

ARTICOLUL 50 COD PENAL. SUCCINTE CONSIDERAȚII**ARTICLE 50 OF THE CRIMINAL CODE. A BRIEF OVERVIEW**

Vlad CRĂCIUN¹
Auditor de Justiție

ABSTRACT

The author recognizes that most of the dilemmas regarding complicity emerge from the manner in which article 50 of the Criminal Code is being interpreted. The main point of the article is not to emphasise the theoretical and practical issues. The legal literature has done a great job at revealing them. There is a fog of doubt regarding how such issues can be solved. In trying to offer some solutions to these issues, the author will orbit around article 50 of the Criminal Code.

The first issue at hand will be the link between the complicity and the offenses committed by oblique intent. Then the author will analyse the interesting aspects concerning complicity in the context of continuing offense and custom offense. Another issue that will be taken into consideration regards the discussion concerning the co-authors of an offense with a qualified subject.

Likewise, the author will turn his attention towards the nature of the mitigating circumstances consisting of exceeding the limits of self-defense and exceeding the limits of a state of necessity. Nonetheless, the necessity of the improper participation is being analysed.

REZUMAT

Articolul care reglementează circumstanțele reale și personale vine uneori să tranșeze discuții purtate în doctrină, după cum vine alteori să le pună într-o altă lumină. Într-un fel sau altul, problemele care urmează a fi discutate vor avea ca nucleu art. 50 din Codul penal.

Prima chestiune pe care o vom avea în vedere va fi participația la infracțiunile praeterintenționate. (I) În continuare, vom analiza particularitățile participației la infracțiunile continuate și de obicei, întrucât este discutabil în ce măsură forma continuată și de obicei pot fi considerate circumstanțe reale. (II) Deoarece a creat divergențe în doctrină, vom trata și problema coautoratului la infracțiunile cu subiect activ special. (III) Vom analiza apoi natura circumstanțelor atenuante legale prevăzute la art. 75 alin. (1) b și c (IV). În fine, noua legiuire penală prilejuiește o discuție având ca obiect necesitatea reglementării exprese a participației impropriei (V).

¹ E-mail: vladcraciun92@yahoo.com.

CUPRINS

I.	Participația la infracțiunile praeterintenționate.....	51
II.	Participația la infracțiunile continuate și de obicei.....	53
III.	Coautoratul la infracțiunile cu subiect activ special.....	55
IV.	Excesul de apărare și excesul de salvare.....	60
V.	Necesitatea participației improprie.....	63

I. PARTICIPAȚIA LA INFRAȚIUNILE PRAETERINTENȚIONATE

Reglementată de Cod pen. la art. 16 alin. (5), intenția depășită se caracterizează prin suprapunerea peste o faptă ce constă în acțiune sau inacțiune intenționată a unui rezultat mai grav care se datorează culpei făptuitorului.

După cum se poate observa, textul nu distinge între modalitățile intenției cu care trebuie să se comită fapta, după cum nu distinge nici între formele culpei în ceea ce privește rezultatul mai grav. Prin urmare, **autorul va răspunde pentru rezultatul mai grav chiar și atunci când nu l-a prevăzut, dacă trebuia și putea să o facă.**²

Deși lipsa o reglementare expresă, doctrina era conștientă și sub Cod pen. anterior de existența acestei forme de vinovăție.

După cum reiese din Cod pen., complicitatea și instigarea sunt dependente de intenție (art. 47 și art. 48). Mai departe, analizând art. 50 alin. (2), putem ajunge la concluzia că **orice împrejurare reală care agravează răspunderea autorului va fi imputabilă participantului secundar tot cu titlu de intenție** (prevederea trebuind privită ca factor al intenției indirecte). **Pe acest raționament, complicitatea sau instigarea la o infracțiune praeterintenționată pare a fi exclusă de plano.**

Întrucât se creează o situație de inechitate (autorul ar răspunde pentru o asemenea infracțiune, în vreme ce complicile – care, deși ar fi trebuit să prevadă, precum autorul, rezultatul mai grav, nu l-a prevăzut – nu va răspunde), doctrina s-a simțit îndrituită să procedeze la “interpretare” prin adăugare la textul de lege. Astfel, primul pas a fost asimilarea rezultatului mai grav unei circumstanțe reale. Al doilea a fost extinderea textului de la art. 28 alin. (2) Cod pen. anterior la situațiile în care participantul secundar “putea și trebuia să prevadă” respectiva circumstanță.³

Nu trebuie să trecem cu vederea orientarea clară a jurisprudenței către imputarea rezultatului mai grav și participantului secundar, în măsura în care a fost imputabil autorului.⁴

Într-adevăr, simțul echității îndeamnă la soluțiile instanțelor, dar echitatea nu poate duce – oricât de grosieră ar fi omisiunea legiuitorului – la analogie în defavoarea participantului. **Nu se poate accepta nici ideea că art. 50 alin. (2) Cod pen. a avut în vedere doar infracțiunile intenționate, ele fiind mai frecvente⁵, după cum nu se poate accepta nici interpretarea potrivit căreia “prevederea” ar include totuși infracțiunile săvârșite cu intenție depășită, atunci când rezultatul mai grav ar fi imputabil din culpă cu prevedere, trebuind extins – pentru identitate de rațiune – și la culpa fără prevedere.** Deși ghidate de rațiune și de necesitatea acoperirii inechității pe care legiuitorul continuă să o tolereze, interpretarea legii prin adăugare la textul ei, mai ales atunci când duce la analogie în defavoare, trebuie abandonată. Totuși, până la o intervenție legislativă care să clarifice acest aspect, vom încerca să găsim un temei pentru tragerea la răspundere a tuturor participanților pentru rezultatul mai grav, atâta vreme cât acesta le este imputabil cu titlu de culpă. Demersul este oarecum dificil, de vreme ce art. 50 alin. (2) Cod pen. pare să se opună cu desăvârșire.

Este seducătoare interpretarea conform căreia “circumstanțele privitoare la faptă se comunică participanților

² G. Antoniu, *Vinovăția penală*, Ed. Academiei Române, București, 2002, p. 190.

³ V. Papadopol, Comentariu în T. Vasiliu și colab., *Codul penal al Republicii Socialiste România Comentat și Adnotat. Partea Generală*, Ed. Științifică, București 1972, p. 152-153.

⁴ Trib Supr., s.p., dec. 23/1987 citată în Culegere de decizii 1987, p. 305; Trib. Supr., s.p., dec. nr. 2018/1976 citată în V. Papadopol, M. Popovici, *Repertoriu alfabetic de practică judiciară*, Ed. Științifică și enciclopedică, București, 1982, p. 60.

⁵ V. Papadopol, Comentariu în Vasiliu T, Antoniu G. și colab., *Codul penal al Republicii Socialiste...*, *Partea Generală, op. cit.*, p. 152. Într-adevăr, Cod pen. anterior nu reglementa intenția depășită, ca formă de vinovăție distinctă, motiv pentru care autorul își fundamentează opinia și arătând că nu se putea referi art. 28 (2) de atunci la această ipoteză nereglementată nici măcar în cazul autorului. Totuși, Cod pen. actual o reglementează, iar art 28 alin. (2) a rămas neschimbat sub acest aspect.

în măsura în care influențează și asupra autorului”.⁶ De altfel, la această concluzie am ajuns analizând comparativ cele două temeuri legale: art. 30 alin. (3) și art. 50 alin. (2). Așadar, dacă reținerea circumstanței reale (rezultatul mai grav) în cazul autorului se va face cu titlu de culpă (cu sau fără prevedere), așa va trebui să procedăm și în cazul complicelui sau instigatorului. Totuși, analizând dispozițiile care reglementează intenția depășită (art. 16 alin. 5), observăm că ea are incidență doar în ceea ce îl privește pe autor. Într-adevăr, peste *fapta comisă* cu intenție, trebuie să se suprapună un rezultat, din culpă. Or, în cazul instigatorului sau complicelui nu avem o “faptă comisă”, ci o faptă la care s-a ajutat ori care s-a determinat. Peste actele lor de înlesnire sau determinare nu se poate suprapune din culpă un rezultat mai grav, ci doar peste actele autorului. Raportându-ne la textele în vigoare, numai actele autorului pot îmbrăca forma de vinovăție a praeterintenției. Instigare sau complicitate praeterintenționate nu există. Așadar, afirmația conform căreia “circumstanțele reale se răsfrâng participanților secundari în condițiile în care se rețin celui principal” este valabilă în cazul infracțiunilor intenționate, iar extinderea formei de vinovăție dictate de art. 16 alin. (5) la actele complicelui sau instigatorului ar constitui o analogie nepermisă.

Toate inconvenientele de mai sus survin din pricina direcției de abordare a problemei. Într-adevăr, se pornește de la rezultatul mai grav⁷. Calificându-l drept o circumstanță reală, ne vom izbi numaidecât de prevederile art. 50 alin. (2) Cod pen. în cazul participanților. Or, **rezultatul unei fapte (în sensul de acțiune sau inacțiune incriminată) este irelevant din punct de vedere penal până la momentul stabilirii unei legături subiective cu făptuitorul.**⁸ Ceea ce prezintă importanță aici nu este rezultatul mai grav produs, ci în ce măsură se leagă (din punct de vedere intelectual și volitiv) de subiecții activi ai infracțiunii.⁹

În cuprinsul praeterintenției se observă două componente: una obiectivă, care constă într-o relație cauzală de la forma de bază a infracțiunii la forma agravată care s-a comis; cealaltă componentă este una subiectivă și constă în atribuirea formei agravate cu titlu de culpă. De netăgăduit, prima componentă, de una singură, este insuficientă pentru fundamentarea unei agravări a răspunderii participantului.¹⁰

Din această perspectivă, avem de-a face cu o circumstanță personală subiectivă: prevederea și neacceptarea producerii rezultatului mai grav ori încălcarea obligației de prevedere a rezultatului mai grav. Privind problema de la subiectul activ înspre rezultatul suprapus peste faptă ne vom feri de aplicabilitatea art. 50 alin. (2) Cod pen. Astfel, nu vom pune în discuție transmiterea unor circumstanțe de la autor înspre ceilalți participanți, ci strict reținerea circumstanței în sarcina fiecăruia.

De altfel, doctrina susține că așa se va proceda în cazul coautoratului la infracțiunile praeterintenționate. Se admite că va trebui să existe o culpă în persoana *fiecărui participant în parte* pentru a se reține coautoratul la infracțiunea comisă cu intenție depășită.¹¹ Or, **dacă în cazul unuia dintre coautori nu există culpă, ci alt element subiectiv cu privire la rezultatul respectiv, va răspunde conform acestuia.** De pildă, A și B lovesc victima într-o zonă și cu o intensitate care nu ar putea produce în mod normal moartea. Dintre aceștia, numai A cunoaște starea precară de sănătate a victimei, prevăzând că loviturile respective ar putea duce la moarte în cazul concret. Dacă se produce decesul, A va răspunde pentru omor cu intenție eventuală, iar B va răspunde pentru loviri sau vătămări cauzatoare de moarte, infracțiune praeterintenționată. **Astfel, în cazul coautoratului se dă relevanță legăturii subiective între rezultatul mai grav și acțiune. Legătura, fiind o circumstanță subiectivă personală, va trebui verificată în persoana fiecărui participant.**

⁶ *Ibidem.*

⁷ Șt. Daneș, V. Papadopol, *Individualizarea judiciară a pedepselor*, Ed. Științifică și enciclopedică București, 1985, p. 383-384; V. Dongoroz și colab., *Explicații teoretice ale codului penal român*, Vol. 1, ed. a doua, Ed. All Beck, București, 2003, p. 201; Tr. Dima, *Drept penal. Partea generală*, Ed. Hamangiu, ediția a II-a, București, 2007. p. 420.

⁸ E. Bacigalupo, *Manual de derecho penal. Parte general*, Editorial Termis S.A., Bogota, 1996, p. 220.

⁹ În acest sens, în cazul infracțiunii de avort care a avut ca urmare moartea femeii, se susține că moartea trebuie să fie imputabilă cu titlu de culpă autorului, iar în cazul complicelui acest rezultat se va răsfrânge conform art. 28 alin. (2) Cod pen. anterior. În continuare, se verifică distinct în persoana complicelui existența legăturii subiective față de rezultatul mai grav (legătură caracterizată de culpă fără prevedere). Prin urmare, autorul se contrazice: pe de o parte, pornește de la premisa comunicabilității circumstanței de la autor la complice, pe de altă parte, rezolvă problema prin verificarea existenței circumstanței în persoana complicelui. (V. Meseroș, *Notă la d.pen. nr 62 din 5 decembrie 1983*, în “Revista Română de Drept”, nr. 12/1984, p. 60-62).

¹⁰ E. Bacigalupo, *op. cit.*, p. 221.

¹¹ M. Zolyneak, *Aspecte ale coautoratului și complicității în literatura și practică judiciară penală*, în “Dreptul”, nr. 1-2/1990, p. 60.

La fel s-ar putea proceda și în cazul existenței unor participanți secundari. După cum spuneam, nuda existență a rezultatului mai grav nu prezintă relevanță penală. Prin urmare, vom privi acest rezultat prin elementul subiectiv care îl leagă de subiectul activ. Pornind mai întâi de la voința comună a participanților de a efectua același act, se va cerceta mai apoi dacă există culpă cu privire la rezultatul mai grav în persoana autorului. În cazul afirmativ, vom reține pentru el infracțiunea praeterintenționată. Dacă vom desluși în persoana participantului secundar o asemenea poziție subiectivă, vom imputa rezultatul mai grav acestuia din urmă. Altfel spus, vom analiza în parte, raportat la fiecare participant, existența culpei cu sau fără prevedere.¹² Se vor putea imagina ipoteze în care autorul va răspunde pentru forma intenționată, iar complicile sau instigatorul vor răspunde pentru agravarea praeterintenționată. De pildă, A, cunoscând că B se află într-o stare precară de sănătate, îl instigă pe C să îi dea o palmă, dar nu încunoștințează autorul despre starea precară de sănătate a lui B. Astfel, dacă în urma lovirii (susceptibile *in abstracto* de încadrare pe art. 193 Cod pen.), victima decedează pe fondul stării de sănătate, vom reține în sarcina instigatorului loviri sau vătămări cauzatoare de moarte (195 Cod pen.), iar în sarcina autorului vom putea reține numai infracțiunea de loviri sau alte violențe neexistând legătură subiectivă față de rezultatul mai grav. Așadar, în vreme ce instigatorul a prevăzut, dar nu a acceptat survenirea rezultatului, autorul nici nu a prevăzut și nici nu trebuia să prevadă respectivul rezultat.

Dacă am privi rezultatul mai grav ca fiind o circumstanță reală, atunci ar trebui ca ea să se comunice în aval de la autor la ceilalți participanți. Or, în cazul de față, rezultatul mai grav îi este imputabil numai instigatorului, nu și autorului. Existând doar prin legătura subiectivă cu participantul, legătură care îl înglobează, rezultatul va trebui să primească statutul de circumstanță personală subiectivă.

A susține că instigatorul sau complicile va răspunde pentru o infracțiune praeterintenționată nu echivalează cu a susține că este posibilă complicitatea sau instigarea cu intenție depășită.¹³ Într-adevăr, prin jocul circumstanțelor, în sarcina participantului secundar va fi atrasă răspunderea pentru o infracțiune praeterintenționată (de pildă, un viol urmat de moartea victimei ori o lovire cauzatoare de moarte etc), dar asta nu înseamnă că actul specific lui poate fi comis cu altă formă de vinovăție decât intenția dictată de art. 47 și art. 48 Cod pen. E drept, în cazul coautoratului, fapta va intra sub prevederile art. 16 alin. (5) Cod pen., de vreme ce acolo se suprapune un rezultat mai grav, cu titlu de culpă, peste actul de executare. După cum am menționat deja, participația secundară nu se materializează prin fapte despre care vorbește art. 16 alin. (5), iar acest din urmă articol nu îi este aplicabil.

Prin urmare, pentru a trage la răspundere complicile sau instigatorul pentru o infracțiune praeterintenționată, va trebui să schimbăm perspectiva, evitând astfel limitările impuse de art. 50 alin (2) Cod pen. Prevalându-ne de dispozițiile art. 50 alin. (1) Cod pen., vom ajunge să punem în sarcina participanților secundari o infracțiune praeterintenționată, dar în baza unei circumstanțe¹⁴ subiective reținute strict în sarcina lor, iar nu în baza comunicării unei circumstanțe obiective de la autor/coautor înspre ei.

II. PARTICIPAȚIA LA INFRACTIUNILE CONTINUATE ȘI DE OBICEI

O altă chestiune care ridică anumite dificultăți, raportat la înțelegerea domeniului circumstanțelor avute în vedere de art. 50 Cod pen., o reprezintă *infracțiunea continuată*. Aceasta se caracterizează, conform art. 35 Cod pen., prin comiterea, în baza aceleiași rezoluții infracționale și la intervale diferite de timp, a unor acțiuni sau inacțiuni care prezintă fiecare în parte elementele aceleiași infracțiuni, împotriva aceluiași subiect pasiv.

Se pune întrebarea dacă poate fi privită această formă a infracțiunii ca o circumstanță susceptibilă să se răsfângă de la autor înspre participanții secundari, după cum s-a susținut, izolat, în doctrină.¹⁵

Discuția prezintă importanță în cazul complicității, caracterul continuat al infracțiunii comise de autor ajungând astfel să se transmită chiar în lipsă de aport material sau moral la mai mult de o acțiune din cadrul infracțiunii continuate. Ca o excepție de la afirmația de mai sus, această cauză de agravare, consideră doctrina, depășește sfera art. 50.¹⁶ Astfel, vom avea aici în vedere numai împrejurările care gravitează în jurul acțiunii

¹² I. Tanoviceanu, *Curs de drept penal*, Vol. II, Ed. Ateliere Grafice SOCEC & Co, Societate anonimă, 1912, p. 473-474.

¹³ M. Zolyneak, *Aspecte...*, *op. cit.*, p. 71-72.

¹⁴ Praeterintenția este văzută și în sistemul spaniol tot ca o circumstanță (M. A. Pasamar, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participation delictiva*, Ed. Civitas S. A., 1995, p. 52).

¹⁵ C. Mitrache, C. Mitrache, *Drept penal român, Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 305.

¹⁶ M. Zolyneak, *Aspecte ale coautoratului și complicității în literatura și practica judiciară penală*, în "Dreptul", nr. 1-2/1990, p.

– element constitutiv, cum sunt locul, timpul, modul de executare, aspecte privind vinovăția, imputabilitatea sau antijuridicitatea acțiunii în cauză etc. Or, “împrejurarea” despre care vorbim aici constă practic într-o altă acțiune pe care legea o alătură primeia, în considerarea modului concret de săvârșire, pentru a constitui o unitate de infracțiune.

Deși poate părea *ab initio* o interpretare nejustificat de extensivă¹⁷, nu trebuie trecută cu vederea. **În primul rând, caracterul continuat al infracțiunii va putea fi văzut ca o circumstanță în cazul instigării, fiind greu de susținut că instigatorul nu va răspunde pentru o infracțiune continuată decât atunci când se demonstrează că a determinat fiecare din acțiunile care intră sub incidența art. 35 alin. (1).**

Într-adevăr, activitatea instigatorului, în ipoteza de față, o vom raporta nu la rezoluția autorului pentru fiecare acțiune în parte, ci la rezoluția care supune aceste acțiuni unității legale.¹⁸ Așadar, va fi suficient să se probeze că instigatorul cunoaște faptul că autorul va comite fapta în asemenea mod ori prevede această posibilitate, dorind sau acceptând asta. Problema se pune, așadar, numai în cazul laturii obiective a participației.

Aceste acte, după cum știm, le putem diviza în acte materiale, care înlesnesc comiterea acțiunii și acte morale, care întăresc rezoluția infracțională, consolidând-o atunci când este șubredă.¹⁹ Observăm, așadar, că nu doar actul instigatorului se îndreaptă înspre psihicul autorului, ci este susceptibil să o facă și actul complicelui. De altfel, chiar prin activități materiale, menite să ajute ori să înlesnească întrunirea elementelor obiective, se influențează rezoluția infracțională a autorului. Într-adevăr, chiar un ajutor material rămas fără efect va întări decizia autorului de a merge mai departe cu executarea.

În această ordine de idei, toate modalitățile de înfăptuire a participației secundare au ca efect (direct sau indirect) influențarea rezoluției infracționale a autorului. Or, specificitatea rezoluției infracțiunii ține de esența formei continuate, împreună cu acțiunile înglobate de aceasta. Este greu de admis că, în cazul complicității morale cu privire la o acțiune/inacțiune din cadrul infracțiunii continuate, nu va fi afectată rezoluția infracțională în ansamblul ei. Făcând analogia cu infracțiunea simplă, putem observa și aici un element subiectiv (rezoluția specifică) și un element obiectiv (acțiunile/inacțiunile, mânate fiecare în parte, la rândul lor, de un element subiectiv). În cazul infracțiunii simple, este unanim admis în doctrină că participația secundară poate afecta numai forul intern, determinând ori consolidând rezoluția infracțională. Se consideră suficientă influențarea laturii subiective, putând lipsi cu desăvârșire aportul în ceea ce privește latura obiectivă. Totuși, **în cazul infracțiunii continuate, se impune de către doctrină ca actele de participație secundară să afecteze întotdeauna și elementul obiectiv al infracțiunii continuate**, nefiind suficientă influențarea rezoluției despre care face vorbire art. 35 alin. (1) Cod pen.²⁰

Într-adevăr, paralela cu infracțiunea simplă poate nu constituie cel mai bun argument, datorită diferenței fundamentale între cele două forme de comitere. Astfel, s-a afirmat²¹ că actele de autorat determină caracterul infracțiunii săvârșite, iar acest caracter va pătrunde și actele de complicitate și instigare. De aceea, se susține, o infracțiune continuată este susceptibilă de participație secundară continuată numai dacă formele de complicitate sunt îndeplinite tot sub condițiile dictate de art. 35 alin. (2) Cod pen.

Actele de participație secundară nu pot fi desprinse de actul de executare care le condiționează existența, pentru a fi atribuite infracțiunii continuate în ansamblul ei.²² Totuși, am văzut mai sus că actul de participare secundară la una dintre acțiunile acoperite de infracțiunea continuată se răsfrânge implicit asupra rezoluției infracționale cerute de art. 35 alin. (2). Astfel, vom putea raporta actul de complicitate sau instigare direct la infracțiunea continuată, fără a-l desprinde de acțiunea pe care el a determinat-o ori a înlesnit-o.

Mai mult, un element constitutiv al infracțiunii complexe – element ce constă în acțiunea tipică unei infracțiuni aduse de legiuitor lângă o alta ori chiar lângă o acțiune neincrimată – poate fi privit ca o circumstanță (de pildă, în cazul tâlhăriei, violențele care însoțesc furtul vor intra sub incidența art. 50

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ În sensul unei rezoluții distincte, peste cele care caracterizează fiecare acțiune care intră în conținutul infracțiunii continuate, T. Vasiliu, G. Antoniu și colab. și colab., *op. cit.*, p. 307-308.

¹⁹ G. Antoniu și colab., *Explicații preliminare ale noului Cod penal*, vol I, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 519.

²⁰ V. Papadopol, *Aspecte ale raporturilor dintre infracțiunea continuată și formele de participație*, în “Justiție nouă”, nr. 5/1964, p. 36.

²¹ *Idem*, p. 37.

²² *Idem*, p. 36.

Cod pen.). Astfel, se va răsfrânge asupra participantului secundar numai dacă a fost prevăzută sau cunoscută, altminteri acesta din urmă fie nu va răspunde, fie va răspunde numai pentru infracțiunea absorbită. *De ce s-ar schimba parametrii discuției dacă ipoteza nu se mai referă la o acțiune care prezintă elementele altei infracțiuni, ci ale aceleiași infracțiuni?* Tot prin voința legiuitorului cele două acțiuni tipice sfidează legile concursului, acțiunile lor pierzându-și autonomia și devenind acte de executare ale unei unități de infracțiune. Nu pare susținut să acordăm, sub acest aspect, tratament distinct celor două forme de unitate.

De pildă, mergând pe ideea doctrinei, cel care înlesnește comiterea unui furt prin oferirea mașinii sale autorilor, nu va trebui să ajute și la comiterea infracțiunii de loviri sau alte violențe care va însoți furtul respectiv, fiind suficient să îl prevadă pentru a răspunde pentru tâlhărie. Totuși, același complice, nu doar că va trebui să prevadă și să accepte că autorii vor mai comite ori au mai comis furturi în dauna subiectului pasiv respectiv, ci ar trebui să le ofere mașina pentru comiterea fiecăruia. În ambele cazuri, actul prevăzut de complice se prezintă ca o infracțiune distinctă, asimilată de legiuitor fie infracțiunii continuate, fie infracțiunii complexe, motiv pentru care nu putem face o distincție după modelul celei de mai sus.

Problema s-a ridicat și în cazul *infracțiunii de obicei*, care se caracterizează prin repetarea actului de executare, astfel încât să rezulte obișnuința, îndeletnicirea.²³ O parte a doctrinei susține că este necesar, cel puțin în cazul complicității materiale, ca ajutorul acordat de către participantul secundar să aibă, la rândul său, caracter repetat.²⁴ De vreme ce legea cere pentru existența faptei autorului caracter repetat, această condiție trebuie realizată și în ceea ce-l privește pe complice, neputând crea o situație mai grea celui din urmă. Prin urmare, ar trebui probate și în sarcina participantului secundar un număr suficient de acte care să ateste îndeletnicirea.²⁵ S-a susținut și opinia contrară, în sensul că ar fi suficientă cunoașterea repetabilității, a obiceiului autorului, de către complice, nefiind imperios necesar să ajute la săvârșirea fiecărui act.²⁶

Este, așadar, caracterul de îndeletnicire o circumstanță care se răsfrânge asupra participanților pentru simplul fapt al cunoașterii sau prevederii sale? Deși suntem de acord cu susținerea conform căreia îndeletnicirea nu trebuie să se găsească și în actele complicelui, fiind suficientă prevederea ei de către complice în actele autorului, nu putem privi obișnuința ca fiind o circumstanță transmisibilă.

Repetabilitatea actului este cerută chiar de textul de incriminare, uneori explicit, alteori nu. Astfel, trăsătura în discuție poate fi dedusă lesne sau prin muncă de interpretare, dar întotdeauna din latura obiectivă, din tipicitate²⁷. Tocmai de aceea susținerea că faptele comise de autor devin infracțiune odată constatată această trăsătură este doar parțial întemeiată.²⁸ Obișnuința nu va îmbrăca acțiunile autorului în haina infracțiunii, nefiind suficientă, în sine, pentru asta, ci va condiționa însăși existența faptei (*prevăzute de legea penală*) comise de autor.²⁹

Cunoașterea sau previziunea ei este suficientă pentru atragerea răspunderii complicelui nu pentru că vorbim despre o circumstanță transmisibilă, ci despre cunoașterea caracterului penal al faptei la care participantul secundar contribuie. Una dintre condițiile participației (propriei sau impropriei) o constituie reprezentarea faptului că participantul secundar își aduce aportul la săvârșirea unei fapte prevăzute de legea penală, tipice. Or, în acest caz, fapta este prevăzută de legea penală numai atunci când autorul îndeplinește condiția îndeletnicirii, chestiune care trebuie măcar prevăzută de către participanții secundari pentru a fi legați subiectiv de actul autorului.³⁰

III. COAUTORATUL LA INFRACTIUNILE CU SUBIECT ACTIV SPECIAL

Participația se învârte în jurul săvârșirii nemijlocite a unei fapte prevăzute de legea penală. Dintre toți participanții, singurul care poate săvârși în mod nemijlocit fapta penală este autorul/coautorul.

²³ C. Mitrache, C. Mitrache, *op. cit.*, p. 316.

²⁴ M. Zolyneak, *Aspecte ale coautoratului...*, *op. cit.*, p. 72-73.

²⁵ V. Dongoroz, S. Kahane și colab., *Explicații teoretice ale Codului penal român. Partea generală*, vol. 1, Ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1969, p. 201.

²⁶ V. Papadopol, *Condițiile generale ale participației*, în "Revista Română de Drept", nr. 5/1970, p. 42.

²⁷ Pentru o mențiune privind descrierea în norma de incriminare nu a unei acțiuni, ci a unui mod de viață al persoanei, G. Antoniu, *Elementul material din norma de incriminare*, în "Revista Română de Drept", nr. 2/1999, p. 20

²⁸ V. Pașca, *Drept penal, Partea Generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 322.

²⁹ M. Zolyneak, *Aspecte ale coautoratului...*, *op. cit.*, p. 72.

³⁰ V. Papadopol, *Condițiile generale...*, *op. cit.*, p. 42.

Actele celorlalți, incriminate la art. 47 și art. 48 din Cod pen. nu ar putea duce, prin ele însele, la realizarea unei asemenea fapte. Într-adevăr, caracterul lor penal este dependent de existența actelor de executare. Accesorialitatea limitată care ghidează participația secundară impune, așadar, următoarele condiții: existența unei fapte conforme cu descrierea din norma de incriminare (tipicitate) și antijuridicitatea (lipsa cauzei justificative).³¹

Chiar dacă textele care conturează sistemul participației nu impun *per se* inexistența unei cauze justificative în ceea ce privește actul autorului sau coautorilor, această cerință reiese din art. 18 alin (2) Cod pen., care statuează că efectele acestor cauze se produc asupra tuturor participanților, în mod obiectiv. **Asemenea circumstanțelor reale atenuante, cauzele justificative se răsfrâng obiectiv, indiferent de cunoașterea sau prevederea participanților.** Prin urmare, dacă fapta prevăzută de legea penală comisă de autor nu va fi și antijuridică, în jurul ei nu vor putea gravita eventuale acte de participație secundară.

Din cele de mai sus rezultă că dependența există numai în cazul actelor specifice complicității și instigării. Într-adevăr, actele coautorului pot duce singure la realizarea conținutului faptei incriminate, în vreme ce actele participantului secundar nu o pot face. Ele, după cum spuneam, primesc relevanță penală numai prin săvârșirea nemijlocită a faptei de către (co)autor. De aceea, **dacă pentru existența faptei penale se cere ca subiectul activ să aibă o calitate anume (de pildă, funcționar), existența calității va trebui analizată numai în persoana celui care săvârșește nemijlocit fapta (comite acte de executare).** Prin urmare, în cazul infracțiunilor cu subiect activ special, instigatorul sau complicele vor fi trași la răspundere chiar în lipsa întrunirii calității, iar existența în persoana lor a calității respective nu va “compensa” lipsa ei în persoana (co)autorului.³²

Reținerea unei infracțiuni cu subiect activ special în sarcina participantului secundar căruia îi lipsește calitatea se fundamentează pe principiul accesorialității limitate. Totuși, **în cazul coautoratului, acest principiu își pierde aplicabilitatea.** După cum reiese chiar din reglementarea acestei forme de participație, coautorii sunt persoane care săvârșesc nemijlocit aceeași faptă prevăzută de legea penală – art. 48 alin. (2) Cod pen. De aici decurg anumite probleme în ipoteza în care două sau mai multe persoane săvârșesc în mod nemijlocit o faptă pentru existența căreia legea cere o calitate specială subiectului activ, dar nu toate au această calitate.

Înainte de a le discuta, va trebui să analizăm problema actelor de executare la o infracțiune cu subiect activ special proprie. Astfel, de cele mai multe ori, calitatea tipică va conține, intrinsec, o obligație care incumbă subiectului activ. Astfel, în cazul delapidării, în virtutea unui contract, subiectul are calitatea de funcționar, cu atribuții de a administra bunurile sau de a le gestiona.

Prin urmare, putem identifica în sarcina subiectului o obligație contractuală de protecție a valorii sociale (patrimoniul societății). Art. 17 Cod pen. stabilește că infracțiunea comisivă care presupune producerea unui rezultat se consideră *săvârșită (s.n)* și prin omisiune, atunci când există o asemenea obligație. Prin urmare, am putea să ne punem următoarea întrebare: codul socotește simpla pasivitate, atunci când există obligație de a interveni, act de executare?

Ipoteza de care ne vom ocupa în continuare o constituie sustragerea de către un *extraneus* și un *intraneus* (împreună) de bunuri din patrimoniul persoanei juridice. De vreme ce pasivitatea gestionarului (care, prin ipoteză, cunoaște acțiunea de sustragere a extraneusului) pare să echivaleze în ochii legiuitorului act de executare, cu atât mai mult va echivala actul de înlesnire. Prin urmare, **cel care poartă poziția de garant ar putea fi considerat executant, chiar dacă actele lui nu sunt nemijlocite.** Într-adevăr, executarea sa constă în permiterea lezării valorii sociale (în mod nemijlocit) de către *extraneus*, atâta vreme cât *intraneus-ul* ar fi putut împiedica lezarea respectivă.³³

Altfel spus, câtă vreme există legătură subiectivă între cei doi, iar cel care nu are obligație de garant comite acte de executare, nu pare să intereseze natura (materială) a actelor administratorului. El va fi considerat executant, în virtutea art. 17 Cod pen. De notat că, într-o asemenea ipoteză, se pierde orice semnificație a naturii actului intraneusului, motiv pentru care asupra problemei planează incertitudinea.

Revenind, în primul rând, trebuie menționat că teoria monistă, care cere unitate de faptă penală, se păstrează și în cazul coautoratului. Astfel, limitele trasate – între o calificare sau alta (formă agravată sau atenuată) a unei infracțiuni și faptă distinctă, *sui generis* – rămân valabile. Așadar, vom avea în vedere numai ipotezele în care o

³¹ G. Antoniu, *Participația penală, Studiu de drept comparat*, în “Revista de Drept Penal”, nr. 3/2000, p. 22.

³² Tr. Pop, *Drept penal comparat, Partea generală*, Vol. II, Ed. Institutul de arte grafice “Ardealul”, Cluj, 1923, p. 871.

³³ F. Streteanu, D. Nițu, *Drept penal. Partea generală, Curs universitar*, Vol. 1, Ed. Universul Juridic, București, 2014. p. 304.

anumită calitate determină existența faptei, iar nu calificarea acesteia. În situațiile din urmă, chiar și în cazul coautoratului, va primi aplicabilitate art. 50 alin. (1) Cod pen., fiecare participant răspunzând în funcție de calitatea sa pentru o formă sau alta a infracțiunii. Despre lipsa comunicării circumstanțelor personale (calitatea subiectului activ) nu mai putem vorbi atunci când calitatea fundamentează ilicitul, neavând rol de a-l aplana sau augmenta.³⁴

Coautoratul impune respectarea în mod cumulativ a două condiții: săvârșire nemijlocită, pe de o parte; aceeași faptă prevăzută de legea penală, pe de altă parte.

Considerându-se că vom înțelege prin *săvârșirea nemijlocită (a unei fapte penale)* și calitatea subiectului activ, majoritatea doctrinei califică actul subiectului în cazul infracțiunilor proprii ca fiind de executare sau de complicitate în funcție de existența sau inexistența calității cerute de normă.³⁵ Chiar dacă din punct de vedere material actele “extraneusului” contribuie în mod direct la producerea rezultatului ilicit, din punct de vedere al conținutului incriminării, o asemenea cooperare va fi considerată accesorie.

Astfel, **se susține că în cazul infracțiunii de delapidare (controversele au în vedere această infracțiune, de regulă), dacă două sau mai multe persoane săvârșesc acte de însușire, dar numai una dintre ele are calitatea cerută de textul de incriminare, cei care nu au calitatea respectivă vor răspunde drept complici, iar nu în calitate de coautori.**³⁶ Prin urmare, lipsa calității cerute de normă ar schimba, în viziunea acestor autori însuși natura actului comis de subiect. Or, este de netăgăduit faptul că nu la subiectul activ ne raportăm atunci când caracterizăm un anumit act ca fiind de executare sau de înlesnire.³⁷ Acest demers prezintă un caracter obiectiv, nefiind influențat de calitatea celui care săvârșește fapta.³⁸

Prin urmare, un asemenea argument nu poate sta drept temei pentru recalificarea actului celui care a săvârșit fapta. Procedând astfel, s-ar nesocoti însuși legea, care diferențiază fără echivoc actele (co)autorului de cele ale complicelui. Totuși, autorii care marșează înspre recalificarea actului de participare se mai prevalează de un argument, care prezintă o mai mare greutate: unitatea de faptă penală. Participația depinde de unitatea faptei penale (cu delimitările pe care le-am făcut mai sus). Or, raportându-ne la infracțiunea de delapidare în forma însușirii, lipsa calității respective transformă fapta în furt.

Nu suntem aici în prezența unor forme distincte (calificate ca atare) ale aceleiași fapte penale, întrucât delapidarea este o infracțiune *sui generis*, iar nu o agravare a furtului. Prin urmare, dacă dintre cei doi subiecți care își însușesc bunuri din patrimoniul unei persoane juridice, numai unul are calitatea de funcționar care administrează sau gestionează bunurile, va trebui să rupem unitatea de faptă penală dictată de sistemul participației. Altfel spus, calificând fapta drept delapidare pentru un coautor și ca furt pentru un altul, s-ar încălca textul de la art. 46 alin. (2), care impune îndreptarea actului de executare înspre săvârșirea *aceleiași* fapte penale.

Prin urmare, constrânsă de legiuitor, o parte a doctrinei a făcut un sacrificiu, iar cealaltă parte a făcut un altul. Mai exact, autorii care recalifică actul de executare al *extraneului* calcă peste prevederile care definesc săvârșirea în mod nemijlocit a faptei, distingând-o de înlesnirea săvârșirii ei; în același timp, autorii care susțin recalificarea faptei reținute în sarcina extraneului calcă peste prevederile care cer în cazul coautoratului săvârșirea *aceleiași* fapte penale. Nu putem susține, prin urmare, că una sau alta din aceste viziuni sunt întru totul nefundamentate³⁹, dar trebuie să îmbrățișăm și să argumentăm una dintre soluțiile propuse.

De cele mai multe ori, fapta penală se suprapune peste elementul obiectiv (act de executare – rezultat – raport de cauzalitate), cele două noțiuni fiind echivalente. Totuși, nu trebuie să le confundăm. **Uneori, elementul obiectiv, per se, nu este suficient, textul de incriminare impunând și alte condiții: de pildă, de loc sau de subiect.** Atunci când elemente extrinseci acțiunii sau inacțiunii incriminate sunt avute în vedere de legiuitor la momentul incriminării, similitudinea între elementul obiectiv și fapta penală dispare. Mai precis,

³⁴ T.Z. Carranza Sanchez, *La participation en los delitos especiales*, articol disponibil pe pagina web <http://www.scribd.com/doc/151488435/La-participacion-en-los-delitos-especiales>, p. 5.

³⁵ V. Dongoroz, *Drept penal*, Ed. Asociația Română de științe penale, București, 2000, p. 407.

³⁶ L. Plavoșin, *Unele probleme ale participației penale în practica Tribunalului Suprem al RPR*, în “Legalitatea Populară”, nr. 3/1961. De altfel, în același sens s-a pronunțat și Tr. Suprem prin Decizia de îndrumare nr. VII din 29 aprilie, 1954.

³⁷ F. Streteanu, *Tratat de drept penal. Partea generală*, Vol. I, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 611-616.

³⁸ M. Basarab, *Participațiunea la infracțiuni cu subiect activ special*, în “Studia Universitatis Babes-Bolyai”, 1965, p. 150.

³⁹ *Idem*, p. 149.

pentru a vorbi de o faptă penală, nu va fi suficient actul de executare și rezultatul, ci vor trebui întrunite și elementele extrinseci, referitoare la locul comiterii, la timpul comiterii sau la persoana subiectului activ.⁴⁰

Astfel, cerința de la art. 46 alin. (2) teza finală, referitoare la “aceeași faptă prevăzută de legea penală” nu este îndeplinită dacă vom califica fapta *extraneusului* diferit de cea a *intraneusului*. Procedând astfel, va trebui să încalcăm condiția unității faptei penale, părăsind teritoriul coautoratului. Într-adevăr, nefiind îndeplinită o condiție a acesteia, **nu vom putea susține că subiecții au săvârșit în coautorat fapta, ci fiecare va trebui să răspundă – ca autor – pentru fapta proprie, calificată conform calității sale.**

S-ar putea susține că există elementul subiectiv al făptuitorilor care conduce înspre reținerea coautoratului, astfel că ei au dorit să-și aducă împreună contribuția la săvârșirea aceleiași fapte. Ne este îngăduit să trecem peste acest aspect și să dezbinăm activitățile făptuitorilor, atunci când este de la sine înțeles că ei au dorit să le îndeplinească? Revenind de unde am plecat, observăm că subiecții nu au dorit săvârșirea aceleiași fapte penale, ci săvârșirea împreună a aceluiași element material din cadrul acesteia. Într-adevăr, subiecții nu s-au înțeles să delapidaze, ci s-au înțeles să înșusească bunuri din patrimoniul persoanei juridice. Or, în cazul de față, însușirea (elementul material) nu reprezintă fapta penală, ci doar un factor al ei. Prin urmare, putem afirma că nu există un veritabil element subiectiv de coautorat aici (ținând seama de calitățile subiecților, n-ar avea cum să existe), ci pur și simplu o intenție comună de cooperare materială, de săvârșire nemijlocită. După cum putem desprinde din art. 46 alin (2), dorința de a săvârși nemijlocit (de a comite actul de executare) nu este suficientă, fiind nevoie să o dublăm de un element subiectiv care să se grefeze pe aceeași *faptă penală (s.n)*⁴¹.

S-a propus,⁴² *de lege ferenda*, introducerea în partea generală a Codului penal a unui text care să sune în felul următor: “Atunci când se participă, cu acte de executare, la săvârșirea unei infracțiuni cu subiect special, incriminarea faptelor se va face ținându-se seama de calificarea fiecărui participant”. Nu credem că este nevoie de o asemenea dispoziție de principiu.

În primul rând, “conflictul” dintre cele două poziții doctrinare este numai aparent. Recalificarea actelor de executare în acte de înlesnire ar constitui, fără tăgadă, o încălcare a legii. Dacă, în concret, conduita subiectului (din pricina calității) nu poate constitui act de executare a unei infracțiuni, ea poate constitui act de executare a unei alte infracțiuni.⁴³ De pildă, în exemplul delapidării, se va putea reține, în concret, infracțiunea de furt. La fel, infracțiunea de trădare prin transmitere de informații secrete (art. 395 Cod pen.) este una cu subiect activ calificat: cetățeanul român. Totuși, atunci când subiectul activ nu are această calitate (este cetățean străin sau apatrid), actele descrise acolo vor deveni fapte de spionaj (art. 400 Cod pen.). Același lucru se întâmplă în cazul trădării sau trădării prin ajutorarea inamicului (art. 394 Cod pen., respectiv art. 396 Cod pen.) care, atunci când nu vor fi comise de un cetățean român vor fi calificate drept fapte de “acțiuni ostile contra statului” (art. 399 Cod pen.).

Trebuie menționat că intervenția legiuitorului este necesară numai atunci când calitatea subiectului activ transformă elementul material al unei fapte penale într-o *faptă penală sui generis*, iar nu într-o *formă calificată*. După cum se poate observa, este greu de susținut că spionajul este o formă atenuată sau agravată a infracțiunii de trădare. Dacă autonomia conceptuală a faptei cu subiect activ lipsește, ne întoarcem la aplicabilitatea art. 50 alin. (1) Cod pen.

Este posibil – tot în concret – ca lipsa calității cerute de text să scoată conduita de sub incidența legii penale. De pildă, dacă una dintre persoanele care acceptă promisiunea de daruri pentru îndeplinirea unui anumit act nu are calitatea de funcționar public sau calitatea dictată de art. 308 Cod pen., aceasta nu comite infracțiunea de luare de mită, dar nici altă infracțiune.⁴⁴ La fel se poate întâmpla și în cazul delapidării în varianta folosirii în interes propriu a unor bunuri, dacă fapta – în concret – nu va putea constitui furt sau altă infracțiune.

În ambele cazuri (fie că actele nemijlocite constituie, în lipsa calității, o altă faptă penală, fie că ies de sub incidența legii penale), condițiile coautoratului nu sunt respectate. **Nu călcăm, așadar, peste unitatea de faptă penală cerută de norma de incriminare, ci pur și simplu nu dăm aplicare dispozițiilor coautoratului.** Astfel,

⁴⁰ G. Antoniu, *Elementul material... op. cit.*, p. 20.

⁴¹ A. Mureșan, *Aspecte ale participațiunii penale în lumina legislației și a practicii judiciare din RPR*, în “Studia Universitatis, Babeș-Bolyai”, nr. 1962, p. 147.

⁴² M. Basarab, *Participația la infracțiunile...*, *op. cit.*, p. 153.

⁴³ *Idem*, p. 151.

⁴⁴ F. Streteanu, *Tratat...*, *op. cit.*, p. 380.

chiar dacă la elementul material au participat două persoane, vom reține câte o faptă penală distinctă în sarcina fiecăreia, în calitate de autor (asta dacă lipsa calității duce la reținerea altei fapte incriminate).

Și totuși, **s-ar putea susține că ne găsim în prezența unei nedreptăți**: cel care înlesnește actul “intraneusului” va răspunde pentru infracțiunea cu subiect activ special proprie, de vreme ce pentru participantul secundar nu se cere calitatea tipică. Totuși, dacă aceeași persoană participă cu acte de executare (mai grave, prin natura lor, decât actele complicelui sau instigatorului), nu vom putea să reținem nicio infracțiune în sarcina lui odată ce vom “rupe” coautoratul. Într-adevăr, legiuitorul ar trebui să suplinească această lacună acolo unde este nevoie. Problema se poate rezolva, după cum am văzut, la nivel de penal special. Așadar, câtă vreme fapta extraneusului nu se poate încadra într-un tip distinct de infracțiune, va trebui să excludem răspunderea sa.⁴⁵ Totuși, majoritatea infracțiunilor cu subiect activ sunt improprii,⁴⁶ motiv pentru care problema se va rezolva de cele mai multe ori prin raportare la art. 50 alin. (1) Cod pen. Atunci când problema nu se mai poate rezolva apelând la circumstanțele personale, legiuitorul intervine și incriminează distinct faptele *extraneului*. Așa se întâmplă că lipsa calității de funcționar cu atribuții de gestionare și administrare va duce la răspunderea subiectului în calitate de autor al infracțiunii de furt.

Nu întotdeauna este necesară o asemenea intervenție, de vreme ce majoritatea infracțiunilor cu subiect activ proprii sunt infracțiuni care se comit în persoană proprie, nefiind măcar susceptibile de coautorat. Astfel, calitatea tipică vine cu o anumită obligație personală, iar încălcarea acesteia nu poate – de regulă – fi săvârșită de mai mulți subiecți împreună. Așa sunt, de pildă, infracțiuni ca divulgarea secretului profesional (art. 227 Cod pen.), dezertarea (art. 414 Cod pen.) sau absența nejustificată (art. 413 Cod pen.) ori mărturia mincinoasă (art. 273 Cod pen.).⁴⁷ **În toate aceste cazuri, calitatea subiectului activ e cea care conturează caracterul lezionar pentru valoarea juridică.**⁴⁸

Altfel spus, actul similar al unei persoane căreia îi lipsește calitatea respectivă nu necesită a fi incriminat: afirmațiile mincinoase cu privire la o cauză făcute de un *extraneus* nu vor avea nicio semnificație probantă, așadar nu vor putea leza interesul justiției; divulgarea de date personale, atâta vreme cât informațiile respective n-au fost descoperite în virtutea funcției, nu prezintă suficient pericol social pentru intervenția dreptului penal etc.

Nedreptatea pe care o pomeneam mai sus este și ea aparentă. **Paradoxal, un act de complicitate, în ipotezele avute în vedere, va cântări mai mult în ochii legiuitorului penal decât un act de executare.** Într-adevăr, a înlesni – de pildă – divulgarea săvârșită de cel care are obligația să păstreze secretul profesional va contribui la lezarea valorii sociale protejate. Un act de executare, neavând la bază calitatea cerută de text – de regulă – nu va avea același efect. Dacă îl va avea, legiuitorul va avea grijă să incrimineze distinct actul respectiv, chiar în lipsa calității care conferă îndatorirea specifică.

Este cu atât mai mult de evitat extrema cealaltă, anume reținerea coautoratului la infracțiunea cu subiect activ special, chiar dacă unuia dintre subiecți îi lipsește calitatea specială. Într-adevăr, dacă fapta nu este incriminată în lipsa calității respective, subiectul ar fi tras la răspundere drept coautor la o faptă penală pe care nu a comis-o. Dacă actele sale de executare constituie, de fapt, altă faptă prevăzută de legea penală, s-ar ignora principiul unității, care ghidează participația în general și coautoratul în special.⁴⁹

În concluzie, nu este nevoie să sacrificăm nimic. Nu vom “rupe” forma de participație a coautoratului, ci doar vom constata că ea nu este incidentă.

⁴⁵ T.Z. Carranza Sanchez, *op. cit.*, p. 9.

⁴⁶ Pentru distincția “infracțiuni proprii și infracțiuni improprii”, F. Streteanu, *Tratat...*, *op. cit.*, p. 380-381.

⁴⁷ I. Pascu, V. Dobrinou, și colab., *Noul cod penal comentat. Partea generală*, Ediția a II-a, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 328.

⁴⁸ Doctrina spaniolă numește aceste infracțiuni “delitos de infraccion de deber”, în sensul că ilicitul și imputabilitatea acestor fapte se fundamentează pe încălcarea unei îndatoriri specifice, pe care alții – în lipsa calității – nu o au. Așadar, actul în sine (în materialitatea lui) își primește potența de la obligația pe care o presupune calitatea subiectului. În lipsa ei, de cele mai multe ori elementul material respectiv nu ar avea aptitudinea de a leza vreun obiect juridic. (T. Z. Carranza Sanchez, *op. cit.*, p. 8).

⁴⁹ *Idem*, p. 152. Cu toate acestea, autorul consideră că această soluție încalcă mai puține dispoziții și principii decât cea a recalificării actelor de participație.

IV. EXCESUL DE APĂRARE ȘI EXCESUL DE SALVARE

O modificare oportună pe care o aduce Codul pen. constă în reglementarea excesului de apărare și a excesului de salvare în cadrul cauzelor de neimputabilitate. Astfel, depășirea limitelor legitimei apărări din pricina temerii sau tulburării, după cum și producerea unor urmări vădit mai grave prin actul de salvare decât cele care s-ar fi produs prin materializarea pericolului, atunci când făptuitorul nu și-a dat seama de asta, sunt situații reglementate drept cauze care înlătură imputabilitatea, iar nu caracterul ilicit al faptei.⁵⁰

Art. 26 Cod pen. statuează că “*nu este imputabilă fapta prevăzută de legea penală săvârșită de persoana aflată în stare de legitimă apărare, care a depășit, din cauza tulburării sau temerii, limitele unei apărări proporționale cu gravitatea atacului.*” De asemenea, “*nu este imputabilă fapta prevăzută de legea penală săvârșită de persoana aflată în stare de necesitate care nu și-a dat seama, în momentul comiterii faptei, că pricinuieste urmări vădit mai grave decât cele care s-ar fi putut produce dacă pericolul nu era înlăturat.*”

Doctrina admite în mod unanim caracterul personal al acestor cauze. Este de înțeles, de vreme ce toate împrejurările care înlătură imputabilitatea acționează *in personam* (cu excepția cazului fortuit). Mai mult, din însăși condițiile existenței lor pare a rezulta această trăsătură: în cazul excesului de apărare se cere tulburarea sau temerea; în cazul excesului de salvare se cere ca făptuitorul să nu-și fi dat seama de urmările vădit mai grave. Așadar, textele impun în ambele cazuri anumite poziții psihice ale făptuitorului. După cum știm, aceste stări subiective sunt de natura circumstanțelor personale.

Din cauzele reglementate la art. 26 Cod pen. derivă – în aval – circumstanțele atenuante legale de la art. 75 alin (1) a) și b) Cod pen.: depășirea limitelor legitimei apărări și depășirea limitelor stării de necesitate. Și aici ne aflăm în prezența unei disproporții, doar că ea nu se va datora temerii sau tulburării, respectiv făptuitorul își va da seama de existența ei. **Doctrina se limitează să menționeze că și aceste împrejurări sunt personale, nefiind susceptibile de a se răsfrânge asupra participanților.**⁵¹ Totuși, până să le încadrăm drept circumstanțe personale, considerăm oportună o analiză a naturii lor juridice, analiză pe care o vom face distinct.

a) Excesul scuzabil de apărare

După cum anticipam, distincția fundamentală între excesul neimputabil de apărare și excesul scuzabil, reglementat la art. 75 Cod pen. constă în lipsa tulburării sau a temerii pricinuite de atac. Așadar, ar părea că legiuitorul demarhează cele două împrejurări printr-un criteriu pur subiectiv.

Totuși, observăm că noua reglementare a legitimei apărări (art. 19. Cod pen.) nu mai impune condiția pericolului grav în ceea ce privește atacul. Astfel, de pildă, atacul va putea să se materializeze într-o palmă, într-o faptă susceptibilă de a fi încadrată sub art. 193 alin. (1) Cod pen.. Această “omisiune” ar urma să fie acoperită prin cerința proporționalității actului de apărare. Dacă proporționalitatea este drastic încălcată din pricina tulburării sau temerii, nu ar mai fi înlăturat caracterul ilicit, dar ar fi înlăturat caracterul imputabil. Altfel spus, dacă palma respectivă produce făptuitorului o tulburare sau temere, motiv pentru care “se apără” cu un topor, ucigând atacatorul, fapta sa nu va constitui infracțiune. Or, din această cauză, **deși legea nu distinge, este greu să admitem că orice disproporție va putea fi acoperită de art. 26 Cod pen.**

Într-adevăr, se susține că nu va putea opera cauza de neimputabilitate dacă actul de apărare depășește cu mult pericolozitatea atacului, chiar în prezența tulburării sau temerii.⁵² Altfel spus, dacă disproporția este vădită, existența temerii sau tulburării este irelevantă și ne vom plasa oricum pe tărâmul circumstanței atenuante legale. Totuși, de vreme ce din interpretarea art. 19 Cod pen., art. 26 alin. (1) Cod pen. și art. 75 alin. (1) lit. b nu reiese această distincție, apare contrar legii să o facem noi. Prin urmare, va trebui să considerăm într-o atare ipoteză că inexistența tulburării sau temerii rezultă din felul în care se prezintă faptele (*dolus ex re*), iar nu că vom ignora poziția psihică a făptuitorului, ieșind oricum din sfera cauzei de neimputabilitate.

Nu este suficient, analizând circumstanța atenuantă a excesului scuzabil de apărare, să ne raportăm doar la excesul neimputabil din care ar părea că derivă. În lipsa tulburării sau a temerii, va rămâne doar încălcarea de către făptuitor a condiției proporționalității, condiție dictată de reglementarea cauzei justificative a legitimei apărări. Câtă vreme motivul pentru care s-a depășit această proporție nu ne interesează, se va recurge la o

⁵⁰ F. Streteanu, D. Nițu, *op. cit.*, p. 456

⁵¹ V. Dongoroz și colab., *Explicații...*, V. II, p. 137-139.

⁵² F. Streteanu, D. Nițu, *op. cit.* p. 458.

analiză strict obiectivă. Altfel spus, pentru a stabili incidența circumstanței atenuante ne vom uita la fapta penală de apărare, pe care o vom raporta la atac. Într-adevăr, persoana atacatorului și a celui care se apără sunt relevante în determinarea proporționalității, dar numai subsecvent, numai drept criterii în analiza faptelor.⁵³ Așadar, **câtă vreme excesul scuzabil se caracterizează doar prin depășirea proporției (chestiune obiectivă, referitoare la fapt), este greu să îl considerăm o circumstanță personală.**

Atât în cazul excesului scuzabil de apărare, cât și în cazul celui neimputabil, se pornește de la o faptă penală săvârșită în legitimă apărare. Or, legitima apărare nu este condiționată de vreo stare psihică, de vreun mobil care să ghideze făptuitorul (de pildă, câtă vreme actul său este îndreptat înspre înlăturarea atacului, este irelevant că subiectul dorește uciderea atacatorului și din alte motive). Cauza justificativă s-ar răsfrânge asupra tuturor participanților la fapta penală, după cum dictează art 18 alin. (2) Cod pen. Totuși, pentru aceasta, condițiile legitimei apărări trebuie să se verifice, iar pentru verificarea lor ne vom raporta la autorul faptei de apărare.

Să presupunem că el a fost ajutat de o anumită persoană, dar – din răzbunare – depășește proporționalitatea, lucru pe care complicele nu l-a avut în vedere. Considerând că excesul scuzabil este o circumstanță personală, am putea trage concluzia că depășirea limitelor unei apărări proporționale va produce efecte numai în cazul său, iar nu și în sarcina complicelui. Acesta din urmă și-a adus contribuția la o faptă licită, săvârșită sub legitimă apărare. Altfel spus, când autorul faptei de apărare săvârșite în participație depășește intempestiv proporția, vom considera că doar el nu mai este pus sub cauza justificativă? Într-adevăr, dacă vom porni de la o atare premisă, circumstanța personală a excesului scuzabil nu ar atenua, ci ar agrava situația făptuitorului asupra căruia produce efecte.⁵⁴

Bineînțeles, susținerile conform cărora excesul scuzabil de apărare are caracter personal nu la asta se referă. Pe drept cuvânt, argumentul de mai sus este viciat pentru că pornește de la o premisă greșită: legitima apărare, ca să lipsească fapta penală săvârșită în participație de caracterul ilicit, trebuie să îndeplinească toate condițiile. Altfel spus, efectele ei se vor raporta la toți participanții, dar numai dacă au fost îndeplinite condițiile în ceea ce privește autorul. Or, noi pornim tocmai de la premisa neîndeplinirii uneia dintre ele: proporționalitatea. Efectele legitimei apărări, de fapt, nu se răsfrâng de la autor înspre ceilalți participanți, ci se produc pur și simplu asupra faptei, abolind caracterul ei ilicit. Astfel, fapta nu va mai putea constitui infracțiune pentru niciunul dintre cei care au contribuit la săvârșirea ei. Totuși, pentru aceasta, toate condițiile cerute de art. 19 Cod pen. trebuie să fie întrunite.

Așadar, concluzia la care ar trebui să ajungem este următoarea: dacă există proporționalitate, efectul justificativ se extinde (impropriu spus, după cum am văzut mai sus) și asupra participanților. Totuși, dacă lipsește proporționalitatea, iar autorul a săvârșit – din alte pricini decât temerea sau tulburarea – o faptă penală mai gravă decât impunea înlăturarea atacului, circumstanța excesului (în care s-a transformat legitima apărare) va produce efecte numai în persoana sa. Prin urmare, **ar părea că efectele exoneratoare au caracter real, în vreme ce efectele atenuante au caracter personal.**

Această viziune este viciată din mai multe puncte de vedere, indiferent dacă pornim de la premisa unei fapte ilicite, nefiind îndeplinită *ab initio* condiția cerută de art. 19 Cod pen., sau dacă pornim de la ideea că participanții au înțeles să săvârșescă o faptă licită (acoperită de legitimă apărare), iar autorul decide de unul singur să comită o faptă mai gravă.

În primul rând, comiterea unei fapte penale mai grave decât era necesar pentru înlăturarea pericolului nu are nimic de-a face cu subiectul activ, nu ține strict de persoana acestuia. Existența sau lipsa proporționalității, chiar dacă este analizată prin raportare la subiectul activ, nu are de-a face cu o stare psihică ori cu o calitate a acestuia⁵⁵. Or, orice circumstanță care se referă la fapta în sine este una reală.

În al doilea rând, știm că circumstanțele atenuante se răsfrâng asupra participanților chiar dacă nu le-au

⁵³ Criteriul principal va fi cel al urmărilor pe care le-ar fi produs atacul, raportat la urmările pe care le-a dorit cel care s-a apărât și cele care s-au produs efectiv (F. Streteanu, *Tratat...*, op. cit., p. 493-494).

⁵⁴ Ea produce efecte numai asupra celui care se apără pe sine ori apără pe altul, se susține. (M. Zolyneak, *Drept penal, Partea generală*, Ed. Fundației Chemarea, Iași, 1993, p. 902).

⁵⁵ De notat că dacă fapta care materializează apărarea a fost comisă în coautorat, existența sau absența proporției se va analiza având în vedere toți subiecții activi. Astfel, chiar considerând excesul scuzabil o circumstanță personală, doctrina îl reține în persoana celui care săvârșește (în sensul de acte de executare) fapta pentru a se apăra pe sine, pe altul ori un interes general. Dacă, prin ipoteză, participă mai mulți subiecți la săvârșirea nemijlocită a faptei, excesul scuzabil va fi reținut fiecăruia (V. Dongoroz și colab., *Explicații...*, Vol. II, op. cit., p. 138).

prevăzut sau cunoscut, atâta vreme cât țin de faptă sau de o calitate/trăsătură a autorului. Afirmând că excesul scuzabil de apărare este o circumstanță atenuantă care nu se răsfrânge, ar însemna că ea nu este nici reală, nici personală de individualizare, ci personală subiectivă (numai acestea, chiar dacă atenuează răspunderea, trebuie identificate la fiecare dintre participanți). Am insistat deja asupra faptului că ea se desprinde de orice element psihic care ar ghida făptuitorul, element care nu prezintă aici nicio relevanță. Nu putem susține nici că este o circumstanță personală de individualizare, de vreme ce nu sunt avute în vedere particularitățile subiectului activ. Așadar, chiar făcând abstracție de argumentele care duc la concluzia că excesul scuzabil de apărare ține de faptă, iar nu de făptuitor, tot nu am putea încadra – pe criterii de excludere – această circumstanță în altă categorie decât a celor reale.

În al treilea rând, din cele menționate mai sus ar rezulta și un argument care ține de echitate. Plecând de la premisa că, de pildă, complicele a înțeles să ajute la o faptă săvârșită sub legitimă apărare (așadar proporțională!), iar autorul comite un exces de executare, complicele va ajunge să suporte acest exces indiferent dacă l-a prevăzut sau nu. Într-adevăr, în mod normal, dacă autorul se abate de la executare și comite o faptă mai gravă decât cea avută în vedere de complice, va răspunde pentru forma agravată numai autorul. **Aici, deși se întâmplă același lucru (autorul se abate de la executarea convenită), nu doar că actul său ar repercuta obiectiv asupra participantului secundar (fapta prevăzută de legea penală primind caracter ilicit), dar complicele s-ar găsi chiar într-o poziție mai anevoioasă decât autorul, nebeneficiind nici măcar de circumstanța atenuantă a excesului de apărare.**

Din aceste motive, s-ar cuveni ca efectele atenuante ale depășirii limitelor apărării să se răsfrângă și asupra participanților.

b) Excesul scuzabil de salvare

Am văzut mai sus că elementul subiectiv care diferențiază excesul neimputabil de excesul scuzabil de apărare constă în starea de tulburare sau de temere provocată de atac. De asemenea, am văzut că nu se pune nicio limită referitor la amplitudinea disproporției, dar o pune doctrina. Lucrurile stau diferit în cazul distincției între excesul neimputabil și excesul scuzabil de salvare. Aici, câtă vreme disproporția nu este amplă, ne vom afla sub incidența cauzei justificative a stării de necesitate. Abia când avem o disproporție vădită între urmările acțiunii de salvare și urmările care s-ar fi produs din pricina pericolului vom trece la analiza elementului subiectiv. Astfel, va trebui să verificăm dacă autorul și-a dat seama sau nu de disproporție. Cu alte cuvinte, ceea ce diferențiază aici excesul neimputabil de cel scuzabil se referă strict la elementul intelectual. În vreme ce lipsa prevederii urmărilor vădit mai grave pe care le produce actul de salvare va elimina caracterul imputabil al faptei, existența ei va produce numai efecte de atenuare.

Diferența față de excesul scuzabil de apărare este fundamentală. Acolo, în lipsa tulburării sau temerii, nu ne mai interesa poziția subiectivă a autorului. Astfel, aveam de-a face pur și simplu cu o apărare care a depășit parametrii descriși de art. 19 Cod pen. Aici, în schimb, se rupe orice legătură cu cauza justificativă în care își au obârșia excesul neimputabil și excesul scuzabil de salvare. Într-adevăr, pornind de la premisa unei disproporții vădite, se iese de sub cerințele impuse de art. 20 alin. (2).

Mai mult, la excesul scuzabil de apărare nu conta nici măcar dacă făptuitorul și-a dat seama sau nu de disproporție, ea fiind analizată obiectiv. Astfel, fapta pe care apărarea o îmbrăca putea fi comisă cu orice formă de vinovăție⁵⁶. Aici, poziția subiectivă a autorului față de disproporție este esențială. În lipsa ei, fapta penală nu se va întoarce la origini (la fapta comisă în starea de necesitate), ci în sfera excesului neimputabil. Nu este relevant nici aici ce determină pe autor să depășească vădit limitele unei salvări proporționale, dar este relevant dacă și-a dat seama sau nu de aceasta, chestiune strict subiectivă.

Odată dovedită existența unei disproporții vădite, trebuie văzut elementul subiectiv față de ea. De vreme ce există numai două alternative, se pune problema de la ce premisă vom pleca. Astfel, **va trebui inculpatul să dovedească faptul că nu a prevăzut urmarea, beneficiind astfel de efectele art. 26 alin (2)? Va trebui Parchetul să dovedească faptul că subiectul a prevăzut urmările vădit mai grave ale faptei sale, astfel încât sunt incidente doar prevederile art. 74 alin. (1) c?** Am putea susține că, din moment ce subiectul comite o

⁵⁶ Într-adevăr, la excesul neimputabil doctrina exclude intenția directă, de vreme ce ar fi absurd să fie înlăturată imputabilitatea când autorul chiar a dorit producerea de urmări mai grave (F. Streteanu, D. Nițu, *op. cit.* p. 458). Totuși, având în vedere că este irelevantă poziția subiectivă pentru reținerea circumstanței atenuante a excesului de apărare, considerăm că fapta autorului suportă și intenție directă.

faptă, ar trebui să considerăm că el își reprezintă urmările acesteia, proba contrară revenindu-i. Mai mult, cel care afirmă ceva, trebuie să facă dovada a ceea ce afirmă.

Totuși, acest al doilea argument nu stă în picioare, de vreme ce fiecare parte va afirma ceea ce va nega cealaltă. Legat de primul argument, nu trebuie să pierdem din vedere imaginea de ansamblu: discutăm aici dacă suntem în prezența unei circumstanțe atenuante (există prevedere) sau în prezența unei cauze de neimputabilitate (nu există prevedere). Or, cum imputabilitatea este o trăsătură a infracțiunii, iar sarcina de a dovedi că s-a comis o infracțiune aparține acuzării, ea ar trebui să dovedească lipsa cauzelor care îi înlătură existența. Cu alte cuvinte, s-ar putea susține că vom porni de la premisa lipsei prevederii, de la prezența unei cauze de neimputabilitate cu caracter personal. Dacă Parchetul va reuși să demonstreze elementul subiectiv contrar, va fi incidentă circumstanța personală a depășirii limitelor stării de necesitate.

Totuși, nu trebuie să uităm că ipoteza se referă la o faptă prevăzută de legea penală și antijuridică (așadar s-au demonstrat deja tipicitatea și antijuridicitatea). Ceea ce ar înlătura aici caracterul infracțional al faptei constă strict într-o poziție psihică a făptuitorului. Or, în atare situații, când elementele faptice (tipicitatea și antijuridicitatea) indică fără dubiu caracterul infracțional, sarcina probei disculpante ar trebui poate să revină făptuitorului.⁵⁷ Mai mult, ar părea că nu incumbă Parchetului nici să demonstreze că fapta nu a fost comisă în vreuna din cauzele justificative prevăzute de lege. Într-adevăr, referindu-se la legitima apărare, codul menționează la art. 20 alin (3) ipotezele în care existența ei este prezumată, revenind acuzării să demonstreze că nu îi sunt îndeplinite condițiile. *Per a contrario*, dacă fapta a fost comisă în alte împrejurări decât cele descrise la art. 20 alin (3) Cod pen., inculpatul va trebui să probeze incidența unei cauze justificative.

Așadar, în lipsa elementului subiectiv (tulburare sau temere)⁵⁸ cerut de excesul neimputabil de apărare, acolo porneam strict de la încălcarea unei condiții a acțiunii de apărare. Altfel spus, porneam de la o faptă ilicită, trebuind să mai fie dovedită doar imputabilitatea pentru reținerea unei infracțiuni. Aici, dacă lipsește prevederea (elementul subiectiv), ne vom afla pe tărâmul unei fapte neimputabile. Fie că există prevedere, fie că nu există, ne aflăm în fața unei circumstanțe (în sens larg) personale, care nu se răsfrânge asupra celorlalți participanți: cauză care înlătură imputabilitatea sau circumstanța excesului de salvare.

Să presupunem că la fapta penală prin care s-au produs consecințe vădit mai grave decât s-ar fi produs din pricina pericolului au contribuit mai multe persoane. După cum am stabilit mai sus, disproporția vădită constituie elementul obiectiv care ne va scoate din raza de acțiune a stării de necesitate. Astfel, fapta la care participanții au contribuit este, la acest moment, antijuridică. Totuși, **va trebui analizată poziția psihică a fiecăruia dintre participanți și, în acest demers, vom putea ajunge la concluzia că pentru unii va fi incidentă cauza de neimputabilitate, iar pentru alții va fi incidentă numai circumstanța atenuantă legală.** Dacă autorul nu a prevăzut urmările mai grave ale faptei de salvare, în vreme ce participantul secundar le-a prevăzut, atunci ne vom afla practic într-o ipoteza de participație improprie (intenție – lipsă vinovăție, în sens de imputabilitate). Dacă participantul secundar nu le-a prevăzut, în vreme ce autorul le-a prevăzut, condițiile participației rămân îndeplinite. Astfel, art. 47 și art. 48 Cod pen. cer din partea participantului secundar numai intenție. Or, în cazul de față ei acționează cu intenție, doar că beneficiază de o circumstanță personală, în sensul art. 50 Cod pen. (sau, mai precis, art. 23 alin. (2) Cod pen.) care, în ceea ce îi privește, înlătură caracterul infracțional al faptei penale comise de executant.

În concluzie, spre deosebire de circumstanța analizată anterior, trebuie să admitem, asemenea doctrinei, că depășirea limitelor stării de necesitate prezintă caracter personal.

V. NECESITATEA PARTICIPAȚIEI IMPROPRII

Sistemul participației adoptat de Codul penal român pornește de la fapta prevăzută de legea penală, iar nu de la infracțiune. Astfel, se consideră că, indiferent dacă se ajunge sau nu la reținerea unei infracțiuni, fapta penală va fi numitorul comun, indispensabilă contribuției participanților. Totuși, viziunea singulară a legiuitorului autohton a fost contestată în doctrină, motivându-se că pornește de la excepție, pe când ar trebui să se plece

⁵⁷ De altfel, Curtea Europeană a Drepturilor Omului admite excepții în ceea ce privește sarcina probei acuzării, în sensul că o dispoziție care, uneori, impune subiectului să probeze că, de fapt, nu există caracter infracțional, este convențională, (a se vedea cauza *Pham Hoang c. France*, parag. 33).

⁵⁸ Discuția rămâne și la excesul scuzabil de apărare, în sensul că nu ar trebui să cadă în sarcina acuzării probarea faptului că subiectul nu s-a aflat sub tulburare sau temere.

de la regulă. Or, regula o va constitui participarea la o infracțiune, iar nu la o faptă penală.⁵⁹ Așadar, ipotezele în care complicele sau instigatorul își aduce aportul la o faptă care nu constituie pentru autor infracțiune ar trebui tratate distinct, ca o excepție.⁶⁰

Un alt argument pentru participația la o infracțiune, iar nu la o faptă penală îl constituie concepția asupra accesorialității. Astfel, se arată că în reglementarea română a participației s-a pornit de la accesorialitatea extremă, în sensul că participantul secundar n-ar putea răspunde decât dacă fapta autorului ar constitui infracțiune. Astfel, dacă autorul ar fi beneficiat de o cauză personală de înlăturare a caracterului penal al faptei, nu s-ar mai fi putut concepe existența participației. Această concepție asupra accesorialității a fost depășită, considerându-se că – în mod excepțional – singurele cerințe ale dependenței constau în existența unei fapte conforme cu descrierea din norma penală și în caracterul ei antijuridic.⁶¹

Faptul că legiuitorul român a pornit tocmai de la ipoteza pe care alte state o reglementează drept excepție nu denotă o îmbrățișare a accesorialității severe, dimpotrivă. Astfel, prin cerința participării la o faptă penală, ar părea că singura cerință rămâne fapta descrisă în norma de incriminare. Totuși, având în vedere dispoziția art. 18 alin (2), care statuează că înlăturarea antijuridicității operează asupra faptei, înlăturând caracterul ei penal pentru toți cei care participă la ea, va trebui să conchidem că sistemul român a adoptat accesorialitatea limitată. Va fi nevoie, prin urmare, de o faptă penală antijuridică pentru existența participației penale.

Într-adevăr, modul de abordare a participației pare inedit, raportându-ne la alte sisteme. Totuși, este greu să observăm vreun efect nefast care ar putea surveni dintr-o astfel de reglementare. Trebuie remarcat că, pornindu-se de la “excepție”, ipotezele atipice (când participantul nu se alătură la săvârșirea unei infracțiuni, ci la o faptă penală) nu au mai trebuit reglementate distinct ori rezolvate principial. Astfel, putem să ne alăturăm majorității doctrinei și să aprobăm modelul autohton al participației. Privind lucrurile dintr-o altă perspectivă, am putea spune că nu se pornește de la “excepție”, ci de la constantă.

Trebuie determinat, prin urmare, ce vom înțelege prin faptă prevăzută de legea penală. Întrucât am făcut deja acest demers, trimitem la mențiunile de acolo. Totuși, **regresul legiuitorului în ceea ce privește trăsăturile infracțiunii prilejuiește o discuție: raportat la accesorialitatea limitată adoptată ca regulă și la dispozițiile art. 50 alin. (2) și ale art. 23 alin. (2), mai era necesară reglementarea participației improprie? Regresul, despre care aminteam, ne determină să răspundem negativ la această întrebare.**

Într-adevăr, majoritatea doctrinei considera latura subiectivă ca făcând parte din tipicitate (fapta prevăzută de legea penală).⁶² Astfel, o faptă de luare a bunului altuia nu ar putea fi considerată furt decât dacă luarea s-a făcut în scopul însușirii pe nedrept. Or, însușirea pe nedrept reprezintă un element subiectiv ce trebuie verificat pentru a vedea dacă fapta este sau nu prevăzută de legea penală. De altfel, în cazul oricărei infracțiuni este necesar ca *verbum regens* să fie ghidat de o anumită poziție subiectivă pentru a se încadra în descrierea textului de incriminare. Cu toate acestea, infracțiunea este definită la art. 16 Cod pen. ca fiind “fapta prevăzută de legea penală, săvârșită cu vinovăție, nejustificată și imputabilă persoanei care a săvârșit-o”. Prin urmare, în explicarea faptei prevăzute de legea penală, codul ne obligă să ne limităm la aspectele obiective (subiectul activ, atunci când prezintă anumite particularități esențiale, latură obiectivă, obiect material, loc, timp etc). Elementul subiectiv este situat de legiuitor în exteriorul ei.

Mai departe, din art. 46-48 Cod pen., reiese cu claritate că subiecții activi își vor aduce contribuția la o faptă prevăzută de legea penală. Altfel spus, această instituție înseamnă în primul rând cooperare materială, problema răspunderii penale a participanților urmând a se stabili ulterior, în funcție de existența sau inexistența vinovăției fiecărui participant.⁶³ Instigatorul sau complicele va trebui să își aducă aportul (să determine sau să înlănească) în mod intenționat la o faptă penală, în sensul de acțiune sau inacțiune incriminată. Abia ulterior se va stabili cu ce formă de vinovăție a comis autorul fapta ori dacă îi este imputabilă. **Prin urmare, va trebui să considerăm că nu doar cauzele de neimputabilitate constituie circumstanțe personale avute în vedere de**

⁵⁹ G. Antoniu, *Participația penală, studiu de drept comparat*, în “Revista de Drept Penal”, nr. 3/2000, p. 13-14.

⁶⁰ P. Dungan, *Conceptul de participație penală*, în “Revista de Drept Penal”, nr. 2/2000.

⁶¹ G. Antoniu, *op. cit.*, p. 22.

⁶² F. Streteanu, *Tratat... op. cit.*, p. 330.

⁶³ D. Andrei, *Probleme ale participației în lumina reglementării din noul Cod penal*, în “Revista Română de Drept”, nr. 12/1968, p. 125.

art. 50 alin. (1), ci chiar și forma de vinovăție cu care s-a comis fapta.

Într-adevăr, noua abordare asupra infracțiunii înlesnește o asemenea concluzie. Considerând latura subiectivă componentă a faptei penale, nu am putea să o plasăm sub incidența art. 50 Cod pen. Astfel, lipsa intenției sau a culpei în persoana autorului (dacă fapta este și astfel incriminată) ar duce la neverificarea unei condiții a participației: săvârșirea de către autor a aceleiași fapte penale. Prin urmare, nu s-ar putea pune în discuție necesitatea participației impropriei într-o astfel de înțelegere a conceptului de “faptă penală”. Într-adevăr, faptei prevăzute de legea penală nu i-am fi putut da o altă semnificație în cadrul participației, în sensul obiectivizării sale. Punând sub egida art. 50 Cod pen. elementul subiectiv al unei fapte, ar fi însemnat să tratăm ca pe o circumstanță un element constitutiv. Or, după cum am văzut, între cele două există o delimitare clară. Prin urmare, fără reglementarea participației impropriei, s-ar fi ajuns – analizând intenția sau culpa din cadrul faptei penale – nu doar la nesocotirea naturii juridice a elementului în discuție, dar chiar la participația la o faptă neprevăzută de lege. De pildă, în cazul în care elementul subiectiv al autorului consta în culpă, iar fapta nu era incriminată astfel, instigatorul ar fi trebuit să răspundă în această calitate, chiar dacă autorul a comis o faptă neprevăzută de lege. Or, în lipsa unei reglementări exprese, acest lucru nu ar fi fost posibil.

Participantul trebuie să-și aducă intenționat aportul la o faptă penală (înțeleasă după cum dictează art. 15 Cod pen.). Privind astfel lucrurile, vom relua ipoteza de mai sus: chiar dacă autorul a comis din culpă o faptă care prezintă relevanță penală numai când a fost comisă cu intenție, fapta executantului va fi una prevăzută de legea penală, doar că va lipsi în persoana lui o altă trăsătură a infracțiunii, vinovăția. Or, ea va exista – prin definiție – la participantul secundar, a cărei contribuție este incriminată numai când este comisă cu intenție. Altfel spus, elementul subiectiv îl vom desprinde numai de fapta comisă de autor. **Numai în cazul participantului principal ne dă voie legea să analizăm latura subiectivă ca pe o circumstanță personală.**⁶⁴ **În cazul instigatorului sau complicelui, intenția este cerută de textele care incriminează contribuția lor la săvârșirea faptei. În lipsa ei, activitățile lor, într-adevăr, nu vor mai fi prevăzute de legea penală.**

Participația improprie se referă nu doar la ipoteza în care autorul comite fapta din culpă, ci și la ipoteza în care autorul comite fapta fără vinovăție. Considerând menținerea vinovăției printre trăsăturile infracțiunii o “eroare materială” a legiuitorului și nu o opțiune a acestuia, participația improprie continuă să fie privită la fel. Astfel, conform vechiului cod, vinovăția prezenta caracter bivalent: pe o parte, trebuia analizată ca latura subiectivă din structura tipicității, iar pe de altă parte o aveam în vedere când tratam imputabilitatea, în sensul de reproșabilitate, trăsătură distinctă a infracțiunii. Or, noul cod le delimitează conștient. Prin urmare, referindu-se – în art. 52 alin. (3) – la ipoteza în care autorul comite fapta fără vinovăție, va trebui avută în vedere numai ipoteza în care lipsește elementul subiectiv cerut de norma de incriminare. Într-adevăr, textul nu face referire (s-ar putea foarte bine să nu facă dintr-o omisiune, rămânând la caracterul bivalent al vinovăției, de sub vechiul cod) la imputabilitate.⁶⁵ Or, având în vedere distincția pe care o face legiuitorul la art. 16 Cod pen., pentru o asemenea asimilare nu există temei. Dacă există o cauză care înlătură imputabilitatea, vinovăția (în sensul conferit ei de Cod pen.) rămâne prezentă. Așadar, nu ne-am afla în sfera unei asemenea forme de participație improprie.

Revenind, am văzut că latura subiectivă o putem analiza drept circumstanță personală, în sensul art. 50 Cod pen. din pricina viziunii retrograde asupra trăsăturilor infracțiunii. Cu privire la cauzele care înlătură imputabilitatea, am văzut deja că și ele sunt înglobate de reglementarea circumstanțelor personale⁶⁶. Mai mult, art. 23 alin. (2) întărește această susținere. Privind astfel lucrurile, **nu există nicio ipoteză reglementată de art. 52 Cod pen. care să nu poată fi soluționată prin jocul circumstanțelor.** Desigur, la reglementarea participației impropriei nu se va renunța, dar s-ar putea face unele modificări, astfel încât să concorde cu trăsăturile infracțiunii, astfel cum le dictează Cod pen.. De altfel, sub actuala reglementare, participația improprie, deși prezintă un exces de reglementare, nu dăunează. Să nu uităm că toată discuția a pornit de la pasul îndărăt al legiuitorului. Dacă s-ar renunța la participația improprie, ar fi din pricina unei viziuni eronate asupra faptei prevăzute de legea penală, viziune care – într-adevăr – o dezbracă de utilitate. Or, dacă legiuitorul se hotărăște să intervină, ar fi indicat să nu renunțe la participația imperfectă, ci la prevederea vinovăției ca trăsătură distinctă a infracțiunii.

⁶⁴ V. Papadopol, în T. Vasiliu și colab., *op. cit.*, p. 211.

⁶⁵ *Idem*, p. 214. Sub forma aceasta a participației impropriei se includea lipsa intenției atunci când fapta nu este incriminată și din culpă, ori chiar lipsa culpei când fapta era incriminată din culpă, în ceea ce privește autorul, dar și lipsa imputabilității.

⁶⁶ Tr. Pop, *op. cit.* p. 392.

REFERENCES / BIBLIOGRAFIE

- Andrei, D.**, *Probleme ale participației în lumina reglementării din noul Cod penal*, în “Revista Română de Drept”, nr. 12/1968
- Antoniou, G., și colab.**, *Explicații preliminare ale noului Cod penal*, vol I, Ed. Universul Juridic, București, 2010
- Antoniou, G.**, *Elementul material din norma de incriminare*, în “Revista Română de Drept”, nr. 2/1999
- Antoniou, G.**, *Participația penală, studiu de drept comparat*, în “Revista de Drept Penal”, nr. 3/2000
- Antoniou, G.**, *Vinovăția penală*, Ed. Academiei Române, București, 2002
- Bacigalupo, E.**, *Manual de derecho penal. Parte general*, Editorial Termis S.A., Bogota, 1996
- Basarab, M.**, *Participațiunea la infracțiuni cu subiect activ special*, în “Studia Universitatis Babeș-Bolyai”, 1965
- Carranza Sanchez, T.Z.**, *La participation en los delitos especiales*, articol disponibil pe pagina web <http://www.scribd.com/doc/151488435/La-participacion-en-los-delitos-especiales>
- Daneș, Șt., Papadopol, V.**, *Individualizarea judiciară a pedepselor*, Ed. Științifică și enciclopedică București, 1985
- Dima, Tr.**, *Drept penal. Partea generală*, Ed. Hamangiu, ediția a II-a, București, 2007
- Dongoroz, V.**, *Drept penal*, Ed. Asociația Română de științe penale, București, 2000
- Dongoroz, V., Kahane, S. și colab.**, *Explicații teoretice ale Codului penal român, Partea generală*, vol. 1, Ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1969
- Dongoroz, V., și colab.**, *Explicații teoretice ale codului penal român*, Vol. 1, ed. a doua, Ed. All Beck, București, 2003
- Dungan, P.**, *Conceptul de participație penală*, în “Revista de Drept Penal”, nr. 2/2000.
- Meseroș, V.**, notă la *d.pen. nr 62 din 5 decembrie 1983*, în “Revista Română de Drept”, nr. 12/1984
- Mitrache, C., Mitrache, C.**, *Drept penal român, Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2014
- Mureșan, A.**, *Aspecte ale participațiunii penale în lumina legislației și a practicii judiciare din RPR*, în “Studia Universitatis Babeș-Bolyai”, nr. 1962
- Papadopol, V.**, *Aspecte ale raporturilor dintre infracțiunea continuată și formele de participație*, în “Justiție nouă”, nr. 5/1964
- Papadopol, V.**, *Condițiile generale ale participației*, în “Revista Română de Drept”, nr. 5/1970
- Papadopol, V., Popovici, M.**, *Repertoriu alfabetic de practică judiciară*, Ed. Științifică și enciclopedică, București, 1982
- Pașca, V.**, *Drept penal, Partea Generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2014
- Pasamar, M. A.**, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participation delictiva*, Ed. Civitas S. A., 1995
- Plavoșin, L.**, *Unele probleme ale participației penale în practica Tribunalului Suprem al RPR*, în “Legalitatea Populară”, nr. 3/1961
- Pop, Tr.**, *Drept penal comparat, Partea generală*, Vol. II, Ed. Institutul de arte grafice “Ardealul”, Cluj, 1923
- Streteanu, F., Nițu, D.**, *Drept penal. Partea generală, Curs universitar*, Vol. 1, Ed. Universul Juridic, București, 2014
- Streteanu, F.**, *Tratat de drept penal. Partea generala. Vol. I*, Ed. C.H. Beck, 2008,
- Tanoviceanu, I.**, *Curs de drept penal*, Vol. II, Ed. Ateliere Grafice SOCEC & Co, Societate anonimă, 1912
- Vasiliu, T., și colab.**, *Codul penal al Republicii Socialiste România Comentat și Annotat, Partea Generală*, Ed. Științifică, București 1972
- Zolyneak, M.**, *Aspecte ale coautoratului și complicității în literatura și practică judiciară penală*, în “Dreptul”, nr. 1-2/1990
- Zolyneak, M.**, *Drept penal, Partea generală*, Ed. Fundației Chemarea, Iași, 1993