

INFRAȚIUNILE CU SUBIECT ACTIV SPECIAL. COMPLICITATEA LA DELAPIDARE**SPECIAL OFFENCES. COMPLICITY TO EMBEZZLEMENT****Cătălin Daniel POP¹**

Avocat - Baroul Cluj

ABSTRACT

Regarding participation in the field of special offences that require a certain condition to exist in the person of the author of the offence, the criminal status of the partners in crime of the principal author (co-author, inciter or accomplice) tends to be problematic when the partners do not have the same attribute that is required for the main author. After setting the theoretical framework on the issues of the special offences and complicity, the present material sets up the case-study of the accomplice in embezzlement. Working on the case-study, we see that because of the way criminal participation is regulated in the General Part of the Criminal Code of Romania, the accomplice in embezzlement “benefits” from an unfair legal treatment in terms of criminal punishment compared to the co-author who does not have the special quality required by law. Moreover, other criminal law institutions that are applicable to the accomplice are also analyzed. Before concluding, several solutions are proposed to the issues brought forward, from a scholarly and legislative point of view. Such solutions were seen as fair legislative norms in Spanish speaking countries which have a similar system of construction of the special offences.

KEYWORDS: *special offences; authorship (principals and accessory); participation; complicity; accomplice; extraneous; embezzlement.*

REZUMAT

În ceea ce privește participația în domeniul infracțiunilor cu subiect activ special, care necesită existența unei anumite condiții privind persoana autorului infracțiunii, statutul penal a celorlalți participanți la infracțiunea autorului principal (coautor, instigator sau complice) tinde să fie problematic atunci când participanții nu au același atribut care este necesar pentru autor. După stabilirea cadrului teoretic privind problemele infracțiunilor speciale și complicității, prezentul material stabilește ipoteza studiului de caz al complicelui la delapidare. Lucrând la studiul de caz, vedem că datorită modului în care participația penală este reglementată în Partea generală a Codului penal al României, complicele la delapidare „beneficiază” de un tratament juridic injust din punct de vedere al pedepsei în comparație cu coautorul care nu are calitatea specială cerută de lege. Mai mult decât atât, alte instituții de drept penal aplicabile complicelui sunt de asemenea analizate. La final, sunt propuse mai multe soluții pentru problemele prezentate, din punct de vedere doctrinar și/sau legislativ. Astfel de soluții au fost văzute ca rezolvări legale corecte în țările vorbitoare de spaniolă care au un sistem similar de reglementare a infracțiunilor cu subiect activ special.

CUVINTE-CHEIE: *subiect activ special; autorat; coautorat; participație penală; complicitate; extraneous; delapidare.*

¹ E-mail: popcata2014@gmail.com.

CUPRINS

I. Introducere	68
II. Fundamentul teoretic în care există problema inechităţii şi inoportunităţii	69
III. Complicitatea la delapidare	70
IV. Analiza situaţiei şi compararea tratamentului sancţionator. Demonstraţia problemei.....	72
A. Pedeapsa pentru delapidare şi pedeapsa prevăzută pentru furt	72
B. Consecinţele deosebit de grave	73
C. Incidenţa instituţiilor de drept penal general relevante	74
V. Soluţii propuse pentru rezolvarea problemei	77
VI. Concluzii.....	83

I. INTRODUCERE

Dintru început trebuie menţionat faptul că prezentul material va cuprinde doar analiza situaţiei în care complicele unei delapidări nu este un funcţionar public care gestionează sau administrează bunurile respective, calităţi pe care autorul (sau unul dintre coautorii) faptei le deţine. Totodată, situaţia analizată priveşte doar ipoteza infracţiunii prevăzute de art. 295 C.pen, în modalitatea însuşirii bunului.

Deşi potrivit art. 308 C.pen. sunt incriminate faptele prevăzute la art. 295 C.pen. inclusiv atunci când acestea sunt săvârşite de către persoanele care exercită, permanent sau temporar, cu sau fără o remuneraţie, o însărcinare de orice natură în serviciul unei persoane fizice dintre cele prevăzute în art. 175 alin. (2) C.pen. sau în cadrul oricărei persoane juridice, acestea nu fac obiectul prezentei analizei. De asemenea, nu sunt avute în vedere nici situaţiile în care alte norme de incriminare ar putea fi incidente în funcţie de particularităţile speţei (de exemplu, furtul calificat).

În cele ce urmează vom încerca să demonstrăm că un complice la fapta de însuşire a bunului, fără a avea calitatea specială cerută de art. 295 C.pen., este tratat în mod inechitabil în comparaţie cu unul dintre coautorii la fapta de însuşire, coautor care nu deţine nici el calitatea de funcţionar public care gestionează sau administrează bunurile în sensul normei de incriminare.

Chiar mai mult, credem că îi va fi mai favorabil complicelui să devină şi el coautor la fapta, adică să comită acte de executare, mai degrabă decât să rămână în sfera actelor de înlesnire, pe care complicitatea le presupune. Aceasta deşi în mod abstract, şi principial, actele de complicitate sunt mai puţin reprobabile moral decât cele ale unui coautor, vom vedea că tratamentul sancţionator al coautorului este mai favorabil decât cel al complicelui. Această situaţie, finalmente, relevă situaţia de inechitate.

Ulterior demonstraţiei, vom încerca să propunem soluţii care să rezolve această inechitate. Nevoia de a identifica a soluţii se justifică prin aceea că, din moment ce orice persoană este obligată să cunoască legea penală, existând deci o prezumţie că acest lucru se şi întâmplă. De asemenea aceleaşi persoane cunosc beneficiile în plan juridic de a deveni coautori în cazul infracţiunilor cu subiect activ special decât să rămână în sfera complicităţii, având în vedere că ei deja au intenţia de a participa/săvârşi o faptă prevăzută de legea penală. Aşadar, le este mai oportun să „fure” (în sens generic) alături de coautor, care deţine calitatea de funcţionar public şi gestionează sau administrează bunurile, decât să îi fie doar complice.

II. FUNDAMENTUL TEORETIC ÎN CARE EXISTĂ PROBLEMA INECHITĂȚII ȘI INOPORTUNITĂȚII

Urmărind sistemul și interpretările oferite de doctrina română², cu ajutorul căreia vom creiona fundamentul teoretic al problemelor ce vor fi expuse de noi, începând cu complicitatea, principiul de la care pornim este acela care ne dictează să avem în vedere ierarhizarea *in abstracto* cu privire la gravitatea formelor participației penale. Astfel **forma cea mai gravă formă a participației penale este autoratul, urmând apoi instigarea și complicitatea.**

Desigur, mergând cu firul logic mai departe, și în cadrul fiecărei forme de participație ar trebui să existe ierarhizări *in abstracto*, în forme mai mult sau mai puțin evidente. Astfel, cu titlu de principiu, complicitatea materială, prin intermediul căreia se înlesnește sau se sprijină comiterea acțiunii tipice ar trebui considerată mai gravă decât complicitatea intelectuală, care doar întărește sau întreține rezoluția infracțională cu privire la comiterea unei fapte prevăzute de legea penală. Putem recunoaște că, în termeni generali, sprijinirea unei activități prezintă un simț al gravității sensibil mai ridicat decât doar întreținerea intenției de a face ceva, adică încurajarea. Într-o analogie mult informală, încurajarea cu fapte este mai gravă decât încurajarea cu vorbe.

Mai departe, complicitatea intelectuală poate lua forma sprijinului la comiterea actelor de executare. Desigur, nu vorbim de simpla prezență, accidentală, ci de actul intenționat care oferă sprijin moral autorului, prin aceea că el poate conta pe faptul că, în caz de nevoie, cel care asistă îl poate ajuta în vreun fel.³ Dacă ar fi să mergem mai departe cu raționamentul, pe acea ierarhizare *in abstracto*, am putea aprecia, principial, că această modalitate de complicitate intelectuală de asistență aduce cel mai scăzut nivel de gravitate, raportat la toate celelalte forme de participație. Se observă că și dacă complicele nu ar fi stat niciun moment în starea de asistență („pândă”), sau nu ar păzi cu scopul de alarmare a autorului, situația ar fi fost aceeași: autorul în continuare comitea actele de executare nestingherit.

Astfel, actele complicele care doar asistă la comiterea actelor de executare putem și ar trebui să le considerăm, atât *in abstracto*, cât și *in concreto* (datorită diferenței mari de gravitate indicate), mult mai puțin reproșabile moral și de o gravitate mult mai scăzută, comparativ cu actele unui autor/coautor care săvârșește acte de executare în mod nemijlocit⁴.

Aceasta ar însemna că un coautor, ar trebui să beneficieze de un tratament sancționator mai grav decât cel aplicabil complicele la aceeași faptă și mai ales complicele intelectual.

Infracțiunile cu subiect activ special impropriu sunt cele în cazul cărora calitatea specială prevăzută de norma de incriminare pentru o anumită persoană determină o atenuare sau agravare a răspunderii penale, fapta constituind însă infracțiune și în absența acestei calități⁵.

Această categorie de infracțiuni, spre deosebire de infracțiunile cu subiect activ special proprii⁶, ridică probleme speciale sub aspectul încadrării juridice (și mai ales sub aspectul consecințelor acestei încadrări) în momentul în care o persoană care are calitatea cerută de norma de incriminare comite acte de executare împreună cu o persoană care nu deține o asemenea calitate, sau este ajutat (ipoteza complicității) de o persoană

² A se vedea în acest sens: F. Streteanu, *Tratat de drept penal. Partea generală*, vol. I, Ed. C. H. Beck, București, 2008, p. 211-212; R.H. Radu, *Participația în dreptul penal*, Ed. C.H. Beck, București, 2013, pp. 94-96; C. Mitrache, C. Mitrache, *Drept penal român. Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 370; S. Bogdan, D.A. Șerban, G. Zlati, *Noul Cod penal. Partea specială. Analize, explicații, comentarii. Perspectiva clujeană*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, pp. 433-436; F. Streteanu, D. Nițu, *Drept penal. Partea generală*, vol. I, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 277; M.E. Ungureanu, *Participația penală*, Ed. Universul Juridic, București, 2017, pp. 109-117, p. 143; F. Streteanu, D. Nițu, *Drept penal. Partea generală*, vol. II, Ed. Universul Juridic, București, 2018, pp. 208-211, p. 219, pp. 260-271.

³ „A ține de șase”.

⁴ „Este mult mai grav să furi și tu, decât să stai la pândă”.

⁵ F. Streteanu, D. Nițu, *Drept penal...*, vol. II, *cit. supra*, p. 210.

⁶ În cazul cărora absența calității prevăzute de lege face ca fapta să fie irelevantă din punct de vedere penal (Idem, p. 210).

care nu deține o asemenea calitate.

Dat fiind că existența calității doar agravează sau atenuează răspunderea, încadrarea juridică se va face în funcție de calitatea pe care o are fiecare dintre cei care comit actele de executare, în cazul coautoratului. Aceasta înseamnă că **dacă unui coautor îi lipsește calitatea specială cerută de normă, actele acestuia de executare vor fi încadrate în funcție de calitatea reziduală pe care o deține**. Răspunderea penală în acest caz va fi fructificată în forma infracțiunii care reține răspunderea penală neagravată sau neatenuată. Însă în situația complicității lucrurile vor fi judecate altfel.

Infracțiunile cu subiect activ special improprii reprezintă de fapt materializarea formală a unei noi infracțiuni (e.g. delapidarea), infracțiune ce a luat naștere prin alăturarea la o formă conceptuală de bază a unei infracțiuni (e.g. furtul, abuzul de încredere), a unei circumstanțe personale de individualizare (e.g. calitatea de gestionar sau administrator). Astfel, circumstanța personală de individualizare determină o atenuare sau agravare a răspunderii penale, fapta constituind însă infracțiune și în absența acestei calități. Aceasta se datorează faptului că circumstanțele personale de individualizare se comportă și atrag aceleași consecințe juridice ca și calitatea persoanei cerută de norma de incriminare a unei infracțiuni cu subiect activ special.

Chiar mai mult, calitățile intrinseci ale unui subiect activ special, care de obicei sunt liantul dorinței de a incrimina prin norme și articole separate alte infracțiuni raportate la forma de bază, devin circumstanțe personale de individualizare atunci când sunt incluse în norma de incriminare, astfel cum se întâmplă în cazul infracțiunilor cu subiect activ special improprii. În aceste situații, respectiva circumstanță, determinând încadrarea juridică, se va răsfrânge asupra tuturor participanților care au cunoscut-o, însă, după cum anticipam mai sus, cum calitatea specială cerută de norma de incriminare, în cazul infracțiunii cu subiect activ special improprii, trebuie să fie constatată cu privire la autor, în lipsa acesteia, coautorul va răspunde conform infracțiunii reziduale, de bază, neagravate sau neatenuate.⁷

Întrucât calitatea specială cerută de norma de incriminare nu este decât o circumstanță personală de individualizare care a ajutat la apariția formală a unei noi infracțiuni, este logic ca aceste circumstanțe să nu se răsfrângă între coautorii care nu dețin calitatea cerută de normă⁸.

Însă, în privința celorlalți participanți nu este necesară deținerea respectivei calități, întrucât circumstanța personală de individualizare se va răsfrânge asupra celor care au cunoscut-o, datorită condițiilor accesorialității participației, care ne dictează principiul conform căruia complicelul va răspunde pentru fapta tipică așa cum este ea configurată în considerarea calității autorului, chiar dacă el nu deține respectiva calitate.

Astfel, **asupra coautorului unei infracțiuni speciale improprii, întrucât el nu are calitatea specială prevăzută în norma de incriminare, circumstanța personală de individualizare nu se răsfrânge**, încadrarea juridică a actelor sale de executare urmând a fi realizată pe tipicitatea unei fapte penale reziduale, de bază, neagravate sau neatenuate. În același timp, **asupra complicității la o infracțiune specială improprie se va răsfrânge acea circumstanță personală de individualizare**, deși nu are calitatea cerută de lege, în baza principiului accesorialității, încadrarea sa juridică fiind identică cu cea a autorului, care deține calitatea specială, răspunzând juridic mai agravat sau mai atenuat.

III. COMPLICITATEA LA DELAPIDARE

O astfel de situație, în care circumstanța personală de individualizare nu se răsfrânge asupra coautorului care nu are calitatea prevăzută în norma de incriminare, dar se răsfrânge asupra complicității la o infracțiune specială improprie, o întâlnim în cazul infracțiunii de delapidare, în forma însușirii bunului. Astfel, delapidarea, prevăzută de art. 295 C.pen., în modalitatea însușirii bunului, este o infracțiune specială improprie datorită

⁷ *Idem*, p. 269.

⁸ *Idem*, p. 270.

faptului că prin cerința calității de funcționar public (care gestionează sau administrează respectivele bunuri) a normei această infracțiune doar agravează răspunderea juridică a persoanei a cărei răspundere juridică era oricum antrenată prin incriminarea însușirii în infracțiunea de furt. Totodată, calitatea de funcționar public este o circumstanță personală de individualizare, determinând încadrarea juridică în forma infracțiunii de delapidare, încadrare ce se va răsfrânge asupra complicelui care a cunoscut-o, dar nu și asupra unui coautor al funcționarului public, care nu deține acea calitate cerută de normă.

În consecință, în cazul în care un complice intelectual înlesnește însușirea unor bunuri de către funcționarul public, acesta va răspunde pentru infracțiunea de delapidare (avem două condiții, *lato sensu*: însușirea bunului și funcționarul public ce are calitatea de gestionar sau administrator), în timp ce coautorul⁹, care nu are calitatea specială cerută de art. 295 C.pen. va răspunde pentru infracțiunea reziduală, de bază, neagravată, a furtului, prin care se incriminează simpla însușire (unde avem doar o condiție: însușirea bunului).

Să ne imaginăm astfel următoarele două spețe:

1. Complicele intelectual (în continuare C.I.), o persoană care nu deține calitatea specială cerută de art. 295 C.pen sau de orice altă normă de incriminare, plimbându-se prin oraș, îl surprinde pe autorul delapidării (în continuare A.D.), în timp ce transporta din biroul lui calculatoare pe care (să presupunem că) le avea în gestiune, într-o mașină parcată într-un loc ferit de circulația persoanelor. C.I. îl recunoaște pe A.D. și merge să îl confrunte. Întrebându-l ce are de gând să facă cu calculatoarele, A.D. îi răspunde că dorește să le vândă lângă graniță deoarece vrea să plece cu bani mulți din țară.

Din dorința de a-l ajuta, C.I. îi spune lui A.D. că va sta păzească locul în timp ce A.D. continuă să mute calculatoarele din clădire în mașină, cu condiția ca A.D. să îi dea și lui ulterior o parte din câștigurile obținute de pe urma vânzării calculatoarelor. A.D. acceptă, nepăsându-i prea mult de atitudinea lui C.I., iar după ce termină de luat toate calculatoarele din biroul său, pleacă cu mașina iar cei doi se despart. Evident, A.D. uită/ nu se ține de promisiune. După două luni cei doi sunt identificați și trimiși în judecată pentru infracțiunea de delapidare. A.D. este astfel autor al infracțiunii de delapidare, iar C.I. este complice intelectual al infracțiunii de delapidare.

2. A.R.F. (Autor Rupt la infracțiunea de Furt¹⁰), care e o persoană care nu are calitatea specială cerută de art. 295 C. pen sau orice altă normă de incriminare, plimbându-se prin oraș, îl surprinde pe A.D, care este prefectul județului, în timp ce transporta din biroul lui calculatoare pe care el le gestionează în biroul său, într-o mașina de capacitate ridicată, parcată în spatele prefecturii, într-un loc ferit de circulația obișnuită a persoanelor. A. R.F. îl recunoaște pe A.D. ca fiind prefectul județului și merge să îl confrunte. Întrebându-l ce are de gând să facă cu calculatoarele, A.D. îi răspunde că dorește să le vândă lângă graniță deoarece vrea sa plece cu bani mulți din țară, întrucât s-a săturat de politica externă a țării.

Întrucât și A.R.F. avea un mare resentiment față de politica externă a țării, îi spune lui A.D. că va transporta bunurile alături de el până lângă mașină, cu condiția ca A.R.F. să păstreze câteva calculatoare. A.D. acceptă, iar după ce termină de dus toate calculatoarele din biroul prefectului, A.D. pleacă cu mașina, iar A.R.F. rămâne cu două calculatoare. Trec două luni iar cei doi sunt prinși și judecați pentru infracțiunea de delapidare. A.D. este astfel (co)autor al infracțiunii de delapidare, dar A.R.F., în urma discuțiilor de mai sus, nu poate fi

⁹ Indiferent dacă îl numim coautor sau autor al unei infracțiuni proprii, indiferent de terminologia folosită, fie ea cea de „rupere” sau „neaplicare” a coautoratului, consecințele practice rămân aceleași; însă, pentru a evidenția diferența și a ne reaminti ipoteza de la care plecăm în acest studiu, vom folosi terminologia de „autor rupt la furt”, pentru a numi situația coautorului care nu deține calitatea de funcționar public.

¹⁰ Terminologia de autor rupt la furt se datorează faptului că acel coautor nu are calitatea cerută de art. 295 C.pen., în momentul actelor de executare în modalitatea însușirii bunului, astfel că acel coautorat, dintre coautorul care are calitatea cerută de art. 295 C.pen. și cel fără calitate, se „rupere”, fiecare dintre cei doi devenind autori ruși la două infracțiuni distincte: una de furt, respectiv delapidare.

decât (co)autor la furt, întrucât el nu are calitatea cerută de art. 295 C.pen.

Astfel, comparând situațiile celor doi, la o prima vedere pare că avem o inechitate cu privire la limitele de pedeapsă ce sunt consecința celor două încadrări diferite, întrucât C. I. va răspunde între limitele de pedeapsă de minim 2 ani și maxim 7 ani, pe când A.R.F. va fi încadrat între niște limite de pedeapsă de minim 6 luni și maxim 3 ani. Așadar, pare că îi era mai oportun lui C.I. să comită și el acte de executare.

Totuși, poate pe bună dreptate, această inechitate și oportunitate poate fi considerată ca fiind doar aparentă, întrucât limitele de pedeapsă ale celor doi se suprapun parțial, astfel că echitatea și justetea penală ar fi satisfăcute prin orientarea către o pedeapsă cu închisoare spre limita minimă în cazul lui C.I. și spre limita maximă în cazul lui A.R.F. Chiar și așa, să nu uităm că în modelul nostru *in abstracto*, actele de asistență ale lui C.I. sunt cel mai puțin reprobabile moral, iar actele de executare ale lui A.R.F. ar trebui considerate mult mai grave. Totuși, după cum o să vedem, tratamentul penal este invers: actul mai puțin reprobabil moral primește un tratament penal mai aspru, în timp ce actul cel mai reproșabil moral, cel de executare, primește un tratament penal mai atenuat.

Astfel, procedând la o analiză în detaliu a tratamentului sancționator aplicabil celor doi, am conchis că avem de a face cu o inechitate în plan sancționator, întrucât lui C. îi era mai oportun să săvârșească și el acte de executare¹¹, întocmai precum a făcut-o A.R.F. Această concluzie am dedus-o în urma considerentelor de mai jos, după cum urmează, plecând de la analiza părții speciale a Codului la analiza instituțiilor de drept penal regăsite în partea generală a Codului penal.

IV. ANALIZA SITUAȚIEI ȘI COMPARAREA TRATAMENTULUI SANȚIONATOR. DEMONSTRAȚIA PROBLEMEI¹²

A. Pedeapsa pentru delapidare și pedeapsa prevăzută pentru furt

Dacă analizăm grafic problema suprapunerii pedepsei, vom putea observa că cei doi parametri de pedeapsă, și anume 2 ani – 7 ani și 6 luni – 3 ani, suportă anumite reproșuri.

Primul va fi acela că dacă ne imaginăm limitele de pedeapsă ca fiind colțurile unui patrulater, va trebui să unim limitele între ele cu linii imaginare: între minime, între maxime și între cele două perechi de limite. Într-un grafic cu axa X reprezentând numărul anilor vom observa că liniile formate între minime și maxime sunt paralele. Aceasta înseamnă că ar trebui să fim pe calea construirii unui paralelogram.

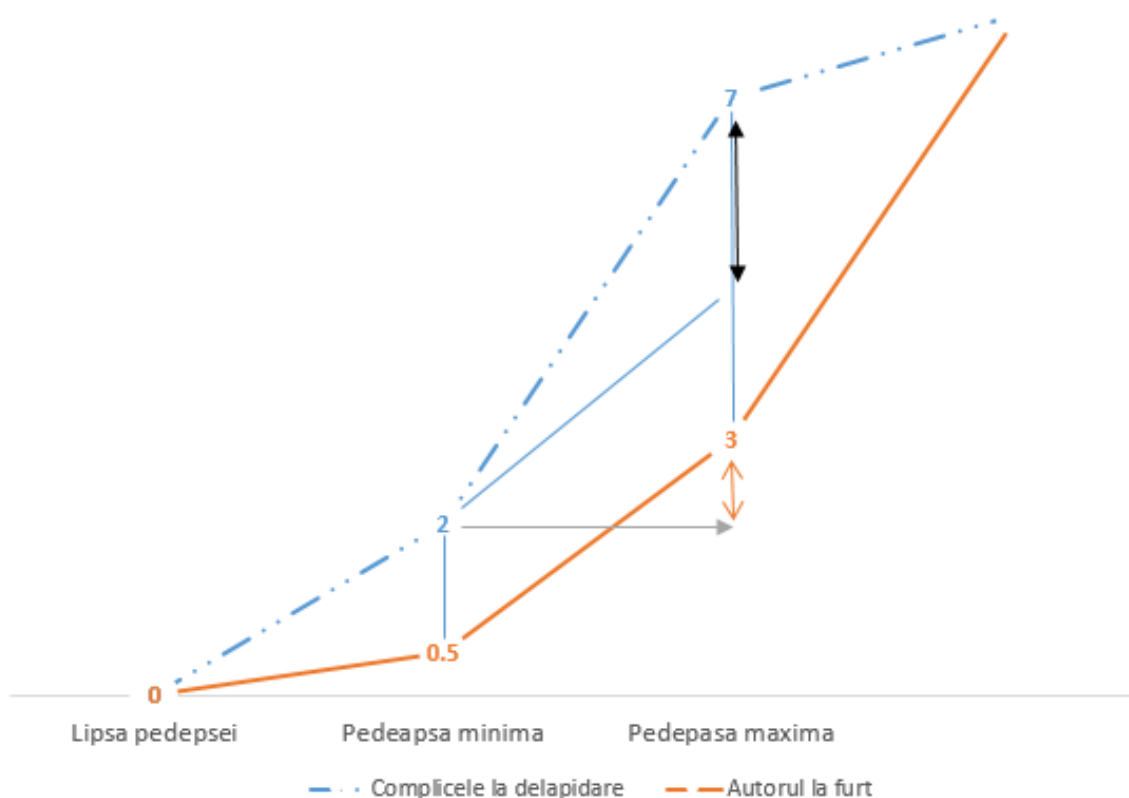
Aceasta ar implica faptul că și liniile desenate în grafic între perechile limitelor de pedeapsă sunt paralele, întrucât, dacă mergem pe ideea construirii patrulaterului vom observa că ultimele două linii din grafic nu sunt deloc paralele. Era foarte important să ne aflăm în ipoteza unui paralelogram¹³, întrucât puteam aprecia faptul că limita superioară de pedeapsă pe care este susceptibil să o primească C.I. nu urcă disproporționat față de limita superioară cu care urcă pedeapsa pe care o poate primi A.R.F.

Însă, în situația noastră, se poate observa pe graficul de mai jos cât de mare este diferența între pedeapsa maximă sugerată ca fiind echitabilă de imaginarul paralelogram și limita superioară mult prea mare de pedeapsă pe care o poate primi simplul complice C.I.

¹¹ După cum spunem și în Introducere, nu sunt luate în considerare situațiile în care ar fi incidente alte norme de incriminare (e.g. furtul calificat).

¹² Precizăm faptul că nu vom analiza problemele legate de aplicarea în timp a legii penale.

¹³ Cu privire la „algoritmul paralelogramismului” pedepselor vom mai vorbi și în secțiunea soluțiilor problemei, dar mai ales cu ocazia unor studii viitoare, întrucât analiza acestui model de stabilire a pedepselor depășește obiectul studiului nostru actual.



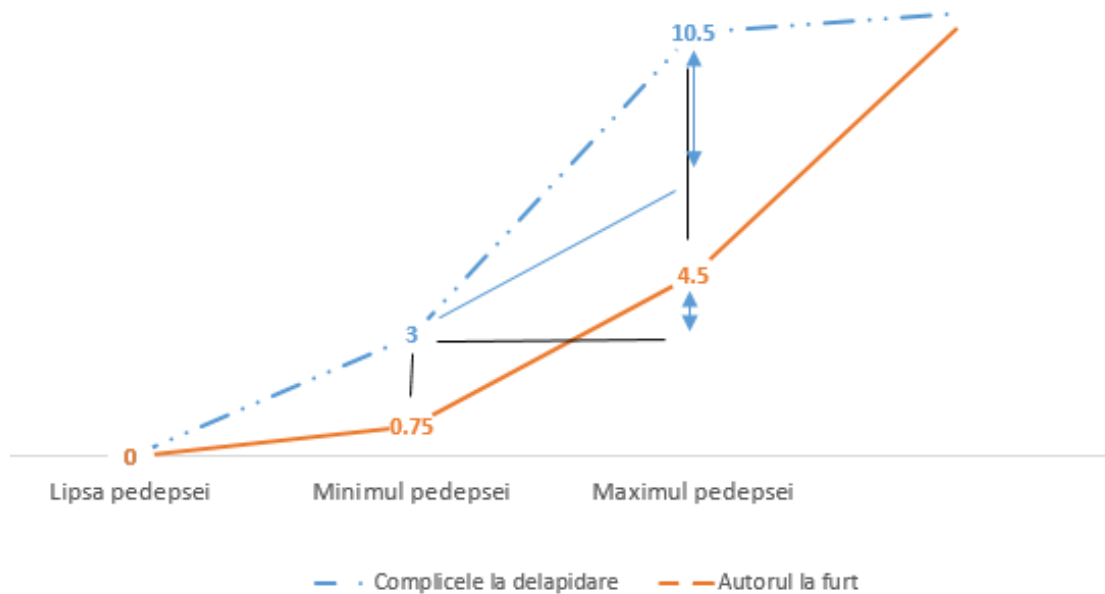
Al doilea lucru pe care îl observăm este zona extrem de mică în care judecătorul ar trebui să individualizeze pedepsele dacă dorește ca pedeapsa primită de C. I. să fie echitabilă. Astfel, judecătorul va trebui să lucreze de fapt, cu ambii protagoniști, între limitele de 2 ani și maximum de 3 ani, astfel că marja de apreciere a judecătorului, pentru a stabili pedepse echitabile, este de doar 1 an. Astfel, C.I. ar trebui să primească o pedeapsă între 2 ani și 2 ani și 6 luni, iar A.R.F. o pedeapsă între 2 ani și 6 luni și 3 ani, pentru a se reliefa cât mai bine diferențele între gravitatea actelor celor doi.

Însă ce trebuie să ne întrebăm este dacă este just ca pedeapsa prevăzută de lege pentru C.I. să urce atât de disproporționat spre maximumul ei și dacă este echitabilă o diferență de doar maximum un an între pedepsele ce trebuiau aplicate celor doi, având în vedere faptul că în timp ce A.R.F. face chiar acte de executare, deci cele mai reproșabile acte din punct de vedere moral, C.I. este un simplu complice moral, ce a asistat doar la actele comise de autorul său.

B. Consecințele deosebit de grave

Dacă aruncăm o privire asupra art. 256¹ și art. 309, putem observa că atât fapta lui A.D. al cărui complice este C. I. cât și actele de executare ale lui A.R.F. alături de A.D. pot produce consecințe deosebit de grave. Consecințele deosebit de grave reprezintă acea pagubă materială mai mare de 2.000.000 lei. Nu poate fi greu de imaginat, că, schimbând stările de fapt reținute mai sus, A.D. și A. R. F. (în a doua ipoteză) pot comite produce o pagubă mai mare de 430.000 €, însușind bunuri de o valoare ridicată (e.g. calculatoare de ultima generație). Trebuie să ne amintim oricum cum caracterul unitar al faptei, cum indivizibilitatea ei reală și obiectivă, împiedică împărțirea pagubei între participanți în vederea căderii sub limita de 2.000.000 lei. Astfel, se modifică limitele de pedeapsă ale infracțiunilor, în ambele cazuri se majorează cu jumătate, iar pedeapsa de care este susceptibil A. R. F. este cuprinsă între 9 luni și 4 ani și 6 luni, iar cea a lui C. I. între 3 ani și 10 ani și 6 luni. Nu mai reluăm discuțiile de mai sus referitoare la pedeapsă, însă ce dorim noi să evidențiem în acest

moment este cât de inechitabil este ca lui C.I. să i se poată aplica o pedeapsă minimă de doar 3 ani, el nefăcând actele de executare care să producă această imensă pagubă, în timp ce lui A.R.F. îi poate fi aplicată o pedeapsă maximă de doar 4 ani și 6 luni, el săvârșind atât acte de executare și și profitând de pe urma acelor acte de executare, reușind să contribuie chiar el la realizarea unei pagube așa mari.



C. Incidența instituțiilor de drept penal general relevante

1. Renunțarea la aplicarea pedepsei

Considerând că toate celelalte condiții ale renunțării la aplicarea pedepsei, prevăzute la art. 80 C.pen. sunt îndeplinite, mai puțin cea privitoare la pedeapsa prevăzută de lege, și anume lit. d) a alin. (2), atât în cazul lui C.I. cât și în cazul lui A.R.F., dacă ne uzăm doar de analiza acestei condiții în persoana celor doi, vom observa iar diferențe inechitabile de tratament penal.

Așadar, în cazul lui C.I., complicele intelectual la delapidare, din cauza că pedeapsa lui prevăzută de lege pentru infracțiunea de delapidare este de 7 ani, nu i se poate aplica renunțarea la aplicarea pedepsei, deoarece limita peste care nu se poate trece este de 5 ani. Totuși, autorului rupt la furt, A.R.F., i se pot aplica aceste dispoziții, întrucât maximul pedepsei sale prevăzute de lege este de 3 ani.

Chiar mai injust și inoportun este că în cazul în care există consecințe deosebit de grave, A. R. F. tot va putea beneficia de renunțarea la aplicarea pedepsei, întrucât maximul său va fi tot sub limita de 5 ani, și anume 4 ani și 6 luni, pe când complicele la delapidarea cu consecințe deosebit de grave nici de data aceasta, evident, nu va putea să argumenteze în sprijinul aplicării acestor dispoziții.

2. Amânarea aplicării pedepsei

Din nou, considerăm ca îndeplinite toate condițiile, mai puțin cele referitoare la pedeapsa prevăzută de lege, și anume alin. (2) al art. 83 C.pen.

Astfel autorul rupt al furtului sau furtului cu consecințe deosebit de grave, în ambele situații se va încadra în dispozițiile amânării aplicării pedepsei, întrucât, în prima situație, minimul lui este de 6 luni și maximul de 3 ani, deci instanța ar putea să îi aplice o pedeapsă de 2 ani, iar maximul prevăzut de lege este de doar 3 ani care este mai mic de 7 ani, limita prevăzută de art. 83 alin. (2) C.pen. În a doua situație, minimul acestuia este de 9

luni iar maximul este de 4 ani și 6 luni, ambele limite încadrându-se în art. 83 alin. (1) lit. a) și alin. (2) C.pen., el putând primi o pedeapsă de 2 ani sau mai mică, iar pedeapsa lui prevăzută de lege nu este nici egală și evident nici mai mare de limita de 7 ani.

În schimb, complicele C.I. nu va putea să beneficieze de amânarea aplicării pedepsei, din moment ce pedeapsa prevăzută de lege este de 7 ani, contrar art. 83 alin. (2) C.pen. Chiar mai mult, în cazul complicelui la delapidare cu consecințe deosebit de grave nu numai că se depășește limita de 7 ani, dar această ipoteză nici nu se încadrează în alin. (1) lit. a) al art. 83, întrucât minimul pedepsei va fi de 3 ani, care este mai mare decât limita cerută de 2 ani.

Se poate observa deci, cum complicelui la delapidare nu i se poate aplica dispoziția amânării aplicării pedepsei, deși coautorul rupt al furtului, chiar cel cu consecințe deosebit de grave va putea să apeleze la aceste dispoziții.

3. Confiscarea extinsă

Având în vedere că infracțiunile contra patrimoniului sunt prevăzute expres în conținutul art. 112¹ alin. (1) lit. h) C.pen., față de A.R.F. va putea fi dispusă confiscarea extinsă în cazul existenței consecințelor deosebit de grave¹⁴, întrucât pedeapsa prevăzută de lege pentru acesta va fi de 4 ani și 6 luni, care este mai mare decât minimul de 4 ani impus de prevederile art. 112¹ C.pen. Însă, în temeiul acestui articol nu va putea fi dispusă confiscarea extinsă de la autorul rupt al furtului care nu a produs consecințe deosebit de grave, întrucât maximul pedepsei acestuia este de 3 ani, cu 1 an sub minimul de 4 ani impus de lege.

Totuși, chiar dacă acest articol nu pare a se aplica complicelui la furt întrucât infracțiunile de serviciu nu sunt prevăzute în art. 112¹ C.pen., ceea ce vrem să evidențiem aici nu este tratamentul diferențiat dintre complice și autor, ci cel dintre cei doi coautori la delapidarea cu consecințe deosebit de grave. În timp ce autorului rupt la furt i se pot confisca extins și alte bunuri, s-ar părea ca autorului la delapidarea cu consecințe deosebit de grave nu, întrucât aceasta nu este prevăzută printre infracțiunile ce condiționează art. 112¹ C.pen.¹⁵

4. Amnistia

Desigur, amnistia¹⁶ este în esența sa obiectivă, reală și impersonală, întrucât privește unele categorii de infracțiuni, iar aceasta înseamnă că de ea vor profita toți participanții, întrucât există o singură infracțiune și un raport penal cu mai multi subiecți.

Însă consecința este aceasta, că dacă amnistia va fi acordată pentru infracțiunea de furt, doar autorul rupt la furt va putea beneficia de aceasta, în timp ce simplul complice la delapidare nu. Or, invers, dacă amnistia se dorește a fi folosită pentru infracțiunea de delapidare, înseamnă că A.R.F. nu va putea să profite de înlăturarea răspunderii sale penale. Ambele situații ni se par injuste. Oricum, din moment ce în practică s-a observat de către doctrină tendința de a fi exclusă de la aplicarea amnistiei ipoteza delapidărilor, ne vine greu să credem ca fiind echitabilă aceasta tendință practică, în sensul în care amnistia nu va fi aplicată complicelui la delapidare. Astfel, practic vorbind, autorul rupt la furt va avea mult mai mari șanse la o amnistie, pentru simplul motiv că încadrarea sa juridică a fost făcută pentru furt.

Altă problemă a amnistiei este aceea că aceasta operează în raport cu data consumării infracțiunii și nu în funcție de momentul în care participantul și-a adus în mod efectiv contribuția.

Astfel, modificând temporal spețele de mai sus, în ipoteza în care complicele la delapidare doar îi promite lui A.D. că va asista la actele sale de executare, deci îi rămâne complice moral autorului, iar complicele nu îl mai

¹⁴ Și sub rezerva îndeplinirii și celorlalte condiții prevăzute de art. 112¹.

¹⁵ Cum ar fi art. 112¹ alin. (1) lit. m) C.pen.

¹⁶ M. Alexandru, *Participația penală. Studiu de doctrină și jurisprudență*, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 283-287.

și asistă ulterior, dacă între momentul complicității morale și momentul actelor de executare intervine o lege a amnistiei privitoare la infracțiunea de delapidare, C.I. nu va putea beneficia de amnistie. Aceasta deoarece complicele cu contribuție anterioară va beneficia de amnistie doar dacă fapta la care a ajutat moral cade sub incidența actului de clemență, deci numai dacă fapta autorului s-a situat în timp anterior actului de amnistie¹⁷; dacă fapta la care complicele a ajutat moral este ulterioară actului de clemență, complicele nu va beneficia de amnistie chiar dacă acțiunea sa de sprijin moral s-a situat anterior acestui act.

5. Grațierea

Alegem să tratăm grațierea imediat după amnistie, întrucât dorim să evidențiem diferența practică dintre legile de amnistie și decretele de grațiere acordate de-a lungul timpului, după cum putem vedea mai jos.

Desigur grațierea se acordă și produce efecte *in personam*, dar poate fi acordată și *in rem* condamnaților pentru anumite infracțiuni, aceasta însemnând că putem relua discuția de mai sus în care doar unul din foștii coautori primește grațierea.

Totuși, în practica română a amnistiei și grațierii, s-a observat în primul rând lipsa legilor de amnistie în ultimii 10 ani, cel puțin. Deci, din punct de vedere practic, situația celor doi protagoniști ai noștri, complicele la delapidare și autorul rupt la furt ar avea o situație echitabilă din punct de vedere al amnistiei, întrucât aceasta nu va fi acordată niciunuia.

Situația stă astfel în cazul grațierii individuale, unde, în ultimii 10¹⁸ ani au fost acordate 5 decrete de grațiere pentru furt, unul în 2008¹⁹, două în 2009²⁰ și două în 2014²¹ și niciun decret de grațiere pentru infracțiunea de delapidare. Deci, din punctul de vedere al grațierii situația iar este inechitabilă, întrucât autorul rupt la furt are șanse mai mari să fie subiectul unui act de grațiere, în timp ce complicele la delapidare are șanse îndreptate spre inexistența unui asemenea decret.

6. Prescripția răspunderii penale

Analizând termenele de prescripție a răspunderii penale incidente pentru C.I. și A.R.F., se poate observa cum în cazul autorului rupt la furt, termenul de prescripție va fi, atât în situația furtului cât și a furtului cu consecințe deosebit de grave, termenul de 5 ani, întrucât în ambele situații nu se depășește termenul de 5 ani impus de lit. d) al alin. (1) al art. 154, întrucât atât limita maximă de 3 ani cât și cea de 4 ani și 6 luni nu depășesc limita de 5 ani.

În schimb, complicele la delapidare situația îi va fi mult mai rea, întrucât, în cazul în care este complice doar a unei delapidări fără consecințe deosebit de grave termenul său de prescripție va fi de 8 ani (întrucât depășește 5 ani, dar nu depășește 10 ani), iar în cazul delapidării cu consecințe deosebit de grave, va fi de 10 ani (pentru că depășește 10 ani, cu 6 luni, dar nu depășește 20 ani), deci cu 3 sau 5 ani mai mult ca în cazul autorului rupt la furt, tratament imens de inechitabil. Dacă ne uităm la furtul cu consecințe deosebit de grave și delapidarea cu consecințe deosebit de grave, se poate observa cum lui C. I. termenul de prescripție a răspunderii penale va fi dublu față de cel al autorului rupt la furtul cu consecințe deosebit de grave.

Deși există mari probleme de aplicare a art. 155, în urma declarării ca neconstituționale a dispoziției întreruperii prin îndeplinirea oricărui act de procedură în cauză, dacă facem abstracție de aceasta și ne îndreptăm

¹⁷ R.H. Radu, *op. cit.*, p. 204.

¹⁸ Chiar și înainte de 2008, a fost emis Decretul nr. 1101/2001 (publicat în M. Of. nr. 844 din 28 decembrie 2001), prin care s-au grațiat pedepsele pentru nu mai puțin de 6 pedepse pentru furt.

¹⁹ Decretul nr. 900/2008, publicat în M. Of. nr. 700 din 15 octombrie 2008.

²⁰ Decretul nr. 865/2009, publicat în M. Of. nr. 358 din 28 mai 2009 și Decretul nr. 898/2009, publicat în M. Of. nr. 366 din 1 iunie 2009.

²¹ Decretul nr. 438/2014, publicat în M. Of. nr. 411 din 3 iunie 2014 și Decretul nr. 672/2014, publicat în M. Of. nr. 841 din 18 noiembrie 2014.

privirea doar înspre alin. (4), vom observa că în prezența întreruperilor, practic termenele de prescripție după ce ajung la dublul acestora se împlinesc, oricâte întreruperi ar exista. Aceasta înseamnă că autorul rupt la furt, fie el fără sau cu consecințe deosebit de grave, în ambele situații va avea un termen maxim din punct de vedere practic de prescripție de 10 ani, pe când simplul complice moral la delapidare va avea de așteptat un termen de 16 ani, iar în cazul delapidării cu consecințe deosebit de grave un termen de 20 ani, iarăși aflându-ne într-o situație de extremă inoportunitate și inechitate.

7. Împăcarea

Întorcându-ne la partea specială a Codului penal, putem observa cum furtului îi este prevăzută posibilitatea împăcării, prin art. 231, iar în cazul delapidării nu există posibilitatea împăcării.

Astfel, A.R.F. va putea să se împace cu Instituția Prefectului. În schimb, C.I., un simplu complice intelectual, nu va putea să își înlăture răspunderea penală prin împăcare.

8. Reabilitarea

În cazul autorului rupt la furt fără sau cu consecințe deosebit de grave, acesta va putea primi o pedeapsă de 2 ani, deoarece minimul în ambele variante este de 6 luni sau 9 luni, iar maximul de 3 ani sau 4 ani și 6 luni, deci ca și consecință a aplicării unei pedepse care nu depășește 2 ani, va putea să fie reabilitat de drept.

În schimb, în cazul complicelui la delapidare cu consecințe deosebit de grave, întrucât minimul acestuia va fi de 3 ani, acesta în niciun caz nu va putea fi reabilitat de drept.

În acest caz, C. I., în cazul în care delapidarea produce consecințe deosebit de grave, va putea apela doar la reabilitarea judecătorească, după împlinirea termenului de 4 ani, luând în considerare că i s-a aplicat pedeapsa minimă de 3 ani.

V. SOLUȚII PROPUSE PENTRU REZOLVAREA PROBLEMEI

În urma analizei situațiilor lui C.I. și A.R.F. de mai sus, în speranța că am convins cititorul de faptul că se produce o adevărată inechitate de tratament penal între complicelul intelectual la delapidare și autorul rupt la furt și că am demonstrat că îi este mai oportun lui C.I. să comită acte de executare și el alături de A.D., se naște prin urmare necesitatea adoptării unei soluții care să ajute, modifice sau schimbe actualul sistem de interpretare a infracțiunii cu subiect activ special impropriu.

Modalitatea în care vom sistematiza și analiza propunerile vor avea două rânduri de criterii: astfel, se va trata prima dată intervenția locală, adică propunerile ce vin în forma regândirii infracțiunii de delapidare în relație cu infracțiunea de furt, iar apoi se va trata regimul tuturor infracțiunilor cu subiect activ special impropriu și a modului în care sistemul penal general duce la ipoteze inechitabile de tratament precum cea dintre complicelul la delapidare și autorul rupt la furt. La rândul lor, aceste două grupuri de propuneri vor fi împărțite între propunerile doctrinare pe care le vom argumenta și dezbate și, propunerile legale, *de lege ferenda*, pe care le încurajăm.

Va trebui observat că ordinea în care vom trata soluțiile pe care le găsim oportune sunt analizate în ordinea crescătoare a fezabilității lor. Aceasta înseamnă că intervenția doctrinară asupra infracțiunilor de delapidare, în forma însușirii bunului, și furt este mai fezabilă (V.A.1.) decât intervenția legală (V.A.2.), care este mai realizabilă decât intervenția doctrinară asupra infracțiunilor cu subiect activ special impropriu și a modului în care este gândit sistemul de drept penal general (V.B.1.) care naște situații precum cea analizată în acest studiu, care la rândul ei este mai posibilă decât o intervenție legală ori asupra tuturor infracțiunilor cu subiect activ special impropriu în parte ori o intervenție în Partea generală a Codului penal (V.B.2.).

Oricum, ca linii directoare, principiale, se pot deja anticipa consecințele practice dorite de soluțiile propuse: fie încadrarea juridică pe o singură infracțiune, cu consecința unor limite de pedeapsă identice atât

pentru C.I. cât și A.R.F., fie creșterea maximului, *in abstracto*, de pedeapsă de care este susceptibil A.R.F., ori scăderea minimului abstract de pedeapsă pe care îl poate primi C. I., deci se dorește practic fie atenuarea regimului penal al complicei la delapidare, fie agravarea autorului rupt la furt.

A. Intervenția asupra infracțiunii de delapidare

1. Abordarea doctrinară (V.A.1.)

În acest sens, poate fi abordată o altă concepție despre infracțiunile de serviciu. Conform doctrinei penale din Chile²², în cazul infracțiunilor de serviciu există atât o datorie generală, de respectare a ordinii de drept, cât și o datorie specială pozitivă, aparținând funcției publice în serviciul căreia se află funcționarul public cu calități de administrare și gestionare a bunurilor respective. Astfel, implicația practică a acestei doctrine este faptul că acolo unde nu se poate constata și identifica acea datorie specială pozitivă în persoana unui participant la săvârșirea cauzei, calitatea autorului funcționar public cu calități de administrare și gestionare nu se răsfrânge asupra celorlalți participanți care nu au această calitate.

Acea datorie specială pozitivă ar fi tradusă în dreptul român ca făcând parte din calitatea cerută de norma de incriminare. Astfel, complicele C.I., din exemplul nostru anterior, nu ar urma să răspundă pentru delapidarea prevăzută la art. 295 C. pen, pentru că îi lipsește datoria specială pozitivă, deci nu îndeplinește cerințele calității cerute de norma de incriminare. În fine, C.I., ar răspunde și el pentru infracțiunea reziduală la fel ca și A.R.F, dacă ar fi adoptată o astfel de concepție privitoare doar la infracțiunile de serviciu în dreptul nostru.

2. Propuneri de lege ferenda (V.A.2.)

Desigur, modificările *de lege ferenda* care pot opera asupra infracțiunii de delapidare pot fi foarte diverse, putând lua multe forme. Printre acestea se poate sugera: reconsiderarea limitelor de pedeapsă ale infracțiunii de delapidare, prin scăderea minimului de 2 ani și/sau maximului de pedeapsă de 7 ani aplicabil lui C.I.; reconsiderarea limitelor de pedeapsă a infracțiunii de furt, prin creșterea maximului prevăzut de lege, acela de 3 ani.

O importantă modificare, mai vizibilă și mai impunătoare, ar fi cea de mutare și transformare a infracțiunii de delapidare, de exemplu, printre calificările date furtului calificat prevăzut în art. 229 C.pen.²³ Astfel, am putea opera cu o calificare asemănătoare persoanei mascate, dacă este să ne referim la calitatea de funcționar public: „furtul săvârșit de către o persoană ce are calitate de funcționar public”, sau, am putea opera atât cu calitatea de funcționar public cât și cu circumstanța gestionării sau administrării, precum se procedează în situația țițeiului, gazolinei: „furtul săvârșit de către o persoană ce deține calitatea de funcționar public, privind următoarele categorii de bunuri: bunuri aflate în gestionarea sau administrarea funcționarului public”. Printr-o asemenea aducere a delapidării în sfera furtului calificat, limitele de pedeapsă ar putea fi mai bine calibrate, ar deveni mai echitabile și eventual, calitatea de funcționar public și bunurile aflate în gestionarea sa ar putea fi interpretate ca fiind niște modalități de executare a faptei, deci ar putea fi privite ca circumstanțe reale, care s-ar răsfrânge, cu condiția prevederii lor de către participanții la faptă, asupra tuturor participanților și ar duce la aceeași încadrare pentru toți, inclusiv coautori și complici.

Totuși, intervențiile atât doctrinare cât și legislative asupra infracțiunii de delapidare nu ar duce decât la rezolvarea problemelor identificate de noi mai sus. În sensul în care mai există multe infracțiuni improprii care suportă un subiect activ special, oare nu s-ar putea identifica și alte probleme cu privire la celelalte infracțiuni

²² G.B. Hoyos, *Comunicabilidad de la calidad del sujeto activo en los delitos contra la función pública. Especial referencia a la malversación de caudales públicos y al fraude al fisco*, în Revista de Derecho, nr. 2/2012, pp. 69-70.

²³ Însă mutarea delapidării doar în cadrul calificărilor date furtului ar duce la dezincriminări parțiale ale delapidării (e.g. în forma prevăzută de art. 230 – furtul de folosință). În acest caz, problema, s-ar naște problema dezincriminării unor alte forme de săvârșire a delapidării, astfel că delapidarea ar trebui mutată nu doar între calificările furtului.

precum delapidarea? Noi credem că răspunsul trebuie să fie afirmativ, iar atunci trebuie formulate și soluții care să privească infracțiunile cu subiect activ special improprii în integralitatea lor, mai ales situația participanților la aceste tipuri de infracțiuni.

B. Intervenția asupra infracțiunilor cu subiect activ special improprii și a Părții generale a Codului Penal

1. Abordarea doctrinară (V.B.1.)

a) Încălcarea teoriilor care fundamentează sistemul sancționator

În cadrul teoriilor privind angajarea răspunderii penale a participanților s-ar putea propune, în scopul rezolvării problemei lui C.I., renunțarea la teoria unității (monistă), conform căreia există o singură faptă penală, chiar dacă e datorată cooperării mai multor făptuitori, cu consecința răspunderii tuturor participanților pentru aceeași infracțiune²⁴.

Astfel, adoptarea teoriei pluraliste ar putea fi soluția, întrucât aceasta presupune că există atâtea fapte penale, deci și infracțiuni distincte, câți participanți sunt²⁵. Acest punct de vedere, care vine ca urmare a admiterii teoriei echivalenței condițiilor, teorie care la rândul ei este subiectul multor critici²⁶, este considerat ca privind eronat realitatea, identificând mai multe infracțiuni chiar acolo unde există una singură și apreciază ca fiind autonome activități indisolubil legate între ele²⁷. Totuși, această teorie ar avea avantajul de a considera complicii drept autori ai unor infracțiuni proprii, aparte de cea a autorilor principali, putând fi pedepsiți desigur diferit ca și consecință.

Tot așa, ar putea fi abordată și îmbrățișată teoria psihologică conform căreia oricărei infracțiuni, pornindu-se de la cea în pereche, pentru a evidenția participația, îi corespunde incubul, cel cu cea mai mare putere de convingere și înclinat înspre crimă, și succubul, persoana cu firea slabă, ușor influențabilă²⁸, ultimul fiind, *in abstracto*, complicele. Deși duce înspre o generalizare extremă, întrucât nu orice participație ar presupune un incub și succub, această teorie prezintă avantajul de a vedea *a priori* și *in abstracto* participantul succub (complicele) drept un subiect de drept penal ce merită o pedeapsă mai ușoară decât incubul (autorul).

b) Regândirea modului în care privim circumstanțele participației

În considerarea faptului că infracțiunile cu subiect activ special sunt doar infracțiuni de bază cărora li s-au alăturat circumstanțe personale și au căpătat o existență formală prin elaborarea lor separată de infracțiunile de bază, o soluție (care vine dinspre perspectiva circumstanțelor ce privesc participația) propune ca circumstanțele care fac parte doar din conținutul de bază al infracțiunii ar trebui să se răsfrângă asupra participanților, iar circumstanțele personale²⁹, atât subiective cât și de individualizare, condiții și caracteristici care doar agravează, atenuază sau exclud responsabilitatea penală, să aibă efect doar în ceea ce privește autorul sau participantul la care se referă.

De *lege lata* s-a apreciat³⁰ că o asemenea distincție nu se poate face în raport cu art. 50 alin. (1) din Codul penal, întrucât circumstanțele personale de individualizare tot se vor comporta ca circumstanțele reale, răsfrângându-se asupra participanților care nu au calitatea cerută dar nu și asupra coautorului, care iar nu are acea calitate. Totuși ne punem întrebarea: de ce să mergem așa departe încât să împărțim circumstanțele personale între cele subiective și cele de individualizare, cu consecința practică inechitabilă relevată de spețele

²⁴ R.H. Radu, *op. cit.*, p. 200; Acesta fiind actuala teorie pe care se bazează Codul nostru penal și în baza căreia a fost identificată problema inechității tratamentului penal de mai sus.

²⁵ *Idem*, p. 201.

²⁶ F. Streteanu, D. Nițu, *op. cit.*, pp. 00-301.

²⁷ R.H. Radu, *op. cit.*, p. 202.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ F. Streteanu, D. Nițu, *op. cit.*, p. 270-271.

³⁰ *Ibidem*.

noastre? De ce să nu ne oprim doar la clasificarea circumstanțelor reale și personale, fără ca să împărțim circumstanțele personale în subiective și de individualizare, cu consecința ca cele personale de individualizare să se comporte ca cele reale pentru instigator și complice? Oare nu ar fi mai convenabil și util să împărțim circumstanțele personale strict teoretic, dar fără să le dăm și importanța practică a răsfrângerii sau nerăsfrângerii lor asupra participantului, deci fără să considerăm circumstanțele personale subiective ca netransmisibile și circumstanțele personale de individualizare ca fiind transmisibile?

De altfel, în doctrina noastră, chiar s-a concluzionat în sensul în care nu există decât un temei doctrinar, nu și unul legal, pentru existența acestei distincții prin care circumstanțele personale de individualizare se comportă ca circumstanțele reale.³¹ Totuși, din cauza faptului că textul art. 50 oferă posibilitatea unei interpretări largi, considerăm necesară tratarea unei modificări a acestuia în secțiunea *legii ferenda*, unde vom arăta că în opinia noastră textul trebuie cel puțin detaliat.

De altfel, doctrina chiliană³² și peruană³³ consideră că articolul din Cod penal care se referă la circumstanțele personale (care este identic ca substanță și fundament cu al nostru, întrucât nu se face diferența între circumstanțele personale subiective și cele de individualizare), deoarece nu face referire expresă la răsfrângerea sau nerăsfrângerea exactă a acestor circumstanțe (deci nu face distincție) amenajează terenul pentru o absență a unei soluții legale exprese. În baza acestei absențe se argumentează fie răsfrângerea totală („comunicabilidad extrema”) a acestor circumstanțe, fie nerăsfrângerea lor („incomunicabilidad extrema”) asupra participanților care nu împlinesc aceste calități cerute de norma penală în persoana lor, existând puține voci care susțin răsfrângerea limitată („comunicabilidad limitada”). De altfel, răsfrângerea limitată a circumstanțelor personale este actualul sistem de concepție a circumstanțelor participației în cazul infracțiunilor speciale improprie în dreptul penal român, în care asupra participanților se răsfrâng circumstanțele personale de individualizare, dar în care nu se răsfrâng asupra coautorilor care nu au calitatea cerută de lege.

Reluând, răsfrângerea totală a circumstanțelor ar deriva din³⁴: unitatea și indivizibilitatea titlului de imputabilitate a faptei, care dictează ca toți participanții trebuie sancționați conform aceleiași infracțiuni, inclusiv coautorii care nu au calitatea cerută de lege, neputându-se stabili încadrări juridice diferite participanților (*lato sensu*) la aceeași faptă; colaborarea psihologică în vederea încălcării atât de către cel care nu are calitatea (atât coautorul cât și complicele), cât și de cel care o are a aceleiași norme penale; protecția unor drepturi cu statut special, individualizate de scopul dreptului penal materializat prin acea normă care descrie infracțiunea cu subiect special improprie.

Nerăsfrângerea circumstanțelor, nici asupra coautorului, nici asupra instigatorului sau complicei care nu au calitatea cerută de normă pentru autor, care principal vorbind vine împotriva principiului accesorialității, ar fi suportate de³⁵: faptul că tipicitatea este întotdeauna determinată, fundamental vorbind, de natura actului de executare alături de care circumstanțele personale nu sunt decât modalități accesorii de comitere a faptei, faptă care este în conceptul ei o alta, pe care o regăsim în altă formă, una de bază/reziduală; faptul că, de fapt, încadrarea juridică poate fi stabilită diferit pentru diferiți participanți, deci ar trebui să putem stabili încadrări juridice diferite între autor și coautorul, instigatorul și complicității săi care nu au calitatea cerută de lege; argumentul conform căruia circumstanțele personale și reale nu pot fi integrate în sistemul circumstanțelor de agravare și atenuare a răspunderii penale, deci nu pot fi combinate, cu consecința ca atunci când complicele și coautorul care nu au calitatea cerută de lege nu le poate fi agravată situația prin participarea la o faptă care

³¹ V. Crăciun, *Circumstanțele în cadrul participației penale*, în [Penalmente Relevant](#), nr. 2/2016, p. 97.

³² G.B. Hoyos, *op. cit.*, p. 58.

³³ A.C. Becerra, *Participación en delitos especiales*, 2006, documentul este disponibil [online](#): ultima accesare la data de 10.10.2020.

³⁴ G.B. Hoyos, *op. cit.*, p. 59-61.

³⁵ *Idem*, p. 67-68.

agradează situația penală a făptașului, doar din cauza existenței acelei calități, calitate pe care doar autorul o împlinește în persoana lui.

2. Propuneri de lege ferenda (V.B.2.)

a) *Modificarea unui întreg sistem sancționator*

Vorbind despre modificarea legală a modului în care privim sistemele de pedepsire a participanților la infracțiune, sistemul parificării pedepsei este cel actual adoptat de Codul penal. Totuși, în cadrul acestui sistem am demonstrat apariția problemelor de inechitate, întrucât, deși acest sistem consacră doar o egalitate legală a pedepselor nu și una judiciară³⁶, am putut vedea cum în concret, judecătorul nu are acea largă marjă de apreciere, de diferențiere a pedepselor: complicele C.I. poate fi sancționat mai sever decât autorul, deși contribuția complicelui, de regulă, este mai puțin importantă și periculoasă³⁷ decât a autorului A.R.F.

O alternativă la sistemul parificării pedepsei, care a născut inechitățile analizate mai sus, ar fi adoptarea sistemului diversificării pedepselor, întrucât acesta din urmă presupune o aplicare diversificată și ierarhizată a diferitelor forme de participare (ierarhizare în care contribuția instigatorului și autorului se încadrează în sfera celor principale, iar a complicelui în categoria celor secundare). În acest mod s-ar acorda preeminență aspectului material al participației, pedeapsa autorului fiind considerată în mod abstract cea mai gravă, mai gravă decât a celorlalți participanți³⁸, inclusiv deci mai gravă și decât a complicelui. Acest sistem însă este criticat pentru ierarhizarea formală și abstractă a contribuțiilor participanților și pentru clasificarea acestora în mai importante și mai puțin importante și se consideră că în sistemul diversificării nu se poate face o diferențiere între pedepse, întrucât în acest sistem legea face anticipat și după criterii abstracte o deosebire nejustificată³⁹. Pe de altă parte, se poate observa că în concret această diferențiere poate fi justificată în situații precum spețele noastre. Sistemul diversificării ne-ar permite folosirea unui coeficient de diminuare a pedepsei lui C.I. față de pedeapsa primită de A.R.F. sau A.D., determinat de caracterul secundar al contribuției sale față de contribuția principală a celorlalți doi.

De altfel, au mai existat în literatura penală română și voci care au argumentat că se poate reintroduce modelul diversificării pedepselor, prin mecanisme de sancționare realistă, echitabilă, diferențiată și eficientă a tuturor categoriilor de participanți⁴⁰.

Tot așa, alternativ, se poate aborda și sistemul pedepsei atenuate pentru complicele propriu-zis, denumit și sistemul inegalității relative sau sistemul criminalității de împrumut atenuate, în care doar pedeapsa complicelui trebuie să fie atenuată față de cea a autorului⁴¹. Deși această teorie este criticată pentru faptul că ignoră activitatea desfășurată de instigator, aceasta aduce pentru situația noastră avantajul de a reduce pedeapsa lui C. I. între limite echitabile.

b) *Tratarea circumstanțelor personale și a infracțiunilor cu subiect activ special drept cauze de individualizare a pedepsei*

Doctrina cubaneză⁴² reușește, într-o anumită măsură, să demonstreze firul logic potrivit căruia circumstanțele care transformă o infracțiune de bază, cum este furtul, într-o infracțiune cu subiect activ special, cum e delapidarea, trebuie să fie analizate, în domeniul determinării și individualizării pedepsei concrete, cu consecința analizei infracțiunii cu subiect activ special impropriu doar ulterior analizei elementelor infracțiunii.

³⁶ R.H. Radu, *op. cit.*, p. 205.

³⁷ M. Basarab, *op. cit.*, p. 284.

³⁸ R.H. Radu, *op. cit.*, p. 207.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Idem*, p. 208.

⁴¹ *Idem*, p. 209.

⁴² C.A. Mejías Rodríguez, *Las circunstancias atenuantes y agravantes en la teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal*, 2010, p. 107, material disponibil [online](#): ultima accesare la data de 10.10.2020.

Motivul principal pentru această analiză ulterioară ar fi determinat de faptul că aceste circumstanțe au doar consecința practică de a agrava sau atenua regimul sancționator al celor a căror faptă trebuie încadrată pe infracțiunea specială, care ar trebui să fie doar cei care îndeplinesc în persoana lor acea calitate cerută de infracțiunea specială.

Consecința practică a acestei analize, a circumstanțelor agravate care transformă infracțiunea de bază într-o infracțiune cu subiect activ special în etapa individualizării pedepsei este ca circumstanța personală a calității subiectului activ să nu mai conducă la încadrarea juridică a faptei participantului căruia îi lipsește calitatea cerută de lege în infracțiunea cu subiect activ special, fapta urmând să fie încadrată în forma infracțiunii de bază. Faptul că există o infracțiune cu subiect activ special trebuie *doar să majoreze*, în cazul în care infracțiunea a fost concepută ca să agraveze situația, *sau să coboare*, în cazul unei atenuări conceptuale a situației, *limitele de pedeapsă* ale autorului care are calitatea cerută de normă, de la limitele de pedeapsă a infracțiunii de bază la limitele de pedeapsă a infracțiunii cu subiect activ special.

c) Necesitatea și indispensabilitatea participantului. Stabilirea unei atenuări a pedepsei complicei în Partea generală a Codului penal

O ultimă idee și cea mai eficientă după părerea noastră ar putea fi revenirea la ideile vechiului drept germanic, care admitea parificarea pedepsei și pentru complicele indispensabil, dar nu și pentru ceilalți complici, care erau pedepsiți mai ușor⁴³. De asemenea, în istorie a mai existat și renumita Carolina, Ordonanța de la Ratisbona (1532) a lui Carol Quintul, care prevedea o pedeapsă mai mică pentru complici decât pentru autorii infracțiunii⁴⁴. Chiar în sistemul nostru, Codul penal din 1864 prevedea sistemul diversificării, fiind prevăzute pedepse mai ușoare pentru complici, dar care de asemenea admitea în mod excepțional parificarea pedepsei în situația complicei necesar indispensabil⁴⁵.

Un asemenea sistem, sau cel puțin unul asemănător, ce poate fi luat drept exemplu este cel al legislației și doctrinei spaniole, care de asemenea operează cu distincția dintre complici (cooperatori) necesari și complici simpli⁴⁶. Analizând doctrina și legislația spaniolă, observăm că aceștia chiar au legiferat ca „în situația în care în persoana instigatorului sau al complicei necesar nu se întrunesc condițiile, calitățile sau relațiile personale care fundamentează vinovăția autorului, judecătorii pot aplica o pedeapsă inferioară în grad celei indicate de lege pentru infracțiunea în cauză”⁴⁷.

O asemenea discuție, privind necesitatea și indispensabilitatea participanților se poate purta și în doctrina română actuală. Însă ceea ce vrem noi să apreciem, adaptându-ne sistemului nostru penal care are în mijloc actul de executare, iar nu stăpânirea faptei („dominio del hecho”) pe care o are în centru doctrina spaniolă, este că, în dreptul nostru penal general autorul și coautorul ar fi considerați mereu necesari și indispensabili, întrucât aceștia săvârșesc nemijlocit chiar actul de executare. La fel și instigatorul ar trebui mereu considerat necesar și indispensabil, dar complicele, logic, poate fi necesar și indispensabil sau nu. De asemenea, vorbim de o necesitate – indispensabilitate la fapta privită în sens general, nu la actele de executare *stricto sensu*, de aceea și instigarea ar trebui considerată necesară și indispensabilă, întrucât fără ea nu se producea, nu se iniția, nu exista fapta în termeni generali.

Consecința unei asemenea abordări cu referire la necesitate și indispensabilitate ar fi că dacă ar exista un complice necesar și indispensabil faptei, atunci acesta ar urma să fie pedepsit conform acelei infracțiuni căreia i-a fost necesar și indispensabil. În absența necesității și indispensabilității sale, atunci ar urma să fie pedepsit

⁴³ M.E. Ungureanu, *op. cit.*, p. 110.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ M.Á. R. Martín, *El fundamento de la atenuación (facultativa) de la pena del partícipe extraneus en un delito especial en el Código penal español*, în *InDret*, nr. 3/2018, p. 2.

⁴⁷ *Idem*, p. 2.

conform infracțiunii comune paralele (furtul, în exemplul lui C.I.).

Doctrina și jurisprudența spaniolă cred că o asemenea modalitate de atenuare a pedepsei ca fiind necesară, iar neaplicarea unei asemenea atenuări să fie absolut excepțională, întrucât se consideră că din moment ce calitatea agravează tratamentul celui în persoana căruia se regăsește, atunci lipsa acesteia trebuie să atenueze situația celor care nu fac parte din cercul restrâns al autorilor⁴⁸, modalitate de atenuare aplicat chiar în cazul infracțiunii de delapidare prevăzută în Codul penal spaniol de către Curtea Supremă a Spaniei⁴⁹.

De asemenea, alt motiv pe care doctrina spaniolă l-a dezvoltat în favoarea reducerii pedepsei participantului care nu are calitatea cerută de lege⁵⁰ este acela conform căruia participantului ce îi lipsește calitatea nu își poate asuma funcția socială sau instituțională de protecție a dreptului legal protejat suplimentar prin agravarea tratamentului celui care are de fapt poziția de garant privind dreptul protejat în diferite ipoteze structurale ale sistemului legal. Deci pedeapsa acestuia nu poate fi pusă pe picior de egalitate cu adevăratul protector al acelei funcții sociale (cel care are calitatea cerută de lege). Trebuie luat în considerare că și legiuitorul român poate lua exemplul celui spaniol, care confirmă indubitabilul faptul că participantul ce nu are calitatea cerută de lege nu încalcă, căci nu poate, obligația specială în plus care se pune pe umerii participantului sau autorului care are acea calitate, de aici decurgând atenuarea pedepsei⁵¹.

Pe aceeași idee a unei introduceri în Partea generală a Codului penal a unei cauze obligatorii sau facultative de reducere a pedepsei participantului ce nu are calitatea cerută de norma de incriminare pentru întocmai acest motiv⁵² merge și doctrina chiliană. Chiar mai mult, doctrina chiliană a propus introducerea mai detaliată a acestei cauze de reducere a pedepsei, care să facă referire expresă la situația infracțiunilor cu subiect activ special, în situația în care participantul sau coautorul nu are calitatea cerută de norma de incriminare, după modelul german sau spaniol⁵³.

Astfel, doctrina chiliană⁵⁴ de obicei concluzionează, concluzie la care ne raliem și noi, că nu se poate trece peste principiul unității faptei și cel al accesorialității și că având în vedere, printre alte motive, chiar baza pedepsirii participației și consecințele mai satisfăcătoare pe care le aduce, pare a fi preferabil să se rezolve menținerea titlului unitar de imputare, care poate fi combinat în unele cazuri cu jocul circumstanțelor generale de individualizare a pedepsei. În rest, ar trebui acordată o atenție serioasă considerației de a stabili prin lege, ca și în alte țări, o diminuare pentru participantul care nu are calitatea cerută de lege într-o infracțiune cu subiect activ special, dată fiind distanța mai mare în gravitate a acestora față de cei care întrunesc calitățile subiectului activ special pentru această infracțiune.

VI. CONCLUZII

Încă din timpuri necontemporane materia complicității era privită ca cea mai dificilă parte din sfera dreptului penal, fiind considerată o teorie artificială, creată de legiuitor: Carmignani, în *Teoria II*, spunea că „nu există parte a științei penale în care teoria să fie mai nesigură, încurcată și contradictorie, decât cea a complicității”⁵⁵. Poate aceleași lucruri pot fi spuse și despre complicitatea la infracțiunile cu subiect activ special improprie. Ceea ce se dorește prin prezentul studiu nu este desigur redefinirea dreptului penal, un asemenea demers fiind departe de a putea fi atins aici de noi.

Ceea ce am dorit să arătăm este faptul că, pe bună dreptate, credem că sistemul actual de drept penal

⁴⁸ *Idem*, p. 5.

⁴⁹ *Idem*, p. 20.

⁵⁰ *Idem*, p. 16-17.

⁵¹ *Idem*, p. 20.

⁵² G. B. Hoyos, *op. cit.*, p. 45.

⁵³ *Idem*, pp. 73-74.

⁵⁴ M. Díaz, G. Conlledo, *Autoria y Participation*, în *Revista de Estudios de la Justicia*, nr. 10/2008, p. 57.

⁵⁵ M. E. Ungureanu, *op. cit.*, p. 110.

român își arată o limită importantă în materia echității atunci când vorbim de diferența de tratament penal dintre complicele și coautorul care nu au calitatea cerută de lege, atunci când ajută sau săvârșesc fapta alături de un autor al unei infracțiuni cu subiect activ special improprie, cum este infracțiunea de delapidare prevăzută la art. 295 C.pen. De asemenea, am vrut să subliniem necesitatea dezbaterii unor soluții precum sunt cele propuse sau aduse în discuție de către noi, care să rezolve problemele expuse de prezentul studiu.

BIBLIOGRAFIE / REFERENCES

Alexandru, M., Participația penală. Studiu de doctrină și jurisprudență, București: Editura Hamangiu, 2008

Becerra, A.C., Participación en delitos especiales, 2006. Disponibil online la adresa: <https://www.monografias.com/trabajos17/delitos-especiales/delitos-especiales.shtml>

Bogdan, S.; Șerban, D.A.; Zlati, G., Noul Cod penal. Partea specială. Analize, explicații, comentarii. Perspectiva clujeană, București: Universul Juridic, 2014

Crăciun, V., Circumstanțele în cadrul participației penale, Penalmente Relevant, nr. 2/ 2016

Díaz, M.; Conlledo, G., Autoria y Participación, Revista de Estudios de la Justicia, nr. 10/2008

Hoyos, G.B., Comunicabilidad de la calidad del sujeto activo en los delitos contra la función pública. Especial referencia a la malversación de caudales públicos y al fraude al fisco, Revista de Derecho, nr. 2/2012

Martín, M.Á.R., El fundamento de la atenuación (facultativa) de la pena del partícipe extraneus en un delito especial en el Código penal español, în InDret, nr. 3/2018

Mejías Rodríguez, C.A., Las circunstancias atenuantes y agravantes en la teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, 5 May 2010. Disponibil online la adresa: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20100505_01.pdf

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

Radu, R. H., Participația în dreptul penal, Ed. C.H. Beck, București, 2013

Streteanu, F., Tratat de drept penal. Partea generală. Volumul I, Ed. C.H. Beck, București, 2008

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

Ungureanu, M. E., Participația penală, București, Ed. Universul Juridic, București, 2017