaluarea medico-legală psihiatrică se realizează cu respectarea principiului competenței teritoriale și funcțional-profesionale conform Legii privind organizarea și funcționarea instituțiilor de medicină legală.

4. Evaluarea medico-legală psihiatrică se poate solicita numai pentru o singură conduită, discernământul sau după caz, competența psihică apreciindu-se în raport cu momentul comiterii faptei sau la momentul examinării, iar pentru o altă faptă sau pentru un alt act de dispoziție se va solicita efectuarea unei alte expertize medico-legale psihiatrice. În cazul apariției de documente sau circumstanțe noi, se poate solicita efectuarea unui supliment sau raport de nouă expertiză psihiatrică cu aceleași obiective regăsite în prima expertiză.

5. Expertiza medico-legală psihiatrică, ce se efectuează în conformitate cu prevederile articolului 184 C.proc.pen., se poate realiza numai după *obținerea consimțământului scris* al persoanei ce urmează a fi supusă evaluării psihiatrice.¹⁰

6. Evaluarea medico-legală psihiatrică se realizează prin studiul documentelor aferente cazului respectiv, puse la dispoziție sau solicitate de către comisia medico-legală; examinarea psihiatrică a persoanei de către comisia medico-legală; uneori și prin internare, voluntară sau nevoluntară, într-o unitate sanitară de profil, atunci când aceasta este impusă de necesitatea acurateții diagnosticului psihiatric.¹¹

IV. RAPORTUL DE EXPERTIZĂ MEDICO-LEGALĂ PSIHIATRICĂ

Activitatea complexă de investigare psihică a persoanei, întreprinsă de comisia interdisciplinară de expertiză, se concretizează în întocmirea unui raport de expertiză medico-legală psihiatrică. Acest raport este în mod imperativ alcătuit din patru părți, prima parte- cea introductivă care conține preambulul, unde se notează numele și calitatea membrilor comisiei, documentul în baza căruia se efectuează expertiza, identitatea persoanei examinate, data și locul examinării, precum și data întocmirii raportului de expertiză. Următoarele aspecte vizează date de istoric care trebuie să rezulte din dosarul cauzei, din rezoluția sau încheierea prin care a fost dispusă efectuarea expertizei medico-legale psihiatrice și din diferite documente medicale. Nu în ultimul rând, în finalul primei părți sunt prezentate obiectivele și motivația solicitării expertizei, aceste obiective trebuie să fie menționate, în mod distinct, pe puncte, în actul prin care se dispune efectuarea expertizei medico-legale psihiatrice, astfel încât comisia medico-legală să poată formula răspunsuri concise și la obiect.¹²

În partea descriptivă regăsim istoricul medical al persoanei și anume menționarea unor documente diverse referitoare la subiectul supus examinării, care pot contura personalitatea acestuia, modul de comportament, diferite boli, foi de observație din spital, investigații paraclinice, raportul medico-legal de autopsie-atunci când consecutiv faptei comise de subiect s-a produs decesul victimei sau documente cum sunt cazierul judiciar, ancheta socială, cât și date referitoare la examenul psihiatric propriu-zis efectuat în cadrul comisiei de expertiză.

13

⁹ V. Iftenie, D. Dermengiu, *op.cit.*, p. 462.

¹⁰ V. Iftenie, D. Dermengiu, *op.cit.*, p. 461-464.

¹¹ V. Beliș, *Medicină legală. Curs pentru Facultățile de Drept*, ediția a VI-a revizuită și adăugită, Ed. Juridică, București, 2006, p. 266.

¹² Gh. Sripcaru, V. Astărăstoaie, P. Boișteanu, V. Chiriță, C. Scripcaru, *Psihiatrie medico-legală*, Ed. Polirom, Iași, 2002, p. 169-174.

¹³ V. Iftenie, D. Dermengiu, *op.cit.*, p. 465.

Concluziile raportului de expertiză medico-legală psihiatrică, trebuie să se refere la diagnosticul bolii psihice și în ce măsură tulburările psihice afectează discernământul, dacă aceste tulburări explică în mod causal fapta comisă și, de asemenea, în ce măsură este necesară aplicarea măsurilor de siguranță cu caracter medical.¹⁴ Raportul de expertiză medico-legală psihiatrică trebuie să conchidă, fără echivoc, dacă subiectul a comis sau nu infracțiunea cu discernământ. Totodată, literatura de specialitate consideră că, în concluziile actului de expertiză, comisia trebuie să dea „un verdict științific motivat”.¹⁵

În psihiatria medico-legală, mai ales în spețele penale, în anumite circumstanțe se formulează *două diagnostice*, și anume unul reconstruit pentru momentul comiterii faptei (deci anterior examinării) și unul pentru momentul efectuării expertizei sau al examenului psihiatric.¹⁶

V. DISCERNĂMÂNTUL

Deși este denumit factorul intelectual al responsabilității penale, discernământul este înțeles în doctrina juridică ca „aptitudinea subiectului de a se orienta în lumea exterioară pe baza unei percepții nealterate a realității, adică, înainte de toate, capacitatea de a înțelege semnificația propriului comportament și de a evalua posibilele consecințe pozitive sau negative, asupra terților”.¹⁷ Cu alte cuvinte, se poate rezuma că responsabilitatea presupune existența discernământului și a voinței libere de a acționa sau nu. În sens contrar, atunci când nu există responsabilitate, înseamnă că subiectul nu își poate da seama de acțiunile sau inacțiunile sale și nu este stăpân pe ele, lipsind libertatea de voință. Așadar, discernământul este „rezultatul sintezei dintre responsabilitate și conștiință”¹⁸, iar stabilirea acestuia fiind „cheia de boltă a expertizei medico-legale psihiatrice”.¹⁹

Capacitatea psihică interpretându-se sub forma discernământului în cauzele penale, din punct de vedere juridic aceasta reprezintă „atributul stării psihice de a fi compatibilă, la un moment dat, cu exercitarea drepturilor civile sau a unor activități specifice” și din punct de vedere medical, presupunând „un ansamblu de însușiri psihice ale persoanei, de ordin cognitiv intelectual, caracteristic și afectiv-volițional, care pot asigura performanța în desfășurarea unei activități și de a organiza motivat această activitate, determinată de aptitudini și de gradul de maturizare a personalității și tradusă prin fapte și rezultate cuantificabile”.²⁰ Astfel, se poate spune că relația dintre discernământ și capacitatea psihică este comparabilă cu relația dintre o parte și întreg, de aici decurgând și specificul expertizei medico-legale psihiatrice în spețele penale, unde deși se are în vedere întregul (capacitatea psihică) se fac referiri (în concluzii) la parte, adică la discernământ.

Așadar, putem preciza faptul că discernământul decurge din caracterul faptei, este influențat de boala psihică subiacentă, de structura personalității și nivelul conștiinței, având ca premiză și momentul evolutiv al bolii.

În ceea ce privește responsabilitatea penală, care presupune totalitatea caracteristicilor psihice individuale, care-l fac pe autor capabil să înțeleagă actul liber consimțit și să aprecieze consecințele faptelor sale,²¹ considerăm

¹⁴ R. Constantin, P. Drăghici, M. Ioniță, *Expertizele, mijloc de probă în procesul penal*, Ed. Tehnică, București, 2000, p. 95.

¹⁵ V.T. Dragomirescu, *Expertiza medico-legală în psihiatria judiciară*, Ed. Viața Medicală Românească, București, 2002, p. 127.

¹⁶ V. Iftenie, D. Dermengiu, *op.cit.*, p. 468.

¹⁷ F. Streteanu, D. Nițu, *Drept penal. Partea generală*, Vol.I, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 412.

¹⁸ V.T. Dragomirescu, *Tratat de medicină legală*, Vol.II, Ed. Medicală, București, 1995, p. 740.

¹⁹ V. Pașca, *Drept penal. Partea generală*, ed. a III-a, actualizată cu modificările la zi ale Codului penal, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 176.

²⁰ M.S. Vasilcu, *Expertiza medico-legală psihiatrică*, disponibil la

<http://www.umfiasi.ro/Rezidenti/suporturidecurs/Facultatea%20de%20Medicina/Medicina%20Legala%20-%20modul%20Medicina%20Legala/Expertiza%20medico-legala%20psihiatrica.pdf>, p. 7, accesat în data de 20.09.2018.

²¹ O. Buda, *Iresponsabilitate. Aspecte medico-legale psihiatrice cu aplicații în dreptul penal, civil și al familiei*, Ed. Științelor Medicale, București, 2006, p. 170.

oportun a se preciza că aceasta trebuie să fie condiționată de păstrarea discernământului în momentul comiterii faptei. La rândul său, discernământul este condiționat atât de caracterul comprehensibil al faptei cât și de starea de conștiință a autorului în momentul săvârșirii actului.

Starea de conștiință este determinată de

- Nivelul structurării conștiinței în momentul comiterii faptei;
- Nivelul structurării personalității.²²

De asemenea, precizăm în acest context că noțiunea de „responsabilitate psihică” nu trebuie confundată cu noțiunea de „răspundere penală” care este o formă a răspunderii juridice și care exprimă capacitatea celui care a comis o faptă penală de a-și asuma integral obligațiile și de a suporta consecințele ce decurg din acțiunea acestuia.²³

În aceeași ordine de idei, plecând de la definiția responsabilității, considerăm oportun a se preciza în acest context și corespondentul conceptual juridic al responsabilității, care este iresponsabilitatea, fiind prezentată în literatură ca „*absența (totală) a capacității de a fi conștient de acțiunile săvârșite și de a le stăpâni*”.²⁴ Cu alte cuvinte, datorită lipsei capacității de a înțelege actele antisociale comise și incapacității de a-și da seama de semnificația acțiunii/inacțiunii și de consecințele ei, fie din cauza unei boli psihice, fie din alte cauze, iresponsabilitatea are drept cauză înlăturarea vinovăției, fiind o cauză de neimputabilitate potrivit art. 28 C.pen.

Prin urmare, problema discernământului, a responsabilității sau iresponsabilității subiectului în arealul psihiatriei medico-legale este una de o importanță decisivă pentru justa gestionare a actului de justiție și mai precis pentru aflarea adevărului și tragerea la răspundere penală a autorului dacă este cazul.²⁵

Discernământul unei persoane, la un moment dat, cu valoare juridică, stabilit în urma efectuării expertizei medico-legale psihiatrice, poate fi (cu diferite nuanțări sau grade):

- *păstrat* – permite stabilirea responsabilității;
- *scăzut* – permite stabilirea responsabilității, cu circumstanțe atenuante individuale de sorginte medicală;
- *absent (abolit)* – permite stabilirea iresponsabilității, de obicei în psihoze (alienație) și în stări de abolire a conștiinței.²⁶

VI. ASPECTE SPECIFICE ALE APRECIERII CAPACITĂȚII DE DISCERNĂMÂNT ÎN RAPORT CU TULBURĂRILE PSIHOPATOLOGICE

Evaluarea clinică a capacității psihice și a discernământului comportă deosebiri semnificative în cadrul diferitelor clase de boli psihice și stări psihopatologice, producându-se o ruptură între bolnavul psihic și realitatea externă, toate aceste tulburări afectând capacitatea de înțelegere a subiectului, răspunderea penală fiind exclusă.

Afectarea conștiinței operațional logice apare în toate stările psihopatologice de intensitate psihotică, iar în asemenea situații subiectul expertizat se află în situații de incapacitate psihică, cu discernământ abolit în funcție de fapta comisă. În *psihozele delirant-halucinatorii* însă, dat fiind că tulburarea nu afectează atât de profund și în totalitate procesele intelective, perceptuale și de gândire, subiectul mai poate păstra o relativă relaționare adecvată la mediul extern, dar limitată la aspectele neafectate de tematica delirantă.²⁷

Afectarea acestor nivele de conștiință este cel mai frecvent întâlnită în grupul tulburărilor de personalitate,

²² V. Beliş, *Medicină legală. Curs...*, op.cit. p. 267

²³ G. Antoniu, *Vinovăția penală*, Ed. Academiei Române, București, 1995, p. 213.

²⁴ O. Buda, op.cit., p.171.

²⁵ I.L. Groza, V. Astărăstoae, *Introducere în medicina legală pentru juriști*, Ed. C.H.Beck, București, 2007, p. 199.

²⁶ D. Perju-Dumbravă, D. Mățiș, *Curs de medicină judiciară și legislație medicală*, Ed. Cordial LEX, Cluj-Napoca, 2008, p. 246.

²⁷ V. Dragomirescu, O. Hanganu, D. Prelipceanu, *Expertiza medico-legală psihiatrică*, Ed. Medicală, București, 1990, p. 201-

iar pe grupe nosologice pot fi menționate unele aspecte particulare ale aprecierii capacității de discernământ.

În ceea ce privește *demențele*, indiferent de etiologia lor, discernământul este abolit, caracterizându-se prin pierderea memoriei, incapacitatea de a recunoaște persoane sau obiecte, deteriorarea limbajului și a capacității de a executa activități voluntare, cea mai comună cauză fiind boala Alzheimer, săvârșind fapte cu caracter absurd nemotivat, cu absența oricăror măsuri de prevedere în comiterea acțiunii.²⁸ Într-o altă ordine de idei, se impune a se preciza că demențele trebuie apreciate în funcție de profunzimea deteriorării psihice intelectuale, iar discernământul ar trebui analizat în mod similar ca și la oligofrenii.

În grupa *oligofreniei*, caracterizată de o insuficiență a funcțiilor psihice, imaturitate afectivă și sărăcie intelectuală, subiecții de obicei comit acte de prostituție, perversiuni, acte antisociale sugestionate (furturi de necesitate)- aceștia neavând capacitatea de a discerne ce este bine sau rău într-o sugestie, iar în cazul infracțiunilor contra persoanei, imaturitatea se bazează pe impulsivitatea lor crescută fiind motivați de resentimente și frustrare.²⁹ În această situație, discernământul se va evalua în funcție de gradul deficit psihic, de la cel abolit la cel păstrat (cu precizarea că ori de câte ori nu atinge nivelul de dezvoltare al vârstei de 14 ani, discernământul va fi abolit).³⁰

În cazul *epilepsiei*, aceasta se manifestă prin pierderi de cunoștință de tip *grand mal*, iar în timpul crizei epileptice nu există posibilitatea de a comite acte penale, ceea ce interesează din punct de vedere psihiatrico-legal este *epilepsia temporală* caracterizată de o agresivitate cu intensitate ridicată. În această fază, actele se comit nepremeditat, cu conștiința obnubilată, deci cu amnezie, cu o consumare a actului în stare de tulburare a conștiinței. În tulburările de conștiință de tip crepuscular se pot comite fapte deosebit de grave (omoruri caracterizate prin cruzime și atrocități), la fel cum se întâmplă în cadrul psihozelor epileptice, acestea asociindu-se cu halucinații și deliruri mistice, se comițându-se de asemenea violențe grave, atacuri feroce, lipsa regretelor și a remușării fiind prezente. În toate aceste situații discernământul este abolit. Mai trebuie precizat faptul că pentru actele săvârșite intracritic, bolnavii sunt lipsiți de discernământ și pentru acele perioade intercritic, discernământul se stabilește nuanțat de la caz la caz.³¹ Cu alte cuvinte, în ceea ce privește responsabilitatea, trebuie precizat că simpla existență a epilepsiei nu înlătură această stare, aprecierea discernământului făcându-se nuanțat de la caz la caz deoarece nu toți epilepticii prezintă tulburări atât de însemnate încât să ducă la comiterea unor acte penale.

Ceea ce este de reținut în acest context este că dacă actul antisocial este comis în timpul crizei, bolnavul se disculpă total; dacă este comis între crize de un bolnav fără tulburări psihice atunci îl inculpă; în cadrul stării de automatism, subiectul este considerat iresponsabil, iar în cadrul stării de caracteriopatie epileptică (caracterizată prin instabilitate, lentoare psiho-motorie trăită deseori bipolar) răspunderea se apreciază în funcție de gradul tulburărilor de personalitate.³²

În cazul *intoxicației cronice cu alcool*, fiind o „formă de tulburare patologică a capacității psihice”,³³ comportamentul antisocial este des întâlnit, chiar caracteristic consumatorilor, înlăturând complet capacitatea acestora de a înțelege și a voi. Aceste stări sunt întâlnite mai ales în cazul beției psihopatie (delirium tremens), fiind cunoscute ca adevărate stări ale alienației mintale. Dimpotrivă, intoxicația acută simplă, nu îndreptățește înlăturarea răspunderii, ba mai mult, din punct de vedere juridic, în cazul în care intoxicația are caracter

²⁸ C. Dindelegan, *Psihopatologie și psihologie clinică*, Ediția a II-a revăcută și adăugită, Vol. I, Ed. Institutul European, Iași, 2012, p.129; A. Berheci, *Curs de psihopatologie. Noțiuni elementare*, Ed. Universității „Aurel Vlaicu”, Arad, 2002, p. 33.

²⁹ Gh. Scripcacu, V. Astărăstoae, C. Scripcaru, *Medicina legală pentru juriști*, Ed. Polirom, Iași, 2005, p.202-203; I.L. Groza, V. Astărăstoae, *Introducere...*, *precit.*, p. 201.

³⁰ Gh. Scripcacu, V. Astărăstoae, C. Scripcaru, *op.cit.*, p.203.

³¹ L. Fodoreanu, *Elemente de diagnostic și tratament în psihiatrie*, Ed. Medicală Universitară „Iuliu Hațieganu”, Cluj-Napoca, 2006, p. 492.

³² I.L. Groza, V. Astărăstoae, *op.cit.*, p. 203.

³³ G. Antoniu, T. Toader (coordonatori), *Explicațiile noului Cod penal*, Vol. II, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 240.

voluntar, în unele cazuri, ea poate constitui o circumstanță agravantă.

În cazul alcoolismului simptomatic, asociat unor psihoze endogene majore, discernământul va fi apreciat în funcție de boala de bază, iar în cazul alcoolizării cronice discernământul va fi apreciat de regulă în funcție de circumstanțele în care s-a săvârșit actele, de gradul deteriorării intelectuale, precum și de alte circumstanțe relevante pentru cauză. Beția patologică însă, fiind o tulburare psihotică însoțită de tulburări de conștiință, pentru faptele comise în acest interval și în această stare, discernământul va fi apreciat ca fiind abolit, tipică pentru aceasta tulburare fiind apariția unui comportament extrem de violent, necaracteristic personalității anterioare a subiectului.³⁴

Schizofrenia este o psihoză care "furnizează" fapte penale grave, culminând cu omorul patologic, iar actele comise de schizofrenici sunt deosebit de grave, de regulă lipsite de mobil sau au un mobil aberant, iar după comiterea faptei, lipsa remușcărilor își face simțită prezența prin disimulare sau indiferență.³⁵ Această boală psihică comportă o apreciere diferențiată a discernământului în funcție de etapa evolutivă, în faza de stare, în funcție de forma clinică, faptele antisociale comise putând fi urmarea unor mecanisme delirant halucinatorii cu caracter imperativ, în aceste situații discernământul fiind abolit, la fel ca și în debuturile medico-legale ale unor forme clinice de schizofrenie, în special forma hebefrenică - formă a schizofreniei caracterizată prin alterarea afectelor, prezența ideilor delirante și a halucinațiilor fugare și a comportamentului iresponsabil și imprevizibil. În general, diagnosticul de hebefrenie este prezent la adolescent și adulți tineri.³⁶ În toate cazurile, discernământul este abolit, cu excepția acelor situații asimptomatice pentru o mai mare perioadă de timp, în care discernământul poate fi diminuat. Și în acest caz, discernământul va fi apreciat de la caz la caz.

În cadrul *bolilor afective*, de interes este și sindromul maniacal, caracterizat prin „excitație psihomotorie, hiperactivitatea funcțiilor psihice, bună dispoziție, euforie, fugă de idei, uneori delirante, alteori hipertimie, acces de furie de obicei de scurtă durată,³⁷ actele comise fiind agresive, distructive, riscante pentru cei din jur. Uneori, astfel de acte constituie debutul medico-legal ca simptom-semnal, al fazei maniacale, manifestându-se prin hiperactivitate, impulsivitate, iritabilitate, promiscuitate sexuală, confuzie.³⁸ Aprecierea discernământului se aplică și în cazurile melancoliei de involuție sau alte forme de depresie prezente la vârsta a treia.³⁹

În cadrul *psihozelor paranoide*, există probabilitatea de comitere a unor fapte antisociale grave și de multe ori imprevizibile, în aceste situații discernământul este apreciat ca fiind abolit.

Psihopatiile - în cadrul acestor tipuri de tulburări se remarcă o stare dizarmonică de personalitate, ce se caracterizează prin „păstrarea funcțiilor de cunoaștere, în contrast cu agenezia sentimentelor moral-sociale”,⁴⁰ comportamentul infracțional prezentându-se sub mai multe aspecte morfologice, putând include practic orice tip de infracțiune, de orice gravitate și complexitate. Ca factor favorizant, în geneza actului infracțional este implicat de obicei alcoolul. În literatura de specialitate, psihopatia este considerată ca având cel mai accentuat grad de nocivitate socială ce poate merge datorită absenței sentimentelor moral-sociale și structurării anomice a personalității.⁴¹ Cu excepția decompensărilor psihotice tranzitorii, în psihopatie, discernământul critic este păstrat.⁴²

În cadrul patologiilor psihiatrice întâlnim așa numita *disimulare*, fiind practic o ascundere conștientă

³⁴ L. Fodoreanu, *op.cit.*, p. 492.

³⁵ *Idem*, p. 491.

³⁶ Gh. Scripcacu, V. Astărăstoae, C. Scripcaru, *op.cit.*, p. 206-207.

³⁷ Gh. Dănescu, E. Tomorug, *Probleme judiciare în psihiatrie*, Ed. Medicală, București, 1973, p. 196.

³⁸ R. Zăvoi, T. Udriștoiu, D. Marinescu, *Elemente de psihiatrie medico-legală*, Ed. Medicală Universitară, Craiova, 2007, p. 23.

³⁹ Gh. Dănescu, E. Tomorug, *op.cit.*, p.197.

⁴⁰ Gh. Scripcacu, V. Astărăstoae, C. Scripcaru, *op.cit.*, p.208.

⁴¹ Gh. Scripcacu, M. Tebarcea, *Patologie medico-legală*, Ediția a II-a revizuită și adăugită, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1983, p. 447.

⁴² I.L. Groza, V. Astărăstoae, *op.cit.*, p.201.

și premeditată a bolii, pe care o putem întâlni de pildă în unele sindroame paranoide și *simularea* care este reprezentată de încercarea conștientă și premeditată de a demonstra unele boli, de la dureri de cap, la mimarea unei crize epileptice.

Astfel, evaluarea discernământului nu poate fi uniformizată, apreciindu-se de la caz la caz, marea variabilitate a tablourilor clinice în cadrul chiar a aceleiași entități nosologice fiind individual dependentă prin prisma particularităților specifice.⁴³

VII. MĂSURI DE SIGURANȚĂ CU CARACTER MEDICAL

Măsurile de siguranță cu caracter medical-curativ se situează într-o zonă de interferență medico-juridică și protecție socială, scopul principal fiind acela de a înlătura o stare de pericol sau de a preîntâmpina săvârșirea unor fapte prevăzute de legea penală. În România, codul penal din 1936 este unul dintre primele coduri penale europene care a reglementat măsurile de siguranță în mod complet, fiind considerate sancțiuni penale și deosebite de pedepsele obișnuite. Pentru ca măsura să poată fi dispusă este necesară îndeplinirea în mod cumulativ a următoarelor condiții: Subiectul să fi comis o faptă nejustificată prevăzută de legea penală; Făptuitorul să prezinte pericol pentru societate; Să nu fie posibilă înlăturarea stării de pericol decât prin instituirea măsurilor de siguranță. Din punct de vedere legal și social, măsurile de siguranță se pot clasifica în funcție de scop în: măsuri curative (tratament obligatoriu sau internare obligatorie) sau măsuri educative, inclusiv reorientare profesională. În funcție de durata de aplicare a măsurilor, acestea se pot clasifica în: măsuri de siguranță pe durată nedeterminată, în patologii cronice, măsuri de siguranță pe durată determinată și măsuri de siguranță definitive.⁴⁴

Așadar, se poate preciza că măsurile de siguranță cu caracter medical sunt condiționate de existența unor circumstanțe medicale cu preponderență boli psihice, acute sau cronice, fiind necesară probarea stării de pericol care se poate materializa în acte antisociale, impunându-se în acest caz realizarea unei expertize medico-legale psihiatrice.

VII.1 Obligarea la tratament medical

În conformitate cu prevederile art. 109 alin. (1) C.pen.: *„Dacă făptuitorul, din cauza unei boli, inclusiv cea provocată de consumul cronic de alcool sau de alte substanțe psihoactive, prezintă pericol pentru societate, poate fi obligat să urmeze un tratament medical până la însănătoșire sau până la obținerea unei ameliorări care să înlătore starea de pericol”.*

Instituirea măsurii de siguranță cu caracter medical-curativ se va face pe o perioadă nedeterminată de timp, până la însănătoșire, obligându-l pe făptuitor la urmarea unui tratament medical atunci când tulburările psihice din momentul comiterii faptei au avut o intensitate nevrotică sau psihopatică, iar discernământul este păstrat sau diminuat.⁴⁵ În situația în care discernământul este apreciat ca fiind abolit, se va aplica măsura internării medicale. În aceeași ordine de idei, având în vedere că discernământul nu este abolit, se consideră suficientă administrarea unui tratament medical recomandat, fără a fi necesară internarea subiectului. Dacă însă nu respectă obligațiile impuse și anume de a se prezenta la unitatea sanitară și de a respecta tratamentul, atunci se va dispune internarea medicală obligatorie, măsură instituită de alin. (2) al art. 109 C.pen.

Măsura obligării la tratament medical se dispune pe o perioadă nedeterminată, putând fi instituită în cursul urmăririi penale, în cadrul procedurii de camera preliminară sau în cursul judecății în mod provizoriu,

⁴³ C. Banciu, *Expertize medico-legale pentru persoane în viață*, Ed. Napoca Star, Cluj-Napoca, 2014, p. 101-102; D. Perju-Dumbravă, *Expertiza medico-legală în practica judiciară*, Ed. Argonaut, Cluj-Napoca, 1999, p. 265.

⁴⁴ V. Pașca, *op. cit.*, Ediția a III-a, p.501-503.

⁴⁵ V. Iftenie, D. Dermengiu, *op.cit.*, p. 469.

ori ca urmare a punerii în executare a unei hotărâri definitive cu precizarea că în cazul în care subiectul a fost condamnat la pedeapsa detențiunii pe viață sau la pedeapsa închisorii, cu executare, tratamentul se va efectua în cadrul rețelei sanitare a Administrației Naționale a Penitenciarelor.⁴⁶

Decizia de obligare la tratament medical poate fi luată față de făptuitor, indiferent dacă acestuia i s-a aplicat sau nu o pedeapsă cu caracter penal. Boala ori intoxicația cronică trebuie constatată de organele medicale de specialitate, în mod concret de comisiile de expertiză medico-legală psihiatrică, singurele instituții de profil medical care se pot pronunța asupra cazurilor ce necesită obligarea la tratament medical. Medicii specialiști psihiatrii, care totodată sunt și membrii în comisia de expertiză, pot aprecia cronicitatea bolii psihice sau a intoxicației cu alcool, stupefiante sau alte astfel de substanțe, situație în care psihicul individului se modifică, în sensul că acesta nu-și mai poate reprezenta în mod corect consecințele social-juridice ale faptelor sale. Asta atrage după sine starea de pericolozitate în baza patologiei psihiatrice pentru societate sau pentru sine.

Concluzionăm faptul că, pentru aplicarea/încetarea acestei măsuri de siguranță este nevoie de efectuarea unei expertize medico-legale psihiatrice, cu reevaluarea stării psihice a subiectului, efectuată de către o comisie medico-legală multidisciplinară.⁴⁷

VII.2. Internarea medicală

Internarea medicală ca măsură de siguranță este reglementată de art. 110 C.pen. având următorul conținut: „Când făptuitorul este bolnav psihic, consumator cronic de substanțe psihoactive sau suferă de o boală infectocontagioasă și prezintă pericol pentru societate, se poate lua măsura internării într-o unitate sanitară de specialitate, până la însănătoșire sau până la obținerea unei ameliorări care să înlăture starea de pericol”.

Din cele expuse, precizăm faptul că internarea medicală este o măsură de siguranță cu caracter medical-curativ privativă de libertate și își găsește scopul în starea de pericol ce rezultă din alterarea capacităților psihice ale subiectului în cauză. Spre deosebire de măsura de siguranță a tratamentului medical, în acest caz, internarea se dispune atunci când starea psihică a făptuitorului este grav alterată, tulburările psihice din momentul comiterii faptei sunt de o intensitate mare, iar tratamentul medical nu ar fi suficient pentru ameliorarea stării de sănătate a acestuia și în același timp individul nu mai poate fi stăpân pe faptele sale.⁴⁸ În același timp, ceea ce justifică internarea, este și temerea gravă că făptuitorul, dacă nu va fi internat, va săvârși și alte acte antisociale. Internarea medicală se dispune la fel ca obligarea la tratament pe o durată nedeterminată, în mod provizoriu în cursul urmăririi penale, în cadrul procedurii de camera preliminară sau în cursul judecății (art.247-248 C.proc.pen.) sau ca urmare a punerii în executare a unei hotărâri definitive [art.569 alin. C.proc.pen.].

În mod general, această măsură se consideră necesară pentru bolnavii catalogați ca fiind irecuperabili. Potrivit reglementărilor în vigoare, măsura internării medicale se ia de instanța care îl judecă pe făptuitor pentru săvârșirea unei infracțiuni, după ce, în prealabil, făptuitorul a fost supus unei expertize medico-legale psihiatrice, care a constatat boala psihică sau toxicomania sau alcoolismul etc. și aceștia au propus aplicarea măsurilor de siguranță prevăzute în articolul 110 C.pen.⁴⁹

Trebuie precizat faptul că internarea se realizează în unități sanitare speciale, unde este asigurată și supravegherea subiecților expertizați, de cele mai multe ori aceștia neavând discernământ, existând posibilitatea de a săvârși și alte acte antisociale.

⁴⁶ *Ibidem*; Art. 566 C.proc.pen.

⁴⁷ V. Iftenie, D. Dermengiu, *op.cit.*, p. 470; Art. 568 alin. (2) C.proc.pen.

⁴⁸ V. Iftenie, D. Dermengiu, *op.cit.*, p. 470-471.

⁴⁹ *Idem*, p. 471-472.

VIII. MATERIAL ȘI METODĂ

Studiul este unul de tip retrospectiv, observațional, realizat pe o perioadă de 3 ani, respectiv 2015-2017, pe o bază de date obținută din cadrul Institutului de Medicină Legală Cluj-Napoca. În studiu s-au luat în calcul expertizele medico-legale psihiatrice din anii menționați anterior, unde s-au înregistrat un total de 101 cazuri. Totodată, acest studiu este unul de tip neintervențional, identitatea subiecților fiind protejată, iar datele culese sunt reale și obiective. Criteriile de includere în acest studiu au constat în rapoarte de primă expertiză medico-legală psihiatrică și suplimente la rapoartele de expertiză, toate bazându-se pe cazuri de natură penală, iar ca subiecți de studiu au fost luate în calcul doar persoanele majore. În aceeași ordine de idei, au fost excluse de la studiu cauzele de natură civilă, precum și expertizele medico-legale psihiatrice având ca subiecți minorii.

IX. REZULTATE ȘI DISCUȚII

În concordanță cu literatura de specialitate s-a pus în evidență o predominanță masculină de 86% a persoanelor care au săvârșit o faptă penală și au fost supuse unei expertize medico-legale psihiatrice. S-a constatat raportat la grupele de vârstă o predominanță crescută a infracțiunilor contra patrimoniului la grupa de vârstă 18-30 de ani ceea ce certifică datele existente cu privire la rata infracționalității în populația generală. Este bine știut faptul că această grupă de vârstă este cea mai predispusă la astfel de infracțiuni prin anturajul și teribilismul de care dau dovadă. În schimb, la grupa de vârstă cuprinsă între 31 și 50 de ani, deși numărul cazurilor este limitat la 37, infracțiunile comise au constat în infracțiuni săvârșite asupra unui membru al familiei și contra libertății persoanei concretizate prin agresiuni intrafamiliale sau abuzuri sexuale. La ultima grupă de vârstă și anume cei peste 51 de ani, predomină din nou infracțiunile contra patrimoniului, unde potrivit literaturii de specialitate acestea se săvârșesc de cele mai multe ori datorită unui status social precar care a impune indirect un astfel de comportament.

În funcție de solicitantul expertizei se observă o majoritate a cazurilor instrumentate de organele de poliție, 51 de cazuri, fapt ce atestă gravitatea scăzută a faptelor infracționale care implică stabilirea discernământului pentru soluționare. Restul de cazuri în care s-au efectuat expertize medico-legale psihiatrice au fost solicitate de tribunal, curtea de apel sau DIICOT pentru infracțiuni de o gravitate mai ridicată, cum ar fi infracțiunea de contrabandă, trafic cu minori sau racolare de minori în scopuri pornografice și pornografie infantilă.

Raportat la tipul expertizei solicitate avem o preponderență a rapoartelor de primă expertiză medico-legală în proporție de 96%.

De menționat că solicitarea unui raport de primă expertiză se poate face ori de câte ori instanța are obiective noi care nu au făcut obiectul unui alt raport de expertiză. Organele de cercetare în momentul solicitării unei expertize medico-legale psihiatrice stabilesc anumite obiective. În acest sens obiectivul principal a fost stabilirea discernământului în 89 de cazuri urmat de obiectivul stabilirii necesității instalării unor măsuri de siguranță și 6 cazuri în care s-a cerut scoaterea sau înlocuirea măsurilor cu caracter medical. Specificăm că au existat cazuri în care aceste solicitări s-au suprapus, întrucât lipsa discernământului poate duce la necesitatea instaurării unei măsuri de siguranță cu caracter medical, dacă comisia apreciază că persoana reprezintă un pericol social pentru sine sau pentru cei din jur.

În lotul de studiu raportat la faptele comise am constatat o predominanță a infracțiunilor săvârșite contra patrimoniului majoritatea fiind furturi calificate, tâlhării calificate și distrugerii, urmate de infracțiuni săvârșite asupra unui membru de familie și contra libertății persoanei, majoritatea fiind violențe în familie și amenințări. Dintre infracțiunile contra libertății și integrității persoanei, cele mai multe cazuri au fost violuri, infracțiuni contra integrității corporale sau sănătății și cele contra autorității sumarizând 23 de cazuri.

Majoritatea persoanelor evaluate au prezentat diagnosticul de tulburare de personalitate (32 de cazuri)

asociată de cele mai multe ori cu consumul de substanțe psihoactive fie că a fost vorba de droguri sau consum de alcool, sau chiar pe fondul unei tulburări neurologice. Tulburările de personalitate s-au corelat în principiu printr-un comportament agresiv, antisocial care a dus în final și la recomandarea unor măsuri de siguranță cu caracter medical. În 17 cazuri inculpații examinați nu au prezentat tulburări care să le afecteze capacitatea psihică fiind persoane cu discernământ prezent. Asociat acestor cazuri fără tulburări psihiatrice au existat 3 situații de simulare a unor patologii psihiatrice, pe fondul unui intelect liminar. Au existat însă și diagnostice mai severe cu afectare a discernământului persoanei și anume schizofrenia paranoidă (9 cazuri), tulburările psihotice (6 cazuri) sau tulburarea delirantă (6 cazuri) cu variații în funcție de particularitățile individuale.

Consumul de droguri a fost întâlnit în 20 % din cazuri ca fiind o patologie asociată altor condiții medicale, consum care a determinat un comportament antisocial, sau care a agravat o patologie psihiatrică preexistentă. Consumatorii au fost reprezentați preponderent de persoane cu vârste cuprinse între 17 și 30 de ani. Dependența alcoolică este o altă patologie întâlnită în 10% din cazuri, patologie care la nivel național nu este înțeleasă ca o boală și care este tratată cu superficialitate în special în mediul rural. Alte patologii asociate tulburărilor psihiatrice în proporții mai reduse au fost reprezentate de tulburări neurologice sau psihiatrice.

O preponderență de 28% a fost pusă în evidență în ceea ce privește persoanele cu antecedente penale, un procent destul de ridicat care arată rata de recidivă a acestor persoane majoritatea prezentând o patologie psihiatrică sau fiind consumatoare de alcool. S-a efectuat o corelație între nivelul educațional și rata infraționalității unde s-a constatat că majoritatea actelor infraționale au fost produse de persoane cu studii medii (41%), fără studii (4%) sau cu studii primare (27%).

În cadrul acestui studiu în 71% dintre cazuri comisia a stabilit că persoana examinată are discernământ prezent și este capabilă de a înțelege consecințele social juridice ale faptelor sale, iar în 26% din cazuri, discernământul este absent, ceea ce denotă faptul că persoanele examinate nu aveau responsabilitatea faptelor comise.

Având în vedere scopul principal al măsurilor de siguranță cu caracter medical-curativ, acela de a înlătura o stare de pericol sau de a preîntâmpina săvârșirea unor fapte prevăzute de legea penală, creându-se, în locul ei, o stare de siguranță pentru persoana aflată într-un anumit grad de inferioritate psihică, comisia, în urma expertizării persoanei poate dispune luarea acestor măsuri. În ceea ce privește internarea medicală și tratamentul medical, acestea se recomandă în cazul în care starea psihică a subiectului este grav alterată, menționăm că s-a recomandat internarea medicală în 10% din cazuri, iar tratamentul medical obligatoriu în 31% dintre cazurile supuse studiului. Acestea pot fi menținute dacă starea persistă sau pot fi înlocuite unele cu celelalte în măsura în care starea subiectului s-a ameliorat vizibil sau din contră s-a agravat sau în urma reevaluării persoanei, aceasta poate fi scoasă de sub aceste măsuri dacă boala a încetat. În studiul efectuat doar în 12% dintre cazuri a fost solicitată de către organele competente o reevaluare a măsurilor de siguranță cu caracter medical.

O corelație în cadrul eșantionului între tipul discernământului stabilit de comisia de expertiză și antecedentele penale a arătat că majoritatea celor cu discernământ prezent au avut și antecedentele penale fiind de fapt recidiviști. O alta analiza comparativă între discernământ și măsurile de siguranță arată că internarea medicală a fost recomandată doar persoanelor fără discernământ, pe când tratamentul medical a fost recomandat atât persoanelor cu discernământ prezent (11 cazuri), cât și persoanelor fără discernământ (12 cazuri).

Totodată menționăm că acest studiu retrospectiv are anumite limitări, concretizate prin perioada de timp a studiului, teritorialitatea cât și imposibilitatea urmăririi cazurilor expertizate în sistemul juridic pentru a evalua consecințele expertizelor medico-legale psihiatrice.

X. CONCLUZII

Cauzele penale impun efectuarea unei expertize medico-legale psihiatrice doar în situația în care se

pune în discuție săvârșirea faptei fără discernământ și este la latitudinea organelor judiciare solicitarea acestei examinări complementare. În aceste situații sexul masculin este predominant în special dacă vorbim de cauze penale. De asemenea s-a constatat că infraționalitatea este mai crescută la intervalele de vârstă 18-30 de ani, comparând solicitările expertizelor medico-legale psihiatrice în spețele de natură penală. Acest interval de vârstă, 18-30 de ani, se corelează cu infracțiuni contra patrimoniului pe când grupa de vârstă 31-50 de ani se corelează mai mult cu infracțiuni comise asupra unui membru al familiei și contra libertății persoanei.

Majoritatea cazurilor expertizate au fost solicitate de organele de poliție, fapt ce atestă o gravitate scăzută a faptelor infracționale săvârșite. Potrivit studiului în 33% din cazuri expertizele medico-legale psihiatrice au fost solicitate pentru infracțiuni contra patrimoniului, urmate de infracțiuni contra libertății persoanei și contra integrității sexuale în proporție de 20%.

Din punct de vedere psihiatric tulburarea de personalitate disocială a fost diagnosticul preponderent în cadrul expertizelor, asociat de cele mai multe ori cu consumul de droguri, alcool, sau pe fondul unei tulburări neurologice. De remarcat că 28% dintre cei supuși examinării aveau antecedente penale, iar dintre aceștia majoritatea aveau discernământ la data comiterii faptei în momentul actualei examinări.

Corelația dintre nivelul educațional scăzut și rata infraționalității este vizibilă dacă cumulăm procentele aferente studiilor primare (27%), studiilor medii (41%) și a celor fără studii (4%), ajungându-se la peste 70% din totalul celor examinați. În același timp determinarea nivelului educațional, coroborat cu determinările IQ efectuate susțin corelația dintre nivelul scăzut al intelectului, rata crescută a infraționalității și posibila predispoziție spre o patologie psihiatrică.

Majoritatea solicitărilor au avut ca obiectiv stabilirea discernământului (58 de cazuri) urmate de stabilirea discernământului împreună cu necesitatea luării unor măsuri de siguranță (31 de cazuri). În 71% din cazuri s-a stabilit că persoanele expertizate aveau capacitatea psihică de a înțelege consecințele social juridice ale faptelor sale, fiind cel mai probabil puse sub acuzare. Comisia de expertiză medico-legală psihiatrică a recomandat că se impune măsura internării medicale în doar 10 cazuri, iar obligativitatea la tratament medical a fost recomandată în 33 de cazuri.

Corelația dintre discernământ și măsurile de siguranță arată că internarea medicală a fost recomandată doar persoanelor fără discernământ, pe când tratamentul medical a fost recomandat atât persoanelor cu discernământ prezent (11 cazuri), cât și persoanelor fără discernământ (12 cazuri).

REFERENCES / BIBLIOGRAFIE

- Iftenie V.; Dermengiu D.**, Medicină legală. Ediția 2. București, Ed. C.H.Beck, 2014
- Bulgaru-Iliescu D., Costea G., Enache A., Oprea L., Gheorghiu V., Astărăstoae V.**, Expertiza medico-legală psihiatrică-Abordare interdisciplinară. Iași: Ed. Timpul; 2013.
- Botnaru S.**, Categoriile „capacitate psihică”, „discernământ”, „vinovăție” și „responsabilitate” în dreptul penal, în “Revista Națională de Drept”, nr.1/2013
- Scripcaru Gh., Astărăstoae V., Boișteanu P., Chiriță V., Scripcaru C.**, Psihiatrie medico-legală, Iași, Ed. Polirom, 2002
- Beliș V.**, Medicină legală. Curs pentru Facultățile de Drept, ediția a VI-a, București, Ed. Juridică, 2006.
- Iftenie V.**, Medicină legală din perspectivă juridică, București, Ed. Fundației României de Măine, 2006.
- Constantin R., Drăghici P., Ioniță M.**, Expertizele, mijloc de probă în procesul penal, București, Ed. Tehnică, 2000
- Dragomirescu V.T.**, Expertiza medico-legală în psihiatria judiciară, București, Ed. Viața Medicală Românească, 2000

Groza I.L., Astărăstoae V., Introducere în medicina legală pentru juriști, București, Ed. C.H.Beck, 2007

Perju-Dumbravă D., Mățiș D., Curs de medicină judiciară și legislație medicală. Cluj-Napoca, Ed. Cordial LEX, 2008

Streteanu F., Nițu D., Drept penal.Parte generală.Curs universitar. București, Ed. Universul Juridic, Vol.I, 2014

Dragomirescu V.T., Tratat de medicină legală, București, Ed. Medicală, Vol.II, 1995

Pașca V., Drept penal.Parte generală, ediția a III-a, București, Ed. Universul Juridic, 2014

Vasilcu M.S., Expertiza medico-legală psihiatrică [Online]. [citat 2018 iulie 15] Disponibil la: <http://www.umfiasi.ro/Rezidenti/suporturidecurs/Facultatea de Medicina/Medicina Legala - modul Medicina Legala/Expertiza medico-legala psihiatrica.pdf>

Buda O., Iresponsabilitate. Aspecte medico-legale psihiatrice cu aplicații în dreptul penal, civil și al familiei, București, Ed. Științelor Medicale, 2006

Antoniou G., Vinovăția penală, București, Ed. Academiei Române, 1995

Pașca V., Curs de drept penal. Parte generală, Ediția a II-a, București, Ed. Universul Juridic, 2012

Antoniou G., Toader T., Explicațiile noului Cod penal, Vol.II, București, Ed. Universul Juridic, 2015

Dragomirescu V., Hanganu O., Prelipceanu D., Expertiza medico-legală psihiatrică, București, Ed. Medicală, 1990

Dindelegan C., Psihopatologie și psihologie clinică, Ediția a II-a, Iași, Ed. Institutul European, 2012

Scripcacu Gh., Astărăstoae V., Scripcaru C., Medicina legală pentru juriști, Iași, Ed. Polirom, 2005

Fodoreanu L., Elemente de diagnostic și tratament în psihiatrie, Cluj-Napoca, Ed. Medicală Universitară „Iuliu Hațieganu”, 2006

Dănescu Gh., Tomorug E., Probeleme judiciare în psihiatrie, București, Ed. Medicală, 1973

Zăvoi R., Udriștoiu T., Marinescu D., Elemente de psihiatrie medico-legală, Craiova, Ed. Medicală Universitară, 2007

Scripcacu Gh., Tebarcea M., Patologie medico-legală, Ediția a II-a. București, Ed. Didactică și Pedagogică, 1983

Banciu C., Expertize medico-legale pentru persoane în viață, Cluj-Napoca, Ed. Napoca Star, 2014

Perju-Dumbravă D., Expertiza medico-legală în practica judiciară, Cluj-Napoca, Ed. Argonaut, 1999

CURTEA DE APEL CLUJ. PROCURORUL GENERAL NU ARE COMPETENȚA DE A INFIRMA O SOLUȚIE DISPUSĂ DE PROCURORI AI DIRECȚIEI DE INVESTIGARE A INFRAȚIUNILOR DE CRIMINALITATE ORGANIZATĂ ȘI TERRORISM

CLUJ COURT OF APPEALS. THE PROSECUTOR GENERAL HAS NO JURISDICTION TO OVERTURN A DECISION TO CLOSE A CASE ORDERED BY A PROSECUTOR FROM THE DIRECTORATE FOR INVESTIGATING AND COMBATING ORGANISED CRIME AND TERRORISM

Oana BUGNAR¹
Avocat - Baroul Cluj

ABSTRACT

In a judgment of the Cluj Court of Appeal, it was established that the Prosecutor General does not have jurisdiction to examine the lawfulness and merits of a decision to close a case ordered by a DIICOT prosecutor, this document presenting both the arguments of the preliminary chamber judge and the additional arguments that support this solution. It also analyses the manner in which the Prosecutor General has been notified, namely by a prosecutor of the Prosecutor's Office attached to the Cluj Court of Appeal, to whom the case was assigned after the order to close the case was issued by the DIICOT prosecutor and after the jurisdiction to continue the criminal investigation for the rest of the offences was waived to the Prosecutor's Office attached to the Court of Appeal. The manner in which the Prosecutor General was notified was made in an „inventive” procedure by creating an apparent negative conflict of jurisdiction that would have allowed the Prosecutor General to be notified, but the conditions for the existence of such a conflict were not met. Finally, the Preliminary Chamber judge at the Court of Appeal confirms that the resumption of the criminal investigation under Article 335 (1) of the Criminal Procedure Code can only be ordered if the hierarchical prosecutor finds that the circumstances that warranted closing the case did not exist and the resumption of the criminal investigation as a result of a simple reassessment of the evidence is not allowed.

Keywords: *resumption of the criminal investigation, Prosecutor General, the Directorate for the Investigation of Organized Crime and Terrorism, jurisdiction, negative conflict of jurisdiction.*

REZUMAT

Printr-o sentință a Curții de Apel Cluj s-a stabilit faptul că procurorul general nu are nici competența funcțională și nici materială de a verifica legalitatea și temeinicia unei soluții de clasare dispuse de un procuror DIICOT, prezentul material prezentând atât argumentele judecătorului de cameră preliminară cât și argumentele suplimentare care susțin această soluție. De asemenea, este analizată modalitatea în care procurorul general a fost sesizat, respectiv de un procuror al Parchetului de pe lângă Curtea de Apel Cluj căruia i-a fost repartizat dosarul ulterior dispunerii soluției de clasare de către procurorul DIICOT și declinării competenței de efectuare a urmăririi penale pentru restul infracțiunilor la Parchetul de pe lângă Curtea de Apel. Modalitatea de sesizare a procurorului general s-a realizat

¹ Autoarea este avocat colaborator în cadrul SCPA „Sergiu Bogdan și Asociații”, doctorandă și cadru didactic asociat al Facultății de Drept din cadrul Universității Babeș-Bolyai, Cluj-Napoca, România. Domeniile de cercetare și expertiză sunt: evaziunea fiscală și infracțiunile de criminalitate organizată. **E-mail:** oana.bugnar@law-sba.ro.

într-o procedură de-a dreptul „ingenioasă” prin crearea unui aparent conflict negativ de competență care ar fi permis sesizarea procurorului general, în cauză nefiind însă îndeplinite condițiile de existență ale unui asemenea conflict. Finalmente, judecătorul de cameră preliminară de la Curtea de Apel confirmă faptul că redeschiderea urmăririi penale în temeiul art. 335 alin. (1) din Codul de Procedură Penală se poate dispune doar dacă procurorul ierarhic constată că nu a existat împrejurarea pe care se întemeia clasarea, nefiind permisă redeschiderea urmăririi penale ca urmare a unei simple reaprecieri a probelor.

Cuvinte cheie: *redeschiderea urmăririi penale, procurorul general, Direcția de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism, competența, conflict negativ de competență, necompetența procurorului general, clasarea cauzei, grup infracțional organizat.*

CUPRINS

I. Starea de fapt	93
II. Nelegalitatea ordonanței procurorului de la parchetul de pe lângă curtea de apel cluj	95
III. Nelegalitatea ordonanței procurorului general	97
IV. Netemeinicia ordonanței din data de 09.08.2018 a procurorului general	100

Prin prezenta notă jurisprudențială urmează să analizăm succint **Sentința penală nr. 190/2018 a Curții de Apel Cluj** prin care s-a dispus respingerea cererii procurorului general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție privind confirmarea ordonanței nr. 1983/2018 de redeschidere a urmăririi penale într-un dosar al Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism – Serviciul Teritorial Cluj în care procurorii acestui parchet specializat au dispus clasarea cauzei², instanța făcând o amplă analiză a normelor care reglementează competența procurorului general.

Probabil încă de la lecturarea acestei prime precizări se naște o întrebare: dacă vorbim despre un dosar al DIICOT – S.T. Cluj, cum s-a ajuns ca procurorul general să dispună redeschiderea urmăririi penale? Poate procurorul general să infirme o astfel de soluție de clasare?

I. STAREA DE FAPT

În esență, în dosarul DIICOT – Serviciul Teritorial Cluj, inculpații au fost cercetați pentru săvârșirea mai multor infracțiuni, printre care și infracțiunea de constituirea unui grup infracțional organizat prev. de art. 367 Cod penal, infracțiune care a atras competența DIICOT de efectuare a urmăririi penale.

Prin ordonanța din data de 28.02.2018 procurorul de caz a dispus clasarea cauzei având ca obiect infracțiunea de constituirea unui grup infracțional organizat și declinarea cauzei la Parchetul de pe lângă Curtea de Apel Cluj, dată fiind calitatea de avocați a doi dintre inculpați.

1. Soluția procurorului de la Parchetul de pe lângă Curtea de Apel Cluj:

Prin ordonanța din data de 03.04.2018, procurorul de la Parchetul de pe lângă Curtea de Apel Cluj căruia i-a fost repartizat dosarul, dispune:

- sesizarea procurorului general în vederea infirmării soluției de clasare;
- declinarea competenței de soluționare a cauzei în favoarea DIICOT - S.T. Cluj;
- sesizarea procurorului general în vederea soluționării conflictului negativ de competență ivit între Parchetul de pe lângă Curtea de Apel Cluj și DIICOT – S.T. Cluj, în sensul stabilirii competenței în favoarea celei din urmă unități.

² În continuare D.I.I.C.O.T. – S.T. Cluj.

Motivele invocate de procurorul de la Parchetul de pe lângă Curtea de Apel Cluj au constat în esență în faptul că:

- soluția de clasare este pur formală, iar motivarea stereotipă este menită doar a degreva unitatea DIICOT – S.T. Cluj de dosar;
- repetatele extinderi ale urmăririi penale dispuse în privința suspectilor și legăturile infracționale dintre aceștia, relevă faptul că infracțiunile pentru care nu s-a dispus clasarea cauzei ar fi putut fi comise doar în cadrul unui grup infracțional temeinic organizat;
- este posibil ca o parte a activității infracționale reținute în sarcina suspectilor să se afle sub incidența dispozițiilor procedurale privitoare la prescripția răspunderii penale, iar procurorii DIICOT au omis să analizeze acest aspect.

În consecință, procurorul de la Parchetul de pe lângă Curtea de Apel Cluj a apreciat ordonanța de clasare ca fiind *nelegală* și în temeiul art. 304 alin. (2) rap. la art. 304 alin. (1) C.proc.pen., art. 64 alin. (3) din Legea nr. 304/2004, art. 58 C.proc.pen. și art. 11 alin. (1) pct. 2 din OUG nr. 78/2016, a dispus sesizarea procurorului general.

2. Soluția procurorului general de la Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție:

Prin ordonanța din data de 09.08.2018, în temeiul art. 64 alin. (3) din Legea nr. 304/2004, art. 304 alin. (2), art. 332 alin. (1) lit. c) și art. 335 alin. (1) și (4) C.proc.pen., procurorul general a dispus:

- infirmarea ca *nelegală* a ordonanței de clasare;
- redeschiderea și reluarea urmăririi penale sub aspectul săvârșirii infracțiunii de constituirea unui grup infracțional organizat;
- sesizarea judecătorului de cameră preliminară din cadrul Curții de Apel Cluj pentru a aprecia asupra legalității și temeiniciei ordonanței de redeschidere;
- stabilirea competenței de efectuare a urmăririi penale în favoarea DIICOT – S.T. Cluj;
- comunicarea către Parchetul de pe lângă Curtea de Apel Cluj a modului de soluționare a conflictului negativ de competență.

Deși ordonanța de clasare este apreciată ca fiind *nelegală*, argumentele invocate de procurorul general vizează mai degrabă aspecte de temeinicie, făcându-se o reală analiză a materialului probator și concluzionându-se, similar procurorului de la Parchetul de pe lângă Curtea de Apel Cluj, că soluția de clasare este una *pur formală*.

3. Soluția judecătorului de cameră preliminară de la Curtea de Apel Cluj

Prin Sentința penală nr. 190/2018 judecătorul de cameră preliminară de la Curtea de Apel Cluj respinge cererea procurorului general apreciind că nu sunt îndeplinite condițiile de legalitate și nici cele de temeinicie ale redeschiderii urmăririi penale.

În esență, argumentele judecătorului de cameră preliminară privitoare la nelegalitatea ordonanței de redeschidere au fost următoarele:

- a) Procurorul general nu avea competența funcțională** de a dispune redeschiderea urmăririi penale:
 - procurorul general nu era procurorul ierarhic superior celui care a dispus soluția infirmată nici în sensul normelor speciale din OUG nr. 78/2016, nici în sensul normelor generale din art. 355 alin. (1) C.proc.pen.;
 - art. 16 alin. (6) din OUG nr. 78/2016 dispune expres că doar procurorii ierarhic superiori din cadrul DIICOT, prevăzuți la alin. (1)-(4), exercită în mod corespunzător celelalte atribuții prevăzute de Codul de procedură penală pentru procurorul ierarhic superior, deci inclusiv cea vizând redeschiderea urmăririi penale;
 - în cauză, soluția aparținând procurorilor DIICOT – S.T. Cluj, redeschiderea urmăririi penale era de

competența procurorului ierarhic celui care a dispus clasarea, deci a procurorului șef – serviciu a DIICOT – S.T. Cluj;

- art. 335 alin. (1) C.proc.pen. reprezintă o normă legală de competență materială exclusivă a procurorului ierarhic superior de a infirma ordonanța de clasare și de a redeschide urmărirea penală;

- în literatura de specialitate s-a observat argumentat că în ipoteza vizată (de art. 335 alin. 1 C.proc.pen. – n.n.) procurorul ierarhic superior are posibilitatea de a reanaliza situația de fapt sau de drept avută în vedere de procurorul de caz la momentul clasării, ceea ce implică competența materială a acestuia în instrumentarea cauzei³.

b) Procurorul general nu avea competența materială de a dispune redeschiderea urmăririi penale

- procurorul general nu avea competența de a formula o astfel de sesizare, arătându-se că art.64 alin. (3) din Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară, menționat ca temei de emitere a ordonanței de infirmare, prevede că soluțiile adoptate de procuror pot fi infirmate motivat de către procurorul ierarhic superior, când sunt apreciate ca fiind nelegale sau netemeinice, fără să prevadă însă competența procurorului general de a infirma soluțiile tuturor procurorilor;

- prin ordonanța procurorului general s-a infirmat ca nelegală o ordonanță de clasare emisă de către procurori din cadrul DIICOT – S.T. Cluj, într-o cauză de competența specială exclusivă a Direcției, conform art. 11 alin. (1) pct.4 din OUG nr. 78/2016 (...) este nelegală teza potrivit căreia procurorul general, situat în vârful ierarhiei procurorilor ar putea redeschide urmărirea penală cu încălcarea normelor de competență specială;

- procurorul general a încălcat normele de competență materială (...) fiindcă redeschiderea urmăririi penale este un act de urmărire penală (...);

- art. 1 alin. (2) din OUG nr. 78/2016 dispune expres că DIICOT este condusă de procurorul general prin intermediul procurorului-șef al DIICOT;

- încălcarea normelor de competență materială atrage sancțiunea nulității absolute a actului efectuat cu neobservarea acestora⁴, iar nulitatea ordonanței de infirmare și de redeschidere a urmăririi penale, determină în mod direct nulitatea sesizării judecătorului de cameră preliminară cu confirmarea redeschiderii.

Argumentele judecătorului de cameră preliminară dovedesc pe deplin nelegalitatea ordonanței procurorului general, atât din perspectiva necompetenței funcționale a acestuia cât și din perspectiva necompetenței materiale. Totuși, apreciem că raportat la starea de fapt prezentată, pot fi aduse unele observații suplimentare, iar o primă observație vizează nelegalitatea și a ordonanței din data de 03.04.2018 a procurorului de la Parchetul de pe lângă Curtea de Apel Cluj, acesta fiind faptul „generator” al unei întregi serii de nelegalități, stopate finalmente prin Sentința penală nr. 190/2018.

II. NELEGALITATEA ORDONANȚEI PROCURORULUI DE LA PARCHETUL DE PE LÂNGĂ CURTEA DE APEL CLUJ

După cum am arătat *supra*, prin ordonanța din data de 03.04.2018, procurorul de la Parchetul de pe lângă Curtea de Apel Cluj dispune (a) sesizarea procurorului general în vederea infirmării soluției de clasare;

³ N. Volonciu, A.S. Uzlău, ș.a., *Codul de procedură penală comentat*, ed. a 3-a revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2017, p. 953.

⁴ Relevantă în acest sens este Decizia nr. 302/2017 a Curții Constituționale prin care s-a stabilit că *eliminarea din categoria nulităților absolute a nerespectării dispozițiilor referitoare la competența materială și după calitatea persoanei a organului de urmărire penală permite aplicarea în procesul penal a unui criteriu subiectiv de apreciere din partea organului de urmărire penală. Astfel, prin nereglementarea unei sancțiuni adecvate în cazul nerespectării de către organul de urmărire penală a competenței sale materiale și după calitatea persoanei, legiuitorul a creat premisa aplicării aleatorii a normelor de competență pe care le-a adoptat, consecința pronunțării acestei decizii fiind aceea că nerespectarea normelor de competență materială sunt sancționate cu nulitatea absolută și nu relativă.*

(b) declinarea competenței de soluționare a cauzei în favoarea DIICOT -S.T. Cluj; (c) sesizarea procurorului general în vederea soluționării conflictului negativ de competență ivit între Parchetul de pe lângă Curtea de Apel Cluj și DIICOT – S.T. Cluj, în sensul stabilirii competenței în favoarea celei din urmă unități.

Se poate observa din chiar dispozitivul ordonanței faptul că în cauză nu se putea discuta despre un real conflict negativ de competență. S-a încercat însă crearea aparenței existenței unui astfel de conflict, care ar fi justificat sesizarea procurorului general în temeiul dispozițiilor art. 16 alin. (8) din OUG nr. 78/2016 potrivit cărora *Procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție soluționează conflictele de competență ivite între Direcția de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism și celelalte structuri sau unități din cadrul Ministerului Public.*

Cu toate acestea, un astfel de **conflict negativ de competență era exclus de plano**. Pentru a fi în prezența unui conflict negativ de competență se impune ca două organe de urmărire penală să își decline reciproc competența. Ordonanța din data de 03.04.2018 nu a reprezentat însă un act de declinare a competenței ci o verificare a temeiniciei unei soluții date de procurorul unui parchet specializat, argumentele reținute în cuprinsul ordonanței procurorului de la Parchetul de pe lângă Curtea de Apel Cluj la care am făcut referire *supra* reprezentând o critică pe fond a soluției respective. Astfel, s-a ajuns la situația în care un procuror din cadrul unui parchet (Parchetul de pe lângă Curtea de Apel Cluj) competent material în ceea ce privește infracțiunile în legătură cu care a fost sesizat, dar necompetent din punct de vedere material cu privire la infracțiunea în legătură cu care nu a fost sesizat și care a făcut obiectul soluției de clasare, realizează o analiză de fond a acuzației care nu mai făcea obiectul dosarului, respectiv infracțiunea de constituirea unui grup infracțional organizat. Altfel spus, un procuror necompetent material analizează legalitatea și temeinicia unei soluții de clasare dispuse de un procuror din cadrul D.I.I.C.O.T. – S.T. Cluj.

În consecință, procurorul general nu putea fi sesizat în temeiul dispozițiilor art. 16 alin. (8) din OUG nr. 78/2016 din moment ce nu exista un conflict negativ de competență. Se constată din chiar dispozitivul ordonanței procurorului de la Parchetul de pe lângă Curtea de Apel Cluj că ceea ce se dispune este „sesizarea Procurorului General (...) în vederea infirmării soluțiilor nelegale de clasare” și ca o consecință a unei eventuale infirmări a ordonanței de clasare, „declinarea competenței de soluționare a prezentei cauze”.

Tocmai de aceea în opinia noastră, inclusiv Ordonanța din 03.03.2018 a procurorului de la Parchetul de pe lângă Curtea de Apel Cluj este lovită de nulitate absolută, organul de urmărire penală nefiind competent să analizeze temeinicia unei soluții de clasare a procurorilor D.I.I.C.O.T. și să sesizeze Procurorul General în vederea infirmării acestei soluții.

O astfel de verificare este în mod vădit inadmisibilă, cu atât mai mult cu cât procurorul din cadrul D.I.I.C.O.T. este un procuror al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție fiind așadar superior în grad procurorului de la Parchetul de pe lângă Curtea de Apel Cluj. A accepta legalitatea unei asemenea verificări ar presupune ca orice procuror, din cadrul oricărui parchet, să poată verifica legalitatea și temeinicia oricărei soluții dispuse de către un alt procuror, putându-se ajunge de exemplu la situații absurde în care un procuror de la un parchet de pe lângă o Judecătorie să „își decline competența” apreciind că soluția dată de un procuror al Direcției Naționale Anticorupție este netemeinică.

În acest context, apreciem că nu este lipsit de relevanță a face trimitere la Decizia nr. 302/2017 a Curții Constituționale, parag. 50-51 în care s-a reținut că „*tocmai importanța urmăririi penale ca fază distinctă a procesului penal a determinat înființarea unor organe de urmărire penală cu competențe speciale. Spre exemplu, prin Legea nr. 508/2004 a fost înființată Direcția de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism, în cadrul Ministerului Public, ca structură specializată în combaterea infracțiunilor de criminalitate organizată și terorism (...). În acest context, Curtea reține că înființarea unor structuri specializate presupune și o anumită competență specializată a acestora, strict determinată de lege, astfel că efectuarea sau supravegherea urmăririi*

penale în cauze care excedează acestei competențe determină o deturnare a scopului normelor legale ce au stat la baza înființării acestor structuri specializate”, concluzia fiind pe deplin aplicabilă și atunci când un procuror al unui parchet de pe lângă o instanță judecătorească intervine în domeniul de competență al unei structuri specializate, cum este D.I.I.C.O.T.

Finalmente, precizăm că în măsura în care sesizarea procurorului general ar fi constituit o reală cerere de rezolvare a unui conflict de competență, unica soluție pe care acesta putea să o dispună ar fi fost aceea de trimitere a cauzei la organul competent și nicidecum de redeschidere a urmăririi penale.

În realitate, în cauză s-a ajuns la „combinarea” a două proceduri:

- cea de soluționare a unui conflict negativ de competență – caz în care sesizarea procurorului general ar fi fost posibilă, însă soluția dată putea fi una exclusiv de trimitere a cauzei la organul competent și după cum am arătat *supra*, nu erau îndeplinite condițiile privind existența unei asemenea conflict;

- cea de verificare a legalității și temeiniciei unei soluții de netrimiteri în judecată – caz în care competența nu aparține procurorului general, ci în cazul dat, ar fi aparținut procurorului-șef birou al structurii teritoriale, astfel cum a reținut și judecătorul de cameră preliminară de la Curtea de Apel Cluj.

Or, având în vedere că procurorul de la Parchetul de pe lângă Curtea de Apel Cluj, cu depășirea competenței atribuite de lege, a emis o ordonanță prin care analizează practic o soluție de clasare a unui parchet specializat, apreciem că unica soluție pe care putea să o dispună procurorul general ar fi fost aceea de respingere a cererii, ordonanța din data de 03.04.2018 fiind lovită de nulitate.

În aceste condiții, încă de la acest moment sesizarea judecătorului de cameră preliminară devine nelegală, nulitatea operând în „cascadă”, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (2) C.proc.pen. potrivit cărora *actele îndeplinite ulterior actului care a fost declarat nul sunt la rândul lor lovite de nulitate, atunci când există o legătură directă între acestea și actul declarat nul: nulitatea ordonanței procurorului de la Parchetul de pe lângă Curtea de Apel Cluj determină nelegala sesizare a procurorului general și nulitatea ordonanței acestuia, care determină la rândul său nelegalitatea sesizării judecătorului de cameră preliminară.*

III. NELEGALITATEA ORDONANȚEI PROCURORULUI GENERAL

După cum în mod corect a reținut și judecătorul de cameră preliminară de la Curtea de Apel Cluj, în cauză, procurorul general nu avea nici competența funcțională și nici materială de a dispune redeschiderea urmăririi penale.

1. În ceea ce privește necompetența funcțională

Judecătorul de cameră preliminară a reținut faptul că procurorul general nu avea competența de a infirma o soluție a procurorului D.I.I.C.O.T. – S.T. Cluj având în vedere că procurorul general nu este *procurorul ierarhic superior* al acestuia din urmă. Credem că în acest context, nu este lipsit de relevanță să facem trimitere la dispozițiile legale din care rezultă inexistența acestei subordonări.

În primul rând, precizăm faptul că *de plano*, **procurorul general nu poate exercita un control asupra vreunui procuror din cadrul DIICOT**. Singurul care poate face acest lucru este **procurorul – șef direcție**. Aceasta concluzie se datorează unei interpretări coroborate a mai multor dispoziții legale.

Astfel, după cum rezultă din dispozițiile art. 3 din Ordinul nr. 4682/2016 pentru aprobarea Regulamentului de organizare și funcționare al Direcției de Investigare a Infraacțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism, *Direcția (...) este independentă în raport cu instanțele judecătorești și cu parchetele de pe lângă acestea, precum și în relațiile cu celelalte autorități publice, exercitându-și atribuțiile numai în temeiul legii și pentru asigurarea respectării acesteia.*

Această prevedere stabilește în mod categoric **independența unui parchet specializat** în raport cu

Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, iar ierarhia procurorilor din cadrul D.I.I.C.O.T. și faptul că **Procurorul-șef direcție este conducătorul acestei structuri**, rezultă din următoarele dispoziții:

- art. 13 din Ordinul nr. 2632/2014 pentru aprobarea Regulamentului de ordine interioară al parchetelor;⁵

- art. 1 alin. (2) din OUG nr. 78/2016;⁶

- art. 3 alin. (3) din același act normativ potrivit căruia **Procurorul-șef al Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism exercită controlul asupra procurorilor din subordine în mod direct sau prin procurori anume desemnați.**

- și art. 19 din Ordinul nr. 4682/2016.⁷

Linia ierarhică existentă în cadrul D.I.I.C.O.T. rezultă de altfel și din alte dispoziții legale, de exemplu din art. 16 din OUG nr. 78/2016 care reglementează modalitatea de confirmare a rechizitoriilor întocmite de procurorii din cadrul D.I.I.C.O.T., verificarea făcându-se astfel:

- Rechizitoriile întocmite de procurorii din cadrul serviciilor și birourilor teritoriale » verificate de procurorii-șefi ai acestor servicii ori birouri [art. 16 alin. 1].

- Rechizitoriile întocmite de procurorii-șefi ai birourilor teritoriale » verificate de procurorii-șefi ai serviciilor teritoriale, iar în lipsa acestora de către procurorii șefi secție [art. 16 alin. 2].

- Rechizitoriile întocmite de procurorii-șefi ai serviciilor teritoriale, precum și cele întocmite de procurorii din cadrul secțiilor Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism » verificate de procurorii-șefi ai secțiilor [art. 16 alin. 3].

- Rechizitoriile întocmite de procurorii-șefi ai secțiilor din cadrul Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism » verificate de procurorul-șef al Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism [art. 16 alin. 4].

De asemenea, potrivit art. 16 alin. (5) din OUG nr. 78/2016 *Plângerea împotriva măsurilor luate sau a actelor efectuate de procuror ori efectuate pe baza dispozițiilor date de acesta se rezolvă de procurorii ierarhic superiori prevăzuți la alin. (1)-(4) iar potrivit alin. (6) Procurorii ierarhic superiori prevăzuți la alin. (1)-(4) exercită în mod corespunzător și alte atribuții prevăzute în Codul de procedură penală pentru procurorul ierarhic superior.*

Atribuțiile prevăzute de lege pentru procurorii din cadrul D.I.I.C.O.T. reprezintă un argument suplimentar în acest sens. Potrivit dispozițiilor art. 10, 26, 27 și 28 din Ordinul nr. 4682/2016, procurorul – șef birou, procurorul – șef serviciu, procurorul – șef adjunct secție, procurorul – șef secție și procurorul – șef adjunct direcție au în competență efectuarea urmăririi penale precum și verificarea temeiniciei și legalității măsurilor procesuale luate și ale soluțiilor dispuse de procurorii din subordine. Ultimul procuror pe linie ierarhică ce

⁵ **Extras art. 13 din Ordinul nr. 2632/2014** pentru aprobarea Regulamentului de ordine interioară al parchetelor:

(1) Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție este condus de procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, ajutat de un prim-adjunct și un adjunct;

[...]

(3) Direcția de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism este condusă de un procuror șef, ajutat de un procuror șef adjunct.

⁶ **Extras art. 1 alin. (2) din OUG nr. 78/2016:** Direcția de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism funcționează ca structură în cadrul Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție și este condusă de procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, **prin intermediul** procurorului-șef al Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism.

⁷ **Extras art. 19 din Ordinul nr. 4682/2016:** Funcțiile procurorilor, în ordine ierarhică, sunt următoarele:

a) procuror-șef direcție;

b) procuror-șef adjunct direcție;

c) consilier al procurorului-șef direcție;

d) procuror-șef secție;

e) procuror-șef adjunct secție;

f) procuror-șef serviciu din structura centrală și teritorială;

g) procuror-șef birou din structura centrală și teritorială;

h) procuror.

poate efectua urmărirea penală și deci dispune soluții este procurorul – șef adjunct direcție, activitatea acestuia fiind controlată de procurorul – șef direcție.

Procurorul – șef direcție nu are însă printre atribuții efectuarea urmăririi penale tocmai datorită faptului că actele sale nu mai pot fi verificate de un procuror ierarhic, el fiind „ultimul” procuror pe linie ierarhică ce poate controla activitatea procurorilor D.I.I.C.O.T. În măsura în care s-ar fi apreciat că procurorul general are competența de a verifica activitatea procurorilor D.I.I.C.O.T., eliminarea dintre atribuțiile procurorului – șef direcție a celor privind efectuarea urmăririi penale nu și-ar găsi o justificare. Cele arătate *supra* reprezintă o dovadă în plus a independenței și autonomiei acestei Direcții în raport de procurorul general.

Or, sintagma „procuror ierarhic superior” din cuprinsul art. 335 alin. (1) C.proc.pen. nu poate fi interpretată cu ignorarea tuturor prevederilor din legislația specială la care am făcut referire *supra*, competențele procurorului general în materia controlului de legalitate și temeinicie fiind restrânse, pentru a nu lipsi de conținut competențele speciale conferite procurorilor ierarhici superiori din cadrul parchetelor specializate.

În aceste condiții, ***doar procurorul-șef al D.I.I.C.O.T. – Serviciul Teritorial Cluj putea să dispună infirmarea ordonanței de clasare, acesta fiind procurorul ierarhic superior celui care a dispus clasarea.***

Potrivit art. 64 alin. (3) din Legea nr. 304/2004, dispoziție invocată de chiar procurorul general, *soluțiile adoptate de procuror pot fi infirmate motivat de către procurorul ierarhic superior.* În cauză, clasarea a fost dispusă de procurori din cadrul D.I.I.C.O.T. – S.T. Cluj, iar potrivit art. 19 din Ordinul nr. 4682/2016 la care am făcut referire *supra*, procurorul ierarhic superior celui care a dispus clasarea în cauză este procurorul-șef al D.I.I.C.O.T. – S.T. Cluj. În consecință, procurorul care ar fi fost competent să dispună infirmarea soluției ar fi fost procurorul-șef serviciu din structura teritorială și nicidecum procurorul general, cel dintâi fiind procurorul ierarhic superior celor care au dispus clasarea.

2. În ceea ce privește necompetența materială

Din punct de vedere material, procurorul general nu are competența de a analiza legalitatea și temeinicia unei soluții de clasare vizând infracțiuni care intră în competența exclusivă a D.I.I.C.O.T.

Ar fi absurd ca un procuror care nu are competențe în a efectua urmărirea penală cu privire la o infracțiune (începerea urmăririi penale, extinderea urmăririi penale, punerea în mișcare a acțiunii penale, clasarea cauzei, etc.) să poată analiza în schimb legalitatea și temeinicia unei soluții date de un parchet specializat competent.

Infirmarea unei soluții de clasare și dispunerea redeschiderii urmăririi penale nu poate avea loc în lipsa unei analize pe fond a cauzei prin raportare la elementele constitutive ale infracțiunii și la materialul probator. Or, o analiză a elementelor constitutive sau o analiză pe fond a cauzei raportat la infracțiunea ce a făcut obiectul soluției de clasare nu poate excede competenței materiale a organului care efectuează un asemenea demers. Orice altă interpretare contrară ar lipsi de conținut dispozițiile privitoare la competența materială reglementată în OUG nr. 78/2016 și s-ar afla în conflict cu cele statuate de Curtea Constituțională în decizia nr. 302/2017.

Din dispozițiile la care am făcut referire *supra*, se poate constata cu ușurință existența a trei structuri: parchetele de pe lângă instanțele judecătorești – aflate în subordinea Procurorului General al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, D.N.A. – condusă de procurorul – șef al direcției și D.I.I.C.O.T. – condusă de procurorul – șef al direcției, competența materială a fiecărei structuri fiind reglementată în mod expres și limitativ de lege. Astfel, un procuror D.N.A. nu va putea niciodată să verifice legalitatea și temeinicia unei soluții date de un procuror D.I.I.C.O.T., la fel cum un procuror D.I.I.C.O.T. nu va analiza legalitatea și temeinicia unei soluții date de un procuror al Parchetului de pe lângă o Curte de Apel.

Or, în cauza analizată, Procurorul General, care nu are atribuții de efectuare a urmăririi penale sau de verificare a legalității și temeiniciei unei soluții privitoare la infracțiunile care intră în competența D.I.I.C.O.T., a realizat o analiză propriu-zisă a dosarului și a dispus redeschiderea urmăririi penale.

3. *Imposibilitatea sesizării procurorului general*

În primul rând, după cum am arătat *supra* procurorul general nu putea fi sesizat în temeiul art. 16 alin. (8) din OUG nr. 78/2016 având în vedere că nu erau îndeplinite condițiile de existență ale unui conflict negativ de competență.

În al doilea rând, un procuror ierarhic superior poate verifica o soluție de netrimitere în judecată ca urmare a controlului exercitat din oficiu sau ca urmare a plângerii formulate în temeiul art. 336 și urm. C.proc. pen. Or, conform celor arătate anterior, procurorul general nu este procurorul ierarhic superior celui care a dispus soluția de clasare, nu are competența funcțională și materială de a verifica o soluție dată de un procuror D.I.I.C.O.T., motiv pentru care nu se poate sesiza din oficiu, iar procurorul de la Parchetul de pe lângă Curtea de Apel, în mod evident, nu are competența de a formula o plângere în temeiul art. 336 C.proc.pen..

4. *Consecința: nulitatea absolută a ordonanței din data de 09.08.2018 a Procurorului General*

În totală concordanță cu soluția dată de judecătorul de cameră preliminară, apreciem că unica soluție legală în cauza analizată era cea de constatare a nulității ordonanței procurorului general cu consecința nelegalei sesizări a judecătorului de cameră preliminară.

În cauza analizată, a fost depășită nu doar competența materială dar chiar și cea funcțională. Chiar dacă Curtea Constituțională nu a analizat în cuprinsul deciziei citate și situația necompetenței funcționale, *a fortiori* se impune constatarea nulității absolute având în vedere că de această dată discutăm nu doar de o necompetență raportată la obiectul cauzei ci de o necompetență absolută de a efectua un anumit act – în speță, de a verifica legalitatea și temeinicia unei soluții dispuse de un procuror din cadrul D.I.I.C.O.T.

Curtea Constituțională a subliniat importanța delimitării competențelor și a existenței unor structuri specializate arătând că „*reglementarea competențelor organelor judiciare reprezintă un element esențial ce decurge din principiul legalității, principiu ce se constituie într-o componentă a statului de drept. Aceasta deoarece o regulă esențială a statului de drept este aceea că atribuțiile/competențele autorităților sunt definite prin lege (parag. 55 din decizie) (...). Astfel, deși este recunoscut faptul că nulitatea absolută nu poate interveni în cazul oricărei încălcări a normelor de procedură, Curtea apreciază că aceasta trebuie să fie incidentă atunci când normele de procedură încălcate reglementează un domeniu cu implicații decisive asupra procesului penal. (...) Nerespectarea normelor legale privind competența materială și după calitatea persoanei produce o vătămare care constă în dereglarea mecanismului prin care este administrată justiția*” (parag. 57 din decizie). Or, toate cele arătate de Curte devin aplicabile *mutatis mutandis* și *a fortiori* în cazul unei necompetențe funcționale, încălcarea principiului legalității fiind în acest caz și mai gravă.

IV. NETEMEINICIA ORDONANȚEI DIN DATA DE 09.08.2018 A PROCURORULUI GENERAL

Deși prezenta analiză este axată în principal pe (ne)competența procurorului general de a verifica legalitatea și temeinicia soluțiilor dispuse de procurorii D.I.I.C.O.T., judecătorul de cameră preliminară de la Curtea de Apel Cluj a analizat și netemeinicia soluției de redeschidere, reținând în cuprinsul sentinței un argument care merită menționat, oferind dispozițiilor art. 335 alin. (1) C.proc.pen. o interpretare la care și noi am făcut referire anterior⁸, respectiv aceea că norma citată nu conferă posibilitatea procurorului ierarhic de a infirma o soluție de clasare în mod necondiționat, printr-o simplă reapreciere a probelor sau a încadrării

⁸ O. Bugnar, *Redeschiderea urmăririi penale ca urmare a plângerii formulate de inculpat împotriva ordonanței de clasare. Nelegalitate, consecințe, căi de atac*, în „Penalmente Relevant”, nr. 2/2017, p. 51 și urm., disponibil pe pagina <http://www.revista.penamente.ro>.

juridice ci este necesar să se constate că *nu a existat împrejurarea pe care se întemeia clasarea.*

În acest sens, judecătorul de cameră preliminară de la Curtea de Apel Cluj a constatat că nu sunt îndeplinite nici condițiile de temeinicie ale redeschiderii urmăririi penale având în vedere că *ordonanța de redeschidere a urmăririi penale supusă confirmării a abdicat de la rațiunea avută în vedere de către legiuitor, prin infirmarea argumentată pe o nouă interpretare a probelor și nicidecum pe constatarea că nu a existat împrejurarea pe care se întemeia clasarea, după cum prevede art. 335 alin. (1) C.proc.pen..*

Așadar, redeschiderea urmăririi penale în temeiul art. 335 alin. (1) C.proc.pen. ca urmare a controlului exercitat din oficiu de procurorul ierarhic superior nu este una necondiționată, nelimitată, ci este imperios necesar să se constate că nu a existat împrejurarea pe care se întemeia clasarea. Mai mult, în opinia noastră, este necesar inclusiv ca elementul care generează redeschiderea urmăririi penale să nu fi fost cunoscut la momentul pronunțării soluției de netrimitere în judecată⁹.

Inclusiv opinia Curții Constituționale pare să fie în acest sens, relevantă fiind Decizia nr. 456/2016¹⁰ prin care au fost analizate chiar dispozițiile art. 335 alin. (1) C.proc.pen. în situația în care se dispune redeschiderea urmăririi penale ulterior respingerii de către judecătorul de cameră preliminară a plângerii împotriva soluției de clasare, în temeiul art. 341 alin. (6) lit. a) sau alin. (7) pct. 2 lit. a) C.proc.pen.. Curtea Constituțională a arătat faptul că *exercitarea acestui drept (de a dispune redeschiderea urmăririi penale – n.n.) nu echivalează cu încălcarea autorității de lucru judecat, întrucât exercitarea acestui drept presupune **descoperirea unor elemente noi ale cauzei, de natură a justifica emiterea ordonanței de deschidere** (parag. 26 din decizie).*

Finalmente, apreciem că interpretarea dispozițiilor art. 335 alin. (1) C.proc.pen. trebuie să se facă în aceeași manieră și în ipoteza în care soluția de netrimitere în judecată nu a fost atacată în temeiul art. 340 C.proc.pen., neexistând în consecință o încheiere a judecătorului de cameră preliminară. Această concluzie se datorează faptului că ar fi inechitabil ca o soluție de netrimitere în judecată să fie infirmată în condiții mai restrictive sau mai puțin restrictive în funcție de decizia celorlalte părți din cauză de a ataca sau nu soluția. O astfel de interpretare nu face altceva decât să „încurajeze” persoanele urmărite față de care s-a dispus clasarea să atace soluția, solicitând chiar în mod netemeinic schimbarea temeiului de drept pe care s-a bazat clasarea, doar pentru a-și asigura „stabilitatea” soluției prin pronunțarea unei hotărâri de către judecătorul de cameră preliminară și impunerea unor condiții mai restrictive în care este posibilă redeschiderea urmăririi penale. Chiar și în această situație, rămân fără „remediu” persoanele față de care clasarea s-a dispus în temeiul art. 16 alin. (1) lit. a) C.proc.pen.

BIBLIOGRAFIE/REFERENCES

Bugnar, O., *Redeschiderea urmăririi penale ca urmare a plângerii formulate de inculpat împotriva ordonanței de clasare. Nelegalitate, consecințe, căi de atac*, în „Penalmentele Relevante”, nr. 2/2017

Volonciu, N.; Uzlău, A. S., *Noul Cod de procedură penală comentat*, Ed. Hamangiu, București, 2014

⁹ În același sens a se vedea N. Volonciu, A. S. Uzlău, *Noul Cod de procedură penală comentat*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 833.

¹⁰ Publicată în M.Of. nr. 902 din 9 noiembrie 2016.

LITERATURA DE SPECIALITATE NU E DOAR PENTRU
CEI CARE AJUNG SĂ SE CITEZE ÎNTRE EI. ACEASTA AR
TREBUI SĂ DEVINĂ ȘI SĂ RĂMÂNĂ O COMPONENTĂ
IMPORTANTĂ ÎN PROCESUL DE DELIBERARE AL CELOR
CARE AJUNG SĂ CONTUREZE PRACTICA JUDICIARĂ.

PENTRU PROMOVAREA IDEILOR BUNE REGĂSITE
ÎN LITERATURA DE SPECIALITATE ESTE NEVOIE,
ÎN PRIMUL RÂND, DE UN ACCES LIBER ȘI
NECONDIȚIONAT LA TOT CEEA CE ÎNSEAMNĂ
DOCTRINĂ.

ACESTA ESTE SCOPUL REVISTEI
PENALMENTE RELEVANT.

WWW.REVISTA.PENALMENTE.RO
WWW.REVISTA.PENALMENTE.EU

Revistă
Indexată
în BDI



