UNIVERSITÉ DE NANTES
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES

UNIVERSITATEA DE VEST TIMIŞOARA
FACULTATEA DE DREPT

TEZĂ DE DOCTORAT

L'ÉQUITÉ EN DROIT PÉNAL SUBSTANTIEL

ECHITATEA ÎN DREPTUL PENAL SUBSTANȚIAL

Conducători ştiinţifici: Prof.univ.dr. François ROUSSEAU

Prof. univ. dr. Viorel PAŞCA

Președinte juriu: Prof.univ.dr. Lucian Bercea

Doctorand: Monica- Marcela DINU -BAKOȘ

2016

CUPRINS

Introducere 9

Capitol preliminar - DREPT. DREPTATE. ECHITATE 13

Secţiune.1 Perspectivă filosofică a conceptelor de drept, dreptate, echitate 13

1.1. Dreptul şi echitatea în concepţia filosofilor antici 13

1.2 Dreptul roman şi noţiunea de echitate 20

1.3 Dreptatea şi echitatea în concepţia unor filosofi iluminişti și utilitariști 21

Secţiune 2 Concepţii moderne despre drept, dreptate, echitate 25

2.1 Egalitatea de şanse, nediscriminare, egalitate în faţa legii 25

2.2 Modelul moral-politic al dreptului şi modelul democratic al dreptului. Echitatea ca justiţie socială 30

2.3. Echitatea conturată în principiile fundamentale 33

Partea I – Echitatea în raport cu sancţiunea penală 38

Capitolul 1. Echitatea şi individualizarea sancţiunilor penale 45

Secţiune 1. Echitatea şi individualizarea pedepsei 45

A. Echitatea şi individualizarea pedepsei în dreptul penal român 53

A.a) Aspecte generale 53

A.b) Principiul proporționalității restrângerii drepturilor fundamentale, garanţie a echităţii în individualizarea legală a pedepsei 57

A.c) Pedepsele principale în dreptul penal român şi echitatea 69

A.c).1. Aspecte din individualizarea pedepselor aplicabile persoanei juridice 69

A.c).2. Individualizarea legală a detenţiunii pe viaţă 73

A.c).3. Individualizarea legală a închisorii 77

A.c).4. Individualizarea legală a amenzii 84

A.c).5. Alte aspecte ce vizează echitatea cu privire la individualizarea pedepselor principale. ... 91

A.d) Aspecte de individualizare legală a pedepselor accesorii şi complementare şi echitatea 94

A.e) Criteriile generale de individualizare a pedepselor, garanţie împotriva puterii discreționare a judecătorului 103

A.f) Jocul circumstanţelor atenuante şi agravante în aplicarea unei pedepse echitabile 117

A.g) Individualizarea judiciară a pedepsei închisorii în regim neprivativ de libertate -modalitate de stabilire a unei pedepse echitabile 121

A.h) Echitatea în individualizarea postcondamnatorie a pedepsei din dreptul penal român 123

B. Echitatea şi individualizarea pedepselor în dreptul penal francez 129

B.a) Individualizarea legală a pedepselor în dreptul francez 132

B.a).1. Principiul legalităţii incriminării şi a pedepselor în dreptul penal francez 133

B.a).2. Proporționalitatea – garanția echității în individualizarea legală în dreptul penal francez 139

B.a).2.1. Necesitatea, proporționalitatea şi scara pedepselor în individualizarea legală franceză 142

B.a).2. 2. Un minim general flexibil, prevăzut încă de legea penală franceză 144

B.a).2. 3. Variaţile maximului legal în funcţie de gravitatea actelor infracţionale 147

B.a).2.4. Incoerenţele legiuitorului francez în determinarea pedepselor. Pedepsele alternative în dreptul penal francez 150

B.b) Individualizarea judiciară a pedepselor în dreptul penal francez 159

B. b) 1. Individualizarea judiciară din momentul judecăţii 161

B.b) 1. 1. Cine şi cum individualizează pedepsele în dreptul penal francez? 161

B.b)1. 2. Instrumentele specifice individualizării judiciare din etapa judecăţii 164

B.b) 1.3. Modalităţi de individualizare judiciară în momentul judecăţii în dreptul penal francez. Selectarea concretă a pedepsei 168

B.b).1.4. Câteva aspecte în ceea ce priveşte echitatea în practica individualizării judiciare a pedepselor din dreptul penal francez 172

B.b).2. Individualizarea judiciară postcondamnatorie în dreptul penal francez..... 181

B.b).2.1. Organele competente în privinţa individualizării postcondamnatorii a pedepselor în Franţa 182

B.b) 2.2. Regimurile specifice executării pedepselor din etapa individualizării judiciare postcondamnatorii în dreptul penal francez 187

B.b) 2. 3. Măsurile ce privesc pedepsele privative şi restrictive de libertate în dreptul penal francez..... 197

B.b).2.4. Anumite aspecte ce vizează respectarea dreptului la apărare pe parcursul executării pedepselor în dreptul penal francez 209

Secţiune 2. Echitatea şi individualizarea măsurilor educative şi a măsurilor de siguranţă..... 213

A. Individualizarea măsurilor educative şi măsurilor de siguranţă în dreptul penal român..... 213

A.a) Justificarea regimului sancţionator favorizant al minorilor în dreptul penal român şi echitatea sancţiunilor penale 217

A.a).1. Regimul măsurilor educative neprivative de libertate şi echitatea..... 223

A.a).2. Regimul măsurilor educative privative de libertate şi echitatea 225

A.a).3. Efectele cauzelor de atenuare şi agravare asupra măsurii educative..... 227

A.a).4. Aspecte particulare cu privire la răspunderea minorilor şi echitatea 228

A.b) Echitatea în aplicarea măsurii de siguranţă a confiscării prin echivalent şi a confiscării extinse 232

A.b).1. Limitele echitabile ale confiscării prin echivalent 233

A.b).2. Confiscarea extinsă şi limitele echităţii 241

B. Echitatea şi individualizarea măsurilor educative şi de siguranţă în dreptul penal francez ... 250

B.a) Individualizarea măsurilor educative în dreptul penal francez..... 250

B.a) 1. Scurt istoric al răspunderii penale a minorilor în Franţa 253

B.a).2. Măsurile educative şi de siguranţă care vizează minorii în dreptul penal francez 255

B.a).3. Criteriile de individualizare în tratamentul sancţionator al minorilor conform legii penale franceze 262

B.a).4. Explicarea regimului derogatoriu de individualizare pentru minori prin prisma echităţii sancţiunilor penale 266

B.b) Măsurile de siguranţă în tratamentul penal al delincvenţilor majori 275

B.b).1. Incidenţa măsurilor de siguranţă fără existenţa infracţiunii. Lipsa echităţii? 280

B.b).2. Cazul particular al tulburărilor psihice. Este posibilă delimitarea pedepselor de măsurile de siguranţă? 283

B.b).3. Legătura între măsurile de siguranţă, funcţia de neutralizare a pedepsei şi echitatea în tehnica de dispunere a acestor măsuri de către autorităţile franceze 297

Capitolul 2. Echitatea şi cumulul sancţiunilor/calificărilor penale 301

Secţiune 1. Echitatea şi principiul ne bis in idem 304

A.Aspecte cu privire la principiul *ne bis in idem* şi la concursul de calificări din dreptul penal român 309

A.a) Principiul *ne bis in idem* în dreptul penal român 309

A.b) Concursul de calificări în dreptul penal român 317

B. Echitatea şi non-cumulul calificărilor/proceselor în dreptul penal francez. Aspecte cu privire la principiul ne bis in idem în dreptul penal francez 322

B.a) Absenţa regulilor de rezolvare a conflictelor de calificări din legea penală franceză 329

B.b) Excepţiile de la non-cumulul de calificări. Faptă unică şi pluralitate de valori atinse. 330

Secţiune 2. Echitatea pedepselor, principiul *ne bis in idem* şi pedepsele cumulative 333

A.Aspecte din dreptul penal român 333

A.a) Concursul de infracţiuni, cumulul închisorii cu amenda şi echitatea 333

A.b) Cât de echitabil este sporul obligatoriu de o treime din totalul celorlalte pedepse stabilite, ce se adaugă la pedeapsa cea mai grea? 335

A.c) Echitatea şi cumulul pedepsei principale cu pedepsele complimentare şi accesorii 337

A.d) Cumulul pedepselor complementare, pedepsele accesorii şi măsurile de siguranţă în caz de pluralitate de infracţiuni 343

B. Echitatea şi non-cumulul pedepselor în dreptul francez 346

B.a) Principiul de non-cumul al pedepselor pentru concursul real de infracțiuni. 346

B.a).1. Criteriile non-cumulului în dreptul francez şi echitatea 347

B.a).2. Procedura unică- o singură pedeapsă pronunţată 348

B.a).3. Aplicarea în timp şi echitatea 349

B.b) Concursul pedepselor complementare şi echitatea 349

B.c) Excepții. Cumulul pedepselor este permis de legea franceză. Ipoteza contravențiilor 350

B.d) Alte cumulări permise de legea penală franceză 351

B.e) Celeritatea şi eficiența ca justificare a existenței unui dublu contencios pentru răspunderea penală 351

Partea a II-a. Echitatea şi răspunderea penală 359

Capitolul 1. Echitatea şi aplicarea legii penale în timp 361

Secţiune 1. Extraactivitatea legii penale mai favorabile prin prisma mitior lex 365

A. Legea penală mai favorabilă în dreptul penal român 369

A.a) Reglementarea şi fundamentul echitabil al legii penale mai favorabile în dreptul penal român 369

A.b) Obligativitatea aplicării legii penale mai favorabile după judecarea definitivă a cauzei 384

B.Principiul retroactivității legii penale mai blânde în dreptul francez ca și instrument al echităţii, cu rol de *corectiv* al aplicării justiției penale în timp 389

Secţiune 2. Excepţii de la neretroactivitatea legii penale 399

A. Aspecte din dreptul penal român 399

A.a) Legile interpretative în dreptul penal român 400

A.b) Reveniri ale jurisprudenței defavorabile şi principiul neretroactivităţii legii penale în dreptul penal român 402

A.c) Aplicarea imediată a dispoziţiilor din materia prescripţiei răspunderii penale şi a executării pedepsei, mai severe, pentru infracţiuni comise anterior pentru care termenul de prescripţie a răspunderii nu s-a împlinit în dreptul penal substanţial român 404

B. Aspecte din dreptul penal francez 408

B.a) Legile interpretative şi civile, excepţii de la principiul neretroactivităţii legii penale mai severe în dreptul francez 408

B.b) Reveniri de jurisprudenţă defavorabilă şi principiul neretroactivităţii legii penale în dreptul penal francez 412

B.c) Cazurile crimelor împotriva umanităţii în dreptul penal francez şi echitatea 414

Capitolul 2. Echitatea şi justificarea infracţiunii (cauzele justificative) 418

Secţiune 1. Echitatea şi cauzele justificative legale 425

A.Echitatea şi cauzele justificative legale în dreptul penal român 425

A.a) Legitima apărare şi elementele de echitate 426

A.b) Starea de necesitate şi echitatea 429

A.c) Echitatea din exercitarea unui drept sau îndeplinirea unei obligaţii 432

A.d) Consimţământul persoanei vătămate – cauză justificativă legală şi limitele echităţii 435

B.Echitatea şi cauzele justificative legale în dreptul penal francez 438

B a) Echitatea în cauzele generale justificative în dreptul penal francez 439

B.b) Excepția adevărului – *exceptio veritatis* 448

B.c) Scuza provocării – cauză justificativă în dreptul penal francez 452

Secţiune 2. Echitatea şi cauzele justificative jurisprudenţiale (praetoriene) 454

A. Aspecte din dreptul penal român cu privire la cauze justificative *doctrinare* 454

B. Echitatea și faptele justificative *praetoriene* în dreptul penal francez 456

B.a) *Buna credință* ca fapt justificativ *praetorian* în materie de defăimare 458

B.b) Libertatea de exprimare - cauză justificativă prin prisma echității 462

B.c) Echitatea ca fundament al justificării prin *drepturile de apărare* 463

Concluzii 467

BIBLIOGRAFIE 484

Introducere

Echitatea a fost văzută ca "o dimensiune a principiului justiţiei în raportul acestuia cu morala. Echitatea introduce practic morala în sistemele de drept în vigoare."[1] "Mai mult, aceasta guvernează inclusiv domeniile strict tehnice, sau formale, care, aparent, nu au nicio legătură cu preocupările axiologice." [2]

Dacă în sfera dreptului procesual civil, art.5 din actualul Cod de procedură civilă prevede în alin. (3) că: "în cazul în care o pricină nu poate fi soluţionată nici în baza legii, nici a uzanţelor, iar în lipsa acestora din urmă, nici în baza dispoziţiilor legale privitoare la situaţii asemănătoare, ea va trebui judecată în baza principiilor generale ale dreptului, având în vedere toate circumstanţele acesteia şi ţinând seama de cerinţele echităţii," o asemenea alternativă nu este posibilă și în dreptul penal substanțial. Echitatea apare în dreptul penal prin prisma principiul legalității incriminării și a pedepselor, care încadrează însăși activitatea de aplicare și interpretare a legii penale, pe care judecătorii o efectuează, prevenind arbitrariul în împărțirea dreptății și contribuind la menținerea echilibrului în actul de justiție represiv.

Principiul echităţii şi justiţiei reprezintă un principiu fundamental al dreptului, alături de alte principii generale ca: asigurarea bazelor legale de funcţionare a statului, principiul libertăţii şi egalităţii şi principiul responsabilităţii din care decurge în final şi sancţiunea penală individualizată. Justiţia şi echitatea reprezintă valori ale vieţii sociale care trebuie să îşi găsească expresia juridică, iar principiile dreptului sunt conceptele care le exprimă. Normele juridice derivă din aceste principii şi este imperativ să îşi realizeze finalitatea prin echitate. Pe parcursul cercetării noastre, am identificat echitatea în sfera dreptului penal substanţial, prin individualizarea sancţiunilor penale, proporţionalitatea ingerinţei în drepturile şi libertăţile indivizilor, proporţionalitatea pedepsei cu pericolul social al infracţiunii, legea penală mai favorabilă şi cauzele justificative.[3]

---

[1] A se vedea M. Andreescu, *Principiul proporţionalităţii în dreptul constituţional*, Ed.C.H.Beck, Bucureşti, 2007 p.10 şi urm.

[2] Gh.C.Mihai, R.I. Motica, *Fundamentele dreptului. Teoria şi filosofia dreptului*, Ed.All, Bucureşti, 1997, p.133

[3] În dreptul penal francez, s-a ajuns la crearea de cauze justificative, aşa numitele cauze justificative jurisprudenţiale, sau *pretoriene*, care au ca fundament principiul echităţii, acesta presupune adaptarea justiţiei penale la situaţiile imprevizibile. Practic este vorba despre interesul general care legitimează acest fenomen în jurisprudenţa franceză. Spre exemplu: excepţia bunei credinţe, excepţie de la prevederile generale ale Legii din 29 iulie 1881 care reglementează infracţiunile de presă şi care justifică atingerile aduse imaginii publice a unei

Noţiunea de echitate există în procedura penală română şi franceză, în conţinutul principiului *dreptului la un proces echitabil*[4]. Echitatea este un principiu fundamental al

persoane şi deci afectarea demnităţii acesteia, dacă la bază se află un motiv legitim, de interes general şi buna credinţă a celui care comite această vătămare a drepturilor personalităţii. Un alt exemplu este justificarea comiterii unei infracţiuni în măsura în care aceasta a fost strict necesară pentru exerciţiul efectiv al drepturilor la apărare, ş.a.m.d.Vom vedea în detaliu aceste aspecte în cuprinsul părţii finale din prezenta lucrare, dedicată acestui subiect.

[4] Echitatea redată prin prisma dreptului la un proces echitabil reprezintă un drept fundamental al fiecărui individ în faţa instanţelor de judecată. Este un drept care este recunoscut de la începerea procesului penal, pe întreg parcursul acestuia, inclusiv în faza de executare a deciziilor judecătoreşti. Dreptul la un proces echitabil este prevăzut în cuprinsul *Declaraţiei universale a Drepturilor Omului*, art.10, adoptată la 10 decembrie 1948, prin Rezoluţia 217 A în cadrul celei de-a treia sesiuni a Adunării Generale a Organizaţiei Naţiunilor Unite, şi este consacrat în articolul 6 al Convenţiei Europene a Drepturilor Omului. Deşi Constituţia Franţei nu prevede expres dreptul la un proces echitabil, acesta este recunoscut în jurisprudenţa Consiliului Constituţional (Decizia nr.95-360 din 2 februarie 1995, disponibilă la www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1995/95362dc.htm, consultată la 20.09.2015 în care Consiliul Constituţional a recunoscut că procesul echitabil este o garanţie a respectării drepturilor apărării care asigură echilibrul între drepturile părţilor în faţa instanţei de judecată), în baza art.14 din Pactul Internaţional cu privire la drepturile civile şi politice, art.6 paragraful 1 al Convenţiei Europene a Drepturilor Omului şi art.47 al Cartei Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene.

Reglementarea dreptului la un proces echitabil în Codurile de procedură penală român şi francez este similară. Codul de procedură penală român actual se referă la echitate în cuprinsul art.8 intitulat *Caracterul echitabil şi termenul rezonabil al procesului penal,* Vechiul Cod de procedură penală român din 1968, se referea la echitate în cuprinsul art.1 alin. (1), care prevedea un conţinut asemănător, dar care era intitulat distinct: *Scopul procesului penal*. În conformitate cu vechea reglementare română, scopul procesului penal era "constatarea la timp şi în mod complet a faptelor care constituie infracţiuni, astfel ca orice persoană care a săvârşit o infracţiune să fie pedepsită potrivit vinovăţiei sale şi nici o persoană nevinovată să nu fie trasă la răspundere penală. "

În doctrina română (G. Antoniu, N. Volonciu, N.Zaharia, *Dicţionar de procedură penală*, Ed. Ştiinţifică şi Enciclopedică, Bucureşti, 1988, p.97) s-a considerat în reglementarea procesuală penală că echitatea presupune o *deplină egalitate a tuturor participanţilor în procesul penal*, iar în realizarea acestuia ea nu poate fi separată de ideea fundamentală potrivit căreia toate persoanele care au încălcat legea trebuie să fie sancţionate şi niciun nevinovat să nu fie pedepsit. Este vorba despre echilibrul între apărarea interesului general, de pedepsire a infractorilor şi interesul fiecărei persoane nevinovate de a nu fi supusă constrângerii penale. Noţiuni ca legalitatea, adevărul, preocuparea constantă de a sancţiona echitabil şi în cel mai scurt timp posibil infractorii, iniţiativa de a combate infracţiunile, dar şi preocuparea în a nu încălca drepturi şi libertăţi fundamentale prin respectarea garanţiilor efective care împiedică încălcarea lor, prevenirea nerespectării prezumţiei de nevinovăţie, sau a dreptului la apărare, respectul demnităţii şi integrităţii umane şi a vieţii private au fost invocate în numele echităţii. (Cristinel Ghigheci în Nicolae Volonciu, Andreea Simona Uzlău, Raluca Moroşanu, Victor Văduva, Daniel Atasiei, Cristinel Ghigheci, Corina Voicu, Georgiana Tudor, Teodor Viorel Gheorghe, Cătălin Mihai Chiriţă, Noul Cod de procedură penală comentat, ediţia a 2-a revizuită şi adăugită, Ed. Hamangiu, 2015, p.28)

Dacă analizăm aceste noţiuni, ajungem la concluzia că majoritatea sunt deja creionate în dreptul penal substanţial. Articolul 8 din actualul Codul de procedură penală român cuprinde elemente ale echităţii precum necesitatea soluţionării cazurilor într-un termen rezonabil cu respectarea regulilor unei represiuni juste şi exacte, alături de respectarea drepturilor şi libertăţilor fundamentale.

În reglementarea franceză procesual penală, regăsim în cuprinsul Părţii preliminare a Codului de procedură penală actual, articolul preliminar cu următorul cuprins: „ I. Procedura penală trebuie să fie echitabilă şi contradictorie şi să menţină echilibrul între drepturile părţilor. Ea trebuie să garanteze separaţia puterilor autorităţilor care exercită acţiunea publică de cele care judecă procesul. Indivizii într-o situaţie similară şi urmăriţi penal pentru aceleaşi infracţiuni ar trebui judecaţi după aceleaşi reguli II.- autoritatea judiciară trebuie să asigure informarea victimelor şi garantarea drepturile acestora în cadrul procedurilor penale; III.- orice persoană suspectată, sau acuzată este prezumată nevinovată până la stabilirea definitivă a vinovăţiei sale.

procesului penal, dar un proces echitabil nu poate exista dacă reglementările de drept penal substanţial sunt vădit inechitabile. O lege nedreaptă nu poate duce la o soluţie echitabilă, ori, unde nu există echitate, nu există dreptate. De aceea ne-am propus să cercetăm în ce măsură principiul echităţii se reflectă în cadrul dreptului penal substanţial.

Prezenta lucrare ştiinţifică are la bază metodele de cercetare istorică, comparativă şi analitică şi cuprinde o cercetare comparativă a dreptului penal român şi francez, dar şi a jurisprudenţei europene, internaţională în materie, vizând recunoaşterea şi consacrarea principiului echităţii în dreptul penal substanţial român şi francez.

Dacă echitatea procesului penal a fost tratată în doctrină, constatăm că despre echitate în dreptul material penal nu s-a scris. Un proces echitabil nu poate fi susţinut pe baza unui drept penal material inechitabil. Echitatea este un subiect esențial și de actualitate şi în dreptul penal substanţial. Întrebarea este: ce putem spune despre echitate în dreptul material penal? Într-adevăr, acest concept nu are o consacrare textuală, ci doar o recunoaștere indirectă, sau implicită, prin intermediul conceptelor derivând din principiul constituțional al proporţionalităţii restrângerii drepturilor fundamentale, aplicarea legii penale mai favorabile, individualizarea sancţiunilor penale, sau cauzele justificative ale faptei penale. Fiecare

---

Încălcările prezumției de nevinovăție se impun a fi prevenite, ele vor fi reparate și pedepsite în condițiile prevăzute de lege. Persoana are dreptul de a fi informată cu privire la acuzațiile aduse împotriva ei și să fie asistată de un apărător. În cazul în care persoana suspectată, sau acuzată nu înțelege limba franceză , ea are dreptul la asistența unui interpret, într -o limbă pe care o înțelege și până la încheierea procedurilor, inclusiv pe parcursul întrevederilor cu avocatul său care au legătură directă cu orice interogatoriu sau audiere în cauză, precum și la traducerea documentelor esențiale pentru exercitarea apărării sale în afară de renunțarea expresă și în cunoștință de cauză din partea sa la acest drept, în vederea garantării caracterului echitabil al procesului, documente care trebuie, ca atare, să îi fie notificate în conformitate cu prezentul cod. Măsurile de constrângere, la care poate fi supusă persoana suspectată, sau acuzată sunt luate sub controlul efectiv al autorității judiciare competente. Ele trebuie să fie strict necesare procedurii, proporționale cu gravitatea infracțiunii de comiterea căreia este acuzată persoana și să nu aducă atingere demnității persoanei. Hotărârea asupra acuzației care i se impută persoanei trebuie pronunțată într-un termen rezonabil. Fiecare persoană condamnată are dreptul de a solicita examinarea condamnării sale și de către o altă instanță. În materia penală și corecțională, nicio sentință de condamnare nu poate fi pronunțată împotriva unei persoane exclusiv pe baza declarațiilor sale, fără ca aceasta să fi fost în măsură să se consilieze cu un avocat și să fie asistată de către acesta.” (Gilbert Azibert , *Code de procédure pénale annoté*, Edition 2016, Ed.LexisNexis, Paris, 2016, p.3-5)

Acestea sunt de fapt aceleași noțiuni de legalitate, proporționalitate cu gravitatea infracțiunii, termen rezonabil, echilibrul drepturilor părților, ca și în legea procesual penală română, dar și alte garanţii, cum ar fi separarea funcțiilor judiciare, dreptul la un interpret procedura contradictorie, prezumția de nevinovăție precum și accentul pus pe "informarea și garantarea drepturilor victimelor în cadrul procedurilor penale" care diferă de reglementarea română. Aceste garanții nu lipsesc din procedura penală română, ci ele sunt prevăzute în articole separate din Codul de procedură penală

concept juridic îşi are propriul fundament, astfel că dreptul la un proces echitabil are implicit un fundament în dreptul penal material.

Dacă în sistemul de Common Law, "*Equity* reprezintă ansamblul de principii desprinse din practica instanţei şi care sunt un *corectiv* adus regulilor din Common Law,"[5] considerăm că echitatea în dreptul penal se materializează într-un ansamblu de *norme de echitate cu rol de corectiv* pentru regulile din dreptul penal substanţial[6]. În viziunea noastră, echitatea include principii fundamentale ca: proporţionalitatea restrângerii drepturilor şi libertăţilor, legalitatea incriminării şi a sancţiunilor, egalitatea în faţa legii penale, principiul individualizării, legea penală mai favorabilă şi nu în ultimul rând, fundamentul moral al cauzelor justificative.

Menirea cercetării noastre este de a decela acele elemente de drept penal substanţial, care corespund echităţii, de cele care ar contraveni acestui principiu, generând discriminări. După constatarea inechităţilor din dreptul penal substanţial, prin analiza instituţiilor alese pentru a fi cuprinse în cercetare, propunem corectarea normelor inechitabile, acolo unde este cazul. În acest sens, în fiecare secţiune, vor exista observaţiile noastre cu privire la inechităţile pe care le descoperim, precum şi propunerile corective pe care noi le apreciem ca fiind echitabile.

În cadrul fiecărei instituţii abordate, atât din dreptul român, cât şi din dreptul francez, identificăm prezența echității prin prisma principiilor fundamentale de drept penal substanțial existente și analizate, sublinem inechităţi şi efectuăm observaţii în legătură cu concordanţa reglementării penale substanțiale cu echitatea, pentru ca, în final, să propunem enunţarea principiului echităţii în dreptul penal substanţial român și francez.

---

[5] A se vedea Marius Andreescu, *Principiul proporţionalităţii în dreptul constituţional*, Ed. C.H.Beck, Bucureşti, 2007, pp.14-15 unde autorul susţine, în ceea ce priveşte principiul proporţionalităţii, faptul că „acesta face parte din principiul echităţii şi al justiţiei şi că această consacrare nu este suficientă să existe la nivel formal, pur doctrinar, ci ea trebuie realizată prin norme, sau jurisprudenţă." Cu atât mai mult, considerăm că se aplică acelaşi raţionament şi în privinţa principiului echităţii, a cărui recunoaştere în dreptul penal substanţial este necesară pentru buna funcţionalitate a celorlalte principii fundamentale ca : legea penală mai favorabilă, principiul individualizării, principiul legalităţii, etc.

[6] Nu facem referire la un transplant legal, care ar fi imposibil în acest context, (a se vedea în acest sens: Monica-Marcela Dinu-Bakoş, *Existe-t-il une justification de l'acculturation du droit ? La culture juridique du Common Law et la culture juridique du Droit Continental*, în Analele Universităţii de Vest din Timişoara, Seria Drept, nr.1/2015, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, pp.161-173) ci la conceptul şi instituţia echităţii specifică dreptului continental român şi francez.

Capitol preliminar- DREPT. DREPTATE. ECHITATE

Secţiune.1 Perspectivă filosofică a conceptelor de drept, dreptate, echitate

1.1. Dreptul şi echitatea în concepţia filosofilor antici

Dreptul este o normă generală care ghidează conduita umană. Vechii greci foloseau cuvântul *nomos* pentru a desemna ordinea umană. Din punct de vedere etimologic, cuvântul drept, derivă din latinescul *derectus*. Termenul *nomos* (de la care derivă norma; anomie – lipsa normelor) provine de la zeița Nemesis, care, în mitologia greacă, avea rolul de a reglementa respectarea împărțirii lumii între zei. Noțiune opusă celei de *physis* de origine indică, care desemna, inițial, o acțiune, sau un proces și care, ulterior, începând cu secolul al V-lea, va desemna *ordinea naturii*, diferită de *ordinea umanului* conturată de *nomos.*[7] Analiza etimologică arată că, prin intermediul normelor, societatea devine un *dat organizat,* care are la bază ordinea de sorginte imperativă, indicativă și sancționatoare pentru conduita indivizilor ce compun societatea dată - *dreptul.*

Din punct de vedere juridic, termenul de *drept* a fost consacrat pentru a exprima un alt conținut: era perceput ca fiind ansamblul de legi şi norme considerate *drepte, juste, corecte,* care guvernează viața și activitatea de stat a unei societăți, norme sau legi instituite și aplicate de autoritățile puterii statale, care sunt obligatorii şi a căror aplicare este asigurată prin forța coercitivă a statului.

Totodată, termenul *drept* a mai fost utilizat și pentru a exprima activitatea de aplicare a legilor în înțelesul de *a face dreptate,* de *a înfăptui justiția, dreptatea*. *Dreptul este arta binelui si a echității*.[8] Nicio formă de asociere umană nu poate funcționa în mod adecvat fără reguli de conduită, putându-se afirma că societatea se naște odată cu norma juridică, aşadar dreptul și societatea se nasc în acelaşi timp. "Rolul normei este legat de organizarea vieții sociale pe baze raționale, societatea funcționează în mod independent de voințele individuale, fiind o *conştiință colectivă*, de la care emană regulile și obligațiile ce reglementează existența în comun și care fixează și transmite, din generație în generație, necesitatea, sau

[7] Roger Pinto, Madeleine Grawitz, *Méthodes des sciences sociales, Deuxième édition,* Ed.Dalloz, 1967, Paris, pp.8-9

[8] Potrivit opiniei lui Celsus, „*jus est ars boni et aequi*" - dreptul este arta binelui și a echității – în Ion Craiovan, *Filosofia dreptului sau dreptul ca filosofie*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p.90

indezirabilitatea unor acțiuni, cultivând tendința spre o ordine socială, caracteristică modului de desfășurare stabilă a vieții colective.” [9]

Ordinea socială, prin drept, se referă “la capacitatea societății de a ține sub control agresivitatea indivizilor, de a asigura coordonarea activităților sociale, de a facilita continuitatea vieții sociale și permite predictibilitatea conduitelor și acțiunilor umane.” [10]

Aristotel, Platon și alți filosofi antici utilizau noţiunea de *drept* pentru a exprima ideea de *echitate,* de *justețe,* de *dreptate,* în înteles preponderent *etic,* fiind cel mai adesea prezentată prin antiteze ca *drept-nedrept, just-injust, a da fiecaruia ceea ce i se cuvine - a nu da fiecăruia ceea ce i se cuvine, a fi corect - a nu fi corect.*

Legile, cărora statul li se supune, în concepţia lui Platon, conţin ideile de *just* şi de *moralitate*, astfel că principiile morale trebuie aplicate societăţii în ansamblu, dar şi fiecărui individ în parte. Prin prisma acestui raport al principiilor morale cu legile şi cu societatea, legile trebuie analizate din punct de vedere al corespondenţei lor cu principiul justiţiei, care este superioară ordinii juridice. Guvernanţii din statul ideal al lui Platon sunt supuşi legilor care îi cenzurează şi îi împiedică să acţioneze arbitrar. Dreptul este singurul în măsură să încadreze puterea politică prevenind formarea unei autorităţi statale prea puternice “care să nu fie temperată.”[11]Echilibrul şi moderaţia autorităţii statale erau incluse în principiul justiţiei la Platon, iar legea avea ca fundament conceptul de dreptate : “ (…) oriunde legile vor năzui din toată puterea lor, a face statul cât mai unitar posibil, se poate susţine că acolo s-a înfăptuit culmea virtuţii politice.”[12]

Conform interpretării literaturii de specialitate franceze, „justiția platoniciană se înțelege în termeni de propoții ale proporționalității, precum și în termeni de echilibru, drept, corespondență armonioasă: pedeapsa trebuie să corespundă delictului, recompensa să corespundă faptei virtuoase, în repartizare dreaptă a actelor onorabile, sau culpabile”.[13]

---

[9] E. Durkheim- *apud* Ion Craiovan, *Filosofia dreptului sau dreptul ca filosofie,* Ed. Universul Juridic, București, 2010, p.33

[10] *Ibidem*

[11] Platon, *Legile*, Ed. IRI, Bucureşti, 1995, p.112

[12] *Idem*, p.155

[13] Geneviève Droz, *Les mythes platoniciens*, Collection Points Sagesses, numéro 43, 1992, p.131

În *Republica* lui Platon, țelul întregii activități este binele, iar mijlocul de atingere a acestui țel este virtutea cu tripla ei facultate și apoi cu sinteza armonioasă în virtutea universală a dreptății. Misiunea cetății este aceea de a aduce în viața socială aceeași ordine și armonie pe care dreptatea o aduce în funcțiile sufletului individului. Dreptatea este concepută ca principiu fundamental pentru societate.[14]

Prin urmare, scopul dreptului este binele cetății- *dreptatea*, dreptul fiind subordonat moralei, instrument moral educativ al cetății. Binele înseamnă dreptatea. Se poate identifica, în acest context, o ierarhie de valori : morală-dreptate-drept. Cu toate acestea, Platon era conștient că domnia regilor filosofi infailibili, înzestrați cu știința binelui și a dreptății, din cetatea sa ideală, este utopică.

În ceea ce priveşte echitatea pedepsei, de-a lungul istoriei, au existat mai multe modele de pedepsire, unele mai echitabile, altele mai puțin echitabile și probabil, chiar cele care păreau juste, la cea mai mică observație asupra esenței lor, divulgau orori din punct de vedere al criteriului umanității practicilor penale și al standardelor reale ale justului. Astfel pedeapsa, ca instituție fundamentală a dreptului penal, are funcțiile specifice, personificate întocmai prin maniera prin care se realizează dreptul. Știm că „în vechea lume elenă, ca şi la vechii iudei, pedeapsa era o răzbunare a celui lezat, sau a rudelor lui, împotriva răufăcătorului (Legea Talionului). Platon a afirmat faptul că "pedeapsa se aplică spre binele celui pedepsit, ca să fie purificat de păcatul cu care şi-a întinat sufletul."[15] Platon se referea la ispăşirea celui pedepsit prin pedeapsă.

Tot Platon afirma în *Gorgias* că: "dacă ni s-ar da putinţa să scăpăm de sancţionarea fărădelegilor noastre, noi trebuie să căutăm pedeapsa, ca un leac pentru sufletul nostru, concepţie care, în multe privinţe, este similară cu cea creştină."[16] Iată *funcţia de purificare a pedepsei* schiţată încă din cele mai vechi timpuri. Dacă s-ar pune problema unei transpuneri în zilele noastre ale acelor concepţii, nu putem să nu ne întrebăm, în măsura în care ar fi evidentă aplicarea unei pedepse vădit absurdă și disproporționată, cu câtă ardoare ar putea oare să o caute și să o perceapă ca pe un *leac al sufletului*, un individ care a comis spre

[14] A se vedea *Republica* în *Opere, Vol.V,* Ed. Ştiinţifică şi Enciclopedică, Bucureşti, 1986, p.18

[15] A se vedea Platon, *Legile*, Ed. IRI, Bucureşti, 1995,p.20

[16] Platon, *Legile*, Ed.IRI Bucureşti, 1995, p.27-28

exemplu o infracțiune de furt al unor alimente, pentru a-și hrăni familia? Oare însăși fapta de a-și salva familia de la moarte, prin foamete, nu i-a împăcat conștiința, ca urmare directă a faptei sale? Și atunci, mai putem vedea dreptul ca pe un instrument de purificare, prin pedeapsă? Chiar sensul pedepsei ne ridică semne de întrebare. Este ea justificată? Și dacă da, în ce măsură? Răspunsurile le putem obține numai prin filtrul echității. Există o întrebare esențială: Este echitabil să se dispună o măsură, sau alta, atunci când aplicăm o anumită politică pentru fapte penale? În opinia noastră, echitatea conferă pedepsei o funcţie educativă care ajută în final la o reintegrare şi recuperare socială a delincventului în societate, dar nu independentă de funcția retributivă, care restabilește echilibrul acolo unde acesta a fost înfrânt, prin fapta penală. În viziunea noastră, recuperarea socială a individului care s-a abătut de la lege este, în zilele noastre, echivalentă funcţiei purificatoare din timpurile străvechi.

A doua funcţie a pedepsei, este rolul de exemplu şi îndepărtarea, sau prevenirea altora de la comiterea de fapte rele. O noutate în materie de drept penal, în opera *Legile* a lui Platon, este introducerea unei pedepse mai de lungă durată, neobişnuită în dreptul grecesc. Găsim şi elemente de individualizare a pedepselor în statul ideal al lui Platon atunci când „acesta face o deosebire între infracţiunea voluntară, mai ales cea premeditată şi cea involuntară stabilind, fireşte, pedepse diferite pentru fiecare categorie. Deşi, pare-se, era convins, ca şi Socrate, că oricine face un rău, îl face în chip involuntar, din ignoranţă, din necunoaştere a ceea ce este bine, totuşi, în lumea empirică, el se lasă călăuzit de alte considerente."[17] Dezavantajul concepţiei platoniciene a constat în faptul că statul autoritar era stăpânit de o severă poliţie de moravuri, o posibilă înfățișare a dreptului, al cărui fundal era sentimentul religios. Platon exprima, în ultima sa scriere, năzuinţa de a pune în concordanţă *ordinea cerută de stat* cu *libertatea individuală*. Însă, din păcate, aceasta a rămas la nivelul unui deziderat.[18]Chiar şi în zilele noastre, putem afirma că situaţia este una asemănătoare. Deşi vorbim despre politica penală a unui stat de drept, în care drepturile şi libertăţile sunt, într-o oarecare măsură, garantate, concordanţa năzuită de Platon rămâne de actualitate.

Aristotel, la rândul său, folosind metoda analizei limbajului natural, explică termeni din familia *justiției* ca *dikaiosune* care exprimă în general moralitatea, conformitatea conduitei individului cu legea morală, ideea de ordine, armonie, bune relații cu alții în

[17] *Ibidem*

[18] Platon, *Legile*, Ed.IRI, Bucureşti 1995 Colecţia Cogito, p.30

societate ; *dikaios* însemnând om just, justiția în mine, iar *dikaion* releva justiția în afara mea, justiție obiectivă. Se parcurge un traseu original care conduce la conturarea justiției specifice dreptului, caracterizată ca partaj al lucrurilor, ca proporție între persoane, cât și la analiza unor tipuri de justiție. [19]

Tot Aristotel surprinde esența *echităţii* și o vede ca pe un *corectiv al rigidității justiției*. Acesta s-a preocupat de dificultatea aplicării legilor, având în vedere caracterul lor general, la cazuri concrete și a indicat un corectiv: *echitatea, criteriu de aplicare a legii care permitea adaptarea acesteia la cazuri particulare, moderându-i asprimea*. Sensul însuși al echității, constă în a corecta legea în măsura în care aceasta se dovedește insuficientă, din cauza caracterului ei prea general.[20] Legile fiind formale, abstracte, schematice, justa lor aplicare cere o anumită adaptare, aceastei adaptări îi vine în ajutor echitatea, care poate să ajungă, în cazurile neprevăzute expres de legiuitor, până la a sugera legi noi. Toți oamenii înțeleg prin dreptate acea dispoziție morală datorită căreia suntem apți de acte drepte și datorită căreia le înfăptuim efectiv, sau dorim să le înfăptuim, același lucru este valabil și în ceea ce privește nedreptatea, care ne determină să ne complacem în a comite efectiv, sau a dori să comitem acte nedrepte.

Prin antonimul nedreptate, Aristotel își punea problema felurilor în care poate fi interpretat cuvântul nedrept: cel ce violează legea și cel ce caută să aibă mai mult decât îi permite aceasta și decât i se cuvine, nesocotind astfel principiul egalității. Prin urmare drept va fi cel care se conformează legilor și care *respectă egalitatea*. Așadar noțiunea de *drept* semnifică *legalitate* și *egalitate*, iar cea de *nedrept* pe cele de *ilegalitate* și *inegalitate*. Dat fiind că cel care violează legile este un om nedrept, iar cel ce le respectă este drept, este evident că toate dispozițiile legale sunt într-un anume sens, drepte și întrucât tot ce se stabilește prin legislație este legal, putem afirma că fiecare dintre prescripții este dreaptă. Dar legile se pronunță asupra tuturor lucrurilor, având în vedere interesul comun, al tuturor cetățenilor, sau al conducătorilor, indiferent dacă aceștia din urmă sunt desemnați după criteriul valorii, sau după un alt criteriu asemănător. Numim *drept*, într-o primă accepțiune, ceea ce creează și menține pentru o comunitate politică, fericirea și elementele ei constitutive, binele comun. Astfel înțeleasă, dreptatea este o virtute perfectă, nu în sens absolut, ci în

[19] Ion Craiovan, op.cit. pp.177-178

raport cu altceva și de aceea, ea este privită în general, ca o suverană a virtuților. De aici și proverbul: *Dreptatea concentrează în ea întreaga virtute.* Exercitarea dreptății este exercitarea unei virtuți perfecte, este perfectă pentru că cel ce o posedă face uz de virtutea sa și în favoarea altora, nu numai pentru sine. Mulți pot practica virtutea în interes personal, dar nu o pot practica cu privire la alții. Dreptatea nu reprezintă o parte a virtuții, ci virtutea în întregime, la fel cum nedreptatea nu este doar o parte a viciului, ci viciul în întregime. Dreptatea este identică cu virtutea, dar diferă esența lor, în măsura în care se raportează la alții, ea este dreptate, iar în măsura în care este dispoziție habituală propriu-zisă, este virtute.[21]

Putem concluziona că în viziuna lui Aristotel, *echitatea* este o componentă omniprezentă și indispensabilă a *dreptății,* ca *bine suprem*, iar pentru ca o societate să reziste, virtuți ca *dreptatea* și *echitatea* trebuie promovate prin instrumentul legislativ, nu în ultimul rând prin aplicarea dreptății în sine prin prisma *dreptului*.

Dreptul este așadar instrumentul cu care se aplică indivizilor *dreptatea*, instrumentul care menține binele comun, iar *echitatea* este filtrul prin care *dreptul* trece, în mod imperativ, fiecare caz particular ivit la un moment dat. Între contribuţiile originale aduse de Aristotel, trebuie considerată şi elaborarea *ideii de echitate*, ca un *concept* fundamental al filosofiei drepturilor. Din punct de vedere filosofic, *echitatea* este considerată drept o superjustiţie pentru că ea încoronează justiţia cu blândeţea, omenia şi mila.[22] Rolul forţei este de asemenea recunoscut de el, dar ca factor secundar, adiţional, căci forţa nu face oamenii mai buni. Aristotel a împărtăşit ideea socratico-platonică despre justiţie ca virtute, despre puterea ei educativă excepţională. Legiutorul, cu ajutorul dreptului, face cetăţeanul mai bun, îl sprijină în aspiratia lui spre perfecţiune, iar echitatea îi facilitează drumul. Și dacă a conturat echitatea, Aristotel a identificat și o componentă esențială a acesteia: egalitatea în drepturi. Filosoful efectuează delimitarea între două tipuri de egalitate în drepturi: *egalitatea numerică* și *egalitatea proportională.* Egalitatea numerică, sau aritmetică, apare atunci când fiecare om

[21] Aristotel, *Etica Nicomahică*, Cartea a V-a, Cap.10,p.106

[22] În acest sens, în *Retorica* Aristotel arată că "este echitabil a ierta slăbiciunile umane şi a privi nu la actele însele, ci la scopurile morale, nu la parte, ci la întreg, nu la ceea ce omul este acum, ci la ceea ce a fost în general". Este echitabil a reaminti binele, mai curând decât purtarea urâtă şi foloasele făcute, mai curând decât acelea primite, înclinaţia de a suporta ofensa cu răbdarea, de a prefera să apeleze la judecata raţională, mai curând decât la violenţă, precizări care valorează ca adevărate definiţii ale mai multor valori asociate justiţiei.- în Şt.Georgescu *Filosofia dreptului. O istorie a ideilor. Partea I*. Ed. All Beck Bucureşti, 1998. p. 37

se tratează ca entitate, ca unitate în sensul că fiecare om este un alt om – unic în felul său aparte. Egalitatea numerică apare în enunţuri cum sunt: "cetăţenii sunt egali în faţa legii" sau "oamenii sunt egali în faţa morţii". Egalitatea proporţională, sau geometrică, apare atunci când fiecare individ se consideră, în raport cu capacităţile, aptitudinile, talentul său, cu rezultatele sau creaţiile sale, adică în raport cu meritul său. Prin urmare, sunt egali oamenii cu merite egale. Pe această distincţie între cele două tipuri de egalitate, Aristotel îşi întemeiază şi argumentează diferenţierea esenţială pe care e realizează între două tipuri de justiţie, cea *corectivă* şi cea *distributivă*. Ambele asigură dreptatea şi egalitatea în drepturi, dar prima este ataşată ideii de egalitate numerică, pe când cea dea doua, celei de egalitate proporţională.

Justiţia distributivă, în viziunea lui Aristotel, presupune să se dea fiecăruia ce i se cuvine. Ea operează în atribuirea onorurilor, funcţiilor, bogăţiilor. Fiecare va primi din acestea partea care i se cuvine, conform contribuţiei şi meritelor pe care le are persoana, ca cetăţean, adică o parte adecvată cu valoarea sa în comunitate. Înfăptuirea acestei atribuiri diferenţiate este o aplicare a principiului justiţiei care ar fi încălcat, dacă s-ar aplica, tratamentul egal al unor persoane cu merite diferite, tratându-se egal oamenii inegali.[23]După cum arată în cartea a V-a din *Etica Nihomatică*, a doua specie de justiţie este *justiţia corectivă*, în înţelesul că ea intervine pentru a corecta inegalităţi, injustiţii survenite între oameni. Injustiţia îi apare lui Aristotel ca *inegalitate*, ca *dezechilibru*, ca lăcomie. Omul nedrept nu iubeşte egalitatea: el vrea mai mult din bine şi mai puţin din rău decât altul. În acest sens, *justiţia corectivă* este menită să îndrepte dezechilibrele: dacă un contract a fost rupt, un prejudiciu, sau vătămarea au fost făcute cuiva, justiţia corectivă trebuie să prescrie o compensaţie, pentru a elimina o injustiţie. *Egalitatea absolută numerică* apare prin faptul că înainte de a constata că unul face şi altul suferă vătămarea, oamenii sunt consideraţi ca *absolut egali*.

Justiţia corectivă veghează deci ca părţile care intră într-o relaţie să se găsească în condiţii de paritate reciprocă, astfel încât nici una să nu fi dat nici mai mult, nici mai puţin decât a primit. Aceste idei presupun o măsurare obiectivă, impersonală şi reprezintă căutarea unei măsuri medii între două extreme injuste, redate prin balanţa ca simbol al ei, cunoscută şi azi ca simbolul justiţiei.[24]

[23] Aristotel, *Politica*, Ed.Naţională. Bucureşti, 1924, p. 29

[24]Şt. Georgescu. *Filosofia dreptului. O istorie a ideilor. Partea I.* Ed. ALL. Beck, Bucureşti, 1998. p.39

Atunci când vorbim despre echitate, avem în vedere scopul acesteia, şi anume dreptatea. Greșim dacă plecăm de la idealuri și mărșăluim înspre concretul faptelor. Dimpotrivă, ar trebui să privim dinspre fapte, înspre măreţele idealuri şi astfel, să vedem ce proporție din dreptate am realizat și cum putem să eficientizăm drumul spre întregirea acesteia.

Deși Aristotel o concepea ca pe un *dat exterior*, un instrument creat de oameni în vederea conviețuirii, neprovenind din interiorul sufletesc, ci impunându-se din afară, în același timp, o definea "ca o suverană a virtuților, mai strălucitoare decât luceafărul de seară, mai strălucitoare decât luceafărul de zi, dreptatea concentra în ea întreaga virtute."[25]

În logica contrară, lipsa dreptății semnifică lipsa virtuții. Pentru a oferi definiţii ale dreptăţii şi dreptului, Aristotel a pornit de la om ca fiinţă socială, prin natura lui, atât în *Etica Nicomahică* cât şi în *Politica*. În acel context, dreptatea a fost definită ca "o virtute socială", iar dreptul ca „ordinea comunităţii politice". Dreptatea este, la fel ca şi legea, un termen care denotă echilibrul, echitatea. Spre deosebire de concepţia platoniciană, la Aristotel s-a manifestat o atenţie mai accentuată asupra individului, prin prisma unei *relaţii de echilibru între stat şi cetăţeni*, pe care s-a fundamentat *principiul justiţiei echitabile*.[26]

Având ca țel înfăptuirea dreptății, omenirea a înființat instanțe de judecată, sub diferite forme, de-a lungul timpului istoric. Un lucru este cert: întotdeauna vor exista indivizi nemulțumiți de maniera în care dreptatea este împărțită. Însăși regula de bază a dreptății este conturată de echitate și anume, că trebuie să i se dea fiecăruia ceea ce merită, fără însă, ca, prin aceasta, altcineva să sufere o pierdere.

1.2 Dreptul roman şi noţiunea de echitate

Echitatea şi buna-credinţă (*bona fides*) au fost două concepte care au conferit dreptului roman clasic nu numai eficienţă, ci şi flexibilitatea reclamată de o societate ajunsă la apogeul ei. După Ulpian, dreptul este guvernat de următorul principiu : "*honeste vivere,*

[25] Aristotel, *Etica Nicomahică*,V,I, 1129b; 1130a; Ed. Științifică și Enciclopedică București, 1988, p.106-107

[26] Considerăm că spiritul dreptății există în interiorul rațiunii umane. Nu se poate impune un rezultat ca acel *dat exterior* la care făcea referire Aristotel, decât în măsura în care acesta a existat de la bun început, în interiorul individului raţional, a izvorât deci dintr-un interior, dintr-o raţiune umană care l-a conștientizat în prealabil.

alterum non laedere, suum cuique tribuere", iar justiţia este definită ca "*voinţă constantă şi perpetuă de a da fiecăruia ce este al său (constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi).*" În Antichitatea romană,[27] concepția juridică a fost influențată de Platon, de gândirea stoică și mai ales de Aristotel. Definiții romane ale dreptului ca de pildă cele ale lui Paulus, care defnea dreptul ca "*id quod semper aequum ac bonum est"* ceea ce este mereu echitabil și bun, sau Celsus, care definea dreptul ca fiind „*ars boni et aequi"* arta binelui și a echității, denotă că echitatea, ca entitate conceptuală, a existat înaintea dreptului și că, în baza acesteia, se înfăptuia adevărata justiție.

Dreptul la Roma emana direct din morală, având ambiția asigurării stabilității cetății, era stabilit pentru toți *Iura generaliter constituuntur*[28] pentru că justiția semnifica voința general valabilă și statornică de a da fiecăruia ceea ce este al său: *Justitia este constans et perpetuas voluntas jus suum cuique tribuere*.

Dreptul natural, parte din dreptul privat la romani, era considerat un sistem de principii juridice valabil pentru toate popoarele și toate timpurile. Conform dreptului natural, *toți oamenii sunt egali*: *Quod ad jus naturale attinet omnes homines aequales sunt*[29], iar puterea legii constă în a opri, a permite, a pedepsi. *Legis virtus haec est imperare vetare, permittere, punire.*[30]

1.3 Dreptatea şi echitatea în concepţia unor filosofi iluminişti şi utilitarişti

Dintre ideile filosofilor iluminişti reţinem ca fiind mai semnificative în ceea ce priveşte tema cercetării de faţă, ideile lui Montesquieu şi Jean Jacques Rousseau.

Prin prisma abordării laturii formale a legilor și a diversității acestora, Montesquieu constata în *Despre spiritul legilor*[31] că, în toate timpurile, diversitatea legilor a alimentat o

[27] *Idem*, p.69 și urm.

[28] Ulpian DIGESTE.1,1,10 *apud* Ion Craiovan, *Filosofia dreptului sau dreptul ca filosofie, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p.69*

[29] *Ibidem*

[30] *Ibidem*

[31] Montesquieu, *Despre spiritul legilor* (1748), Vol.I.Ed. Ştiinţifică Bucureşti, 1964, p.21

concepție sceptică despre justiția omenească, iar calea cea mai sigură pentru găsirea unei unități care să dea raporturilor omenești o disciplinare sigură și morală, era văzută în afirmarea hotărâtă a unui drept natural, menit să răstoarne pe cel convențional, existent. Astfel, dreptul natural era conceput ca dezideratul ideal care să reprezinte o valoare unică și universală, iar diversitatea legilor existente era condamnată cu tărie, fiind socotită o domnie a arbitrariului. În semnificația lor, legile sunt raporturi necesare care derivă din natura lucrurilor, dar înainte de a fi existat legi propriu-zise, existau raporturi de justiție posibile. Legile, în înțeles juridic, pot să varieze după condițiile de spațiu, sau de timp ale istoriei, forma de guvernământ, diferitele forme de liberatate politică, climatul, sau natura teritoriului, precum și de o serie de condiții căpătate în decursul experienței sociale, cum sunt moravurile, obiceiurile, comerțul, credințele religioase, etc. Este vorba despre o necesitate raţională, în cuprinsul căreia, cu toate imperfecțiunile lui, omul se străduiește totuși să găsească, prin frământările sufletești și intelectuale, legile care să corespundă, în mediul cel mai potrivit, împrejurărilor istorice pe care le străbate.

Legea este o rezultantă a tuturor factorilor care influențează viața omenească. De îndată ce se află în societate, oamenii pierd simțământul slăbiciunii lor, egalitatea care exista între ei încetează și începe starea de război... indivizii încep să își dea seama de forța lor, ei caută să întoarcă în folosul lor principalele avantaje ale acestei societăți, ceea ce dă naștere unei stări de război între ei. Aceste războaie determină statornicirea legilor în mijlocul oamenilor și rezultă *dreptul ginților*, apoi mai există dreptul politic care reglementează raporturile dintre guvernați și guvernanți, iar dreptul civil reglementează raporturile obișnuite dintre oamenii cetățeni ai unei societăți. Dreptul ginților privește toate societățile. Dreptul politic este unul pentru fiecare societate în parte. Legea, în general este rațiunea omenească în măsura în care ea guvernează toate popoarele de pe pământ, iar legile politice şi civile ale fiecărui popor nu trebuie să fie decât cazurile particulare la care se aplică această rațiune omenească. Ele trebuie să i se potrivească respectivului popor pentru care sunt făcute, încât este foarte rară întâmplarea ca legile unui popor să fie nimerite pentru altul.[32]

În viziunea lui Montesquieu, pe lângă condițiile de climă și specificul de viață al popoarelor, legile trebuie să fie potrivite cu gradul de libertate pe care orânduirea statului o

[32] *Idem,* p.30

poate îngădui, cu religia locuitorilor, cu înclinările, cu moravurile și deprinderile oamenilor. Legile trebuie să aibă legătură cu originea lor și cu scopul legiuitorului.

Dreptul public s-a laicizat odată cu Revoluția franceză, suveranitatea nu a mai fost de drept divin, ci de drept popular. Religia s-a separat astfel de drept. Însuși părintele democrației moderne și-a intitulat sistemul o religie civilă. Exact cum monarhul absolut dispunea de viața și avutul supușilor săi, în numele lui Dumnezeu, tot astfel voința generală, cum o concepea Jean Jaques Rousseau, va dispune de viața și avutul cetățenilor, însă cu o deosebire radicală, deoarece tot cetățenii sunt aceia care încredințează cu bună știință această prerogativă în mâinile statului.

În *Discursul asupra originii și fundamentelor inegalității dintre oameni* scris în 1753 de Jean Jacques Rousseau, se subliniază că "oamenii au fost la origine liberi și egali, trăind simplu, în natură, după perceptele acesteia în așa numita stare naturală. Omul nu era încă o ființă coruptă de civilizație. Omul se naște bun și fericit de la natură. Până când oamenii s-au impus unii altora prin apropieri, proprietatea privată, căreia i s-a adăugat dominația politică. Prin triumful anumitor pasiuni s-a născut inegalitatea dintre oameni, un raport de dependență reciprocă între oameni, contrariu principiilor naturale ale ființei lor."[33] S-a determinat o antinomie între constituția nativă a omului și condiția sa socială. Întreg discursul exprimă o pledoarie ce sugerează regretul pierderii stării naturale a ființei umane.

Contractul social, scris în anul 1762, urmează ordinea de idei dată prin discurs, în contract, autorul caută dezlegarea problemei practice, recunoaște imposibilitatea reîntoarcerii la starea naturală după atingerea stării de civilizație. Ceea ce constituie fericirea primitivă este bucuria libertății și a egalității. Ceea ce interesează este găsirea unui mod de restituire către omul civilizat a acestor drepturi naturale. În acest scop, el recurge la ideea *contractului social*. Conținutul contractului este determinat, *a priori,* de conservarea politică a drepturilor, de libertate și egalitate proprii omului în stare naturală. Indivizii trebuie să confere, pentru un moment, drepturile lor, Statului, iar mai apoi le vor primi înapoi sub o denumire distinctă, nu vor mai fi naturale, ci vor fi drepturi civile. Actul, fiind îndeplinit în mod egal față de toți, niciunul nu va fi în avantaj față de semeni, egalitatea este, deci, asigurată. Fiecare își conservă libertatea sa, pentru că individul se supune numai față de stat, care este *sinteza*

[33] J.J.Rousseau, *Discurs asupra originii și fundamentelor inegalității dintre oameni*, Ed.Științifică București, 1958, pp.118 , 158.

libertăților individuale. Efectul este că toți oamenii rămân liberi și egali, în stare naturală, în timp ce drepturile lor primesc o garanție protectoare, care în starea naturală inițială lipsea. Legea este, pentru Jean Jacques Rousseau, *exprimarea voinței generale*, nefiind un act de autoritate arbitrar. Nicio autoritate nu este legitimă dacă nu se bazează pe lege, lege care exprimă voința generală. Suveranitatea rezidă în popor, care poate în orice moment să și-o retragă.

Atât Montesquieu, cât şi Jean Jacques Rousseau, militau pentru găsirea unui mod de restituire a echilibrului drepturilor către omul ajuns la un anumit grad de civilizaţie, impus de regulile sociale. La Montesquieu, legile trebuie să aibă legătură cu originea popoarelor, cu specificul istoric şi cultural al acestora, cu moravurile popoarelor, cu religia acestora, dar să păstreze raţiunea în conţinutul lor, iar "pentru a împiedica abuzul de putere, lucrurile trebuie astfel orânduite, încât puterea să îngrădească puterea."[34] Putem spune că, ceea ce vrea filosoful să sugereze, este ideea enunţării unor legi echilibrate, specifice fiecărui popor în parte, care sunt, implicit, echitabile, deoarece se adaptează moravurilor, realităţii şi evoluţiei sociale.

În concepţia lui Jean Jacques Rousseau, este vădit regretul pierderii stării naturale a oamenilor, care, în starea lor naturală, primitivă, înainte de civilizare, erau egali, iar ceea ce constituia fericirea era întocmai bucuria libertății și a egalității. Ceea ce îl preocupă pe filosoful francez, este găsirea unui mod de restituire, către omul civilizat, a acestor drepturi naturale. În acest scop, filosoful recurge la conceptul *contractului social*. Prin contractul social este vizat, conform lui Rousseau, echilibrul specific echităţii.

Dacă ideile lui Rousseau despre dreptate, echitate şi puritatea omului, relevau că dreptatea există în natura umană întrucât sentimentul de dreptate îi conduce acţiunile individului, în concepția utilitaristă, puritatea nu este o trăsătură esențială și indispensabilă a dreptății. Pentru John Stuart Mill, dreptatea se naște din dorinţa de a pedepsi pe cei care încalcă regulile, principiul dreptății este adaptat, prin aplicarea sa concretă în societate.

Echitatea înseamnă *a face dreptate* din perspectivă utilitaristă. Dreptatea este regulă de conduită necesară realizării binelui umanității. Societatea asigură un cadru legal în care cei care încalcă regulile să fie pedepsiți, obiectivul fiind acela de a se proteja și de a-i proteja pe

[34] A se vedea Montesquieu, *Despre spiritul legilor* 1748, Ed. Ştiinţifică Bucureşti, 1964, Cartea I, Cap.III,p.30

indivizi de încălcări ale regulilor. Individului îi sunt protejate drepturile împotriva imixtiunii nedrepte a semenilor săi. Dreptatea este concepută ca o regulă morală de conduită. Dreptul individului este protejat de către societate în numele utilităţii generale. Dreptatea se bazează pe sentimentele sociale ale umanităţii, tinzând, în acelaşi timp, către utilitatea generală. Dreptatea sau protejarea de către societate a drepturilor indivizilor este justificată întrucât este utilă societății compusă din indivizi. „Dreptatea este un nume pentru anumite clase de reguli morale care privesc mai direct esenţa bunăstării umane şi sunt deci cu atât mai obligatorii decât orice alte reguli pentru îndrumarea vieţii; iar noţiunea pe care am descoperit-o ca fiind chiar esenţa ideii de dreptate, anume noţiunea unui *drept aparţinând unui individ* - implică şi consfinţeşte această formă mai constrângătoare de obligaţie.(…) Dreptatea presupune două lucruri : o regulă de conduită şi un sentiment care sancţionează regula. Trebuie să presupunem că primul e comun întregii umanităţi şi menit binelui acesteia. Celălalt (sentimentul) e dorinţa ca aceia care încalcă regula să sufere o pedeapsă."[35]

Secţiune 2 Concepţii moderne despre drept, dreptate, echitate

2.1. Egalitatea de şanse, nediscriminare, egalitate în faţa legii

Când susținem că toți oamenii au drepturi egale și inalienabile, afirmăm un foarte important principiu egalitar care a dobândit însă forță din noțiunea de *lege naturală* așa cum a fost ea reconcepută în secolul al XVII-lea de către poporul francez. A fost introdus conceptul de *libertate egală* pentru fiecare. Libertățile sunt manifestări ale egalității.

Declarația din 1789, în art. 6 afirmă că "toți cetățenii sunt egali înaintea legii, sunt îndreptățiți, în mod egal, să ocupe funcții și poziții publice în concordanță cu capacitățile lor și numai pe baza deosebirilor de virtute și inteligență". Idee care a fost preluată și de actuala Constituție a României, în art.16, insistând însă pe șansele egale de a accede în funcții publice ale femeilor și bărbaților, punându-se accent pe conceptul de egalitate de gen, în contextul egalității generale în fața legii.[36]

[35] John Stuart Mill, *Utilitarismul*, Ed. ALL, București, 2014, pp.10 și urm.

[36] A se vedea Constituția României, Modificată si completată prin Legea de revizuire a Constitutiei Romaniei nr. 429/2003, publicată in Monitorul Oficial al Romaniei, Partea I, nr. 758 din 29 octombrie 2003, republicată de Consiliul Legislativ, TITLUL II Drepturile, libertătile si indatoririle fundamentale, Art.16

Declarația din 29 mai 1793, în cuprinsul art. 2 prevede că: "*Egalitatea constă în dreptul fiecăruia de a avea aceleași drepturi."*Constituția franceză din august 1795, în cuprinsul art. 3 afirmă că "*Egalitatea constă în aceea că legile sunt egale pentru toți, indiferent dacă ele protejează, sau pedepsesc. Egalitatea nu admite nicio deosebire în funcție de naștere și nici transmiterea ereditară a puterii."*Preocuparea centrală a revoluționarilor francezi o reprezentau drepturile și legile egale în contextul inițiativelor de abolire a transmiterii ereditare a puterii și astfel, de obținerea liberului și egalului acces la funcții publice pe baza competenței.

Egalitatea în drepturi cu privire la accesul la pozițiile autorității publice era pentru francezi ierarhizată în funcție de capacitățile de virtute și inteligență ale candidaților. Numai după căderea lui Robespierre, după perioada napoleoniană și Restaurație, solicitările liberal-democratice pentru egalitate au început să impună trei condiții specifice: *votul egal și universal* – acordarea dreptului la vot tuturor persoanelor în completarea libertății politice de care dispun, *egalitate socială* înțeleasă ca *egalitate a statutului și a respectului*, ceea ce presupunea absența oricăror deosebiri pe considerente de clasă și avere, nu în ultimul rând *egalitatea oportunităților.*

În ceea ce privește *egalitatea oportunităţilor*, liberalismul secolului XX l-a adoptat ca pe un principiu specific, însă cu două condiții: el trebuia înțeles ca o dezvoltare a libertății individuale și trebuia obținut prin mijloace care nu contravin acestui scop. Cu toate acestea, în doctrina franceză, problema egalității oportunităților este disputată, în parte, datorită faptului că idealul se pretează la întrebări diferite, dar mai ales pentru că părerile tind să devină divergente în privința modului de obținere a acestei egalități.

Echitatea exprimată prin egalitate a fost percepută ca o extindere a principiilor libertății, mai exact, ca o *personificare a drepturilor la libertate.*[37] Formula nu va fi *posibilități inegale pentru a deveni egali,* ci *posibilități egale pentru a deveni inegali*. A-i face egali pe toți, în toate privințele, înseamnă a crea o situație la fel de avantajoasă ca și cea care acceptă inegalitatea în ansamblu. Criteriul fundamental este imperativul opoziției față de egalitățile nejustificate, ca și față de inegalitățile lipsite de justificare. Problema rezidă în concepțiile asupra valorii. Cu cât căutăm mai mult eficientizarea egalizării, cu atât mai mult

[37] Giovanni Sartori, *Teoria democrației reinterpretată*, Iași, Ed.Polirom, 1999,pp.319-320

se impune întrebarea: Atunci cum rămâne cu libertatea? Folosim mijloacele puse la dispoziție de libertate, sau instrumente ce pot pune în primejdie independența? Startul egal și rezultatele egale presupun un tratament inegal. Realitatea este că ne îndepărtăm tot mai mult de ordinea juridică întemeiată pe criteriul *la fel pentru toți*. Cu greu putem pune la îndoială faptul că statul de drept, ce impune justiția, se află într-un proces de distrugere a legilor egale și a egalității înaintea legii. Jean Jaques Rousseau ar afirma fără îndoială, că, pe această cale, guvernarea legilor se transformă într-un demers arbitrar al guvernării prin persoane.[38]

"Atât timp cât *egalizarea circumstanțelor* este urmărită pentru *acordarea unor puncte egale de pornire*, dorința de a obține egalitatea și necesitățile impuse de libertate se pot echilibra și chiar dacă e nevoie, se pot reechilibra una pe cealaltă. Până în acest punct suntem în interiorul democrației liberale. Egalitatea e o condiție care facilitează libertatea, dar nu una suficientă,"[39] afirmă Sartori. Libertatea este în avantajul celor puțini, pe când, egalitatea reprezintă o forță a celor mulți. Însă, există o deosebire fundamentală între cele două cazuri și anume aceea că instrumentele libertății nu îi ajută pe cei mulți și nici pe cei puțini să reușească în a-i oprima pe ceilalți, în vreme ce, în numele și cu mijloacele specifice egalității, atât cei mulți, cât și cei puțini, pot deveni înrobiți. Deosebirea constă în aceea că în timp ce principiul libertății nu poate fi răsturnat, în mod practic în opusul său, principiul egalității e predispus unei asemenea răsturnări.[40]

În ceea ce privește componenta egalității din echitate, fiind explicată în secolul al XX-lea, alegem să ne oprim asupra argumentelor date de politologul italian Giovanni Sartori,[41] deoarece acesta pleacă de la concepția lui Jean Jacques Rousseau, conform căreia *„Tocmai datorită faptului că, prin forța împrejurărilor, există o tendință permanentă de distrugere a egalității, forța legislativă trebuie mereu să mențină egalitate.„* și explică ce înseamnă a fi egal, precum și trăsăturile tipurilor de egalitate moderne. Astfel, într-un anumit sens, subliniază Sartori, egalitatea conține ideea de uniformitate, într-un alt sens, egalitatea are conotația de justiție. Două persoane pot fi declarate egale în sensul că sunt dintr-unul, sau mai multe aspecte, identice, de aceeași natură, aidoma. Dar și justiția sugerează ideea de egalitate,

[38] *Ibidem*

[39] *Ibidem*

[40] Giovanni Sartori op.cit. p.323

[41] *Ibidem*

după cum afirmau adesea autorii medievali: „Așa cum justiția se referă la egalitate, tot așa injustiția se referă la inegalitate; astfel, cel care dorește să impună justiție încearcă să impună egalitatea între lucruri care nu sunt egale.[42] Nu se prezenta o idee nouă, nu făcea decât să simplifice, scoțând din context, opinia lui Aristotel: *Injustiția este inegalitate, justiția este egalitate.*"[43]Sunt surprinse de asemenea, nuanțele de evoluție semantică și lingvistică a noțiunii, conform autorului italian, "*egalitatea* poate fi comparată cu cele două fețe ale lui Ianus, ea este unică în acest sens prin faptul că se asociază simultan și cu uniformitatea și cu justiția.

Asocierea dintre egalitate ca uniformitate și egalitate ca justiție provine, în mare, și constă dintr-o suprapunere semantică. Italianul *eguale,* francezul *egal* și germanul *gleich* nu înseamnă numai egal, ci au și sensul pe care în limba engleză îl are termenul *același*. A spune în italiană, franceză ,germană, că două lucruri sunt egale înseamnă a spune că ele sunt identice. Englezii nu se supun echivocurilor din acest punct de vedere, pentru că în uzul limbii engleze nu există această posibilitate. Cu toate acestea, aflăm că asocierea dintre noțiunea de *egalitate* și cea de *uniformitate* a fost introdusă în engleză, atât prin traducerea autorilor de pe continent, cât și prin teoria dreptului natural. Referindu-se la *Declarația de Independență*, Lincoln, în discursul său de la Springfield din 1857, a explicat faptul că autorii acestui remarcabil document nu intenționau să declare că oamenii sunt egali în toate privințele, ei nu doreau să afirme că toți sunt egali ca înălțime, culoare, inteligență, moralitate, aptitudini sociale[44] este evident că Lincoln se referea aici la *egalitate în sensul asemănării*, la faptul că ar fi identici, iar explicația lui ar fi inutilă dacă cele două sensuri ale cuvântului egalitate nu ar fi pătruns și în limba engleză."[45]

Așadar, trebuie să se acorde o atenție particulară, felului în care se înțelege egalitatea. Politologul italian atrage atenția asupra faptului că egalitatea ar trebui văzută, în primă linie, ca un *scop just*, oamenii au dreptul la privilegii și posibilități egale tocmai pentru că sunt egali, în sensul că sunt, cel puțin în anumite aspecte, asemănători unii cu alții. Însă „nu putem justifica egalitatea pur și simplu. Oamenii trebuie tratați ca fiind egali, deși nu sunt egali *ipso*

[42] Giovanni Sartori op.cit. p.324

[43] *Ibidem*

[44] *Ibidem*

[45] Giovanni Sartori op.cit. p.304

facto. Preocuparea morală pentru egalitate nu implică și nici nu solicită asemănarea *de facto.* Dacă egalitatea este un principiu moral, atunci noi dorim să obținem egalitatea pentru că o considerăm justă. Principiile fundamentale egalitare (egalitatea libertăților, legile egale, egalitatea înaintea legii) nu își găsesc sursele în premisa potrivit căreia oamenii sunt identici. Grecii și romanii susțineau egalități ce sunt încă fundamentale pentru noi, fără a avea noțiunea de uniformitate (asemănare, egalitate între oameni). Acordarea concretă a unei egalități date este motivată numai *prima facie*, prin așa zisa explicație rațională că oamenii se nasc egali. În momentul în care separăm egalitatea, în sens moral, de egalitatea în sens fizic, înțelegem că adevărul este opusul a ceea ce credeam: considerăm justă promovarea anumitor egalități tocmai pentru a compensa faptul că oamenii se nasc, sau se pot naște diferiți."[46]

Justiția implică ideea de uniformitate, mai ales atunci când se referă la justiția socială, diferențiind-o de justiția individuală. Așadar, *justiția individuală* se conduce după maxima *suum cuique tribuere*, a face dreptate înseamnă a da fiecăruia ceea ce merită, sau ceea ce i se cuvine. *Justiția socială* presupune cu totul altceva. Aristotel le-a analizat pe ambele, americanul Rawls a abordat în detaliu justiția socială, în concepția acestuia din urmă, chiar dacă am spune "pentru fiecare ceea ce merită", am înțelege că fiecare trebuie să primească o parte echitabilă, iar o parte echitabilă presupune ca părțile să fie aproximativ identice, în afară de cazul în care există o justificare pentru adoptarea unei împărțeli diferite. În termeni generali, la baza tuturor discuțiilor despre justiția socială, fie ea concepută ca dreptate sau nu , reapare *teama tratamentului identic, a măsurii egale*. Cu riscul de a repeta împreună cu Aristotel că lucrurile egale trebuie tratate în mod egal, dar că lucrurile inegale trebuie tratate în mod diferit, susținem în continuare că justiția solicită *un tratament identic pentru deosebiri identice.*[47]

Tot din opera lui Giovanni Sartori, aflăm că sensurile egalității, asemănătoare fețelor lui Ianus sunt de asemenea reflectate, după cum este și firesc în practica egalității și că, în 431 î.e.n., Pericle le spunea atenienilor că atât timp cât legile asigură justiția egală, în mod identic pentru toți, când e vorba de disputele personale, se recunoaște în același timp, afirmarea

[46] *Idem* p.305

[47] Giovanni Sartori op.cit.p.305

meritelor deosebite, iar atunci când vreun cetățean se distinge în vreun fel, el este preferat pentru serviciul public, nu ca un privilegiu, ci ca o recompensă a meritelor sale.[48]

De asemenea sunt punctate şi dezvantaje ale egalității, fiind generată de o solicitare morală şi într-adevăr, provenind dintr-un ideal moral, însă un ideal prea uşor coruptibil. Inițial, acest ideal este asociat cu o simplă revendicare a dreptății, însă poate ajunge un alibi pentru degradarea celorlalți în vederea promovării propriei persoane. Mai mult, pe măsură ce sub-egalii doresc să devină egali cu superiorii lor, egalii doresc, la rândul lor şi ca o răzbunare, să devină supra-egali, adică să se ridice deasupra celor ce sunt pe o poziție egală cu ei. Practica egalității îşi încalcă principiul, iar retorica va degenera, în realitate, cei care urmăresc inegalitatea vor încerca cu disperare să îşi depăşească, sau să îşi domine egalii. Cu cât pare mai simplă, cu atât e mai înşelătoare egalitatea[49]. Ea poate genera, odată transpusă în practică, un cerc vicios.

2.2 Modelul moral-politic al dreptului şi modelul democratic al dreptului. Echitatea ca justiţie socială

Imaginea societății juste este una formată din mai mulţi indivizi raţionali cu un simţ al justului, care în final vor ajunge la un acord asupra a ceea ce defineşte o societate justă.

John Rawls[50] defineşte dreptatea ca şi echitate – justeţe, astfel că, din punctul său de vedere, toată lumea ar trebui să se bazeze pe fundamente procedurale şi pe elemente

[48] Tucidide, *The history of the Peloponnesian War*, cartea XI, paragraful 37 , *apud* Giovanni Sartori, *Teoria democrației reinterpretată,* p.306 şi urm.

[49] Giovanni Sartori, op.cit, p.306

[50] Americanul John Rawls manifestă un interes cvasi-religios în ceea ce priveşte răul şi nedreptatea, fapt care va influența toată opera sa etică ulterioară. A fost interesat încă din copilărie de inegalitate şi de discriminările legate de clasă, rasă şi sex în societatea americană. Ia o poziție fermă în favoarea egalității sociale şi împotriva segregării pe considerente de clasă, religie, sex şi susține o politică de dreptate distributivă pe care o denumeşte, din punct de vedere utilitarist: politică de fericire socială. Rawls a fost numit protestant cu conştiință, datorită preocupărilor sale morale. El proclamă anumite exigențe religioase privind condiția umană şi îndatoririle fiecăruia față de semenii săi. Articolul său din 1971, intitulat Justiția ca echitate, sprijină, prin argumente filosofice, înlăturarea inegalităților socio-economice şi cele de rasă, naționalitate, sex. Ulterior, prin opera Liberalisme politique, Rawls îşi angajează filosofia într-o nouă direcție comunitariană care reprezintă o deplasare a exigenței de dreptate spre afirmarea unei stabilități instituționale. Americanul introduce un fundament original de dreptate, mai presus de orice contestație rațională. Se relevă fundamentul contractual al principiilor dreptății şi al ierarhiei lor, la dispoziția cetățenilor

Din perspectivă utilitaristă, Rawls se distinge de predecesorii săi prin importanța pe care o acordă fericirii şi concretizarea unei metode procedurale pentru a decide orientarea problemelor etice. Utilitarismul devine paradigma ştiințifică a unei politici de fericire socială. Cu toate acestea, ideile lui conturează o alternativă față de doctrina utilitaristă pură. Argumentează faptul că utilitarismul ignoră bună-starea individului, luând în

condiţionale pe care toţi indivizii raţionali le văd ca juste şi fireşti. Justiţia este sursa structurii de bază a unei societăţi: valori cheie înglobate în instituţii cheie. Argumentul său este acela ca o societate justă pe deplin trebuie să fie văzută ca fiind una justă de către toţi membrii care o compun, indiferent de convingerile lor spirituale, sau morale. Rawls vedea *echitatea* ca fiind un *fond moral preexistent acţiunii şi credinţei indivizilor*, ca o *egalitate morală*. *Egalitatea morală* la Rawls vizează, prin urmare, intuiţia morală a fiecăruia, ca fundament în baza căruia acesta trebuie să fie responsabil pentru actele sale. Se schiţează o *viziune morală* a lumii ca utopie valabilă şi moderat realizabilă. Rawls se foloseşte, de asemenea, de teoria alegerii raționale (*rational choice theory*), insistă pe raționalitatea unui subiect care manifestă preferințe în fața ocaziilor care i se prezintă. Astfel raționalitatea sa este, înainte de toate, teleologică, înainte de a insista pe acțiunea reglată de norme.[51]

O bază morală se potriveşte unei societăţi morale. Pe această bază morală trebuie edificat dreptul. Lumea morală a lui Rawls este o lume prestabilită în gândire, care încearcă să rezolve distorsiunile unei lumi corupte, sortită desfrâului, prin instituții așa zis morale.[52]

Importanţa metodei propuse de Rawls rezidă în viziunea unei societăţi caracterizate prin neutralitate a religiei şi a culturii, toţi cetăţenii unei societăţi trebuie să creadă că societatea lor este una justă. Perspectiva filosofului american este una care plasează indivizii pe o poziţie egală, din punct de vedere al meritelor, dar, în acelaşi timp, recunoaşte că oamenii au aptitudini diferite şi deci inegale. Unii oameni pot contribui într-o mai mare măsură la progresul societăţii decât alţii. În cele din urmă, inegalitatea poate să existe chiar şi în contextul unei societăţi juste.[53]

Dacă Rawls militează pentru un model moral-politic al dreptului, Jurgen Habermas, pe de altă parte, propune un model democratic al dreptului. Dimpotrivă, astăzi nu mai avem niciun motiv de a regla și valida normele și drepturile noastre în afara procesului democratic.

---

considerare beneficiul general-social – tuturor indivizilor societăţii, lucru care deschide drumul unor abuzuri şi suferinţe. Pentru a înlocui utilitarismul, filosoful american readuce în prim plan teoria contractului social.

[51] Ion Craiovan, op.cit.pp.234-235

[52] Viziune care, în opinia noastră, ar trebui transpusă în prezent în dreptul român.

[53] Căutând să creeze o teorie a justiţiei care să poată să fie aplicată oamenilor în orice moment al istoriei şi în orice mediu social, filosoful a respins ideea utilitarismului întrucât aceasta nu proteja individul şi drepturile individului, din punct de vedere individual.

Nu mai dispunem de o morală care să poată fi valabilă și nu avem în absența acesteia decât democrația și politica drept moduri de viață și drept procese pentru crearea și selecționarea normelor, drepturilor și instituțiilor. Perspectiva lui Habermas configurează faptul că dreptul trebuie creat ca *proiectul comun al tuturor indivizilor care formează comunitatea juridică*. Exigența democratică ne interzice să vedem dreptul ca opera unui singur individ moral. Dreptul trebuie confirmat prin deliberarea democratică ca rezultat, sau ca operă a tuturor. Este necesar să se instaureze în societate o serie de procese prin care cetățenii își pot tematiza, în mod liber și fără intervenția unei forțe eterogene, toate perocupările prin care își pot concretiza aspirațiile și pot căuta soluții atât normative, cât și factuale și instituționale.

Din perspectiva modelului democratic de drept, spre deosebire de perspectiva celui moral-politic, la care judecătorii unei Curți supreme au valoarea de rațiune publică, care trebuie să se bazeze pe valorile morale și politice de bază, rațiunea publică trebuie să fie aleasă prin procese democratice. Se evită astfel o catastrofă în drept, problema de eterogenitate a valorilor morale și politice pe care cetățenii nu au dreptul să le elaboreze ei înșiși. Se înscrie astfel rațiunea publică în spațiul public, care permite comunicarea de conținuturi și luări de poziție, prin urmare, de opinii în care dreptul nu este un sistem închis, narcisistic în sine, el construindu-se în spațiul public prin polemică, prin valorificarea libertăților comunicaționale.

Modelul democratic al dreptului la Habermas se bazează pe un dialog între legalitate și legitimitate, legitimitatea provine din legalitate, iar legalitatea nu are sens fără legitimitate. Numai principiul democratic trebuie să stabilească o procedură de instituire legitimă a dreptului. Pot emite o pretenție de validitate legitimă doar legile juridice apărute printr-un proces de instituire a dreptului în conformitate cu principiul democratic.[54] Astfel, prin sistemul de legalitate membrii unei comunități juridice moderne stabilesc, prin reciprocitate, sursele de drept care le permit să ia în considerare ordinul juridic ca fiind al lor. Subiecții de drept au în mâinile lor legalitatea în calitate de actori democratici într-un proces întotdeauna posibil de afirmare personală, ca subiecți de drept în eventualitatea unei dispute. Legitimitatea se concretizează, de fapt, în dreptul participării la procese democratice. Aceste procese sunt stâlpii de rezistență ai ordinului juridic în dialogul dintre legalitate și legitimitate. Democrația, în sensul ei procedural reprezintă modalitatea prin care se verifică

[54] Ion Craiovan, op.cit.p.237

dacă legalitatea este legitimă. Rezultă că sensul dreptului modern nu poate fi instaurat decât la nivelul și conform premiselor pe care i le dau subiecții de drept.[55]

Cu toate acestea, nu vedem nimic rău în eterogenitatea morală a dreptului. Dimpotrivă o vedem ca pe o formă validă și într-un sistem democratic, echitatea *in abstracto* a fost și rămâne una singură, nu este o valoare relativă, în funcție de concepțiile și acordurile indivizilor din societate. Dreptul poate fi eterogen din punct de vedere moral, tocmai pentru că echitatea este unică, la fel ca adevărul.

2.3. Echitatea conturată în principiile fundamentale

În măsura în care, în opinia noastră, echitatea este conturată prin drept, prezentă în permanență în drept, identificăm existența a două tipuri de definiții ale dreptului: definițiile de tip formalist-normativist, care constau într-un ansamblu de reguli care reglementează raporturile sociale într-o societate mai mult, sau mai puțin organizată, ale căror respect este asigurat, la nevoie, de constrângerea publică și definițiile de tip substanțial care vizează rațiunea de a fi, originea, justificarea și finalitatea dreptului.

Dreptul este un sistem organizat de valori, de principii, de instrumente tehnice care exprimă reguli precise și căruia nu i se pot neglija nici fundamentele, nici manifestările concrete, sau formale. Cea mai elocventă din punctul nostru de vedere este definirea dreptului dată de Kant ca fiind "*totalitatea condițiilor în care voința liberă a fiecăruia poate coexista cu voința liberă a tuturora, în conformitate cu o lege universală a libertății.*"

În definițiile de tip substanțial sunt incluse și conceptele de echitate și dreptate. Spre exemplu, Mircea Djuvara definește dreptul prin prisma ideii de *dreptate* care îi stă la bază și îl stăpânește în întregime, astfel, "*regula de drept este o normă necondiționată de conduită rațională referitoare la faptele externe ale persoanelor în contact cu alte persoane*". Asigurarea bazelor legale de funcționare a statului, consacră juridic forța coercitivă care susține dreptul și asigură democratismul puterii în statul de drept.

Ca o concluzie a analizei evoluției conceptelor de drept, dreptate, echitate, principiile de bază ale înfăptuirii justiției sunt cel al libertății și cel al egalității. Ca fundamente ale vieții

[55] J.Habermas, *Droit et democratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimar, 1997 *apud* Ion Craiovan, *Filosofia dreptului, sau dreptul ca filosofie*, p. 237

sociale libertatea și egalitatea vor fi principii ale dreptului care le va consacra într-o unitate ce ține de însăși dialectica vieții sociale.[56]Logica este următoarea: nu poate exista egalitatea decât între oameni liberi și nici libertatea decât între oameni a căror egalitate este consfințită juridic. *Principiul general al libertății* se difuzează în ramurile dreptului fie sub forma libertăților generale, fie sub forma libertăților individuale. Dreptul, ca sistem normativ specific, se opune dezordinii și a tot ceea ce este arbitrar în viața socială, asigurând în același timp, coexistența echitabilă a libertăților.

Un alt principiu important este *cel al responsabilității* și semnifică un act de angajare a individului, care își asumă consecințele acțiunii sale sociale și care e apreciat în funcție de gradul și conținutul transpunerii conștiente în practică a prevederilor normelor sociale, *principiul responsabilității* este și o dimensiune a dreptului. Uneori domeniului juridic i-a fost contestată dimensiunea responsabilității, recunoscându-i-se doar domeniul *răspunderii* (ca raport impus din afară). Dobândind responsabilitatea, individul nu se mai află în situația de subordonare oarbă față de norma de drept, ci în situația de factor care se raportează la normele și valorile unei societăți în mod activ și conștient.

Principiul echității și justiției readuce în prim plan problema existenței unor prescripții fundamentale, preexistente, desprinse din rațiune, sau dintr-o ordine supraindividuală și a căror scop este acela de a da siguranță vieții sociale. Cuvântul *echitate* vine de la latinescul *aequitas*, care înseamnă potrivire, dreptate, cumpătare. Justiția reprezintă acea stare generală ideală a societății, realizabilă prin asigurarea pentru fiecare individ, în parte și pentru toți împreună, a satisfacerii drepturilor și intereselor lor legitime, deci o potrivire.[57]

Un alt principiu în care regăsim echitatea este cel al *răspunderii penale*. Foarte important este aspectul că aplicarea principiului răspunderii nu înseamnă, mai ales în statul de drept, o stigmatizare juridică anticipată a persoanei, prezumția de nevinovăție și reținerea doar a elementelor de fapt probate (*in dubio pro reo* – orice dubiu fiind în favoarea învinuitului) fiind ridicate, la rândul lor, la rangul de principiu. Soluția juridică corectă, evitarea erorii judiciare, menirea dreptului nu pot fi realizate dacă demersul juridic nu se

[56] Ion Craiovan, op.cit. p.257

[57] *Idem*, p.258

bazează pe principiul aflării adevărului cu privire la fapte, împrejurări, persoane care cad sub incidența normelor juridice. În acest demers, principiul dreptului de apărare depășește contextul procesual fiind un adevărat garant al ocrotirii persoanei umane, în așa fel încât nicio persoană nevinovată să nu fie trasă la raspundere juridică. De asemenea, tot un garant al persoanei este şi *principiul autorităţii lucrului judecat* care desemnează situația juridică ce rezultă din soluționarea definitivă și irevocabilă a unui conflict dedus înaintea judecății.

Semnificativă din punct de vedere al indentificării elementelor echităţii este şi ordinea juridică comunitară. S-a remarcat în acest caz că recurgerea la principiile generale ale dreptului, ca izvoare juridice, se impune în mod deosebit, având în vedere noutatea dreptului comunitar, ca ansamblul, regulilor de drept aplicabile în ordinea juridică comunitară care se află încă în faza consolidării sale, spre deosebire de ordinea internă a fiecărui stat care cunoaște o lungă perioadă în care ea s-a sedimentat. În acest context sunt analizate și stabilite ca principii generale: protecția drepturilor fundamentale ale omului – superlegalitate comunitară; principiul respectării dreptului la apărare, principiul egalității care presupune, în primul rând, excluderea discriminării, adică un tratament egal al părților în situații identice și comparabil; principiul certitudinii juridice potrivit căruia aplicarea legii la o situație specifică trebuie să fie previzibilă; principiul proporționalității – mijloacele folosite de autorități trebuie să fie proporționale cu scopul lor; principiul autorității lucrului judecat – o acțiune nu poate fi judecată decât o singură dată sau *ne bis in idem*[58] şi nu în ultimul rând, conform Convenției Europene a Drepturilor Omului: este imperativă respectarea și garantarea *dreptului la un proces echitabil.*

Un argument care sugerează că echitatea necesită o consacrare formală şi în drepul penal substanţial naţional, alături de celelalte principii fundamentale ca cel al legalităţii şi individualizării pedepsei este acela conform căruia de la dezideratul de echitate şi în lumina standardelor acestuia, ar trebui să pornească actul de pedepsire, pentru ca acesta să fie cât mai apropiat de idealul de justiţie, chiar dacă indicaţia din legea naţională penală are doar o valoare formală şi ea urmează a fi analizată în lumina numitorului comun al legislaţiei penale a statelor contractante ale Convenţiei Europene a Drepturilor Omului, unde regăsim în

[58] *Idem*, p.259

cuprinsul articolului său 6 paragraful 1, spre exemplu,[59] elementele unui proces echitabil. Propunerea noastră se justifică cu atât mai mult cu cât în dreptul penal substanţial nu avem o consacrare formală, ci numai trimiteri şi recunoaşteri implicite, sau indirecte, prin noţiuni ca individualizarea, proporţionalitatea, legea penală mai favorabilă, sau cauzele justificative.

Ce este, aşadar, echitatea? Un *filtru moral* prin care se cerne activitatea de înfăptuire a dreptății, suma acţiunilor magistraţilor, legiuitorului si a celorlalte organe judiciare care aplică legea, oamenilor de rând, care intră în raportul penal de conflict şi încalcă norme de conduită general recunoscute ca fiind corecte de către societate.

Ipostazele echităţii, în societatea modernă, în sfera dreptului penal, pornesc de la instituții ca *egalitatea indivizilor în fața legii, proporționalitatea pedepsei în raport cu gravitatea faptei* și până la alte principii ca *non reformatio in pejus,* sau *ne bis in idem*.

Considerăm că dreptatea și transpunerea acesteia, prin prisma *principiului echității*, trebuie să constituie fundamentul unei societăți juste, astfel că este imperativ nevoie de un set de reguli de echitate, corective, de un filtru de identificare a justului din fiecare acțiune legală (componentă a politicii penale), care să readucă mereu, în liniile echilibrate de funcționare, pe toți cei care sunt delegați social să împartă dreptatea (magistraţi, organe judiciare, etc), având în vedere necesitatea menținerii ordinii de drept. Această necesitate este motivată de faptul că există în perceperea oricărei hotărâri de condamnare sentimentul că, celui condamnat i s-a făcut o nedreptate, iar celuilalt, victimei, dreptate. În esenţă însă, o sentinţă justă reprezintă un echilibru, deoarece cel condamnat a săvârşit o faptă care a fost percepută, la rândul ei, ca nedreptate, de către victimă. Judecătorul nu face altceva decât să restabilească echilibrul care, prin fapta penală, a fost încălcat. Se face dreptate, iar echitatea îi responsabilizează pe cei care împart această dreptate.

În sfera dreptului penal, pedeapsa este, în sine, un rău, la fel ca infracţiunea, judecătorului nu îi rămâne decât să realizeze un echilibru între drepturile victimei şi drepturile infractorului, dar şi între *ius puniendi* al statului şi drepturile la apărare, folosindu-se de standardele de echitate. În acest context este vorba despre echilibrul care se impune în numele echităţii. În consecinţă, *echitatea,* ca principiu enunţat, ca procedeu de filtrare a

[59] Declaraţia Universală a Drepturilor Omului din 10 decembrie 1948 este primul text care a exprimat ideea necesităţii unui proces echitabil; art.14 din Pactul Internaţional cu privire la drepturile civile; art.47 a Cartei drepturilor fundamentale a Uniunii Europene.

corectitudinii actelor și reacțiilor legale față de faptele concrete şi faţă de personalitatea individului care a încălcat legea, se impune a fi reglementat în însuși textul legii penale. În mod firesc, prima întrebarea, care se poate ivi, este: cum poate fi realizată echitatea? Iar răspunsul ar fi: prin drept.

Partea I – Echitatea în raport cu sancţiunea penală

O pedeapsă echitabilă trebuie să îndeplinească mai multe condiţii. Profesorul Tanoviceanu a enumerat calităţile unei bune pedepse şi constatăm că ele sunt şi astăzi idealuri demne de urmat în politica penală. Aşadar, caracteristicile esenţiale ale unei pedepse sunt: "justeţea, proporţionalitatea cu infracţiunea, elasticitatea şi divizibilitatea, pedeapsa este exclusiv personală, egală pentru toţi, reparabilă, moralizatoare, aflictivă, publică, sigură şi nu ofensează bunele moravuri."[60] Ceea ce presupune *dreptatea* depinde de la o societate la alta, în conformitate cu obiceiuri şi tradiţii, concepte filosofice şi morale specifice fiecărui popor în parte. Pentru ca o pedeapsă să fie dreaptă, aceasta trebuie să corespundă dreptăţii în forma în care este înscrisă în lege într-un moment istoric dat. În egală măsură, dreptatea este evolutivă, astfel că evoluţia dreptului penal nu este altceva decât evoluţia pedepsei, care, la rândul ei, a urmat evoluţia ideii de justiţie, în raport cu concepţiile morale ale societăţii.[61]

Sancţiunea penală nu este decât una dintre sancțiunile aplicate de către stat care permit garantarea respectării regulilor de drept, și nu poate fi aplicată faptelor „pe care puterea socială le poate preveni prin intermediul unor măsuri de guvernare mai puțin severe și mai puțin periculoase în comparație cu justiția penală."[62]

Există și anumite opinii care susțin ideea conform căreia prevenirea infracțiunilor face obiectul legilor civile, și nu al celor penale.[63] Din punctul de vedere al funcțiilor esențiale ale dreptului penal, se consideră că această ipoteză nu este întemeiată deoarece într-o societate democrată, dreptul penal este cel care trebuie să prevină, înainte de a pedepsi. În același timp, această politică de prevenție nu trebuie să fie excesivă, în măsura în care ea să afecteze drepturile și libertățile fundamentale[64]. În acest sens, pentru echilibrarea prerogativelor unui

[60]Ion Tanoviceanu, *Tratat de drept şi procedură penală*, vol.III, Editura Curierul Judiciar, Ediţia a II-a, Bucureşti, 1924, p.34

[61]*Ibidem*

[62]Pellegrino Rossi, *Traité de droit pénal*, Guillaumin et Cie (Paris), 4e ed**.** 1872, tome 1, p. 251. Ideea lui Montesquieu este reluată.

[63]Emmanuel Dreyer, *Droit pénal général*, Troisième édition. Paris: LexisNexis, 2014

[64] Din rațiuni de unitate logică, același drept (în acest caz, dreptul penal), trebuie să prevină și, în ultimă instanță, să pedepsească. El stabilește reguli (cu rol indicativ, nu normativ) și doar dreptul penal trebuie să reacționeze dacă aceste reguli nu sunt respectate. Este o unitate esențială care asigură celeritatea conștiinței sociale care își cultivă moralitatea prin respectarea legii. Se consideră de asemenea că este un element de claritate al dreptului penal. Normele sunt clare și se regăsesc în același loc, așadar este mult mai ușor pentru cetățeni să respecte legea.

judecător, există principiul legalității incriminării, care este urmat de principiul legalității sancțiunii.

Prezența echității în acest context relevă *funcția corectivă a dreptului penal pentru acțiunile indivizilor care comit infrancțiuni, echitatea* intervine în dreptul penal și în conținutul incriminărilor prin aplicarea dreptului, ca un corectiv, după ce infracțiunea a fost comisă. „Indiferent de ceea ce s-ar putea pretinde, funcția dreptului penal nu este de a interzice, de exemplu: omorul, furtul, avortul, interzicerile unor asemenea fapte intrând sub incidența moralității; pe când un juriu, sau Codul Penal repartizează pedepsele, fiecare primind pedeapsa pe care o merită[65]" însă în mod echitabil.

Echitate în individualizarea sancțiunilor apare atunci când se face referire la *justa* individualizare și calificare a infracțiunii. În fapt, echitatea se manifestă în sfera de aplicare practică a principiului legalității represiunii, unde *proporționalitatea* este unul dintre elementele indispensabile. În plus, pentru a beneficia de o justă aplicare a pedepsei, este necesar, în primul rând, un *avertisment clar și precis al legii*, pentru că excepțiile de la principiul libertății individuale trebuie stabilite în mod clar. Prin urmare, devine legitim să fie pedepsiți doar cei care nu respectă norma care trebuie, la rândul ei, să fie clară și precisă în conținutul legii.

În acest context, echitatea va impune întotdeauna *stabilirea de către lege a unei sancțiuni clare și precise*. Totodată, o sancțiune penală trebuie să respecte principii constituționale, precum: legalitatea incriminării şi legalitatea pedepselor, neretroactivitatea legii penale mai severe și aplicarea imediată a legii penale mai indulgente, personalizarea pedepselor, necesitatea și proporționalitatea, principiul individualizării pedepselor, precum și principiul egalității în fața legii. Dacă analizăm aceste reguli fundamentale, care se regăsesc în mare parte atât în dreptul penal substanțial român, cât şi în cel francez, ajungem la concluzia că ele nu au încă un principiu comun la care să se poată raporta şi care să fie cuprins în textul legii penale substanțiale, adică un principiu care să le includă, dar și să le justifice existența și rostul în sfera dreptului penal.

Sancțiunea penală este punctul central al dreptului penal, sensul atât practic, cât și filosofic al acestuia. Raportul dintre sancțiuni și respectarea drepturilor și libertăților

[65] M. Villey, *Philosophie du droit*, Dalloz, 2005 t.1, 1986, no. 40, p. 56

fundamentale este esenţial. Acesta trebuie să fie echitabil, dat fiind că pedeapsa este văzută ca un remediu care garantează coexistența între cetățeni, dar care le afectează, în același timp, drepturile și libertățile fundamentale. Paradoxul privitor la pedepse este că ele reprezintă, de fapt, un instrument care asigură pacea într-o societate ghidată de respectul regulilor și normelor sociale de coexistență, dar, în același timp, ele pot să fie aplicate și sub forma unui act de violență față de un individ. Legiuitorul intervine prin dreptul penal substanțial, iar judecătorul competent aplică legea într-o manieră echilibrată. Există obligația de a transpune această „violență" care se numește *pedeapsă* și de a conforma tehnica de pedepsire, regulilor de echitate.

Dacă ne referim la funcțiile clasice ale pedepsei, care „se manfiestă în jurul ideii conform căreia este vorba de a influența întregul corp social, sau de a schimba persoana vinovată de infracțiune,"[66] pedeapsa are atât funcții sociale, cât și funcții individuale. În ceea ce privește funcția socială, mai multe obiective diferite se manifestă, cum ar fi neutralizarea subiectului – primul obiectiv al pedepsei din punctul de vedere al funcției sociale. Primul obiectiv este neutralizarea subiectului: el se va afla în imposibilitatea de a repeta actul deviant, scopul fiind aplicarea unui tratament de excludere al delincventului din sfera socială pentru a se proteja societatea.[67] Pornind de la acest principiu, mai degrabă tehnic, a evoluat individualizarea după modelul utilitar,[68] care a generat, în cele din urmă, o politică de diminuare a pedepsei și nu de diminuare a numărului de infracțiuni, aşadar ideea principală este de a exista și promova pedepse mai puțin severe.[69] Această strategie este folosită și astăzi în cadrul politicii dreptului penal de a diminua progresiv cuantumul pedepselor.

Dacă încă este necesară o reflectare asupra neutralizării fenomenului infracţional, poate că nu ar fi de prisos conceperea unor norme care să cuprindă standarde de echitate, care să conțină criterii „echitabile" ale limitelor procesului de individualizare a pedepsei, cu scopul păstrării *echilibrului* pe care echitatea îl presupune, dar și pentru a nu se

[66] M.Villey,op.cit.p.14

[67] La originea ideii se află Protagoras, sofist grec care a respins caracterul vindicativ al pedepsei

[68] prevăzută inițial de Jeremy Bentham

[69] Spre exemplu, în Franța, procurorii au recurs la încadrarea ca fiind delicte a jafurilor armate, accentul este pus pe traficul de stupefiante (această faptăfiind clasificată drept crimă) în scopul aplicării unei pedeapse mai severe.

exagera această adaptare, ținându-se cont, bineînțeles, de personalitatea delincventului vizat, în mod concret.[70]

Intimidarea abstractă face și ea parte din funcțiile sociale ale pedepsei, acest lucru însemnând că pedeapsa are un efect descurajator asupra celorlalți membri ai societății, în special asupra potențialilor delincvenți. Raționamentul de bază este că *pedeapsa implică prevenirea săvârșirii de noi infracțiuni*. Această intimidare a avut defectele ei în trecut, cum ar fi pedepsirea pe nedrept cu moartea doar pentru a se oferi societății un exemplu. În prezent, păstrarea unui echilibru rațional între gravitatea infrancțiunii și sancțiune cu scopul de a se evita aplicarea unei pedepse neechitabile, este un obiectiv esențial pe care legiutorul și magistrații trebuie să îl aibă în vedere.

Ideea de echitate în raport cu sancțiunea penală vizează *o restabilire justă a echilibrului social prin aplicarea și executarea pedepsei*, dar făcându-se uz de sancțiuni într-o manieră echitabilă.[71]

În ceea ce privește etapa ulterioară aplicării pedepsei, există mai multe situații particulare care pot apărea. Spre exemplu, persoana căreia i se impune o pedeapsă ar putea să înțeleagă că acest lucru nu este unul într-atât de penibil şi grav, ci pedeapsa pe care o execută e percepută, de către această persoană, ca fiind o oportunitate de ameliorare a vieții cotidiene, dat fiind faptul că în închisoare, deținutului îi sunt asigurate mesele, televiziune și condiţii de cazare, el poate primi vizite din partea familiei și a prietenilor care îl tratează într-un mod privilegiat, având în vedere situația lui, etc.

Există o mulțime de delincvenți care se complac în situație, ei fiind departe de punctul în care, prin ducerea la bun sfârșit a unei pedepse, vor fi încurajați să aibă un comportament

[70] Din punctul nostru de vedere, acest lucru nu va genera o încărcare legislativă, ci doar o completare a legii penale materiale cu privire la individualizarea legală prin norme tehnico – etice și concrete care să conțină limite și care vor ajuta în mod concret magistrații să realizeze, dar şi să respecte mai bine funcțiile pedepsei, pentru că, practic, îi vor responsabiliza pe aceștia.

[71] Dat fiind faptul că o infracțiune tulbură ordinea socială, această fractură permite grupului dominant din societate să încrimineze penal atitudinea deviantă care a generat faptul și să sesizeze autoritățile judiciare pentru a obține o sancțiune. Aceasta este viziunea contractului social în conformitate cu care statul trebuie să asigure pacea socială prin punerea în executare a contractului social la care cetățeanul subscrie; cetățeanul renunță la o parte din libertățile sale în beneficiul colectivității și a interesului general, pentru a avea o viață liniștită. Dreptul de a pedepsi revine conducătorilor, scopul fiind acela de a asigura această pace generală; finalitatea pedepsei este de a oferi o garanție referitoare la tratarea justă a fecărui delincvent și de a conserva scoietatea umană și nivelul ei de civilizație.

mai bun și să procedeze mai corect în viață. Pe de altă parte, această atitudine poate apărea și din cauza rigorii din închisoare, care poate genera în rândul deținuților un sentiment de ură interioară față de societatea care i-a condamnat, aşadar, un veritabil risc de perturbare a personalității delincventului.

De mare însemnătate este și *funcția de reeducare* pe care pedeapsa o îndeplinește. Și această funcție este una individuală și intră în sfera moralității, formă a pedepsei clasice, lipsită însă de eficiență: individul trebuie să aibă mustrări de conștiință din cauza răului comis, ceea ce presupune ca el să recunoască infracțiunea săvârșită și să se căiască. Trinomul recunoaștere-căință-ispășire este cel care a dat naștere principiului proporționalității pedepsei, deoarece pedeapsa trebuie să fie direct proporțională cu greșeala.

Formele moderate de reeducare prin pedeapsă identificate de doctrină sunt: *redresarea socială*, aceasta având ca scop să penalizeze, dar și să ajute delincventul să își reia locul în comunitate; *readaptarea,* sau ghidarea condamnatului spre propria readaptare, în mod voluntar; *reintegrarea*, sau asigurarea condamnatului unui loc în comunitate, astfel, comunitatea se readaptează vechiului om care a ajuns delincvent; *resocializare*a sau „muncă de remodelare a individului social”[72]; „repersonalizarea”[73] și „reconcilierea delincventului cu societatea și a societății cu delincventul.”[74]

Pedepsele pot fi *personalizate* odată cu pronunțarea lor de către instanţa de judecată, sau odată cu executarea lor de către judecătorul delegat cu executarea pedepsei.[75] Acestor autorități, li s-au sporit puterile, în mod progresiv, pentru a li se permite să creeze o armonie între pedeapsă și situația delincventului, ceea ce le-a redus considerabil limitările privind aplicarea acestui principiu. Este vorba despre o eficientizare a individualizării pedepsei de la caz la caz, care uneori, se poate dovedi a fi în detrimentul echității formei de individualizare legale.

Constituţia României, prin art.1, alin (3) prevede că România este un stat de drept, democratic şi social (…) formă de organizare comună cu Franţa, a cărei lege fundamentală

[72] R. Merle, A.Vitu, *Traité de droit criminel*-Droit pénal général, Cujas, Paris, 2000, p. 122

[73] M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, Cujas, 3e Edition 1981, Paris, p.30

[74] *Idem*,p.31

[75] Individualizarea judiciară în momentul judecății și individualizarea judiciară postcondamnatorie

prevede tot în art.1 că aceasta este o Republică indivizibilă, laică, democratică şi socială. În ceea ce priveşte statul social şi democratic şi rolul pedepsei în acesta, este necesară evitarea posibilităţii ca pedeapsa să devină un instrument la discreţia clasei politice, astfel că, în exerciţiul dreptului statului de a-i pedepsi pe vinovaţi, nu trebuie să fie înlăturate garanţiile specfice unui stat de drept, acestea trebuind să depăşească limita formală şi să asigure o utilitate efectivă pentru cetăţeni. Din acest punct de vedere, nu vedem echitatea ca pe o garanţie a justiției absolute, sau ca pe un instrument al justiţiei absolute, ci mai degrabă ca pe un set de norme, sau un deziderat, care este necesar să guverneze modul de întrebuinţare a pedepsei în vederea obţinerii de rezultate juste. Astfel, pedeapsa retributivă impusă de un stat de drept este cu succes completată de exigenţele unei pedepse orientate spre finalităţi sociale juste.

În politica de individualizare a pedepselor, dreptul penal trebuie să limiteze intervenţionismul statal şi să combată, în acelaşi timp şi infracţionalitatea. Este protejat, astfel, individul de o represiune abuzivă a statului, în acelaşi timp, este protejată şi societatea de abuzurile individului-infractor. Echilibrul pe care îl presupune echitatea este astfel menţinut. Interesele statului trebuie concepute şi în favoarea individului şi ţinând cont de persoana acestuia. Din acest punct de vedere garanţiile nu sunt suficiente, atâta timp cât ele rămân formale şi vag consacrate de textele legale. Efectivitatea este redată prin principii ca cel al personalităţii răspunderii penale, cel al proporţionalităţii şi nu în ultimul rând de justa individualizare a sancţiunilor penale, a măsurilor de siguranţă şi a măsurilor educative. Echitatea se află în interdependenţă cu principiile fundamentale ale dreptului penal substanţial şi se manifestă prin umanizarea pedepselor, implicit prin căutarea echilibrului mult dorit între drepturile apărării şi *ius puniendi* al statului, aşadar între stat ca entitate şi individ, ca cetăţean al statului.

În consens cu dezideratul echității, pentru ca o persoană să poată fi sancţionată penal, aceasta trebuie să fie trasă la răspundere pentru faptele pe care le-a comis individual. *Per a contrario*, un individ nu poate fi sancţionat pentru fapte pe care nu le-a comis în lumina *principiului personalităţii pedepselor*, unul dintre principiile cheie în dreptul penal francez,

dar şi în dreptul penal român, pe care se pune accentul prin criterii din ce în ce mai complexe în procesul de individualizare.[76]

Mai mult, o persoană nu poate fi sancţionată pentru personalitatea sa mai mult, sau mai puţin impulsivă, ci doar pentru fapte concrete, conform principiului răspunderii pentru faptă. În acest sens, pentru a fi considerat vinovat, fapta trebuie să poată fi imputată autorului ei în lumina atribuirii culpei în sens strict, personal. Principiul răspunderii personale penale are la bază *respectul pentru demnitatea umană* într-un stat democratic, statul garantând că nu va aplica individului o pedeapsă dacă se conformează exigenţelor impuse de legi. Din acesta derivă principiul de proporţionalitate a pedepselor cu faptele comise. Conform doctrinei, principiul proporţionalităţii nu a fost elaborat pentru o preîntâmpinare a unei aplicări abuzive a pedepselor, deoarece pentru aceasta ar fi suficient principiul răspunderii penale personale, ci pentru a limita măsurile de siguranţă. Astfel, s-a impus acest principiu pentru a se evita ca măsurile de siguranţă să devină reale sancţiuni disproporţionat de grave în comparaţie cu utilitatea lor preventivă. În conformitate cu acest principiu, măsurile de siguranţă trebuie să fie proporţionale atât cu beneficiile sociale, cât şi cu gravitatea faptei comise şi cu probabilitatea ca autorul să comită alte fapte în viitor.[77]

Proporţionalitatea este, practic, o componentă a echităţii, iar scopul acesteia constă în împiedicarea unei aplicări abuzive a pedepselor. Individualizarea pedepselor are la bază principiul constituţional al *proporţionalităţii restrângerii drepturilor fundamentale* prevăzut de art.53 din Constituţia României si de art.18 al Convenţiei Europene a Drepturilor Omului, însă diferenţa dintre această consacrare indirectă şi oarecum abstractă, în viziunea noastră, şi o reglementare *in concreto* a principiului proporţionalităţii sancţiunilor penale cu faptele este evidentă. Putem vorbi despre echitate atunci când legea conferă o protecţie efectivă drepturilor fundamentale. În fond, este vorba despre respectarea cerinţei previzibilităţii legii penale, precum şi despre cerinţa clarităţii acesteia, astfel încât individul să fie conştient de posibilele consecinţe ale faptelor sale şi de tratamentul sancţionator care îi va fi aplicat dacă se abate de la norme.

[76]Vom vedea în partea specifică drepului penal francez, prevederile *Legii Taubira* din 15 august 2014 în ceea ce priveşte politica de adaptare a pedepselor, care are la bază principiul personalităţii sancţiunii penale şi politica umanizării acestora.

[77] Cristina Rotaru, *Fundamentul pedepsei.Teorii moderne*, Ed.C.H.Beck, Bucureşti 2006, p.322

Instituţii, principii şi valori fundamentale ca individualizarea sancţiunilor penale, a măsurilor educative şi a măsurilor de siguranţă, precum şi proporţionalitatea sancţiunii penale cu fapta, vor fi analizate atât în dreptul penal român, cât şi în dreptul penal francez în cuprinsul primei părţi. Vom identifica legătura dintre echitate şi aceste principii şi noţiuni. De asemenea vom contura în final şi ideea enunţării în dreptul penal substanţial a conceptului de echitate şi a unei interpretări a acestuia, prin reglementarea principiului echităţii în dreptul penal substanţial român şi francez, ea fiind deja valabilă în dreptul procesual penal al ambelor state.

Capitolul 1. Echitatea şi individualizarea sancţiunilor penale

Secţiune 1. Echitatea şi individualizarea pedepsei

Dezideratul unei juste individualizări a sancţiunii penale, este realizabil în măsura în care echitatea este noţiunea cheie ce se impune a fi respectată. Aceasta se regăseşte în principiul legalităţii pedespelor şi a incriminării, sau în exigenţele de calitate şi claritate, nu numai a legilor penale, dar şi a deciziilor instanţelor judecătoreşti, pentru că, în fond, se caută corectitudinea în activitatea de pedepsire.

Echitatea ţine de esenţa acestor principii şi cerinţe calitative ale dreptului penal substanţial, ea fiind piedestalul principiilor fundamentale ale dreptului penal şi procesual penal, din ea izvorăşte *de facto* justiţia. Respectarea regulilor şi principiilor fundamentale este indispensabilă unei condamnări finale echitabile.

În egală măsură, claritatea, precizia şi previzibilitatea legilor determină justa lor aplicare. Aceste exigenţe există atât în dreptul penal român, cât şi în cel francez. Decizia instanţei trebuie să înlăture îndoielile ce ar putea rămâne în ceea ce priveşte interpretarea normelor penale, în acelaşi timp să ţină cont de evoluţia practicii cotidiene, rezultatul trebuind să fie unul rezonabil, în acord cu substanţa infracţiunii, dar şi previzibil.[78]

[78] A se vedea C.E.D.O., *Dragotoniu şi Militaru-Pidhorni c.România*, publicată în M.Of.nr.420 din 23 iunie 2010, unde prin considerentele §36-37, – „Curtea a constatat deja că din cauza principiului generalităţii legilor, conţinutul acestora nu poate prezenta o precizie absolută. Una din tehnicile tip de reglementare constă în recurgerea mai degrabă la categorii generale decât la liste exhaustive. De asemenea numeroase legi se folosesc de eficacitatea formulelor mai mult sau mai puţin vagi, pentru a evita o rigiditate excesivă şi a se putea adapta la schimbările de situaţie. Interpretarea şi aplicarea unor asemenea texte depinde de practică. Funcţia decizională acordată instanţelor serveşte tocmai pentru a îndepărta îndoielile ce ar putea exista în privinţa interpretării

Un exemplu recent de jurisprudenţă naţională în acest sens este Decizia nr.405 din 15 iunie 2016 a Curţii Constituţionale[79] referitoare la excepţia de neconstituţionalitate a dispoziţiilor art.246 din Codul penal român din 1969, ale art.297 alin.(1) din Codul penal român şi ale art.132 din Legea nr.78/2000 pentru prevenirea, descoperirea şi sancţionarea faptelor de corupţie. Curtea constată că „termenul „defectuos" nu este definit în Codul penal şi nici nu este precizat elementul în legătură cu care defectuozitatea este analizată, ceea ce determină *lipsa de claritate şi previzibilitate a acestuia*. Această lipsă de claritate, precizie şi previzibilitate a sintagmei „îndeplineşte în mod defectuos" din cadrul dispoziţiilor criticate creează premisa aplicării acestora ca rezultat al unor interpretări sau aprecieri arbitrare şi deci încalcă *echitatea justiţiei penale*. "[80] „Având în vedere aceste aspecte, precum şi faptul că persoana care are calitatea de funcţionar în sensul legii penale trebuie să poată determina, fără echivoc care este comportamentul ce poate avea semnificaţie penală, Curtea a constatat că sintagma „îndeplineşte în mod defectuos" din cuprinsul dispoziţiilor art.246 alin.(1) din Codul penal din 1969 şi ale art.297 alin.(1) din Codul penal nu poate fi interpretată decât în sensul că îndeplinirea atribuţiilor de serviciu se realizează „prin încălcarea legii". Aceasta fiind singura interpretare care poate determina compatibilitatea normelor penale criticate cu dispoziţiile constituţionale referitoare la *claritatea şi previzibilitatea legii*."[81]

Un alt exemplu recent de jurisprudenţă a Curţii Constituţionale cu privire la claritatea şi previzibilitatea legii penale, este invocarea excepţiei de neconstituţionalitate a sintagmei "alte foloase" în cazul infracţiunii de trafic de influenţă. Critica vizează noţiunea de „alte foloase" în sensul că este lipsită de claritate şi previzibilitate, atât timp cât nu este precizat dacă foloasele sunt necuvenite, observând, prin comparaţie, norma de incriminare a infracţiunii de luare de mită, în care, alături de expresia „alte foloase", se regăseşte sintagma „care nu i se cuvin".[82]Instanţa constituţională a respins excepţia de neconstituţionalitate

---

normelor, ţinând cont de evoluţiile practicii cotidiene, cu condiţia ca rezultatul să fie coerent cu substanţa infracţiunii şi evident previzibilă"

[79] Publicată în M. Of.nr. 517 din 8 iulie 2016

[80] Pentru a se consulta textul complet al deciziei: https://www.ccr.ro/files/products/decizia_405.pdf, consultat la 18.07.2016

[81]Motivarea Curţii Constituţionale privind (ne)constituţionalitatea abuzului în serviciu, 7 iulie 2016, disponibilă pe https://www.ccr.ro, consultată la 18.07.2016

[82]*Decizia Curţii.Constituţionale. nr. 489/2016*, publicată în M.Of. nr.661 din 29 august 2016, consultată la 30.08.2016

aducând argumente conform cărora: "potrivit doctrinei, după expresia „alte foloase" nu a fost necesar să se adauge cuvintele „care nu i se cuvin" (ca în textul art. 254 din Codul penal din 1969, referitor la luarea de mită) sau cuvântul „necuvenite" (ca în denumirea marginală a infracţiunii de primire de foloase necuvenite din art. 256 din Codul penal din 1969), deoarece în cazul infracţiunii de trafic de influenţă folosul este întotdeauna necuvenit, nefiind de conceput ca unei persoane particulare să i se cuvină o retribuţie legală pentru intervenţia sa (reală sau presupusă) pe lângă un funcţionar ori alt salariat în scopul ca acesta să facă sau să nu facă un act ce intră în atribuţiile sale (să îndeplinească, să nu îndeplinească, să urgenteze ori să întârzie îndeplinirea unui act ce intră în îndatoririle sale de serviciu sau să îndeplinească un act contrar acestor îndatoriri, potrivit art. 291 din actualul Cod penal). Curtea observă că doctrina şi practica judiciară sunt constante în a reţine că pentru existenţa infracţiunii de trafic de influenţă nu are relevanţă dacă pretinderea folosului a fost satisfăcută, nici dacă acceptarea promisiunii unor foloase a fost urmată de prestarea acestora, nu interesează dacă intervenţia pe lângă un funcţionar sau alt salariat s-a produs sau nu, nici dacă prin intervenţie (reală sau presupusă) se urmăreşte determinarea unei acţiuni licite (efectuarea corectă de către un funcţionar sau alt salariat a unui act ce intră în atribuţiile sale de serviciu) sau a unei acţiuni ilicite (efectuarea incorectă a actului) ori determinarea unei inacţiuni licite (abţinerea de la efectuarea unui act abuziv) sau a unei inacţiuni ilicite (neîndeplinirea unei îndatoriri de serviciu), de vreme ce dezaprobarea exprimată prin incriminarea faptei de trafic de influenţă priveşte scopul urmărit de infractor, nu ca un rezultat, ci ca o caracterizare a acţiunii de traficare a influenţei reale sau presupuse."[83]

În dreptul francez noţiunea de pedeapsă a fost destul de puţin studiată prin prisma unei abordări *lato sensu*. Doctrina s-a limitat la dezbateri cu privire la necesitatea abolirii pedepsei cu moartea, de asemnea, magistraţii au realizat faptul că instituţia juraţilor[84] era fragilă şi instabilă în ceea ce privea severitatea represiunii penale, dar şi faptul că pentru un judecător era realmente complicat să condamne definitiv un om.

De asemenea, au existat dezbateri asupra pedepsei privative de libertate, mai exact asupra impactului psihic al acesteia asupra delincvenţilor cărora li se aplică, sau asupra altor

[83] *Ibidem*

[84]Instituţia există în sistemul procesual penal francez şi considerăm că ar fi potrivită o transpunere şi în tabloul sistemului penal român, deoarece s-ar diminua astfel riscul la arbitrariu, marja de eroare în condamnări ar putea fi diminuată, la rândul său.

subiecte precum legitimitatea puterii celui care condamnă şi faptul că judecătorul nu trebuie să aprecieze singur atunci când judecă, ci acesta trebuie să facă parte dintr-un *organ colegial,* astfel încât drepturile şi libertăţile individului să fie respectate pe deplin. Apoi au fost dezbătute aşa numitele *teorii ale omului născut delincvent*[85], în care, în tendinţa de a privi politica penală ca pe un model, judecătorii erau obligaţi să motiveze alegerea pedepsei. În final ideea era că modelul abstract nu trebuie să fie şi cel aplicat *per se* în practică, ci ca o teorie explicativă şi justificativă a politicii criminale.

Doctrina juridică franceză a evoluat din sfera rigidă a pedepsei cu executare a închisorii şi a propus un ansamblu de sancţiuni penale, denumit : *ansamblul măsurilor aplicabile delincvenţilor*, fiind incluse printre acestea şi măsurile preventive.[86]Este vorba despre o definire teoretică a pedepsei penale, o versiune *in abstracto* a ceea ce aceasta ar trebui să fie, concepţii morale, reguli şi norme ca cea a justei individualizări prin proporţionalitate, deci o pedeapsă cât mai apropiată de personalitatea delincventului, dar şi conformă gravităţii faptei pe care acesta comis-o. Judecătorul va trebui să aplice o anumită sancţiune prevăzută de lege cu condiţia ca decizia acestuia să fie încadrată de limitele legale, el fixează un cuantum al pedepsei care, la rândul său, trebuie să fie prevăzut de lege. Este vorba despre principiul legalităţii, prevăzut iniţial de art. 8 al Declaraţiei Drepturilor Omului şi Cetăţeanului[87]

În conformitate cu jurisprudența Consiliului Constituțional francez : "este necesar ca legiuitorul să definească infracțiunile în termeni suficient de clari și de precişi pentru a se exclude arbitrariul "[88]. De asemenea, Consiliul Constituțional francez statează, prin prisma aceluiaşi principiu al legalităţii, şi pe cel al *interpretării stricte a dispoziţiilor penale*[89]. În cele din urmă, Consiliul a considerat că rezultă din cuprinsul articolelor 8 şi 9 din Declarație

[85]Teoria lui Cesare Lombrosso, nefiind o teorie raţională, a avut totuşi succes în timpurile respective, în diverse ţări

[86]Vom analiza ulterior situaţia particulară a măsurilor de siguranţă aplicabile în caz de atenuare legală a sancţiunii specifică bolnavilor psihic în dreptul francez

[87] Conform căruia : „Legea nu trebuie să stabilească decât pedepse strict și evident necesare și nimeni nu poate fi pedepsit decât în virtutea unei legi stabilite și promulgate anterior delictului și aplicată legal.”

[88] Decizia Cons.Const., n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, “loi Sécurité et liberté“ disponibilă pe www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1981/80127dc.htm, consultată la 12.10.2015

[89] Decizia Cons.Const., n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, disponibilă pe http://www.conseil-constitutionnel.fr/, consultată la 12.10.2015

că " definiția unei infracțiuni trebuie să includă, pe lângă latura materială a infracțiunii şi elementul mental-volitiv - subiectiv, intenționat sau nu, cu privire la aceasta".[90] Toate acestea pentru că, în fapt, nu ar trebui să se abandoneze în totalitate în mâinile judecătorului atât prerogativa de a identifica comportamentul infracţional cât și cea de a-i alege pedeapsa. Acesta este de fapt motivul pentru care jurisprudența și doctrina franceză subliniază importanța preciziei și clarităţii textului legislativ.

Spre exemplu, Consiliul Constituţional impune definirea infracţiunilor în textele de lege în termeni *clari şi concişi.*[91]Fiecare comportament incriminat, trebuie să fie imediat identificabil, *textele de lege nu ar trebui să genereze nici o îndoială*.[92]

Legătura acestor exigenţe cu echitatea este redată prin faptul că legea penală trebuie să fie precisă, o infracțiune definită într-un mod prea general, nu este "tratată" suficient de textul legii penale, nefiind în concordanţă cu standardele echităţii deoarece aceasta nu beneficiază de claritate, iar prevederea legală va permite astfel judecătorului să extindă, prin interpretarea sa, posibilităţile în care poate fi comisă o infracțiune, cu condiția existenţei aceluiaşi rezultat final.

Nu ne putem baza pe imaginația unui singur om al legii, chiar dacă acesta are calitatea de judecător, pentru că el este o ființă umană, prin urmare, există riscul imprevizibilităţii, care ar putea pune în pericol drepturile echitabile la apărare. Echilibrul este în fapt cel care poate fi afectat într-o asemenea situaţie de *lipsă de claritate a legii penale*.

În egală măsură, este prevăzută în dreptul penal substanţial francez exigenţa implicită a *previzibilităţii legii*, aceasta neputând să *pedepsească fără a avertiza în prealabil*. Având în vedere acest aspect, legea trebuie să fie precisă, pentru a putea legitima o incriminare în temeiul principiului legalității, dar neajunsul este acela că incriminarea nu va putea fi niciodată pe deplin precisă, în această situație este recomandată existenţa a cel puțin unor

[90] Decizia Cons.Const, n° 99-411 DC du 16 juin 1999 disponibilă pe http://www.conseil-constitutionnel.fr/, consultată la 12.10.2015

[91] Decizia Cons.Const., 3 dec.2010, n° 2010-73 QPC – Invocarea unei chestiuni prioritare de constituţionalitate, *Zeturf,* §10.Cons. Const. dec 3 sept.1986 № 86-213 DC, "Loi relative à la lutte contre le terrorisme", §6 disponibilă pe http://www.conseil-constitutionnel.fr/, consultată la 12.10.2015

[92] A.Vitu, *Droit pénal spécial*, Cujas 1981, p.18, № 502

criterii, sau o scară a gradului de gravitate a faptelor. Aceste elemente există în individualizarea legală, prin prevederea faptelor penale și a pedepselor aferente.[93]

În plus, imperativul preciziei legii penale reprezintă un mijloc de impunere a respectării drepturilor la apărare. Echitatea intervine, în momentul în care există un echivoc și o acuzare este efectuată în termeni vagi, tocmai prin intermediul acestui *imperativ de claritate a legii*, care, dacă este respectat nu va permite dezechilibrul dintre garanţia drepturilor la apărare şi puterea statului de a pedepsi.

Prin limitele pe care le prevede, legea nu permite ca persoana care a comis o infracțiune să fie tratată nedrept. Prin această delimitare concretă a limitelor infracţiunilor, legiuitorul a oferit o soluţie echitabilă pentru cei care îşi exercită dreptul la apărare în cunoștință de cauză. Legea trebuie să conțină, în sine, corectitudinea, ceea ce presupune ca aceasta să fie clară și precisă, astfel încât să nu genereze un dezechilibru pentru cei implicați în procesul penal.

Morala, ca o componentă *sine qua non* a echităţii relevă următoarea regulă: legiuitorul unui stat nu trebuie să prevadă legi prea rigide şi nici absolute. Claritatea şi precizia legii sunt caracteristici echitabile, însă o lege absolută vine în contradicţie cu standardele justului, pentru că actorii raportului penal de conflict sunt şi vor fi mereu diferiţi, de asemenea și circumstanțele particulare ale faptelor. Din acest punct de vedere, echitatea este adaptabilă şi evolutivă.

Principiul legalităţii presupune respectarea a două reguli în operaţiunea de individualizare a pedepsei. Cea dintâi implică aplicarea unei pedepse prevăzute de lege (legalitatea incriminării) şi cea de-a doua implică neutilizarea retroactivă a unor dispoziţii legale. Cea de pe urmă fiind însă aplicată în mod temperat în dreptul penal deoarece există excepţia prevăzută de principiul respectării şi garantării drepturilor apărării, o interpretare penală a legii în favoarea acuzatului prin retroactivitatea *in mitius,*[94] care are ca fundamente

[93] Se ţine cont de formele de intenţie şi culpă, astfel legiuitorul francez face diferența între o infracţiune intenționată și neintenționată iar, legea face diferenţierea între mijloacele folosite pentru comiterea infracțiunii, etc.

[94] A se vedea Partea a doua, Cap.II, Secţiune 1, a prezentei lucrări, unde este tratat principiul retroactivităţii *in mitius*

tehnice principiul necesităţii consacrat constitutional în Franţa, şi consideraţii umanitare, aşadar, echitabile.

In extenso, în dreptul penal francez, calificarea de pedeapsă în sens penal a fost conferită amenzilor administrative,[95] fiscale[96]şi măsurii de reţinere, căreia i-a fost cumulată o amendă vamală.[97]Conform acestei logici punitive, directorul unei administrații penitenciare este justificat în decizia sa de a aplica zile suplimentare de detenție pentru un deținut care a comis violență în instituție.[98] Raţionamentul este următorul: nu contează organele care pronunţă aceste sancțiuni, deoarece putem observa cu uşurinţă faptul că a fost recunoscută o autoritate de sancționare unor diverse instituţii administrative, dar există riscul de a se evita cu uşurinţă respectarea garanțiilor prevăzute în dreptul penal şi generarea unei situații inechitabile pentru cei care suportă consecinţele. Raportat la principiul egalității armelor, aceasta nu este o situaţie justă în contextul unei societăți democratice.

Deşi este adevărat că morala şi echitatea reprezintă *ratio* a legislatorului, credem că ar fi potrivtă o iniţiativă a legiuitorului prin care să se enunţe echitatea ca principiu fundamental al dreptului penal substanţial şi/sau a unor *norme de echitate* care să constituie practic suportul celorlalte principii ale dreptului penal substanţial, atât român, cât şi francez. Este vorba despre o restrucurare a principiilor fundamentale ale dreptului penal substanțial, prin prisma moralei. Ideea este aceea a unei eventuale iniţiative a legiuitorului în sensul de a se stabili de către legiuitor că echitatea este fundament al actului de justiţie, punct de pornire în activitatea de înfăptuire a justiţiei penale şi standard în stabilirea limitelor pedepselor. Această iniţiativă nu ar fi una dificilă în dreptul penal substanţial francez, având în vedere curentele de gândire juridică, istorică şi evoluţia dreptului şi a politicii penale franceze, care sunt cu preponderenţă orientate spre caracterul umanitar şi moral al sancţionării penale, având ca scop aşa numita umanizare progresivă a pedepselor, precum vom observa în analiza ulterioară a instituţiilor în care am identificat echitatea în dreptul penal francez.

[95] C.E.D.O, 26 sept.2000, *Guisset c/France* § 59 disponibilă pe hudoc.echr.coe.int/, consultată la 27.10.2015

[96] C.E.D.O. 2 juill.2002, *Goktan c/France* § 52 disponibilă pe hudoc.echr.coe.int/, consultată la 27.10.2015

[97] C.E.D.O.,8 juin 1995, *Jamil c/France*, § 33 disponibilă pe hudoc.echr.coe.int/, consultată la 27.10.2015

[98] C.E.D.O, Gde ch., 9 oct. 2003. *Ezeh et Connors c/RU*, § 124 disponibilă pe hudoc.echr.coe.int/, consultată la 27.10.2015

Aceeaşi constatare se impune şi în dreptul penal român, mai ales în contextul în care se pune din ce în ce mai mult accent pe politica umanizării tratamentului sancţionator şi pe reglementări clare şi concise ale criteriilor prin care se determină, spre exemplu, limitele de pedeapsă a fiecărei infracţiuni în parte.

Revenind la claritatea şi previzibilitatea textului de lege, în dreptul român, Legea nr.24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, republicată şi modificată,[99] prin art. său 36 statuează că: „actele normative trebuie redactate într-un limbaj şi stil juridic specific normativ, concis, sobru, clar şi precis, care să excludă orice echivoc, cu respectarea regulilor gramaticale şi de ortografie. Este interzisă folosirea neologismelor, dacă există un sinonim de largă răspândire în limba română, iar dacă se impune folosirea unei expresii străine, este necesară alăturarea, după caz a corespondentului în limba română. Termenii de specialitate vor fi utilizaţi numai dacă sunt consacraţi în domeniul de activitate la care se referă reglementarea. Redactarea textelor se face prin folosirea cuvintelor în înţelesul lor curent din limba română modernă, cu evitarea regionalismelor. Redactarea este subordonată dezideratului înţelegerii cu uşurinţă a textului de către destinatarii acestuia."

Legea, atât în sensul său de *drept de origine legislativă şi jurisprudenţială*, cât şi de *text de lege*, implică, în mod necesar, condiţiile previzibilităţii şi accesibilităţii, iar individualizarea legală a sancţiunilor penale se regăseşte în plan principal atunci când obiectivul este o reacţie eficientă, combativă, preventivă, dar şi cu rol educativ din partea societăţii, care, prin organele sale abilitate, îşi sancţionează membrii atunci când aceştia se abat de la normele de convieţuire socială şi generează consecinţe mai mult, sau mai puţin grave, cu incidenţă în sfera penală.

[99] Republicată în M.Of nr.260 din 21 aprilie 2010

A. Echitatea şi individualizarea pedepsei în dreptul penal român

A.a) Aspecte generale

În analiza instituţiei pedepsei considerăm foarte importantă cerinţa ca aceasta să fie în deplină concordanţă cu aspiraţiile şi idealurile statului social, democratic şi de drept, la fel, necesitatea ca ea să fie una adecvată, atât contextului în care fapta a fost comisă, personalităţii celui care a comis infracţiunea, iar, din punct de vedere obiectiv, cadrului social, istoric şi nu în ultimul rând, setului de valori considerate ca fiind cele mai importante la momentul săvârşirii infracţiunii. Practic, concordanţa deplină a pedepsei cu realitatea socială în care s-a comis infracţiunea determină un echilibru între puterea statului de a pedepsi şi drepturile apărării, conform specificului vremurilor. Când există această concordanţă este atins şi menţinut echilibrul social, iar justiţia penală este echitabilă.

Dacă în trecut legea Talionului şi alte legi prevedeau pedepse de neimaginat care totuşi păreau fireşti în cotextul istoric dat, astăzi, prin prisma criteriului de proporţionalitate, pedeapsa are ca obiectiv principal resocializarea condamnaţilor, recuperarea lor socială. Problema justificării pedepsei în fiecare caz şi limitele pedepselor sunt aspecte ce ţin de legitimitatea externă a pedepsei, interesează fundamental acesteia.[100]

Individualizarea presupune trei părţi, sau etape: determinarea de către legiuitor a tipului şi cuantumului pedepsei pentru fiecare delict în parte; determinarea de către judecător a naturii şi măsurii pedepsei pentru fiecare delict concret şi determinarea, în etapa executării pedepselor, a unei pedepse efective ce urmează a fi aplicată. Aceste etape sunt ceea ce majoritatea doctrinei numeşte: individualizarea legală, individualizarea judiciară şi individualizarea postcondamnatorie.

S-a constatat deja că literatura în domeniul individualizării judiciare este una abundentă, în timp ce problematica individualizării legale a cantităţii şi calităţii pedepselor este aproape inexistentă. Epoca iluminiştilor a deschis dezbaterea cu privire la legiferarea sancţiunilor penale, aceasta fiind epoca de maxim apogeu al acestei instituţii, care, din păcate, ulterior nu a mai fost una din preocupările culturii penaliste.[101]

---

[100] C. Rotaru, op.cit. p.323

[101] L. Ferrajoli, *Derecho y razon-Teoria del garantisimo penal*,Ed.Trotta, Madrid 1997, p.399

Prin prezenta lucrare susţinem şi atragem atenţia că individualizarea legală este cea mai importantă componentă a justiţiei penale. Este, prin urmare, imperativ ca aceasta să respecte standardele echităţii. Cu alte cuvinte, practic, fundamentul pedepsei se cere să se bazeze pe un raţionament echitabil, să se ghideze după standardele de echitate. Problema gravităţii delictului, deşi nu pare, este una delicată şi abstractă, pentru că nu există o formula concretă şi fixă de stabilire a pericolului social. Avem ca exemplu variaţia şi complexitatea în timp şi în spaţiu a sancţiunilor penale aplicate pentru acelaşi delict.

Având în vedere faptul că sistemele de drept sunt diferite, se apreciază diferit gravitatea abstractă a pericolului social, nu în ultimul rând, există o legătură interdependentă şi cu perioada istorică şi comunitatea la care se raportează fapta. Astfel că doctrina a stabilit două criterii în conformitate cu care se stabileşte gravitatea abstractă a unui delict, cel *obiectiv*, care măsoară pedeapsa în raport cu rezultatul produs şi cel *subiectiv*, care stabileşte pedeapsa în funcţie de gradul de vinovăţie al celui condamnat.[102] Ambele criterii au ca fundament *opţiunea de valori*. Cu toate acestea, considerăm că echitatea este cea care trebuie să stea la baza procesului de selectare a acestor valori, deoarece opţiunea de valori trebuie să se efectueze în mod echitabil. În fapt, valorile unei societăţi determină gradul de echitabilitate al dreptului şi al justiţiei sale la un moment dat. Se impune, în consecinţă, ca la baza activităţii normative, să existe raţiuni ca: „este echitabilă, sau nu, sancţiunea în raport cu împrejurările obiective şi subiective ale cazului dat ? ”, sau „cât de echitabil ar fi să se dispună o sancţiune penală principală, accesorie, complementară, în raport cu specificul situaţiei şi cu importanţa valorii sociale afectate, precum şi modul în care a fost afectată valoarea ? ” şi altele.

România şi Franţa sunt state sociale, democratice şi de drept, astfel că, atunci când se are în vedere individualizarea legală a pedepsei se aplică atât criterii subiective, cât şi obiective, iar standardele de echitate nu sunt greu de atins în teorie. Importanţa fiecăruia dintre cele două criterii de stabilire a gravităţii abstracte a delictelor este vădită atunci când se stabileşte cuantumul pedepselor, de asemenea vom vedea că diferă abordarea minimului şi maximului special pentru fiecare delict. Pedeapsa este cuantificabilă, delictul nu este, însă consecinţele acestuia pot fi evaluate într-o oarecare măsură şi deci pot determina o pedeapsă adecvată alături de studiul personalităţii delincventului, studiu ce ţine de sfera

[102] C. Rotaru op.cit. p.324

individualizării judiciare şi de echitatea subiectivă din mâinile judecătorilor care efectuează această individualizare.

Rudolf von Jhering afirma, cu privire la individualizarea legală, că : „ tariful pedepselor este de fapt *suma valorilor ocrotite*, iar scala pedepselor indică *scala valorilor ocrotite* într-un moment istoric dat şi într-o societate anume, mai mult decât autoritarismul, toleranţa, umanitatea. ”[103]

Dacă întreaga doctrină europeană a fost de părere că severitatea pedepselor trebuie gradată în funcţie de gravitatea delictelor, relevant a fi amintit în acest context este şi modelul de *sentencing* – ghidul de gradare a pedepselor creat încă din anii 1980 în Minnesota, în care pedepsele erau redate într-un grafic ce conţinea delictele pe axă verticală, iar pe axa orizontală antecedentele penale. Astfel, pentru fiecare delict era prevăzut un timp determinat de închisoare în funcţie de antecedentele penale ale individului. Totodată, acel grafic mai conţinea o diagonală care stabilea demarcaţia interioară-exterioară, adică ce delict va fi sancţionat cu pedeapsa închisorii şi ce alt delict va fi sancţionat cu un alt tip de pedeapsă.[104]Specificul sistemului american penal este cel al liniilor directoare, care, în fond, stabilesc, pentru fiecare faptă penală, o pedeapsă presupusă adecvată, iar judecătorii sunt obligaţi să o aplice, numai în măsura în care nu o sporesc, sau nu o reduc în funcţie de circumstanţele agravante, sau atenuante incidente. Durata pedepsei se determină în concret în funcţie de două criterii : gravitatea faptei şi antecedentele penale ale făptuitorului, judecătorii americani fiind în această manieră limitaţi în puterea lor de apreciere. Acest sistem asigură *egalitatea de tratament* între autorii aceleiaşi infracţiuni comise în aceleaşi condiţii, aşadar, am putea spune, *echitatea în justiţia penală americană*.

Codul penal al Republicii Socialiste România din 1968, sau vechiul Cod penal român, prevedea în cuprinsul art.72 că “la stabilirea şi aplicarea pedepselor se ţine seama de dispoziţiile părţii generale a acestui cod, de limitele de pedeapsă fixate în partea specială, de gradul de pericol social al faptei săvârşite, de persoana infractorului şi de împrejurările care atenuează sau agravează răspunderea penală. Când pentru infracţiunea săvârşită legea prevede pedepse alternative, se ţine seama de dispoziţiile alineatului precedent atât pentru alegerea uneia dintre pedepsele alternative, cât şi pentru proporţionalizarea

[103]Rudolf Von Ihering, *Lupta pentru drept, apud* L. Ferrajoli, *Derecho y razon-Teoria del garantisimo penal*,Ed.Trotta, Madrid 1997, p.402

[104] C. Rotaru, op. cit.p.324

acesteia."[105]Actualul Cod penal român a renunţat la specificarea expresă a criteriilor de individualizare a dispoziţiilor Părţii generale şi Părţii speciale. În egală măsură a renunţat şi la specificarea cauzelor atenuante şi agravante ale răspunderii penale, deoarece acestea conduc la stabilirea limitelor între care se va face individualizarea judiciară şi beneficiază de reglementări specifice, lucru care nu îi permite judecătorului să aibă în vedere numai criteriile generale de individualizare, fără o analiză prealabilă a dispoziţiilor părţilor Codului penal, generală şi specială pentru a evalua limitele generale şi speciale ale pedepsei, precum şi cauzele de atenuare şi agravare a pedepsei. Criteriile generale prevăzute de Codul penal constituie orientări obligatorii pentru judecător, nerespectarea lor atrăgând pedepsiri disproporţionate, ce pot fi cenzurate în căile de atac de către instanţele competente.[106]Cu toate acestea, în literatura de specialitate s-a exprimat dezacordul faţă de formularea analitică, imprecisă şi incompletă a actualului Cod penal român, formula clară şi sintetică anterioară din Codul penal din 1968 fiind şi în opinia noastră, una mai echitabilă faţă de justiţiabili.[107]

Actualul Cod penal extinde criteriile generale de individualizare a pedepsei astfel încât judecătorul poate face o apreciere mai clară asupra nivelului de gravitate al infracţiunii, dar şi asupra periculozităţii individului care a comis-o.[108]

Revenind la ideea conform căreia este necesar a se reglementa un principiu al proporţionalităţii pedepsei cu infracţiunea în urma căreia se aplică, nu putem să nu ne gândim la raportul dintre cele două criterii de individualizare judiciară, cel al pericolului social al faptei şi cel al personalităţii infractorului. Se pune problema raportului dintre acestea, sau, mai bine spus, care din cele două ar trebui să fie adus în prim plan, astfel încât echitatea obiectivă să domine în justiţia penală. Dacă aducem în prim plan criteriul pericolului social, se riscă neglijarea funcţiei de reeducare şi reintegrare socială pe care o are pedeapsa, totodată, dacă se procedează vice-versa, se riscă subiectvizarea justiţiei penale şi ignorarea valorilor morale sociale care se cer a fi protejate prin dreptul penal. Aşadar cele două criterii necesită un echilibru şi anumite proporţionări, precum şi o grilă de

[105] *Codul penal al Republicii Socialiste România, Titlul III.Pedepse, Cap.V. Individualizarea pedepselor*, Buletin Oficial nr.79bis din 21 iunie 1968

[106] Viorel Paşca, op.cit. p.543

[107] G.Antoniu, *Observaţii cu privire la anteproiectul unui al doilea nou Cod penal (I)* R.D.P. nr.4/2007

[108] *Ibidem*

valori sociale care să ajute la o mai bună individualizare judiciară. Concepţia vechiului Cod penal român era orientată cu desăvârşire spre criteriul pericolului social.

Pentru ca echitatea să fie realizată, se cere luarea în considerare în egală măsură a celor două criterii, fără a se neglijarea, însă, rolul moralizator al pedepsei.

Aşadar echitatea obiectivă o putem găsi acolo unde se determină pericolul concret în funcţie de caracteristicile faptei, iar echitatea subiectivă, acolo unde intervin criteriile de apreciere a personalităţii celui care a comis fapta. Important este însă echilibrul dintre cele două criterii. Dacă judecătorii s-ar orienta cu prioritate strict după faptă, analizând pericolul social concret al acesteia şi abia apoi şi celelalte criterii subiective, ar însemna ca pedeapsa să se transforme într-o ripostă a societăţii şi abia apoi o traducere a personalităţii celui care a comis-o.[109] Cele două criterii trebuie avute în vedere simultan şi cumulativ. Doctrina[110] invocă exemplul individualizării judiciare în cazurile de corupţie, unde pedepsele aplicate nu transpun criteriul dominant al analizei pericolului social concret, judecătorii procedează la aplicarea sancţiunii din punct de vedere al infractorului, folosind criteriul personalităţii pentru a pronunţa pedepse orientate spre minim, sau cu suspendare. În mod inechitabil este vorba despre o apreciere *in favorem* pe care instanţa o acordă, prin discriminare pozitivă, inculpatului care are un anumit statut social, sau o solidaritate cu categoriile sociale apropiate cu cele din care face parte judecătorul, cum ar fi alţi magistraţi, poliţişti, etc.[111] Din acest punct de vedere se riscă încălcarea dezideratului echităţii, deoarece judecătorul nu dă dovadă de imparţialitate.

A.b) Principiul proporționalității restrângerii drepturilor fundamentale, garanţie a echităţii în individualizarea legală a pedepsei

Conform unor autori,[112] este extrem de importantă viziunea asupra pedepsei prin raportarea la esenţa, funcţiile şi scopul ei, pentru că numai raportat la o astfel de înţelegere, magistratul poate aplica o pedeapsă justă, echilibrată, care să nu aibă un cuantum extrem de ridicat, dar nici unul aproape inexistent din punct de vedere aflictiv, să fie proporţională cu

[109] Flaviu Ciopec, op.cit. p.220

[110] *Ibidem*

[111] Flaviu Ciopec, op.cit. p.220

[112] Dumitru-Virgil DIACONU, "*Despre pedeapsă (II)*"Revista de note și studii juridice, 1 iulie 2013, sursă: http://www.juridice.ro/268895/despre-pedeapsa-ii-2.html accesat la 25.06.2016

gravitatea faptei, în egală măsură, luându-se în considerare şi persoana infractorului,atunci când se efectuează indvidualizarea judiciară. Sancţiunile trebuie să fie, aşadar, efective, proporţionale şi convingătoare[113]. Proporţionalitatea este o noţiune cheie în individualuzarea pedepselor în dreptul penal. Echitatea este exprimată prin această idee de proporţionalitate, "cea dintâi vizând o diminuare a inegalităţii acolo unde stabilirea unei egalităţi perfecte, numită şi dreptate formală, este imposibilă datorită particularităţilor situaţiei de fapt. În raport cu norma juridică abstractă şi a tot cuprinzătoare, echitatea obligă la luarea în considerare a situaţiei de fapt, a circumstanţelor personale, unicitatea cauzei, însă de o manieră echilibrată."[114] „În egală măsură, certitudinea aplicării pedepselor, este mai importantă decât severitatea acestora, întrucât are eficienţă concretă în diminuarea ratei criminalităţii."[115] „Pedepsele trebuie să fie *necesare,* condiţie redată prin principiul legalităţii incriminării prevăzut la art.1 Cod penal, principiu care îşi are rădăcinile în dreptul penal francez."[116]

Deşi nu a fost invocată *expresis verbis* în textele legale, această *prerogativă de apreciere a necesităţii*[117] *aplicării sancţiunii penale* se manifestă totuşi prin noua politică penală din Codul penal român care conferă judecătorilor aptitudinea legală de a aplica mijloacele alternative la executarea pedepsei. Astfel în actualul Cod penal român au fost prevăzute instituţii noi ca: renunţarea la pedeapsă şi amânarea aplicării pedepsei, la care se adaugă suspendarea executării pedepsei sub supraveghere. Identificăm o similitudine generală a reglementărilor din dreptul penal român cu cele din dreptul penal francez.

Echitatea se regăseşte aşadar în dreptul penal substanţial, într-o manieră indirectă, prin acest principiu al proporţionalităţii pedepselor, precum şi prin principiul necesităţii intervenţiei penale, care sunt interdependente şi au o bază comună, aceea a *valorilor sociale*.

---

[113]L.V. Lefterache în G.Bodoroncea,V.Cioclei, I.Kuglay, L.V.Lefterache, T.Manea, I.Nedelcu, F.M. Vasile *Codul penal comentariu pe articole, Comentarii Beck,* Ed. C.h.Beck, Bucureşti 2014, p.1

[114] M. Andreescu, op.cit.p.10

[115] C. Beccaria, *Despre infracţiuni şi pedepse*, Cap.XV şi XIX

[116]Principiul de legalitate a fost introdus de Feuerbach şi a reprezentat una dintre cele mai importante cuceriri ale Revoluţiei franceze.

[117]Constituţionalizarea dreptului pedepselor penale are ca fundament art.8 din Declaraţia din 1789 şi a generat alte două principii complementare : principiul necesităţii pedepselor şi cel al individualizării (*La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée)* Principiul necesităţii în dreptul francez implică o moderaţie a represiunii penale, prin adaptarea pedepsei prevăzute în textul de lege la comportamentul incriminat. Altfel spus, principiul necesităţii presupune exigenţa proporţionalităţii pedepsei cu fapta, iar Consiliul Constituţional francez cenzurează pedepsele evident excesive. Este vorba despre o limitare prin lege a dreptului de a pedepsi al statului.

Rolul echităţii în dreptul penal substanţial, în special în instituţia individualizării pedepselor, este, aşadar, acela de a asigura justiţiabilul că pedeapsa sa este realmente proporţională, adecvată şi îi este aplicată numai în condiţiile în care ea este necesară. Practic proporţionalitatea este văzută ca o formă particulară a echităţii în dreptul penal substanţial.[118]

În justiţia penală, echitatea poate fi concepută ca fiind tehnica prin care *"*principiul de maximă utilitate pentru victimă trebuie, în mod imperativ, plasat în echilibru cu cel al unei minime suferinţe necesare pentru infractor"[119] pentru că astfel se obţine, din punctul nostru de vedere, echilibrul între actorii principali ai scenei dreptului penal.

Individualizarea legală a pedepselor se realizează de către legiuitor în faza de elaborare a legii, ea fiind o materializare a principiilor legalităţii şi individualizării pedepselor.

De lege lata, în lumina principiilor existente în Codul penal român actual, individualizarea realizată de legiuitor este una abstractă şi înseamnă: prevederea de către acesta a cadrului general al pedepselor, a naturii şi a limitelor generale ale fiecărei pedepse, în concordanţă cu principiile stabilirii sancţiunilor penale; prevederea pedepsei pentru fiecare infracţiune în functie de gradul de pericol social abstract al acesteia, determinat, la rândul său, de importanţa valorii sociale ocrotite, de vătămarea la care este supusă această valoare, de periculozitatea generic evaluată a faptuitorului ş.a.m.d.; de asemenea ea mai constă în prevederea cadrului şi a mijloacelor legale în care se vor realiza celelalte forme de individualizare, judiciară şi administrativă, prin arătarea efectelor ce le au stările şi circumstanţele de atenuare sau de agravare asupra limitelor speciale ale pedepsei.

Individualizarea pedepselor în dreptul penal român are la bază principiul constituţional al proporţionalităţii restrângerii drepturilor fundamentale prevăzut în art.53 alin. (2) al Constituţiei României si art.18 al Convenţiei Europene a Drepturilor Omului. Un principiu al proporţionalităţii pedepsei cu infracţiunea nu este reglementat expres, nici în dreptul penal român, nici în cel francez. Se pune, în general, accent pe controlul şi pe corectarea „măsurilor disproporţionate", sau pe ideea ingerinţelor statului în exerciţiul drepturilor şi libertăţilor cetăţenilor, aspecte care reprezintă o consacrare indirectă a proporţionalităţii pedepsei. Nu o putem numi neapărat o lacună a legii penale, cerinţa proporţionalităţii existând totuşi indirect în textul legii fundamentale şi în articolele care

[118] M. Andreescu, op.cit.,p.12

[119] Santiago Mir Puig, *Derecho penal Parte general*, 4-a Edicion, PPU Barcelona, 1996, p.98

prevăd individualizarea sancţiunilor penale, însă o putem vedea ca pe o lipsă de claritate şi precizie a textului de lege în ceea ce priveşte noţiunea de proporţionalitate şi sensurile sale tehnice, (raportul cuantum pedeapsă- pericolul şi atingerea ordinii publice aduse prin fapta penală) care deschide calea către inechităţi în activitatea de pedepsire a infractorilor.

Art.53 alin.(2) din legea fundamentală care face referire la restrângerea exerciţiului unor drepturi sau al unor libertăţi[120] prevede cerinţele *necesităţii* şi *proporţionalităţii* măsurilor de restrângere a libertăţilor indivizilor. Restrângerea unor drepturi, sau libertăţi este consecinţa imediată şi principală a aplicării unei sancţiuni penale, ea trebuind să fie *necesară şi proporţională* cu situaţia care a determinat-o, deci cu gravitatea faptei, cu nivelul de vinovăţie, precum şi cu alţi factori determinanţi ai actului infracţional. Totodată această restrângere nu trebuie să aducă atingere existenţei în sine a dreptului, sau libertăţii. *Per deductionem*, în măsura în care ea aduce atingere existenţei dreptului, sau libertăţii, ea nu mai este proporţională şi deci contravine Constituţiei României. Totodată, putem identifica în cuprinsul acestui articol, consacrarea constituţională în dreptul penal român a principiului necesităţii, penalul fiind plasat, astfel, ca *ultima ratio*, în acord cu principiile fundamentale ale statului de drept. Se respectă filosofia actualei politici penale, care subliniază echilibrul ce trebuie menţinut între prerogativele statului şi drepturile şi libertăţile cetăţenilor, iar elementul de echitate este prezent prin cerinţele constituţionale de proporţionalitate şi necesitate ale măsurilor restrictive, caracteristice sferei dreptului penal.

Echitatea se manifestă în acest context prin obiectivul menţinerii unei proporţionalităţi între măsură şi scopul urmărit în lumina justului echilibru, astfel precum mai poate fi definită noţiunea de echitate în dreptul penal substanţial. Acest just echilibru este prezent între cele două interese antagonice, cel al statului – public şi cel privat-al individului. Echitatea impune ca niciunul dintre interesele respective să nu se nege în totalitate unul pe celalalt şi niciunul să nu beneficieze de o protecţie absolută, în detrimentul celuilalt. O lipsă de proporţionalitate există atunci când spre exemplu, s-a omis a se lua o măsură alternativă mai puţin restrictivă, deşi aceasta era disponibilă fără a afecta suplimentar interesul protejat; mai multe ingerinţe se cumulează deşi sunt luate în baza aceleiaşi stări de fapt; ingerinţa creează consecinţe

[120] Prevede în acest sens următoarele:"restrângerea poate fi dispusă numai dacă este necesară într-o societate democratică. Măsura trebuie să fie proporţională cu situaţia care a determinat-o, să fie aplicată în mod nediscriminatoriu şi fără a aduce atingere existenţei dreptului sau a libertăţii."

ireversibile, sau se aplică automat, fără a se analiza motivele aplicării ei, sau ingerinţa are caracter absolut şi prevalează asupra celorlalte componente din speţă într-un mod absolut.[121]

În context internaţional, articolul 18 al Convenţiei Europene a Drepturilor Omului face referire indirectă la principiul proporţionalităţii prin limitarea folosirilor restrângerilor drepturilor, prevăzând că: „restricţiile care, în termenii prezentei Convenţii, sunt aduse respectivelor drepturi şi libertăţi, nu pot fi aplicate decât în scopul pentru care ele au fost prevăzute." Cocluzia noastră este că restricţiile nu vor putea avea deci o aplicare exhaustivă într-un sistem care respectă drepturile şi libertăţile fundamentale ale omului. Astfel pedeapsa cu moartea a fost apreciată de către Curtea europeană ca fiind inumană, din cuprinsul căreia lipseşte cu desăvârşire proporţionalitatea,[122]detenţia aplicată unui tânăr, pentru o durată nedeterminată conform dreptului englez, şi care cuprinde întreaga viaţă a acestuia nu este justificată din considerente ce ţin de protejarea publicului.[123]În egală măsură, în situaţia condamnării unui tânăr de 17 ani la pedeapsa detenţiunii pe viaţă, ca urmare a unei infracţiuni minore, Curtea a prezentat rezerve serioase cu privire la art 3 din Convenţie şi la compatibilitatea acestei sancţiuni cu Convenţia.[124]

Dacă analizăm jurisprudenţa Curţii europene, ajungem la concluzia că, practic, verificarea proporţionalităţii nu vizează raportul dintre gravitatea faptei şi gradul de severitate al pedepsei aplicate, ci sensul respectului drepturilor şi libertăţilor persoanei, a demnităţii sale. Controlul efectuat de Curtea europeană are la bază principul umanismului[125], iar nu echivalenţa tehnico-juridică care s-ar cere controlată şi totodată necesară între infracţiune şi pedeapsă, în numele echităţii. Este vorba despre sensul cantitativ al pedepsei penale. Sens asupra căruia Curtea de la Luxemburg se pronunţă atunci când procedează la o analiză a modului în care sancţiunea penală din dreptul intern al unui stat se raportează la comportamentul incriminat şi efectuează un control de proporţionalitate al cuantumului

---

[121] Radu Chiriţă, *Convenţia europeană a drepturilor omului.Comentarii şi explicaţii, Vol.I*, Editura C.H.Beck, Bucureşti, 2007, p.88

[122] C.E.D.O. *Soering c.Regatul Unit* 7 iulie 1989 §100 http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57619; accesată la 26.08.2015

[123] C.E.D.O. *Singh c.Marea Britanie* 21 februarie 1996 §61; *Hussain c.Marea Britanie* 21 februarie 1996 §53http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57619; accesate la 26.08.2015

[124] C.E.D.O. *Weeks c. Marea Britanie*, 2 martie 1987 §47 http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57619; accesată la 26.08.2015

[125] Pentru aceeaşi logică de idei, a se vedea Flaviu Ciopec *Individualizarea judiciară a pedepselor. Reglementare.Doctrină.Jurisprudenţă. Abordare şi din perspectiva NCP* Ed.C.H.Beck, Bucureşti 2011, p.167

acestor sancţiuni pentru a le face compatibile cu standardele echitabile ale dreptului comunitar. Aşadar, statele nu mai sunt absolut libere să îşi reglementeze justiţia punitivă, ci acestea sunt obligate să ţină seama de jurisprudenţa Curţii.[126] Însă, Curtea nu poate să statueze direct asupra compatibilităţii dreptului naţional cu cel comunitar şi nici să interpreteze dreptul naţional, deoarece s-ar substitui judecătorului naţional. Ce poate în schimb această instanţă europeană, este să ofere o interpretare a dreptului comunitar, statelor, astfel încât acestea să fie în măsură să statueze asupra compatibilităţii dreptului naţional cu cel european, pentru o soluţionare echitabilă a cauzei pe rol. Proporţionalitatea va fi realizată *in concreto* de către judecătorul român.[127]

Conform *principiului minimei intervenţii*, în măsura în care există o protecţie eficientă şi totodată, mai puţin restrictivă a valorilor sociale ale unei societăţi la un moment dat, ce ţine de mijloacele existente în alte domenii ca de exemplu din cel contravenţional, disciplinar, sau civil, recurgerea judecătorului naţional la sancţionarea penală încalcă principiul proporţionalităţii şi generează o situaţie inechitabilă pentru cel acuzat. Este deci, în litera textului constituţional, o ingerinţă disproporţionată în drepturile şi libertăţile individului atipică pentru o societate democratică şi în dezacord cu principiile statului de drept, implicit cu echitatea ca fundament al justiţiei penale şi al politicii penale. Politica penală a statului nu poate fi de competenţa exclusivă a Parlamentului, doctrina susţinând ideea conform căreia într-un stat de drept este necesar a se stabili criterii care să limiteze sfera de intervenţie a dreptului penal, plus un control al respectării respectivelor criterii de către stat în momentul penalizării comportamentelor antisociale.[128] Suntem de acord cu acest raţionament şi considerăm că aceste criterii sunt întocmai cele ce ar trebui elaborate de legiuitor şi enunţate sub forma normelor de echitate de drept penal substanţial, deoarece acestea vor prevedea standarde de echitate obligatorii în justiţia penală. Prin aceste exigenţe ale echităţii se va putea controla, ulterior şi *respectarea criteriilor minimei intervenţii de către stat*.

Forurile constituţionale române şi franceze au dat dovadă de o reticenţă în cenzurarea recursului legislatorului la mecanismele penale de protecţie, sau în cazul derapajelor

[126] Art.267 din *Tratatul privind funcţionarea Uniunii Europene* (art.234 TCE)

[127] Flaviu Ciopec, op.cit.,pp. 167-169

[128] *Idem*, p.171

cantitative ale pedepselor. Asemănător cu raţionamentul forului constituţional francez,[129] Curtea Constituţională a refuzat să analizeze prin prisma art.53 al Constituţiei, în cazuri de corupţie, evaziune fiscală, furt,[130] etc. modul în care a fost realizată individualizarea legală a pedepselor în mai multe cazuri incidente, motivând că această analiză de compatibilitate nu este în competenţa sa. Astfel că, deşi stabilirea şi aplicarea unei pedepse penale reprezintă propriu-zis o limitare a drepturilor şi libertăţilor şi testul ar trebui să fie posibil, Curtea Constituţională refuză sub pretext că o recunoaştere a unei competenţe în domeniu ar echivala cu un drept de apreciere identic cu cel al legislatorului, ceea ce nu ar oglindi intenţia legii fundamentale.

În pofida acestei atitudini, recent, totuşi Curtea Constituţională s-a implicat mai mult în aplicarea principiului proporţionalităţii, conferindu-i în sfârşit valoarea constituţională. Curtea a trasat limite ce vizează c*laritatea şi exactitatea textului normelor penale*, deci o referire indirectă la proporţionalitate prin faptul că a explicat că prevederile neclare şi ambigue[131]încalcă echilibrul dintre interesul public şi cel privat.[132]Dacă echilibrul înseamnă echitatea în dreptul penal, aceasta nu se limitează la rolul exclusiv de echilibru, ci ea se cere a fi şi un corectiv al unui potenţial *dezechilibru* în sfera aceluiaşi drept penal. Susţinem că în

[129] Consiliul Constituţional francez a statat că în absenţa existenţei unei disproporţii manifeste între infracţiune şi pedeapsa aplicată, nu este de competenţa sa a se substitui legislatorului prin enunţarea unei aprecieri în acest context. Cons.const. 19-20 janv. 1981, considérant n° 13 ou encore décis. n° 86-215 DC du 3 sept.1986, Lutte contre la criminalité, considérant n° 7 ; décis. n° 92-316 DC du 20 janv. 1993, Prévention de la corruption, considérant n° 32 ; décis. n° 93-334 DC du 20 janv. 1994, cons. n° 10.

[130] Chemată să se pronunţe asupra excepţiei de neconstituţionalitate a art.209 alin 3 din Codul penal român din 1968, în acord cu care un furt al cărui prejudiciu depăşeşte 50 de milioane lei este un furt cu consecinţe deosebit de grav ce atrage o pedeapsă penală de la 10 la 25 de ani închisoare, egală cu pedeapsa pentru omor simplu, Curtea a decis că "deşi este adevărat că limita de 50 mil lei nu mai reprezintă o valoare în raport de care se impune un tratament sancţionator mai sever, totuşi modificarea conţinutului unei norme juridice prin chimbarea condiţiilor impuse de aceasta este de competenţa exclusivă a Parlamentului, unica autoritate legiuitoare a ţării." Decizia nr.156 din 21.09.2000 Curtea Const. a României, M.Of. Nr.27/2000. Aceeaşi abordare a avut-o şi în cazul Deciziei 929/06.07.2010, publicată în M.Of.nr.566 din 11 august 2010, cu privire la prevederile art.215 din vechiul Cod penal român care prevedea pedepse la fel de mari pentru omor şi înşelăciune ce a produs consecinţe deosebit de grave.

[131]Spre exemplu Decizia nr.51/2016 a Curţii Constituţionale M.Of.190 din 14 martie 2016 prin care expresia alte organe specializate ale statului din cuprinsul art.142 alin (1) CPP a fost declarată neconstituţională pe motiv că nu respectă standarde de claritate deoarece nu sunt definite nicăieri organele specializate la care face referire, echilibrul între interesul public şi cel privat fiind din nou afectat-

[132] A admis excepţia de neconstituţionalitate a Legii nr.82/2012 privind reţinerea datelor generate, sau prelucrate de furnizorii de reţele publice de comunicaţii prin Decizia nr.440/2014 din M.Of nr.653/04.09.2014, precum şi excepţia de neconstituţionalitate a legii privind securitatea cibernetică Decizia nr.17/2015 în M.Of. nr.79 din 30.01.2015 – limitarea exerciţiului drepturilor rupe justul echilibru care este necesar să existe efectiv între interesul public de combatere a infracţiunilor şi drepturile individuale la viaţă privată ca interes privat.

numele echităţii se pot corecta prevederi legale, dar şi practici de individualizare defectuoase, dar și defective.

Plasându-ne în planul echităţii, însăşi calificarea *ab initio* a unei sancţiuni, ca fiind o *pedeapsă,* este importantă pentru procedura pe care o declanşează şi pentru criteriile de apreciere a acestei proceduri ca fiind una echitabilă pe parcurs. Dacă judecăm lucrurile din punctul de vedere al dezideratului de echitate, pedeapsa rezultată, în urma unei proceduri care se vrea echitabilă presupune să se fi respectat prezumţia de nevinovăţie, acuzarea fiind cea obligată să dovedească acuzaţiile aduse celui în cauză, acesta nefiind obligat să-şi dovedească nevinovăţia.[133] Este în acelaşi timp vorba despre o echilibrare „a puterilor" celor implicaţi, statul fiind mereu în avantaj faţă de acuzat.

Din punct de vedere al normelor internaţionale şi conform cadrului stabilit de individualizarea legală a pedepsei, o persoană trebuie să fie acuzată de săvârşirea unei fapte penale, iar pentru aceasta sunt stabilite trei criterii alternative: fapta să fie calificată de legea naţională ca fiind infracţiune, natura faptei, natura şi gradul de gravitate a sancţiunii ce va fi aplicată. Calificarea faptei, precum şi a limitelor generale şi speciale ale pedepselor în dreptul naţional penal substanţial, ţine în mod direct de individualizarea legală care reprezintă punctul de plecare al evaluării și analizei echitabile ce urmează să se desfăşoare în procesul penal.

De lege ferenda, sunt foarte importante valoarea esenţială şi criteriile care sunt luate în considerare atunci când se demarează "activitatea punitivă." Acesta ar reprezenta încă un argument care sugerează că echitatea necesită o enunţare formală şi în drepul penal substanţial, alături de celelalte principii fundamentale ca cel al legalităţii şi individualizării pedepsei.

De la dezideratul de echitate şi în lumina standardelor acesteia, ar trebui să pornească individualizarea legală pentru ca pedeapsa în sine, ca instituţie a dreptului penal, să fie cât mai apropiată de *idealul de justiţie*, chiar dacă indicaţia din legea naţională penală are doar o valoare formală şi ea urmează a fi analizată în lumina numitorului comun al legislaţiei penale a statelor contractante ale Convenţiei Europene a Drepturilor Omului, unde găsim în cuprinsul art.6 spre exemplu, dar nu numai, elementele unui proces echitabil.

[133] L.V. Lefterache în G.Bodoroncea,V.Cioclei, I.Kuglay, L.V.Lefterache, T.Manea, I.Nedelcu, F.M. Vasile op.cit. p.159

Un drept penal substanţial care are la bază *echitatea* văzută drept o noţiune etico-juridică şi totodată tehnico-juridică, atunci când se aplică pedeapsa este unul moralmente valid.

Din jurisprudenţa Curţii Constituţionale se pot deduce concluzii care tind să enunţe şi în acelaşi timp, să concretizeze reguli ale echităţii.

Cu privire la individualizarea pedepselor principale, în lumina politicii umanizării pedepselor, sau al umanismului în dreptul penal român, la fel ca şi în dreptul francez, în dreptul penal român, privarea de libertate ar trebui considerată o sancţiune de ultimă instanţă, subsidiară.[134] Ea trebuie să fie dispusă strict în acele cazuri în care nivelul de gravitate a infracţiunii ar face ca celelalte sancţiuni, sau măsuri să fie în mod evident contrare scopului de prevenire a săvârşirii altor infracţiuni.[135] Există standarde minime ce ţin, până la urmă, tot de echitate care împiedică o incriminare penală excesivă. Nu în ultimul rând, această incriminare, dar şi pedepsire penală se efectuează doar în măsura în care ea se dovedeşte absolut necesară actului de justiţie.

În egală măsură, dacă totuşi anumite valori pot fi protejate numai prin aplicarea dreptului penal, este necesar să se aleagă pedepse care restrâng cât mai puţin drepturile celor vizaţi. În acest sens, Codul penal român introduce substituirea progresivă a închisorii cu mijloace de executare neprivative de libertate ca renunţarea la aplicarea pedepsei, amânarea aplicării acesteia, suspendarea executării pedepsei sub supraveghere, iar în domeniul zilelor amendă e introdusă o echivalenţă a sancţiunilor închisoare-amendă, prin măsuri care asigură coerenţa şi transparenţa în stabilirea pedepselor.[136]

În legislaţia penală română, nu este prevăzută pentru anumite categorii de fapte numai amenda, ci aceasta este prevăzută alternativ cu închisoarea, astfel încât este lăsată la latitudinea judecătorului şi deci în sfera echităţii subiective, opţiunea aplicării *in concreto* a principiului minimei intervenţii în aceste contexte. Principiul proporţionalităţii, ca o

[134] În lumina principiului denumit de doctrină *al minimei intervenţii*, nu orice conduită antisocială trebuie incriminată.

[135] Anexa la Recomandarea nr.R (99) 22 privind reducerea creşterii populaţiei din penitenciare şi suprapopularea acestora *apud* G.Bodoroncea,V.Cioclei, I.Kuglay, L.V.Lefterache, T.Manea, I.Nedelcu, F.M. Vasile op.cit. p.157.

[136] În dreptul penal francez legea oferă judecătorilor posibilitatea de a aplica o pedeapsă complementară în locul pedepsei principale, în anumite situaţii bine delimitate de Codul penal francez.

componentă a echităţii, presupune în mod direct, minima intervenţie, verificându-se astfel existența echității în legea penală română.

Desigur, proporţionalitatea este vastă în dreptul penal substanţial şi aici ne referim la această noţiune din perspectiva, mai mult tehnică, a relaţiei de echivalenţă între gravitatea infracţiunii şi severitatea pedeapsei. Până la ora actuală nu există în jurisprudenţa Curţii Constituţionale române o hotărâre care să sublinieze că incriminarea unei fapte este excesivă şi disproporţionată, deoarece ar exista alte mijloace de sancţionare şi nu cele penale, în numele echităţii.

În opera lui Beccaria este evidenţiat un criteriu echitabil de proporţionalizare esenţial, din punctul nostru de vedere, atunci când se afirmă că „pentru ca o pedeapsă să-şi producă efectul ei, este destul ca răul pedepsei să întreacă binele ce naşte din infracţiune, orice ar întrece această măsură, este de prisos şi prin urmare, tiranic."[137] În completare, doctrina interpretează anumite sintagme folosite de Beccaria şi subliniază că, de fapt, este vorba despre „temerea pedepsei" în loc de „răul pedepsei" şi „ispita infracţiunii" în loc de „binele ce naşte din infracţiune."[138]Observăm că este practic vorba tot despre *justul echilibru* în stabilirea caracteristicilor pedepsei, *justul echilibru* a apărut, aşadar, în ideea beccariană, de pe vremea când această concepţie umanistă abia începuse să fie conturată.

Însuşi echilibrul pe care îl presupune echitatea este impus prin această proporţionalitate ce trebuie să existe în cadrul raportului stat-cetăţean.

În sfera individualizării legale, proporţionalitatea are rol de *factor corector şi echilibrant*, astfel încât să nu i se permită statului să restrângă în mod abuziv drepturile şi libertăţile cetăţenilor săi. De aceea, normele penale substanţiale se cer a fi clare, să nu lase loc de interpretări, pentru că, în măsura în care acestea sunt ambigue, statul poate dispune sancţiuni arbitrare.

În hotărârea *Cantoni c./Franţa,*[139] Curtea Europeană a Drepturilor Omului a concluzionat că "dat fiind faptul că legea penală are un caracter general, legiuitorul naţional nu are posibilitatea efectivă de a formula textul de lege cu o precizie absolută." În contextul

[137] Cesare Beccaria, *Despre infracţiuni şi pedepse*, Ed. Ştiinţifică, Bucureşti,1965,p.40.

[138] Ion Tanoviceanu, *Tratat de drept şi procedură penală,* vol.III, Editura Curierul Judiciar, Ediția a II-a, Bucureşti, 1924, p.67, infra.1512.

[139]C.E.D.O. *Cantoni c. Franţa, 15 noiembrie 1996,* §29, disponibilă pe http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62627, consultată la 12.05.2016

acestor argumente, şi deşi există în dreptul român Legea nr.24/2000 ce conţine exigenţe cu privire la tehnica legislativă[140]la prevederile căreia am făcut referire anterior, considerăm că întocmai acesta este contextul în care ar trebui să se manifeste expres *echitatea obiectivă*, prin *norme obiective* în cuprinsul cărora să se definească termeni şi să se stabilească, pe cât posibil, situaţii şi criterii echitabile în funcţie de care legea penală să fie interpretată atunci când ea este aplicată. În egală măsură, aceste norme de echitate ar trebui să prevadă şi garanţii efective, prin folosirea cărora, cei îndreptăţiţi să poată solicita controlul proporţionalităţii măsurilor luate de stat în situaţia concretă în primul rând, iar în al doilea rând, un control al existenţei proporţionalităţii efective între fapta comisă şi pedeapsa incidentă. Acestor criterii echitabile obiective ar trebui să li se raporteze, de fapt, întreaga lege penală, iar nu numai individualizarea legală a pedepselor.

În mod formal, o restrângere poate fi justificată de o serie de considerente, însă sunt necesare instrumente echitabile care să împiedice dispunerea ei într-un mod discreţionar şi astfel să se încalce principiul proporţionalităţii, iar în final, cel al echităţii. De aici şi necesitatea enunţării principiului echităţii în dreptul penal substanţial.

De asemenea, echitatea în raport cu cel vinovat există şi în cazul cerinţelor normative şi jurisprudenţiale care asigură *transparenţa în stabilirea pedepselor*, precum şi *coerenţa acestora*. Aceste aspecte reprezintă un factor esenţial de siguranţă pe care, în fond, dreptul penal i-o oferă celui în cauză şi încearcă să îl plaseaze, cel puţin din punct de vedere formal, la acelaşi nivel cu statul care îl acuză exercitându-şi al său *ius puniendi*. Soarta celui în cauză nu este astfel lăsată în derivă, dreptul penal având şi un obiectiv de sprijin pentru delincvenţi, ce constă în a-i educa şi a-i reintegra, dar totodată şi de a conferi siguranţă fiecărui cetăţean în parte.

Practic rolul justiţiei penale este legat de scopurile pedepsei.Tot în planul regulilor individualizării legale, în mod simetric şi echitabil, constatăm că dacă sancţiunile care decurg în mod direct din stabilirea vinovăţiei sunt dispuse de un judecător, hotărârile ulterioare ce vizează modificarea sancţiunii prin echivalentul său, conversiunea amenzii în închisoare, sau muncă în folosul comunităţii, modificarea, sau încetarea obligaţiilor în cazul suspendării executării pedepsei sub supraveghere, aspecte ce ţin de individualizarea judiciară şi postcondamnatorie, au la rândul lor limite prevăzute în lege şi sunt dispuse tot de un

[140] Publicată în M.Of. Partea I, nr.260, 21 aprilie 2010.

judecător.[141] Se fixează aşadar cadrul legislativ precum şi organele abilitate să administreze executarea pedepsei. De asemenea, în sfera individualizării judiciare, judecătorul trebuie să fie ghidat de norme precise, astfel încât să nu i se acorde o prerogativă mult prea largă în această activitate de determinare concretă a pedepselor. Se asigură, pe această cale, un cadru echitabil de determinare efectivă a pedepselor, care nu îi permite acestuia de a da dovadă de subiectivitate, sau de a abuza de puterile sale de decizie.

Pedeapsa este individualizată, din punct de vedere legal, în funcţie de vătămarea adusă ordinii publice şi nu în funcţie de personalitatea delincventului, deoarece acesta din urmă nu poate fi cunoscut încă din etapa emiterii textelor de lege care cuantifică pedepsele în mod abstract. Individualizarea legală este deci efectuată în mod interdependent cu faptele, mai exact în funcţie de vătămarea pe care fapta incriminată este susceptibilă să o aducă ordinii publice. În cadrul acestui tip de individualizare, dacă ne conturăm o imagine a echităţii ca fiind o noţiune morală, putem ajunge la concluzia că ea nu şi-ar avea sensul într-o lege care stabileşte pedepse în funcţie de un criteriu abstract. Echitatea devine efectivă abia în etapa individualizării judiciare a pedepsei, în care cunoaştem deja făptuitorul, personalitatea acestuia şi toate împrejurările care l-au determinat să acţioneze în maniera în care a acţionat.

Din punctul nostru de vedere, în cadrul individualizării legale abstracte, echitatea este obiectivă, iar în sfera individualizării judiciare, ea devine concretă.

Fie că vorbim despre latura obiectivă a echităţii prin prisma criteriului de la care porneşte individualizarea legală, sau de latura concretă a acesteia, subiectivă, prin personalizarea pedepsei şi celelalte forme de individualizare subsecvente, este cert că reglementarea detaliată a noţiunii de echitate şi ce presupune ea în Codul penal este necesară pentru a se obţine punctul de pornire în vederea implementării unei politici penale mai juste. Este nevoie de un instrument care să ofere şansa unei verificări a calităţii, dar şi a cantităţii actului de pedepsire şi care să vizeze însăşi esenţa acestuia. Actul de pedepsire în sine trebuie să fie în acord cu specificul timpului în care se desfăşoară şi cu setul de valori al societăţii actuale, în egală măsură, el nu trebuie să fie unul arbitrar. Prin acest control, se evită riscul alunecării înspre regimul specific statului poliţienesc.

[141] L.V. Lefterache în G.Bodoroncea,V.Cioclei, I.Kuglay, L.V.Lefterache, T.Manea, I.Nedelcu, F.M. Vasile op.cit. p.157.

La nivelul Consiliului Europei a fost adoptată, încă din 1992, Recomandarea Rec (92) 17[142] cu privire la coerenţa în pronunţarea pedepselor, prin care au fost trasate linii directoare în vederea bunei desfăşurări a unei politici de individualizare legală a pedepselor. Minimul şi maximul acestora trebuie menţionate constant în echilibru cu gravitatea reală a faptelor incriminate, iar intervalul dintre minimul şi maximul pedepsei nu trebuie să fie prea mare deoarece ar împiedica o orientare precisă a judecătorilor în aplicarea pedepselor. În egală măsură, judecătorii sunt încurajaţi spre evitarea pronunţării pedepselor carcerale, cu excepţia situaţiilor în care faptele justifică în mod evident o asemenea pedeapsă. Excluderea pedepselor cu închisoarea se impune pentru fapte care au cauzat prejudicii de mică importanţă. Echilibrul, însă,trebuie păstrat în cuantumul pedepselor de o asemenea manieră încât pedepsele de scurtă durată să nu devină o obişnuinţă pentru judecătorul penal. Neplata amenzii penale nu va atrage decât în mod excepţional înlocuirea ei cu închisoarea şi numai când o astfel de alternativă este singura posibilă, după epuizarea celorlalte soluţii existente. De asemenea, antecedentele penale nu trebuie să constituie în mod automat un factor de agravare a situaţiei juridice a infractorului, iar statistica judiciară trebuie, în mod periodic să ofere publicului suficiente informaţii privind practica aplicării pedepselor, informaţii care trebuie furnizate judecătorilor astfel încât aceştia să aibă posibilitatea de a le analiza în cadrul unor seminarii organizate regulat. Nu în ultimul rând, motivarea pedepselor este imperativă pentru magistraţi.[143] Toate aceste recomandări nu sunt altceva, în viziunea noastră, decât norme de bun simţ, care au ca *prima ratio* echitatea în cadrul individualizării pedepselor și care au fost transpuse, în mare parte, atât în dreptul penal român, cât şi în dreptul penal francez.

A.c) Pedepsele principale în dreptul penal român şi echitatea

În Codul penal român actual sunt menţinute categoriile de pedepse din vechiul Cod. Pedepsele principale şi-au păstrat natura: detenţiunea pe viaţă, închisoarea şi amenda.

A.c).1. Aspecte din individualizarea pedepselor aplicabile persoanei juridice

Pedepsele aplicabile persoanei juridice sunt prevăzute în cuprinsul art.136 Cod penal român, articolul stabilind totodată şi limitele acestora. Faţă de vechiul Cod penal, noua

[142] Consiliul Europei, Recomandarea Rec (92) 17 din 19 octombrie 1992 – www.coe.int, accesată la 27.09.2015

[143] Flaviu Ciopec, op.cit.pp. 174-175

reglementare nu mai stabileşte limitele amenzii deoarece cuantumul amenzii se stabileşte de către instanţă *prin sistemul zilelor amendă*. Aceste dispoziţii se aplică exclusiv persoanelor juridice, expres şi limitativ şi se pot completa cu dispoziţii din Partea generală numai în măsura în care acestea din urmă nu derogă de la dispoziţiile Titlului VI, conform regulii *generalia specialibus derogant*. De asemenea dispoziţiile art.136 se aplică oricărei infracţiuni săvârşite de o persoană juridică, chiar dacă infracţiunea nu este prevăzută de Codul penal, ci de o lege specială. Persoanelor juridice nu li se vor aplica pedepse accesorii, sau pedepse specifice persoanei fizice,[144]însă li se vor aplica pedepse complementare alături de pedeapsa principală a amenzii. Amenda, poate să fie aplicată singură, pe când pedepsele complementare pentru persoana juridică, cum ar fi dizolvarea sau suspendarea, nu pot fi pronunţate şi aplicate decât alături de amendă.[145] Criteriile de individualizare a pedepsei în cazul persoanei juridice sunt enumerate în cuprinsul art.137 alin (3) Cod penal român[146]

În ceea ce priveşte individualizarea pedepselor pentru persoanele juridice şi dezideratul echității, ne vom opri asupra anumitor aspecte care ni se par relevante prin prisma acestui raport.

În analiza doctrinei[147]a fost evidenţiată existenţa unor disparităţi în privinţa pedepselor aplicabile persoanelor juridice, generate tocmai de reglementarea legală, deci de o reglementare defectuoasă a individualizării legale prevăzut de Codul penal român. Au fost astfel identificate potenţiale surse de inechităţi.

Astfel, pedeapsa complementară a dizolvării persoanei juridice a fost apreciată de un autor ca fiind "echivalentă cu pedeapsa cu moartea aplicată persoanelor fizice", ea apărând din acest punct de vedere ca o pedeapsă mult mai severă în raport cu pedepsele pentru persoanele fizice.[148] Dizolvarea, sau suspendarea nu pot fi aplicate decât alături de amendă în cazul persoanelor juridice. Considerăm că acest cumul sporeşte gradul de severitate al regimului pedepselor în cazul persoanelor fizice, făcându-l mult prea represiv. Mai mult,

[144] Cu unele excepţii : art 147 alin (3) confiscarea specială

[145] Mioara- Ketty Guiu în G.Antoniu, T.Toader (coord.) op.cit. pp.402-403

[146]care prevede că: „instanţa stabileşte numărul zilelor-amendă ţinând cont de criteriile generale de individualizare a pedepsei. Cuantumul sumei corespunzătoare unei zile-amendă se determină ţinând seama de cifra de afaceri, în cazul persoanei juridice cu scop lucrativ, respectiv de valoarea activului patrimonial în cazul altor persoane juridice, precum şi de celelalte obligaţii ale persoanei juridice."

[147] Flaviu Ciopec op.cit.p. 155

[148] *Ibidem*

dizolvarea nu se aplica anumitor persoane juridice precum: partidele politice, sindicatele, patronatele organizaţiile religioase, ori aparţinând minorităţilor. Excluderea sindicatelor de la această pedeapsă a fost criticată în literatura de specialitate.[149] Argumentul invocat a fost acela conform căruia "deşi libertatea sindicală are caracter constituţional, libertatea de asociere are şi ea acelaşi rang, fără ca cea din urmă să beneficieze de o protecţie la nivel penal de aceeaşi natură."[150]

De asemenea, „instituţiile publice nu răspund penal pentru infracţiunile săvârşite în exercitarea unei activităţi ce nu poate face obiectul domeniului privat," conform art.135 alin. (2) Cod penal român. Criticile cu privire la iresponsabilitatea penală a statului şi a unităţilor administrativ teritoriale, conform cărora răspunderea acestor ar trebui să se angajeze, ea fiind incidentă în dreptul civil, iar legile penale califică drept circumstanţă agravantă *in personam* calitatea de funcţionar public deţinută de agent, ş.a.m.d., au dus, în mod just, la abandonarea tezei iresponsabilităţii penale a persoanelor juridice de drept public.

Dacă în Franţa statul nu răspunde penal,[151]unităţile administrativ teritoriale răspund penal, fiind vorba însă de o răspundere limitată care este incidentă numai când există situaţia unor activităţi din sectorul privat concurenţial, legislaţia română admite nu răspunderea statului *expresis verbis*, ci a instituţiilor publice prin art.135 Cod penal, însă numai în mod limitat în cazul infracţiunilor comise în exercitarea unei activităţi ce pot face obiectul domeniului privat.[152]Textul legal întrebuinţează sintagma „instituţii publice", nereferindu-se în mod direct la stat pentru că instituţiile publice nu se identifică cu statul. Asemănător cu vechiul Cod penal, actualul Cod penal român prevede în alineat distinct (alin (2) al art 135 Cod penal) condiţiile în care nu răspund instituţiile publice, *per deductionem,* această răspundere penală condiţionată se aplică şi unităţilor administrativ teritoriale, precum şi altor persoane juridice (chiar constituite din fonduri private), dacă acestea au calităţile instituţiilor

[149] Béatrice Geninet, *Etude critique de la personnalisation de la peine*, Atelier national de reproduction des theses, Paris , 2000, p.118

[150] *Ibidem*

[151]Sub pretext că s-ar anihila principiul separaţiei puterilor în statul de drept, dar art. 121-2 alin (2) Cod penal francez prevede că unităţile administrative teritoriale răspund pentru infracţiunile comise în exerciţiul unei activităţi susceptibile de a face obiectul unei convenţii de delegare de serviciu public. S-a invocat în doctrină că această dispoziţie crează o situaţie de inegalitate între funcţionarii publici, dacă statul nu răspunde penal, funcţionarii acestuia vor răspunde individual dacă sunt vinovaţi, pe de altă parte funcţionarii teritoriali nu răspund individual în afară de cazul în care răspunderea penală a unităţii administrative e considerată insuficientă.

[152]Mioara- Ketty Guiu în G. Antoniu, T.Toader (coord.) op.cit.p. 389

publice.[153] Există o contradicţie în doctrina actuală pe această temă, care porneşte de la lipsa clarităţii textului de lege, deoarece acesta nu defineşte concret noţiunea de *instituţie publică* în primul rând şi în al doilea rând, nu specifică ce înseamnă *în exercitarea unei activităţi ce este susceptibilă de a face obiectul domeniului privat.*[154]

Tot în doctrină se identifică o contradicţie în reglementarea penală română în acest context, astfel că dacă alin (1) al art.135 C pen. foloseşte exprimarea inspirată din reglementarea franceză atunci când specifică faptul că: „persoana juridică, *cu excepţia statului şi a autorităţilor publice,* răspunde penal," se impune înlăturarea expresiei *cu excepţia statului şi a autorităţilor publice*, ea fiind în contradicţie cu alin (2) al aceluiaşi articol. [155] Toate acestea deoarece, spre deosebire de Codul penal francez, Codul penal român prevede răspunderea penală a tuturor persoanelor juridice.

Precizia şi claritatea textului legal sunt esenţiale din punct de vedere al individualizării legale echitabile şi în cazul persoanelor juridice, iar nu numai în cazul persoanelor fizice. Nu este suficientă preluarea exactă a expresiei din textul francez de lege, deoarece se pot genera reglementări inechitabile în dreptul penal român. Legea penală română trebuie adaptată specificului statului român şi eventual îmbunătăţită prin preluarea unor noţiuni din legislaţia franceză, acolo unde există realmente contexte asemănătoare, sau chiar identice.

Articolul 137 alin (3) Cod penal cuprinde criteriile generale de individualizare de care este ţinut judecătorul atunci când va individualiza judiciar pedeapsa persoanei juridice. Articolul se referă la criteriile generale de individualizare prevăzute în art. 74 Cod penal. Dacă pentru unele dintre acestea, contextul de individualizare este unul potrivit şi deci posibil de transpus şi în cazul persoanei juridice, ne întrebăm totuşi în ceea ce priveşte litera f) şi litera g) a art.74 Cod penal care prevăd drept criterii de individualizare: *conduita după săvârşirea infracţiunii şi în cursul procesului penal, precum şi nivelul de educaţie, vârsta,starea de sănătate, situaţia familială şi socială*, cum se va efectua individualizarea propriu-zisă şi cum se va face transpunerea în situaţiile concrete pentru persoana juridică?

În continuarea art.137 alin (3) se oferă într-adevăr unele criterii concrete de determinare a cuantumului corespunzător zilelor amendă, însă considerăm că reglementarea ar trebui să fie mai complexă şi să explice raţionamentele care trebuie să stea la baza

[153] *Ibidem*

[154] Pentru detalii a se vedea Mioara- Ketty Guiu în G. Antoniu, T.Toader (coord.) op.cit. p. 395-397

[155] *Idem*. p.390

individualizării ulterioare. Se face trimitere la art.74, ale cărui criterii se aplică în mod practic doar parţial persoanei juridice, ca entitate cu răspundere penală proprie. Textul articolului 137 Cod penal român ar trebui să cuprindă şi alte criterii de individualizare, care să fie reglementate pentru persoanele juridice, astfel încât să existe o mai largă paletă de criterii de individualizare şi pentru acestea. Argumentele pe care le aducem la constatările din acest context au ca motiv, necesitatea unei clarităţi şi precizii a textului de lege, noţiuni interdependent legate de echitatea individualizării şi prin absenţa cărora se generază oportunităţi înspre individualizări inechitabile ale pedepselor. Aşadar, art.137 Cod penal se mărgineşte la o trimitere la criteriile art.74 Cod penal, fără a suplimenta textual, însă, în mod suficient, cu criterii mai concrete de individualizare în situaţia specifică.

A.c).2. Individualizarea legală a detenţiunii pe viaţă

Revenind la *sancţiunile pentru persoanele fizice*, în ceea ce priveşte *pedeapsa cu detenţiunea pe viaţă*, Codul penal actual prevede condiţii distincte în care această pedeapsă principală nu se aplică şi în care se înlocuieşte. Astfel este modificată vârsta de la care se dispune, ea fiind de 65 de ani în noua reglementare, iar nu 60 de ani, cum prevedea vechiul Cod. De asemenea, durata închisorii subsecvente măsurilor dispuse este de 30 de ani.[156] În mod echitabil, în materia individualizării pedepsei detenţiunii pe viaţă, legea nouă nu va retroactiva, ea nefiind una *in favorem*. Dacă persoana condamnată are împlinită vârsta de 65 de ani la data pronunţării hotărârii, legea prevede o individualizare strictă prin cuprinsul art.57 din Codul penal român.[157] De asemenea, art.58 din acelaşi Cod penal prevede ce se întâmplă cu condamnatul care împlineşte 65 de ani după ce a fost condamnat la pedeapsa detenţiunii pe viaţă. Este vorba despre obligativitatea înlocuirii acestei pedepse principale cu pedeapsa imediat inferioară în grad: şi anume închisoarea. Cu privire la regimul detenţiunii

[156] În vechiul Cod penal era prevăzută o durată de 25 de ani

[157] şi anume: "stabilirea unei pedepse cu închisoarea pe timp de 30 de ani şi pedeapsa interzicerii exercitării unor drepturi pe durata ei maximă".

pe viaţă, art.56 prevede cadrul general şi face trimitere la regulile de executare a pedepselor prevăzute de legea privind executarea pedepselor.[158]

Observăm că legea penală română reglementează în mod clar cazurile de neaplicare a detenţiunii pe viaţă, precum şi cele de înlocuire a acesteia. Considerăm important din punct de vedere al standardului de echitate acest aspect, deoarece este vorba despre cea mai grea pedeapsă principală privativă de libertate, iar aplicarea ei trebuie delimitată cât se poate de clar în legea penală substanţială. Astfel, "echitatea de tratament penal" este prezentă în conţinutul legii şi mai mult, ea tinde spre o uşoară personalizare în funcţie de criteriul de vârstă a viitorului condamnat şi nu conferă judecătorului puterea absolută de a condamna la executarea unei asemenea pedepse, o persoană de 65 de ani. Considerentele de proporţionalitate şi umanitate a pedepselor sunt respectate şi luate în considerare de prevederile Codului penal român, din acest punct de vedere.

În ceea ce priveşte aplicarea pedepselor complementare a interzicerii unor drepturi şi a degradării militare, se constată în literatura de specialitate că niciunul din cele două Coduri penale române, cel din 1968 şi nici cel actual, nu fac referire în cazul detenţiunii pe viaţă la pedepsele complementare şi la dispunerea lor în acest caz. Prin *decizia nr.366/1998 a Înaltei Curţi, Secţia penală,*[159] s-a stabilit, cu privire la aplicarea Codului penal anterior, că în cazul condamnării inculpatului la pedeapsa detenţiunii pe viaţă sunt aplicabile atât pedeapsa complementară a interzicerii unor drepturi, cât şi cea a degradării militare. Având în vedere articolele 67, 68, 69 şi 70 Cod penal, soluţia aplicării pedepsei complementare este incidentă şi în cazul detenţiunii pe viaţă, dar caracterul obligatoriu este valabil doar în cazul degradării militare pentru anumite categorii de condamnaţi.[160]

Din punctul nostru de vedere, lipseşte în această situaţie, claritatea textului de lege care nu specifică dacă şi în ce măsură se aplică pedeapsa complementară în cazul detenţiunii pe viaţă. Deşi interpretarea în dreptul penal este una cu preponderenţă restrictivă, considerăm că nu ar trebui ca legislatorul să piardă din vedere specificarea anumitor detalii în textul de lege, chiar şi cu riscul unei redundanţe. Cum claritatea şi precizia textului de lege sunt

[158] Art.56 cod penal român, vom analiza în cadrul părţii dedicate individualizării executării pedepselor şi art.34 din Legea nr.254/ 2013 privind executarea pedepselor şi a măsurilor privative de libertate dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal care tratează executarea detenţiunii pe viaţă.

[159] În Buletinul de .Jurisprudenţă.- C.D. 1999, p.423

[160] L.V. Lefterache în G.Bodoroncea,V.Cioclei (coord.) op.cit. p.163

elemente ale echităţii faţă de cel condamnat, considerăm că legea ar trebui să specifice acest aspect, astfel încât individualizarea legală în acest context să fie clară şi transparentă.

Pedeapsa detenţiunii pe viaţă nu este menţionată în prevederile art.67 şi art.68 din Codul penal român. În acest sens, art.67 Cod penal specifică faptul că pedeapsa complementară a interzicerii exercitării unor drepturi poate fi aplicată dacă pedeapsa principală stabilită este *închisoarea sau amenda.* De asemenea şi dacă instanţa constată că, faţă de natura şi gravitatea infracţiunii, împrejurările cauzei şi persoana infractorului, această pedeapsă este *necesară*. Constatăm că este prevăzută şi condiţia necesităţii alături de cea a proporţionalităţii cu natura şi gravitatea infracţiunii, de care instanţa este obligată de lege să ţină cont în continuarea individualizării aplicării acestei pedepse complementare, un aspect pozitiv din punct de vedere echitabil. Echitatea este consacrată indirect prin aceste garanţii, care devin astfel obligatorii pentru judecătorul care aplică pedeapsa.

Şi din conţinutul art.68 Cod penal român, lipseşte menţionarea pedepsei detenţiunii pe viaţă, întrucât acesta, referitor la executarea pedepsei complementare a interzicerii unor drepturi, circumscrie executarea sancţiunii doar ipotezelor de stabilire a unei pedepse cu amenda, sau cu închisoarea. *Per deductionem* este susţinută astfel „excluderea pedepsei complementare a interzicerii exerciţiului unor drepturi în cazul individualizării legale a detenţiunii pe viaţă", fiind adus argumentul că "pedeapsa complementară pe durata ei maximă însoţeşte închisoarea în cazurile în care detenţiunea pe viaţă nu se aplică prevăzute în art.57, sau se înlocuieşte, art.58."[161]

Aşadar, interzicerea exerciţiului unor drepturi nu este prevăzută ca fiind incidentă în individualizarea legală a pedepsei detenţiunii pe viaţă. Problema din punct de vedere al clarităţii legii, nu este aceea că textul nu prevede pedeapsa complementară în cazul detenţiunii pe viaţă, alături de închisoare şi amendă, ci faptul că textul în sine nu este clar, şi deci nu prevede contrariul şi anume excluderea pedepsei complementare a interzicerii exerciţiului unor drepturi în cazul detenţiunii pe viaţă. Mai ales că, pentru ipoteza degradării militare, legea prevede expres că aceasta se aplică în cazul detenţiunii pe viaţă pentru anumite categorii de condamnaţi.[162]

---

[161] *Ibidem*

[162] Art.69 alin (2) teza finală: „(2) Degradarea militară se aplică în mod obligatoriu condamnaţilor militari în activitate, în rezervă sau în retragere, *dacă pedeapsa principală aplicată este închisoarea mai mare de 10 ani sau detenţiunea pe viaţă."*

Cu privire la situaţia publicării hotărârii definitive de condamnare la pedeapsa detenţiunii pe viaţă, aceasta funcţionează conform art.70 Cod penal, care conţine criterii proprii de individualizare şi care readuce în prim plan respectarea standardului echitabil de proporţionalitate cu scopul urmărit.

Atunci când este incident cazul neaplicării detenţiunii pe viaţă, în situaţia prevăzută la art.57 Cod penal, individualizarea legală impune ca în cazul unei infracţiuni pedepsite cu detenţiunea pe viaţă, alternativ cu închisoarea, instanţa să aleagă mai întâi una dintre pedepsele alternative. Identificăm plasarea în subsidiar a celei mai grele pedepse privative de libertate, precum şi exigenţa echitabilă conform căreia, în măsura în care există o alternativă la o pedeapsă mai grea, iar aceasta din urmă nu este imperativ necesară, se impune aplicarea pedepsei alternative mai uşoare. Mai ales că în cazul neaplicării detenţiunii pe viaţă, intervine şi factorul vârstei celui condamnat, la data pronunţării hotărârii de condamnare. Desigur că detenţiunea pe viaţă nu este în mod automat interzisă pentru toate persoanele în vârstă, atunci când avem în cauză condamnaţi care nu au împlinit vârsta de 65 de ani. Este totuşi echitabilă prevederea înlocuirii acestei pedepse, dacă ulterior pronunţării, această vârstă este atinsă.

În acest sens, în faţa Curţii Europene a Drepturilor Omului s-a invocat încălcarea art.3 al Convenţiei Europene a Drepturilor Omului care prevede că "nimeni nu poate fi supus torturii, nici pedepselor sau tratamentelor inumane ori degradante" în cazul *Kudla c.Polonia*[163],însă Curtea a statuat că nu este vorba despre o încălcare a articolului 3 din Convenţie atunci când normele naţionale penale prevăd posibilitatea liberării condiţionate. Această pedeapsă ar fi interzisă, în ipoteza în care ar presupune un tratament inuman, sau deţinutul nu ar primi îngrijirile medicale adecvate.[164]

O altă limită stabilită prin individualizarea legală a detenţiunii pe viaţă este interzicerea aplicării ei când condamnatul a împlinit 65 de ani înainte de pronunţarea hotărârii definitive. Această interzicere este obligatorie și efectivă, fiind o modalitate de limitare a hotărârii instanţei de judecată şi a individualizării judiciare subsecvente. Dacă stabilirea pedepsei cu închisoarea de 30 de ani şi interzicerea exercitării unor drepturi pe durata ei maximă este obligatorie atunci când vârsta era deja împlinită la data pronunţării, ea devine facultativă atunci când această vârstă este împlinită în cursul executării pedepsei şi deci ar fi

[163] C.E.D.O. *Kudła c. Polonia*, 26 octombrie 2000, 30210/96 §94 http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-63471, accesat la 12.11.2015

[164] A se vedea şi C.E.D.O. *Aerts c. Belgia* 30.07.1998, p. 1966, § 64 şi urm.http://hudoc.echr.coe.int/, accesat la 12.11.2015

incidentă înlocuirea prevăzută în art.58 C.pen. Astfel, constatăm că instanţa are doar *posibilitatea* să dispună în acest sens, înlocuirea având, de fapt, un caracter facultativ. Mai mult, se va efectua o *personalizare a pedepsei* şi se va evalua buna conduită a condamnatului pe toată durata executării pedepsei, dacă acesta a îndeplinit integral obligaţiile civile stabilite prin hotărârea de condamnare, afară de ipoteza în care dovedeşte că nu a avut nicio posibilitate să le îndeplinească şi dacă a făcut progrese constante şi evidente în vederea reintegrării sale sociale.

Este vorba despre o individualizare mixtă legală şi execuţională, din punctul nostru de vedere, iar faptul că legea acordă instanţei posibilitatea de a dispune înlocuirea, sau nu, generează o inegalitate *in abstracto* de abordare legală şi de tratament faţă de un alt condamnat care a împlinit deja vârsta cerută de lege pentru această înlocuire, înainte de pronunţarea hotărârii. Cu alte cuvinte, cel care e supus procedurii facultative a înlocuirii trebuie să dea dovadă şi de alte aspecte personale ca de exemplu atitudinea sa în vederea reintegrării, sau plata obligaţiilor civile. Considerăm inechitabilă această poziţionare inegală în faţa legii a subiecţilor sancţiunilor penale, de asemenea suntem de acord cu doctrina atunci când aceasta argumentează că „măsura este legată în ambele ipoteze de acelaşi criteriu, adică de vârsta de 65 de ani şi presupune acelaşi efect executarea pedepsei închisorii de 30 de ani şi interzicerea unor drepturi pe perioada de 5 ani şi este aşadar de dorit, *de lege ferenda*, menţinerea caracterului obligatoriu în ambele cazuri."[165] În plus, acest argument se completează cu necesitatea unei abordări echitabile în cadrul acestei individualizări legale, atât pentru persoanele care aveau deja vârsta de 65 de ani, cât şi pentru cele care o dobândesc pe parcurs.

A.c).3. Individualizarea legală a închisorii

În ceea ce priveşte *individualizarea legală a închisorii* în dreptul penal român şi echitatea, limitele legale ale pedepsei cu închisoarea au rămas neschimbate faţă de vechiul Cod penal, ele sunt deci cuprinse între 15 zile şi 30 de ani. Individualizarea legală este una strictă în acest caz şi impune, prin principiul general al legalităţii sancţiunilor de drept penal,

[165] L.V. Lefterache în G.Bodoroncea,V.Cioclei, I.Kuglay, L.V.Lefterache, T.Manea, I.Nedelcu, F.M. Vasile op.cit. p.165

să nu se depăşească în procesul de individualizare a sancţiunii aceste limite generale,[166] astfel că judecătorul care efectuează individualizarea judiciară a închisorii va proceda încadrat fiind de această limitare prevăzută de art.2 alin. (3) Cod penal, atât în cazul în care aplică o pedeapsă pentru o singură infracţiune, cât şi în cazul unei pedepse rezultante.

Constatăm că există deci o impunere a standardelor de echitate prin prisma principiului legalităţii sancţiunii penale, evitându-se astfel o stabilire a pedepsei, sau o aplicare a ei în mod arbitrar. Observăm *echitatea legală* prin textul de lege care conţine reglementarea expresă a principiului şi *echitatea judecătorului (sau o putem denumi praetoriană)* care va individualiza pedeapsa pe parcurs, ghidat însă de echitatea obiectivă a legii (cea dintâi).

De asemenea, actualul Cod penal enumeră situaţii particulare de determinare a individualizării pedepselor în cazul *concursului de infracţiuni, sau al recidivei* prin conţinutul Art.39 în alin.(2)[167]şi art.43.[168] Desigur acest raţionament al legislatorului se justifică prin prisma caracterului mai grav şi periculozitatea sporită a infractorului, care există în caz de concurs, sau recidivă, mai mult, observăm chiar o gradare progresivă a agravării prin cuantumul pedepselor care ar rezulta şi a creşterii duratei acestora: legea prevăzând ca necesară ipoteza depăşirii cu mai mult de 10 ani (în caz de recidivă), respectiv cu 10 ani, sau mai mult (pentru concurs) maximului general al pedepsei închisorii (30 de ani). În plus, este necesar ca pentru cel puţin una din infracţiunile din pluralitate, pedeapsa prevăzută de lege să fie închisoarea de 20 de ani, sau mai mare. Legea prevede în aceste cazuri nişte pedepse aspre prin cuantumul lor ridicat, care denotă periculozitatea celui vizat, într-adevăr, însă o denotă tot prin limitele legale şi abstracte, individualizarea judiciară urmând a fi decisivă din punctul nostru de vedere, pentru că acolo judecătorul va alege, sau nu să aplice detenţiunea pe viaţă.

[166] Art.2 alin (3) Cod penal prevede că nicio pedeapsă nu poate fi stabilită şi aplicată în afara limitelor generale ale acesteia.

[167] Care prevede pentru concursul de infracţiuni că: „atunci când s-au stabilit mai multe pedepse cu închisoarea, dacă prin adăugare la pedeapsa cea mai mare a sporului de o treime din totalul celorlalte pedepse cu închisoarea stabilite s-ar depăşi cu 10 ani sau mai mult maximul general al pedepsei închisorii, iar pentru cel puţin una dintre infracţiunile concurente pedeapsa prevăzută de lege este închisoarea de 20 de ani sau mai mare, se poate aplica pedeapsa detenţiunii pe viaţă."

[168] Care prevede în ceea ce priveşte individualizarea pedepsei pentru recidivă că „dacă s-ar depăşi în cazul pedepsei rezultante cu mai mult de 10 ani maximul general al pedepsei închisorii, iar pentru cel puţin una dintre infracţiunile din pluralitate pedeapsa prevăzută de lege este închisoarea de 20 de ani, sau mai mare, în locul pedepselor cu închisoarea, se poate dispune detenţiunea pe viaţă.

Dacă analizăm această situaţie de individualizare legală şi totodată, persmisiunea pe care legea o conferă judecătorului prin sintagma "poate dispune detenţiunea pe viaţă", putem ajunge la concluzia că legea română are o tendinţă de a pune accentul pe echitatea judecătorului (subiectivă), într-o mai mare măsură decât pe echitatea legii penale (obiectivă). Aceeaşi este situaţia şi în dreptul francez, unde, considerăm noi, judecătorii care individualizează pedeapsa au o foarte largă putere de apreciere. Rolul pedepsei în acord cu politica modernă penală ar fi acela de a reintegra şi deci "recupera" individul, de „a-l reda societăţii", ori, conferind judecătorului, chiar şi la nivel de posibilitate, această putere de alegere şi sancţionare cu cea mai grea pedeapsă principală, se riscă o compromitere a procesului de resocializare şi practic a recuperării condamnatului în societate.

Este simplu, cu cât un individ se simte mai asuprit, sau constrâns şi percepe pe deplin acest fapt, precum şi faptul că este conştient de existenţa unui risc prevăzut în textul de lege, acela de a i se aplica în final detenţiunea pe viaţă, cu atât şansele sale de redresare se reduc, pentru că se descurajează orice posibilă iniţiativă a acestuia de a reveni în societate, el putând considera ca un caz pierdut soarta sa.

Revenim în acest context la ideea lui Beccaria, conform căreia cu cât aplicareaeste mai certă, cu atât ea este mai utilă în procesul de prevenire a infracţiunilor, toate acestea în contradicție cu un cuantum ridicat. În cazul de faţă: existenţa unei posibilităţi de a se aplica cea mai grea dintre pedepsele principale ale unui sistem, adică *detenţiunea pe viaţă*, nu va activa conştiinţa celui în cauză, ci mai degrabă certitudinea aplicării sancţiunii este cea care ar fi putut să îl înfrâneze de la a comite şi alte infracţiuni. Se poate ajunge astfel la situaţia în care, vâzându-şi soarta în totalitate în mâinile judecătorului, cel care a comis fapta penală, să abandoneze şi cel mai vag gând de regret şi/sau de redresare socială. Ori, din punct de vedere al echităţii, nimic nu este mai important decât o redresarea socială din proprie iniţiativă a delincventului, cu ajutorul justiţiei penale *oportun înfăptuite*. Este însuşi fundamentul unei justiţii eficiente. Este drept că legea conferă numai la nivel de *posibilitate* aplicarea detenţiunii pe viaţă, însă să nu uităm că se riscă anumite situaţii de subiectivitate în individualizare, deoarece şi autoritatea care individualizează (judecătorul) poate prezenta o oarecare doză de subiectivitate în exces şi impuls emoţional atunci când îşi formează o imagine despre viitorul condamnat. În fond, nu putem nega faptul că individul este judecat şi pedepsit prin prisma percepţiei judecătorului, mai bine spus, în deplină legătură cu modul în care judecătorul ajunge să îl cunoască prin probele existente la dosar, dar şi prin criteriile

generale de individualizare prevăzute la art.74 Cod penal care privesc persoana,criterii speciale de individualizare, reacţiile, împrejurările faptei,etc.

Mai mult, intrând în sfera individualizării judiciare, alin (2) al art.74 precizează că atunci când legea prevede *pedepse alternative*, se ţine seama de criteriile prevăzute la alin (1) al aceluiaşi articol în raport cu gravitatea infracţiunii săvârşite şi cu periculozitatea infractorului, care se evaluează după următoarele criterii: împrejurările şi modul de comitere a infracţiunii, precum şi mijloacele folosite; starea de pericol creată pentru valoarea ocrotită; natura şi gravitatea rezultatului produs ori a altor consecinţe ale infracţiunii; motivul săvârşirii infracţiunii şi scopul urmărit; natura şi frecvenţa infracţiunilor care constituie antecedente penale ale infractorului; conduita după săvârşirea infracţiunii şi în cursul procesului penal; nivelul de educaţie, vârsta, starea de sănătate, situaţia familială şi socială.

Sintagma *pedepse alternative* se referă la corolarul unui principiu al favorizării reintegrării sociale a celui vizat, nicidecum la posibilitatea unei agravări a pedepsei pe care este susceptibil să o execute. Cu atât mai mult, cu cât privarea de libertate în sine ar trebui văzută ca ultimă alternativă. Este necesară în acest sens respectarea principiului *in favorem*[169] adică politica de reintegrare socială, a protejării drepturilor apărării şi totodată a sancţionării echitabile, astfel încât aceste garanţii să fie efective în raport cu puterea statului de a pedepsi, totodată în concordanţă cu politica de recuperare socială a condamnatului.

În materia recidivei postcondamnatorii s-a prevăzut deci, ca şi în cazul concursului, cu titlu excepţional, posibilitatea aplicării detenţiunii pe viaţă, chiar dacă pedepsele stabilite constau doar în închisoare, atunci când numărul şi gravitatea infracţiunilor ar justifica acest lucru.[170] Se ridică întrebarea: care sunt criteriile care stau la baza raţionamentului legislatorului român, conform căruia recidiva are acelaşi grad de gravitate cu concursul de infracţiuni, astfel încât a prevăzut cele două articole 39 alin (2) şi 43 alin (3) care conferă judecătorului posibilitatea de a înaspri în manieră aproape identică pedeapsa finală în cele două situaţii? Iar dacă s-a prevăzut această posibilitate de agravare a pedepsei pentru recidiva postcondamnatorie, de ce nu s-a prevăzut aceeaşi posibilitate şi pentru recidiva postexecutorie, această formă fiind, în opinia noastră, la fel de gravă? Toate acestea, pe lângă

[169] Doctrina franceză îl numeşte *le principe de faveur* – şi vizează un echilibru între acuzare şi apărare. Vom insista asupra acestuia în partea dedicată dreptului penal francez. Tot din acest principiu izvorăşte şi explicarea aplicării legii penale mai favorabile.

[170] G.Bodoroncea în Gh.Bodoroncea,V.Cioclei, I.Kuglay, L.V.Lefterache, T.Manea, I.Nedelcu, F.M. Vasile, op.cit. p.143

faptul că această alternativă este în sine prea represivă, din punctul nostru de vedere pun sub semnul întrebării existența și verificarea standardelor de echitate în acest context.

O altă reglementare pe care o vedem inechitabilă şi contravine, din punctul nostru de vedere, regulii conform căreia privarea de libertate în sine ar trebui văzută ca ultimă alternativă, este cea din art.36 Cod penal român, alin.(3). [171]Cu privire la tratamentul sancţionator al infracţiunii complexe praeterintenţionate, textul actualului Cod penal român oferă soluţia spre care s-a tins în doctrina de specialitate în ultimii ani, dacă s-a produs numai rezultatul mai grav datorită intenţiei depăşite. Sancţiunea, stabileşte legea, va fi corespunzătoare pedepsei prevăzute de lege pentru faptul consumat, iar nu pentru tentativă la infracţiunea complexă. Un exemplu evidenţiat şi în comentariile doctrinei este cel al violului urmat de moartea victimei, dacă violul nu s-a consumat pentru că violenţele exercitate au generat moartea victimei, pedeapsa va fi aplicată în limitele din art.218 alin. (4), Cod penal, iar nu redusă la jumătate, în acord cu regula tentativei la infracţiunea respectivă.[172]Este o chestiune destul de sensibilă, deoarece, din punct de vedere al gravităţii faptei în forma sa finală legea pare una echitabilă şi proporţională. Însă dacă ne plasăm în sfera purei intenţii a celui care a săvârşit infracţiunea, este clar că acesta nu şi-a preconfigurat rezultatul şi nu a acţionat, asemeni altor infractori care comit omorul în mod intenţionat, sau chiar premeditat. Este vorba despre gradul de rea voinţă, care ar trebui luat în considerare, dacă politica penală se vrea una umanistă. Se militează pentru o recuperare şi o reintegrare a individului în societate, însă ne întrebăm dacă nu cumva, în situaţia dată, individul poate să se simtă neîndreptăţit, fiind conştient că el nu a urmărit să ucidă în realitate. Unde este echitatea în contextul în care legea îi plasează pe infractorii cu intenţii total diferite în aceeaşi viziune a gradului de severitate a pedepsei care se cere aplicată în final? Aşadar, din punctul nostru de vedere, sancţiunea ar trebui să se încadreze în limitele prevăzute pentru tentativa la infracţiunea complexă, nu există argumente logice pentru atribuirea unei vinovăţii caracteristice unei intenţii calificate cu privire la o faptă ce putea să rezulte, sau nu şi s-a întâmplat ca ea să rezulte în cele din urmă. Regimul din actualul Cod penal este unul

[171] Care prevede că "infracţiunea complexă săvârşită cu intenţie depăşită, dacă s-a produs numai rezultatul mai grav al acţiunii secundare, se sancţionează cu pedeapsa prevăzută de lege pentru infracţiunea complexă consumată."

[172] G. Bodoroncea în G.Bodoroncea,V.Cioclei, I.Kuglay, L.V.Lefterache, T.Manea, I.Nedelcu, F.M. Vasile op.cit.p.120

nejustificat de aspru şi contravine, în opinia noastră, standardelor echitabile de pedeapsă rezonabilă.

Cu privire la regimul de sancţionare a infracţiunii continuate, art.42 din Codul penal din 1968 sancţiona acest tip de infracţiuni cu pedeapsa prevăzută de lege pentru infracţiunea săvârşită la care se putea adăuga un spor de până la 5 ani, potrivit art.34 sau art.40[1] alin (1) Cod penal din 1968. Instanţa aplica o pedeapsă până la maximul special prevăzut de lege. Iar dacă acesl maxim se dovedea insificient, se putea adăuga un spor de până la 5 ani în cazul închisorii, respectiv de până la jumătate din maximul special în cazul amenzii pentru persoana fizică. Pentru persoana juridică, sporul putea fi de până la o treime din maximul special al amenzii. Sporul era facultativ, instanţa putea aprecia dacă se impunea să limiteze pedeapsa pe care o pronunţa la cadrul limitelor din norma de incriminare, chiar dacă fapta era comisă în formă continuată. Legea penală nouă prevede un regim mai puţin aspru deoarece maximul cu care se poate majora este limitat la 3 ani în cazul închisorii şi la o treime în cazul amenzii. Este un pas important spre politica de umanizare a pedepselor prin diminuarea cuantumului majorării îngăduite de lege pentru individualizarea judiciară concretă.

Art.49 Cod penal român, în teza întâi prevede că "instigatorul, complicele şi coautorul la o infracţiune săvârşită cu intenţie se sancţionează cu pedeapsa prevăzută de lege pentru autor." Este vorba despre unul dintre curentele teoriei moniste, sau a unităţii de infracţiune elaborată sub influenţa şcolii clasice, care susţine ideea unei sancţiuni identice pentru toţi participanţii, parificarea pedepsei. În fapt, unităţii materiale îi corespunde o unitate subiectivă, aceea a coeziunii psihice între participanţi[173]. De aici şi expresia din lege: „la o infracţiune săvârşită cu intenţie", caracteristică participaţiei proprii. Individualizarea legală porneşte de la aceleaşi limite legale ale pedepsei pentru toţi participanţii, însă judecătorul este obligat să ţină seama de contribuţia participanţilor la săvârşirea infracţiunii, precum şi de celelalte criterii de individualizare judiciară. Aşadar, teza întâi este cea a parităţii pedepselor, iar teza a doua a articolului prevede diversificarea judiciară a acestora. Vor fi diferite în final în funcţie de contribuţiile participanţilor şi de criteriile subiective de individualizare. Deşi textul primei teze a articolului ar putea crea impresia că pedeapsa ce va fi aplicată participanţilor este cea prevăzută de lege pentru autor, dacă este parcurs literalmente, de fapt diversificarea impusă judecătorului prin teza a doua a aceluiaşi articol readuce elementul echitabil în ecuaţie, deoarece, este vorba doar despre încadrarea pedepsei între limitele de

[173] Viorel Paşca, op.cit.,p.358

pedeapsă speciale prevăzute de lege pentru autori, în realitate, pedepsele vor fi distincte, în funcţie de fiecare contribuţie în parte. Există aşadar o obligaţie de diversificare judiciară a pedepselor după criteriul realist al contribuţiei concrete a fiecărui participant la infracţiune. Diversificarea sancţiunilor concrete are astfel loc într-un cadru legal unic, aceleaşi limite de pedepse pentru toţi participanţii.[174]Considerăm teza a doua a art. 49 Cod penal esenţială din punct de vedere echitabil, întrucât coautorii, deşi realizează împreună elementul material al infracţiunii, nu au o contribuţie egală întotdeauna, atât calitativ, cât şi cantitativ. Spre exemplu în cazul infracţiunilor complexe, un coautor poate realiza acte de executare care compun infracţiunea absorbantă, iar altul, acte de executare ce compun infracţiunea absorbită. Deşi coautorul care săvârşeşte infracţiunea absorbantă este presupus că are o contribuţie mai însemnată care denotă un pericol social mai ridicat, lucrurile nu pot forma o certitudine în acest sens deoarece, precum exemplifică doctrina, infracţiunea principală poate rămâne în formă de tentativă, iar rezultatul să se producă pe linia infracţiunii adiacente.[175]De asemenea, în exemplul unei infracţiuni complexe care are ca urmare praeterintenţionată moartea victimei, acţiunea coautorului din sfera acţiunii absorbite nu este una insignifiantă, acesta generând moartea victimei prin contribuţia sa personală[176]. Aşadar, echitatea impune regula conform căreia, indiferent dacă toţi participanţii sunt, sau nu, autori ai infracţiunii, contribuţia fiecăruia în parte trebuie individualizată şi diferenţiată de a celorlalţi, chiar dacă pedeapsa va fi stabilită tot conform tezei întâi a art.49 Cod penal. În aceeaşi logică de idei, deşi în mod abstract, conform textului, instigatorul pare să fie pedepsit cu aceeaşi pedeapsă prevăzută de lege pentru autor, în mod concret, se va ţine seama de contribuţia sa efectivă la infracţiune, pedeapsa putând fi superioară, sau inferioară celei care va fi aplicată autorului în final.[177]

Considerăm însă că exprimarea legislatorului în textul art.49 Cod penal român este una ambiguă, în special în cuprinsul tezei întâi a articolului. Este necesară înlocuirea sintagmei "pedeapsa prevăzută de lege pentru autor", cu o exprimare mai clară.

De semnalat ar fi şi ambiguitatea criteriilor de proporţionalizare de care a ţinut cont legislatorul român, atunci când a determinat minimul şi maximul de pedeapsă al infracţiunilor

[174] *Idem*, p.379

[175] Viorel Paşca, op.cit.,p.379

[176] *Ibidem*

[177] *Ibidem*

de luare şi dare de mită prevăzute în art 289 şi 290 Cod penal român.Spre deosebire de Codul penal anterior care prevedea limite mai mari de pedeapsă, în Codul penal actual, dacă pentru luarea de mită, limitele prevăzute de lege sunt închisoarea de la 3 la 10 ani şi interzicerea exercitării unor drepturi, precum cel de a ocupa o funcţie publică şi de a exercita profesia, sau activitatea în executarea căreia a săvârşit fapta, nu putem să nu observăm că pentru darea de mită, infracţiune la fel de gravă şi cu acelaşi grad de pericol social, din punctul nostru de vedere, limitele speciale ale pedepsei închisorii pevăzute sunt între 2 şi 7 ani. Totodată, pentru traficul de influenţă, prevăzut în cuprinsul art.291 Cod penal şi pentru cumpărarea de influenţă, prevăzută în art.292 Cod penal, limitele pedepsei cu închisoarea sunt identice, de la 2 la 7 ani, cele două infracţiuni prezentând acelaşi nivel de pericol abstract social în viziunea legislatorului. Este vorba despre o logică ambiguă de apreciere a pericolului social pe parcursul reglementărilor penale, care, necesită deci o bază formată din norme de echitate, fără de care, precum putem observa, există situaţii incerte într-un domeniu unde claritatea şi precizia legilor sunt esenţiale.[178] Aşadar, considerăm că este necesară modificarea Codului penal român care să ducă la stabilirea unor limite identice de pedeapsă pentru infracţiuni care prezintă acelaşi grad de pericol social.

A.c).4. Individualizarea legală a amenzii

Cu privire la individualizarea legală a amenzii în dreptul penal român, faţă de vechiul Cod penal, în ceea ce priveşte această sancţiune penală, actualul Cod penal român prevede că amenda poate fi stabilită de sine stătător, sau însoţind închisoarea, cu rol de cauză de agravare facultativă în cazul infracţiunilor prin care s-a urmărit obţinerea unui folos patrimonial.[179] Individualizarea amenzii are un sistem aparte, ea vizând conform Noului Cod penal român

[178] *Per a contrario*, în cazul aceloraşi infracţiuni, legislatorul francez dă dovadă de precizie şi claritate în logica reglementării şi prevede aceleaşi limite de pedepse, astfel, pentru luarea de mită, art.435-1 Cod penal francez prevede ca pedeapsă închisoarea de 10 ani şi amenda în cuantum de 1 000 000 €, al cărei cuantum poate fi mărit până la echivalentul dublului beneficiului câştigat în urma infracţiunii ; pentru darea de mită pedeapsa prevăzută este identică (art.435-3 Cod penal francez).Traficul de influenţă, prevăzut de art.435-2 Cod penal francez este susceptibil de o pedeapsă de 5 ani închisoare şi amendă în cuantum de 500 000 €, al cărei cuantum poate fi mărit până la echivalentul dublului beneficiului câştigat de pe urma infracţiunii, în mod simetric, cumpărarea de influenţă prevăzută de art.435-4 Cod penal francez este susceptibilă de aceleaşi pedepse. Pentru un raţionament identic, a se vedea în egală măsură art.435-7, 435-8, 435-9, 435-10 Cod penal francez

[179] L.V.Lefterache în G.Bodoroncea,V.Cioclei, I.Kuglay, L.V.Lefterache, T.Manea, I.Nedelcu, F.M. Vasile op.cit. p.172

stabilirea unui număr de zile amendă, iar apoi cuantumul unei zile amendă.[180] Dacă Sistemul zilelor amendă a fost introdus în dreptul penal român abia prin intrarea în vigoare la data de 1 februarie 2014 a actualului Cod penal și a Legii nr. 253/2013 privind executarea pedepselor, a măsurilor educative şi a altor măsuri neprivative de libertate dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal, în sistemul francez, zilele amendă au fost introduse încă din anul 1983 prin legea din 10 iunie 1983, având la bază modelul ţărilor nordice: scandinave şi germane, fiind o alternativă la pedepsele cu închisoarea de scurtă durată.

Iniţiativa franceză în sine a fost animată de respectarea principiului egalităţii cetăţenilor în faţa legii, astfel că suma aferentă amenzilor să poată să fie achitată în funcţie de criterii echitabile şi egalitare, impunându-se un sacrificiu financiar proporţional cu nivelul financiar al fiecăruia dintre indivizii vizaţi de amendă. De asemenea instituția pedepsei amenzii a fost reformată în mod substanțial, conferindu-i-se o sferă de aplicare mai extinsă față de Codul penal anterior, prin creșterea numărului infracțiunilor și a variantelor acestora pentru care amenda poate fi aplicată ca pedeapsă unică sau ca pedeapsă alternativă la pedeapsa închisorii.[181]

Doctrina constată că prin mecanismul de determinare a cuantumului se asigură o mai bună individualizare a pedepsei aplicate, atât sub aspectul proporționalității, exprimat în numărul zilelor-amendă, cât și sub cel al eficienței, prin determinarea valorii unei zile-amendă, ținând seama de obligațiile patrimoniale ale condamnatului.[182] Valoarea unei zile-amendă este determinată având în vedere persoana inculpatului, în așa fel încât amenda stabilită să fie percepută de către inculpat și de către societate ca o sancțiune veritabilă, dar în același timp să nu îl pună pe inculpat în imposibilitatea de a-și îndeplini obligațiile legale de întreținere.[183]

[180] Art.61 alin.(2) C.pen prevede sistemul zilelor amendă. Suma corespunzătoare unei zile-amendă, cuprinsă între 10 lei şi 500 lei, se înmulţeşte cu numărul zilelor-amendă, care este cuprins între 30 de zile şi 400 de zile.

[181] M. A. Hotca, *apud* C. Voicu, A.S. Uzlău, R. Moroșanu, C. Ghigheci, Noul Cod penal. Ghid de aplicare pentru practicieni, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 102.

[182] Angelica Daniela CHIRILĂ, "Aplicarea pedepsei amenzii în Noul Cod penal. Câteva considerații despre sistemul zilelor-amendă" Revsta de note şi studii juridice, 2014.

[183] M. Udroiu, V. Constantinescu, *Noul Cod penal. Codul penal anterior*, Ed. Hamangiu, București, 2014,p.75

Sistemul zilelor-amendă a fost propus de doctrina românească pentru că permite o individualizare mai bună a sancțiunii amenzii, potrivit cu criteriile generale și speciale de individualizare a sancțiunii, totodată și cu situația economică a condamnatului.[184]
Astfel, numărul zilelor-amendă va fi stabilit prin utilizarea criteriilor generale de individualizare[185] şi în cadrul limitelor speciale prevăzute de alin. 4 al art. 61 al actualului Cod penal.

Din considerente de echitate, din punctul nostru de vedere, în cadrul individualizării judiciare, în cazul unui infractor primar care realizează salariul minim pe economie, având în întreținere un minor, instanța se poate îndrepta spre minimul special atât al numărului zilelor-amendă, cât și spre minimul general pentru cuantumul zilei-amendă, putând astfel aplica o amendă în cuantum de 1200 de lei (10 lei x 120 de zile-amendă).[186]

Introducerea *posibilității* de a aplica amenda cumulativ cu pedeapsa închisorii, când prin infracțiunea săvârșită subiectul a urmărit obținerea unui folos patrimonial prin art. 61 alin. 5[187] din actualul Cod penal, este de asemnea o noutate a Codului penal actual., Observăm din nou că legea lasă o prerogativă destul de largă judecătorului, conferindu-i posibilitatea să agraveze situaţia prin aplicarea cumulativă a amenzii cu închisoarea, mai mult, îi acordă încă o opţiune, aceea de a spori cu o treime limitele speciale ale zilelor amendă, dacă făptuitorul a urmărit un folos patrimonial. Din raţionamente ce ţin de echitate, considerăm necesar să se ia în considerare diferenţa esenţială între siguranţa aplicării unei pedepse şi agravarea ei, cu atât mai mult cu cât, deja limitele generale ale pedepsei amenzii se situează între 300 lei și 200.000 de lei, ele fiind deja majorate în mod semnificativ față de limitele generale prevăzute în Codul penal din 1969. Deși în actualul Cod penal nu a mai fost prevăzută o dispoziție similară cu cea cuprinsă în art. 63 alin. 4 din Codul penal din 1969,[188]

---

[184] G. Antoniu (coordonator), E. Dobrescu, T. Dianu, Gh. Stroe, T. Avrigeanu, *Reforma legislației penale*, Ed. Academiei Române, București, 2003, p. 181.

[185] Art.74 Cod penal român

[186] M. Udroiu, V. Constantinescu, op.cit., p. 75.

[187] ”Dacă prin infracțiunea săvârșită s-a urmărit obținerea unui folos patrimonial, iar pedeapsa prevăzută de lege este numai amenda, ori instanța optează pentru aplicarea acestei pedepse, limitele speciale ale zilelor-amendă se pot majora cu o treime”.

[188] Care prevedea că amenda se stabileşte ţinându-se seama de dispoziţiile art. 72 (care prevedeau criteriile de individualizare generală în Codul din 1968), fără a-l pune însă pe infractor în situaţia de a nu-şi putea îndeplini îndatoririle privitoare la întreţinerea, creşterea, învăţătura şi pregătirea profesională a persoanelor faţă de care are aceste obligaţii legale.

interdicția de a depăși limitele generale ale pedepsei este consacrată prin principiul legalității sancțiunilor penale în art. 2 alin. (3) al actualului Cod penal român care interzice aplicarea oricărei pedepse în afara limitelor stabilite de lege.

Tot actualul Cod penal stabilește și obligația instanței de a înlocui amenda penală neexecutată din motive imputabile cu pedeapsa închisorii. Este vorba despre o neexecutare cu rea-credință, aşadar înlocuirea este echitabilă în măsura în care există dovezi neîndoielnice cu privire la atitudinea negativă a condamnatului faţă de executarea sancţiunii care i-a fost aplicată. Constrângerea înlocuirii este justificată numai în măsura în care ea nu este abuzivă şi necesită în acelaşi timp un rol educativ pentru cel care o suferă.

Este necesară, în egală măsură, definirea noțiunii de *rea credință* în acest context. Considerăm că sursa conturării acestei definiri se regăseşte în individualizarea judiciară a pedepsei. Având în vedere aceste două aspecte, legea penală mai favorabilă va fi, în principiu, Codul penal din 1969.

Cod penal român prevede în art. 62 regimul amenzii care însoțește pedeapsa închisorii. Nu am identificat corespondent în Codul penal din 1969, acesta nu prevedea posibilitatea aplicări amenzii cumulativ cu pedeapsa închisorii, ci numai alternativ cu aceasta. Aplicarea pedepsei amenzii cumulativ cu pedeapsa închisorii a fost prevăzută de Codul penal din 1936 și a fost în vigoare până în anul 1954, când textul art. 52, ce prevedea că amenda corecțională se aplică singură, sau pe lângă altă pedeapsă, a suferit modificări, eliminându-se posibilitatea aplicării amenzii pe lângă altă pedeapsă.[189] În acord cu modelul Codului penal francez din 1994, aplicarea pedepsei amenzii pe lângă pedeapsa închisorii este reintrodusă şi în Codul penal român, ca *opţiune* conferită de lege, judecătorului în cazul infracțiunilor prin care s-a urmărit obținerea unui folos patrimonial. Argumentul a fost cel al unei combateri eficiente a criminalităţii care are ca scop principal *înavuţirea.*[190] Din nou se face apel la *echitatea judecătorului*, astfel că dacă acesta apreciază, luând în considerare criteriile de individualizare generale prevăzute de art.74 Cod penal, poate aplica în mod cumulativ aceste sancțiuni.

De asemenea, *echitatea subiectivă* a instanţei va fi determinată în acest caz de necesitatea eficienței sancțiunii penale şi, în definitiv, a justiției penale. În ceea ce priveşte

[189] B. N. Bulai, în G. Antoniu (coordonator), Al. Boroi, B. N. Bulai, C. Bulai, Șt. Daneș, C. Duvac, M. Ketty Guiu, C-tin Mitrache, C. Mitrache, I. Molnar, I. Ristea, C. Sima, V. Teodorescu, I. Vasiu, A. Vlăsceanu, op.cit., p. 38

[190] Angelica Daniela Chirilă, studiul citat, Revista de note şi studii juridice, 25 iunie 2014

folosul material, nu este necesar ca acesta să fi fost efectiv obținut, legea penală impunând doar condiția ca făptuitorul să fi urmărit obținerea folosului.[191]Este vorba despre o apreciere abstractă a intenţiei făptuitorului, deci de o individualizare legală abstractă cu privire la condiţia ce trebuie îndeplinită şi care oferă posibilitatea dispunerii acestui cumul, pe care dacă o raportăm la echitate, considerăm că se impune totuşi *de lege ferenda* o modificare a legii în sensul prevederii ca folosul material *să se fi obţinut efectiv*. Este vorba despre necesitatea existenţei unei dovezi concrete a intenţiei, precum şi a gradului de periculozitate a infractorului şi în funcţie de un cuantum concret al folosului efectiv obţinut.

Este firesc ca, fiind mai aspre, dispozițiile privind amenda care însoțește pedeapsa închisorii să nu se aplice în cazul infracțiunilor săvârșite anterior intrării în vigoare a actualului Cod penal și deci acestea nu vor fi avute în vedere pentru determinarea legii penale mai favorabile.[192]

Prin excepție de la prevederile art. 61 alin. (6) Cod penal, individualizarea legală impune ca în cazul în care amenda însoțește pedeapsa închisorii, limitele speciale ale zilelor-amendă se determină în raport cu pedeapsa stabilită de instanță și nu vor fi reduse sau majorate conform cauzelor de agravare sau atenuare a răspunderii.[193]

Înlocuirea amenzii cu închisoarea vizează atât cazul în care legea prevede numai amenda, cât şi cel în care este prevăzută amenda alternativ cu închisoarea şi indiferent de suma stabilită de către instanţă, individualizarea legală impune prin alin.(3) al art.63 Cod penal, că înlocuirea se face prin echivalarea unei zile amendă cu o zi închisoare. Într-o primă etapă instanţa individualizează amenda sub forma zilelor amendă, iar avantajul este că durata pedepsei închisorii este previzibilă încă de la rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare la pedeapsa amenzii sub formă de zile amendă. Criteriul previzibilităţii textului legal este validat în această reglementare, astfel că individualizarea este conformă standardelor de echitate din punct de vedere al clarităţii şi preciziei textului legislativ. În egală măsură prezintă claritate şi regulile de individualizare legală stabilite de art.64 Cod penal, care

[191] M. Udroiu, *Fişe de drept penal. Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 129

[192] I. Pascu, A.S. Uzlău, *Drept penal. Partea generală*, Ediția a 3-a, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 352

[193] art. 62 alin. 2 actualul Cod penal, în cazul săvârșirii unei tentative la infracțiunea de furt, prevăzută de art. 228 alin. 1 Cod penal, cu închisoare de la 6 luni la 3 ani sau cu amendă, pentru care instanța stabilește o pedeapsă de 1 an închisoare, limitele speciale ale zilelor-amendă, între care poate fi individualizată amenda penală, sunt cele prevăzute în art. 61 alin. 4 lit. b) Cod penal – 120 și 240 de zile-amendă – raportarea realizându-se la durata pedepsei stabilită de instanță, fără a aplica și acestora din urmă reducerea la jumătate prevăzută de art. 33 alin. (2) Cod penal - M. Udroiu, V. Constantinescu, op. cit., p. 78.

stabileşte că unei zile amendă îi corespunde o zi de muncă în folosul comunităţii, oferind o alternativă în caz de incapacitate de executare a pedepsei amenzii neimputabilă persoanei condamnate. Se ţine seama şi de starea de sănătate a persoanei, deci individualizarea este una mixtă, în concret ea realizându-se în faza sa judiciară.

În ceea ce priveşte ipoteza analizată, considerăm echitabilă posibilitatea acordată judecătorului de a cumula închisoarea cu amenda în condiţiile în care se dovedeşte intenţia de înavuţire. În opinia noastră este vorba despre o situaţie care nu este morală, ea constituind un exemplu negativ în societate, folosul material efectiv obţinut este simetric penalizat prin amenda ce poate fi dispusă de către instanţă, iar reaua intenţie de înavuţire este şi ea penalizată prin închisoarea specifică infracţiunilor respective. Atât timp cât legea prevede doar *posibilitatea* cumulării celor două sancţiuni, prevederea este una echitabilă, deoarece se conferă judecătorului prerogativa aprecierii *in concreto*, de la caz la caz, a necesităţii reale a unei aplicări a acestui cumul. Pe de altă parte, se oferă un exemplu prin pedeapsa aplicată, care este realmente susceptibil să descurajeze atitudini infracţionale similare eventuale. Pedeapsa având în acest context rolul moralizator şi preventiv pe care ar trebui să îl aibă toate sancţiunile penale.

În Codul penal român este totuşi prevăzută alternativa înlocuirii amenzii cu prestarea unei munci neremunerate în folosul comunităţii, cu consimţământul persoanei în cauză, în funcţie de analiza aceloraşi criterii factuale şi personale, punându-se accent pe buna credinţă a condamnatului şi pe imposibilitatea materială a acestuia de a executa pedeapsa amenzii.[194]Cu toate acestea art.53 din Codul penal român cuprinde o enumerare limitativă a pedepselor principale, în pofida sugestiilor din doctrină de a se lărgi sfera pedepselor principale pentru a se oferi judecătorilor posibilităţi mai mari de adaptare a pedepsei la gravitatea faptelor comise, la împrejurările specifice în care au fost comise şi la trăsăturile particulare ale fiecărui infractor în parte, noua reglementare nu a depăşit decât în mică măsură soluţiile reglementării anterioare. Precum am constatat deja, pedepsele principale sunt aceleaşi cu cele din Codul din 1968, modificarea regăsindu-se numai în privinţa noului sistem introdus în actualul Cod penal, al zilelor amendă. Dacă actualul Cod penal francez prevede

[194] Art. 64 Cod penal român este în acord cu principiul umanismului pedepsei deoarece textul de lege prevede necesitatea consimţământului persoanei condamnate, mai mult, alin.(6) din art.64 Cod penal român prevăzând numai în ultimă instanţă înlocuirea amenzii neexecutate cu închisoarea şi numai dacă persoana condamnată nu îşi dă consimţământul la prestarea muncii neremunerate în folosul comunităţii. De asemenea şi logica principiului minimei intervenţii punitive, precum şi standardele echităţii justiţiei penale sunt în acest context respectate.

realmente o scară largă de pedepse datorită clasificării tripartite a infracţiunilor în crime, delicte şi contravenţii, constatăm că şi Codul penal român din 1937, cuprindea o asemenea ordonare a infracţiunilor, precum şi mai multe pedepse privative de libertate. În prezent însă, cele două Coduri sunt diferite din aceste puncte de vedere. Conform doctrinei, această simplificare în dreptul penal român a felurilor de pedepse se explică, pe de o parte prin renunţarea la împărţirea infracţiunilor în crime, delicte şi contravenţii, iar pe de altă parte datorită concepţiei Codului penal român din 1968 care stă la baza actualului Cod penal român, conform căreia este suficient un singur regim de executare a pedepsei privative de libertate, acelaşi pentru toate infracţiunile.[195]

În Codul penal francez apare alternativa aplicării amenzii în locul închisorii în chiar reglementarea din partea sa generală, iar partea generală a Codului penal român, prevede doar situaţia în care, spre exemplu, amenda, fie este stabilită ca pedeapsă de sine stătătoare, fie, însoţind pedeapsa închisorii, ca o cauză de agravare facultativă, atunci când, prin infracţiuni, s-a urmărit obţinerea unui folos patrimonial. Găsim totuşi în partea specială, nu puţine cazuri în care amenda este prevăzută ca alternativă la pedeapsa închisorii, cum ar fi exemplul incitării la ură, sau discriminare prevăzută de art.369, încercării de a determina săvârşirea unei infracţiuni- art. 370 Cod penal român, tulburării ordinii şi liniştii publice- art.371 Cod penal, portului, sau folosirii fără drept de obiecte periculoase - art.372 Cod penal, împiedicării desfăşurării unei adunări publice – art. 373 Cod penal, pornografiei infantile, însă doar în variantele accesării fără drept de materiale pornografice cu minorii (art.374, alin.(3), sau (1^2) vizionarea de spectacole pornografice în cadrul cărora participă minori,[196]ultrajului contra bunelor moravuri - art.375 Cod penal, de asemenea, în cazul unora dintre infracţiunile contra familiei, a celor contra libertăţii religioase şi respectului datorat persoanelor decedate, etc.

Din raţiuni ce vizează echilibrul, şi armonizarea reglementării generale cu reglementarea specială, considerăm că partea generală a Codului penal român ar trebui să prevadă explicit alternativa aplicării amenzii în locul închisorii, în funcţie de scara de valori protejate de dreptul penal substanţial, chiar dacă regula este aceea că *specialibus generalia derogant.* Sunt de fapt nuanţe ce ţin de respectarea imperativului de claritate si precizie a legii penale, iar modalităţile de individualizare judiciară prevăzute în prima parte a Codului penal

[195] Ștefan Daneș în George Antoniu, Tudorel Toader (coord.) op.cit. p.15

[196] Introdus prin O.U.G. din 18 mai 2016, publicată în M. Of. nr. 389 din 23 mai 2016

român ar fi în armonie cu cele prevăzute în partea specială. Criteriile de individualizare generale ce ţin de resursele financiare şi obligaţiile condamnatului şi de circumstanţele infracţiunii sunt similare cu cele din dreptul francez, însă constatăm că legea noastră penală nu prevede şi deci nu oferă acele "mai" vaste opţiuni pe care le are *de facto* judecătorul francez şi pe care le poate aplica în activitatea de determinare şi aplicare concretă a pedepsei.[197]

Nu putem contesta faptul că legislaţia penală franceză a influenţat elaborarea noului Cod penal român, în acest sens ar fi indicată şi preluarea modelului numeroaselor alternative pentru pedepsele privative de libertate din Codul penal francez. Astfel în art.131-1 Cod penal francez, sunt prevăzute ca pedepse criminale: recluziunea criminală, sau detenţia criminală de cel mult 30 de ani; recluziunea criminală, sau detenţia criminală de cel mult 20 de ani; recluziunea criminală, sau detenţia criminală de cel mult 15 ani, iar durata recluziunii criminale, sau a detenţiei criminale este de cel puţin 10 ani ca şi prag care delimitează crimele de delicte, în art.131-3 sunt prevăzute pedepsele corecţionale, pentru delicte: închisoarea, constrângerea penală, amenda, amenda sub forma zilelor amendă, stagiul de cetăţenie, munca în interesul general, precum şi pedepsele privative, sau restrictive de drepturi prevăzute de art 131-6 (unde sunt reglementate alte alternative pentru pedeapsa cu închisoarea în caz de delict), asupra cărora nu insistăm în această secţiune. În acest sens împărtăşim sugestiile doctrinei actuale care s-a pronunţat în sensul necesităţii adoptarării unei game mai largi de pedepse principale pe lângă cele deja existente în Codul penal român, cum ar fi: pedeapsa detenţiunii severe, pedeapsa închisorii stricte, ş.a.m.d, care ar oferi o mai mare eficienţă individualizării judiciare a pedepselor şi în egală măsură „ar spori încrederea cetăţenilor în politica penală a statului de drept."[198]

A.c).5. Alte aspecte ce vizează echitatea cu privire la individualizarea pedepselor principale.

Alt aspect, pe care îl considerăm ca necesar a fi amintit, din perspectiva conexiunii dintre echitate, văzută ca echilibru în dreptul penal substanţial şi politica penală de

[197] Există doar reglementări ca art. 63 Cod penal român care prevede înlocuirea amenzii cu închisoarea în cazul în care zilele amendă nu sunt executate cu rea-credinţă de către condamnat, nu se reglementează însă o situaţie vice-versa, în care închisoarea să poată fi înlocuită cu amenda, atunci când există bună-credinţă în executarea ei, ș.a.m.d. Este doar un exemplu, lista alternativelor putând fi una mult mai complexă, astfel încât să se ofere cât mai multe alternative de sancţionare, adecvate pentru cât mai multe situaţii care s-ar putea ivi.

[198] Ștefan Daneș în G.Antoniu, T. Toader (coord.) op.cit. p.16

individualizare în Codul penal român, este cel invocat şi de doctrină, care critică recenta iniţiativă legislativă prin Ordonanţa de urgenţă din 18 mai 2016. Aceasta aduce o serie de modificări Codului penal român în vigoare, modificări care nu sunt tocmai în acord cu principiul minimei intervenţii, sau cu cel al umanismului justiţiei penale. Se constată că "ordonanța revine la politica represivă mărginită, practicată înainte de intrarea în vigoare a noului Cod, politică a cărei unică „filozofie" a fost sporirea pedepselor."[199]

Se invocă exemplul din art. 1 pct. 11 din respectiva inițiativă legislativă care vizează sporirea pedepselor și care prevede introducerea unui capitol nou (VI) în finalul Titlului II (Infracțiuni contra patrimoniului), capitol ce cuprinde un singur articol, 256[1], cu următorul conținut: „Faptele care au produs consecințe deosebit de grave. Dacă faptele prevăzute la art. 228, 229, 233, 234, 235, 239, 242, 244, 245, 247, art. 249-251 au produs consecințe deosebit de grave, limitele speciale ale pedepsei prevăzute de lege se majorează cu jumătate."[200]Această dispoziție contrazice spiritul actualului Cod penal român, care militează pentru readucerea pedepselor la un nivel rezonabil și restabilirea unei ierarhii firești a pedepselor, în dependență cu valorile ocrotite. Mai ales în contextul în care, în momentul elaborării Proiectului actualului cod penal, prin Expunerea de motive, s-a arătat foarte clar că decizia de reducere a pedepselor la infracțiunile patrimoniale a avut la bază un studiu, din care rezulta inutilitatea păstrării unor limite maxime de pedeapsă extrem de ridicate, care nu au fost niciodată aplicate în practică.[201] O.U.G. nr. 18/2016 pregăteşte revenirea la maxime de pedeapsă mari pentru infracțiunile patrimoniale, ce riscă să ajungă din nou demne de a fi comparate cu cele prevăzute pentru infracțiunile contra vieții. Astfel, conform ordonanţei, prin majorarea cu jumătate a limitelor pedepselor, se ajunge la un maxim de 15 ani pentru un furt calificat,[202] sau de 18 ani pentru tâlhărie.[203]S-a ridicat problema calităţii studiilor criminologice care s-au făcut pentru a legitima necesitatea revenirii la astfel de pedepse şi dacă, în cadrul acestora, a rezultat din vreo analiză că judecătorii au aplicat în concret, pentru

[199] Valerian Cioclei, *Politica penală – „musafirul de-o prună, sau de două"?*, Revista de note şi studii juridice, http://www.juridice.ro/, consultat la 7 iulie 2016.

[200] Introdus prin O.U.G. din 18 mai 2016

[201] *Ibidem*

[202] art. 229 alin. 3 Cod penal raportat la art. 256 indice 1 introdus prin OUG 18 mai 2016 publicată în M. Of. nr. 389 din 23 mai 2016

[203] art. 234 alin. 2 Cod penal raportat la art. 256 ind. 1 introdus prin OUG 18 mai 2016 publicată în M. Of. nr. 389 din 23 mai 2016

astfel de fapte, pedeapsa maximă existentă şi aceasta s-a dovedit ineficientă.[204] Echitatea în contextul politicii penale actuale vizează eficienţa justiţiei penale în procesul de recuperare a individului şi deci de reintegrare a acestuia în societate. "Această decizie de politică penală vine în contextul în care România are mari probleme legate de situația dezastruoasă din penitenciare şi există riscul ca, la Curtea Europeană a Drepturilor Omului, statul român să fie condamnat pentru faptul că, din cauza suprapopulării, deținuții din penitenciarele naţionale sunt „cazați" în condiții inumane. În locul unui decret de amnistie și grațiere care ar fi absolut justificat (în unele cazuri), politica penală actuală se orientează înspre sporirea limitelor de pedeapsă pentru infracțiunile patrimoniale, infracțiuni ce au o frecvență ridicată în cadrul fenomenului criminal român care generează sporirea populației penitenciare, iar nu diminuarea acesteia."[205]

Mai mult, actualmente se anunţă în politica penală română noi propuneri normative care vor introduce în Legea executării pedepselor veritabile şanse pentru condamnaţi de a câştiga zile de libertate. Deocamdată aflată doar la nivel de propunere a Ministrului Justiţiei, pentru o zi de detenţie în condiţii inumane, deţinuţii vor putea obţine o zi de libertate, în măsura în care îşi vor dovedi punctul de vedere cu privire la aceste condiţii inumane. Din punctul nostru de vedere, această iniţiativă nu ar face decât să genereze o inegalitate între deţinuţi prin implementarea indirectă a unui spirit de competiţie între aceştia în a găsi dovezi cu privire la condiţiile inumane în care îşi execută pedepsele, tocmai în scopul obţinerii zilelor de libertate. Vedem o inechitate în politica penală care este pe cale a fi implementată, în măsura în care această propunere va fi acceptată de către forul legislativ.

În accepţiunea noastră, revenind la ideea de proporţionalitate, ar fi mai potrivită o reglementare expresă a principiului proporţionalităţii pedepselor penale cu infracţiunea, în sensul său tehnic. Cu certitudine, principiul respectării proporţionaltăţii ingerinţei statale în drepturile şi libertăţile cetăţenilor – fie ei şi infractori dovediți, este unul consacrat la nivel constituţional, iar această proporţionalitate se cere a fi respectată în permanenţă, însă ceea ce propunem noi, este o reglementare care să vizeze direct raportul faptă-pedeapsă, precum şi elaborarea unor criterii de determinare a cuantumului pedepsei într-un mod cât mai realist. Principiul proporţionalităţii, denumit de o parte din doctrină şi al individualizării, este la ora

[204] Valerian Cioclei, Politica penală – „musafirul de-o prună, sau de două"? 7 iulie 2016, RNSJ, disponibil pe http://www.juridice.ro/, consultat la 7 iulie 2016.

[205] *Ibidem*

actuală consacrat, însă într-o manieră indirectă şi abstractă. Raportarea la valori se face *in abstracto*, însă aplicarea unei justiţii echitabile trebuie să se bazeze pe criterii tehnice echitabile și concrete. Prin această reglementare s-ar bloca iniţiative care ar spori pedeapsa în mod absurd şi, credem că s-ar evita tendinţa politicii penale de a reveni la asprimea de care a dat dovadă în trecut.

A.d) Aspecte de individualizare legală a pedepselor accesorii şi complementare şi echitatea

Faţă de situaţia din vechiul Cod penal, pedepsele accesorii sunt date în considerarea pedepsei complementare, iar nu a celei principale, însă drepturile a căror exerciţiu este interzis sunt preluate din Codul din 1968 în cuprinsul căruia aveau rol de modalităţi de apărare a societăţii, fie ca pedeapsă accesorie, fie ca măsură de siguranţă, sau măsură de supraveghere.[206]

Pentru a pune în valoare rolul moralizator al dreptului, legea nouă prevede pedeapsa complementară a publicării hotărârii de condamnare de data aceasta pentru persoana fizică, anterior ea fiind prevăzută ca pedeapsă complementară doar în cazul persoanei juridice. De asemenea, durata pedepselor complementare era mai mare în vechea legislaţie de la 1-10 ani, pe când în noua reglementare durata maximă este de 5 ani, iar cea minimă de 1 an.

Prin prisma individualizării legale, nici reglementarea pedepselor accesorii, nici a celor complementare nu cuprinde condiţii referitoare la cuantumul, sau natura pedepsei principale, stabilirea acestora fiind numai o consecinţă a stabilirii unui caracter proporţional al interzicerii drepturilor cu scopul urmărit.[207]

În cazul pedepsei detenţiunii pe viaţă, pedeapsa accesorie este reglementată similar cu dispoziţiile vechi şi se aplică de drept, prin efectul legii, conform art.65 alin. (2) Cod penal român. În ceea ce priveşte conţinutul pedepselor accesorii, acesta poarta asupra a şase drepturi : dreptul de a fi ales în autorităţile publice sau în orice alte funcţii publice; dreptul de

[206] L.V.Lefterache în G.Bodoroncea,V.Cioclei, I.Kuglay, L.V.Lefterache, T.Manea, I.Nedelcu, F.M. Vasile op.cit. p.180

[207] *Idem* p.181

a ocupa o funcţie care implică exerciţiul autorităţii de stat; dreptul străinului de a se afla pe teritoriul României (în cazul detenţiunii pe viaţă); dreptul de a alege; drepturile părintesti şi dreptul de a fi tutore sau curator.

În ceea ce priveşte închisoarea, pedeapsa accesorie îşi păstrează caracteristicile esenţiale din reglementarea veche, însă sfera pedepsei accesorii obligatorii, constând în interzicerea exercitării unor drepturi ca urmare a aplicării unei pedepse privative de libertate, a fost redusă, în timp ce sfera pedepsei accesorii facultative, constând în interzicerea exercitării unor drepturi, atunci când instanţa consideră necesar, a fost semnificativ extinsă. Codul actual penal român nu mai prevede aplicarea obligatorie a pedepsei accesorii în cazul în care pedeapsa principală este închisoarea, pedeapsa accesorie dispunându-se doar în măsura în care se stabileşte pedeapsa complementară a interzicerii unor drepturi. Acest caracter accesoriu al pedepsei interzicerii unor drepturi decurge din faptul că presupune în cazul pedepsei cu închisoarea interzicerea drepturilor prevăzute la art.66 alin (1) lit. (a) b) şi d)-o) Cod penal, a căror exercitare a fost interzisă şi ca pedeapsă complementară. Interzicerea exerciţiului unor drepturi decurge din aceeaşi faptă care practic atrage aceleaşi interdicţii şi decăderi, indiferent că sunt drepturi a căror excutare este interzisă pe durata pedepsei principale, sau după executarea, sau considerarea ca executată a acesteia. Pe de altă parte, Codul prevede ca obligatorie pedeapsa accesorie în cazul în care este incidentă pedeapsa principală a detenţiunii pe viaţă, fără însă ca în această situaţie să fie stabilite pedepse complementare.[208]

Pedeapsa accesorie obligatorie de interzicere a exercitarii drepturilor de a fi ales in autoritatile publice sau în orice alte funcţii publice, ori de a ocupa o funcţie care implică exerciţiul autorităţii de stat, are la bază raţiunea conform căreia se menţine privarea de aceste drepturi datorită incompatibilităţii morale în primul rând dintre statutul de persoană condamnată în executarea unei pedepse privative de libertate şi exigenţele cerute pentru reprezentarea, sau slujirea interesului public. Dacă este necesar a se dovedi că de fapt există raţionamente de echitate la baza individualizării legale a acestor pedepse accesorii, acest

[208] În concordanţă cu individualizarea regimului pedepselor accesorii în cazul detenţiunii pe viaţă, pedeapsa accesorie constă în interzicerea de către instanţă a exercitării drepturilor prevăzute în cuprinsul art.66 alin (1) lit a)-o), sau a unora dintre acestea, iar interzicerea străinului de a se afla pe teritriul României se pune în executare la data liberării condiţionate, sau după ce pedeapsa a fost considerată ca executată. A se vedea L.V. Lefterache în G.Bodoroncea,V.Cioclei, I.Kuglaz, L.V.Lefterache, T.Manea, I.Nedelcu, F.M. Vasile op.cit. p.180 şi urm.

raport are un rol esenţial. Mai degrabă echitatea, prin rolul său moralizator, este cea care impune obligativitatea aestor interdicţii.

Pe de altă parte, în cazul dreptului de a alege, intervine şi condiţia esenţială a proporţionalităţii şi necesităţii restrângerii drepturilor părinteşti, ori a dreptului de a fi tutore sau curator, fapt pentru care acestea au fost excluse din conţinutul pedepsei accesorii obligatorii rămânând instanţei posibilitatea de a interzice exercitarea acestora ca pedeapsă accesorie facultativă. Este scopul legitim cel care trebuie urmărit de instanţă, de asemenea şi o justiţie echitabilă care să fie conformă cu cazul concret al persoanei supuse acestor pedepse. În acest sens, practica Curţii Europene a Drepturilor Omului a pus accent pe exigenţe privitoare la condiţiile de restrângere a exercitării drepturilor părinteşti ori a dreptului de a alege, drepturi aflate sub protecţia Convenţiei pentru Apărarea Drepturilor Omului şi a Libertătilor Fundamentale. Cu titlu de exemplu, în ceea ce priveşte interzicerea exercitării drepturilor părinteşti, pedeapsa accesorie constituie o ingerinţă în dreptul la respectarea vieţii private şi de familie, aplicându-se în conformitate cu art.8 din Convenţia pentru Apărarea Drepturilor Omului şi a Libertăţilor Fundamentale, dacă instanţa constată că, în raport cu tipul de infracţiune săvârşită, cu conduita inculpatului şi în mod de asemenea esenţial, cu interesul minorului, limitarea exerciţiului acestui drept pe durata executării pedepsei privative de libertate este o măsură necesară pentru protejarea minorului[209], urmărind un scop legitim pe această cale.[210] Pe cale de consecinţă, legiuitorul român, luând în considerare hotărârea Curţii Europene a Drepturilor Omului în cauza *Sabou şi Pârcălab contra Romania*[211], a efectuat modificări care se impuneau a fi necesare în materie prin Legea nr. 278/2006 din 04/07/2006 pentru modificarea și completarea Codului penal, precum și pentru modificarea și

[209] A se vedea ca ex. Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția penală, Deciza nr.4013/2015, inculpatul a săvârșit infracțiunea de omor calificat asupra tatălui său, prin urmare aplicarea pedepsei accesorii a interzicerii drepturilor părinteşti este o măsură necesară şi care urmăreşte un scop legitim din punct de vedere al protejării minorului., disponbilă pe https://www.scj.ro/, consultată la 12.03.2016

[210] L.V.Lefterache în G.Bodoroncea,V.Cioclei, I.Kuglay, L.V.Lefterache, T.Manea, I.Nedelcu, F.M. Vasile op.cit. p.180 și urm.

[211] Curtea a constatat că nu s-a demonstrat proporţionalitatea unei retrageri absolute şi prin efectul legii a drepturilor părinteşti ale persoanei în cauză cu situaţia care a determinat-o şi nu a corespuns necesităţii apărării intereselor copilului, nu a urmărit ca scop legitim protecţia sănătăţii, moralei, sau a educaţiei minorilor, ci doar o sancţionare morală a celui condamnat. C.E.D.O. *Sabou şi Pârcălab c.România*, publicată în: M.Of. Nr. 484 din 8 iunie 2005

completarea altor legi,[212] stabilind că interzicerea nu mai operează de drept, ci instanţa va aprecia necesitatea acestei sancţiuni, reglementări ce au fost preluate şi de actualul Cod.

Identificăm prezenţa standardelor echităţii prin necesitatea unui control al restrângerii şi prin cerinţa proporţionalităţii ingerinţei în drepturile şi libertăţile acuzatului, scopul legitim, dar şi criteriul interesului minorului, criterii care se completează reciproc şi pot genera, în cazul în care sunt respectate, o hotărâre echitabilă. Interzicerea exercitării drepturilor părinteşti în mod automat şi absolut sub formă de pedeapsă accesorie, oricărei persoane care execută o pedeapsă cu închisoarea şi mai ales în absenţa oricărui control exercitat de către instanţe şi fără a lua în considerare tipul infracţiunii şi interesul minorilor încalcă de fapt cerinţa proporţionalităţii, unul dintre componentele cheie ale echităţii în justiţia penală. Mai mult, lipseşte însuşi fundamentul moral şi legal în decizia care interzice exerciţiul drepturilor părinteşti în lipsa dovezilor cu privire la neîndeplinirea atribuţiilor de părinte, cu atât mai mult cu cât inculpatul nu are copii, neexistând, deci, premise cu privire la faptul că acesta nu ar fi un bun părinte.[213] Este unul dintre exemplele cu privire la situaţia interzicerii unor drepturi care nu au legătură cu pricina, situaţia rezultată fiind una inechitabilă faţă de drepturile celui în cauză.

În aceeaşi ordine de idei, în cazul interzicerii exercitării dreptului de a alege, care se aplică *ope legis* cu titlu de pedeapsa accesorie pe durata executării oricărei pedepse privative de libertate, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a statuat[214] că interzicerea generală şi nediferenţiată a dreptului de vot al deţinuţilor, în măsura în care este aplicabilă de drept tuturor deţinutilor condamnaţi ce se află în executarea pedepsei, indiferent de durata pedepsei principale şi independent de natura sau de gravitatea infracţiunii pe care au comis-o si de situaţia lor personală, este incompatibilă cu articolul 3 din Protocolul 1 la Convenţia pentru Apărarea Drepturilor Omului si a Libertatilor Fundamentale. În egală măsură, din punctul nostru de vedere, ea contravine principiului justei individualizări care are la bază diferenţierea de la caz la caz şi de la individ la individ a tratamentului sancţionator, în limitele legitimităţii. A trata vinovaţii într-o manieră echitabilă în dreptul penal nu înseamnă a-i trata identic, ci în funcţie de situaţia particulară dată, iar în Marea Britanie norma impunea

[212] Publicată în M. Of., Partea I nr. 601 din 12/07/2006

[213] C.A. Constanţa, Secţia penală, decizie penală nr.206/P/2005, disponibilă pe www.portal.just.ro, consultată la 13.11.2015

[214] C.E.D.O. *Hirst c. Marea Britanie*, §82 http://hudoc.echr.coe.int/, consultată la 14.11.2015

interdicţia dreptului electoral la sancţiunea penală privativă de libertate, indiferent de durata sancţiunii, de gravitatea faptei, sau de circumstanţele cauzei. Această interdicţie era generală pentru cei condamnaţi la închisoare, ea fiind considerată de Curte în afara marjei de apreciere a statelor şi deci incompatibilă cu art.3 din Protocolul 1. Luând în considerare argumentarea Curţii europene, reglementarea din actualul Cod penal prevede restricţionarea dreptului de a alege în sfera pedepsei accesorii facultative lăsând astfel judecătorului libertatea de a aprecia în faza individualizării judiciare, *in concreto*, dacă, având în vedere natura şi gravitatea infracţiunii, împrejurările cauzei şi persoana infractorului, această pedeapsă este într-adevăr necesară. Aşadar, pedeapsa accesorie facultativă reprezintă o interzicere a exercitării, pe durata executării unei pedepse privative de libertate, a acelor drepturi pe care judecătorul le-a considerat ca necesar să fie interzise persoanei condamnate, ca pedeapsă complementară.

În aceeaşi idee de respectare a proporţionalităţii ca o componentă a echităţii în dreptul penal substanţial, o condamnare trebuie deci să fie proporţională cu un scop legitim urmărit, autorităţile naţionale au obligaţia de a motiva temeinic şi pertinent justificarea condamnării. Interzicerea dreptului de a ocupa o funcţie, sau de a exercita o profesie de natura aceleia de care s-a folosit condamnatul pentru a comite infracţiunea se aplică, potrivit normei naţionale, automat şi absolut, ca pedeapsă accesorie oricărei persoane care execută o pedeapsă cu închisoarea în absenţa acestui control absolut necesar al proporţionalităţii, exercitat de o instanţă. Sancţionarea nu trebuie să compromită libertăţile prevăzute de tratate, mai ales în cazul în care o pedeapsă ar fi în mode evident disproporţionată faţă de gravitatea infracţiunii şi astfel ar genera restrângerea drepturilor şi libertăţilor garantate persoanelor. În acest sens, Curtea de la Luxembourg[215] a afirmat că statele membre nu sunt libere să prevadă sancţiuni disproporţionate, ca de exemplu cea de natură să împiedice libera circulaţie a persoanelor şi serviciilor, *per deductionem* şi în aprecierea limitării drepturilor, ca urmare a aplicării unei pedepse accesorii, trebuie avută în vedere această proporţionalitate a consecinţelor juridice cu specificul situaţiei care le-a generat.

Cu titlu de excepţie, însă, dreptul de a fi ales în autorităţile publice, sau în orice alte funcţii publice; dreptul de a ocupa o funcţie care implică exerciţiul autorităţii de stat, sunt pedepse accesorii obligatorii si care se execută chiar dacă nu au fost interzise cu titlul de

[215] CJUE, *Skanavi et Chryssarthakopoulos*, Cauza C-193/94, În contextul transpunerii unei Directive comunitare, Germania a obligat posesorul unui permis de conducere emis de un alt stat membru, la trecerea unui an de la stabilirea unei persoane pe teritoriul german, să solicite schimbarea permisului, cu un permis emis de autorităţile germane. Pedeapsa era închisoarea, sau amenda şi constituia antecedent penal.

pedeapsă complementară, precum am mai subliniat, este vorba despre incompatibilitatea dintre statutul unui infractor cu o funcţie publică, fiind în fapt vorba despre latura moralo-etică a acestor interdicţii. O reglementare similară întâlnim în art. 131-29 Cod penal francez. Pedeapsa accesorie a interzicerii exercitării unor drepturi se execută, din momentul rămânerii definitive a hotărârii de condamnare şi până când pedeapsa principală a fost executată sau considerată ca executată.

Un exemplu relevant şi din punct de vedere al echităţii în sfera circumstanţelor atenuante şi agravante, dar şi al clarităţii textului de lege, este cel al pedepselor complemetare şi individualizarea lor legală.

La fel ca în dreptul francez, unde s-a ridicat deja această problemă în doctrină, aceste pedepse sunt reglementate aparte, în secţiunea intitulată *pedepse complementare*, cu acelaşi conţinut ca şi pedepsele accesorii, însă ele ar trebui să fie prevăzute şi în partea specială a Codului penal atunci când legea prevede limitele speciale ale fiecărei infracţiuni, în funcţie de categorie, de gradul de periculozitate abstractă şi în egală măsură de gravitatea abstractă a infracţiunii, în parte. Nu facem referire aici la menţiunea în lege a unei pedepse de la 2 ani la 4 ani spre exemplu cu închisoarea şi interzicerea unor drepturi, ci mai mult, ne referim la chiar introducerea drepturilor care se cer interzise, încă din etapa delimitării limitelor prin individualizarea legală[216]. Asemănător cu modelul francez[217], în dreptul penal român, pedepsele complementare sunt prevăzute în cuprinsul unui articol aparte, de sine stătător, şi anume art.66 Cod penal român, iar în partea specială este folosită sintagma *interzicerea exercitării unor drepturi.*

În lumina principiului legalităţii pedepselor, principiului individualizării, dar şi cel al necesităţii, în cadrul individualizării legale a pedeapsei complementare a interzicerii unor drepturi, aceasta poate fi aplicată dacă pedeapsa principală stabilită este amenda, sau

[216] Spre exemplu pentru falsul material în înscrisuri oficiale, art.320 alin. (2) C. Pen. român prevede că falsul prevăzut în alin (1) al aceluiaşi articol, săvârşit de un funcţionar public în exerciţiul atribuţiilor de serviciu, se pedepseşte cu închisoarea de la 1 la 5 ani *şi interzicerea unor drepturi.*

[217] În dreptul francez acestea sunt prevăzute în funcţie de categoriile de infracţiuni, conform clasificării tripartite în crime, delicte, contravenţii, însă *lato sensu*, iar nu în particular, pentru fiecare infracţiune în parte. A se consulta în acest sens: Code pénal : art. 131-10 – art.131-11-Peines complémentaires pour un crime ou un délit; Code pénal : art. 131-12 –art. 131-18 -Peines complémentaires pour une contravention. De asemenea în dreptul penal francez există posibilitatea pronunţării pedepsei complementare în locul celei principale. Nu este vorba despre cazul crimelor în care este interzisă expres de legea penală franceză posibilitate de pronunţare numai a unei pedepse complementare în locul amenzii, sau închisorii, însă este valabilă în materie de delict- aşadar ca alternativă, sau substitut pentru pedeapsa principală a închisorii sau a amenzii, sau în caz de contravenţie, ca substitut al amenzii. Maximul pedepselor complementare fiind de 10 ani pt crimă, 5 ani pentru delict.

închisoarea, iar instanţa constată că, faţă de natura şi gravitatea infracţiunii, împrejurările cauzei şi persoana infractorului, ea este necesară. Efectele circumstanţelor atenuante se produc asupra pedepsei principale prevăzute de lege şi se raportează la aceasta, în condiţiile în care aceasta este prevăzută în cuprinsul art.187 Cod penal român unde legea specifică cu exactitate limitele pedepsei prevăzute de lege, aceasta constând în *pedeapsa prevăzută în textul de lege care incriminează fapta săvârşită în forma consumată, fără luarea în considerare a cauzelor de reducere sau de majorare a pedepsei.* Este şi o consecinţă a faptului că limitele pedepselor complementare sunt prevăzute în partea generală, iar nu în textul de lege specific fiecărei infracţiuni în parte, precum am subliniat anterior. Considerăm, din raţiuni de echitate, văzută prin prisma principiului *in favorem,* că ar fi necesară o reglementare concretă a limitelor pedepselor complementare în cuprinsul fiecărei incriminări a fiecărei infracţiuni în parte, astfel, circumstanţele atenuante ar putea opera în mod concret şi individualizat, de la caz la caz, în funcţie de fapta concretă. Emitem această propunere numai în ceea ce priveşte efectul circumstanţelor atenuante, care desigur se cer necesar a fi aplicate ca o oglindire a tratamentului *in favorem*. De ce un tratament *in favorem?* Răspunsul ar fi acela care rezultă din raportul puterilor între stat, cel care acuză şi îşi exercită un *ius puniendi* autentic prin înfăptuirea justiţiei penale şi organele sale abilitate şi acuzatul în cauză care se află pe o treaptă inferioară, beneficiind doar de unele garanţii ale dreptului de apărare, la nivel formal, prevăzute de textul de lege. Tot ceea ce ar profita drepturilor apărării, la fel ca situaţiei acuzatului, ar trebui reglementat. Facem referire bineînţeles, în acest context, la o reechilibrare a puterilor implicate în raportul penal de conflict: dreptul statului de a pedepsi şi dreptul acuzatului de a benefcia de un sistem de garanţii reale de apărare în faţa organelor represive. Puterea statului va fi întotdeauna pe o treaptă superioară în raport cu cea a acuzatului de a se apăra, de aceea este necesară o reechilibrare, iar aceasta reechilibrare poate fi realizată prin acest principiu *in favorem,* care, aplicat cu măsură, poate ajuta la realizarea echităţii în justiţia penală.

De asemenea, în cazul tentativei, în aceeaşi logică a ideilor, limitele pedepsei complementare nu se reduc la jumătate, teza I a alin. (2) al art.33 prevăzând că tentativa se sancţionează cu pedeapsa prevăzută de lege pentru infracţiunea consumată, *ale cărei limite se reduc la jumătate*. Considerăm în egală măsură necesar ca şi limitele pedepselor complementare să se reducă la jumătate, din punctul nostru de vedere proporţionalitatea va fi uniformă. Argumentul ar fi acela conform căruia daca se reduce pedeapsa principală, atunci,

ar trebui reduse şi limitele pedepselor complementare în egală măsură. Astfel s-ar miza pe un regim mai puţin represiv, implicit mai puţin restrictiv de drepturi şi libertăţi, care ar favoriza realmente reintegrarea făptuitorilor. Precum am afirmat, în viziunea noastră, individul, atunci când nu se simte constrâns în mod excesiv, dar devine totuşi conştient de consecinţele faptei sale prin conştientizarea certitudinii aplicării unei sancţiuni penale, va avea tendinţa de a se redresa de la sine şi de a nu mai repeta actul infracţional.

Pe de altă parte, în situaţia limitelor pedepsei complementare în cazul circumstanţelor agravante, care se reflectă numai în maximul special al pedepselor pentru fiecare infracţiune în parte, şi deci nu se reflectă asupra pedepselor complementare, găsim că este vorba despre o reglementare echitabilă a legislatorului, deoarece „umanizarea" regimului sancţionator precum şi standardele de justiţie penală actuale plasează dreptul penal în subsidiar, pedepsele se cer a fi incidente numai în măsura în care nu pot fi aplicate alte penalităţi mai puţin restrictive de drepturi.[218] Este respectat astfel şi principiul echităţii, precum şi cel *in favorem,* ca o componentă a celui dintâi. Mai mult, din exemplul dreptului francez, unde pedepsele principale pot fi chiar înlocuite în totalitatea de pedepsele complementare, considerăm că ar fi potrivit să se inspire legiuitorul român, însă, totodată este necesară şi o limitare a acestei prerogative a judecătorului prin limite clare stabilite prin individualizarea legală.[219] Revenind în dreptul penal român, aplicarea pedepsei complementare a interzicerii unor drepturi se dispune indiferent de cuantumul pedepsei principale, însă stabilirea drepturilor al căror exerciţiu este interzis trebuie în mod necesar să decurgă din natura faptei comise, orice limitare a unor drepturi şi libertăţi trebuind să fie una proporţională cu scopul preventiv al pedepsei.

Vizând, spre exemplu, situaţia străinului căruia i se interzice dreptul de a se afla pe teritoriul României, individualizarea legală prevede nişte limite echitabile subiective, cu influenţă directă în individualizarea judiciară cum ar fi situaţia în care viaţa persoanei

[218] I.Tanoviceanu afirma în acest sens că „pedeapsa trebuie considerată de societate ca o *ultima ratio*, ca un mijloc extrem, pe care nu trebuie să-l întrebuinţeze decât după ce şi-a făcut datoria de a întrebuinţa prealabil mijloacele preventive de educaţiune, instrucţiune şi înţelepte legi economice. Nu la penitenciare şi la legi penale trebuie să se gândească mai cu seamă legiuitorul, ci la şcoli educative şi la legi economice, căci nu din penitenciare va ieşi binele omenirei şi moralitatea socială. Trebuie pe cât va fi cu putinţă, a lovi răul la rădăcină, combătând natura perversă din prima etate, până când nu se cristalizează pentru veşnicie în individ, căci altfel orice remediu rămâne absolut ineficace." În Ion Tanoviceanu, *Tratat de drept şi procedură penală,* vol.III, Ed. Curierul Judiciar, Ediţia a II-a, Bucureşti, 1924, pp.20-21 infra.1462

[219] A se vedea în acest sens: Code pénal francais : articles 131-10 à 131-11-Peines complémentaires pour un crime ou un délit; Code pénal : articles 131-12 à 131-18 -Peines complémentaires pour une contravention, precum şi nota de subpagină anterioară nr.59

expulzate este pusă în pericol, ori riscul ca aceasta să fie supusă la tortură, sau tratamente inumane, ori degradante în statul în care urmează să fie expulzată, existând motive întemeiate în acest sens, precum şi limite obiective, legale, ca spre ex.art 8 al Convenţiei Europene a Drepturilor Omului, întrucât aplicarea acestei pedepse presupune inevitabil ingerinţa autorităţilor publice în viaţa privată. Constatăm că este din nou necesară menţinerea echilibrului între drepturile şi libertăţile individului şi interesele statului în cazul unui eventual conflict între acestea.[220] În acest sens, există o vastă jurisprudenţă a Curţii Europene a Drepturilor Omului.[221] Din nou se ţine cont dacă există, sau nu, o disproporţie între mijlocul folosit şi scopul legitim urmărit care poate duce la încălcarea art.8 al Convenţiei europene.

Spre exemplu, în cazul *Moustaquin c.Belgia*, persoana căreia i se aplicase această interzicere a dreptului străinului de a se afla pe teritoriul unui stat, a locuit 20 de ani şi a urmat studii în statul din care a fost expulzată, iar familia sa locuia în acel stat, relaţiile cu statul de origine fiind sporadice, Curtea europeană a reţinut în acest context că ar exista o disproporţie între mijlocul folosit şi scopul legitim urmărit şi în lumina acestei disproporţii, s-ar fi încălcat art.8 din Convenţie[222]. În aceste exemple de jurispurdenţă, observăm că este vorba despre o lege tehnică, rigidă, care, aplicată strict în baza unei individualizări legale, poate genera o încălcare a unor drepturi şi libertăţi fundamentale, de asemenea, nu favorizează o reintegrare în societate a condamnatului, ci un tratament inechitabil dacă ne raportăm mai departe la o individualizare concretă, judiciară a persoanei în cauză şi a specificului situaţiei. În căutarea echităţii în cadrul unei individualizări, atât în cazul pedepselor principale, complementare, cât şi în cel al pedepselor accesorii, regula ce se cere respectată este aceea a individualizării concrete a conţinutului pedepsei, prin prisma standardelor echităţii alese de societate, la un moment dat, şi totodată luându-se în considerare împrejurările specifice cauzei.

---

[220] L.V. Lefterache în G.Bodoroncea,V.Cioclei, I.Kuglay, L.V.Lefterache, T.Manea, I.Nedelcu, F.M. Vasile op.cit. p.186

[221] CEDO *Klass şi alţii c.Germania*; CEDO *Cauzele de vagaondaj c.Belgia*; CEDO *Golder c.Marea Britanie*, disponibile pe http://hudoc.echr.coe.int/, accesate la 12.09.2015

[222] L.V. Lefterache în G.Bodoroncea,V.Cioclei, I.Kuglay, L.V.Lefterache, T.Manea, I.Nedelcu, F.M. Vasile op.cit. p.187

A.e) Criteriile generale de individualizare a pedepselor, garanţie împotriva puterii discreționare a judecatorului

Art.74 alin. (1) din Codul penal român stabileşte cele două criterii generale, însă fără a specifica dacă unul predomină în raport cu celălalt, le prevede cumulativ. Profesorul Dongoroz a susţinut că: „în efectuarea operaţiunii de individualizare judiciară a pedepsei, punctul de plecare îl constituie fapta penală în raport cu complexul de date care indică periculozitatea ei socială (gravitate, frecvenţă, posibilitate de prevenire, mod de săvârşire, urmări), iar ca punct final, situaţia personală a infractorului, privită în raport cu periculozitatea socială a acestuia (rolul avut în săvârşirea faptei, forma şi gravitatea vinovăţiei, starea psihofizică, antecedentele sale, ş.a.m.d.).”[223] Argumentul este valabil şi în condiţiile art.74 Cod penal deoarece în cuprinsul acestui articol, sunt enumerate mai întâi aspecte ce ţin de gravitatea faptei, iar după acestea, cele ce ţin de persoana infractorului. Să nu uităm însă, că indiferent de ordinea în care vor fi luate în considerare, pedeapsa rezultantă va trebui să fie una în deplină corespondenţă cu capacităţii de readaptare socială a celui condamnat.

Actualul Cod penal nu mai specifică printre criteriile de individualizare judiciară a pedepsei dispoziţiile Părţii generale, limitele de pedeapsă din Partea specială a Codului penal sau cauzele de atenuare şi agravare a răspunderii penale, deoarece se vor avea în vedere doar acele elemente care vor fi avute în vedere la stabilirea pedepsei între limitele speciale prevăzute de lege.[224] Cu toate acestea, împărtăşim părerea unor autori[225] din literatura de specialitate care consideră că interdependenţa dintre individualizarea legală şi cea judiciară este esenţială întrucât efectele atenuării, sau agravării pedepsei concrete pun în discuţie limitele legale ale pedepsei, care nu pot fi depăşite prin individualizarea judiciară, precum şi limitele speciale care trebuie avute în vedere, atât în caz de atenuare, cât şi în caz de agravare a pedepsei rezultante. [226]Această omisiune de a prevedea printre criteriile generale de individualizare prevederilr părţii generale şi limitele din partea specială poate genera confuzii

[223] Vintilă Dongoroz şi colab., *Explicaţii teoretice ale Codului penal român. Partea generală*, vol II, Ed.Academiei RSR, Bucureşti, 1970, p.125

[224]Ion Ristea în Tudorel Toader, George Antoniu (coord.) op.cit.p. 77

[225] *Idem*, p.78

[226] *Ibidem*

cu privire la întinderea puterii de individualizare a judecătorului, ori acesta este limitat de lege atunci când determină o pedeapsă. Considerăm că în textul art.74 Cod penal român ar trebui reintroduse aceste aspecte, pentru o mai bună claritate a textului de lege şi o delimitare concretă a prerogativelor judecătorului.

În cuprinsul actualului Cod penal român au fost introduse mai multe criterii generale de individualizare astfel încât judecătorul va putea evalua mai corect impactul faptei comise în societate, dar şi personalitatea infractorului.

Dintre aceste criterii, considerăm ca fiind mai sensibile şi deci, mai importante din punct de vedere al echităţii, natura şi gravitatea rezultatului produs prin infracţiune, ori a altor consecinţe ale infracţiunii, motivul şi scopul urmărit prin săvârşirea infracţiunii, nivelul de educaţie, vârsta, starea de sănătate, situaţia familială şi socială.

În ceea ce priveşte natura şi gravitatea rezultatului produs prin faptă, ori a altor consecinţe ale infracţiunii, la determinarea gravităţii concrete a infracţiunii, foarte importantă din punct de vedere al proporţionalităţii tehnico-juridice între infracţiune şi pedeapsa aplicată, judecătorul este obligat să ia în considerare atât urmări materiale, cât şi imateriale.[227]Numai prejudiciul efectiv produs va fi luat în considerare, iar nu şi valoarea câştigului nerealizat de victimă pe durata cât aceasta a fost spre exemplu lipsită de posesia bunului sustras.[228]Astfel că, din considerente de tratament echitabil în faţa legii penale, dacă prejudiciul produs este redus, instanţa are posibilitatea de a aplica o pedeapsă orientată către minimul special, chiar dacă inculpatul este recidivist, iar primul termen al recidivei a fost o vătămare corporală,[229]pe când chiar dacă valoarea prejudiciului este redusă, iar făptuitorul a dat dovadă de un comportament exemplar înainte de comiterea infracţiunii, aceasta a fost săvârşită prin acte de gravă violenţă în vederea asigurării scăpării, pedeapsa nu va fi una orientată spre minimul special.

În egală măsură se ţine seama de pericolul social concret al faptei, care în cazul infracţiunilor de prejudiciu va fi raportat la întinderea efectivă a pagubei produse părţii

[227] A vătămării aduse obiectului material sau nematerial (cuantumul unei sume însuşite, gravitatea vătămării corporale, gravitatea vătămării interesului legal al unei persoane), sau a stării create în urma activităţii ilicite (stare de nesiguranţă prin divulgarea unui secret de stat, sau generată de o mărturie mincinoasă)

[228] Trib Suprem, s.pen.dec.nr.4213/1969, în Ion Ristea în T.Toader, G.Antoniu, op.cit.p.83

[229] Trib.Jud. Vaslui dec.pen.nr.113/1982, p.75 în Ion Ristea în T.Toader, G.Antoniu, op.cit.p.83

vătămate. De aici şi justificarea unor pedepse minime, cu rol simbolic pentru cazuri ca furtul unei găini din curtea unui vecin pentru a asigura o masă familiei, spre exemplu. Tot în numele proporţionalităţii trebuie să aprecieze judecătorii atunci când procedează la această individualizare judiciară. Proporţionalitatea se manifestă indirect prin prisma acestor criterii de individualizare. Pentru că facem trimitere la echitate, care din punctul nostru de vedere include proporţionalitatea, stabilirea existenţei şi gravităţii urmărilor faptei în vederea evaluării gravităţii concrete trebuie să aibă loc, chiar dacă urmările cu pricina nu ar fi cerute de lege pentru existenţa infracţiunii propriu-zise, sau pentru a o încadra juridic.[230]*Per a contrario*, când urmările respective sunt incluse în conţinutul infracţiunii,[231]constatarea existenţei acestora se realizează în acelaşi timp cu verificarea conţinutului concret, iar pe baza acestei constatări se face şi evaluarea acestor urmări care denotă gravitatea reală a faptei.[232]

Există situaţii speciale în care unele infracţiuni produc prin realizarea lor concretă, pe lângă urmarea prevăzută de textul de lege şi alte consecinţe vătămătoare, dar care nu constituie infracţiuni distincte. Exemplul reglementării legale a infracţiunii de distrugere din culpă este unul important din acest punct de vedere, deoarece distrugerea din culpă nu constituie infracţiune decât dacă a fost săvârşită prin incendiere, explozie, sau orice alt mijloc asemănător şi dacă există pericol public. Astfel în cazul provocării unui accident de circulaţie de către o persoană conducând în stare de ebrietate autoturismul propriu şi care provoacă avarii altui autoturism, proprietatea altei persoane, se pune problema dacă avarierea autovehicolului va fi luată în considerare la evaluarea gravităţii infracţiunii realmente săvârşite, adică de conducere a unui autovehicul pe drumurile publice de către o persoană având în sânge o alcoolemie peste limita legală. Echitabil ar fi ca răspunsul să fie afirmativ, deoarece urmările care nu sunt cerute de textul incriminării sunt dăunătoare în mod concret, ele influenţând gradul de gravitate al faptei, acestea se cer a fi luate în considerare în individualizarea judiciară a pedepsei. Din păcate, textul de lege nu specifică şi aceste aspecte, lăsând la aprecierea judecătorului a lua, sau a nu lua în considerare aceste detalii esenţiale, astfel încât se lasă loc unei posibile determinări eronate a raportului de proporţionalitate dintre infracţiune şi pedeapsa ce va fi aplicată.

[230] Pentru infracţiunile formale, legiuitorul nu pretinde de exemplu condiţia existenţei unei urmări imediate.

[231] În situaţia infracţiunilor de rezultat şi materiale.

[232] Ion Ristea în G.Antoniu şi T.Toader (coord.), op.cit.p.84

În consecinţă în numele dezideratului echităţii şi luând în considerare obiectivul unei individualizări echitabile, considerăm necesară reglementarea unei asemenea reguli în sfera individualizării judiciare, care să oblige judecătorul să ia în considerare orice element adiacent care poate constitui o urmare dăunătoare concretă a faptei, chiar în ipoteza în care nu este prevăzut în reglementarea specială ca o condiţie esenţială a actului infracţional.

Atunci când facem referire la luarea în considerare a împrejurărilor specifice cauzei, precum şi la caracteristicile personalităţii delincventului, individualizarea judiciară joacă un rol crucial în abordarea echitabilă a fiecărui caz în parte. În doctrina română este definită ca acea operaţiune de alegere şi proporţionare a mijloacelor de represiune şi prevenţie pentru a le face să funcţioneze în mod just şi totodată util.[233]Termenul de individualizare este întrebuinţat şi în contextul adecvării unei sancţiuni în funcţie de condiţia infractorului[234]ca individ, precum şi proporţionalitatea infracţiunii în funcţie de gravitatea faptului. Un termen general care a fost introdus în acest context este cel al adaptării sancţiunilor penale care presupune *lato sensu* adaptarea judiciară a pedepsei ca "operaţiune judecătorească de determinare a sancţiunii ce urmează a fi efectiv aplicată, în limitele impuse de tariful abstract cu modificările lui legale, sau chiar în afara acestor limite, dar în măsura îngăduită de lege"[235]

Profesorul Tanoviceanu a identificat dezideratul echităţii ca echilibru în activitatea judecătorului de a determina în concret pedeapsa în sfera individualizării judiciare, atunci când a afirmat că: „magistratul de mâine va trebui să ştie că represiunea nu trebuie să fie nici severă, nici indulgentă, ci bine adecuată, astfel ca acordarea de circumstanţe atenuante să nu mai fie un gest de indulgenţă, ci traducerea bine cumpănită a unor împrejurări reale care cer o atenuare a pedepsei pentru a o face cât mai adecuată cazului concret judecat."[236]

---

[233] Alexandra Cristina Jipa, *Individualizarea legală şi judiciară a pedepselor*, Ed. Wolters Kluwer, Bucureşti 2010, p.84

[234] De unde şi sintagma *personnalisation des peines* întrebuinţată în dreptul penal francez, în Legea Taubira din 2014, care are la bază principiul personalizării pedepselor, acest principiu este unul general al dreptului penal substanţial francez şi este prevăzut în art.132-24 Cod penal francez care dispunea în versiunea modificată prin Legea din din 24 noiembrie 2009 nr.2009-1436, art.65 că "în limitele fixate de lege, judecătorul pronunţă pedepse şi le stabileşte regimul de executare în funcţie de circumstanţele infracţiunii şi de personalitatea infractorului."

[235] Vintilă Dongoroz, *Drept penal*, Ed. Tempus & Asociaţia română de ştiinţe penale, ediţia a II-a Bucureşti, 2000, p.543

[236] Ion Tanoviceanu, *Tratat de drept şi procedură penală,* vol.III, Editura Curierul Judiciar, Ediţia a II-a, Bucureşti, 1924 p.647

În privinţa funcţiilor pedepsei juste şi aşadar echitabile, atât în dreptul penal francez cât şi în dreptul penal român, legislatorul a prevăzut norme cu caracter de principiu.[237]

Dacă în Codul penal francez, este prevăzut explicit scopul pedepselor prin textul articolului 130-1 din Codul penal francez, în Codul penal român actual, nu identificăm un astfel de articol preliminar cu un asemenea conţinut, ci regăsim numai ideea în sine, în comentarii ale doctrinei cu privire la pedepse.[238]

În Codul penal român actual s-a renunţat la capitolul distinct denumit *Dispoziţii generale*, care exista în articolul 52 al Codului penal din 1968 şi cuprindea definiţia pedepsei şi scopul acesteia. Legiuitorul a avut în vedere că o atare dispoziţie este mai mult proclamativă, ea fiind o declaraţie de principiu care şi-ar avea locul în doctrină, iar nu în lege.[239]

S-a susţinut că textul art.52 din vechiul Cod penal român putea genera controverse, acesta concepând pedeapsa ca având un rol dublu: de mijloc de constrângere şi de mijloc de reeducare, în contradicţie cu părerile specialiştilor care susţin că pedeapsa nu poate fi decât un rău, o măsură de constrângere, reeducarea condamnatului cu rol de prevenire generală şi specială realizându-se ca o urmare a constrângerii, sau a ameninţării cu constrângerea.[240]

Nu împărtăşim această concepţie şi reamintim pe această cale funcţia etică a pedepsei, funcţie ce a fost invocată iniţial de Aristotel[241] şi Platon. Pedeapsa reprezintă un mijloc de

[237] Vom vedea ulterior că în Codul penal francez, art. 130-1 modificat prin Legea din 1 octombrie 2014, nr.2014-896, 15 aug.2014 sunt prevăzute funcţiile pedepselor: de a asigura protecţia societăţii, de a preveni comiterea de noi infracţiuni şi de a restaura echilibrul social, totodată asigurându-se respectarea intereselor victimei, sancţionarea infractorilor şi favorizarea reintegrării acestuia în societate, deci recuperarea lui ca om social. Articolul 130-1 din Codul penal francez, l-am considerat ca trasând conturul echităţii în cadrul instituţiei pedepselor în dretul penal substanţial francez, prin referirea expresă la echilibrul social care se cere restaurat şi care implică astfel un tratament echitabil atât vis a vis de cel acuzat, cât şi faţă de victimă, ale cărei drepturi nu trebuie neglijate atunci când vorbim despre echitate.

[238] L.V.Lefterache în G.Bodoroncea,V.Cioclei, I.Kuglay, L.V.Lefterache, T.Manea, I.Nedelcu, F.M. Vasile op.cit. p.157 se specifică faptul că în sistemul de drept penal român există"un sistem sancţionator care tinde să menţină un echilibru între exigenţele apărării societăţii (prin protecţia ordini publice şi repararea prejudiciului cauzat victimelor) şi luarea în considerare a nevoii de reinserţie socială a celui condamnat."

[239] Ştefan Daneş în George Antoniu, Tudorel Toader (coord), *Explicaţiile noului cod penal Vol.II, Articolele 53-187*, Ed.Universul Juridic, Bucureşti, 2015, p.13

[240] *Ibidem*

[241] Aristotel în lucrarea *Etica nicomahică* vedea pedeapsa ca o utilitate socială, mulţimea se abţine de la a încălca dreptul din cauza ameninţării legii penale, pedeapsa reprezentând un mijloc de regenerare morală a infractorilor.

reeducare morală a infractorilor. Susţinem că încă este valabilă şi se verifică această aserţiune, însă numai în măsura în care pedeapsa este una echitabilă.

Dacă individualizarea legală reflectă cât de importantă este o valoare socială[242] în societate, la un moment dat şi constă în adaptarea limitelor sancţiunii prevăzute de textul legal la gradul de periculozitate abstract al faptei precum şi în funcţie de valoarea socială ocrotită, individualizarea judiciară se manifestă printr-o adaptare echitabilă a cuantumului pedepsei aplicate *in concreto,* în funcţie de periculozitatea infractorului, de urmările pe care le-a generat prin săvârşirea faptei penale şi scopul pe care l-a urmărit. Acest tip de individualizare presupune întrebuinţarea de către judecător a unor cauze de agravare, respectiv atenuare a pedepsei întocmai pentru realizarea scopului legitim al pedepsei penale, cel preventiv şi cel de recuperare socială a celui vizat de aceasta.

Regula generală este aceea conform căreia pedeapsa va corespunde gradului de pericol social generic al infracţiunii, iar pedeapsa concretă va corespunde pericolului social concret al infracţiunii şi periculozităţii infractorului. Criteriile generale de individualizare a pedepsei se regăsesc în cuprinsul articolului 74 al Codului penal român, articol care prevede că "stabilirea duratei, ori a cuantumului pedepsei se face în raport cu gravitatea infracţiunii săvârşite şi cu periculozitatea infractorului."

Gradul de periculozitate al infractorului se evaluează în interdependenţă cu criterii ca împrejurările şi modul de comitere a infracţiunii, de asemenea cu mijloacele folosite, starea de pericol creată pentru valoarea ocrotită, natura şi gravitatea rezultatului produs, ori a celorlalte consecinţe ale infracţiunii, motivul săvârşirii infracţiunii şi scopul urmărit, natura şi frecvenţa infracţiunilor care constituie antecedentele penale ale infractorului, conduita acestuia pe parcursul procesului penal şi după săvârşirea infracţiunii, dar şi alte aspecte personale ce privesc vârsta, nivelul de educaţie, situaţia familială, starea de sănătate şi nu în ultimul rând situaţia socială a delincventului.

[242] L.V.Lefterache în G.Bodoroncea,V.Cioclei, I.Kuglay, L.V.Lefterache, T.Manea, I.Nedelcu, F.M. Vasile op.cit. p.194

Principiul "personalizării pedepsei"[243]din dreptul penal francez are corespondent în dreptul penal român prin principiul individualizării judiciare şi în conţinutul criteriilor generale de individualizare. Se alege practic natura şi cuantumul pedepsei în funcţie de capacitatea ipotetică a delincventului de a se îndrepta sub influenţa acesteia. Funcţiile de constrângere şi reeducare, precum şi scopul preventiv al pedepsei pot fi realizate numai printr-o corectă individualizare.[244] În acest sens, "individualizarea judiciară urmăreşte atât prevenţia generală, cât şi cea specială, ea reprezintă cheia de boltă a eficienţei normei penale, o represiune nedreaptă este la fel de ilegitimă ca şi infracţiunea, putând îmbrăca chiar forme infracţionale,"[245] cum ar fi cele prevăzute în articolele 280-283 Cod penal român.

Cauzală, concretă şi subiectivă, individualizarea judiciară vizează adaptarea pedepsei legale la un pericol social concret şi la o persoană determinată, rămânând totuşi o apreciere subiectivă a judecătorului, judecata sa nu se poate sustrage subiectivităţii acestuia.[246]Avem, în consecinţă, de-a face cu *echitatea judecătorului*, sau *echitatea subiectivă,* precum am ales să o denumim, caracteristică etapei de individualizare judiciară. O numim *echitate subiectivă* deoarece individualizarea efectuată de către judecător nu este şi nu trebuie să fie una arbitrară şi nici discreţionară, ea fiind supusă pe deplin limitelor prestabilite de individualizarea legală. În acest mecanism de încadrare a individualizării subiective în individualizarea legală obiectivă, se manifestă echitatea în cadrul acestei instituţii.

Exigenţele principiului legalităţii sunt vaste şi nu se limitează la cerinţa ca pedeapsa să fie determinată în limitele prevăzute de lege. Mijloacele şi criteriile de individualizare, de asemenea determinate de lege, sunt necesar a fi respectate. Echitatea subiectivă, caracteristică individualizării judiciare, necesită să fie încadrată de aceste limite legale obiective, mai mult considerăm noi, această individualizare trebuie să fie guvernată de principiul echităţii precum

[243] Vom vedea în sistemul penal francez în detaliu aspecte ce ţin de acest principiu instituit prin Legea denumită Taubira din 2014, principiu al cărui scop este să adapteze pedepsele cât mai corect în funcţie de trăsături şi aspecte ce ţin de personalitatea delincventului în cauză, precum şi de obiectivele de umanizare a pedepsei.

[244] Teodor Vasiliu (coord.) *Codul penal al Republicii Socialiste România comentat şi adnotat. Parte generală*, Ed.Ştiinţifică Bucureşti, 1972, p.426

[245] Viorel Paşca, *Drept penal. Partea generală. Ediţia a III-a, actualizată cu modificările la zi ale Codului penal*, Ed.Universul Juridic, Bucureşti, 2014, pp.539-540

[246] *Idem*, p.541

şi de criteriile echitabile, astfel încât să se evite arbitrariul şi subiectivismul judecătorilor în procesul de individualizare judiciară.

Chiar dacă această individualizare este cu desăvârşire una cazuală, concretă şi subiectivă, echitatea se impune a fi luată în considerare şi respectată de către judecător, datorită însuşi riscului pe care îl prezintă această etapă, putând exista erori judiciare şi consecinţe nefaste pentru soarta celui condamnat dacă există prea mult subiectivism din partea aceluia competent să îl judece. Judecătorii deţin în mâinile lor prerogativa stabilirii pedepselor, mai ales în cazurile în care legea prevede pedepse alternative, putând să stabilească un cuantum între minimul şi maximul special, sau să depăşească acest maxim, în limitele sporurilor prevăzute de lege, ca efect al constatării unor cauze de agravare, sau să reducă pedeapsa în urma incidenţei unor cauze de atenuare. De asemenea, pedeapsa principală poate fi însoţită de pedepse complementare şi măsuri de siguranţă. Mai mult, individualizarea judiciară continuă după stabilirea felului şi cuantumului pedepsei, prin stabilirea modalităţilor de executare a pedepsei, tot de către judecător.[247]

Similar cu judecătorul francez, judecătorul român dispune de anumite prerogative în ceea ce priveşte stabilirea modului de executare a pedepsei, cu titlu de exemplu, acesta putând dispune amânarea, sau suspendarea executării pedepsei sub supraveghere.

Spre deosebire de alternativele prevăzute de Codul penal român, în cuprinsul art.130-1 din Titlul III. intitulat *Pedepsele* din Codul penal francez se trasează obiectivele sancţiunii penale, în Capitolul II este detaliată natura pedepselor (precum este şi denumit acest capitol), iar în secţiunea I dedicată pedepselor aplicabile persoanelor fizice şi subsecţiunile aferente, prin articolele cuprinse între 131-1 şi 131-18, este redată o vastă paletă de pedepse alternative la pedeapsa cu închisoarea, pe care judecătorul, în majoritatea cazurilor după informarea prealabilă a acuzatului şi după obţinerea acordului acestuia, le poate aplica cu titlu de pedeapsă principală, chiar în locul închisorii[248]. Cu titlu de exemplu, art.131-5 Cod penal francez care prevede că în cazul în care este incidentă condamnarea la închisoare, judecătorului îi este permis să pronunţe pedeapsa în zile amendă în condiţiile prevăzute de

[247] *Ibidem*

[248] În funcţie de personalitatea, situaţia materială, familială şi socială a condamnatului şi în funcţie de categoria în care se încadrează fapta penală în cauză: în sfera contravenţională, delictuală, sau criminală.

lege.[249]"Numărul zilelor amendă se determină în funcţie de resursele financiare şi obligaţiile condamnatului, nu în ultimul rând în funcţie de circumstanţele infracţiunii", prevede expres textul articolului, încadrând astfel echitatea subiectivă a judecătorului în sfera legalităţii sancţiunilor penale. De asemenea, tot cu titlu de exemplu, amintim art.131-5-1 Cod penal francez care prevede pentru judecător, în caz de delict, posibilitatea aplicării obligării condamnatului la efectuarea unui stagiu de cetăţenie, ş.a.m.d.[250] Este evidentă deci deosebirea dintre cele două legislaţii penale, o serie de alternative pe care le conţine Codul penal francez fiind, considerăm noi necesar a fi consacrate formal şi de legislatorul penal român în Codul penal român.[251] Raţiunea este aceea că cu cât există mai multe alternative la pedeapsa închisorii, prevăzute ţi clar delimitate în textul de lege, cu atât echitatea subiectivă este încadrată şi totodată controlată de echitatea obiectivă – legea penală, astfel încât se va putea evita cu succes arbitrariul în individualizarea pedepselor. Relevantă ca exemplu, din acest punct de vedere, este şi posibilitatea judecătorului francez de a aplica în locul pedepsei cu închisoarea, doar pedeapsa complementară prin care este interzis exerciţiul unor drepturi şi libertăţi pe o perioadă determinată în cazul delictelor penale. [252]

Mobilul şi scopul infracţiunii pot fi criterii de individualizare a pedepsei atunci când nu sunt condiţii de tipicitate a incriminării. Mobilul, scopul urmărit prin săvârşirea infracţiunii constă în impulsul psihic al făptuitorului, cauza internă a actului de vinovăţie. Pot constitui asemenea mobiluri ale faptei: răzbunarea, ura, tendinţa de îmbogăţire într-o manieră ilicită. Mobilul poate îmbrăca forme egoiste, individualiste, prin faptul că prin săvârşirea infracţiunii se satisface o trebuinţă personală, dar şi forme altruiste care vizează, în fond, satisfacerea unor cerinţe ale grupului social în care se identifică infractorul. Este o componentă la fel de sensibilă în individualizarea judiciară întrucât formele sale determină în mod diferit gradul de gravitate al faptei.

[249] A se vedea art. 131-5 Cod penal francez

[250] A se vedea Titre III. Des peines şi articolele aferente, Cod penal francez

[251] Nu în ultimul rând, ni se pare, cu desăvârşire, echitabilă, alternativa prevăzută pentru pedeapsa amenzii în cazul contravenţiilor penale de gradul 5, şi anume, aşa numita sancţiune în dezdăunare – la sanction-réparation, care readuce victima în prim plan, acolo unde îi este locul, de altfel, în raportul penal. A se vedea în acest sens, art.131-15-1 Cod penal francez.

[252] A se vedea, în acest sens, art.131-11 Cod penal francez

A fi echitabil în individualizarea judiciară este aşadar o sarcină dificilă pentru judecător, deoarece nu poate avea la dispoziţie o radiografie exactă a imboldurilor interioare ale infractorilor, judecătorul se va baza doar pe ceea ce poate fi relevat în exterior, aşadar pe circumstanţe externe, aparente. Mobilul infracţiunii detemină cunoaşterea periculozităţii infractorului şi în final, determină pedeapsa ce va fi aplicată. Organele judiciare au sarcina de a stabili mobilul cu care a acţionat infractorul, acesta urmând a fi avut în vedere întocmai la individualizarea concretă a pedepsei. Să nu uităm însă că există o marjă de eroare care trebuie luată în considerare în această etapă, întrucât organele judiciare nu vor avea aproape niciodată acces la adevăratul motiv al săvârşirii faptei de către acuzat, ci doar la motivul aparent. De aceea, ca regulă, mobilul infracţiunii nu este considerat un element constitutiv care condiţionează existenţa faptei incriminate, exemplul infracţiunii de furt comis de o persoană disperată pentru a-şi hrăni copiii pentru ca aceştia să supravieţuiască şi cel de furt comis în scop josnic, însă, în opinia noastră, echitatea impune luarea acestuia în considerare în procesul de individualizare a pedepsei. Luarea în considerare a acestuia are relevanţă întrucât se va face deosebirea între buna credinţă şi reaua credinţă în domeniul penal, noţiuni care nu sunt identice cu cele din Codul civil, tocmai pentru că depind de această doză de subiectivitate.[253] Practic echitatea ajută la „a judeca echilibrat" şi a lua în considerare toate elementele utile cauzei, fie ele subiective, sau obiective. Totodată, în reglementarea penală anterioară, în cuprinsul art.75 alin (1) lit.d) Cod penal de la 1968, denumirea generală fiind aceea de: *motive josnice,* a constituit circumstanţă agravantă generală şi oferea posibilitatea judecătorului de a agrava sancţiunea penală faţă de cei care au avut asemenea motivaţie josnică.

Scopul infracţiunii este distinct de mobilul acesteia deoarece cel dintâi semnifică rezultatul faptei pe care delincventul şi-a imaginat-o.

Aşa cum am constatat şi anterior, în privinţa mobilului infracţiuii, acesta poate fi uneori egoist.Vom arăta de ce individualizarea judiciară echitabilă, în opinia noastră, poate deveni mai complicat de realizat chiar din pricina unor reglementări legale care nu îşi au rostul şi

[253] În dreptul penal se presupune că tratamentul delincventului trebuie să fie unul uman. Este vorba despre principiul umanismului care se oglindeşte astfel în activitatea punitivă a statului. Pedeapsa trebuie să fie aplicată numai în măsura în care ea este strict necesară şi nu poate fi substituită prin altă pedeapsă mai blândă. Toate acestea vor fi legitimate de analizarea amănunţită a imboldului infracţional şi de o încercarea de apreciere a acestuia cât mai adecvată, pe care organele judiciare sunt obligate să o efectueze în numele echităţii, din punctul nostru de vedere.

constituie veritabile piedici în înfăptuirea justiţiei penale. Pornind de la conceptul de echitate şi ceea ce acesta ar trebui să semnifice pentru dreptul penal substanţial, la o simplă analiză a anumitor cauze de nepedepsire prevăzute de Codul penal, cum ar fi cele referitoare la infracţiunea de dare de mită, art.290 alin (3) care prevede că "mituitorul nu se pedepseşte dacă denunţă fapta mai înainte ca organul de urmărire penală să fi fost sesizat cu privire la aceasta"sau de cumpărare de influenţă art.292 Cod penal care în alin (2) prevede că „făptuitorul nu se pedepseşte dacă denunţă fapta mai înainte ca organul de urmărire penală să fi fost sesizat cu privire la aceasta," observăm că legea oferă un cadru de scutire de răspundere penală pentru unii subiecţi activi cu o uşurinţă dăunătoare justului în sfera penală. Se ne imaginăm astfel ipoteza posibilităţii de a exista, în aceste contexte, a mobilului subiectului activ, respectiv mituitorul, sau cumpărătorul de influenţă, care poate să denunţe fapta mai înainte ca organul de urmărire penală să fi fost sesizat cu privire la aceasta, chiar cu scopul de a-l transforma pe cel care primeşte foloasele în subiect al infracţiunii de luare de mită, respectiv de trafic de influenţă. Aceste reglementări pot reprezenta adevărate instigări imorale de denunţare, sau chiar un mijloc prin care unii infractori îşi pot asigura propria scutire de pedeapsă. Legea penală nu este un domeniu în care târguirea legală să îşi aibă locul. Echitatea impune ca ea să fie una şi aceeaşi pentru toţi subiecţii raportului penal.

Considerăm că legea ar fi echitabilă cu privire la reglementarea acestor infracţiuni şi cauze de nepedepsire, doar în condiţiile în care din textul articolelor 290 şi 292 Cod penal român, s-ar înlătura aceste alineate: respectiv art.290 alin (3) şi art.292 alin (2), care prevăd "oportunităţile" de nepedepsire, astfel încât toţi subiecţii infracţiunilor să beneficieze de un tratament cu adevărat egal în faţa legii penale.

Pe de altă parte, dacă legiuitorul alege totuşi să menţină alineatele în discuţie în textele legale, propunem, prin prisma standardelor de echitate, introducerea unor noi alineate subsecvente, care să prevadă că: dacă organele judiciare, după o cercetare amănunţită a situaţiilor, obţin dovezi clare şi neîndoielnice asupra existenţei scopului de a-l transforma pe cel care primeşte mita, sau foloasele în subiect activ al infracţiunilor de luare de mită, respectiv de trafic de influenţă, limitele speciale de pedeapsă prevăzute în partea specială a Codului penal pentru infracţiunile în cauză, să fie dublate. Pe această cale susţinem că rolul preventiv şi disuasiv al reglementării penale ar fi îndeplinit.

În privinţa nivelului de educaţie, vârstei, stării de sănătate, precum şi situaţia familială şi socială, în politica de individualizare, acestea sunt doar împrejurări anterioare care au rol de criterii de individualizare, ele neavând însă caracter de circumstanţe atenuante.

Cu toate acestea, judecătorii vor fi obligaţi să le ia totuşi în considerare atunci când individualizează pedeapsa. Atât Codul penal român cât şi Codul penal francez prevăd că acestea vor fi avute în vedere de către instanţă atunci când se va individualiza pedeapsa şi regimul ei de executare. Examinarea persoanei infractorului se va face numai în legătură cu fapta comisă, niciodată separat de aceasta. De aceea gradul de pericol social al unui infractor nu va putea fi dedus din anumite particularităţi biopsihice ale acestuia luate individual şi interpretate ca o predispoziţie la comiterea de fapte penale. Există însă anumite erori de apreciere, din acest punct de vedere, în practica judiciară, care generează lăsarea în libertate a anumitor indivizi realmente periculoşi pentru societate, tocmai pentru că nu sunt reglementate nişte criterii clare în acest sens, care să încadreze însăşi aprecierea judecătorului asupra pericolului social concret al persoanei care încalcă legea.

În opinia noastră, există o prea mare libertate de apreciere lăsată la dispoziţia organelor judiciare de către lege, lege care, dimpotrivă, ar trebui să specifice clar şi prin situaţii concret reglementate când există pericol social care ar justifica măsuri restrictive imediate şi când nu. Ne referim la criterii concret trasate de textul de lege şi care să vizeze felul în care a fost comisă fapta, precum şi trăsături de personalitate ale infractorului susceptibile de a releva un grad ridicat de pericol social, astfel încât alternative ca executarea sub supraveghere să fie aplicate, doar în mod excepţional unor delincvenţi care denotă un pericol social ridicat în societate.

Cu atât mai mult cu cât în acest sens, s-a decis faptul că o conduită bună a infractorului înainte de săvârşirea infracţiunii, comportarea lui sinceră în cursul procesului penal, precum şi o situaţie familială grea sunt examinate luând în considerare periculozitatea faptei comise, de asemenea toate datele privind persoana acestuia. Iar numai dacă împrejurările ce ţin de persoana infractorului nu atribuie faptei un grad de gravitate ridicat, ele vor avea rol de circumstanţe agravante.[254]

[254] Trib.Suprem Dec.nr.49/1987 în Ştefan Daneş, *Criterii de individualizare judiciară a pedepselor în lumina jurisprudenţei Tribunalului Suprem*, în RDD nr.2/1989, p.50

Per a contrario, credem că dacă acestea împrejurări atribuie faptei un grad de pericol social şi o gravitate sporit/sporită, legea va trebui să prevadă un tratament mai strict în cadrul individualizării judiciare a pedepsei. Deşi s-ar putea invoca contra-argumentul conform căruia în această situaţie s-ar limita rolul judecătorului, deoarece judecătorul nu poate fi numai un administrator de pedepse, considerăm că mai degrabă s-ar preveni arbitrariul, iar legea ar fi mai clară. Cu atât mai mult cu cât, în sistemul de drept continental, spre deosebire de sistemul de *Common Law*, judecătorul poate fi văzut ca fiind un *administrator de pedepse*.

Este un teren sensibil, deoarece, trebuie menţinut echilibrul între scopurile pedepsei, în special între cel de constrângere şi cel de reeducare, alături de prevenţia generală şi specială. Individualizarea trebuie să fie echitabilă, echilibrată şi deci, corectă. Aşa cum o pedeapsă deosebit de aspră în raport cu caracteristicile personale ale condamnatului se dovedeşte în majoritatea cazurilor una ineficientă, deoarece se riscă obţinerea efectului opus reintegrării acestuia în societate, au existat şi cazuri în care instanţele au luat în considerare cu preponderenţă gravitatea faptei, neglijând analiza amănunţită a circumstanţelor personale ale autorului, care spre exemplu s-a dovedit că avea o pregătire şcolară minimă, se afla la prima abatere penală, manifestând un regret constant faţă de fapta penală deosebit de gravă pe care a comis-o, pe care şi-a explicat-o prin prisma faptului că atunci când consumă substanţe alcoolice devine agresiv, iar potrivit analizei toxicologice inculpatul avea în sânge la data comiterii faptei un procentaj de 1,95% alcool, ceea ce s-a dovedit că a generat pierderea controlului asupra faptelor sale.[255]Considerăm ca fiind mai echitabilă în acest context vechea reglementare penală care a înscris în rândul criteriilor generale şi deci obligatorii de individualizare şi împrejurările care atenuează şi agravează răspunderea penală deoarere termenul de "împrejurări" din conţinutul art.72 din vechiul Cod penal român se referea atât la situaţiile, stările, calităţile care însoţesc săvârşirea faptei sau privesc persoana infractorului în legătură cu manifestarea infracţională[256], cât şi stările, sau situaţiile care deşi nefiind legate direct de săvârşirea infracţiunii ar fi în măsură să caracterizeze gradul de pericol al acesteia, sau periculozitatea infractorului (stări de agravare, stări de atenuare, cauze de diferenţiere). Criteriile generale de individualizare constituie orentări obligatorii pentru instanţă asupra

[255] C.S.J Secţia penală, decizia nr.123/2003, www.scj.ro

[256] Circumstanţele manifestării infracţionale

modului în care trebuie să procedeze în vederea identificărilor elementelor de individualizare.[257]

De asemenea, susţinem argumentarea doctrinei[258] conform căreia, este discutabil faptul că o infracţiune amnistiată nu poate fi luată în considerare drept criteriu de individualizare, întrucât amnistia intervenită după condamnare înlătură atât executarea pedepsei, cât şi celelalte consecinţe ale condamnării.[259]Primul argument ar fi că în cadrul individualizării pedepsei se iau în considerare antecedentele judiciare ale făptuitorului, iar atunci când se apreciază comportarea anterioară a acestuia interesează faptele materiale de încălcare a legii penale constatate printr-o hotărâre judecătorească, iar nu răspunderea penală care i-a fost atrasă în urma săvârşirii lor, astfel că instanţa nu va putea face abstracţie de condamnări pentru care a intervenit amnistia[260], sau chiar reabilitarea.[261]

În sfera circumstanţelor atenuante prevăzute de actualul Cod penal român, considerăm că a fost echitabilă introducerea prin Legea 187/2012 de punere în aplicare a Codului penal a circumstanţei atenuante ce constă în acoperirea integrală a prejudiciului material cauzat prin infracţiune în cursul urmăririi penale, sau al judecății până la primul termen de judecată, cu unele excepţii. Justiţia penală oferă astfel şansa luării în considerare a unor astfel de atitudini de căinţă activă, cu valenţe reparatorii pentru victimă. Însă, această atitudine reparatorie şi de căinţă activă este şi diminuată şi descurajată prin excepţiile create de legiuitor în cuprinsul aceluiaşi text de lege.

Astfel, această circumstanţă poate profita numai acelor delincvenţi care au reparat prejudiciul până la primul termen de judecată,[262]iar pentru ca ea să fie incidentă, art.75 alin.(1) lit.d impune condiţii. În ceea ce priveşte echitatea în această reglementare,

[257] Ion Ristea în T.Toader, G.Antoniu (coord.), op.cit. p.98

[258] Ion Ristea în T.Toader, G.Antoniu (coord.), op.cit. p.91

[259] C. Ap.Bucureşti, s.a II-a pen.dec, nr.647/1998 în Vasile Papadopol, Culegere de practică judiciară penală pe aul 1998, Ed.All Beck, Bucureşti 1999, p.157

[260] Trib.Suprem, s.pen., dec, nr.106/1981, nepublicată în T.Toader, G.Antoniu (coord.) op.cit. p.92

[261] Vasile Papadopol, *Notă la decizia nr. 647/1998 a Curţii de Apel Bucureşti*, pp.157-158 în T.Toader, G.Antoniu (coord.) op.cit. p.92

[262] Viorel Paşca, op.cit.p.549

împărtăşim opinia doctrinei[263] în sensul că numărul de infracţiuni care constituie excepţii şi deci în cazul comiterii cărora nu se va aplica această circumstanţă, diminuează eficienţa acesteia, iar limitările prevăzute de lege nu sunt justificate deoarece eforturile depuse de făptuitor pentru înlăturarea, sau diminuarea consecinţelor infracţiunii au practic aceleaşi efecte în cazul tuturor infracţiunilor. Limitarea eficienţei până la primul termen de judecată în condiţiile în care circumstanţa judiciară constând în eforturile depuse de infractor pentru repararea efectivă a prejudiciului, are efecte în tot cursul judecăţii, inclusiv în căile de atac este inechitabilă.[264] Cu atât mai mult cu cât o iniţiativă asemănătoare în vederea introducerii unei circumstanţe atenuante în vechiul Cod penal român prin art XX pct.2 al Legii nr.202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluţionării proceselor şi textul a fost declarat neconstituţional prin decizie a Curţii Constituţionale, deoarece s-a considerat că, prin condiţionarea reducerii limitelor pedepsei de un anumit moment procesual (până la soluţionarea cauzei în primă instanţă) este afectat principiul egalităţii cetăţenilor în faţa legii prevăzut de art.16 din Constituţia României.[265]

De asemenea, nu se poate verifica în mod concret dacă făptuitorul a beneficiat anterior de această circumstanţă într-un interval de 5 ani anterior comiterii faptei deoarece circumstanţa nu este înscrisă în cazierul judiciar, singura cale de verificare fiind consultarea directă a hotărârilor pronunţate faţă de acuzat în ultimii 5 ani, în cazurile în care acesta a mai fost condamnat.[266] S-ar afecta astfel şi celeritatea justiţiei penale, pe lângă eficienţa ei, precum am arătat deja.

A.f) Jocul circumstanţelor atenuante şi agravante în aplicarea unei pedepse echitabile

În cazul circumstanţelor atenuante legale, o altă componentă esenţială care îşi are rolul său în reechilibrarea raportului punitiv stat-infractor, caracterul lor este stabilit de lege şi ele se impun instanţei în mod obligatoriu, pe de altă parte, circumstanţele atenuante judiciare, sunt împrejurări care vor fi evaluate de judecător în cadrul individualizării judiciare concrete prin raportarea faptei la împrejurările în care a fost comisă dar şi la persoana infractorului.

[263] *Idem*, p.550

[264] *Ibidem*

[265] C.C. Decizie nr.573/2011, M.of. nr.363 din 25 mai 2011, a se vedea explicaţiile din V.Paşca, op.cit.p 551

[266] Viorel Paşca, op.cit. pp. 550-551

Numărul lor nu este unul limitat,acesta variind în funcţie de cazul concret. Circumstanţa atenuantă judiciară prevăzută de art 75 Cod penal alin. (2) lit a) şi care evidenţiază eforturile depuse de infractor pentru înlăturarea, sau diminuarea consecinţelor infracţiunii, considerăm că oglindește căinţa activă a autorului infracţiunii este relevantă pentru că denotă o respectare şi a principiului respectării drepturilor persoanei vătămate. Exprimarea textului de lege indică faptul că se are în vedere ipoteza existenţei unui rezultat infracţional produs deja, pe care infractorul se străduieşte să îl anihileze, iar nu ipoteza unui rezultat neprodus, evitat prin desistare. Împrejurările prevăzute în art.75 alin (2) au caracter exemplificativ şi nimic nu împiedică judecătorul să reţină şi alte circumstanţe atenuante concrete care pot dovedi un grad de pericol social redus al faptei şi al făptuitorului.[267]

Dacă în Codul penal francez, în privinţa circumstanţelor atenuante judiciare, judecătorul beneficiază de o libertate deplină de fixare a pedepselor, deoarece legea franceză nu a mai fixat un minim legal special pentru fiecare infracţiune, înlăturând astfel necesitatea precizării circumstanţelor atenuante judiciare,[268]în Codul penal actual român, incidenţa circumstanţelor atenuante presupune reducerea cu o treime a limitei speciale maxime şi a limitei speciale minime ale pedepsei prevăzute de lege, ceea ce conferă şi în legislaţia română o mai mare libertate de apreciere asupra pedepsei întrucât judecătorii nu mai sunt ţinuţi să aplice o pedeapsă sub minimul special, precum cerea legea anterioară. Se realizează astfel o determinare proporţională a efectului atenuant, ţinându-se seama de pericolul social abstract stabilit de legiuitor pentru o anumită infracţiune prin această reducere a limitelor speciale ale pedepsei. De asemenea, în cazul detenţiunii pe viaţă, se va aplica pedeapsa închisorii de la 10 la 20 de ani, iar nu închisoarea de la 10 la 25 de ani cum era prevăzut în vechea reglementare. Un alt pas spre politica de diminuare a cuantumului pedepselor. Dacă sunt reţinute circumstanţele atenuante legale, sau judiciare, reducerea pedepsei este obligatorie pentru judecători. Legea română încadrează totuşi într-o manieră mai strictă activitatea de individualizare judiciară. Aspecte care, din punctul nostru de vedere sunt mai în acord cu dezideratele echitabile decât prevederile legii franceze, dar şi decât vechea reglementare penală română.

[267] *Ibidem*

[268] Cu unele limitări, a se vedea în acest sens art.132-18; 132-24 Cod penal francez

Actualul Cod penal român enumeră limitativ împrejurările care constituie circumstanţe agravante legale[269] şi renunţă la circumstanţele agravante judiciare, care erau valabile în vechiul Cod penal, pe motiv că reglementarea acestora era una imprecisă şi lăsa instanţei posibilitatea de a agrava răspunderea penală a unei persoane în celelalte împrejurări nedescrise de lege cu claritate.[270] În aceeaşi logică de respectare a standardelor de echitate, dacă am făcut referire la aşa numitul „principiu *in favorem"* invocat în doctrina juridică franceză, observăm că reglementarea din actualul Cod penal este o abordare *in favorem* faţă de soarta condamnaţilor în procesul de individualizare judiciară. Se evită ambiguităţile şi se pune astfel accent pe claritatea şi precizia legii. Actualul Cod penal român face o evaluare a împrejurărilor care au aptitudinea de a evdenţia un grad de pericol social ridicat şi care justifică reţinerea lor ca circumstanţe agravante. Pe de o parte s-a renunţat la agravarea răspunderii penale din motive josnice, deoarece conţinutul şi semnificaţia motivelor josnice nu a putut fi delimitat cu precizie de literatura juridică şi de jurisprudenţă, astfel legea nu era clară şi deschidea drumul către abuzuri în individualizarea judiciară. Pe de altă parte însă, s-a extins sfera de aplicare a circumstanţei de a se comite infracţiunea fiind în stare de intoxicaţie preordinată, astfel că aceasta poate fi produsă şi prin consumul altor substanţe psihoactive a căror consum reprezintă încălcarea unei interdicţii legale sau medicale. De asemenea, a fost introdusă circumstanţa agravantă a săvârşirii infracţiunii profitând de starea vădită de vulnerabilitate a persoanei vătămate, datorată vârstei, stării de sănătate, infirmităţii, sau altor cauze, o astfel de circumstanţă denotă o gravitate ridicată a infracţiunii, precum şi o periculozitate sporită a infractorului.[271]

Înaintea adoptării actualei legislaţii penale, în proiectul de Cod penal român a fost introdus un paragraf în cuprinsul art.74 Cod penal ce viza, în mod echitabil, în opinia noastră, obligaţia prezentării motivelor de fapt pe care s-a întemeiat rezultatul evaluării, însă, din păcate, în momentul adoptării Codului actual, menţiunea ce viza motivarea obligatorie a

[269] Codul penal francez nu conţine o enumerare de circumstanţe agravante generale în cuprinsul Părţii generale, rol esential îl au circumstanţele speciale specifice infracţiunilor, sau grupurilor de infracţiuni; recidiva are rol de circumstanţă agravantă, iar nu ca o formă de pluralitate de infracţiuni . Cap. II Secţiunea III din Partea generală a Codului penal francez enumeră înţelesurile unor circumstanţe care agravează, sau atenuează pedeapsa, sau scutesc infractorul de aplicarea acesteia. A se vedea art.132-71, 132-71-1, 132-72, 132-73, 132-74,132-75, 132-76, 132-77 pentru cele agravante şi urm. pt cauze de nepedepsire, şi atenuante. De menţionat este faptul că nici sistemul francez nu conţine în legea penală circumstanţe agravante judiciare.

[270] Ion Ristea în G.Antoniu, T.Toader (coord.), op.cit.p133

[271] *Ibidem*

individualizării a fost înlăturată sub pretext că aceasta era redundantă deoarece ea exista deja în cuprinsul art.356 Cod procedură penală român.[272]Apreciem că obiectivul unei justiţii penale echitabile are ca bază dreptul penal substanţial, prevederile Codului penal. Pentru a avea o procedură penală corectă, prin care drepturile apărării să fie asigurate corespunzător, este necesară o consacrare a cerinţelor pe care le implică o individualizare echitabilă. Astfel, această cerinţă era una în acord cu standardele de echitate şi trebuia menţinută în reglementare.

Motivarea hotărârilor de către instanţele naţionale este o obligaţie impusă acestora şi de art.6 par.1 din Convenţia Europeană a Drepturilor Omului care prevede echitatea în procedura penală. Este adevărat că actualul art.403 din Codul de procedură penală român prevede că expunerea trebuie să cuprindă: "c) motivarea soluţiei cu privire la latura penală, prin analiza probelor care au servit ca temei pentru soluţionarea laturii penale a cauzei şi a celor care au fost înlăturate, şi motivarea soluţiei cu privire la latura civilă a cauzei, precum şi analiza oricăror elemente de fapt pe care se sprijină soluţia dată în cauză; d) arătarea temeiurilor de drept care justifică soluţiile date în cauză."[273] În egală măsură, chiar cu riscul redundanţei, este necesară reglementarea expresă a obligativităţii de motivare a individualizării judiciare şi în Codul penal, cu atât mai mult cu cât este necesară, în concepţia noastră, prevederea principiului echităţiiîn dreptul penal substanţial, principiu care stă alături de criteriile de echitate, iar această obligativitate a motivării pentru judecători este un criteriu esenţial al echităţii în justiţia penală.

[272] George Antoniu, *Observaţii cu privire la anteproiectul unui al doilea nou Cod penal (I),* Revista de drept penal nr.4/2007, Mon.Of. Bucureşti, pp.25-26

[273] De asemenea, acelaşi articol prevede că „în caz de condamnare, renunţare la aplicarea pedepsei sau amânarea aplicării pedepsei, expunerea trebuie să cuprindă fiecare faptă reţinută de instanţă în sarcina inculpatului, forma şi gradul de vinovăţie, circumstanţele agravante sau atenuante, starea de recidivă, timpul ce se deduce din pedeapsa pronunţată, respectiv timpul care se va deduce din pedeapsa stabilită în caz de anulare sau revocare a renunţării la aplicarea pedepsei ori a amânării aplicării pedepsei, precum şi actele din care rezultă perioada ce urmează a fi dedusă. Dacă instanţa reţine în sarcina inculpatului numai o parte dintre faptele ce formează obiectul trimiterii în judecată, se va arăta în hotărâre pentru care anume fapte s-a pronunţat condamnarea ori, după caz, renunţarea la aplicarea pedepsei sau amânarea aplicării pedepsei şi pentru care anume fapte, încetarea procesului penal sau achitarea."

A.g) Individualizarea judiciară a pedepsei închisorii în regim neprivativ de libertate - modalitate de stabilire a unei pedepse echitabile

Identificăm un progres din punct de vedere al standardelor unui tratament echitabil al infractorilor în reglementarea penală română actuală, în cadrul individualizării judiciare a executării pedepsei închisorii. Noile instituţii complementare pedepsei, menite să pună la dispoziţia judecătorilor posibilităţi lărgite de individualizare judiciară: amânarea executării pedepsei, precum şi suspendarea executării pedepsei sub supraveghere. Aceste alternative de executare a pedepsei închisorii au la bază *principiul necesităţii*, întrucât se apreciază *de facto* că ţinând seama de conduita autorului faptei şi de persoana acestuia, precum şi de gradul de pericol social scăzut al faptei (când pedeapsa concret stabilită este amenda, sau închisoarea de cel mult 2 ani, respectiv 3 ani), aplicarea imediată a unei pedepse nu este necesară, sau aplicarea cu executare a pedepsei închisorii nu este necesară, în schimbul supunerii autorului faptei unei supravegheri pentru perioade determinate de 2 ani, respectiv între 2 şi 4 ani fără a putea fi mai mică decât durata pedepsei aplicate. Amânarea executării pedepsei apare, atât în dreptul penal român cât şi în dreptul penal francez,[274]ca un substitut pentru executarea pedepsei închisorii, în acelaşi timp, o măsură de a cărei îndeplinire este condiţionată stingerea pedepsei, ale cărei origini se regăsesc în sistemul de drept anglo-american.[275]Suspendarea executării pedepsei sub supraveghere a fost inspirată din chiar dreptul penal francez[276]şi introdusă în dreptul penal român prin Legea nr.104/1992 de modificare a Codului penal din 1968.

Efectele celor două instituţii favorizează realmente reintegrarea delincvenţilor în societate şi recuperarea acestora, fiind modalităţi de executare a pedepsei cu închisoarea ce pot fi integrate cu uşurinţă în conceptul de tratament echitatil în cadrul individualizării pedepselor. Efectul imediat al acestora este faptul că pedeapsa închisorii nu se execută,

[274] Prima iniţiativă de adoptare în Franţa a fost pentru o formă derivată a amânării pronunţării condamnării din dreptul anglo-saxon, şi anume suspendarea condiţionată a executării pedepsei prin Legea Beranger 1891. – a se vedea Jean Pradel, *Traité de droit pénal et de science criminelle comparé*, Tome 1er, Ed.Cujas, Paris, 1999

[275] John Augustus, un cizmar din Boston s-a prezentat în calitate de garant pentru anumiţi delincvenţi în faţa instanţei de judecată. Conduita delincvenţilor a fost supravegheată pentru o perioadă de timp pe parcursul căreia era amânată pronunţarea sentinţei. S-a constituit astfel un precedent judiciar ce a stat la baza instituţiei probation system ca modalitate de sancţionare. Sistemul a fost consacrat în Massachusetts în anul 1878, extins apoi în SUA şi preluat de Anglia prin First Offender Act în anul 1887.

[276] *La peine d'emprisonnement assortie d'un sursis avec mise à l'épreuve* a fost introdusă în Codul penal francez prin Legea nr.70-643 din 17 iulie 1970 având ca scop garantarea drepturilor cetăţenilor.

menţinând astfel condamnatul în societate şi facilitând pe această cale resocializarea şi îndreptarea acestuia. Dacă amânarea aplicării pedepsei principale are incidenţă şi asupra pedepselor accesorii şi complementare aplicate, suspendarea executării pedepsei principale nu are ca efect şi suspendarea executării pedepselor accesorii şi a celor compemntare, acestea sunt restrângeri ale drepturilor şi se execută de la data rămânerii definitive a hotărârii de condamnare. Cel căruia i s-a aplicat amânarea aplicării pedepsei nu mai este supus niciunei decăderi, interdicţii, sau incapacităţi ce ar putea decurge din infracţiunea comisă, dacă nu săvârşeşte din nou o infracţiune până la expirarea termenului de supraveghere, nu se revocă amânarea sau nu se descoperă o cauză de anulare a acesteia. Însă, amânarea nu produce efecte asupra executării măsurilor de siguranţă şi asupra obligaţiilor civile prevăzute în hotărâre.

De asemenea, suspendarea executării pedepsei sub supraveghere nu are efect asupra măsurilor de siguranţă sau asupra obligaţiilor civile ale condamnatului, iar dacă se revocă suspendarea pentru alte motive decât săvârşirea unei noi infracţiuni, restul din pedeapsa complementară a interzicerii unor drepturi neexecutată până la data revocării se va executa după executarea pedepsei închisorii. Esenţial este că în cazul ambelor forme, pe durata termenelor de supraveghere, obligaţiile şi măsurile de supraveghere aferente sunt parte dintr-un proces de supraveghere cu conţinut variat şi flexibil, care permite verificarea conduitei persoanei, dar şi sprijinirea delincventului în a conştientiza riscurile la care se expune prin coiterea de infracţiuni. Sistemul de obligaţii este flexibil, iar instanţa îl adaptează în raport cu progresele făcute de cel în cauză, fie prin impunerea de noi obligaţii, fie prin diminuarea celor iniţiale, sau chiar prin încetarea executării unora dintre aceste obligaţii, favorizându-se pe această cale, recuperarea şi redresarea socială a delincventului.

Echitatea este un concept valoric vast de care trebuie să se ţină cont în activitatea de înfăptuire a justiţiei penale pe toată durata individualizării pedepselor. Dacă în individualizarea legală ea are une rol esenţial, deoarece în această etapă se stabilesc cadrul şi limitele unor pedepse echitabile şi se previne astfel eventualul abuz al organelor judiciare, în individualizarea judiciară, echitatea apropie judecătorul de personalitatea concretă a autorului, dar şi de fapta concretă şi de trăsăturile acesteia, prin faptul că îl obligă să judece echidistant, cu o cât mai mică doză de subiectivism posibil, raportându-se la indicii concrete.

Am denumit-o şi echitate subiectivă, ea predomină în etapa individualizării judiciare, însă este încadrată, la rândul său, de echitatea obiectivă, care se află în lege.

În ceea ce priveşte soarta condamnatului din perioada imediat următoare rămânerii definitive a condamnării, justiţia penală nu trebuie să omită faptul că omul este capabil de progres şi se poate redresa, pedeapsa poate suferi astfel modificări ce vizează diminuarea duratei ei, sau, dimpotrivă, el este capabil şi de regres, astfel că poate fi incidentă şi augmentarea pedepsei. Tot în funcţie de capacitatea efectivă a condamnatului de a executa anumite pedepse, s-a apreciat că pedeapsa poate fi adaptată, spre exemplu: amenda poate fi totuşi înlocuită cu prestarea unei munci neremunerate în folosul comunităţii (art.64 Cod penal), dar şi cu pedeapsa închisorii (art.63 Cod penal). De aceea credem că şi individualizarea postcondamnatorie, sau poate mai ales aceasta, are rol determinant pentru recuperarea individului în societate. În consecinţă aceasta trebuie de asemenea să se ghideze după dezideratul și criteriile echităţii.

A.h) Echitatea în individualizarea postcondamnatorie a pedepsei din dreptul penal român

În contextul prevederilor art. 71 alin. (4) din Codul penal român sunt incluse în durata pedepsei, permisiile acordate condamnatului conform legii de executare a pedepsei.

Orice cetăţean, atât deţinutul, cât şi cel în libertate, trebuie să aibă un comportament corect oriunde s-ar afla, comportamentele incorecte sunt pedepsite, sau corectate de lege. Prin definitie, în special cel condamnat este obligat să aibă un comportament corect în perioada detenţiei, însă acest lucru nu înseamnă că acesta nu trebuie recompensat pentru comportarea corectă, precum interpretează o parte din doctrină.[277]Deşi comportarea corectă este o stare normală necesară şi obligatorie pentru fiecare cetăţean, echitatea se manifestă faţă de cei condamnaţi prin permisiile prevăzute de legea penală care sunt, de fapt, norme stimulative în scop de reintegrare.

Situaţia este echitabilă şi în cazul prevăzut de alin (3) al art.71 Cod penal, perioada în care condamnatul se află bolnav în spital intră în mod just în calculul duratei pedepsei, fiind

[277] Ştefan Daneş în G.Antoniu, T.Toader (coord.) op.cit. p.69

vorba despre consideraţiuni de sorginte umanitară, boala survenind pe parcursul detenţiei efective, cu atât mai mult, condamnatul bolnav chiar în spital se va afla sub supravegherea personalului penitenciarului. Acelaşi alineat sancţionând reaua credinţă a deţinutului care îşi provoacă voit boala pentru a ieşi din detenţie, prin faptul că, în măsura în care această împrejurare se descoperă de către organele judiciare în cursul executării pedepsei, această perioadă de boală nu va fi socotită ca făcând parte din durata pedepsei.

În ceea ce priveşte computarea duratei măsurilor preventive privative de libertate, prevăzută în cuprinsul art.72 Cod penal, acestea sunt măsuri necesare şi echitabile întrucât deţinerea preventivă este o consecinţă a faptei penale, la fel ca şi pedeapsa, condamnatul ar executa o pedeapsa mai mare decât cea aplicată de instanţă dacă nu s-ar face această scădere.[278] Arestarea preventivă poate dura uneori luni de zile şi este vorba tot despre o privare de libertate a celui în cauză. Literatura juridică susţine că dacă legea nu ar prevedea scăderea reţinerii, sau arestării preventive din pedeapsa efectiv pronunţată şi pe care o are de executat condamnatul, s-ar crea o inechitate între gravitatea faptei şi pedeapsa prea grea pe care o suportă condamnatul.[279]Este o explicaţie ştiinţifică prin prisma raportării la proporţionalitatea pedepsei ce trebuie executată cu gravitatea faptei comise, reglementarea fiind una justificată şi echitabilă în ceea ce priveşte aceste aspecte.

Dacă echitatea presupune aplicarea unui tratament egal celor aflaţi în situaţii juridice egale şi un tratament inegal pentru persoane aflate în situaţii juridice diferite, deşi excede domeniul prevederilor din dreptul penl substanţial, problematica deducerii duratei arestului la domiciliu din pedeapsa aplicată prin echivalarea unei zile de arest preventiv la domiciliu cu o zi din pedeapsă, prevăzută de art. 399 Cod de procedură penală român alin. (9) este, în opinia noastră, inechitabilă.

Prin Recursul în interesul Legii, Nr.22 din data de 12 octombrie 2009[280], Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie a statuat că în interpretarea si aplicarea unitară a dispoziţiilor art. 18 din

[278] Codul penal francez nu cuprinde o reglementare care să vizeze computarea măsurilor preventive, însă, în Titlul II intitulat *Despre detenţie,* în cuprinsul Capitolului II din acest titlu denumit *Despre executarea pedepselor privative de libertate* din Codul de procedură penală, art.716-4 prevede că privarea de libertate din cursul procedurii va fi dedusă integral din pedeapsa pronunţată privativă de libertate.

[279] Ştefan Daneş în G.Antoniu, T.Toader (coord.) op. cit. p.71

[280] Publicata în M. Of.nr. 290/2010 - M. Of. 290 / 4 mai 2010

Legea nr. 302/2004 privind cooperarea judiciară internaţională în materie penală durata arestului la domiciliu, executat în străinătate, măsura preventivă privativă de libertate, în accepţiunea art. 5 din Convenţia europeană pentru apărarea Drepturilor Omului si a Libertăţilor Fundamentale, trebuie luată în calcul în cadrul procedurii penale române şi dedusă din durata închisorii aplicate de instanţele române. Interpretarea a fost coroborată şi cu prevederea art.72 alin (1) teza 1 din Codul penal român care prevede cu privire la deducerea din pedeapsa închisorii pronunţate a măsurii preventive de libertate la care a fost supusă persoana în cauză. La momentul respectiv, arestul la domiciliu nu era prevăzut printre măsurile preventive române, fiind specificat doar în proiectul Codului de procedură penală român, în conţinutul art. 222 alin. 9 teza I, faptul că "un inculpat, aflat în stare de arest la domiciliu, este considerat în stare de arest preventiv."

Cinci ani mai târziu, referitor la arestul la docmiciliu, a fost invocat de către reprezentantul Ministerul Public[281] faptul că dispoziţiile art 399 alin (9) Cod de procedură penală contravin prevederilor constituţionale ale art. 4 alin. (2) referitor la unitatea poporului şi egalitatea între cetăţeni şi art. 16 alin. (1) şi (2) referitor la egalitatea în drepturi, iar Curtea de Apel Bucureşti a apreciat că excepţia de neconstituţionalitate este fondată, dispoziţia de lege criticată instituind un tratament juridic identic unor persoane aflate în situaţii diferite şi un privilegiu în favoarea persoanelor cercetate în stare de arest la domiciliu în raport cu persoanele cercetate în arest preventiv, ceea ce contravine prevederilor constituţionale ale art. 16 alin. (1).

Cu toate acestea, prin Decizia nr.650/2014,[282] Curtea Constituţională a apreciat că eventuala diferenţă de confort sau regim intern existentă la un moment dat între diferitele locaţii privative de libertate nu este o condiţie a stabilirii dacă măsura respectivă este sau nu o

[281] Reprezentantul Ministerului Public susţine că „textul criticat contravine prevederilor constituţionale referitoare la egalitatea în drepturi. Dispoziţia legală criticată creează o egalitate între persoanele aflate în arest preventiv şi cele aflate în arest la domiciliu, discriminând pozitiv pe cei din urmă. Astfel, cei aflaţi în arest la domiciliu ajung să beneficieze de un tratament egal cu cei aflaţi în arest preventiv, deşi condiţiile de trai de la domiciliu sunt net superioare condiţiilor de trai din arest. Pe de altă parte, textul creează o discriminare între diferitele persoane aflate în arest la domiciliu în funcţie de criteriul averii, condiţiile de trai de la domiciliul fiecărei persoane fiind direct proporţionale cu averea sa şi implicit diferite de la o persoană la alta. În concluzie, apreciază că textul de lege criticat creează în mod nejustificat un tratament egal pentru persoane care nu sunt în situaţii juridice egale " invocă, de asemenea, şi Decizia nr. 265 din 6 mai 2014, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 372 din 20 mai 2014. În Decizia nr. 650/2014 referitoare la respingerea excepţiei de neconstituţionalitate a dispoziţiilor art. 399 alin. (9) din Codul de procedură penală, considerent 6,

[282] Publicată în M. Of., Partea I, nr. 30 din 14.01.2015,

măsură privativă de libertate, altele fiind condiţiile ce trebuie îndeplinite în acest sens, astfel încât nu contravine prevederilor art. 16 din Constituţie. Reglementarea în sensul că durata măsurii arestului la domiciliu se deduce din pedeapsa aplicată prin echivalarea unei zile de arest preventiv la domiciliu cu o zi din pedeapsă, în acelaşi mod cu deducerea zilelor de arest preventiv, reprezintă opţiunea pe care legiuitorul român o are în cadrul politicii penale, iar conform instanţei supreme, aceasta nu este contrară prevederilor art. 16 din Constituţie.[283]

Practic, observăm că argumentele principale ale Curţii Constituţionale au fost acelea că cele două măsuri preventive privesc *aceeaşi interferenţă majoră în dreptul la libertate individuală a persoanei şi* vizează exclusiv nivelul restricţiilor legate de libertatea de deplasare şi *nu diferenţa de confort sau regim intern în diferitele locaţii privative de libertate*. Echitatea vizează, în opinia noastră, şi aspecte ce ţin de impactul pedepselor, dar şi al măsurilor preventive, de consecinţele acestora în conştiinţa celor cărora li se aplică, pe lângă aspectele tehnice ce privesc strict regimul de executare. Considerăm, din acest punct de vedere că analiza instanţei supreme nu include şi analiza considerentelor de echitate, ea limitându-se la a analiza prin prisma unei egalităţi tehnice de tratament cele două măsuri preventive, care în opinia noastră nu pot fi echivalate, aşa cum se întâmplă în cuprinsul alin (9) al art.399 Cod de procedură penal român. Întocmai impactul gradului de confort, dar şi diferenţele pe baza criteriului averii, condiţiile de trai de la domiciliul fiecărei persoane fiind direct proporţionale cu averea sa şi implicit diferite de la o persoană la alta, fac ca aceste măsuri punitive să nu fie resimţite în mod egal de către cei vizaţi. Ori aceasta este întocmai esenţa echităţii în executarea pedepselor, sau a măsurilor preventive. Prin prisma complexităţii echităţii, distincţia dintre privarea de libertate şi limitarea acesteia trebuie să fie una de natură sau de substanţă şi în aceeaşi măsură şi una de grad sau de intensitate. Detenţia la domiciliu nu poate fi astfel asimilată cu arestul preventiv, deşi ele fac parte, conform legii, din categoria măsurilor preventive, această grupare a lor în aceeaşi categorie fiind una pur tehnică din punctul nostru de vedere, neglijându-se esența acestora.[284]

[283] A se vedea C.C., Decizia nr. 650/2014 referitoare la respingerea excepţiei de neconstituţionalitate a dispoziţiilor art. 399 alin. (9) din Codul de procedură penală, în vigoare de la 14.01.2015, Cons. 27-30.

[284] Şi Curtea Europeană a Drepturilor Omului a asimilat cele două măsuri în cauzele *Giulia Manzoni c./ Italiei*, Hotararea din 1 iulie 1997, cons. 22, *Mancini c./ Italiei*, Hotararea din 2 august 2001, cons. 17, *Vachev c. Bulgariei*, Hotararea din 8 iulie 2004, cons. 64, *Lavents c./ Letoniei*, Hotararea din 28 februarie, cons. 63 şi a apreciat că gradul de constrângere impus de o asemenea măsură a arestului la domiciliu este suficient pentru ca

Considerăm că, în măsura în care s-ar fi reglementat expres principiul echităţii în dreptul penal substanţial, care să aibă corespondent în art.16 al Constituţiei României, eventuala diferenţă de confort sau regim intern existentă la un moment dat între diferitele locaţii privative de libertate ar fi fost luată în considerare ca o condiţie a stabilirii dacă măsura respectivă este sau nu o măsură privativă de libertate, astfel că s-ar fi impus fie ca legea să menţină arestul la domiciuliu în sfera măsurilor preventive, iar atunci textul de lege atât substanţială, cât şi procedural să prevadă un regim distinct şi proporţional de deduceri, fie, ceva mai radical, şi anume ca arestul la domiciliu să nu fie considerat măsură preventivă în dreptul procesual penal român, astfel să i se ofere o reglementare distinctă care să îl catalogheze ca măsură având o altă natură. Chiar dacă egalitatatea în faţa legii implică echitatea, iar egalitatea nu înseamnă egalitarism, situaţiilor diferite aplicându-li-se soluţii diferite, să nu uităm că o consacrare indirectă, implicită a echităţii nu este suficientă în lumina filosofiei actualei politici penale, mai mult, proporţionalitatea trebuie să existe în toate măsurile care sunt dispuse în numele justiţiei penale.

Păstrând logica echilibrului pe care îl presupune echitatea în dreptul penal, dacă analizăm conţinutul art.59 Cod penal, care prevede în cazul comutării, sau înlocuirii pedepsei detenţiunii pe viaţă cu pedeapsa închisorii, că "perioada de detenţie executată se consideră executată din pedeapsa închisorii,"ajungem la concluzia că, justificarea reglementării nu este una în deplin acord cu cerinţele pe care le implică echitatea.

Detenţiunea pe viaţă este o pedeapsă care are la bază scopul eliminării condamnatului din societate în urma săvârşirii de către acesta a unei infracţiuni de o gravitate deosebită, care evidenţează periculozitatea infractorului. În ciuda faptului că funcţia principală a dreptului penal şi a pedepsei este cea de apărare socială împotriva delincvenţei, funcţie esenţială pentru o politică penală eficientă, doctrina[285] afirmă în lumina umanităţii regimului de executare a pedepselor, că măsura prevăzută de art. 59 Cod penal este una corectă din punct de vedere juridic şi pe deplin întemeiată sub aspectul politicii penale. Argumentele sunt acelea conform cărora detenţiunea pe viaţă executată de condamnat până în momentul înlocuirii, sau comutării în pedeapsa închisorii, constituie, alături de aceasta din urmă, pedeapsă unică

---

aceasta să fie considerată o privare de libertate în sensul art. 5 din Conventia Europeana a Drepturilor omului. Nu ne putem explica ingnorarea considerentului echităţii şi lipsa studiului situaţiei prin prisma acestui deziderat.

[285] Bogdan Nicolae Bulai în G.Antoniu, T.Toader coord. op.cit. p.31

aplicată infractorului pentru infracţiunea săvârşită. De aceea este o soluţie firească aceea conform căreia, ceea ce condamnatul a executat în cadrul detenţiunii pe viaţă să fie considerat ca parte executată din pedeapsa care s-a substituit detenţiunii pe viaţă. În aceeaşi ordine de idei, comutarea, sau înlocuirea cu pedeapsa închisorii nu îi pot crea condamnatului o situaţie mai grea decât cea avută anterior, ori dacă nu s-ar efectua aceste deduceri, s-ar crea condamnatului o situaţie mai grea nu numai pentru că acesta ar fi obligat să execute o pedeapsă în plus, dar şi pentru că acesta ar fi lipsit de beneficiul unor mijloace de individualizare, cum ar fi eliberarea condiţionată.

Totodată există posibilitatea ca, până la data înlocuirii pedepsei detenţiunii pe viaţă, ca o consecinţă a împlinirii de către condamnat a vârstei de 60, respectiv 65 de ani, acesta să fi executat deja 30 de ani din pedeapsa detenţiunii pe viaţă, ceea ce înseamnă că el ar urma să fie pus în liberatate, cu atât mai mult cu cât pedeapsa executată până la dispunerea înlocuirii detenţiunii pe viaţă a depăşit 30 de ani – durata maximă a pedepsei care înlocuieşte detenţiunea pe viaţă.[286]Ne întrebăm dacă şi în ce măsură este echitabilă această din urmă ipoteză?

Din raţiuni care, în opinia noastră, contravin standardelor echităţii nu împărtăşim argumentarea doctrinei, deoarece, *ab initio*, în cazul unei detenţiuni pe viaţă este vorba despre un pericol social excepţional al faptei, dar şi de periculozitata infractorului care au determinat aplicarea unei asemenea pedepse. Faptul că această pedeapsă este înlocuită, sau comutată într-o pedeapsă mai uşoară, semnifică deja o ameliorare a situaţiei condamnatului, justificată într-o oarecare măsură de politica penală umanistă. Din punctul nostru de vedere, prin nededucerea, în acest caz, a perioadei de detenţie din pedeapsa închisorii aplicată, care înlocuieşte detenţiunea pe viaţă, nu se iese din sfera pedepsei unice, infractorul nu a executat decât parte dintr-o singură pedeapsă, aceea de detenţiune pe viaţă, faptul că aceasta nu este susceptibilă să fie determinată logic într-un cuantum concret în ani, nu o face o pedeapsă distinctă, pedeapsa mai uşoară cu care s-a înlocuit constituie, deci, deja un privilegiu acordat condamnatului, ea este practic o transformare a celei dintâi într-o pedeapsă cu închisoarea, astfel încât deducerea ar reprezenta un al doilea privilegiu, pe care noi îl vedem excesiv. Ceea ce s-a executat din pedeapsa detenţiunii pe viaţă poate fi luat în considerare ca o perioadă de reeducare efectivă în interiorul sistemului penitenciar ispășită de condamnat în scopul

[286] *Ibidem*

recuperării sociale a acestuia. Se încalcă astfel echilibrul unei individualizări corecte şi echitabile şi se neglijează, sau chiar anihilează diferenţa de tratament care ar trebui să existe între condamnaţii care, spre exemplu, au comis o infracţiune cu un grad de pericol social mai scăzut şi cărora li se aplică *ab initio* pedeapsa închisorii pe o perioadă determinată şi cei deosebit de periculoşi cărora li s-a aplicat în mod just şi proporţional, detenţiunea pe viaţă. Echitatea nu înseamnă favorizare excesivă, ci echilibru. Nededucerea ar reprezenta, în viziunea noastră, elementul care ar reechilibra scopul politicii penale. Pedepsele nesusceptibile de reducere nu sunt incompatibile cu funcţiile de îndreptare şi resocializare a celui condamnat, deoarece însăşi înlocuirea celei mai grele pedepse cu una mai uşoară are un rol esenţial şi echilibrat în recuperarea celui condamnat, chiar regimul penitenciar presupune un tratament al cărui scop este îndreptarea şi reintegrarea socială a condamnaţilor.[287]

Pe de altă parte, liberarea condiţionată în cazul detenţiunii pe viaţă, presupune ca această pedeapsă nu a fost înlocuită cu pedeapsa închisorii pe timp de 30 de ani, în condiţiile art.58 Cod penal, deoarece în acest caz se pune problema liberării condiţionate din executarea pedepsei închisorii, mai mult, legiuitorul a introdus separat dispoziţii legale care reglementează liberarea condiţionată în cazul celorlalte pedepse, liberarea condiţionată pentru o pedeapsă cu detenţiunea pe viaţă a devenit totuşi o pedeapsă perpetuă cu caracter relativ, nu absolut,[288] lucru care validează standardele echitabile.

B. Echitatea şi individualizarea pedepselor în dreptul penal francez

Curentul doctrinal care se regăsește la originea evoluției fundamentale a individualizării pedepsei este *eclectismul*. Între *teoria utilitaristă* a lui Bentham, pe de o parte, și concepția metafizică, sau teleologică a pedepsei, pe de altă parte, majoritatea doctrinei franceze a găsit o a treia variantă: aceea a *eclectismului*.

Pe soclul acestui curent se va fonda dreptul de a pedepsi în sens de retribuție și de utilitate socială. Sunt create astfel principii complementare ca, spre exemplu, cel conform căruia: *se pedepseşte cel care a păcătuit pentru a nu mai păcătui din nou*. În fond, eclectismul se alătură pragmatismului criminaliștilor Vechiului Regim conform căruia în

[287] Art.10-3 Pactul Internaţional cu privire la drepturile civile şi politice adoptat de ONU

[288] Viorel Paşca, op.cit.p.574

măsura în care pedeapsa este și retributivă, și preventivă, ea este corectă prin ea însăși și utilă societății.

În același timp, liberalii francezi, care constituie Şcoala eclectică, rămân fideli minimalismului penal al iluminiștilor și al Adunării Constituante şi susţin ideea că pedeapsa trebuie calculată într-o manieră cât mai justă pentru a avea o maximă eficacitate, de aici și concluzia că infractorul nu trebuie pedepsit mai mult decât merită și mai mult decât este util.[289] Joseph-Elzéar Ortolan[290], numit „unul dintre cei mai mari reprezentanţi ai eclectismului,"[291]a surprins esența acesui curent subliniind că „teoria justiției absolute stabilește că vinovatul merită o pedeapsă, teoria dreptului de protejare a societății vine în completare, stabilind că societatea are dreptul de a impune pedeapsa. Prima conține ideea de just, iar a doua ideea de util, una fiind de ordin pur spiritual, iar cealaltă referindu-se la necesități de ordin fizic: pentru a fonda dreptul social de a pedepsi, alăturarea celor două teorii este indispensabilă."[292] Menținând această logică, se poate identifica echitatea ca fiind expresia justului în dreptul de a pedepsi, servind interesului general. De asemenea, se poate observa cu ușurință conexiunea care trebuie întotdeauna luată în considerare între noțiunile de echitate și de pedeapsă.

Individualizarea este definită într-o manieră generală ca fiind „partea care constă în adaptarea unei măsuri la personalitatea și la situația particulară a individului."[293] Se preferă termenul de *personalizare*, pentru că definiţia se referă nu exclusiv la persoanele fizice, ci ea vizează şi persoanele juridice. *Personalizarea pedepselor* care apare în Codul penal francez este definită ca fiind „acțiunea de adaptare a unei soluții la personalitatea individului în cauză, și, mai general decât atât, la ansamblul de circumstanțe ale unei fapte."[294]

[289] Jean-Marie Carbasse, Histoire du droit pénal et de la justice criminelle, 3e édition refondue, PUF, 2014, p.472

[290] În 1838 a fost primul preşedinte al catedrei de legislație penală comparată creată la Paris, Facultatea de Drept de către Salvandy, transformată în 1846 în catedră de drept penal şi comparat

[291] Jean-Marie Carbasse, op.cit.p.518

[292] Jean-Marie Carbasse, op.cit.p.472 şi urm.

[293] G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, 8e éd, 2008, p.10

[294] G. CORNU, Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique, op. cit, p.11

În aceste definiții, accentul este pus pe personalitatea delincventului, dar individualizarea se realizează, în egală măsură și ținându-se cont de circumstanțele materiale ale fiecărei fapte, similar cu regulile specifice din dreptul penal român. Există trei etape în care se realizează acestă operațiune, de unde și existența celor trei moduri de individualizare, „prima care este legală, creată *a priori* prin lege; a doua, care este judiciară, efectuată de judecători; în sfârşit, cea de-a treia de pe parcursul executării pedepsei, operaţiunea de individualizare fiind efectuată de către organele administrative, denumită şi individualizare administrativă."[295] Aceste trei tipuri de individualizare sunt complementare și au funcții diferite. Se cunoaște faptul că în ciuda intervenției celor trei actori diferiți în procesul individualizării, pedeapsa executată este totuşi limitiată la cuantumul celei stabilite inițial de către lege, în funcție de gravitatea obiectivă, abstractă a infracțiunii. Echitatea joacă un rol esențial în toate etapele individualizării, standardele echitații se impun a fi luate în considerare pe întreg parcursul operaţiunii.

De-a lungul timpului, au dominat, în mod alternativ, două tipuri de individualizări: individualizarea legală și individualizarea judiciară. În această ordine de idei, întrebarea care se ridica era *: care este entitatea care stabileşte pedeapsa: judecătorul sau legea?* De fapt, totul se rezumă la „căutarea permanentă a unei soluții de mijloc între fixitatea legală și arbitrajul judiciar."[296] Acesta este punctul în care este vizat un echilibru, prin folosirea echității în dreptul penal.

În perioada Vechiului Regim în Franţa, determinarea pedepsei de către judecător era relativă. În fapt, începând cu secolul al XIV-lea, judecătorii au fost eliberaţi de sub cerinţele cutumei, care a format un cadru prea rigid, nelăsându-le nicio marjă de apreciere fie ea subiectivă, sau obiectivă şi care împiedica astfel adaptabilitatea pedepsei la cazurile concrete. Judecătorii au fost susţinuţi în aceste demersuri de către rege care a dorit să impună pe această cale suveranitatea sa judiciară şi care a extins cu acest scop prestabilit, prerogativele judecătorilor de a fixa pedepsele. Această politică regală a contribuit la dezvoltarea unui sistem represiv întemeiat pe arbitrariu.[297] Judecătorul putea să diminueze, sau să agraveze

[295] R. SALEILLES, L'individualisation de la peine, Librairie Felix Alcan, 3e éd. Paris, 1927 p.141

[296] C. GAU-CABEE, *Jalons pour une histoire du principe de la légalité des peines* , dans *A propos de la sanction*, LGDJ, coll. travaux de l'IFR », 2007, p.39

[297] C.Gau-Cabee, Jalons pour une histoire du principe de la légalité des peines », op. cit., p.43

cuantumul pedepsei, chiar în pofida faptului că aceasta era fixată, în prealabil, în textul de lege, fie printr-o cutumă, fie printr-o ordonanţă regală.

Cu toate acestea, exista totuşi o limitare a acestui arbitrariu al judecătorului şi o individualizare propriu-zisă a pedepsei era posibilă. Atunci când fixa cuantumul pedepsei, judecătorul trebuia să respecte o anumită proporţionalitate între infracţiune şi pedeapsă, fiind obligat să respecte jurisprudenţa Curţilor şi începând cu sec. al XVII-lea, ordonanţele regale care limitau prerogativele magistraţilor, fixând *maxima* legale. Cu toate acestea, acest *arbitrium judicis,* începând cu secolul al XVIII-lea, a provocat numeroare controverse judiciare şi critici care invocau că "în locul voinţei subiective, capricioase şi imprevizibile a monarhului şi a judecătorilor acestuia" ar trebui să existe "obiectivitate şi o lege constantă şi certă."[298]

Există principii fundamentale care trebuie să fie aplicate pe parcursul individualizării pedepselor pentru a-i conferi acestei operaţiuni juridice o funcţie utilă şi practică care să poată să ajute condamnaţii să se reintegreze în societate. Aşadar, fiecare pedeapsă trebuie să fie echitabilă şi să aibă scopul de a restabili, pe cât este cu putiinţă, starea anterioară a lucrurilor, din etapa anterioară comiterii infracţiunilor. Individualizarea realizată în baza legii este una strict obiectivă şi se efectuează luându-se în considerare răul produs prin comportamentul incriminat şi sancţionat. Ea permite instaurarea unei coerenţe între pedepse în raport cu gravitatea asociată anumitor comportamente ilicite de către societate. Pe de altă parte însă, legiuitorul nu poate să cunoască *a priori* personalitatea delincventului, idee redată de Raymond Saleilles astfel: " legea nu poate să prevadă decât situaţii, ea nu cunoaşte personal indivizii care vor comite în viitor infracţiuni"[299]

B.a) Individualizarea legală a pedepselor în dreptul francez

Principiul legalităţii impune ca pedepsele şi incriminările faptelor considerate ca nocive de către societate să fie prevăzute de un text de lege. Pedeapsa trebuie în consecinţă să fie fixată în mod imperativ de către legiuitor. Prin respectarea acestui principiu: **a)1**.legiuitorul fixează un cadru legal în sfera căruia se vor exercita prerogativele judecătorului. În acest sens, legiuitorul dispune de instrumente **a)2.** care îi permit să respecte o anumită

[298] C. GAU-CABEE, « Jalons pour une histoire du principe de la légalité des peines », op. cit., p.46

[299] R. SALEILLES, L'individualisation de la peine, *op. cit.*, p.141

proporţionalitate între gravitatea prejudiciului cauzat de infracţiune şi pedeapsă. O determinare a cadrului legal impusă practic prin principiul legalităţii, acesta impunând chiar şi legiuitorului să prevadă pedepse aplicabile diferitelor infracţiuni în textele legale. Legiuitorul nu poate determina aceste pedepse decât în strânsă legătură cu gravitatea tulburării cauzate ordinii publice prin infracţiune. Dar pentru a se încadra şi prerogativele legiuitorului în materie penală, la rândul lor, reglementarea şi stabilirea pedepselor trebuie să respecte *principiul necesităţii*.

B.a).1. Principiul legalităţii incriminării şi a pedepselor în dreptul penal francez

Principiul legalității poate fi definit ca acel principiu care impune ca sistemul represiv[300] să fie organizat şi să îşi deruleze activitatea în conformitate cu normele edictate de puterea legislativă.[301] Principiul este prevăzut în cuprinsul articolului 8 al Declaraţiei Drepturilor Omului şi Cetățeanului, de asemenea în articolul 7 al Convenţiei Europene a Drepturilor Omului, aspecte care îi conferă o valoare constituţională şi convenţională. În temeiul articolelor precitate, prerogativa incriminării şi mai ales cea a sancţionării aparţin exclusiv legiuitorului.[302] Principiul este de asemenea redat în art.111-3[303] al Codului penal francez.

Spre deosebire de dreptul român care reglementează separat contravenţiile, în cuprinsul Ordonanţei nr.2/2001 cu privire la regimul juridic al contravenţiilor, în dreptul penal francez acestea sunt reglementate în Codul penal, însă pedeapsa nu este în realitate întotdeauna fixată de legiuitor, ci şi de puterea executivă în cazul contravenţiilor.

Autoritatea administrativă, în cadrul misiunii sale de a fixa pedepsele pentru contravenţii, realizează această operaţiune similar cu legiuitorul, în funcţie de gravitatea faptei şi de asemenea prin respectarea principiului necesității, deoarece sancţiunea penală reprezintă mereu o ingerinţă în libertatea individuală, iar aceasta ar fi mai gravă dacă ea nu ar fi reglementată prin lege. Această imixtiune a puterii executive în dreptul penal francez aduce

[300] În special în ceea ce priveşte actele incriminate şi pedepsele incidente.

[301] G. Cornu, G. CORNU, Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique, op. cit.p.12

[302] M. E. CARTIER, « Les principes constitutionnels du droit répressif », dans La Cour de cassation et la Constitution de la République, PUAM, 1995, p.156

[303] Care prevede că "nimănui nu i se poate aplica o pedeapsă care nu este prevăzută de legea penală dacă infracţiunea este o crimă, sau un delict, sau de regulament, dacă infracțiunea este o contravenție."

în prim plan legitimitatea represiunii şi funcţia *informativă* a principiului legalităţii.[304] Fixarea pedepselor trebuie să fie efectuată de către puterea executivă după acelaşi model ca şi cel al puterii legislative, ambele trebuind să respecte principiile legalităţii şi necesităţii, chiar dacă în textul de lege, doar legislatorul este invocat.

Analizând politica penală din Franţa, am ajuns la concluzia că judecătorul penal francez are prerogative vaste de individualizare. În ceea ce priveşte determinarea legală a pedepsei, diferenţa dintre sistemul individualizării legale a pedepselor francez şi cel român constă în faptul că în Codul penal român există un minim şi un maxim special, dar şi un minim şi un maxim general ale pedepselor, pe când în dreptul penal francez individualizarea a fost simplificată menţinându-se numai o limită maximă a pedepselor. Cu alte cuvinte, minimele speciale ale pedepselor au fost suprimate în dreptul penal francez, astfel că, în prezent, pedeapsa se raportează la o singură limită specială, cea maximă. Acest model de determinare legală a pedepselor a fost pus în funcţiune prin reforma Codului penal francez din 1 martie 1994 şi se aplică nu numai în sfera strictă a Codului penal, dar şi pentru orice pedeapsă prevăzută în legi penale speciale.[305] Odată cu reafirmarea individualizării judiciare, rolul principiului legalităţii şi a individualizării legale se modifică. Pedeapsa nu mai este fixă, ci este delimitată de un maxim şi de un *eventual minim,* această situaţie generând o oarecare ambiguitate a pedepsei şi lâsând astfel o marjă largă de apreciere judecătorului.

Pedeapsa este aşadar instituţia dreptului penal în care principiul legalităţii a fost cel mai mult afectat[306] mergându-se până la modificarea rolului pedepsei. Mulţi autori consideră că pedeapsa nu mai asigură funcţiile represive şi preventive ale dreptului penal, ci "îndeplineşte, mai degrabă, un rol pur tehnic."[307] În fapt, odată cu augmentarea puterii judecătorului, pedeapsa fixată de lege nu mai este una certă, maximul său fiind rareori pronunţat, ceea ce

[304] E. Dreyer, *Droit pénal général*, op. cit. p.241 şi urm.

[305] Art.322 din Legea nr.92-1336 din 16 decembrie 1992 cu privire la intrarea în vigoare a Codului penal francez şi modificarea unor dispoziţii de drept penal şi procedură penală necesare datorită acestei implementări prevede că: "În toate textele de lege care prevăd că o infracţiune, sau un delict sunt pedepsite cu amendă, închisoare, detenţie, sau recluziune, menţiunile ce vizează minimul special al pedepselor cu amenda, sau privative de libertate, sunt anulate."

[306] M.-A. Agard, « Le principe de la légalité et la peine », Revue pénitentiaire et de droit pénal, juillet 2011,

n°2, p.290

[307] M.-A. Agard, op.cit., p. 293

afectează în mod direct funcţia de intimidare pe care aceasta ar fi trebuit să o genereze şi, după părerea noastră, poate provoca o situaţie confuză în conştiinţa delincvenţilor întrucât se riscă ca aceştia să nu mai simtă impactul moralizator şi corector al sancţiunilor, diminuându-se astfel obiectivul redresării sociale. Pentru că, de fapt, pedeapsa fixată de legiuitor pentru pericolul abstract al faptei în funcţie de atingerea adusă ordinii publice a devenit un "instrument teoretic de referinţă", precum afirmă literatura de specialitate franceză.[308] Pedepsele reglementate astfel de către legiuitor redau o "ierarhie de valori"[309] indicând cea mai mare, sau cea mai mică atingere adusă ordinii publice care ar putea rezulta din fapte. Este o estimare abstractă făcută de lege

Cu toate acestea, pedepsele prevăzute de lege permit identificarea crimelor, delictelor şi contravenţiilor şi indică de asemenea gravitatea pe care legiuitorul le-o atribuie fiecăreia în parte, judecătorul putând astfel individualiza la rândul său într-un context prestabilit. Unii autori au concluzionat că "legea este un proces de evaluare pentru judecător."[310]

Revenind la constatarea noastră conform căreia judecătorul francez are în prezent o putere considerabilă de apreciere în cadrul individualizării pedepsei, condiserăm acest aspect ca fiind sensibil din punct de vedere al echității şi al rolului acesteia în îndividualizarea pedepsei. Practic nu mai are o importanţă aşa de mare faptul că legiuitorul încadrează totuşi activitatea judecătorului represiv prin anumite limite legale, în lumina principiului legalităţii, deoarece legiuitorul a lăsat această prerogativă extinsă judecătorilor prin principiul personalizării pedepsei. Importanţa principiului legalităţii este oarecum diminuată în numele unei pedepse mai în acord cu deziderate umanitare, lâsând în mâinile judecătorilor puterea totală de a alege sancţiuni pe care aceştia le consideră adecvate, însă fără anumite norme de echitate prevăzute în textele de lege, pe care aceştia să fie obligaţi să le respecte. Chiar dacă, cel puţin în sfera crimelor subzistă în legea penală franceză un minim general reglementat în lege, delictele şi contravenţiile pot face obiectul unei dispense totale de pedeapsă, astfel că judecătorul are libertatea de a pronunţa efectiv orice pedeapsă în limita maximală stabilită de lege.

---

[308] Această expresie este utilizată de exemplu de către M.-A. Agard, în *Le principe de légalité et la peine*, op.cit., p. 294, sau de către C. Gau-Cabee în *Jalons pour une histoire du principe de la légalité des peines*, op. cit.p.57

[309] C. Gau-Cabee, *Jalons pour une histoire du principe de la légalité des peines*, op. cit., p.57

[310] M.-A Agard, *Le principe de légalité et la peine*, op. cit. p.294

Dacă privim această ipoteză prin prisma condamnaţilor, putem ajunge la concluzia că politica penală franceză de individualizare este una *in favorem* şi deci echitabilă deoarece tinde să echilibreze cele două părţi din procesul penal - statul prin organele represive, judiciare care condamnă şi condamnatul. Pe de altă parte însă, dacă ne imaginăm impactul acestei politici penale în mentalitatea victimei, putem ajunge la concluzia că se conturează un cadru de inegalitate de tratament în faţa legii penale, cel puţin *in abstracto* vorbind a celor doi actori ai procesului penal- victima şi infractorul-condamnat. Abordarea pe care o are această politică de individualizare este din acest punct de vedere prea blândă, îndrăznim a afirma.[311] Spre exemplu, în materie contravenţională, instanţa poate, după pronunţarea vinovăţiei acuzatului şi după ce dispune, dacă este cazul, confiscarea bunurilor care au legătură cu fapta şi care prezintă încă un pericol, fie să nu aplice nicio altă pedeapsă condamnatului, fie să amâne pronunţarea unei pedepse în cazurile şi condiţiile prevăzute de legea penală.[312]

Riscul inegalităţii abordării *in abstracto* la care am făcut referire între victimă şi delincvent, precum şi riscul afectării reintegrării celui din urmă, datorită lipsei unei pedepse effective, pe care ar trebui să o execute, este anulat teoretic prin prevederile art.312-59 al Codului penal francez care încearcă reechilibrarea balanţei[313]prin condiţionarea renunţării la aplicarea pedepsei doar în condiţiile în care există dovezi certe de redresare a celui vinovat şi dacă acesta a reparat prejudicial pe care l-a cauzat prin fapta sa. Dar, legiuitorul francez nu defineşte în mod concret ce înseamnă, sau ce presupune această aparenţă de redresare socială. Din punct de vedere al dezideratului echitabil al clarităţii legii penale, nu este validă argumentarea unei dispense de pedeapsă în temeiul unei aparenţe de reintegrare. Probabil legea ar fi mai clară şi mai precisă prin oferirea de exemple de comportamente în acest sens şi prin prevederea acestora, în mod exemplificativ, în cuprinsul ei. Cu atât mai mult cu cât instanţa care pronunţă *renunţarea la pedeapsă* poate statua în sensul nemenţionării deciziei sale în cazierul judiciar. Ne întrebăm dacă în această ipoteză delincventul a învăţat suficient de pe urma procesului penal şi riscului de a fi supus executării unei pedepse, sau dacă şansa

[311] Se riscă astfel ca victima să aibă îndoieli cu privire la eficienţa justiţiei penale şi să-şi piardă încrederea în aceasta. În plus, delincventul nu învaţă nimic din urmările comportamentului său ilicit, lucru care nu îl ajută în redresarea sa socială. Ne referim la rolul educativ şi moralizator al unei pedepse efectiv aplicate.

[312] Art.132-58 din Codul penal francez.

[313] Care prevede că "renunţarea la aplicarea unei pedepse poate fi acordată dacă există dovezi în sensul redresării celui vinovat, dacă prejudiciul a fost reparat şi urmările infracţiunii au încetat a se mai produce."

sa de redresare este reală, atât timp cât acesta nu suportă practic consecinţele faptei sale ilicite prin executarea efectivă a pedepsei prevăzute de lege? Cu alte cuvinte, delincventul a comis o faptă ilicită, însă întrebarea este dacă acesta şi-o va asuma şi va reflecta asupra acesteia, astfel încât şi redresarea sa socială să fie una concretă, practic dacă va fi o reală reeducare?

Ar mai fi de adăugat că în materie corecţională, instanţa nu poate pronunţa o pedeapsă fără suspendare decât cu motivarea specială a acestei alegeri de pedeapsă cu executarea cu privire la datele concrete ale cazului şi la personalitatea delincventului, dar şi cu privire la situaţia sa materială, familială şi socială.[314] Cu toate acestea, necesitatea motivării speciale nu se aplică dacă persoana în cauză este în stare de recidivă. În egală măsură, dacă vedem ca fiind justă această regulă legală putem observa că nicio dispoziţie legală nu impune judecătorului să îşi motiveze decizia de a alege o pedeapsă distinctă de pedeapsa închisorii cu executare. Chiar dacă este vorba despre o pedeapsă principală, sau complementară.[315]

În lumina principiului legalităţii, legiuitorul trebuie să fixeze în lege pedepse pentru fiecare incriminare. Dacă acesta omite stabilirea unei pedepse în textul de lege pentru o anumită infracţiune, judecătorul nu va putea să sancţioneze fapta. Pentru că, practic principiul legalităţii obligă legiuitorul să fixeze un cadru pe care un judecător nu îl va putea excede şi în interiorul limitelor căruia judecătorul îşi exercită prerogativele. Individualizarea se va baza pe două elemente esenţiale: faptele concrete şi personalitatea delincventului. Raymond Saleilles a subliniat, la începutul secolului trecut, că această individualizare a pedepsei realizată de legiuitor nu poate fi decât obiectivă, ea neprivind decât gravitatea faptelor*,în funcţie de gravitatea abstractă a infracţiunii prevăzute de lege.* [316]

La momentul elaborării legii, legislatorul nu poate să cunoască în niciun caz viitorii autori ai infracţiunilor, orice individualizare în funcţie de personalitatea autorului infracţiunii, gradului de pericol, sau capacitatea da de reintegrare este imposibilă, deoarece toate circumstanţelor care pot exista nu sunt previzibile de la început.

---

[314] Aplicarea în timp a art.132-19 introdus prin Legea din 15 august 2014, Code pénal annoté par Herve Pelletier, Edition 2016, LexisNexis, p.135, comm.13. Fiind o regulă procedurală, ea nu se va aplica retroactiv - *tempus regit actum*

[315] Cass crim.16 dec 1997 *Bull crim*. n°428, Cass.crim. 19 oct 2004 *Bull crim*. n°246, Dr.penal 2005, comm.19, obs. M.Veron

[316] R. Saleilles, *L'individualisation de la peine*, op. cit, pp..23 şi 27

În prezent, principiul legalităţii, asociat individualizării pedepsei face previzibil raportul dintre legiuitor şi judecător. Astfel, legiuitorul este ţinut de principiul legalităţii să determine pedepse aplicabile unor comportamente particulare infracţionale, altfel spus, să individualizeze pedepsele. Dar acesta nu ar putea realiza în mod corect şi complet această individualizare decât dacă s-ar baza pe fapte propriu-zise şi pe gravitatea acestora, aşadar într-o manieră *a posteriori.* Pedeapsa fixată de legiuitor este "inadapată personalităţii infractorului şi situaţiei concrete a fiecărui infractor în parte," [317]ea este abstractă *ab initio.* Această individualizare legală va trebui aşadar completată de către judecători care vor adapta sancţiunile obiectiv individualizate în textul de lege, la persoana infractorului concret, operând astfel o individualizare subiectivă. Actorii care intervin pe parcursul individualizării pedepselor au misiuni diferite, dar, în acelaşi timp, complementare.

Iniţial, pedeapsa va fi individualizată de către legiuitor în funcţie de atingerea adusă ordinii publice, iar nu în funcţie de personalitatea delincventului, deoarece acesta este necunoscut încă în etapa individualizării legale. Individualizarea efectuată de către legiuitor este raportată la faptele incriminate şi se află în strânsă conexiune cu atingerea adusă efetiv ordinii publice. Misiunea legiuitorului este de a "determina tariful aplicabil unui comportament dat în funcţie de rezultatul său dăunător societăţii".[318] Interesul general va fi mereu criteriul de bază în această individualizare. Legea trebuind să sancţioneze comportamentele considerate dăunătoare valorilor fundamentale ale societăţii, care sunt pe această cale, protejate. În consecință, cu cât atingerea adusă ordinii publice este mai consistentă, cu atât pedeapsa care îi corespunde trebuie să fie mai severă. Unii autori au considerat, în lumina consacrării principiului legalităţii, ca reacţie la arbitrariul Vechiului Regim, că pedepsele ar trebui fixate doar prin intermediul individualizării obiective fundamentate pe atingerea adusă ordinii publice. Beccaria scria că "adevărata şi singura măsurare valabilă a infracţiunilor se reflectă în răul provocat Naţiunii."[319]

În conformitate cu această interpretare strictă a legalităţii, sancțiunile au fost apoi indexate în funcție de impactul lor asupra ordinii publice permiţând astfel o egalitate în fața

[317] M.A. Agard, *Le principe de la légalité et la peine* , Revue pénitentiaire et de droit pénal, juillet 2011, n°2, p.294

[318] E. Dreyer, *Droit pénal général*, op. cit., p.176

[319] C. Beccaria, *Des délits et des peines*, GF Flammarion, 1991, p.75

pedepsei, această egalitate justificând fixitatea lor[320]în special în Codul penal francez din 1791. Însă această politică nu a putut fi menţinută prea multă vreme deoarece a generat aplicarea unor pedepse care erau adesea văzute ca fiind prea severe, individualizarea nu putea să rămână aşadar strict obiectivă. Din această cauză, individualizarea judiciară a recâştigat teren, chiar şi cu riscul de "a îndepărta pedeapsa de infracţiune,"[321] individualizarea judiciară subiectivă dobândind o mai mare importanţă în raport cu individualizarea obiectivă legală. Un lucru cât se poate de normal în condiţiile în care se tinde la apropierea progresivă a politicii penale de modelul unei pedepse mai echitabile. Trebuie aşadar să se înainteze înspre această destinaţie.

Chiar dacă principiul legalității pedepselor a fost afectat în latura sa aplicativă strictă, individualizarea judiciară, subiectivă, a câştigat teren în detrimentul determinării obiective a pedepsei de către legiuitor, acesta din urmă a rămas unicul competent în ceea ce priveşte delimitarea puterilor judecătorilor.[322] Consiliul Constituţional francez a afirmat că individualizarea nu putea să afecteze principiul consacrat deja al legalităţii: "Principiul individualizării pedepselor [...] nu va putea opune obstacole la ceea ce legiuitorul, lăsând judecătorului o largă putere de apreciere, stabilește ca norme care să asigure combaterea eficientă a infracțiunilor."[323] Legiuitorul trebuie să rămână aşadar singurul în măsură să fixeze limitele pedepselor aplicabile unei infracţiuni. Cu toate acestea, puterea legiuitorului în acest context nu este nelimitată.

B.a).2. Proporționalitatea – garanția echității în individualizarea legală în dreptul penal francez

Proporționalitatea sancțiunii este consecința principiului general al legalității incriminării pedepsei, dar și celui al necesității sancțiunii însăși, ea fiind controlată, prin acest filtru al proporționalității, între gravitatea faptului care a tulburat ordinea publică, ca rezultat al infracțiunii și impactul provocat de executarea pedepsei de către vinovat.

---

[320] D. Dechenaud, *L'égalité en matière pénale*, LGDJ, coll. « Bibl. sc. Crim. », 2008, p.221

[321] Expresia este folosită de J. Carbonnier în *La peine décrochée du délit*, în Mélanges Legros, Ed.Université de Bruxelles, 1985, p.23

[322] C. Gau-Cabee, *Jalons pour une histoire du principe de la légalité des peines*, op. cit. p.60

[323] Decizie Cons. Const., 19, 20 ianuarie 1981, Dec.nr.80-127 disponibilă pe www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1981/80127dc.htm, consultată la 10.09.2015.

La bază, proporționalitatea pedepsei în dreptul penal francez își propune să consacre *responsabilitatea penală obiectivă*, care se explică prin necesitatea de a renunța la logica arbitrară a legilor represive franceze din timpul Vechiului Regim. Obiectivul a fost acela de a retrage judecătorilor puterile pe care și le-au atribuit pentru ca vinovații să își ispășească pedeapsa prin suferință drept pedeapsă. Iluminiștii susțineau că nu contează perversitatea cu care este comis actul infracțional, ci gravitatea acțiunii săvârșite; aceștia erau de părere că faptul comis trebuie evaluat prin prisma rezultatului lui și într-o manieră cât mai obiectivă posibil. Considerăm că, prin prisma acestui mod de a raționa, se pot identifica elemente ale echității, ea fiind exprimată prin dorința de a individualiza pedeapsa cât mai obiectiv cu putință. Acesta este motivul pentru care Codul penal francez din anul 1810 a stabilit o legalitate mai suplă, permițând judecătorului să adapteze pedeapsa între anumite limite legale minime și maxime, la care se adaugă circumstanțele agravante sau atenuante.[324] Legea devine, în acest fel, un cadru în al cărui limite judecătorul trebuie să pronunțe o pedeapsă.

Individualizarea judiciară nu a încetat să câștige teren în detrimentul individualizării legale; judecătorul se bucură de o libertate de apreciere care crește în mod constant, și paleta de pedepse propuse de legiuitor devine treptat din ce în ce mai complexă. În aplicarea principiului legalității pedepsei, puterile judecătorului nu depăşesc limitele legii; este vorba despre un ciclu logic care poate fi enunțat în următorul fel: legiuitorul trebuie să stabilească și el pedepse pentru a limita puterile judecătorilor, dar și această misiune a legiuitorului este limitată, la rândul ei, de *principiul necesității*, care derivă din *principiul legalității*. Pedeapsa pe care judecătorul o fixează trebuie să răspundă unei anumite logici: ea trebuie să fie direct proporțională cu infracțiunea. Ghidându-se după această logică, legiutiroul trebuie, în primul rând, să realizeze o individualizare obiectivă a pedepsei.[325]

Articolul 8 din Declarația franceză din 1789 a consacrat principiul proporționalității, precizând că „legea nu trebuie să stabilească decât pedepse care sunt în mod strict și evident necesare.” La început, această exigență era una obiectivă, însă caracterul obiectiv s-a

[324] C. Gau-Cabee, op. cit., pp.46-54

[325] Din acest moment, în ce vor consta, în mod precis, aceste limite impuse legiuitorului, la rândul lui, și cum va aprecia el gravitatea comportamentelor, astfel încât să fixeze o pedeapsă coerentă și adaptată situației, dacă nu prin prisma standardelor de echitate, a căror reglementare considerăm că este necesară și realizabilă, ea având la bază însăşi echitatea? Sau, în caz contrar, ideal ar fi ca, măcar noțiunea de echitate și caracteristicile ei să fie reglementate în cuprinsul legii penale substanțiale. Ne păstrăm această opinie și cu privire la dreptul penal substanțial român.

diminuat, iar aprecierea unei infracțiuni se făcea într-un mod mai subiectiv, dependent de fapte și nu separat de ele. Intenția, sau culpa, au trebuit să fie materializate în fapte, pentru a se releva gradul de pericol al autorului. Deci, nu doar gravitatea tulburării ordinii publice va trebui luată în considerare. Cu toate acestea, puterile obținute de către magistrați în sfera individualizării pedepselor amenință echitatea formală a pedepsei.[326]

În acest sens, doctrina franceză a afirmat faptul că: „pedeapsa nu mai este proporțională evenimentului ce a cauzat afectarea ordinii publice, din momentul în care ea nu depinde doar de starea de spirit a agentului, ci și de personalitatea sa. Legiuitorul contemporan cedează tentației facilității și nu își mai pune semne de întrebare vizavi de raporturile generate de sancțiunile pe care le oferă și comportamentele pe care o pedeapsă le condamnă. El fixează, astfel, pedepse, fără să examineze legătura pe care acestea o au cu gravitatea infracțiunii contra ordinii publice, în pofida principiilor de necesitate și de proporționalitate care cer obiectivitate deplină, această practică defectuoasă este relevată prin intermediul incoerențelor."[327]

Din punctul nostru de vedere, lipsa unor „standarde de echitate"[328] poate genera lacune în procesul de individualizare, întrucat legiuitorul va proceda la determinarea pedepselor potrivite fiecărei infracțiuni printr-o aplicarea rigidă a principiilor de legalitate și de necesitate. Studiul diferitelor pedepse relevă, însă, incoerențele legiutorului în acest sens, incoerențe ce rezultă din lipsa de cunoaștere de către legiutor a principiilor care ar trebui, în mod normal, să guverneze individualizarea legală. Considerăm că o enunțare în legea penală a anumitor standarde de echitate nu va îngreuna procesul de individualizare, ci dimpotrivă – el va deveni mai clar, mai echitabil. În același timp, el va încadra legiuitorul în limite rezonabile cu privire la procesul de individualizare legală pe care acesta urmează să îl efectueze.

[326] Din punctul nostru de vedere, o apreciere corectă a pedepsei ar putea fi echitabilă atunci când legiuitorul va reglementa o lărgire a câmpului de apreciere obiectivă legală, în cadrul căreia să încerce să stabilească criterii echitabile de reglementare a pedepselor, ulterior, ținându-se cont de aprecierea subiectivă în etapa individualizării judiciare efective. Este necesar să se păstreze în mod constant echilibrul și se impune evitarea situației în care, prin individualizare, judecătorii ar dobândi puteri arbitrare.

[327] Emmanuel Dreyer, op.cit, p.201

[328] Acestea ar putea să explice noțiunea de echitate și să prevadă, de asemenea, cazuri, praguri, situații, noțiuni însoțite de definiții ale lor și cazuri concrete de aplicare a acestor standarde, cu scopul de a permite o individualizare mai adaptată și, implicit, mai echitabilă.

În ceea ce privește proporționalitatea, din punct de vedere corecțional, pedeapsa cu închisoarea fără suspendare nu poate fi pronunțată decât în ultimă instanță și dacă gravitatea și personalitatea autorului infracțiunii fac ca orice altă sancțiune să devină în mod evident inadecvată, caz în care pedapsa cu închisoarea este necesară. Este vorba despre pedeapsa cu închisoarea ca *ultima ratio*, un alt element al echității în dreptul penal francez. În acest caz, încarcerarea trebuie să facă obiectul unei *măsuri de ameliorare* prevăzută de lege, dacă personalitatea și situația condamnatului permit acest lucru, și cu excepția imposibilității materiale de executare a acesteia.[329]

B.a).2.1. Necesitatea, proporționalitatea și scara pedepselor în individualizarea legală franceză

Principiile legalității și necesității presupun ca pedepsele să fie determinate prin lege în raport cu gravitatea atingerii aduse ordinii publice. Necesitatea și în special proporționalitatea sunt redate prin existența unui maxim determinat de legiuitor, maxim care reflectă gravitatea infracțiunii și care trebuie să reprezinte pentru judecător o limitare. Cel mai adesea acest maximum este redat printr-o sancțiune cumulativă: amendă și o anumită durată de privare de libertate.[330] Din punct de vedere tehnic, legiuitorul are la dispoziție o serie de instrumente care îi permit să determine cât mai concret o pedeapsă care să corespundă gravității atingerii aduse ordinii publice și care îi permit să respecte o anumită coerență în stabilirea limitelor pedepsei. Acest ajutor tehnic este redat în legea franceză prin scara pedepselor.

Infracțiunile sunt clasificate în cuprinsul art.111-1 Cod penal francez în funcție de gradul lor de gravitate, în crime, delicte și contravenții. În fapt, Curtea de Casație franceză estimează că "gravitatea unei pedepse se măsoară prin rangul pe care aceasta îl deține în interiorul scalei pedepselor, și nu prin durata sa, sau prin cuantumul său".[331] Limite maxime au fost fixate de către legiuitor în cuprinsul Codului penal francez pentru fiecare categorie de infracțiuni: crime, delicte, sau contravenții, aceste limite constituind bariere de neîncălcat chiar și pentru legiuitorul care a decis clasificarea infracțiunilor și plasarea lor în categoriile

[329] Cod penal adnotat de Herve Pelletier, Ediția 2016, LexisNexis, p. 135, art.132-19 (Mod. Legea nr. 2005-1549, 12 decembrie 2005 ; modificată și revizuită începând cu 1 octombrie 2014, Loi 2014-896, 15 aout 2014)

[330] G. Vermelle, *Le maximum et le minimum*, în *Mélanges Couvrat*, Ed.PUF, 2001, Paris p.354

[331] Curtea de Casație, Decizia *Cass. crim., 4 fév. 1938* disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr, consultată la 9.10.2015

specifice. Maximul pedepsei privative de libertate pentru crime care poate fi prevăzut de legiuitor este închisoarea pe viaţă pentru recluziune, sau detenţia penală. Pedeapsa privativă de libertate nu va putea să depăşească 10 ani în materia delictelor, iar pentru o contravenţie nu va fi aplicabilă nicio pedeapsă în regim privativ de libertate. În ceea ce priveşte pedepsele privative, sau restrictive de drepturi, acestea nu vor putea depăşi trei, sau cinci ani în materie delictuală penală şi un an în cazul contravenţiilor. Legiuitorul este în schimb liber să fixeze amenzile în ceea ce priveşte pedepsele specifice crimelor şi delictelor, acestea nefiind limitate de un anumit plafon maximal, pe de altă parte însă, amenda contravenţională nu va putea depăşi 1 500 €, sau 3 000 € în caz de recidivă.[332]

În conformitate cu clasificarea tripartită și sistemul de praguri interne pe care legiuitorul francez trebuie să le ia în considerare în determinarea pedepsei maxime, acesta va proceda în două etape.[333] În primă etapă va alege, în funcție de gravitatea comportamentului sancționat, să califice infracțiunea în delict, sau contravenţie. Această alegere este făcută proporțional cu gravitatea atingerii aduse ordinii publice și deteriorarea creată valorii sociale protejate.[334] Calificarea de crimă este simbolic mai puternică și permite legiuitorului să sublinieze gravitatea încălcării. Cu toate acestea, unii consideră că această calificare poate fi distorsionată.[335] Foarte interesant este faptul că pedeapsa pentru viol a fost majorată la cincisprezece ani închisoare, nu pentru că violul ar fi astăzi, în mintea legiuitorului francez, de o mai mare gravitate care să justifice creșterea duratei pedepsei, ci pentru că acesta a dorit ca infracțiunea să rămână întotdeauna calificată drept o crimă. În schimb, traficul de stupefiante se încadrează în categoria delictelor pentru a se evita aglomerarea cu cauze pe rol a Curţilor de Jurii, iar nu pentru că gravitatea lor nu ar justifica o calificare de crimă.[336] Dacă luăm în considerare acest exemplu ne putem întreba: oare este echitabilă o astfel de individualizare legală a acestor infracțiuni? Nu în toate cazurile.

În a doua etapă, legiuitorul trebuie să stabilească pedeapsa, care se potrivește cel mai bine pentru categoria aleasă și care corespunde cel mai bine gravității pe care acesta o

[332] E. Garcon, V. Peltier, *Droit de la peine*, Lexis Nexis, 2010, p.35-36

[333] *Ibidem*

[334] E. Garcon, V. Peltier, op. cit., pp.34-35

[335] G. Vermelle, op. cit., p.355

[336] Exemple sunt extrase din: G. Vermelle, *Le maximum et le minimum*, op. cit. p.355

atribuie comportamentului infracţional, respectând totodată scala juridică. Prin urmare, legiuitorul francez procedează prin deducere pentru a asigura maximul aplicabil unui comportament infracţional, determinând natura pedepsei în funcție de gravitatea comportamentului, şi apoi obţinând maximul.[337]

B.a).2.2. Un minim general flexibil, prevăzut încă de legea penală franceză

În ceea ce priveşte minimul general prevăzut în legea penală franceză, acolo unde acesta există, el este foarte flexibil. Judecătorul francez poate opera cu un minim de 2 ani de închisoare în cazul în care crima este pedepsită cu recluziune sau detenţiune pe viaţă şi cu un minim de 1 an de închisoare în cazul în care crima este pedepsită cu recluziune sau cu detenție pe durată delimitată. Cu toate acestea, dacă, spre exemplu cazul este de competenţa Curţii de Jurii, art.132-18 din Codul penal francez prevede în cuprinsul alin.2 permisiunea pentru această instanţă, ca, în cazul în care infracţiunea este pedepsită cu recluziune pentru crimă, să pronunţe fie minimul acestei pedepse fixat, la rândul său la 10 ani în art. 131-1 al Codului penal francez, fie maximul pedepsei cu închisoarea, de asemenea fixat la 10 ani în art. 131-4.[338] Aşadar, putem identifica o fixitate a pedepselor şi în egală măsură un respect al logicii pedepsei proporţionale, care încadrează activitatea judecătorilor de individualizare în aceste cazuri. Dispensa de pedeapsă nu se aplică însă cheltuielilor de judecată.

Legiuitorul poate să prevadă de asemenea prin individualizarea pedepsei şi un minim. Conform vechiului Cod penal francez, gravitatea atingerii aduse ordinii publice determinată prin comportamentul incriminat era exprimată sub forma unor limite, minim şi maxim, asemănător individualizării legale din dreptul penal român actual.

Proporţionalitatea cu gravitatea faptei era astfel respectată printr-o limită maximă ce trebuia avută în vedere, evitându-se astfel fixarea unei pedepse exagerat de severe, dar şi printr-un minim, sub care dacă pedeapsa era aplicată, ea nu îşi mai îndeplinea funcţia aflictivă şi risca să nu aibă nicio legătură cu gravitatea faptelor, ea nemaifiind suficientă. Minimul legal a fost suprimat din legea penală franceză în anul 1992, odată cu actualul Cod penal francez. Regula generală este absenţa minimului general al pedepsei, însă anumite limite

[337] E. Garcon, V. Peltier, op. cit., p.35

[338]Curtea de Casaţie, Decizie din 20 noiembrie 1996, *Bull.crim*n°416, disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr consultată la 28.09.2015

minime au supravieţuit totuşi. În aceste cazuri, legiuitorul a considerat că gravitatea anumitor fapte justifică existenţa unui minim sub care nu poate coborî judecătorul atunci când stabileşte pedeapsa. Această suprimare a minimului pedepselor a generat suprimarea și a circumstanţelor atenuante prevăzute în cuprinsul art.463 al vechiului Cod penal francez, dacă le reţinea, judecătorul putea aplica o pedeapsă inferioară minimului legal,[339]fără să fie necesară motivarea deciziei sale. Această dispariţie a circumstanţelor atenuante nu este văzută ca o măsură prea radicală, ci doar ca un efect secundar al suprimării minimului legal al pedepselor, cu posibilitatea pentru judecători de a modula în mod liber aplicarea lor.

Delimitările din cadrul fiecărei categorii de pedepse privative de libertate au propriul lor scop. Diminuarea rolului principiului legalităţii în dreptul francez este compensată prin aceste trepte de la nivelul fiecărei categorii de pedepse. Spre exemplu pedepsele privative de libertate pentru crime, sau pedepsele privative de libertate corecţionale cunosc o delimitare destinată să fixeze gradat perioadele maximale ale pedepselor, pentru a asigura o mai bună evidenţiere a gravităţii infracţiunilor din cadrul aceleiaşi categorii de infracţiuni. Astfel recluziunea poate să fie aplicată pe viaţă, sau pe o durată mai mare de 30 de ani, ori mai mare de 20 de ani, ori de peste 15 ani ea neputând coborî sub 10 ani.[340]În egală măsură, pedeapsa cu închisoarea este clasificată în praguri identice, cu 8 nivele distincte, care se încadrează între peste 10 ani şi o durată minimă de peste două luni.[341] Care este rolul acestei structuri? Aceste praguri permit legiuitorului să menţină o coerenţă în alegerea pedepselor pentru fiecare categorie de infracţiuni, temperând în acelaşi timp marja vastă de apreciere a judecătorilor din etapa individualizării judiciare. Rezultatul este acela că, cu cât pedeapsa tinde înspre un prag minimal cu atât mai mult ea se apropie de o anumită fixitate teoretică.[342]

[339] Curtea de Casaţie, Decizie din 3 aprilie 1973, Bull.crim. n°168; Decizie din 25 noiembrie 1987, n°432; Decizie din 21 februarie 1991, disponibile pe https://www.legifrance.gouv.fr consultate la 28.09.2015.

[340] Art.131-1 Codul penal francez: Pedepsele aferente crimelor sunt: 1.recluziunea sau detenţiunea pe viaţă, 2.recluziunea, sau detenţia egală, sau mai mare de 30 de ani, 3.recluziunea, sau detenţia egală, sau mai mare de20 de ani, 4.recluziunea, sau detenţia egală, sau mai mare de 15 ani, *durata recluziunii, sau a detenţiei penale pe o perioadă limitată este egală sau mai mică de 10 ani*

[341] Articolul 131-4, modif.prin Legea nr.2003-239 din 18 martie 2003, art.48, M.Of.al Franţei, Nivelurile pedepsei cu închisoarea sunt următoarele: 1. egală, sau mai mare de 10 ani; 2. egală, sau mai mare de 7 ani; 3.egală, sau mai mare de 5 ani; 4.egală, sau mai mare de 3 ani; 5.egală sau mai mare de 2 ani; 6. egală, sau mai mare de 1 an, 7. egală, sau mai mare de 6 luni; 8.egală, sau mai mare de 2 luni

[342] Y. Mayaud, *Droit pénal général, 5eme édition*, Ed. PUF, Paris, 2015, p.570

În prezent, pedepsele sunt supuse unei reforme în Franţa, legiuitorul francez este preocupat în sensul unei diversificări a pedepselor pentru a oferi judecătorilor mai multe variante în cadrul individualizării judiciare. Regăsim o veritabilă logică a pedepselor în sistemul penal francez. Legalitatea nu mai este dedicată în totalitate sancţiunii în sine, iar cu privire la funcţia sa de suport prealabil fixat ce se impune judecătorului, aceasta a devenit mai degrabă o metodă destinată să îl preceadă pe judecător în libertatea sa de apreciere. [343]Aşadar, legalitatea este percepută ca un mijloc de a controla şi de a tempera judecătorul în etapa individualizării judiciare.

Cu alte cuvinte, legalitatea modernă este o legalitate de clasament, care permite gruparea pedepselor pe categorii principale, în baza unor criterii care vizează atât beneficii personale, cât şi coordonarea juridică.[344] Acest sistem îi permite legiuitorului să prevadă, în acelaşi timp, o pedeapsă proporţională cu gravitatea faptei şi să delimiteze prerogativele judecătorului. Echitabilă şi eficientă. Cu toate acestea, "maximul și minimul pedepsei sunt neuniform prezente în materie penală" și nu au aceeași eficacitate, deoarece "maximul pedepsei poate fi discutat cu privire la limita sa superioară şi la limita sa inferioară"[345] dar nu este pus sub semnul întrebării, în principiu. Cu toate acestea, minimul pedepsei este reglementat în mod limitat în dreptul penal francez şi nu este, de exemplu, în cazul recidivei, decât o indicare a gravitaţii ataşate comportamentului recidivist, judecătorul poate totuşi, până şi în acest caz, sub anumite condiţii, să aplice o pedeapsă sub minimul legal. Este totuşi vorba despre o recidivă, care implică un anumit grad de pericol social, aşadar nu ne apare ca echitabil ca judecătorul să aibă o asemenea largheţe în aplicarea pedepsei sub minimul legal în această situaţie, la fel de mult cum ni se pare echitabil să existe un minim legal în această situaţie. Mai mult decât atât, în cazul în care existenţa maximului în lege permite legiuitorului să prevadă o pedeapsă care să fie proporțională cu gravitatea în sensul unui exces, lipsa în principiu a unui minim al pedepsei ar putea genera pronunțarea de pedepse disproporționate față de gravitatea faptelor, dar în sensul de pedepse insuficient de represive, cu excepția cazului în care legiuitorul consideră că, în afara crimelor și recidivelor, gravitatea infracțiunilor nu justifică o represiune minimă. De fapt în această situaţie, "nu ar mai fi vorba

[343]*Idem*, p.586

[344] *Ibidem*

[345] G. Vermelle, op. cit., p.365

despre minimul pedepsei care se volatilizează, ci de pedeapsă în sine, aceasta ar dispărea."[346] În contextul dat, dacă ne imaginăm echitatea ca reprezentând un echilibru în individualizarea pedepselor, acesta este greu de obținut și de menţinut.

Scara pedepselor este aşadar un instrument care permite legiuitorului francez să fixeze un maximum de pedeapsă pentru o anumită infracţiune, în funcţie de gravitatea atingerii pe care legiuitorul consideră că infracţiunea respectivă o aduce ordinii publice. Dar, în plus față de stabilirea unui maxim care corespunde gravităţii infracțiunii simple, legiuitorul ridică sau scade nivelul represiv al pedepsei din cauza gravității atribuite unor circumstanțe speciale în care este comisă fapta.

B.a).2. 3. Variaţile maximului legal în funcţie de gravitatea actelor infracţionale

Adesea, anumite circumstanțe se adaugă la infracţiunea simplă și modifică gravitatea încălcării ordinii publice. Astfel, maximul prevăzut de legiuitor nu mai corespunde gravităţii efective a comportamentului infracţional. Din acest motiv, legiuitorul prevede circumstanțe agravante, care permit să ridice pragul de represiune, dar, de asemenea, cauzele de atenuare, care le permit să realizeze o mai bună individualizare obiectivă a pedepsei și, prin urmare, să respecte principiile necesității și proporționalității.

Legea penală franceză prevede pentru fiecare infracţiune circumstanţe specifice susceptibile să ridice gradul represiunii, acestea sunt numite circumstanţe agravante. Ele augmentează maximul pedepsei fixate în lege pentru infracţiunea respectivă. Această agravare se explică prin faptul că ordinea și valorile publice pe care le apără legea sunt mai sever afectate când sunt incidente aceste condiții în care e realizată latura materială a infracțiunii, decât în absența acestora[347]. Aceste condiţii în care se realizează actele infracţionale conferă o gravitate suplimentară faptei care justifică o severitate accentuată a represiunii, la rândul său. Acest mecanism permite astfel o mai bună individualizare obiectivă de către legiuitor prin luarea în considerare a agravării faptelor din cauza prezenţei circumstanţelor particulare care se adaugă la actul comisiv al infracţiunii în forma sa simplă.

[346] *Ibidem*

[347] E.Garcon, V. Peltier op. cit., p.37

Pentru a menține o anumită coerență, legiuitorul francez va folosi încă o dată *scara pedepselor, sau pragurile pedepselor.* Principiul în acest domeniu sau, dacă nu putem vorbi despre principiu, regula de agravare care se aplică în majoritatea cazurilor, este avansarea cu un grad, pe scara sancțiunilor, a pedepsei în cauză. Circumstanța agravantă este doar un accesoriu al infracţiunii, caracter pe care principiul avansării cu un grad îl respectă, pe lângă avantajul simplității în cadrul acestei practici.[348] De fapt, gravitatea suplimentară a atingerii aduse ordinii publice nu este aceeași pentru toate circumstanțele agravante. Dacă în majoritatea situaţilor, agravarea cu un grad ar trebui să rămână regula, deoarece corespunde obiectiv cu atingerea suplimentară adusă ordinii publice, anumiți factori agravanți sunt consideraţi ca afectând mai grav ordinea publică. Agravarea cu un grad nu este aşadar limitată. În consecinţă, legiuitorul derogă adesea de la scara pedepselor în scopul luării în considerare a celei mai mari intensităţi a unor circumstanţe agravante. Acest lucru este valabil mai ales pentru reprimarea agresiunilor sexuale, altele decât violul, legiuitorul francez prevăzând, în cazul lor, trei liste de circumstanțe agravante, a căror intensitate este luată în considerare printr-o avansare diferită pe scara pedepselor.[349]

În mod similar, pare logic ca agravarea pedepsei produse de aceeași împrejurare agravantă să fie aceeași pentru toate infracțiunile pentru care legiuitorul a prevăzut această circumstanţă agravantă. Dar, cu cât o circumstanță poate avea o intensitate mai mare în ceea ce priveşte gravitatea încălcării legii, aceeași circumstanţă poate fi mai severă, în funcție de infracțiunea pe care o însoțește.[350] În cazul în care o circumstanţă agravantă ar trebui să ridice cu acelaşi număr de grade, pe scara pedepselor, gravitatea, indiferent de infracțiune, sunt posibile şi derogări, dar cu respectarea pragurilor de pedepse, pentru a se păstra o anumită coerență și a se respecta proporționalitatea cu fapta.

Așa cum am specificat deja, chiar dacă circumstanțele atenuante au fost eliminate în 1994 din Codul penal francez, împreună cu minimul legal, legiuitorul francez a prevăzut totuși, în anumite ipoteze, anumite cauze de atenuare a pedepsei. Acesta prevede pentru anumite infracțiuni, o reducere a pedepsei prevăzute de lege în cazul în care persoana care a

[348] E. Dreyer, op. cit. pp.918-919

[349] Cod penal francez, art. 222-28, art. 222-29 şi art. 222-30, E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., pp.918-920

[350] E. Dreyer, op. cit., pp.920-922

comis sau a încercat să comită o crimă, sau un delict notifică autoritatea administrativă sau judiciară și împiedică astfel realizarea infracţiunii, sau consumarea acesteia, împiedică producerea de daune, sau oferă sprijin autorităţilor pentru a identifica alți autori sau complici.[351] Similar cu dreptul penal român, persoana respectivă va beneficia de o scutire de pedeapsă, sau de o reducere a acesteia. În aceste cazuri, legiuitorul francez ia în considerare comportamentul autorului declarației, care a contribuit la limitarea gravităţii încălcării ordinii publice pentru individualizarea abstractă a cuantumului pedepsei. În aceste ipoteze, mecanismul de atenuare încă face posibilă adaptarea pedepsei la gravitatea încălcării ordinii publice.

Aşadar, cu privire la acest aspect, chiar dacă în conformitate cu principiile esențiale poate părea rezonabil ca legiuitorul să reglementeze astfel de cauze de scutire de pedeapsă, ne punem următoarea întrebare: ce se întâmplă în situația în care infractorul ştie că legea prevede o astfel de derogare, acesta îi determină *ab initio*, pe alți indivizi să comită o infracțiune, sau îi încurajează, de exemplu, prin a fi complice și după începutul actului material al infracţiunii la care instigă, sau este complice, anunță autoritățile și beneficiază de atenuarea sau scutirea de pedeapsă, iar ceilalți participanți vor fi pedepsiţi conform legii penale? Cu siguranță au avut şi indivizii la care facem referire propriul discernământ şi în cadrul individualizării judiciare a pedepsei atitudinea fiecărui infractor, în parte, va fi analizată, dar legea nu trebuie să omită asumarea unui risc de existenţă a unei rea-credințe, care există spre exemplu în situaţii ca exemplul dat. Spre exemplu ce se întâmplă dacă infractorul din exemplul nostru a plănuit totul ca pe un act de răzbunare pe ceilalţi făptuitori din motive personale? Ceea ce vrem să subliniem este că nu se poate aprecia cu certitudine şi în totalitate adevărata intenţie a unui infractor în aproape nicio situaţie concretă.

Și se poate argumenta în mod similar, în cazul infracțiunii de corupție, ne putem întreba ce se întâmplă în cazul în care, de fapt, intenția reală este de răzbunare pe cei care comit infracțiunea sau care sunt provocaţi să ia sume de bani de către cei care, mai apoi, îi predau autorităților? Este mai degrabă o problemă de sorginte morală, însă ea vizează şi echitatea justiţiei penale. Sunt oare aceste cauze de scutire de pedeapsă legitime în mod absolut? Sunt ele echitabile în totalitate? Cum ar putea ele să fie reglementate mai echitabil în legea penală? În opinia noastră, aceste cauze de scutire de pedeapsă, sau de atenuare a acesteia ar trebui să

[351] Cod penal francez., art. 131-78 ; E. Garcon, V. Peltier,, op. cit., p.38

fie reglementate ca simple prezumții care pot fi anulate prin orice dovezi ale existenței relei-credințe. Practic, în contextul de faţă, reluăm constatarea şi propunerea pe care le-am făcut şi pentru legea penală română, care prevede, la rândul său, asemenea cauze.

Un aspect care pare să aibă aceeași importanță, cu privire la reglementarea proporționalității ingerinței în drepturile și libertățile persoanei, este evoluția sintagmei de *libertate* la sintagma de *libertăți* ale infractorului în cauză. În această perspectivă, la pedeapsa cu închisoarea și la pedeapsa cu amenda s-au adăugat noi concepte al căror scop este acela de a atinge condamnatul în aspectele vulnerabile ale existenței sale, fără a se aplica închisoarea cu executare în penitenciare, propriu-zisă, sau o sărăcire prin amendare.[352]Pedepsele al căror scop este de a priva condamnatul de exerciţiul anumitor drepturi, sau de a restricționa exercitarea lor, spre exemplu anularea, confiscarea documentelor administrative, suspendarea permisului de conducere, alte interdicții, etc. Acestea păstrează libertatea fizică a condamnatului de circulație, dar sunt, în acelaşi timp, o piedică în exercitarea prerogativelor recunoscute ca fiind inseparabile de libertățile sale. Legea Perben II din 9 martie 2004 a modificat articolul 131-6 al Codului penal francez, calificând acest tip de sancţiuni ca pedepse privative, sau restrictive *de libertăţi*, iar nu privative *de drepturi,* precum erau descrise înainte, însă există o neconcordanţă textuală în acest caz, deoarece spre exemplu, articolul 131-7, care trimite la dispoziţiile articolului 131-6 foloseşte sintagma *pedepse privative, sau restrictive de drepturi.*

Individualizarea legală este punctul de plecare, nu trebuie să uităm că, ori de câte ori este necesar, legiuitorul și judecătorii care aplică justiția penală trebuie să se raporteze la standardele de corectitudine, de echitate, astfel, cei implicați în procesul penal vor simți că se realizează dreptatea. În plus, limitele maxime ale sancțiunilor care pot fi puse în executare, în cazul în care condamnatul nu efectuează dezdăunări, sunt reglementate pentru a reaminti constant judecătorului că acesta nu deține puterea absolută de a pedepsi.

B.a).2.4. Incoerenţele legiuitorului francez în determinarea pedepselor. Pedepsele alternative în dreptul penal francez

Regula este aceea conform căreia în dreptul francez, este permis judecătorului să aplice pedepsele alternative *în locul sancțiunilor de referință pe care legiuitorul le-a stabilit în*

[352] *Idem* p.587

funcție de gravitatea obiectivă a infracțiunii. Codul penal francez prevede posibilitatea ca judecătorul să înlocuiască pedepsele de referință, pentru infracţiuni concrete, cu anumite pedepse alternative, sau cu unele pedepse complementare. Scopul este acela de a se limita aplicarea pedepselor scurte cu executare, pedepsele alternative fiind prevăzute şi ele de lege. Această posibilitate de substituire este totuși exclusă în cazul crimelor și, prin urmare, nu poate fi realizată decât în cazul pedepselor pentru delicte şi contravenţii. Pedepsele alternative sunt pronunţate cu titlul de sancțiuni principale, "în locul pedepselor cu închisoarea"[353] sau "în locul pedepselor cu amenda."[354]

Aceste pedepse alternative provin din reforma Codului penal francez din 1992, prin care legiuitorul a înlocuit noțiunea de *sancțiuni substitutive* cu cea de *sancțiuni alternative.* Această modificare a vocabularului legiuitorului francez i-a ilustrat voința ca astfel de pedepse să nu mai fie ca înainte, simple substitute de pedeapsă, lăsate la latitudinea judecătorilor care să decidă dacă să fie aplicate, sau nu, ci pedepse principale, stabilite de legiuitor şi denumite *pedepse alternative*. În concepţia legiuitorului din 1992, aceste pedepse alternative trebuiau să fie prevăzute pentru fiecare delict, sau contravenţie pentru care erau posibil de aplicat.[355] Dar, în realitate, sancțiunile alternative sunt prevăzute în liste în Codul penal, iar textele de incriminare nu fac referire la acestea explicit. Aceste sancţiuni alternative nu sunt deci prevăzute pentru fiecare comportament infracţional în parte, ci ele sunt prevăzute global. Această ipoteză conferă o marjă prea largă de apreciere judecătorilor francezi.

Chiar mai mult, în ceea ce privește proporționalitatea, deoarece acestea nu sunt destinate să sancționeze cu titlu special un anumit comportament infracţional, aceste pedepse, nu au, prin urmare, nicio legătură cu gravitatea atingerii aduse ordinii publice de către comportamentele infracţionale în cauză. Ele sunt pronunţate strict în funcţie de personalitatea infractorului. Aşadar, alegerea judecătorului rămâne încadrată de lege, dar exigenţa respectării concordanţei cu gravitatea faptelor dispare. Situaţie pe care o considerăm inechitabilă. Ipoteza este inechitabilă deoarece legiuitorul nu prevede necesitatea legăturii de cauzalitate directe între fapta comisă și sancțiunea alternativă, care va fi aplicată, aceasta

[353] A se vedea Cod penal francez., art.131-5-1 ; 131-6 ; 131-7 ; 131-8 ; 131-8-1

[354] A se vedea Cod penal francez art. 131-7.

[355] J.-H. ROBERT, *La détermination de la peine par le législateur et par le juge*, în *Droit pénal, le temps des réformes*, Litec, coll.Colloques et débats, 2011, p.245

înseamnă că judecătorul poate renunța la verificarea proporționalității pedepsei cu infracțiunea respectivă și poate lua în considerare în cadrul individualizării numai personalitatea infractorului. Astfel efortul de a se aplica pedepse echitabile este sortit eşecului.

Se riscă vătămarea drepturilor apărării, chiar a dreptului individului care a comis fapta de a i se aplica o pedeapsă conformă cu pericolul real al faptei sale şi cu intenția specifică, aceasta înseamnă că principiul proporționalității devine o teorie și se confundă cu cerința de legalitate: atunci când judecătorul pronunță o pedeapsă principală, el pronunță o pedeapsă excesivă, depășește maximul acesteia, dar cauza este aşadar lipsa unei prevederi legale, aceasta justifică de fapt cenzurarea deciziei sale, [356] iar nu lipsa proporționalității.

Legiuitorul francez neglijează, în cazul pedepselor alternative fixarea acestora în mod obiectiv având în vedere gravitatea comportamentului la care ele se raportează, lăsând judecătorului libertatea de alegere între diferite sancțiuni posibile, nu în mod obiectiv, ci în mod subiectiv, în funcție de personalitatea și de capacitatea de reintegrare a infractorului, pe care judecătorul o estimează în fiecare caz în parte.[357] "Astfel, cerința proporționalității stricte între gravitatea infracțiunii și gravitatea pedepsei a fost exclusă în mod contrar învățăturilor doctrinei clasice conform cărora aceleași infracțiuni merită aceleași pedepse, indiferent de autor. "[358]

În fapt, legea nu impune, în ceea ce priveşte mecanismul substituirii pedepselor, nicio legătură între infracțiune şi pedeapsa pronunțată. Instanțele de judecată au astfel posibilitatea de a impune sancțiuni care nu au legătură cu gravitatea faptelor, aşadar pedepse inechitabile. Un exemplu adesea citat de către diverşi autori este posibilitatea ca judecătorul să condamne un individ la pedeapsa principală a suspendării permisului de conducere, chiar dacă se dovedeşte că acesta nu a folosit maşina pentru a comite infracțiunea pentru care a fost condamnat. [359] Este adevărat că " în concepția legiuitorului francez, această gamă nedefinită

[356] A se vedea (Cass crim.)Decizia Curții de Casație franceze din 6 octombrie 1999, nr.212; Cass crim.Decizia Curții de Casație din 26 septembrie 2007 Drept penal, considerent 3, observații de M.Veron, disponibile pe https://www.legifrance.gouv.fr consultate la 12.11.2015

[357] Sau capacitatea de reintegrare a infractorului pe care o estimează judecătorul la momentul individualizării pedepsei.

[358] J. Francillon, Ph. Salvage, *Les ambiguïtés des sanctions de substitution*, JCP 1984, I, 3133, p.38

[359] A se vedea D.Dechenaud , L'égalité en matière pénale, LGDJ, coll. « Bibl. sc. crim. », 2008 p.219, de asemenea a se vedea J. Francillon et Ph.Salvage, op. cit. 12

de sancțiuni determină ca închisoarea să fie privită doar ca un indiciu al gravității infracțiunii, un fel de instrument de plată pentru o obligaţie penală pe care condamnatul o poate plăti cu alte mijloace."[360] Pedeapsa principală nu mai reprezintă decât un reper al " gravităţii obiective a delictului,"[361]pe care este posibil ca judecătorul să o înlocuiască cu pedepsele individualizate, în funcţie de personalitatea delincventului, în scopul efectuării unei individualizări judiciare. Ea devine o noţiune abstractă. Dar, în anumite concepţii, mecanismul de substituire subminează principiul legalității, deoarece, deși acesta nu îi este contrar în principiu, deoarece sancțiunile alternative sunt prevăzute de lege, acest mecanism împiedică oamenii să cunoască şi să prevadă sancțiunile incidente în cazul săvârșirii unei infracțiuni. [362]Este firesc, deoarece legea nu mai este clară.

Prin urmare, din echitate şi din principiul necesității decurge regula conform căreia sancțiunea trebuie să fie proporţională în primul rând cu gravitatea încălcării ordinii publice, care rezultă din comportamentul incriminat, şi apoi proporționalizată cu represiunea resimțită de condamnat pe parcursul executării pedepsei.[363] Cerința de respectare a proporționalităţii, care decurge din principiul necesității este un obstacol în calea puterii legiuitorului de individualizare a pedepsei deoarece îl împiedică să fixeze pedepse prea severe în comparație cu daunele cauzate de infracţiune.

Legiuitorul francez nu poate reglementa pedepse prea aspre. Dar, pe de altă parte, acesta este în egală măsură constrâns să nu reglementeze pedepse prea blânde în raport cu atingerea adusă ordinii publice. Logica este simplă: o pedeapsă prea aspră afectează drepturile şi libertățile individuale, dar o pedeapsă prea blândă nu-și mai îndeplinește funcția de intimidare. Curtea de Justiție a Comunităților Europene decide în această privință, atunci când statuează că "sancțiunile ar trebui să fie proporționale, dar, de asemenea, eficiente şi să aibă efect de descurajare."[364] În acest sens pedeapsa trebuie să fie proporţională cu suferinţa

---

[360] J.-H. Robert, *La détermination de la peine par le législateur et par le juge*, op. cit., p.246

[361]A. Decocq, *Les modifications apportées par la loi du 11 juillet 1975 à la théorie générale du droit pénal*, Revue de sciences criminelles, 1976, p.26

[362] D. Dechenaud, op. cit., pp.219-220

[363] E. Dreyer, op. cit., p.176

[364] C.J.C.E., 8 iulie 1999, Cauza *Nunes şi de Matos, disponibilă pe* http://curia.europa.eu/ *consultată la 09.12.2015*

pe care o provoacă celui condamnat. Necesitatea și proporționalitatea care izvorăşte din cea dintâi, care sunt instrumentele legiuitorului în procesul de individualizare legală, acționează, de asemenea, ca garanții în sensul garantării neîncălcării drepturilor şi libertăților individuale, a coerenței unui sistem sancţionator prin adaptarea sa la gravitatea faptelor, a eficienței unei incriminări prin proporționalizarea acesteia cu aflicţiunea și descurajarea pe care o cauzează.[365]

Pentru a se limita prerogativele legiuitorului, reglementarea pedepselor trebuie să răspundă în primul rând, principiului necesității. Principiul legalității impune anularea unei pedepse exagerate şi prea represive, pentru că ea nu este prevăzută de lege, și nu datorită faptului că ea nu respectă principiul proporționalităţii care ar trebui reglementat separat în textul legii penale. Acest aspect nu este echitabil tocmai pentru că problema meritului de a suporta o pedeapsă, având în vedere gravitatea faptei şi personalitatea celui care a comis fapta este evitată, această ipoteză nu se ridică în mod explicit, ci numai implicit (mai bune spus: *per deductionem) din faptul că legea e prevăzută în lege.*

Morala este simplă, în cazul în care există un text legal care prevede limite echitabile de pedeapsă doar în linii mari și în mod abstract, legiuitorul nu va surprinde vreodată esenţa unei legi penale. Nu se caută, nici măcar la nivel ipotetic, obiective concrete ale infractorului în situaţii date, astfel nu se va putea genera o pedeapsă justă deoarece dreptul penal substanțial nu conține o reglementare concretă și explicită a conceptului de proporționalitate. Riscul este ca legea să trateze indivizii ca instrumente, fără a lua în considerare, măcar în abstract, "latura umană." De aceea este necesar ca textul legislativ să se apropie tot mai mult de persoana și de situația concretă. Cu cât o lege este mai abstractă şi mai tehnică, cu atât posibilitatea de reintegrare socială şi recidiva va predomina. De asemenea, nu este o surpriză numărul ridicat de erori judiciare. Cu alte cuvinte, în astfel de ipoteze, rolul uman al pedepsei este diminuat, întrucât ea rămâne mai mult tehnică. Ideea esențială în ceea ce priveşte proporţionalitatea pedepselor, ca element cheie al individualizării, este subliniată în doctrina franceză atunci când se afirmă că: "proporționalitatea, ca cerință, nu mai joacă decât un rol secundar, ea nu are cu adevărat un sens decât din momentul în care legiuitorul contemporan limitează libertatea judecătorilor de apreciere prin a le impune luarea în considerare a unor pedepse

[365] E. Garcon, V. Peltier, op. cit., pp.139-141

obligatorii *a fortiori*, concret delimitate." [366] Prin urmare, este necesar a se evita ambiguitatea legii, precizia legii penale este singura trăsătură în acord cu standardele de echitate în această ipoteză. De asemenea, este necesară delimitarea concretă a pedepselor. Dar, totodată, echitatea nu poate să însemne a pedepsi în mod identic toate infracţiunile, ci a alege o sancţiune proporţională cu gravitatea faptei. Există o ierarhie a faptelor incriminate şi o ierarhie a pedepselor, iar dificultatea constă în aprecierea *in abstracto* a proporționalității sancțiunii ce va fi aplicată, deoarece, *in concreto,* "fiecare individ resimte diferit impactul pedepsei, spre exemplu, un an de suspendare a permisului de conducere pentru un șofer de camion este o pedeapsă mai severă decât o pedeapsă de un an de închisoare cu suspendare. "[367]

Mai mult infractorii ar trebui să fie conștienți, în timpul trecerii la actul infracţional, de toate consecințele pe care aplicarea legii penale le presupune în mod inevitabil. Acesta este motivul pentru care principiul proporționalității, sau aprecierea abstractă a pedepsei a înregistrat un succes mult mai mare decât principiul impactului egal al pedepselor.[368] Cu privire la acest aspect, recent, Consiliul Constituțional francez a statuat că necesitatea incriminării conduce la un control foarte restrâns și că , de fapt, proporționalitatea pedepselor nu face decât obiectul unui control indirect al său, ca instanţă supremă, un control al *disproporției manifeste.* Însă preşedintele departamentului juridic al Consiliului Constituțional [369]a afirmat că " atunci când legiuitorul deviază de la modelul clasic- definiția

[366] D. Allix, *De la proportionnalité des peines*, dans Mélanges Soyer, LGDJ, 2000, p.3

[367] Pansier Frédéric-Jérôme. *La Peine et Le Droit*. Paris: Presses universitaires de France, 1994, p.60

[368] *Idem*.pp..61-62 , Potrivit lui Andrew Asworth , care a identificat în concepțiile lui Bentham principiul egalității de impact, dacă este corect să se aplice aceeași sancțiune împotriva a doi infractori cu același grad de vinovăție, este nedrept să se procedeze astfel , dacă ambii au sensibilități în sens benthmian, atât de diferite încât impactul asupra lor al pedepsei ar fi total disproporționat. Echitatea cere *ab initio* să se plece dintr- o situație de egalitate, dar abstractă. Suntem de acord cu profesorul Pansier Frederick Jerome, care s-a opus principiului egalității de impact. Pedeapsa fiind ulterioară și individuală și determinată și pe parcurs, în conformitate cu diferitele moduri în care pedepsele sunt resimțite de infractori. Autorul susține că un model valid de condamnare este de a integra toate elementele personalității infractorului apreciate în mod abstract, deoarece pentru elementele concrete, cum ar fi boala, de exemplu, aparține judecătorului care supraveghează aplicarea pedepselor obligația de a modula în timp real tratamentul egal al deținuților și obligația de a supraveghea pentru menținerea unui impact egal. Autorul susține că teoria egalității impactului are un efect negativ asupra egalității de tratament între deținuți și el dă ca exemplu infractori cu personalități similare care au comis infracțiuni similare, care vor înțelege cu dificultatea că pedeapsa este diferită *ab initio* în schimb, ei vor accepta mai uşor că aplicarea acesteia, și, în special, obținerea în timp a unor privilegii ca eliberarea condiționată, sau permisiuni de ieşire din penitenciare temporare, este diferențiată.

[369] Jean-François de Montgolfier, *Irresponsabilité des personnes atteintes de troubles mentaux. Le regarde du constitutionnaliste*, în *Droit constitutionnel et grands principes du droit pénal*, Ed. Cujas, Paris, 2013, p.118

infracțiunii şi a pedeapsei aferente, controlul trebuie să se efectueze mai în amănunt." În ceea ce privește exemplul alienaţilor mintal, considerând că reţinerea acestora nu este o pedeapsă, Consiliul Constituţional a putut efectua un control al proporționalității acestei măsuri, control prin care a fost capabil să impună o formă de tratamente terapeutice pe parcursul reţinerii, considerând că aparţine organelor competente să reţină acuzatul, obligaţia de a se asigura că persoana este în măsură să beneficieze pe tot parcursul acestei reţineri de îngrijiri medicale adaptate tulburărilor de care ea suferă." [370]

Concluzii. În opinia noastră, ar fi oportun ca, în legea penală franceză, să se pună accent pe individualizarea obiectivă legală, în mod particular cu privire la sancțiunile alternative, prin prevederea unei exigenţe a proporţionalităţii acestora cu severitatea comportamentelor infracționale cărora le sunt aplicabile. Ar fi o soluţie pentru a se obţine claritatea legii penale şi pentru a se obţine o plasare mai echitabilă în faţa legii penale a celor vizaţi de aceste categorii de pedepse.

Această inițiativă ar putea implica prevederea unor pedepse alternative adecvate pentru fiecare infracțiune în parte în textul de lege aferent și nu doar sub forma unei liste atotcuprinzătoare care lăsă o prea largă marjă de apreciere judecătorului și fragilizează astfel principiul legalității pedepselor precum și caracterul echitabil al dreptului penal material.

Într-o anumită măsură, lipsa de proporționalitate între pedeapsă și gravitatea faptelor este, de asemenea, rezultatul unei "demisii a legiuitorului." Astfel, conform unui autor, în materia individualizării pedepsei, "este vorba despre legiuitor, care cedează treptat rolul său judecătorilor."[371] Acest lucru este vizibil mai ales în cazul acestor pedepse alternative, deoarece legiuitorul lasă posibilitatea judecătorului de a impune sancțiuni fără legătură concretă cu faptele.

Prin urmare, individualizare legală, care ar trebui să se bazeze pe gravitatea obiectivă a faptelor, nu mai funcționează conform rolului său, așdar ea riscă să nu mai fie eficientă. Prin urmare, obiectivitatea și proporționalitatea sunt sacrificate în favoarea individualizării subiective, efectuate de către judecător. Această practică poate duce, la rândul său, la

[370] Cons const, 21 févr., 2008, no. 2008-562 DC, consid.21, *apud* Jean-François de Montgolfier, *Irresponsabilité des personnes atteintes de troubles mentaux. Le regarde du constitutionnaliste,* pp.118 și urm.

[371] D. Dechenaud op. cit., p.221-222

fragilizarea principiilor legalității și necesității și poate avea un impact direct asupra caracterului echitabil al legii penale. Pedeapsa nu mai este certă şi fixă, aspect care reduce din funcția sa de intimidare, și în același timp, lipsa proporției între pedeapsă și gravitatea infracţiunii generează un sentiment de nedreptate. Este adevărat că astăzi este necesar ca pedeapsa să fie adaptată la personalitatea infractorului, dar ea trebuie să rămână obiectivă pentru a nu crea sentimentul de nedreptate și de lipsă a echității ei.

Chiar şi sancțiunile stabilite de lege ar putea face obiectul unui control de convenţionalitate, în conformitate cu standarde de echitate. În opinia noastră, lipseşte o enunţare a standardeleor de echitate ce ar trebui să guverneze această convenţionalitate. În funcție de aceste norme care prevăd standarde de echitate, ar fi indicat să fie orientat, în sine, controlul convenţionalităţii.

Curtea de la Strasbourg a statuat că în cazul în care drepturile garantate de Convenția Europeană a Drepturilor Omului ar putea face obiectul unor restricții, aceste restricţii trebuie să fie de origine legală și necesare pentru protecția securității ordinii publice, ele trebuie să fie proporționale cu scopul legitim pe care îl urmăresc.[372] Din punct de vedere logic, o sancţiune reprezintă o restrângere a drepturilor şi libertăţilor. Astfel că, atunci când aplică Convenţia, legiuitorul trebuie să aibă în vedere proporţionalitatea tuturor pedepselor pe care le reglementează cu gravitatea faptelor pe care le incriminează.[373]Acest control, va fi totuşi limitat la drepturile şi libertăţile prevăzute în Convenție.

Unii autori [374] propun să se supună legile elaborate penale care prevăd sancțiuni unei anumite proceduri speciale, votarea acestor legi să fie supusă îndeplinirii condiţiei majorității calificate. Această procedură strictă ar urmări apoi să sporească conştientizarea legiuitorului a gravităţii faptelor pe care intenționează să le sancționeze și astfel să reglementeze o pedeapsă corespunzătoare. În cazul în care nu ar considera pedeapsa ca fiind necesară, procedura strictă menţionată ar trebui să îl descurajeze în a o reglementa. Prin urmare, considerăm că în acest context îşi au locul normele de echitate a pedepsei, care trebuie să fie luate în considerare,

---

[372] C.E.D.O. 24 noiembrie, Cauza *Gillow c./ Regatului Unit,*1986, disponibilă la *http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62051* consultată la 13.11.2015.

[373] A se vedea în ceea ce priveşte convenţionalitatea principiului proporţionalităţii : D. Allix, *De la proportionnalité des peines, op. cit*., p.5-7.

[374] E.Dreyer, op. cit., p.276

tocmai pentru că nimeni nu a făcut vreodată referire directă la o asemenea instituţie în dreptul penal material. Dimpotrivă, adesea, legiuitorul stabilește sancțiunile fără o coordonare între ele și fără o viziune de ansamblu a acestora. Toate acestea au ca rezultat incoerenţe legislative și o lege incomprehensibilă și care este percepută, în final, ca fiind inechitabilă.

Exigenţa proporţionalităţii, componentă esențială a echității, a fost neglijată corelativ cu sporirea prerogativelor de individualizare a judecătorilor.[375]În fapt, individualizarea judiciară efectuată de către judecător se desfășoară în principal în planul studiului personalității infractorului. Judecătorul poate, în realizarea acestei individualizări, să piardă din vedere principiul proporționalității pedepselor cu gravitatea atingerii aduse ordinii publice, mai ales că principiul proporționalității se impune numai legiuitorului, nu şi judecătorilor, legea nu impune respectarea acestui principiu de către aceştia din urmă. Astfel, se consideră că cerința de proporționalitate este respectată în cazul în care judecătorii respectă sancțiunile prevăzute de lege, acestea din urmă fiind considerate a fi proporționale.[376]

Cu siguranță, pedeapsa nu va putea fi excesivă, judecătorii acționează în limitele stabilite de lege pentru puterea lor de individualizare și respectând astfel maximul legal, dar cu toate acestea, pedeapsa stabilită ar putea să se dovedească prea blândă în comparație cu gravitatea încălcării ordinii publice și prin urmare, disproporționată în raport cu gravitatea efectivă a faptei. Cerința de proporționalitate ce trebuie respectată prin individualizarea legală își pierde astfel eficacitatea și chiar sensul. Cerințele de necesitate și proporționalitate pot fi afectate prin chiar practicile legiuitorului, în absența unui control efectiv al acestuia din urmă. Legiuitorul dispune de o largă marjă de operare în aprecierea gravității comportamentului incriminat întrucât evaluarea necesităţii incriminării şi a pedepselor este considerată ca o expresie a suveranității naționale.[377] Din acest motiv, Consiliul Constituțional francez consideră că "nu este atribuţia sa să substituie propria apreciere celei a legiuitorului în ceea ce privește necesitatea adoptării pedepselor aferente infracțiunilor stabilite de aceasta."[378] Consiliul Constituţional francez nu controlează aşadar necesitatea pedepselor. Consiliul

[375] *Idem*, p.177

[376] E. Garcon V. Peltier, op. cit., pp.128-129

[377] E. Dreyer, op. cit., p.176

[378] Cons. Const., *Decizia nr. 80-127 DC, 19-20 ianuarie 1981,* disponibilă pe http://www.conseil-constitutionnel.fr/ consultată la 14.11.2015

limitează, în realitate, controlul său la cazul în care sancțiunile prevăzute de lege ar fi "vădit disproporționate în raport cu faptele imputate,"[379] acest aspect nereprezentând o garanţie suficientă[380]întrucât anumite pedepse disproporționate sunt susceptibile de a scăpa controlului instanţei supreme franceze, în măsura în care acestea nu încalcă pragul impus de Consiliul Constituţional pentru ca acesta să-și declanşeze atribuţiile de control.

B.b) Individualizarea judiciară a pedepselor în dreptul penal francez

Pedeapsa stabilită prin lege are o funcție de intimidare și aflictivă. Pedeapsa permite apoi celui care comite infracţiunea să analizeze aspectele "pro și contra," înainte de a comite actul infracţional și denotă intenția legiuitorului de a nu lăsa nepedepsite faptele care aduc atingere ordinii publice. Este logic ca, în această etapă, pedeapsa să fie stabilită în funcţie de atingerea adusă ordinii publice. De asemenea, pedeapsa efectiv aplicată are şi o funcție preventivă, pronunțarea acesteia descurajând "terţii în a imita comportamentul infracţional, terţi care pot fi induşi în eroare de un sentiment de impunitate."[381] Pedeapsa, la momentul pronunţării sale, are, de asemenea, o funcție de neutralizare pentru autorul infracţiunii, judecătorul trebuind să procedeze de o asemenea manieră, în individualizarea judiciară, încât autorul să fie împiedicat să mai comită alte încălcări ale ordinii publice. În această etapă, judecătorul este cel mai în măsură să aprecieze în concret personalitatea autorului infracţiunii pentru a stabili o pedeapsă care îl neutralizează fără a fi excesivă în raport cu capacitățile sale de reintegrare, în conformitate cu articolul 132-24 alin. 2 din Codul penal francez.

Individualizării judiciare îi revine misiunea de a adapta pedepsa la personalitatea infractorului. Individualizarea judiciară este subiectivă, dar efectuată în limitele stabilite prin lege. Individualizarea judiciară se numără printre principiile fundamentale recunoscute de legile Republicii franceze începând cu decizia Consiliului Constituțional din data de 19 ianuarie 1981,[382] care prevede, în mod expres, în ceea ce privește principiul individualizării pedepselor, faptul că principiul individualizării pedepselor trebuie considerat ca fiind statuat

[379] Cons. Const., Decizia nr. 93-321 DC, din 20 iulie 1993, "Loi réformant le code de la nationalité", paragraf 15, disponibilă pe http://www.conseil-constitutionnel.fr/ consultată la 14.11.2015

[380] În ceea ce privește controlul necesității pedepselor efectuat de Consiliul Constituțional în Franţa, a se vedea M. E. Cartier, *Les principes constitutionnels du droit répressif*, pp.163-164

[381] E. Dreyer, op. cit., p.812

[382] Cons. const., 19 ianuarie. 1981, n°80-127 DC. JORF (Journal Officiel) 22 ianuarie. 1981, p. 308

prin articolul 8 al Declarației din 1789 și ca un principiu fundamental recunoscut de legile Republicii.

Cu toate acestea, dacă în conformitate cu articolul 8 din Declarația de la 1789, ar trebui să se stabilească numai sancțiuni strict și evident necesare, acest lucru nu implică faptul că necesitatea unor sancțiuni trebuie să fie apreciată numai din punctul de vedere al personalității condamnatului și cu atât mai puțin că în acest scop, judecătorul trebuie să beneficieze de o putere arbitrară, pe care întocmai articolul 8 din Declarația de la 1789 i-a conferit-o, permițându-i ca, la alegerea sa, chiar să scutească de aplicarea dreptului penal, cu excepția cazurilor de iresponsabilitate stabilite de lege, persoanele condamnate pentru crime, sau infracțiuni.

Legea franceză a prevăzut un loc important pentru individualizarea pedepselor, dar nu i-a conferit caracterul unui principiu dominant şi absolut în orice caz şi asupra altor fundamente ale represiunii penale. Astfel, chiar presupunând că principiul individualizării pedepselor ar putea, între aceste limite, să fie considerat ca fiind unul dintre principiile fundamentale recunoscut de legile Republicii, acesta nu poate împiedica legiuitorul, în timp ce judecătorul sau autoritățile competente pot determina modul de executare a pedepselor având o largă putere de apreciere în acest sens, să stabilească norme care să asigure represiunea efectivă a infracţiunilor.[383]

Pe parcursul evoluției istorice a doctrinei penale în Franța, teoria politicii penale denumită *Noua Apărare Socială*, principiile fundamentale ale acestui curent de gândire și Congresele internaționale ale Societății Internaționale a Apărării Sociale au militat spre restructurarea sistemului de justiție penală în sensul apărării drepturilor omului și încetarea apărării societății pe baza politicii de personalizare a pedepselor.[384] Personalitatea infractorului este dezvăluită numai treptat, ea va fi evaluată în moduri complexe de-a lungul anilor în care se derulează cursul judiciar și penitenciar în cauza dată. Luând în considerare această ipoteză, individualizarea pedepselor ar trebui să se desfășoare într-un mod continuu. Acesta este motivul pentru care este sensibilă ipoteza excluderii intervenției autorității judiciare care a stabilit un tratament în cadrul unor posibile modificări ulterioare, pentru a

[383] Decizia nr. 80-127 DC a Consiliului Constituţional din 20 ianuarie 1981, consid.14,15 et 16, disponibilă pe : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1981/80127dc.htm, consultată la 29.11.2015

[384] Mai exact, al VIII-lea Congres Internațional intitulat " Tehnicile Individualizării judiciare " și înaintea, al III-lea Congres care au desfăşurat studii cu privire la individualizarea pedepsei și a executării acesteia.

îmbunătăți individualizarea tratamentului sancţionator. Cu mult timp în urmă, legiuitorul francez a asociat autoritatea judiciară competentă să pronunţe pedeapsa în etapa individualizării judiciare şi etapei executării în sine a pedepsei și controlului asupra acesteia.[385]

B. b) 1. Individualizarea judiciară din momentul judecăţii

Scopul principal al procesului penal este acela de a evidenţia şi analiza personalitatea infractorului și posibilitatea sa de reintegrare în societate, luând în considerare resursele sale morale și psihologice[386] și tehnicile pe care judecătorul trebuie să le utilizeze pentru a realiza o individualizare satisfăcătoare, care de fapt, nu sunt numai judiciare.[387] Pentru a regăsi echitatea în individualizarea judiciară, este necesară identificarea actorilor principali ai acestui tip de individualizare și modul în care aceştia acționează aşadar se cuvine în special, a analiza : **b) 1.1** . cine individualizează și modul în care individualizează pedeapsa în dreptul penal francez, de asemenea, **b) 1.2** instrumentele juridice specifice individualizării din etapa judecății, **b) 1.3**. modurile de individualizare şi în final, evidențierea anumitor **b) 1 4.** probleme de echitate pe care le implică în practică această individualizare.

B.b) 1. 1. Cine şi cum individualizează pedepsele în dreptul penal francez?

Principiul individualizării este corolarul principiului necesității pedepsei în dreptul francez, individualizare judiciară bazându-se pe o examinare strictă a necesității și proporționalității pedepsei stabilite inițial prin lege.

De fapt, este vorba despre un circuit care începe cu necesitatea aplicării pedepselor, care încadrează și condiţionează individualizare legală, care, la rândul său, încadrează şi dirijează individualizarea administrativă, sau cea judiciară efectuată de către judecător. Ordinea este următoarea: individualizare legală *in abstracto* și apoi individualizarea judiciară *in concreto,*

---

[385] Levasseur Georges. *Les Techniques De L'individualisation Judiciaire*. Paris: Éd. Cujas, 1971, Introduction IX, p.10

[386] *Idem,* Introduction XI

[387] Sunt integrate, în procesul penal, anumite procedee, sau metode tehnice care permit o cunoaștere mai profundă a personalității infractorului în scopul realizăriiunei mai bune individualizării a tratamentului sancţionator pentru acesta. A fost de asemenea important şi rolul sociologilor, medicilori ,psihiatrilor, psihologilor în organizarea procesului penal și aplicarea noii politici *a apărării sociale* în Franța, aspecte care nu privesc lucrarea noastră, astfel că ne vom rezuma analiza la sfera tehnicilor juridice de individualizare judiciară și interacțiunii acestora cu echitatea.

unde judecătorul are rolul principal, la fel ca în dreptul penal român. Individualizarea judiciară este opera judecătorului, sau a organului non-jurisdicţional competent, pentru că legea materială penală nu este în măsură să ia în considerare toate circumstanțele fiecărui caz în parte *a priori*.

Pedepsele pronunţate reprezintă nucleul activităţii de justiţie penală. Din acest motiv, această etapă a individualizării este foarte importantă din punct de vedere al dezideratului echităţii dreptului penal privind soarta infractorului, căruia i se va aplica pedeapsa concretă, dar şi soarta victimei, care trebuie să fie implicată şi menţinută în procedurile penale în cauză.

Judecătorul are rolul cel mai important pe parcursul acestei etape pentru că acesta trebuie să adapteze pedeapsa în mod just. De asemenea, în dreptul francez se face referire la *principiul pronunţării pedepsei de către judecător*, care are o contribuție importantă la procesul echitabil. Standardele actuale de condamnare ilustrează declinul individualizării legale în cadrul căreia pedeapsa este utilizată mai mult ca un răspuns previzibil, decât ca o măsură adaptată.[388]

În Franța, după reforma penală, dar anterior Codului penal francez din prezent, pronunţarea condamnării nu mai releva dintr- un principiu enunţat. Ceea ce înseamnă că ea nu mai este o regulă, ci o excepţie. Pentru că, în lumina filosofiei noii politici penale, dreptul penal şi pedeapsa se aplică în subsidiar şi numai atunci când este necesar. Judecătorul francez are prerogativa extinsă de a pronunţa pedeapsa, fie de a scuti delincventul de aplicarea unei pedepse efective. Pentru o răspundere penală deja stabilită, pedeapsa este răspunsul, putem spune cel mai utilizat, dar, în general, judecătorul nu este obligat să îşi motiveze alegerea sa, în cazurile în care el are posibilitatea de a nu aplica o pedeapsă. Există, desigur, excepții de la această regulă, legitimate tot de echitate, din punctul nostru de vedere.

Regula este că nicio pedeapsă nu poate fi aplicată în cazul în care instanța nu a pronunțat-o în mod expres.[389]Nicio sancțiune nu trebuie să scape acestei cerințe pentru a servi în mod adecvat scopului individualizării judiciare. Orice pedeapsă trebuie să treacă printr-o pronunţare explicită şi motivată pentru a se arăta că judecătorul este cel care are stăpânirea

[388] Yves Mayaud, *op.cit*.p.613

[389] Art.132-17 Cod penal francez

acestei etape. Pentru a vedea modul în care judecătorul francez procedează, vom analiza, în cele ce urmează, instrumentele specifice de individualizare judiciară în etapa judecății.

Legea Taubira nr 2014-896 din 15 august 2014 privind individualizarea pedepselor completează Codul penal francez cu elemente care apropie modul de individualizare şi aplicarea pedepsei de idealurile umanitare. Completarea prin articolul 132-1 în Codul penal francez prevede în mod clar că "orice pedeapsă pronunţată de instanța de judecată trebuie să fie individualizată."

Chiar dacă dreptul penal, în prezent, respectă tendința politicii umaniste penale, legea penală franceză menționează în mod explicit această cerinţă, în scopul de a sublinia imperativul care se impune judecătorilor în punerea în practică a individualizării judiciare. Influențele respectării drepturilor omului, ca politică europeană "la modă", care sunt în contradicție cu eliminarea totală fizică, sau socială a infractorului, de asemenea, curentele de gândire ale şcolilor juridice care au conceput pedeapsa ca mijloc al unei duble intervenții, "personală - pentru a elibera pe condamnat de slăbiciunile sale și de securitate socială prin câștigul dozei de siguranţă pe care reintegrarea sa nu va putea decât să o consacre."[390]

Există în dreptul penal francez un text pe care noi îl considerăm ca având calitatea unei adevărate definiții a echităţii individualizării judiciare a pedepselor şi care face referire la funcţiile pedepselor. Articolul 130-1[391] din Codul penal francez prevede obiective ca : a preveni comiterea infracțiunilor ulterioare și astfel, protejându-se societatea, autorul infracţiunii va fi pedepsit și cel mai important, restabilirea echilibrului social, în viziunea noastră, a echităţii, sunt componentele articolului 130-1 din Codul penal francez. Echitatea ne apare ca fiind scopul final al pedepsei, pentru că pedeapsa va restabili echilibrul social, dar poate fi, de asemenea, concepută şi ca mijloc de a tempera și umaniza aplicarea sancțiunilor.

De ce trebuie însă folosită pedeapsa ca mijloc de restabilire al echilibrului social? Pentru că justiția penală trebuie să respecte şi victimele atunci când ea este aplicată. Totodată trebuie să se asigure şi reabilitarea condamnaților. Cei trei actori principali în domeniul

[390] Y. Mayaud, *op.cit*.p.631

[391] De asemenea, introdus prin Legea Taubira din 2014, care statuează că: " pentru a se asigura protecția societății, pentru a se preveni comiterea de noi infracțiuni și pentru a se restabili echilibrul social, respectându-se interesele victimei, pedeapsa are ca funcții: 1.Sancționarea autorului infracțiunii 2. Favorizarea recuperării sale sociale, integrarea sa socială, sau reintegrare sa socială."

justiției penale și a procedurilor penale sunt de fapt : judecătorul, victima /partea civilă şi acuzatul și dacă încercăm să mergem mai departe în acest cadru este vorba despre "drama penală, unde îi regăsim pe cei trei protagonişti: societatea , condamnatul și victima." [392]

Însă pentru a se asigura echilibrul, pedeapsa nu trebuie să îmbrace forma unei "clemenţe sistematice." Individualizarea nu este îndreptată întotdeauna înspre minimul posibil, ci ea este o tehnică oferită judecătorului pentru a-l ajuta la determinarea, în mod echitabil, a unei pedepse bine evaluată, ce va fi executată în final. De aceea, procesul de individualizare este un demers raţional în care se folosesc, ca ajutor, criterii și suporturi specifice.

B.b)1. 2. Instrumentele specifice individualizării judiciare din etapa judecăţii

Criteriile generale de individualizare a pedepsei sunt similare cu cele din dreptul român. În dreptul francez, acestea sunt prevăzute în cuprinsul art.132-1 alin.3[393]din Codul penal francez.

Atunci când pronunţă condamnarea, judecătorul este ţinut să respecte trei criterii principale: circumstanţele, personalitatea delincventului şi circumstanţele concrete ale faptei. Se mai adaugă obligația de a evita aplicarea pedepsei închisorii cu executare. Noua politică penală franceză, la fel ca noua politică penală română prevede aplicarea acestei pedeapse numai în subsidiar. Noi vedem acest lucru ca fiind una dintre garanțiile echitabile împotriva puterii discreţionare a judecătorului.

Încadrarea în funcţie de gravitatea apreciată obiectiv şi abstract din calificarea legală pe cele trei niveluri: penal, delictual, sau contravenţional, din dreptul penal francez trebuie să fie completată şi continuată de aprecierea judiciară în momentul judecății, deci de evaluarea circumstanţelor specifice infracțiunii pentru a se obţine ca rezultat o pedeapsă echitabilă. Judecătorul trebuie să identifice gravitatea obiectivă şi subiectivă a faptelor celui vizat în funcție de circumstanţele fiecărui caz în parte. Sunt importante în acest sens, elementele care permit judecătorului să justifice în mod subiectiv fapta şi motivele pe care le-a avut cel vizat să o comită. Infracţiunea este rezultatul unui proces psihologic complex și a unor factori

[392] Y.Mayaud, op.cit.p.632

[393] Care prevede că: “În limitele stabilite de lege, instanța stabilește natura, cuantumul și regimul pedepselor în funcție de circumstanțele infracțiunii, de personalitatea autorului infracțiunii și de situația sa materială, familială și socială în conformitate cu scopurile și funcțiile pedepsei prevăzute în articolul 130-1."

externi persoanei autorului. Vinovaţia este, de fapt, fundamentul pedepsei, cea dintâi necesită, la origini, un discernământ şi un liber arbitru. Însă referirea la personalitatea autorului este departe de a convinge de existența acestor aspecte de culpabilitate,"este vorba de a accede la caracterul condamnatului şi a se lua în considerare şi ceea ce ţine de psihicul său, atitudinea acestuia cu privire la viitor, pentru a se determina şi aptitudinea sa reală de reintegrare socială."[394]

În această căutare, pentru a menține echilibrul prin individualizarea judiciară, pedeapsa trebuie să reflecte situaţia materială, socială şi familiă a autorului, pentru a lua în considerare şi mediul în care autorul faptei şi-a dezvoltat personalitatea. Alături de art. 132-1 din Codul penal francez, care prevede acest criteriu, articolul 132-20[395] din Codul penal francez continuă reglementând criteriile de determinare a amenzii, care vizează resursele şi cheltuielile infractorului. Aceasta este dreptatea distributivă în conformitate cu care pedeapsa diferă în funcţie de mijloacele de subzistenţă ale persoanelor pe care le vizează. Această logică funcționează şi în cazul determinării zilelor amendă recent introduse în Codul penal român, ele existând deja în dreptul penal francez.[396]

Al doilea alineat al art. 132-19[397] din Codul penal francez statuează principiul evitării aplicării pedepsei închisorii cu executare. Fundamentele, sau raţiunile acestei reglementări legale sunt în mod clar umaniste, de asemenea, ele stau la baza politicii evitării suprapopulării închisorilor.

Judecătorul francez, la fel ca judecătorul român, este ghidat de către legiuitor înspre evitarea, cât mai mult posibil, a aplicării închisorii cu executare, pe baza unor criterii, cum ar fi gravitatea faptei concrete, personalitatea celui vizat, dar şi obiectivul favorizării aplicării

[394] Yves Mayaud, op.cit.633-634

[395] Prevede următoarele:"cuantumul amenzii este determinat prin luarea în considerare a resurselor şi cheltuielilor infractorului."

[396] Articolul131-5, modificat prin Legea nr. 2004-204 2004-03-09 art. 173 1° M.Of. francez din 10 mars 2004 în vigoare de la 1 ianuarie 2005

[397] Articolul prevede că" În materie contravențională, instanța nu poate pronunța o pedeapsă cu închisoarea cu executare decât în ultimă instanță, în cazul în care gravitatea faptei şi personalitatea autorului face ca acest lucru necesar şi numai dacă orice altă pedeapsă este în mod vădit inadecvată "

unor sancţiuni de altă natură. În plus pronunţarea pedepsei trebuie să fie justificată de necesitatea acesteia şi de o inadecvare a oricărei alternative.[398]

Există alternative la dispoziţia judecătorului. Suportul pe care acesta îl are sunt instrumente precum investigaţiile derulate de către organele abilitate în cadrul procesului penal, investigaţii esenţiale şi în baza cărora autoritatea judiciară, poate chiar să amâne condamnarea dispunând continuarea unora dintre investigaţiile mai complexe, de la caz la caz, aspect echitabil având în considerare faptul că o pedeapsă poate implica privarea de libertate, sau restricţionarea libertăţii celui în cauză. În ceea ce priveşte celeritatea, situaţia poate deveni un mai sensibilă, în opinia noastră, celeritatea ar trebui să fie sacrificată în favoarea echităţii.

Legea nr.2010-242 din 10 martie 2010 pentru a reduce riscul de recidivă a instaurat *registrul datelor cu caracter personal colectate în cadrul procedurilor judiciare*, reglementat de articolul 706-56- 2 din Codul de procedură penală francez.[399] Acest registru special este

[398] Cu toate acestea, se pot naşte ipoteze în care victima nu se simte deloc sprijinită de justiţie tocmai pentru că , presupunând că închisoarea cu executare este incidentă ca pedeapsă, pedeapsa trebuie "dacă personalitatea şi situaţia condamnatului permite şi dacă nu e împiedicată de condiţiile materiale, să facă obiectul unei ameliorări prin aplicarea unor măsuri de ameliorare a sancţionării prevăzute de articolele 132-25 - 132-28 din Codul penal francez, cum ar fi: eliberare condiţionată, plasamentul în exterior, supravegherea electronică, sau fracţionarea pedepsei, astfel încât, chiar dacă este pronunţată, pedeapsa cu închisoarea poate să nu fie totuşi efectivă. Aşa că ne întrebăm: ce va crede victima în aceste situaţii? Se afectează echilibrul necesar pentru a se obţine beneficii tehnice imediate, pentru a se evita aglomerarea penitenciarelor, în plus infractorul poate ajunge să creadă că el nu va suporta consecinţe grave pentru fapta sa, aşa că va repeta activitatea ilegală deoarece pedepsele sunt suportabile. Ne întrebăm, în acest context, dacă există sau nu o situaţie echitabilă şi dacă se ajunge într-adevăr la o prevenţie generală a infracţionalităţii? Prin extinderea incidenţei principiului *in favorem* acuzaţilor se riscă dezechilibrarea dintr-un alt punct de vedere - acela al raportului victimă-infractor, în timp ce, pe de altă parte, raportul *acuzat - acuzare* pare echitabil. Pe scurt, ce anume trebuie sacrificat din cele două aspecte? Iată încă un argument care dovedeşte că echitatea nu este şi nu va putea fi absolută în dreptul penal.

[399] Inventarul datelor cu caracter personal colectate în cadrul unei proceduri judiciare, deţinute de către serviciul de cazier judiciar sub autoritatea Ministrului Justiţiei şi sub controlul unui judecător, este destinat să faciliteze şi să asigure cunoaşterea personalităţii şi evaluarea periculozităţii persoanelor urmărite penal, sau condamnate pentru o infracţiune pentru care supravegherea socio-judiciară a fost demarată şi pentru a preveni repetarea unor astfel de infracţiuni." "Registrul centralizează expertizele, evaluările şi examinările psihiatrice, medico-psihologice, psihologice şi multidisciplinare ale persoanelor menţionate în primul alineat, care au fost efectuate: 1. În timpul anchetei; 2. În timpul instrucţiei; 3. Cu ocazia judecăţii 4. Pe durata executării pedepsei; 5. Înainte de pronunţarea sau în cursul executării unei măsuri de supraveghere sau de reţinere; (...) În cazul în care cauza este clasată, cu excepţia cazurilor în care decizia se bazează pe primul alineat al articolului 122 -1 din Codul penal, se emite o decizie definitivă de încetare a urmăririi penale, sau de achitare, datele privind acuzatul sunt şterse din registru." Păstrarea datelor privind persoanele urmărite penal sau condamnate pentru o infracţiune pentru care se aplică supravegherea socio-judiciară, nu poate depăşi o perioadă de treizeci de ani. Informaţiile conţinute în registru sunt direct accesibile prin intermediul unui sistem de telecomunicaţii securizat, accesul având-l autorităţile judiciare. Membrii comisiei de pluridisciplinare, care aplică măsurile de siguranţă, experţii şi cei responsabili, numiţi de autoritatea judiciară sau de administraţia penitenciarelor, care efectuează evaluări multidisciplinare ale periculozităţii acuzaţiilor pot de asemenea accesa informaţiile din registru, prin mijlocirea autorităţii judiciare competente şi numai în vederea îndeplinirii misiunilor lor. Termenii şi condiţiile de

păstrat de serviciul de cazier judiciar, sub autoritatea Ministrului Justiției, plasat sub controlul unui magistrat și destinat să faciliteze cunoașterea personalității și evaluarea periculozității persoanelor urmărite penal, sau condamnate pentru infracțiuni pentru care se aplică supravegherea socio-judiciară și pentru a preveni recidiva. Acesta conține de fapt expertize, evaluări psihiatrice, medico-psihologice, pluridisciplinare aplicate persoanelor implicate şi care au fost efectuate pe parcursul anchetei, instrucţiei, sau judecăţii. Cele mai delicate sunt cele efectuate în faza de instrucţie. Judecătorul de instrucţie francez trebuie să efectueze o anchetă asupra personalităţii persoanelor puse sub urmărire, de asemenea asupra situaţiei lor materială, familială şi socială. În materie de delicte, această anchetă este facultativă.[400]

Dosarul care înglobează date despre personalitate conţine această anchetă care este foarte importantă, deoarece, ţinând cont de datele din acesta judecătorul de instrucţie poate dispune efectuarea unor examene medicale, psihologice, dar şi părţile îi pot adresa o cerere motivată în acest sens, judecătorul neavând posibilitatea de a respinge această cerere decât prin intermediul unei ordonanţe motivate, cel târziu în termen de o lună de la data primirii cererii.[401] Regula este că judecătorul trebuie să evalueze oportunitatea măsurilor în cauzele contravenţionale.[402]

---

funcţionare a registrului sunt stabilite prin decret al Consiliului de Stat emis după avizul "Comisiei Naționale de Informatică și libertăți.

[400] Art.81 Cod procedură penală francez

[401] Considerăm acest termen prea îndelungat, pentru că ne putem imagina existenţa unor situații de urgență, de exemplu, atunci când victima face o astfel de cerere fiindu-i teamă de persoana infractorului şi este pusă în situaţia de a aştepta decizia judecătorului de instrucție timp de o lună. În ceea ce priveşte celeritatea procedurilor şi şi faptul că victima trebuie să se simtă protejată, acest termen legal se poate dovedi excesiv. Ultimul alineat al art.81 din Codul de procedură penală francez prevede că: "În cazul nerespectării de către judecătorul de instrucție a termenului de o lună, partea poate sesiza direct președintele camerei de instrucție care statuează și procedează în conformitate cu al treilea, al patrulea și al cincilea alineat ale articolului 186 -1 din Cod ".Chiar şi în această situație, partea interesată este ţinută de termenul de o lună înainte de a putea sesiza președintele camerei de instrucție, această situaţie ni se pare că reglementarea dată nu respectă principiul celerității justiției penale.

[402] A se vedea art.495 şi urm. din Codul de procedură penală francez Această tehnică, de a menţine informate constant organele judiciare competente, sugerează faptul că în lipsa acestor suporturi prealabile, la care am făcut referire, unele proceduri de judecată nu pot fi declanşate. Cum este cazul în materie corecţională în baza procedurii simplificate, în care decizia de fond se emite de către președintele tribunalului, prin ordonanţă penală. Procurorul nu poate recurge la această procedură numai în cazul în care rezultatul anchetei poliției judiciare relevă că acuzațiile împotriva acuzatului sunt concrete, că informațiile privind personalitatea, cheltuielile şi resursele materiale sunt suficiente pentru a permite determinarea pedepsei, neapărând ca necesară, având în vedere gravitatea scăzută a faptelor, pronunțarea unei pedepse cu închisoare sau o amendă în cuantum mai mare decât cea stabilită prin lege și că recurgerea la această procedură *nu aduce atingere drepturilor victimei.* Din nou identificăm, în legea penală franceză, interesele victimei, care nu sunt neglijate, ba chiar mai mult , procedura simplificată a ordonanţei penale nu se aplică în cazul în care victima a solicitat citarea acuzatului înainte de a fi

Alegerea pedepsei este cel mai important aspect al deciziei judecătorului, din punct de vedere al echităţii, deoarece va influenţa personalitatea făptuitorului şi va avea impact asupra vieţii sale şi asupra evoluţiei sale înspre reintegrarea socială, dar, de asemenea, victima va simţi că dreptatea a fost împărţită într-un mod echitabil. Acesta este motivul pentru care individualizarea pedepselor este esențială, chiar dacă interesele de a se obține celeritatea și eficiență justiției penale rămân valabile, nu trebuie să se piardă din vedere faptul că judecătorul are obligația de a analiza situația dată extrem de bine. Acesta ar trebui să analizeze situația la fel de bine ca organele judiciare pentru a obține informații complexe, ca de exemplu datele de natură fiscală, sau financiară ale acuzatului.[403]

B.b) 1.3. Modalităţi de individualizare judiciară în momentul judecăţii în dreptul penal francez. Selectarea concretă a pedepsei

Judecătorul francez, este eliberat din rigiditatea legii și dispune de o mulţime de modalităţi atunci când efectuează *in concreto* personalizarea sancțiunii. El poate aplica fie o pedeapsă unică, fie o pluralitate de pedepse.

Tehnica eliminării este cea mai des întrebuinţată de către judecătorii francezi. Ceea ce înseamnă că se poate reţine o singură pedeapsă chiar şi în situaţiile în care mai multe pedepse ar fi susceptibile de a fi aplicate. În acest sens, legea penală franceză stabileşte[404]posibilitatea

---

fost emisă o ordonanță în temeiul art. 495-1 din Codul de procedură penală francez. Desigur, există tendința de a se observa că există o putere de apreciere a procurorului excesivă în această situație particulară, dar dacă analizăm conținutul articolului 495-1 din Codul de procedură penală francez, care precizează că de fapt, președintelui tribunalului trebuie să i se prezinte, de către procuror, rezultatul procedurii simplificate pe care el a ales să o aplice și că președintele tribunalului hotărăște prin ordonanță penală clasarea cauzei, sau aplicarea unei amenzi de jumătate din amenda prevăzută de lege, sau la una sau mai multe pedepse complementare prevăzute (astfel de sancțiuni pot fi impuse cu titlu de pedeapsă principală), ajungem la concluzia că această procedură este echitabilă, părţilor le este asigurată respectarea principiului egalității armelor,de asemenea, ele beneficiază de o analiză concretă a cauzei, efectuată de un judecător şi nu numai de către procuror şi organele de poliție judiciară. În aceeași măsură, procedura prealabilă de recunoaștere a vinovăției, nu este compatibilă decât cu sancțiunile "justificate de circumstanțele infracțiunii și de studiul personalității autorului ei."

[403] Articolul 132-22 din Codul penal francez prevede că "procurorul , judecătorul de instrucție, sau instanța de judecată pot obține informații de la orice administrație , orice instituție financiară, sau de la orice alte persoane fizice, sau juridice care păstrează în depozit fonduri ale acuzaţilor, furnizarea de informații relevante financiare sau fiscale, nu este cenzurată de obligația respectării secretului profesional." Este o adevărată prerogativă a autorităților judiciare în numele căreia se neutralizează secretul profesional, în interesul individualizării judiciare. Din nou, ne întrebăm dacă această putere nelimitată de ingerinţă în drepturile şi libertăţile acuzatului este pe deplin echitabilă şi dacă legiuitorul a analizat raportul de proporţionalitate a ingerinţelor, sau măcar a stabilit anumite criterii sau limite?

[404] "Judecătorul poate să pronunțe numai una dintre pedepsele indicate în lege pentru infracțiunea pe care o judecă." A se vedea ar.131-6 Cod penal francez

judecătorului de a pronunţa numai una dintre pedepsele prevăzute de lege pentru fapta pe care o judecă. Noi considerăm că această reglementare intervine tocmai pentru a corecta "exprimarea din acelaşi Cod,"care prevede principalele pedepse folosind conjuncţia "şi" ce sugerează cumularea pedepselor, astfel încât, de cele mai multe ori, prevede pedepse privative de libertate și amenda.[405]

Conform opiniilor doctrinare, aceste reglementări trebuie interpretate în sensul că nu este prevăzută nicio obligație de pronunțare a tuturor pedepselor prevăzute de lege pentru fapta respectivă, cumulativ: "Este distinct modul în care judecătorul va trebuie să se situeze, având în vedere sancțiunile cumulative în versiunea lor teoretică, în realitate, este vorba despre o simplă alternativă. Regula este cea generală pe care o invocă doctrina, aşadar: indiferent de calificările date faptelor penale în: crimă, delict, sau contravenţie" [406] De asemenea, aceasta se aplică și în ceea ce priveşte condamnare persoanelor juridice.[407]

Uneori, pedeapsa pronunțată este rezultatul substituirii pedepsei principale cu o altă pedeapsă, considerată de către judecător ca fiind mai bine adaptată la situația concretă a celor condamnați. Acest mecanism de substituție a fost instituit cu scopul de a evita pedepsele cu închisoarea de scurtă durată, legiuitorul francez de multe ori revine cu reglementări în acest domeniu pentru a prevedea noi sancțiuni în acest sens. Un exemplu recent este *constrângerea penală.*

O observaţie din punct de vedere al dezideratului echității se impune. Apreciem că legiuitorul francez permite judecătorilor să adapteze pedepsele în funcţie de evoluţia moravurilor sociale, în egală măsură, este echitabil ca nu oricare dintre pedepse să se poată substitui unei alte pedepse. Ne referim aici la existenţa unei vocaţii generale de substitut a fiecărei pedepse existente. Chiar dacă judecătorul are o prerogativă vastă de individualizare a pedepselor, putându-le substitui unele cu altele, din acest punct de vedere, el va trebui să respecte totuşi incompatibilităţile anumitor pedepse, de o anumită natură, cu anumite fapte,

[405] Art.312-17, al.2 Cod penal francez.

[406] Yves Mayaud, op.cit.p.640

[407] În cazul în care sancțiunile prevăzute sunt amenda și pedepse privative de libertate sau restrictive de drepturi prevăzute în cuprinsul art.131-39 Cod penal pentru crime şi delicte sau în cuprinsul art.131-42 Cod penal pentru contravenții, instanța nu va putea pronunța decât amenda sau va putea opta pentru una sau mai multe pedepse dintre cele prevăzute în articolele precitate.

care de obicei sunt prevăzute tot în cuprinsul legii penale franceze, acestea fiind strict încadrate şi stabilite de această lege.

Posibilitatea de a se înlocui o pedeapsă cu altă pedeapsă este prevăzută în mod diferit, aşadar, de la o categorie la alta de infracțiuni și se aplică, cel mai adesea, în afara cadrului pedepselor privative de libertate, aspect care este benefic pentru obţinerea unei personalizări mai complexe a pedepsei.

Gradarea pedepselor se bazează pe gravitatea faptelor, deoarece pentru crime nu este posibil ca judecătorul să recurgă la substituirea pedepsei prevăzute de lege în individualizarea pedepsei. Prin această logică, crimele sunt cele mai grave pe scara de infracțiuni și se pedepsesc cu recluziune, sau detenție penală, la care poate fi adăugată o amendă, sau pot fi adăugate mai multe pedepse complementare.[408]Iar în cazul în care amenda poate fi aplicată numai ca pedeapsă principală, pedepsele complementare nu pot servi drept alternative în caz de crimă, însă pot servi ca pedepse alternative în cazul delictelor.[409] În mod concret, nu va fi posibil ca judecătorul să rețină în locul recluziunii, sau amenzii penale, o simplă sancțiune de decăderi din drepturi, sau anumite interdicţii, ca cele menționate în art. 131-10 din Codul penal francez.[410]

Precum putem observa, delictele sunt domeniul în care legiuitorul a reglementat cu preponderenţă pedepse alternative.[411] Vedem acest sistem sancţionator ca pe un adevărat triumf al standardelor echitabile în sfera individualizării pedepselor în dreptul penal francez. De ce afirmăm un asemenea lucru? Pentru că în societatea care se află în continuă schimbare şi evoluţie, dreptul penal este instrumentul menţinerii ordinii sociale, acesta trebuind să evolueze în acelaşi timp cu societatea, astfel că introducerea de noi pedepse este necesară

[408] A se vedea art.131-2 Cod Penal francez.

[409] Art.131-11 Cod penal francez prevede că: " În cazul în care o infracțiune se pedepsește cu una sau mai multe pedepse complementare prevăzute în cuprinsul articolului 131-10 Cod penal , instanța nu poate pronunța decât pedeapsa complementară , sau una, sau mai multe pedepse complementare , cu titlu de pedeapsă principală (...). "

[410] A se vedea art.131-10 Cod penal, completat prin- art.25 din Legea nr.2007-297 din 5 martie 2007.

[411] Yves Mauayd, op.cit.p.642

pentru adaptarea progresivă la realitatea socială a sistemului sancţionator. Este ca şi cum s-ar "urma într-adevăr idealul, dar luându-se în permanenţă în considerare realitatea."[412]

Este operațiunea adaptării legii penale, în mod echitabil, la situațiile și persoanele vizate. Primul scop al acestor sancțiuni alternative este să înlocuiască pedeapsa cu închisoarea ca o reacție imediată la necesitatea de a preveni alte infracţiuni, în special în cazul celor aflaţi la prima abatere, în același timp, se are în vedere evitarea ca delincvenţii să resimtă o justiție inoperantă. Există de asemenea posibilitatea de a înlocui pedeapsa cu amenda prevăzută de lege pentru un delict cu o pedeapsă privativă sau restrictivă de drepturi şi libertăţi sau o pedeapsă complementară.[413]În cazul contravenţiilor, în funcţie de gravitatea acestora,[414] pedepselor cu amenda li se pot substitui privarea, sau restrângerea de drepturi, sancţiuni proprii contravenţiilor de gradul 5. În ceea ce priveşte contravenţiile, prin faptul că nu sunt prevăzute de legea franceză în cazul lor pedepse cu închisoarea, se respectă gravitatea şi proporționalitatea.[415]Pedepsele complementare pot fi de asemenea pronunţate, fără a se face deosebirea categoriei de contravenţii cărora le-ar fi aplicabile, în locul amenzii prevăzute iniţial de lege.[416]

Această individualizare prin substituirea pedepselor este de asemenea aplicabilă şi în cazul persoanelor juridice. În cazul lor, pentru contravenţiile din gradul 5, amenda poate fi înlocuită cu una sau mai multe pedepse de privare sau de restricționare a drepturilor proprii acestei categorii[417]ca şi în situaţia în care pentru ansamblul contravenţiilor, pedepsele complementare pot fi aplicate de către judecător pentru a substitui pedepsele principale.[418]

---

[412] Expresie folosită de Jean Jaures în unul dintre celebrele sale discursuri politice.

[413] A se vedea art.131-6, 131-7, 131-11 Codul penal francez.

[414] Contravenţiile din dreptul francez sunt prevăzute în același Cod penal și se clasifică în cinci clase, în funcție de gradul lor de gravitate. Art. 131-13 din Codul penal francez prevede că aceste contravenţii sunt pedepsite cu amendă în funcţie de gravitatea lor.

[415] A se vedea art.313-14 din Codul penal francez care prevede contravenţiile cele mai grave. Art.131-15 interzice judecătorului să aplice amenda cumulativ cu o pedeapsă privativă sau restrictivă de drepturi în temeiul articolului 131-14 (fiind prea represive), dar, în același timp, acesta prevede că "pedepsele prevăzute, sau enumerate în cuprinsul prezentului articol pot fi aplicate în mod cumulativ."

[416] Art.131-18 Cod penal francez : "Atunci când o infracțiune este pedepsită cu una sau mai multe dintre sancțiunile complementare menționate la articolele 131-16 și 131-17 Cod penal, instanța nu poate pronunța decât pedeapsa complementară sau una, sau mai multe dintre pedepsele complementare."

[417] Art.131-42 prevede că : "Pentru toate infracțiunile de gradul 5, amenda poate fi înlocuită cu una sau mai multe pedepse privative, sau restrictive de drepturi :

Acestea sunt funcțiile de retribuţie și de prevenţie, care se regăsesc la baza justificării alegerii aplicării unui cumul de sancţiuni, care este de asemenea posibil conform legii penale franceze. Pentru judecătorul care individualizează pedeapsa, combinațiile posibile sunt multiple și a le cumula înseamnă implicit a direcționa sentința finală fie spre un obiectiv de expiaţiune, fie spre o preocupare de recuperare socială sau de reintegrare socială. Cu siguranță, această complementaritate justifică un cumul al pedepselor, dar ne întrebăm dacă nu cumva în acest caz se poate accentua gradul de subiectivism al judecătorului, pentru că, prin aceste prevederi legale, el are o oportunitate prin care "scopul ar putea scuza mijloacele pe care alege să le întrebuinţeze." Această ipoteză nu se încadrează în standardele echităţii.[419] În mod similar cu tehnica substituirii, judecătorul trebuie să respecte modul în care legea îi conferă posibilitățile concrete de individualizare. Cel mai adesea aceste cumulări se găsesc în materie contravenţională, unde pedepsele se vor anula prin natura lor. Regula este de a nu se cumula pedepsele care nu sunt într-o relație de substituție între ele, cu excepţia pedepselor complementare.

B.b).1.4. Câteva aspecte în ceea ce priveşte echitatea în practica individualizării judiciare a pedepselor din dreptul penal francez

Articolul 132-24 din Codul penal francez în alineatele 1 și 2 prezintă diferitele interese pe care trebuie să le concilieze judecătorul, pe parcursul misiunii sale de individualizare: "în limitele stabilite de lege, instanța de judecată pronunță pedepsele și stabilește regimul acestora lor, în funcție de circumstanțele infracțiunii și personalitatea autorului ei. (...) Natura, cuantumul și regimul pedepsei sunt stabilite astfel încât să concilieze protecția efectivă a societății, pedeapsa condamnatului şi interesele victimei, cu necesitatea de a favoriza

---

1 ° Interdicția, pentru o perioadă de un an sau mai mult să se emită cecuri, altele decât cele care permit retragerea fondurilor de către trăgător de la tras, sau acelea care sunt certificate, sau interdicţia utilizării de carduri de plată.

2° Confiscarea lucrului care a servit sau a fost destinat la comiterea infracţiunii, sau a lucrului care este produs în urma comiterii infracţiunii."

[418] A se vedea art.131-44 Cod penal francez.

[419] "Legislativul va avea suficientă înțelepciune și virtute pentru a nu transmite altui organ din stat autoritatea pe care o are: oamenii fiind prin natura lor înclinați mai mult spre rău decât spre bine, succesorul său ar putea astfel abuza de autoritate pe care, la rândul său legiuitorul ar fi folosit-o echitabil." Machiavelli spunea "scopul scuză mijloacele " ...să nu uităm totuși că judecătorul este și el un om. De fapt, Nicolo Machiavelli a afirmat că "este necesar a se ţine seama de rezultatul final." Din punctul nostru de vedere, dacă acestui sistem sancţionator bazat pe cumul de sancţiuni îi lipseşte un scop moral, sau el nu este absolut necesar, înseamnă că de fapt, el nu este echitabil.

integrarea sau reintegrarea condamnaților și pentru a preveni comiterea infracțiunilor ulterioare."

Conform acestui articol, judecătorul individualizează sancțiunea în funcție de personalitatea şi persoana infractorului și de circumstanțele infracțiunii. În ceea ce privește persoana infractorului, adaptarea pedepsei îi poate fi favorabilă sau defavorabilă. În favoarea sa, judecătorul va lua în considerare slăbiciunile sale psihologice și percepția pe care acesta a avut-o asupra faptelor la momentul comiterii infracțiunii.[420]

În mod similar, în cazul unei diminuări a lucidității autorului faptei la data comiterii acesteia, art. 122-1[122-1]alin. 2 impune judecătorului să adapteze pedeapsa. Judecătorul va trebui să ia în considerare angajamentele asumate de autorul faptei, voinţa sa de a se reabilita mai ales în cazul celui care recunoaşte fapta.[421] Însă, această adaptare a pedepsei poate în egală măsură să fie efectuată în detrimentul infractorului. De exemplu, judecătorul poate lua în considerare trecutul penal al autorului și inclusiv starea de recidivă, din care se poate deduce o probabilitate mai mare că acesta va comite din nou o infracțiune. Dar judecătorul trebuie, de asemenea, să ia în considerare infracțiunea comisă și gravitatea actului infracţional care va reflecta sancțiunea. Prin urmare, dacă judecătorul este obligat să respecte scara pedepselor din cadrul individualizării legale, el va putea ajusta pedeapsa între maximul prevăzut de legiuitor, și un minim eventual, în funcție de modul în care infracțiunea a fost consumată. Judecătorul va putea lua în considerare, de asemenea, motivele autorului de a comite fapta.[422]Judecătorul realizează de asemenea într-o anumită măsură şi o individualizare ce priveşte executarea pedepsei, în special prin faptul că acesta decide dacă să aplice o pedeapsă cu suspendare, sau nu dar, de asemenea, prin organizarea executării acestei pedepse (spre exemplu alegerea eliberării condiţionate, sau executarea sub supraveghere a pedepsei etc.). În ceea ce privește acest ultim aspect al individualizării judiciare, care "se extinde" în sfera individualizării postcondamnatorii pe perioada executării pedepsei, conform unui autor, individualizarea postcondamnatorie "se confundă astăzi cu ceea ce vizează executarea pedepselor, astfel încât, în conformitate cu dreptul constituțional actual, principiul

[420] Respectând această logică, tratamentul sancţionator penal al minorilor este văzut ca o cauză generală de atenuarea a regimului sancționator în favoarea minorului și inspiră judecătorul care este obligat să își adapteze decizia sa bazându-se pe personalitatea minorului.

[421] Cod penal francez art.132-78.

[422] E. Garcon, V. Peltier, *Droit de la peine*, Lexis Nexis, Paris, 2010, p.142-151

individualizării pedepselor confruntă în mod direct judecătorul cu pedeapsa pe care el o va pronunța și chiar, în dreptul penal,căreia îi va adapta pe parcurs regimul de executare."[423]

Conform logicii articolului 8 al Declarației din 1789, o pedeapsă privativă de drepturi nu poate fi aplicată decât în cazul în care judecătorul a pronunțat-o, în primul rând și în al doilea rând, ținându-se cont de circumstanțele fiecărui caz în parte.[424]

Pentru individualizarea judiciară din momentul judecății, elementul central este principiul de personalizare a sancțiunilor, principiul cu privire la care doctrina a afirmat că: "A sublinia faptul că acest control al judecătorului nu trebuie să îi permită numai să adapteze pedeapsa, dar, de asemenea, să aprecieze necesitatea ei în funcţie de circumstanțele din cauză, permite detaşarea principiului individualizării legale a pedepselor de un clasic drept al judecătorului, sau în forma sa convențională, de un drept la un proces echitabil."[425]

Principiul individualizării este afirmat cu atât mai mult în Franţa cu cât[426] Consiliul Constituţional francez statuează că acest principiu se aplică chiar şi atunci când legea nu prevede nimic, [427]aspect care nu a fost invocat de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului. În acest context se ridică următoare întrebare: ce se întâmplă cu pedepsele accesorii care se aplică automat, fără ca judecătorul să controleze necesitatea aplicării acestora? Aceste pedepse sau, mai exact, aplicarea lor automată nu este conformă cu art.8 al Declaraţiei franceze din 1789.

Un alt exemplu invocat de literatura de specialitate franceză este articolul 7 din Codul electoral francez, care prevede în mod direct şi necondiționat drept condiții de acces la anumite funcții publice reprezentative, lipsa oricărei condamnări cu antecedente penale, după cum este cazul pentru alegerile profesionale, pentru a evita neplacerile legate de

[423] Thierry S. Renoux, *L'individualisation de la sanction pénale, le point de vue du constitutionnaliste : deux questions clés*, Revue de *Droit constitutionnel et grands principes du droit pénal*, Ed. CUJAS, 2013, Collection Actes et Etudes, p.164

[424] Decizie nr.2011-211 QPC, M.Eric M. (Discipline des notaires) Cons.Const. fr. 27 ianuarie 2012, consid.7

[425] Thierry S. Renoux,op.cit.p 167

[426] A se vedea C.E.D.O., Segame S.A. c./France din 7 iunie 2012, disponibilă pe http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-111371, consultată la 10.10.2015

[427] Ajungem la concluzia logică că echitatea ar trebui să se aplice chiar şi în ipoteza tăcerii legii şi analiza situației existente trebuie întotdeauna efectuată luându-se în considerare factorii care pot menţine echilibrul.

ineligibilitatea atașată în mod automat și fără a fi examinată de către judecător, la o condamnare penală principală.[428]

De asemenea, atunci când se referă la consecințele principiului obligației pronunțării judecătorului, considerăm că pedepsele accesorii sunt afectate în primul rând pentru că ele provin dintr-o aplicare *ope legis*, automată, acestea sunt excluse din Codul penal francez, care nu le-a extins incidența în conformitate cu prevederile art 132-17 Cod penal. Cu toate acestea, multe dintre prevederile represive rămân în continuare aplicabile în funcție de natura și regimul sancțiunilor accesorii. Este vorba despre automatismul inerent pedepsei accesorii care a făcut-o să fie o instituție în afara standardelor echității, deoarece determinarea ei rămâne în afara controlului deplin al judecătorului care individualizează, în plus există proceduri foarte complicate prin care se evită aplicarea unei pedepse accesorii.[429]

Pentru a se conforma cerințelor constituționale, o sancțiune nu poate fi aplicată decât numai în cazul în care judecătorul a decis în mod expres, ținând cont de circumstanțele cazului, astfel încât orice pedeapsă accesorie ar trebui să fie considerată neconstituțională datorită aplicării sale automate și pentru că lipsește aprecierea judecătorului cu privire la necesitatea acesteia.

În consecință, pedepsele accesorii sunt considerate ca fiind contrare principiului individualizării pedepselor care decurge din articolul 8 din Declarația franceză și prin aceeași logică a gândirii, acestea ar trebui să fie distinse de pedepsele complementare obligatorii care sunt pronunțate în mod expres de către judecători. Consiliul Constituțional francez a evaluat

[428] Thierry S. Renoux, op.cit.p 168. În acest sens, în dreptul penal roman, recent, mai exact în data de 6 iulie 2016, Curtea Constituțională română s-a pronunțat cu privire la faptul că Legea nr. 393/2004, publicată în Monitorul Oficial din 6 decembrie 2004 ce privește statutul unor anumiți funcționari publici care au funcții publice reprezentative, nu este în acord cu articolul 16 din Constituția română, articol care prevede egalitatea în drepturi. Pe scurt, aleșii locali condamnați deja la o pedeapsă cu suspendare condiționată, sau suspendare sub supraveghere trebuie să își înceteze mandatele. Faptul de a rămâne în funcțiile pe care ei le dețin poate genera o lipsă de echitate deoarece și suspendarea este de fapt o formă de executare a unei pedepse penale.

[429] A obține înlăturarea totală, sau parțială prin hotărârea de condamnare, sau prin hotărâre ulterioară art.132-21 Cod penal, art.702-1 Cod procedură penală, art. 703; a solicita excluderea menționării condamnării din cazierul judiciar Partea a 2-a care poartă asupra înlăturării tuturor interdicțiilor, decăderilor sau incapacităților de orice natură care ar rezulta din această condamnare –Cod procedură penală art.775-1, încercarea obținerii unei adaptări favorabile a pedepsei pentru a solicita instanțelor care au în competență aplicarea anumitor măsuri (Cod procedură penală art 712-22, 1436 numărul 2009 din 24 noiembrie 2009, speculând o reabilitare, etc.)

unele pedepse complementare ca fiind conforme cu cerințele principiului individualizării sancțiunilor.[430]

În ceea ce privește aceste pedepse complementare, jurisprudența Consiliului Constituțional francez se bazează pe indicii pentru a evalua dacă restricția ce vizează competența judecătorului de a ajusta sancțiunile, în funcție de circumstanțele concrete, ține cont, sau nu, de exigenţele de individualizare. În acest context se face referire la amploarea pedepsei, existența relației dintre natura faptelor reprimate și natura sancțiunii și în cele din urmă interesul măsurii în ceea ce priveşte obiectivul unei bune administrări a justiției echitabile. Este esenţial exemplul de neconstituționalitate, din dreptul penal francez, a limitării excesive a puterii de apreciere a judecătorului.[431] Toate pedepsele complementare din Codului penal francez sunt facultative, dar problematica rezidă în afara Codului penal, unde există pedepse complementare obligatorii și existența lor a ridicat o problemă de legitimitate identică cu cea a pedepselor accesorii.

Consiliul Constituțional francez și Curtea de Casaţie franceză au o iniţiativă jurisprudenţială rezervată din care rezultă că o pedeapsă complementară obligatorie nu este neîntemeiată în principiu, dar poate deveni nefondată în cazul în care judecătorul are prerogative de individualizare insuficiente. În acest context, Consiliul Constituțional acceptă că necesitatea pedepsei se prezumă absolut de legiuitor, din moment ce proporționalitatea ei poate fi apreciată de către judecător.[432]

Conform opiniei unui autor[433] "domeniul de aplicare al acestei soluții nu este pe deplin clar, astfel că ridică întrebarea dacă este sau nu constituțională. În primul rând, Consiliul Constituţional recunoaşte, de asemenea, posibilităţii renunţării la aplicarea acesteia un efect

[430] *Ibidem*

[431] *Ibidem*, S-a declarat ca fiind contrară principiului individualizării, o pedeapsă complementară obligatorie precum ar fi publicarea hotărârii de condamnare a infracţiunii de evaziunea fiscală; judecătorul care trebuia să o pronunțe a avut o prerogativă de individualizare foarte redusă, pentru că el nu a putut să varieze, nici modalităţiile, nici durata publicării hotărârii respective- Consiliul Constituțional- QPC - Chestiune prioritară de constituționalitate nr.2010-72/75/82 din 10 decembrie 2010.

[432] A fost statuat de Consiliul Constituţional francez în Decizia - QPC -Chestiune prioritară de constituţionalitate nr.2010-41 din 29 septembrie 2010, cu privire la o pedeapsă ce viza publicarea unei hotărâri de condamnare pentru publicitate mincinoasă - (Code de Consomation art.L.121-4), deoarece remedierea imediată nu este aplicabilă pentru pedepsele ce vizează publicarea hotărârilor de condamnare.

[433] Stéphane Detraz, *L'individualisation de la sanction pénale, le point de vue du pénaliste*, în Droit constitutionnel et grands principes du droit pénal, Edition CUJAS, 2013, p.180

deplin, deşi există o pedeapsă complementară obligatorie, căreia nu i se aplică dispensa de pedeapsă și care nu este adaptabilă, este vorba despre confiscarea obiectelor periculoase sau dăunătoare (Cod Penal francez art.131-21, alin,7). În al doilea rând, se observă că pedeapsa publicării condamnării poate varia în durata ei în funcție de decizia judecătorului, dar nu sunt prevăzute criterii de identificare a unei posibilităţi de individualizare judiciară suficiente şi adecvate. Nu se specifică nici dacă o modulare a pedepsei care ar rezulta în mod automat dintr-un procentaj legal ar fi admisibilă. "

Lipsa motivării în alegerea judecătorului este un alt aspect care poate ridica probleme de echitate. Se pare că pronunțarea pedepsei nu este dublată, ca regulă generală, de cerința ca judecătorul să motiveze alegerea pe care o face. Nu există niciun text de lege care să impună judecătorului să justifice motivele care l-au determinat să aleagă pedeapsa pe care o aplică. Aceasta nu trebuie să argumenteze decizia luată, este vorba despre o libertatea totală, o extensie a funcției pe care acesta o exercită în numele unei justiții deschise flexibilității.[434] Este o responsabilitate morală, iar nu legală, de a reține o pedeapsă în detrimentul alteia, de a aplica o pedeapsă alternativă sau de a o respinge, de a însoți pedeapsa principală cu cea complementară, sau de a opta pentru un cuantum mai ridicat sau mai redus. În cadrul acestei etape, judecătorul francez are prerogative prea vaste, legitimate de corolarul unei justiţii flexibile. Cu alte cuvinte, pedeapsa nu poate exista fără o pronunțare detaliată a elementelor infracțiunii, dar poate exista fără motivarea alegerii şi aplicării ei. Există şi excepții, ca spre exemplu, în cadrul procedurii de recunoaştere a vinovăției, sau unele excepții din dreptul penal pentru minori, context în care tribunalul pentru minori nu emite decât decizii motivate cu privire la măsurile, sau sancțiunile aplicabile, de asemenea acesta nu poate pronunța o pedeapsă privativă de libertate, cu sau fără posibilitatea eliberării condiționate, decât după ce motivează alegerea acestei pedepse.[435]

Chiar și dreptul penal comun, al majorilor, de asemenea, supune aplicarea anumitor pedepse unei motivări exprese, ca spre exemplu în cazul aplicării pedepsei cu închisoarea cu executare, aleasă ca ultimă variantă.[436] Urmând logica, atunci când instanța penală corecțională pronunță pedeapsa cu închisoarea fără posibilitatea eliberării condiționate, sau

[434] Y. Mayaud, op. cit., p.617

[435] Ordonanţa din 2 februarie 1945 art. 2, alin.3, disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr, consultată la 28.11.2015

[436] Art.132-19 al.2 red. Lege nr. 2014-896 din 15 august 2014.

care nu face obiectul unei măsuri de atenuare, judecătorul trebuie să motiveze expres decizia sa cu privire la faptele comise şi personalitatea autorului precum și situația materială, familială și socială a acestuia. Chiar și în acest din urmă caz, legea Taubira a abolit excepția care viza persoanele în stare de recidivă legală şi care, începând cu Legea nr 2005-1549 din 12 septembrie 2005 privind tratamentul recidivei a ieşit din sfera obligativităţii motivării speciale.[437] Prin urmare, imperativul motivării se va aplica indiferent de circumstanțele în care se află condamnatul, chiar dacă acesta este în stare de recidivă legală. Vedem această inițiativă legislativă ca fiind un gest de menţinere a echităţii ca egalitate în faţa legii a tuturor indivizilor care comit infracţiuni, indiferent dacă aceştia sunt recidiviști, sau se află la prima abatere.

Monitorizarea judiciară socială este, de asemenea vizată de această regulă, în situaţia în care durata poate fi prelungită de la 10 ani la 20 de ani, prin decizie special motivată a instanței de judecată.[438]

Mai mult, printr-o decizie special motivată, în materie corecțională nu se poate aplica chiar atenuarea pedeapsei specifică discernământului diminuat la momentul comiterii faptelor,[439] aceasta este o dreptate împărţită de judecători care trebuie să fie justificată în situații speciale, iar legea încearcă să echilibreze puterile acestora.

Concluzia doctrinei franceze este că există o confuziune între individualizare judiciară din momentul pronunțării pedepsei și cea administrativă, sau postcondamnatorie, din momentul executării pedepsei. Cert este că putem observa cu uşurinţă continuarea primei de către cea de-a doua. Este vorba despre argumentele în favoarea ideii că abilitățile reale ale judecătorului de personalizare a pedepsei, sunt într-adevăr atât de largi încât conțin ambele etape într-o singură etapă, cea a pronunţării condamnării. Judecătorii constituționali nu numai reamintesc faptul că judecătorul trebuie să aplice sancțiunile și să le stabilească regimul de executare în funcţie de circumstanțele infracțiunii și personalitatea infractorului, dar, de asemenea, se referă la garanțiile excepționale de integrare sau reintegrarea a celor în cauză.

[437] Cod Penal francez 132-19 vechiul alin. 2.

[438] Cod Penal francez art.131-36-1, al.2.

[439] Cod penal francez 122-1 alin. 2 modif.prin Legea 2014-896 din 15 august 2014.

Cu atât mai mult, începând cu *Decizia ce vizează legea penitenciarelor*, Consiliul francez afirmă, ca principiu, că: "executarea pedepselor privative de libertate în materie corecțională şi penală a fost concepută nu numai pentru a se proteja societatea ci și pentru a se asigura pedepsirea celor condamnați, dar, de asemenea şi pentru favorizarea atenuării executării pe parcurs și pentru a pregăti eventuala reintegrare a acestora."[440]Potrivit doctrinei, contopirea regulilor aplicabile atât în cadrul pronunţării şi aplicării pedeapsei cât şi a celor ce vizează executarea ei este în curs de desfășurare, aceasta fiind de fapt imaginea tendinţei unei uniformizări care va avea loc în viitorul apropiat.[441]

În cuprinsul capitolului nostru preliminar, când am analizat teoria democrației a politologul italian Sartori, am putut constata că principiile fundamentale, cum ar fi egalitatea, legile egale, egalitatea în fața legii, nu își au originea în premisa potrivit căreia indivizii sunt identici. Am opinat în sensul existenţei unei diversităţi în egalitate, care plasează fiecare individ în locul său meritat, raționament utilizat în zilele noastre pentru a se obţine o individualizare echitabilă. Continuând logica pe care am invocat-o, observăm că şi doctrina franceză caută fundamentul individualizării: răspunsul fiind în sensul că "a individualiza înseamnă mai degrabă a lua în considerare specificul cauzei în stabilirea pedepsei, decât pronunţarea unei pedepse care este aceeași pentru toți cei vinovați de aceeași infracțiune." [442]

De asemenea, Consiliul Constituțional a considerat că judecătorul trebuie să se pronunţe ținând cont de circumstanțele fiecărui caz în parte. În acest sens, ne întrebăm: ce înseamnă "circumstanțele fiecărei cauze în parte"? Cu alte cuvinte, legea trebuie să-l lase pe deplin liber pe judecător în a lua în considerare tot ceea ce acesta consideră, din punct de vedere subiectiv, relevant, sau acesta trebuie să ţină cont de anumite circumstanţe prestabilite de lege? Elementele de referinţă variază şi ele în funcție de natura pedepsei, spre exemplu dacă pedeapsa este, sau nu privativă de libertate, privativă de drepturi, sau de sorginte pecuniară?[443]

---

[440] Cons.const. Decizie nr.2009-593 DC din 19 noiembrie 2009, consid.3, disponibilă pe http://www.conseil-constitutionnel.fr/# consultată la 01.12.2015

[441] Thierry S. Renoux, op.cit.p 171

[442] S.Detraz, op.cit. pp.181 și 182

[443] *Ibidem*

În 1981, Consiliul Constituțional a statuat *ab initio* că principiul necesităţii pedepselor "nu implică faptul că pedeapsa trebuie să fie apreciată exclusiv din punct de vedere al personalității condamnatului,"[444]mai târziu, în anul 2007, soluția a fost reafirmată în ceea ce privește principiul individualizării pedepselor și de data aceasta, de asemenea, potrivit Consiliului, "acest principiu nu presupune în continuare că pedeapsa este determinată exclusiv în funcţie de personalitatea autorului infracțiunii."[445]

Dacă analizăm mai complex chestiunea, putem vedea că legea poate lua în considerare, în plus față de personalitatea delincventului, elemente cum ar fi gravitatea intrinsecă a infracțiunii, de asemenea, ea ar putea să restrângă trăsăturile esenţiale de personalitate a celui în cauză numai la anumite aspecte, cum ar fi faptul că acesta prezintă garanţii excepţionale de reintegrare, precum se întâmpla conform vechilor reglementări, înainte de Legea Taubira, reglementări care vizau evitarea pedepselor fixe în caz de recidivă în temeiul articolului 132-18-1, şi 132-19-1 din Codul penal francez, abrogate în prezent prin Legea Taubira.[446]

În unele cazuri, Consiliul a constatat, de asemenea că individualizare poate face abstracție de toate trăsăturile ce vizează personalitatea autorului, judecătorul să nu fie sensibil decât la infracțiunea în sine, astfel Consiliul a considerat că pentru punerea în aplicare a unei pedepse fiscal-administrativă, legea poate asigura în mod direct modularea pedepselor, "în funcție de gravitatea comportamentelor infracţionale reprimate."[447]Consiliul a declarat valabilă modularea legală a pedepsei numai în funcţie de evaluarea " importanţei sumelor mari nedeclarate,"[448] iar în acest caz, gravitatea infracțiunii nu relevă nimic din personalitatea agentului, ea este evaluată numai în funcţie de amploarea prejudiciului.[449] Multe aspecte s-au schimbat cu privire la individualizare prin legea Taubira, principiul de personalizare a pedepsei în faza de individualizare judiciară din cadrul judecăţii a devenit regula.

---

[444] Cons.const.Decizie nr.80-127 DC. din 20 ianuarie 1981, disponibilă pe http://www.conseil-constitutionnel.fr/# consultată la 01.12.2015

[445] Cons.const, Decizie nr. 2007-554 DC din 9 august 2007 disponibilă pe http://www.conseil-constitutionnel.fr/# consultată la 01.12.2015

[446] Abrogate începând cu 1 octombrie 2014.

[447] Cons.const.17 mars 2011, no.2010-103 QPC-Cons.const.17 mars 2011 no 2010-105-106 QPC, Cons.const.10 fevr.2012, no 2011-220 QPC – Cons.const. 20 juill.2012, no.2012-267 QPC

[448] Cons.const. 20 juill.2012, no.2012-267 QPC

[449] Rapp.Cass.crim.1er dec.2010, no 10-84,141 QPC, în ceea ce privește amenzile vamale.

Ceea ce este important pentru sistemul de justiție penală este că trebuie să se mențină echilibrul specific echităţii şi să se ţină cont de toate componentele specifice individualizării, deoarece bazându-se prea mult pe analiza personalităţii celui în cauză, judecătorul poate raţiona subiectiv şi câteodată, arbitrar. Astfel, este necesar să se ia în considerare întotdeauna existenţa unei marje de eroare în actul de individualizare judiciară.

B.b).2. Individualizarea judiciară postcondamnatorie în dreptul penal francez

Individualizarea executării pedepselor a fost obiectul mai multor proiecte oficiale de reformă, de-a lungul anilor, în Franţa. Proiectul primului Cod penal francez din 1791 nu cuprinde nici pedeapsa cu moartea, nici detenţiunea pe viaţă, executarea pedepsei privative de libertate cu închisoarea este reglementată ca fiind o "corecţie morală" a condamnatului şi ea trebuie să atingă un obiectiv complex de: "a pedepsi vinovatul, în acelaşi timp de a-l transforma pe acesta într-un om mai bun."[450]

În mod tradițional, individualizarea postcondamnatorie, în forma sa elementară, ţine de aptitudinile personalului penitenciarului de organizare, ca spre exemplu: alegerea celulei, permisul de vizită, locul de muncă, a activităţilor sportive, sau culturale. Pentru o lungă perioadă de timp prerogativele personalului din penitenciare din Franţa au fost exercitate în mod arbitrar, fără nicio obligație de motivare a măsurilor dispuse și fără a se conferi condamnaţilor mijloace de contestare a actelor dispuse de acest personal. [451]

Dezvoltarea individualizării postcondamnatorii a pedepselor penale în etapa de executare a acestora este legată, în mod istoric, în Franța, de procesul de introducere a autorităţilor judiciare în mediul penitenciar. A fost o introducere a acestor autorităţi treptată, deoarece, până la un moment dat, nu erau competente să intervină decât până la nivelul Administraţiei centrale. Prin Codul de procedură penală din 1958, instituţia judecătorului executării pedepselor a fost creată în Franța, promulgarea Codului a avut ca rezultat generalizarea implicării judecătorului în executarea pedepselor și diminuarea considerabilă a diferențelor care existau cu privire la tratamentul deţinuţilor din penitenciarele destinate

[450] P.Lascoumes, P.Poncela, P.Lenoel, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du Code pénal,* Hachette, Paris, 1989, pp.102-110

[451] Pierrette Poncela, *Les droits de la défense durant l'exécution des peines privatives de liberté* dans *L'individualisation de la peine de Saleilles a aujourd'hui,* réédition de la troisième édition de l'ouvrage de Raymond Saleilles, sous la direction de Reynald Ottenhof, Collection *Criminologie et sciences de l'homme*, Ed.Eres, 2001, p.267

executării pedepselor privative de libertate de lungă durată și alte instituții.[452]Începând cu anul 1970, a fost introdusă în Franța, permisiunea de a părăsi penitenciarul, reduceri ale pedepselor, Comisia de punere în aplicare a sancțiunilor, măsuri corective, domeniu care a fost extins în 1986 în favoarea Ministerului Public, şi judecătorului delegat cu supravegherea executării pedepselor. Instanțele administrative și judiciare dezvoltă treptat o jurisprudență de aplicare a legii executării pedepselor. Prin urmare, etapa executării pedepselor este împărţită, în ceea ce priveşte punerea sa în aplicare, între trei autorități: administrativă, judiciară și ministerială.[453]

Pedeapsa executată are şi o funcţie de neutralizare, alături de funcţia de resocializare. Administrația penitenciarului putea să decidă dacă pedeapsa şi-a îndeplinit rolul, astfel ea putea fi adaptată în funcţie de evoluţia condamnaților. Funcțiile pedepsei, nefiind identice în diferitele etape în care se efectuează individualizare, este logic ca această individualizare să fie făcută în mod diferit și în mod specific. În următoarele rânduri, vom analiza care sunt actorii acestui tip de individualizare în Franța, vom vedea **B.b) 2.1**. căror instituţii le revine sarcina individualizării executării pedepselor şi de asemenea, a orientării progresive a aceastei executări. De asemenea, **B.b) 2.2** vom analiza regimurile specifice individualizării judiciare de la momentul executării, **B.b) 2.3** măsurile privind pedepsele privative de libertate și pedepsele restrictive de libertăți și în cele din urmă, vom trata **B.b)2.4** unele aspecte ce vizează respectarea dreptului la apărare în timpul executării pedepselor în dreptul penal francez, unde regăsim şi elementele de echitate.

B.b).2.1. Organele competente în privinţa individualizării postcondamnatorii a pedepselor în Franţa

În primul rând, această competenţă aparţine administraţiei penitenciarelor care realizează individualizarea executării pedepselor în manieră subiectivă. Deoarece această instituţie este cea mai potrivită, având acces direct la personalitatea condamnaţilor, ea poate adapta concret pedeapsa în funcţie de progresul pe care îl constată şi, în consecinţă, tot aceasta poate aprecia când "redresarea condamnatului a avut loc şi deci, când are loc

[452] Georges Levasseur, op.cit. pp. 233-234

[453] Pierrette Poncela, *Les droits de la défense durant l'exécution des peines privatives de liberté,* op.cit.p.268

reabilitarea individuală definitivă." [454]Prerogativa individualizării postcondamnatorii este exercitată, la fel ca individualizarea judiciară, în limitele stabilite de lege. În timpul executării pedepsei, judecătorul delegat cu executarea pedepselor va fi în măsură să acorde deduceri din pedeapsa efectivă, eliberare condiţionată, sau chiar plasamentul în exterior.[455]

Potrivit lui Yves Mayaud, "punerea în aplicare a sentinţelor este astăzi mai puţin un caz administrativ, ci mai degrabă este vorba despre o continuare a competenţei instanţei care a aplicat pedeapsa, în etapa judecăţii". Prin mai multe reforme, în Franța, s-a creat noul rol derivat al magistraţilor, care rămân responsabili cu monitorizarea continuă a condamnaților pentru a nu pierde nimic din dimensiunea individuală a pedepsei și pentru a se asigura respectarea efectivă a idealului de personalizare. Legiuitorul francez rămâne fidel politicii umaniste, și încearcă să îmbunătățească normele cu privire la această etapă esențială.[456]

Legea nr.2004-204 Perben II din 9 martie 2004, cu completările ulterioare, prin decretul de aplicare a acesteia din 2004, referitoare la aplicarea monitorizării electronice şi la executarea pedepselor, mai apoi, Legea penitenciarelor nr. 2009-1436 din 24 noiembrie 2009 şi în cele din urmă Legea *Taubira* nr 2014-896 din 15 august 2014 sunt principalele dispoziții referitoare la executarea pedepselor în dreptul penal francez.

În cuprinsul articolului 707 din Codul de procedură penală francez se regăsesc detaliile operaționale ale acestui tip de individualizare Acesta prevede principiul efectivităţii, care este fundamentul executării pedepselor şi care a ieșit din competența autorității judiciare care a decis ce măsuri se aplică, sau controlează respectarea măsurilor.[457] Regimul de executare a pedepselor privative şi restrictive de libertate are ca scop pregătirea integrării, sau reintegrării persoanei condamnate, pentru a-i permite acesteia să acționeze într-un mod responsabil, care să respecte normele și interesele societății și pentru a evita comiterea de noi infracțiuni.

Atât privarea, cât şi restrângerea libertăţii se confruntă cu un regim de aplicare orientat spre reabilitarea socială a condamnaților, ceea ce face din regimul adaptării progresive a

[454] R. Saleilles, *L'individualisation de la peine*, op. cit., p.27

[455] J.-C. SOYER, *Une certaine idée du droit...de la sanction pénale*, în *Une certaine idée du droit, Mélanges offerts à André Decocq*, Ed.Litec, 2004, p.563

[456] Yves Mayaud, op.cit. p.647

[457] Yves Mayaud, op.cit. p.669

pedepselor un instrument de progres pentru condamnaţi, iar nu de stagnare, sau de regres: "Nu se pune problema de a reprima pentru a diminua capacităţile de redresare, ci de a responsabiliza condamnatul pentru a-i conferi posibilitatea de a progresa."[458]"Acest plan este adaptat progresiv, pe parcursul executării pedepsei, în funcție de evoluția personalității, a situaţiei materiale a condamnatului, a situaţiei sociale și familiale ale acestuia, care fac obiectul unor evaluări periodice.Este vorba despre o flexibilitatea deschisă spre adaptare care necesită facilitarea executării pedepselor pentru a satisface nevoile particulare de redresare ale celui condamnat. Orice persoană condamnată la închisoare în executarea unei astfel de pedepse trebuie, ori de câte ori este posibil, să beneficieze de facilitarea unei reveniri treptate, ţinându-se cont de condițiile materiale de detenție și gradul de ocupare a închisorii ca parte a unei măsuri de libertate supravegheată,[459]de plasament în afara penitenciarelor, monitorizarea electronică, eliberarea condiționată sau eliberarea sub supraveghere, pentru a se evita punerea în libertate, fără nicio formă de monitorizare judiciară ulterioară. Libertatea este un drept pe care condamnaţii îl au, cu condiția ca ei să progreseze, într-un mediu privativ de libertate, adecvat *ab initio* și destinat evitării ieșirilor fără scop de redresare socială posibili factori de determinare a recidivei, deoarece acestea sunt mai mult destabilizatoare decât constructive." [460]Sistemul judiciar este obligat să garanteze toate aceste drepturi, pe parcursul executării pedepsei, indiferent de modalităţile în care acest lucru se realizează.

În ceea ce privește dezideratul echității, concluzionăm că modelul francez de aplicare a individualizării este un model ideal, care vizează scopul reintegrării sociale treptate a persoanelor condamnate, păstrând, în acelaşi timp, un control asupra personalității acestora și asupra evoluției lor de-a lungul etapelor și a măsurilor întreprinse. În egală măsură, constatăm că victimele nu mai sunt excluse din faza de executare a pedepselor, drepturile lor sunt protejate pe cale judiciară, dar rămâne să vedem dacă cel condamnat beneficiază de garanții suficiente pentru valorificarea dreptului său la apărare şi în etapa ce îi urmează condamnării.[461]

---

[458] *Ibidem*

[459] Termenul original este acela de *semi-liberté*, noi l-am tradus ca *libertate supravegheată*, diferit de *eliberarea condiţionată*, pentru că şi în legea franceză ,acestea sunt distincte, noi le-am tratat ca atare.

[460] Y. Mayaud, op.cit.p.669

[461] Vom trata acest aspect în conținutul punctului 4 care analizează unele aspecte privind respectarea drepturilor la apărare.

Condamnarea marchează extinderea competenței autorităților judiciare care au pronunţat-o în sfera punerii în executare a acesteia, sau în cea de monitorizare a evoluţiei acesteia.

Judecătorii care au aplicat pedepsele emit ordonanţe motivate, fără dezbateri prealabile contradictorii, însă aceste ordonanţe necesită avizul Comisiei pentru aplicarea pedepselor.[462] "Cu excepția situațiilor de urgență, ordonanţele care prevăd reducerea pedepselor, permisele de ieșiri sub escortă și absențele temporare din penitenciare sunt dispuse după avizul Comisiei de aplicare a pedepselor.[463]În ceea ce privește lipsa dezbaterii contradictorii a acestor ordonanţe, contradictorialitate pe care noi o considerăm ca fiind un element esențial al echității în dreptul penal, pentru protecția drepturilor la apărare, Codul de procedură penală francez statuează în sensul că dezbaterea contradictorie va avea loc în camera de consiliu.

Judecătorul care a aplicat pedepsele audiază susținerile Ministerului Public, condamnatului și cele ale avocatului acestuia din urmă, dar, cu toate acestea, judecătorul poate, cu acordul procurorului și al celui condamnaţ, sau al avocatului acestuia, să nu procedeze în sensul unei dezbateri contradictorii. Pentru a nu sacrifica justul din actele de procedură în favoarea celerităţii procedurilor, noi credem că dezbaterea contradictorie trebuie să fie prevăzută de lege ca fiind obligatorie, chiar dacă textul articolului 712-6 din Codul de procedură penală francez prevede cumulativ "necesitatea acordului, în acest sens, sau acordul procurorului și al condamnatului" sau al avocatului condamnatului. Dintr- o perspectivă mai adecvată şi mai echitabilă, chiar dacă victima are drepturi efective pe parcursul acestei faze și este informată cu privire la toate actele procedurale desfăşurate, considerăm că este mai oportun să se prevadă dreptul acesteia de a fi convocată şi deci obligativitatea organelor competente de a o convoca, pentru a fi prezentă la aceste dezbateri, chiar dacă aceasta va

[462] Art.712-5 CPP francez.

[463] Comisia se consideră că a emis un aviz pozitiv în cazul în care aceasta nu a intervenit în perioada de o lună de la data sesizării. Dar acest lucru nu presupune şi convocarea victimei, ci doar propria ei inițiativă de a interveni, lucruri diferite. Comisia pentru aplicarea pedepselor este condusă de către judecătorul delegat cu executarea pedepselor; procurorul și directorul penitenciarului fiind membri de drept. Serviciul penitenciar de inserţie și biroul de probaţiune sunt reprezentaţi în această comisie. "De asemenea, aceştia emit hotărâri motivate după audierea reprezentantului administrației penitenciarului, de data aceasta, în urma unei dezbateri contradictorii în ceea ce privește plasamentul în exterior, libertatea sub supraveghere, fracționarea pedepsei și plasarea sub monitorizarea electronică și a eliberării condiționate. De asemenea, procedura este valabilă și în cazul deciziilor privind sancțiunile de monitorizare socio- judiciară, interdicția de sejur, muncă în folosul comunității, a pedepselor cu suspendare condiționată, suspendare sub supraveghere, sau măsuri care să amâne pronunţarea condamnării la executarea pedepsei sub supraveghere- art.712-6 Cod de Procedură penală alin. 1 și alin.4,- Yves Mayaud op.cit.p.673 nota 2

decide în final, să nu dea curs convocării. Este vorba despre o efectivitate a drepturilor victimei, care necesită să fie asigurată şi enunţată în textul de lege în acest sens.

Tribunalul delegat cu executarea pedepselor este competent să decidă ridicarea interdicţiei specifice perioadei de siguranță, eliberarea condiționată, sau condamnare cu suspendare, care nu intră în competența judecătorului care aplică pedepsele.[464]

Pentru cazurile complexe, pentru a se evita obstacolele în calea acordării unei măsuri de adaptare favorabilă a pedepsei, judecătorul care a aplicat pedepsele poate oricând considera că este necesar, în mod automat, sau la cererea condamnatului, sau a Ministerului Public să solicite rejudecarea cauzei în fața instanței care a aplicat pedeapsa. Această măsură nu este susceptibilă de recurs, deoarece legea prevede că aceasta "este o măsură de administrare judiciară."[465]

Executarea propriu-zisă a pedepsei este marcată printr-o evoluţie a personalităţii condamnatului și este încadrată de condiţiile pe care instanța care a pronunțat pedeapsa le-a stabilit și, de asemenea, de variabile care sunt rezultatul modificărilor efectuate de organele judiciare delegate cu supravegherea executării pedepselor. Aşadar, începând cu pronunțarea pedepselor, instanța de judecată intervine , de asemenea, în aplicarea sancțiunilor competența sa nefiind limitată la pragul pronunţării sancțiunii, această instanţă poate stabili reguli de executare, fie prin dispunerea suspendării condiţionate, fie prin stabilirea regimului de executare.[466]

Echitatea este prezentă în acest context prin obiectivul principal, care rămâne reintegrarea sau inserția socială a condamnatului, evoluția personalității sale, a situației sale materiale, familiale și sociale determină măsurile care vor fi luate în cazul său de către organele competente. Prin urmare, sancțiunile nu sunt fixe şi rigide, ele sunt flexibile, putând

[464] Cod procedură penală art.712-7-"Hotărârile Tribunalului delegat cu executarea sancțiunilor se emit după consultarea cu reprezentantul administrației penitenciarului, ca urmare a unei dezbateri în contradictoriu, în camera de consiliu, în care Tribunalul ascultă cererile Ministerului Public și comentariile infractorului și după caz, pe cele ale avocatului său. Dacă infractorul este deţinut, această dezbatere contradictorie se poate desfăşura în penitenciar."

[465] Cod procedură penală art.712-6 al.3, red.L.24 nov.2009: judecătorul care a pronunțat pedeapsa fiind membru al Tribunalului sesizat.

[466] Yves Mayaud, op.cit.p.648-649

fi adaptate pe parcursul executării lor efective. Pedeapsa pronunţată iniţial rămâne însă un punct de referinţă pentru modificările sale viitoare.[467]

B.b) 2.2. Regimurile specifice executării pedepselor din etapa individualizării judiciare postcondamnatorii în dreptul penal francez

Legea dă instanței de judecată mai multe alternative de regimuri în temeiul cărora sancțiunea ce se aplică poate fi executată și toate aceste regimuri sunt inspirate direct din obiectivul adaptării continue, progresive, la situaţia concretă, a celui condamnat. În primul rând, aceste regimuri sunt orientate în conformitate cu pedeapsa principală și cu executarea acesteia, care se poate desfăşura fie în libertate, fie prin privare de libertate. Fixitatea și flexibilitatea sunt cele două limite care încadrează executarea pedepsei privative de libertate. Acestea sunt analizate în mod complex de către doctrina franceză.[468]

În ceea ce priveşte executarea pedepselor privative de libertate, noțiunea de fixitate, sau perioada de siguranță se aplică unor infracțiuni grave precum crimele, sau delictele pentru care sentința efectivă vizează o perioadă de cel puțin cinci ani de închisoare cu executare fără posibilitate de suspendare. Aceasta este situația, în cazul infracțiunilor grave care determină necesitatea de a se proteja societatea de autorul lor. Această măsură este prevăzută la articolul 132-23 din Codul penal francez.[469] Această perioadă de siguranţă nu poate fi redusă pentru a se evita astfel eliberarea prematură din închisoare și pentru a se preveni recidiva.

---

[467] *Idem*, p.675-676

[468] *Idem*, p.660 și urm.

[469] Care prevede că "la condamnarea cu o pedeapsă cu închisoarea, care nu beneficiază de o posibilitate de suspendare a executării, a cărei durată este egală sau mai mare de zece ani, pronunţată pentru infracţiunile prevăzute în mod expres de lege, persoana condamnată nu poate beneficia, pentru o perioadă de siguranţă, de dispoziţiile privind suspendarea sau fracţionarea pedepsei, plasamentul în libertate, permisiuni de ieşire temporare din penitenciare, libertatea supravegheată și eliberarea condiţionată. Durata acestei perioade de siguranţă, este de jumătate din durata pedepsei, sau, în cazul în care aceasta este o pedeapsă cu detenţiunea pe viaţă, durata va fi de optsprezece ani. Curtea de Jurii sau tribunalul poate, printr-o decizie specială, fie să sporească aceste durate până la două treimi din pedeapsă, sau în cazul în care este vorba despre o condamnare la detenţiune pe viaţă, până la douăzeci şi doi de ani, fie să reducă aceste perioade. În alte cazuri, atunci când impune o pedeapsă privativă de libertate de o durată superioară a cinci ani, fără posibilitate de suspendare a executării, instanța poate stabili o perioadă de siguranță pe parcursul căreia persoana condamnată nu poate beneficia de oricare dintre modalităţile de executarea menţionate în primul alineat. Durata acestei perioade de siguranţă nu poate depăşi două treimi din pedeapsa pronunţată, sau douăzeci şi doi de ani în caz de condamnare la pedeapsa detenţiunii pe viaţă."Există de asemenea, o astfel de perioadă de siguranţă şi în dreptul penal românesc în etapa individualizării *post iudicium* a pedepsei în funcție de criterii cum ar fi maximul pedepsei impuse, sau vârsta celor condamnați. - exemplu - în cazul eliberării condiţionate, fracţiile ce trebuie executate din pedeapsa închisorii, sau detenţiunii pe viaţă. Este vorba despre dreptul condamnatului de a nu rămâne în

Aceasta este funcția educativă a pedepsei și în egală măsură, funcţia este şi exemplară, şi ar trebui să fie asigurată pe parcursul perioadei de siguranță. Perioada de siguranță rămâne fixă, ea nu este afectată de posibile reduceri ale pedepsei principale așa cum se poate deduce din ultimul alineat al articolului 132-23 din Codul penal francez.[470]

Decizia luată de o instanță penală care în temeiul articolului 132-23 din Codul penal, fixează perioada de siguranţă, care însoţeşte în aplicare o pedeapsă privativă de libertate, nu trebuie să fie motivată, [471] Curtea de Jurii, sau instanța de judecată poate, printr-o decizie specială, fie să sporească aceste durate de până la două treimi din pedeapsă sau în cazul în care este vorba despre condamnare la detenţiune pe viață, până la douăzeci şi doi ani, fie să să reducă aceste perioade.[472] A fost recunoscut faptul că în cazul în care admiterea unor circumstanțe atenuante interzice judecătorilor să pronunțe pedeapsa maximă, aceasta nu are nici un impact asupra determinării duratei perioadei de siguranță.[473]

Nicio prevedere legală nu impune Curții de Jurii, ale căreii deliberări sunt reglementate prin articolul 362 din Codul de procedură penală francez, să motiveze decizia specială prin care se sporeşte perioada de siguranţă cu două treimi în temeiul articolului 132-23 din Codul

---

executarea pedepsei sub regim închis pentru toată durata acesteia, el poate obține eliberarea condiționată pentru reintegrarea în societate, continuând executarea pedepsei în libertate, dar sub supravegherea consilierilor de probațiune. Astfel, perioada care urmează să fie executată este de fapt de două treimi din pedeapsa aplicată, în cazul în care pedeapsa prevăzută de lege este închisoarea de cel mult zece ani, sau cel puțin trei sferturi din durata pedepsei, dar nu mai mult de douăzeci de ani în în cazul în care pedeapsa prevăzută de lege este mai mare de zece ani. A se vedea în acest sens şi prevederile art.95-106 Codul penal român.

[470] Hervé Pelletier, Code pénal, vingt-huitième édition, Edition 2016, *op.cit.*p.139 ; Decizie Curtea de Casaţie Secţia penală -Cass crim.din 25 mai 1994 *Bull crim*, nr.198 ; Decizie Curtea de Casaţie Secţia penală -Cass crim din 7 iunie 1994, *Bull crim*, nr.224. S-a decis în baza coroborării articolului 112-1 (care prevede aplicarea legii penale mai favorabile în timp) cu articolul 132-23 din Codul penal, faptul că noul maxim al perioadei de siguranță trebuie să fie înlocuit cu durata maximă reținută de Curtea de Jurii în temeiul textelor aplicabile, dispozițiile legii penale mai favorabile trebuind să se aplice imediat infracțiunilor comise înainte de intrarea lor în vigoare și care nu au o condamnare anterioară intrată în autoritate de de lucru judecat.

[471] Decizie Curtea de Casaţie, Secţie penală -Cass crim din 29 ianuarie1998 în Bull crim.nr.37 ; Dr.penal, 1998 com.67, obs.M.Veron.

[472] Codul de procedură penală prin articolul 720-2 prevede, de asemenea, această perioadă de siguranță, ea fiind văzută ca o modalitate de executarea pedepsei, iar rezultatul este că decizia prin care a fost pronunțată nu trebuie să fie motivată și acesta trebuie să fie luată având la bază o majoritate absolută. Este vorba despre procedura din faţa Curţii de Jurii franceze 5 iulie.1993, *Bull crim* : 237.

[473] Decizie Curtea de Casaţie, Secţie penală, Cass crim. 9 mai 1990, Bull crim.177, disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr consultată la 01.12.2015

penal francez.[474] Nu se justifică, în opinia noastră, din perspectiva celui vizat de pedeapsa respectivă și aşadar, din motive de echitate ce ţin de exerciţiul drepturilor la apărare în această etapă. Apreciem să legiuitorul francez ar trebui să prevadă o obligaţie de motivare, astfel încât condamnatul, prin intermediul avocatului său, să poată contesta măsura dispusă, în cazul în care el consideră că această sporire a perioadei de siguranţă impusă de instanţa de judecată nu este justificată.

Este incidentă în această ipoteză o "agravare a perioadei de siguranţă", acesta fiind sporită la două treimi din jumătatea sentinței. Precum s-a exprimat Consiliul Consultativ al Judecătorilor Europeni (CCJE) în Avizul nr 11 emis în 2008, în atenția Comitetului Consiliului Europei de Miniștri cu privire la calitatea hotărârilor judecătorești, "motivarea deciziilor în general permite nu numai o mai bună înțelegere și acceptare a deciziei de către justițiabil, ci este mai ales o garanție împotriva arbitrarului.[475]Astfel, obligaţia judecătorului de a-şi motiva hotărârile se întinde la diverse situaţii, având un domeniu de aplicare foarte vast. Acesta se aplică atât hotărârilor și deciziilor instanțelor de judecată, ale instanțelor de proximitate, tribunalelor de poliție, instanțelor corecţionale sau camerelor corecţionale ale curților de apel, cât şi deciziilor instanțelor competente în aplicarea pedepselor, executarea pedepselor, sau a hotărârilor camerelor de instrucție. Motivarea se impune atât în cazul deciziilor cu privire la exercitarea acţiunii publice, cât şi deciziilor privind acțiunea civilă și se aplică nu numai în cazul judecății pe fond, ci și în cazul deciziilor care se pronunță în căi de atac."[476]

Cu toate acestea, anumite decizii fac obiectul unei dispense de motivare.[477] De asemenea, trebuie remarcat faptul că, pentru Secţia penală a Curții de Casaţie franceze, cu excepția cazurilor prevăzute în mod expres de lege, cum ar fi închisoarea, (articolul 132-19

[474] Decizie Curtea de Casaţie, Secţie penală - Cass.crim. 23 oct 2013, no.12-88.285: Dr. pénal 2013, comm. 178, obs.E. Bonis-Garçon, disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr consultată la 01.12.2015

[475] Cour de Cassation, Rapport annuel 2010, sur *L'obligation de motivation,* comm. 1.2.2.1.2. La motivation dans le procès pénal, 1.2.2.1.2.1. Règles générales, disponibil pe https://www.courdecassation.fr, consultat la 01.12.2015

[476] *Ibidem* (Rapp.annuel 2010)

[477] Cum este cazul măsurilor de administrare judiciară ca joncțiunea cu fondul a incidentelor prevăzute în articolul 459 din Codul de procedură penală, care este o măsură de administrare judiciară şi care nu trebuie să fie motivată şi nu este nici supusă recursului. - Decizia curţii de Casaţie, Secţie penală- Cass.Crim.nr. 214, în recurs în interesul legii nr. 06-84.763 din 19 septembrie 2007, *Bull. crim.* 2007, disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr, consultată la 01.12.2015

din Codul penal) sau o interdicție de a se afla pe teritoriul francez (articolul 131 -30-1 din Codul penal), judecătorii nu sunt obligați să motiveze expres sancțiunile pe care sunt ţinuţi să le aplice în limitele legale.[478] Înțelegerea acestor raţiuni, rămâne sensibilă din punctul de vedere al standardelor de echitate.

În ceea ce privește interpretarea perioadei de siguranță, s-a decis de jurisprudența franceză, că aceasta nu constituie o pedepsă inumană în sensul articolului 3 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, pedeapsa cu închisoarea alăturată unei perioade de siguranță, deci practic existenţa interdicției de a acorda condamnatului modificările şi adaptările de pedeapsă enumerate la articolul 132-23 din Codul penal francez, atâta timp cât rezultă din conținutul articolului 720-4 din Codul procedură penală că tribunalul delegat cu executarea pedepselor poate, după o perioadă de 30 de ani, să pună capăt măsurii de siguranţă în cazul în care condamnatul prezintă garanții serioase de redresare socială.[479]Deducerile din pedepsele aplicate, pe parcursul perioadei de siguranță, vor fi imputate doar din porţiunea de pedeapsă care excede perioada aferentă perioadei de siguranţă

Cu toate acestea, echitatea impune, în cazul executării pedepselor privative de libertate, o anumită flexibilitate. Ceea ce predomină este întotdeauna obiectivul de reintegrare a condamnatului și de a-l face să beneficieze de adaptarea pedepsei, flexibilitatea vine și oferă modalităţi de executare a pedepsei care înlocuiesc închisoarea. Această soluţie se aplică cu precădere în cazurile pedepselor de scurtă durată unde nu există o situaţie gravă. Legile care au modificat materia în care se aplică aceste reguli pentru a conferi un loc prioritar executării pedepselor în libertate, faţă de executarea acestora în închisoare, în dreptul penal francez,sunt Legea nr.2009-1436 din 24 noiembrie 2009 denumită"Legea penitenciarelor"[480]şi Legea nr 2014-896 Taubira din 15 august 2014.[481]

---

[478] cf. în special Dec. Curţii de Casaţie, Secţia pen. -Cass.Crim. din 15 decembrie 2004, *Bull.crim*. 2004, nr. 322, recurs în interesul legii nr. 04-81.684 ; Dec.Curţii de Casaţie, Secţie pen. -Cass.Crim., din 31 ianuarie 2007, Bull. crim. 2007, nr. 26, pourvoi no 06-85.070, disponibile pe https://www.legifrance.gouv.fr, consultate la 01.12.2015; *Idem :* Rapp.annuel 2010

[479] Decizia Curţii de Casaţie, Secţia penală Cass crim, 20 ianuarie 2010, *Bull crim*. 14 disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr, consultată la 01.12.2015; a se vedea art.720-4 Cod de procedură penală francez.

[480] Publicată în Journal officiel "Lois et Décrets" - JORF n°0273 du 25 novembre 2009 p.20192.

[481] Aceste legi au adus trei modificări majore: în materie corecțională, articolul 132-19 din alineatul 2 Cod penal, care după modificare prevede că: "În materie contravențională, pedeapsa cu închisoarea fără suspendare poate fi aplicată doar în ultimă instanță în cazul în care gravitatea faptei şi personalitatea autorului face ca ea să

Pe scurt, chiar și în cazul în care pedeapsa este privativă de libertate și fără suspendare a executării, ea nu va rămâne fixă, deoarece instanța de judecată va stabili modalitățile prin care se va substitui un alt regim de executare. În cele din urmă, pragul pedepselor modulabile este dublat, fiind trecut prin Legea numită *Loi penitentiaire* din 24 noiembrie 2009 de la un an, așa cum a fost inițial prevăzut de Legea Perben II din 9 martie 2004 (Legea nr 2004-204 de adaptare a justiției la evoluția criminalității),[482] la doi ani, cu excepția acelora care recidivează. În versiunea originală, Legea Taubira a propus reducerea pragului de ameliorare a pedepselor la un an de închisoare, chiar și a ridica acest plafon la 6 luni pentru recidiviști, de asemenea pentru adaptările de pedeapsă pronunțate *ab initio* de către instanţa de judecată, acestea au devenit valabile şi pentru cei care au fost condamnaţi, dar nu au început executarea pedepsei cu închisoarea. Această revenire parțială la dreptul anterior prin Legea penitenciarelor din 2009 nu a fost adoptată în cele din urmă, după ce a fost criticată că ar putea afecta progresele preconizate în reducerea populației din închisori, suspendarea pedepselor cu prag minim și suprimarea fișierului de revocarea automată a suspendării, apoi ca fiind în contradicție cu spiritul general al reformei penale, orientat spre evitarea aplicării unei pedepse cu privarea de libertate.[483]Această inițiativă a orientat majoritatea deciziilor penale în spiritul rupturii de sistemul orientat spre pedepsele privative de libertate.

Revenind la echitate și la locul său în aceste schimbări și tendințe în politica penală franceză, ne putem plasa în contextul suprapopulării penitenciarelor și în tendința clară a legiuitorului de a urma o politică prea blândă, printr-o "filozofie de ameliorare mai mult, în conformitate cu raţiuni economice decât cu politica penală reală."[484] Pedepsele ce implică privare de libertate au fost de fapt supuse cenzurii legiuitorului francez, cu excepția cazurilor

---

fie necesară și în cazul în care orice altă pedeapsă este în mod vădit inadecvată; în acest caz, pedeapsa cu închisoarea, în cazul în care personalitatea condamnatului și circumstanțele o permit , și dacă nu există imposibilitate materială, să facă obiectul unor măsuri de adaptare; în domeniul delictelor penale, închisoarea este prevăzută în subsidiar, ca sancțiunea de ultimă instanță și chiar dacă pedeapsa fără suspendare este pronunțată, tribunalul corecțional trebuie să dezvolte principiul de ameliorare a executării acesteia "dacă personalitatea și situația condamnatului o permite și dacă nu există imposibilitate materială "prin aplicarea uneia dintre măsurile prevăzute la articolele 132-25 la 132-28 Codul penal francez precum executare sub supraveghere, sau plasarea în exterior, sau plasarea sub supraveghere electronică, ori fracționarea pedepselor.

[482] Journal Officiel 10 mars 2004, p.4567.

[483] Y.Mayaud, op.cit.p.662

[484] M.Janas, *Les dispositions relatives au prononce et à l'application des peines de la loi no. 2009-1436 du 24 novembre 2009 dite la loi pénitentiaire – Entre aménagements de peine et libérations anticipées, de l'individualisation a l'industrialisation des aménagements des peines*, *Dr. pénal* 2010, Etudes no.1 *apud* Yves Mayaud, *Droit Pénal Général*. 5e édition mise à jour. Paris: Presses universitaires de France, 2015, p.662

extreme, în care ar trebui să fie reținute. Cu toate acestea nu trebuie să se uite scopul şi funcţia de bază a pedepsei. Infractorul trebuie să beneficieze de "o educație prin intermediul unei sancțiuni efective şi eficiente," în conformitate cu scopul precis redat prin textul articolului 130-1 din Codul penal francez, care stabileşte în primă instanță "1. a se pedepsi infractorul ", iar în a doua instanță" 2. Să se favorizeze reeducarea acestuia, integrarea, sau reintegrarea socială. "Articol pe care l-am apreciat inițial ca pe o definiție a echității din punctul de vedere al funcţiilor pedepselor.

Libertatea supravegheată (semi-liberté), spre exemplu, este o personalizare a pedepselor scurte cu închisoarea, cu scopul de a se evita îndepărtarea condamnatului de realitatea vieții de zi cu zi, vizând în sensul acesta o reintegrare socială şi pentru a se controla această reintegrare, instanţa de judecată poate să-l oblige pe cel vizat să se supună unor măsuri de control şi unor obligaţii specifice, [485]prevăzute în cuprinsul art.132-43- art.312-46 din Codul penal francez.[486]

Condițiile prealabile pentru libertatea supravegheată: individualizarea trebuie să se raporteze la pedeapsa aplicată de instanța de judecată, care trebuie să fie egală sau mai mică de doi ani închisoare[487] sau în caz de recidivă legală, o pedeapsă egală sau inferioară unui an.[488] Întotdeauna va decide instanţa de judecată. Aceasta poate decide când sentința va fi executată în totalitate sau parțial, în temeiul libertăţii supravegheate în ceea ce privește condamnatul care justifică exercitarea unei activități profesionale, chiar temporare, de urmare a unui curs de formare, sau participarea sa consecventă la activitate de învăţământ, la o pregătire profesională sau în căutarea unui loc de muncă, participarea esențială în viața de

[485] De exemplu, art.132-44 Cod penal francez prevede măsuri de control la care infractorul trebuie să se conformeze, cum ar fi: 1.să se prezinte în fața judecătorului competent cu aplicarea pedepselor şi să răspundă convocărilor acestuia, sau a asistentului social desemnat cu supravegherea; 2. Să primească vizite de la un asistent social şi să comunice informațiile sau documentele de natură să permită controlul mijloacelor sale de trai şi îndeplinirea obligațiilor sale; 3. Să informeze asistentul social cu privire la orice schimbare a locului de muncă, etc.

[486] Această instituție este similară cu suspendarea executării pedepsei sub supraveghere din dreptul penal român, în conformitate cu art. 91-98 din Codul penal român.

Art.132-45 Cod penal francez prevede că: instanţa franceză de condamnare, sau judecătorul delegat cu aplicarea pedepselor, poate impune condamnatului respectarea uneia, sau mai multora dintre următoarele obligații: 1. Exercitarea unei activităţi profesionale, sau să participe la activități de formare profesională, sau de educație generală; 2. Stabilirea domiciliului său într-un loc determinat, etc.

[487] În dreptul penal român limita pronunţate este de 3 ani în aceste cazuri.

[488] Situaţie similară în dreptul penal român.

familie, sau nevoia de a urma un tratament medical, cu toate acestea, existența unor eforturi serioase de reabilitare socială rezultă din continuarea implicării sale în orice proiect care denotă integrare sau de reintegrare socială, aspecte susceptibile de a preveni recidiva. Dispoziția care prevede libertatea supravegheată se aplică, de asemenea, în cazul pronunțării unei pedepse cu închisoarea şi parțial cu suspendare, sau condamnare cu suspendare sub supraveghere, atunci când partea fixă din pedepsă este mai mică sau egală cu doi, sau un an, în cazul în care condamnatul se află în stare de recidivă legală.[489]

Cu toate acestea, condamnatul este obligat să se întoarcă în închisoare în modul stabilit de către judecătorul delegat cu executarea sancțiunilor, în funcție de timpul necesar pentru a-și îndeplini obligațiile exterioare mediului penitenciar şi trebuie să rămână acolo zilele prestabilite, sau din o orice cauză de întrerupere a acestor obligaţii exterioare.[490]

Plasamentul în exterior răspunde aceloraşi cerințe ale politicii penale franceze, aceleași ipoteze condiţionează beneficiul aplicării acestei măsuri ca şi cele pentru libertatea supravegheată. În ceea ce priveşte efectele acestora, observăm diferenţe între cele două, condamnatului i se pot aplica unele măsuri şi obligații specifice suspendării sub supraveghere şi în această situație el este constrâns, sub controlul administrației, să efectueze anumite activități în afara penitenciarului.[491]

---

[489] Cod Penal fr.art.132-25, mod.Lege nr. 2009-1436 din 24 noiembrie 2009

[490] Cod Penal fr.art.132-26, mod.Lege nr.2009-1436 din 24 noiembrie 2009

[491] În conformitate cu articolul 132-25 din Codul penal astfel cum a fost modificat prin Legea nr 2009-1436 din 24 noiembrie 2009 "În cazul în care instanța de judecată a impus o pedeapsă egală cu sau mai mică de doi ani închisoare, sau unei persoane aflată în stare de recidivă legală, o pedeapsă egală sau mai mică de un an, instanţa poate decide că pedeapsa va fi executată în totalitate, sau parțial, în libertate supravegheată în privința condamnatului care justifică: 1. Fie exercitarea unei activități profesionale, chiar temporară, frecventarea unui curs sau participarea sa la pregătire în educație, formare profesională sau în căutarea unui loc de muncă, 2. Fie participarea sa efectivă şi esențială la activitățile familiei sale, 3. Fie necesitatea urmării unui tratament medical, 4. Fie existența unor eforturi serioase de readaptare socială ce pot fi deduse din implicarea constantă a condamnatului în orice proiect caracteristic reintegrării sale sociale şi care e de natură să prevină riscurile de recidivă. Aceste dispoziții se aplică, de asemenea, în cazul pronunțării unei pedepse cu închisoare susceptibilă de suspendare parțială sau sub formă de suspendare sub supraveghere , în cazul în care fracțiunea fixă din pedapsă este inferioară, sau egală cu doi ani, sau în cazul în care persoana se află într-o stare de recidivă legală, care nu depăşeşte un an. În cazurile prevăzute în alineatele precedente, instanța poate decide ca pedeapsa cu închisoarea să fi executată în regimul plasamentului în exterior. " De asemenea, articolul 132-26 Cod penal francez statuează următoarele: "Condamnatului eligibil pentru libertate supravegheată i se cere să se întoarcă în mediul penitenciar în modul stabilit de judecătorul care a aplicat pedeapsa, în funcție de timpul necesar desfăşurării activităţilor de educație, formare profesională, sau de căutare de loc de muncă, cursuri, participarea la viața de familie, tratament medical, integrare, sau proiect de reintegrare a celui căruia i-a fost admis regimul de libertate condiționată. Este necesar ca acesta să rămână în închisoare în acele zile când, indiferent de motiv, obligațiile sale externe sunt întrerupte. Condamnatul căruia i s-a admis libertatea supravegheată este obligat, sub

Plasarea sub supraveghere electronică este o formă de personalizare a pedepselor stabilită prin legea Perben II din 9 martie 2004, modificată prin Legea penitenciarelor din 24 noiembrie 2009, conform căreia pedepsele trebuie să fie egale, sau inferioare a doi ani de închisoare, sau în cazul unei persoane în recidivă legală, egală sau inferioară unui an.

De asemenea, monitorizarea electronică se aplică în cazul în care a pronunțat o pedeapsă cu închisoarea compensată parțial de o suspendare sau suspendarea pedepsei sub supraveghere atunci când fracţiunea fixă din pedeapsă este mai mică, sau egală cu doi ani sau, în caz de recidivă legală, mai mică sau egală cu un an. Este vorba despre aceleaşi argumente în favoarea plasării sub monitorizare electronică, ca şi în cazul libertăţii supravegheate. Însă decizia poate fi luată numai cu acordul celui în cauză, iar dacă este vorba despre un minor neemancipat, cu acordul autorității părinteşti.[492]Condamnatul este obligat să rămână la domiciliu, sau într-un loc desemnat de către judecătorul care a aplicat pedeapsa, cu unele excepții, care pot fi justificate pentru activități în aer liber. În aceeași măsură, trebuie să răspundă la convocarea care i se va face de către orice autoritate publică stabilită de judecătorul care i-a aplicat pedeapsa și este posibil să se recurgă la măsuri de suspendare sub supraveghere.[493]

Decizia revine instanței de judecată și instrucțiunile de punere în aplicare sunt în responsabilitatea judecătorului care aplică pedeapsa, existând astfel competențe complementare și o continuare a evoluţiei individualizării executării pedepselor în mod concret prin referire la cazul specific și personalitatea condamnatului în cauză.

În dreptul francez, cu privire la monitorizarea electronică, putem compara această modalitate de executare a pedepsei cu plasarea sub supraveghere electronică mobilă creată prin Legea nr. 2005-1549 din 12 decembrie 2005, care este într-adevăr, o măsură de siguranţă dispusă de către instanța de judecată, Tribunalul corecţional, sau Curtea de Jurii în cazul unui

---

controlul administrației, să desfăşoare activități în afara penitenciarului. De asemenea,instanța de judecată poate supune condamnaţii care beneficiază de astfel de regimuri de executare, măsurilor prevăzute la articolele 132-43 la 132-46 Cod penal francez. "

[492] Cod penal fr. art.132-26-1 red. Legea nr. 2009-1436 din 24 noiembrie 2009.

[493] A se vedea Conform art.132-26-3 din Codul penal francez, pe parcursul perioadei de probă, condamnatul trebuie să îndeplinească măsurile de control prevăzute de articolul 132-44 şi acele obligaţii speciale prevăzute la articolul 132-45, care îi sunt impuse în mod specific. În plus, persoana condamnată poate beneficia de măsurile de ajutor pentru promovarea reabilitării sale sociale. (a se vedea art.132-43 Cod penal francez)

adult condamnat la privarea de libertate pentru o perioadă egală sau mai mare de șapte ani.[494] Pentru a aplica plasare sub supraveghere electronică mobilă, constatăm că este necesar *ab initio* ca dreptul la viață personală și libertate personală, să fie respectate cu acuratețe, deoarece condițiile care trebuie îndeplinite sunt: existența concretă a expertizei medicale care constată cu certitudine periculozitatea, necesitatea dispunerii acestei măsuri poate fi dedusă din formularea din textul de lege.[495]În plus, măsura nu poate fi pusă în aplicare fără consimțământul celui vizat, dar cu riscul ca, în cazul în care acesta refuză să i se aplice această măsură, să suporte o condamnare penală pentru acest refuz.[496] Așadar constatăm că acest consimțământ este necesar numai din punct de vedere pur *formal*. Dacă acesta refuză să consimtă, el riscă o condamnare penală, aspect care nu denotă doar o libertate a voinței acestuia de a accepta sau nu, să i se aplice această măsură. Nu putem contesta faptul că ea este o măsură favorabilă, însă găsim această formalitate a cerinţei consimţământului condamnatului neechitabilă. În fond, ori se asigură o libertate deplină de a accepta, sau nu orice măsură ce îi va fi aplicată în vederea continuării executării pedepsei, ori i se impune, iar dacă i se impune condamnatului acest lucru, nu mai vedem sensul textului care prevede că această măsură se va dispune *numai în condiţiile în care acesta este de acord*. În fapt, legea impune condamnatului să îşi acorde consimţământul în acest sens, sub ameninţarea unei posibile condamnări penale, în caz de refuz din partea acestuia. Pe de o parte, legea respectă libertatea de decizie, prin prevederea necesităţii unui consimţământ valabil al condamnatului, dar aceeaşi lege impune acestuia să fie de acord să i se aplice monitorizarea libertăţii, deoarece, *per a contrario*, refuzul condamnatului este pasibil de o condamnare penală. Ipoteza nu are niciun sens, dacă ne gândim la echitate.[497]

---

[494] Derogând de la aceasta din urmă, art.131-36-12-1 din Codul penal francez prevede că; "Plasarea sub supraveghere electronică mobilă poate fi dispusă împotriva unui adult, a cărui expertiză medicală constată periculozitatea acestuia, condamnatului i s-a aplicat şi o pedeapsă privativă de libertate egală, sau mai mare de cinci ani, pentru violență sau amenințări comise: 1.Fie împotriva partenerului acestuia, partenerul sau partenerul său în cadrul unui parteneriat civil; 2. Fie împotriva copiilor săi sau ai soțului său, partener civil sau concubin. Prezentul articol se aplică şi în cazul violențelor comise de fostul soț sau partener al victimei sau de către persoana care a fost legată de acesta printr-un pact de solidaritate civilă, domiciliul vizat fiind aşadar cel al victimei. "

[495] Art.131-36-9 şi 131-36-10 Cod penal francez-"Dacă această măsură este necesară pentru a preveni recidivarea începând cu data la care privarea de libertate se încheie şi cel condamnat este pus în libertate."

[496] Art.131-36-12 al.2 Cod penal francez.

[497] Art.131-36-12 Cod penal francez, alin 1. Această măsură presupune obligația condamnatului de a purta timp de doi ani, cu posibilitate de reînnoire a acestei perioade, o singură dată în cazul delictelor şi de două ori pentru crime, a unui emițător, prin care se va monitoriza, în orice moment, localizarea sa pe teritoriul național.

Principala diferenţă între aceste două modalităţi de supraveghere (libertatea supravegheată şi monitorizarea mobilă a libertăţii) este finalitatea fiecăreia. Monitorizarea electronică este o modalitate de executare a pedepselor privative de libertate scurte, dar noul dispozitiv electronic de monitorizare mobil intervine după finalizarea executării pedepsei, în scopul de a preveni posibila repetare a comportamentului infracţional, acesta este de fapt motivul pentru care legea penală franceză o califică drept o măsură de siguranţă. "Faptul că instanța de judecată poate pronunța și una și cealaltă este o dovadă a faptului că o pedeapsă nu se poate disocia de forma în care ea a fost pronunţată pentru că ea presupune efectivitatea, dar şi eficacitatea sa, inclusiv în forme ameliorate de executare cât şi de prevenire a recidivei prin instrumente utile și legitime care sunt susceptibile să anticipeze posibilelele recidive."[498]

Fracţionarea este o altă modalitate de executare a pedepsei. Aceasta este aplicabilă în materie corecţională în dreptul penal francez. În acest caz particular, instanța de judecată, din motive medicale, familiale, profesionale sau sociale, poate decide ca închisoarea pronunțată cel mult pentru o perioadă de doi ani, sau în cazul în care persoana se află în stare de recidivă legală egală sau inferioară unui an, va fi pentru o perioadă de cel mult patru ani, executată în fracțiuni, dintre care niciuna nu poate fi mai mică de două zile.[499] Acesta este un regim extrem de personalizat, în aceleași limite, persoana condamnată nu este obligat să urmeze în mod continuu rigorile stricte ale pedepsei sale, ci în etape, pentru a i se asigura astfel o disponibilitate socială relativă fondată pe motive de sănătate, familie, profesie sau sociale și desigur, în scopul asigurării reintegrării sale sau mai bine zis, pentru a-i menține contactul cu viața reală, în timp ce aceasta își execută efectiv pedeapsa.

În funcţie de oportunitatea şi conținutul pedepselor privative de libertate, acestea sunt supuse în executarea lor, unor măsuri de ameliorare. După părerea noastră, în acest context legal se regăseşte echitatea, ea fiind resimţită, deoarece prin aceste ameliorări şi adaptări ale executărilor pedepselor, echitatea oferă garanții împotriva aprecierii discreționare judiciare, şi împotriva unui regim sancţionatpor prea rigid, deoarece, se aplicau numai pedepse privative de libertate rigide, înaintea acestor reforme. Astfel, aceste alternative, pe care legea penală franceză le prevede, sunt de fapt modalităţi echitabile de executare a pedepsei, care ajută la o recuperare socială mai eficientă și mai rapidă a condamnaţilor.

[498] Y. Mayaud, op.cit.p.665

[499] Art. 132-27 CP fr., modificat prin Legea nr. 2009-1436 din 24 noiembrie 2009 - art. 66.

B.b) 2. 3. Măsurile ce privesc pedepsele privative şi restrictive de libertate în dreptul penal francez

Putem identifica trăsătura umanitară a politicii individualizării executării pedepselor, care acordă aceste măsuri alternative de executare şi în cazurile extreme, în care executarea pedepsei nu mai este compatibilă cu statul de drept, în același timp, este vorba despre respectarea imperativului evitării pedepselor cu închisoarea de scurtă durată pentru a se preveni aglomerarea centrelor de detenție și de asemenea, să se determine reintegrarea mai rapidă a celor în cauză. Practic, legea oferă o șansă de revenire treptată la libertate, dublată de măsuri de siguranță prin care se asigură monitorizarea şi prevenirea reluării comportamentelor infracţionale.

În politica penală franceză, executarea pedepselor este de inspirație umanistă, tocmai pentru că trebuie să se realizeze având la bază respectarea persoanei, demnității umane şi a speranțelor reintegrării. Textele legale care asigură funcționarea acestui sistem de executare a pedepselor sunt cele care prevăd "respectarea demnității și a drepturilor" condamnaților astfel cum prevede Legea nr 2009-1436 din 24 noiembrie Penitenciar din de 2009, în art. său 22 şi în Legea *Taubira* din 2014, care a dat o nouă formulare articolului 707 din Codul de procedură penală francez, subliniind necesitatea de a se pregăti integrarea sau reintegrarea condamnaților, care să le permită să acționeze ca persoane responsabile, care să respecte normele și interesele societății și să îi împiedice să comită noi infracțiuni.[500] Aceste constatări vizează situații concrete pe care legislația franceză le ia în considerare, în special având la bază ipoteze cu greu compatibile cu un regim penitenciar.[501]

În ceea ce privește executarea fracționată a pedepselor, judecătorul care a aplicat pedeapsa poate decide să supună condamnatul de asemenea la anumite obligații, sau interdicţii prevăzute în articolele 132-44 și 132-45 din Codul penal francez ce vizează şi suspendarea sub supraveghere, dar important este faptul că și în ipoteza în care fracţionarea executării a fost decisă de către judecătorul care a pronunțat pedeapsa, în temeiul articolului 132-27 din Codul penal, aceasta poate fi modificată, în aceleași condiții. Este vorba despre

[500] Art.707, II, al. 1, Cod de procedură penală francez.

[501] Y. Mayaud, op.cit.p.689

adaptarea concretă prin evoluţia proceselor de individualizare, deci prin continuarea prerogativelor judecătorilor în conformitate cu etapele de individualizare.

Caracteristica echitabilă a individualizării în această ipoteză este faptul că ea se bazează pe datele cu caracter personal care presupun flexibilitatea punerii în aplicare și care determină aplicarea unui regim sancţionator adaptat situaţiei. Legea Taubira se încadrează în legile care prevăd această tendinţă de individualizare adaptabilă progresiv, pe parcursul executării. Dacă ne raportăm la trăsătura umană în cadrul procedurilor penale, această lege a completat articolul 720-1 din Codul de procedură penală, care prevede suspendarea pedepselor privative de libertate și fracţionarea acestora, cu un alineat care a crescut pragul de doi ani de închisoare rămasă să fie executată la patru ani, când, din motive familiale, suspendarea se aplică, sau unei persoane condamnate, care exercită autoritatea părintească asupra unui copil ce are vârsta sub zece ani, cu reședința obișnuită la acest părinte, sau unei femei gravide de mai mult de douăsprezece săptămâni. Motivele ce ţin de familie în această situație au o dimensiune specială ca motiv pentru a justifica modificări ale executării pedepsei în concret.[502]

O altă măsură care se poate dispune "în numele echității pedepsirii," pe toată durata executării propriu-zise a pedepsei, este *suspendarea executării din motive medicale,* în conformitate cu articolul 720-1-1 din Codul de procedură penală francez penal și prevăzut în cuprinsul art.e D.147-1 D.147-5 reglementate, de asemenea, prin legea Taubira.[503] Cu excepția cazului în care există un risc serios de repetare, sau de reluare a activităţii infracţionale, suspendarea poate fi de asemenea dispusă, indiferent de natura pedepsei, sau de durata care a mai rămas de executat, chiar și pentru o durată nedeterminată, pentru deținuții suferinzi de un diagnostic care le pune în pericol viaţa, sănătatea fizică sau psihică, această

[502] De asemenea, vizând femeile gravide noul articolul 708-1 din Codul de procedură penală introdus de către aceeași Lege Taubira: "Atunci când se pune în executare condamnarea la închisoare pentru o femeie însărcinată de douăsprezece săptămâni, procurorul sau judecătorul delegat cu aplicarea pedepselor încearcă, prin orice mijloace, fie amânarea executării pedepsei, sau se asigura că pedeapsa se execută în comunitate. În acest context pedeapsa privativă de libertate se cere evitată și suspendarea executării acestei pedepse de aplică doar pe cale excepţională.

[503] Acest tip de suspendare poate fi dispusă de judecătorul delegate cu executarea pedepselor, sau de Tribunalul delegat cu executarea pedepselor, ambele organe judiciare au competența pe baza unui prag al termenului de privare de libertate principal al pedepsei inițial pronunțată: când pedeapsa pronunțată este egală, sau inferioară a zece ani, sau în caz de urgență, indiferent de pedeapsa pronunțată, sau când timpul rămas de executat este egal sau mai mic de trei ani competent va fi judecătorul ce se pronunță în favoarea suspendării, iar în celelalte cazuri, măsura va fi pronunțată de către tribunalul delegat cu executarea pedepselor. - Y.Mayaud, op.cit.p.691

stare fiind permanent incompatibilă cu detenția continuă.[504]Suspendarea nu poate fi dispusă pentru deținuții internați în îngrijire psihiatrică fără consimțământul acestora, și aceasta este legată de o expertiză medicală în conformitate cu legislația franceză. Legea Taubira a redus numărul de expertize medicale necesare în aceste situaţii, înainte era nevoie de două expertize, care urmau să fie distincte și concordante. Chiar și cu o suspendare, supravegherea socio- judiciară poate continua pentru condamnați și instanța care a acordat suspendarea poate decide să îi supună uneia sau mai multor obligații sau interdicții conținute în articolele 132-44 și 132-45 din Codul penal francez ce vizează suspendarea sub supraveghere.[505]

Potrivit profesorului Yves Mayaud, menţinerea obligațiilor și interdicțiilor aferente supravegherii socio-judiciare, proprii şi regimului suspendării sub supraveghere, în paralel cu suspendarea executării pedepsei, este "dovada că acestea conciliază cerințele umanitare, inseparabile de orice sistem represiv, cu rigorile justiției penale."[506] Un triumf al echităţii în tratamentul sancţionator, în opinia noastră.

Încă o dovadă de echitate, este obligaţia de reexaminare a pedepsei aplicate inițial. Această reevaluare este o particularitate a politicii penale franceze, aplicabilă în ceea ce privește executarea pedepselor cu închisoarea pe termen scurt și tinde înspre evitarea acestora. Am văzut că în materie corecţională, în dreptul penal francez, pedepsele cu închisoarea se aplică în ultimă instanță,[507]pedepsele alternative permit evitarea acestora şi

[504] Art.720-1-1 du CPP fr. alin. 1şi 2 modificate prin Legea nr.2014-896 din 15 august 2014 - art. 51- Suspendarea nu poate fi dispusă în aplicarea articolului precitat pentru deținuții internați în îngrijire psihiatrică, fără consimțământul acestora prealabil. Suspendarea poate fi dispusă numai în cazul în care o expertiză medicală stabilește că cel condamnat se află în una dintre situațiile descrise în alineatul precedent. Cu toate acestea, într-o situație de urgență, suspendarea poate fi dispusă pe baza unui certificat medical eliberat de medicul responsabil din structura sanitară unde este internat condamnatul, sau înlocuitorul acestuia din cadrul aceleiaşi unității medicale.

[505] În cazul în care suspendarea a fost dispusă în cauzele penale de crime, o expertiză medicală destinată să verifice dacă condițiile de suspendare sunt îndeplinite în continuare trebuie să fie realizată la fiecare șase luni, dar în alte cazuri, judecătorul delegat cu aplicarea pedepselor poate, în orice moment să ordoneze p expertiză medicală cu privire la condamnatul care a beneficiat de suspendare și să ordone încetarea suspendării în cazul în care condițiile acesteia nu mai sunt îndeplinite. Art. 720-1-1 al.8 Cod de procedură penală francez modificat prin Legea nr.2014-896 din 15 august 2014 - art. 51.

Aceeași procedură se aplică în cazul în care condamnatul nu respectă obligațiile impuse, sau în cazul în care există un nou risc grav de reînnoire a actului infracțional, art. 720-1-1 al.7 Cod de procedură penală francez modificat de Legea nr. 2014-896 din 15 august 2014 - art. 51.

[506] Yves Mayaud, op.cit.p.692

[507] Art.132-19 al.2,Cod penal modif. de Legea nr.2014-896 din 15 august 2014; art.132-24 din Cod penal francez

încurajează judecătorii să nu le pronunţe, mai mult, ameliorările executării pedeselor sunt, de asemenea, planificate ca având acelaşi scop. Aceste ameliorări ale executării pedepselor pot fi aplicate încă din etapa pronunţării propriu-zise a condamnării, dar în faza de executare a pedepselor acestea sunt orientate spre flexibilitate în legătură directă cu personalitatea condamnatului, cu situaţia sa materială, familială şi socială. Legea nu poate decât să conţină în acest context personalizat, măsuri similare în abstract, care, au ca scop acela de a se evita sancţiunile pe termen scurt care nu pot fi conciliate cu regimul de executare specific unei încarcerări. Astfel, există opţiuni prevăzute în mod expres de lege şi puse la dispoziţia judecătorilor care individualizează executarea pedepsei. Aceste alegeri ale judecătorilor constituie o reexaminare a sentinţei pronunţate iniţial, în numele unei individualizări eficiente.

Se remarcă faptul că, în practică, această reevaluare se manifestă în mod progresiv şi regresiv, de asemenea, continuă, în funcţie de evoluţia celor condamnaţi. Măsurile dispuse de judecătorul delegat cu executarea pedepselor se completează reciproc şi se continuă una pe alta, bazându-se pe progresul real al deţinutului.[508]

[508] De exemplu, în cazul libertăţii supravegheate şi al plasamentului în exterior, este de competenţa judecătorului delegat cu executarea pedepselor să stabilească norme specifice de punere în aplicare prin ordonanţă care nu face obiectul unui recurs, în termen de cel mult patru luni de la data la care hotărârea este executorie şi în termen de cinci zile lucrătoare în cazul în care instanţa de judecată a dispus plasarea sau menţinerea în detenţie continuă a condamnatului şi declară decizia sa ca fiind executorie provizoriu, iar în cazul în care condiţiile care au permis instanţei de a decide astfel nu mai sunt îndeplinite, condamnatul nu îndeplineşte obligaţiile care îi sunt impuse, sau el are o conduită negativă, acest beneficiu al aplicării măsurilor ameliorate îi poate fi retras de către judecătorul care a aplicat pedeapsa prin hotărâre pronunţată în contradictoriu, în temeiul articolului 712-6 din Codul de procedură penală francez.

Art. 712-6,modificat prin Legea nr.2009-1436 din 24 noiembrie 2009 - art. 74."Hotărârile privind măsurile deplasare în afara penitenciarelor, libertatea condiţionată, fracţionare şi suspendarea executării pedepselor, plasarea sub monitorizare electronică şi eliberarea condiţionată se emit după consultarea cu reprezentantul administraţiei penitenciarelor, ca urmare a unei dezbateri în contradictoriu în camera de consiliu pe pe parcursul căreia judecătorul ascultă declaraţiile de urmărire penală şi observaţiile Ministerului Public şi observaţiile infractorului şi după caz, pe cele ale avocatului său. În cazul în care persoana condamnată este deţinută, dezbaterile pot avea loc în penitenciar. Se pot aplica dispoziţiile art.706-71 -Judecătorul care aplică pedepsele, cu acordul procurorului şi a persoanei condamnate, sau a avocatului său, poate să acorde una dintre aceste măsuri, fără o dezbatere contradictorie.

Judecătorul care aplică pedepsele poate, ori de câte ori consideră că este necesar, din oficiu, sau la cererea infractorului sau procurorului să trimită spre rejudecare cauza în faţa tribunalului care a aplicat pedepsele. Judecătorul care a dispus trimiterea este membru al tribunalului care va statua, în conformitate cu articolul 712-7. Decizia de trimitere spre rejudecare este o măsură de administrare judiciară, care nu este supusă recursului.

Dispoziţiile prezentului articol se aplică, de asemenea, cu excepţia cazului în care legea prevede altfel, deciziilor judecătorului delegat cu aplicarea pedepselor privind pedepsele ce se execută sub formă de supraveghere socio-judiciară, interdicţia de şedere, muncă în interes general, suspendare condiţionată aplicată în paralel cu

Am identificat în textul legislativ analizat şi precitat, o putere extrem de largă a judecătorului delegat cu aplicarea pedepselor de a înlocui măsura libertăţii supravegheate cu cea de plasare în exterior şi vice-versa, sau să înlocuiască oricare dintre aceste măsuri cu cea de plasare sub monitorizare electronică, dar respectând şi ținând cont de personalitatea și de evoluția celor condamnați. Faptul că hotărârile privind măsurile de executare în afara penitenciarului, libertate supravegheată, fracționare a executării, suspendării executării pedepselor, plasare sub monitorizare electronică şi eliberare condiționată, se dispun după consultarea cu reprezentantul administrației închisorii, după o dezbatere contradictorie, ne aduce la concluzia că această procedură este efectuată în conformitate cu standardele de echitate, pentru că, de fapt, judecătorul care aplică pedepsele trebuie să asculte declarațiile Ministerului Public și observațiile condamnatului și, după caz, pe cele ale avocatului său.

Procedura este similară pentru plasarea sub supraveghere în temeiul articolului 132-26-1 din Codul penal francez, întotdeauna în funcție de evoluția celor condamnați, judecătorul care aplică pedepsele îşi manifestă puterea de a modifica, pe parcurs, condițiile executării propriu-zise, printr-o decizie luată după dezbatere contradictorie. Judecătorul poate înlocui monitorizarea electronică cu o măsură de libertate supravegheată, sau plasament în exteriorul penitenciarului.[509] Observăm caracterul interschimbabil al diferitelor modalităţi de executare a pedepsei, în funcție de personalitatea și capacitatea condamnatului de a evolua. Exemplul fracţionării executării pedepsei respectă principiul posibilităţii de revizuire, decizia inițială poate fi, de asemenea, modificată de către judecătorul delegat cu executarea pedepselor.[510]

Aşadar, putem concluziona că scopul prinipal al politicii penale franceze este întoarcerea progresivă la libertate a condamnaţilor.[511] Libertatea este obiectivul vizat de

---

suspendarea executării sub supraveghere, sau cu obligaţia de a presta muncă în interes general, sau cu măsurile de amânare a executării pedepsei pronunţate în paralel cu o suspendare sub supraveghere. "

[509] Art.732-7-1 Cod de procedură penală francez prevede, de asemenea, dezbaterea contradictorie şi faptul că decizia decizia judecătorului delegat cu aplicarea pedepselor trebuie să fie luată în conformitate cu dispoziţiile art. 712-6 Codul de procedură penală francez. Ne păstrăm observația noastră şi în acest caz, şi apreciem că, din perspectiva echității, este absolut necesar ca avocatul condamnatului să fie convocat în mod expres şi să i se asculte concluziile.

[510] Art.132-27 CP fr. şi art 720-1,al.2 CPP fr.

[511] În acest sens, principiul în materie de privare de libertate cuprins în articolul 707-III din Codul de procedură penală francez, după reformarea prin Legea Taubira din 2014 prevede că: "Orice persoană condamnată şi încarcerată în penitenciare, pentru executarea unei pedepse privative de libertate trebuie să beneficieze, ori de câte ori este posibil, de o revenire treptată la libertate, avându-se în vedere condițiile fizice de detenție și gradul de ocupare a închisorii, în cadrul unei măsuri de libertate supravegheată, parte a unei măsuri de eliberare

politica penală franceză în etapa individualizării postcondamnatorii și reintegrarea în societate, prin intermediul a trei etape, conform doctrinei franceze: un progres prin reducerea cuantumului pedepsei, o revenire asupra pedepsei şi a modalităţii ei de executare, prin anticipare și o libertate sub controlul organelor competente.[512]

Nici o persoană condamnată nu este privată de şansa de a beneficia de o reducere a pedepsei sale, chiar și în cazul în care acesteia i s-a aplicat detenţiunea pe viaţă. Este o dovadă clară a existenţei echităţii în această instituţie a individualizării postdcondamnatorii franceze. Această modulare progresivă a pedepselor pe parcursul executării lor este ca o formă de *credit de reducere a pedepsei,* calculat din durata pedepsei aplicate iniţial prin condamnare. Chiar și *perioada de siguranță* nu este intangibilă, tribunalul delegat cu executarea pedepselor poate decide să pună capăt acesteia, sau să-i reducă durata, în cazul în care condamnatul manifestă garanții serioase de readaptare socială,[513] dar dimpotrivă, s-a

---

condiționată, de plasament în exterior, plasamentul sub monitorizare electronică, eliberarea condiționată, sau de o eliberarea sub supraveghere, pentru a se evita eliberare, neurmată de nicio formă de monitorizare judiciară. "

[512] Y. Mayaud, op.cit.p.695

[513] Art. 720-2 CPP fr., modif.prin Legea nr.97-1159 din 19 decembrie 1997 - art. 1 publicată în Journal Officiel din 20 decembrie 1997.

"Dispozițiile privind suspendarea sau fracţionarea executării pedepsei, plasamentul în exterior, permisiunile de ieşire temporară, libertatea supravegheată şi eliberarea condiționată nu sunt aplicabile pe durata perioadei de siguranță prevăzută de art. 132-23 din Codul penal francez.

Cu excepția cazului în care se decide altfel, prin decret de graţiere, comutarea sau neaplicarea unei pedepse privative de libertate care presupune şi o perioadă de sguranţă atrage în mod automat menținerea acestei perioade pentru o perioadă totală care să corespundă cu jumătate din pedeapsa care rezultă din comutare sau remitere, dar nu poate depăși durata perioadei de siguranță pe care o presupune pedeapsa care a fost pronunțată. " acest articol nu este aplicabil minorilor.

Articolul 132-23 din Codul penal francez prevede perioada de siguranță în cazul în care condamnarea vizează o pedeapsă privativă de libertate care nu a fost suspendată, a cărei durată este egală sau mai mare de zece ani, pronunțată pentru infracțiunile prevăzute în mod expres de lege, condamnatul nu poate beneficia, pentru o perioadă de siguranță determinată, de dispozițiile privind suspendarea sau fracţionarea pedepsei, plasamentul în exterior, permisiuni de ieşire, libertate condiționată şi eliberare condiționată.

Durata perioadei de siguranţă este dejumătate din pedeapsă sau, în cazul în care aceasta este o pedeapsă cu închisoare pe viață, optsprezece ani. Curtea cu Jurii, sau instanța de judecată poate, printr-o decizie specială, fie să crească aceste durate până la două treimi din pedeapsă, sau, în cazul în care este vorba despre o condamnare la recluziune, sau detenţiune pe viață, până la douăzeci şi doi de ani, fie poate decide să reducerea acestei perioade.

În celelalte cazuri, atunci când se pronunță o pedeapsă privativă de libertate mai mare de cinci ani, fără suspendare, instanța poate stabili o perioadă de siguranță în timpul căreia persoana condamnată nu poate beneficia de niciuna dintre alternativele de executare a pedepsei menționate în primul alineat. Durata acestei perioade de siguranță nu poate depăși două treimi din pedeapsă sau douăzeci și doi de ani, în caz de condamnare la detenţiunea pe viață.

susținut că admiterea unor circumstanțe atenuante interzice judecătorilor să pronunțe pedeapsa maximă prevăzută de lege pentru fapta respectivă, aceasta fiind fără incidenţă asupra duratei perioadei de siguranță.[514]

În cazul recluziunii și deci în cazul existenţei unei interdicţii pentru judecători de a acorda persoanelor condamnate măsurile prevăzute în articolul 132-23 din Codul penal,[515] s-a decis de către Curtea de Casaţie franceză că "nu constituie o pedeapsă inumană, în sensul articolului 3 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului pedeapsa cu închisoarea cumulată cu interzicerea dispunerii măsurilor prevăzute în articolul 132-23 din Codul penal pentru condamnat, atâta timp cât rezultă din articolul 720-4 din Codul de procedură penală că instanța delegată cu aplicarea pedepselor, după o perioadă de treizeci ani de executare efectivă a închisorii, poate se pună capăt măsurii în cazul în care cel condamnat prezintă garanţii serioase de readaptare socială."[516]

Reducerile de pedeapsă acordate în cursul perioadei de siguranță nu vor fi deduse decât din porțiunea din pedeapsa care depășește această durată aferentă perioadei de siguranţă.

Articolul 720-4 astfel cum a fost modificat prin Legea nr 2004-204 din 9 martie 2004 -art. 191 JORF 10 martie 2004 în vigoare de la 1 ianuarie 2005: "În cazul în care condamnatul manifestă garanții serioase de readaptare socială, instanța care a aplicat pedeapsa poate, în circumstanțe excepționale și în conformitate cu articolul 712-7, decide, încetarea perioadei de siguranță în temeiul articolului 132-23 din Codul penal sau ca durata acesteia să fie redusă.

Cu toate acestea, în cazul în care Curtea de Jurii a decis să mărească perioada de siguranță la treizeci de ani, în conformitate cu prevederile ultimului alineat al articolelor 221-3 și 221-4 din Codul penal francez, instanța de executare a pedepselor nu poate reduce durata perioadei de siguranță sau să îi pună capăt, decât numai după ce condamnatul a executat închisoarea efectivă pentru o perioadă de cel puțin douăzeci de ani.

În cazul în care Curtea de Jurii a decis că niciuna dintre măsurile enumerate la articolul 132-23 din Codul penal nu ar putea fi acordată condamnatului la detenţiune pe viață, tribunalul delegat cu executarea pedepselor nu poate acorda una dintre aceste măsuri decât în cazul în care condamnatul a executat efectiv o perioadă în închisoare pentru o perioadă de cel puțin treizeci de ani.

Deciziile prevăzute în alineatul precedent nu pot fi dispuse decât după un raport de expertiză realizat de către un grup de trei experți medicali de pe lista experților acreditați de pe lângă Curtea de casație, care se pronunță cu privire la periculozitatea condamnatului.

Prin derogare de la al treilea alineat al articolului 732 cod de procedură penală,tribunalul delegat cu aplicarea pedepselor poate pronunța măsuri de asistență și de control asupra condamnatului, fără ca acestea să fie limitate în timp. "

[514] Deczie Curtea de casaţie, secţia penală, Cass.crim.9 mai 1990, Bull crim. 177, disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr , consultată la 01.12.2015

[515] Gilbert Azibert, *Code de procédure pénale annoté*, Edition 2016, Ed.LexisNexis, Paris, p.796

[516] Decizia Curţii de casaţie, Cass.crim din 20 ianuarie 2010, *Bull.crim.*14., disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr , consultată la 01.12.2015

Alte modalităţi prin care se sprijină reintegrarea condamnaţilor în societate, care fac parte din individualizare executării pedepselor, sunt ieşirile anticipate din penitenciare. Acestea reprezintă o pregătire continuă a condamnatului de a se reintegra în mediul social. O parte din sancţiune este deja executată şi există şi garanţii de reintegrare din partea condamnatului. De asemenea, există şi motive de sorginte economică, precum ar fi, evitarea aglomerării penitenciarelor şi soluţia este de a promova punerea în executare a pedepselor în comunitate prin aceste permisiuni de ieşiri, în anumite condiţii, care trebuie îndeplinite, cu atât mai mult atunci când pedeapsa este mai aproape de finalul executării sale. "Este ca o pedeapsă cu termen scurt asociată cu o *oportunitate* de neexecutare efectivă, alegerea modalităţilor de punere în executare se intenţionează să fie la înălţime cu evoluţia situaţiei condamnatului."[517] Legea oferă prin aceste modalităţi de executare interschimbabile şi evolutive, garanţia respectării personalităţii condamnatului şi a drepturilor sale, de asemenea garanţia echităţii individualizării postcondamnatorii a pedepselor.

Modalităţile de executare a pedepselor privative de libertate şi tehnica de selecţie a acestora, în funcţie de evoluţia tuturor condamnaţilor, tind spre libertate în diferitele sale forme, o libertate controlată de către autorităţile care gerează executarea pedepselor şi analizează şi apreciază oportunitatea măsurilor, după pronunţarea lor. Cu toate acestea, există, de asemenea şi măsuri de executare alternative pentru pedepsele privative de libertate.

În ceea ce privește strategia de substituire a pedepsei cu închisoarea, deci a pedepsei ce se execută în penitenciar, sau a celor care însoțesc aceste pedepse restrictive de libertate, există modalităţi de executare care pot înlocui pedeapsa cu închisoarea în cazul în care această pedeapsă este considerată inoportună, sau care pot să însoțească, sau să completeze măsurile de executare cu care au fost înlocuite pedepsele. Spre exemplu, măsuri ca supunerea condamnatului la un dispozitiv de prevenire, monitorizare sau de control sau de a-i impune obligații pentru a le respecta, sub riscul de a reveni la executarea pedeapsei cu închisoarea în

---

Nu ezităm să ne întrebăm de ce aceste "garanţii serioase de redresare socială" nu sunt definite enumerativ, exemplificativ măcar de legiuitor? Deoarece, legea penală trebuie să fie clară şi precisă prin prisma echităţii. Cu atât mai mult cu cât, în funcţie de aceste garanţii de redresare socială, tribunalul delegat cu aplicarea pedepselor poate să pună capăt măsurii de siguranţă, care a justificat totuşi, *ab initio* un pericol social ridicat din moment ce aceasta a fost dispusă. Chiar dacă deciziile prevăzute nu pot fi emise decât după o expertiză efectuată de către un grup de trei experți medicali pe lista de experți autorizați de către Curtea de Casație care decid în mod evident, cu privire la starea de periculozitate a condamnatului, nu există nicio determinare formală - textuală, măcar exemplificativă, a acestor indicii de redresare.

[517] Y. Mayaud, op. cit. p.696

cazul în care acestea nu vor fi respectate. Exemple sunt: munca în interesul comunităţii,[518] privarea de drepturi, sau restricţionarea acestora[519]și plasarea sub supraveghere, aceasta din urmă fiind un punct de referință în ceea ce priveşte ameliorarea executării pedepselor privative de libertate.

În cazul acestor pedepse se manifestă o gestiune a executării reactive de către judecător, care are puteri practic aproape nelimitate, în scopul de a adapta pedepsele la situația particulară a celor condamnați, pe toată durata de aplicare a acestora, după cum, de asemenea, le poate retrage în cazul unor evoluții negative a condamnaţilor la care se face referire. Sunt interschimbabile, flexibilitatea fiind regula.

Urmărindu-le evoluţia, doctrina franceză[520] a identificat corespondenţe interne și externe între aceste pedepse, cum ar fi în cazul duratei interdicţiei de sejur, judecătorul poate, după ascultarea condamnatului şi a opiniei procurorului, modifica lista locurilor interzise și a măsurilor de monitorizare și de asistență cărora le este supus condamnatul.[521] Judecătorul

[518] Măsură care există, de asemenea, în Codul penal român şi este reglementată la articolul 93, care prevede măsurile specifice suspendării sub supraveghere și obligațiile pe care trebuie sa le respecte condamnatul, al.3 al art.93 din Codul penal român prevede că , pe parcursul termenului de supraveghere, condamnatul va presta o muncă neremunerată în folosul comunităţii pe o perioadă cuprinsă între 60 și 120 de zile, în condiţiile stabilite de instanţă, afară de cazul în care, din cauza stării de sănătate, nu poate presta această muncă. Numărul zilnic de ore se stabileşte prin legea de executare a pedepselor.

[519] Prevăzute în art. 131-6 Cod penal francez modificat prin legea nr. 2014-896 din 15 august 2014 - art. 52.

[520] Yves Mayaud, op.cit.pp.709-711

[521] Art.762-4 CPP francez ,modificat prin Legea nr 2005-1549 din 12 decembrie 2005 - s. 39 JORF 13 decembrie 2005:

"Judecătorul delegat cu aplicarea pedepsei de la instanţa în a cărei rază teritorială condamnatul a declarat că are reședința, asigură punerea în aplicare a măsurilor de asistență și asigură măsurile de supraveghere prevăzute de hotărârea de condamnare. În orice moment, pe parcursul duratei interdicţiei sejurului, judecătorul delegat cu aplicarea pedepselor poate, după ascultarea persoanei condamnate şi avizul procurorului, să modifice lista locurilor interzise, precum și măsurile de supraveghere și de asistență în conformitate cu articolul 712-8 CPP francez, modificat prin Legea nr. 2009-1436 din 24 noiembrie 2009 - art. 75 "Deciziile prin care se modifică, sau prin care se refuză modificarea măsurilor menționate în primul și al patrulea alineat din articolul 712-6 Cod de procedură penală francez, sau obligațiile rezultând din aceste măsuri, sau măsurile dispuse de instanță în aplicarea aplicare a articolului 712 -7 Cod de procedură penală sunt luate prin ordonanță motivată a judecătorului delegat cu executarea pedepselor, cu excepția cazului în care procurorul cere ca acestea să fie supuse unei decizii luate după o dezbatere contradictorie, în conformitate cu articolul 712-6 Cod procedură penală.

Cu toate acestea, pentru executarea unei măsuri de libertate supravegheată, plasarea în exterior, sau plasare sub supraveghere electronică sau pentru exercutarea unor permisiuni temporare de ieşire din penitenciar, judecătorul delegat cu executarea pedepselor poate, în decizia sa, să autorizeze şeful penitenciarului sau directorul serviciului de probaţiune din penitenciar, sau în cazul minorilor, directorul regional al protecției juridice a tinerilor, pentru a modifica orele de de intrare sau ieșire a condamnatului din închisoare, sau prezența acestuia în

delegat cu aplicarea pedepselor poate renunţa la aplicarea unei categorie de sancțiuni în favoarea alteia, de exemplu, poate pronunţa, din oficiu, sau la cererea celor interesați, sau a procurorului, prin ordin, sau decizie motivată luată la finalul unei dezbateri contradictorii, în conformitate cu articolul 712-6 din Codul de procedură penală, să înlocuiască munca în interesul comunităţii cu o pedeapsă cu zile amendă, chiar dacă această pedeapsă de muncă în interesul comunităţii a fost pronunțată ca o pedeapsă substitutivă sau ca modalitate de suspendare a executării. La fel, judecătorul poate, în schimb, să substituie o pedeapsă de zile amendă unei pedepse ce se execută su suspendare în paralel cu executarea unei obligaţii de muncă în interesul comunităţii.[522]În ceea ce priveşte cea din urmă înlocuire, ea nu este posibilă în cazul în care infractorul a refuzat-o, sau nu este prezent la ședință și aceasta poate interveni în egală măsură şi prin derogare de la al doilea alineat al articolului 131-25[523] Codul penal, în cazul neachitării totale sau parțiale a plății sumei exigibile la data expirării perioadei corespunzătoare numărului de zile-amendă pronunțate. Acestea sunt într-adevăr prerogative extinse ale judecătorului delegat cu aplicarea pedepsei, acesta beneficiind de o paletă de alternative foarte extinsă, tendința este în cele din urmă flexibilitatea în scopul de a se obține cel mai bun rezultat de descurajare a condamnatului în a mai comite infracţiuni.[524]

Una dintre utilele caracteristici ale acestui tip de pedeapse restrictive de libertate este cea disuasivă, factorul de descurajare, pe care îl reprezintă pentru condamnat constă în amenințarea cu închisoarea în cazul în care acesta nu își îndeplinește obligațiile.

Codul penal francez se completează cu Codul de procedură penală francez şi în acest sens, în special pentru deducerea consecințelor represive care trebuie să urmeze anumitor acțiuni. Astfel, judecătorul delegat cu executarea pedepselor poate interveni în mod direct în

---

anumite locuri determinate, atunci când vine vorba de schimbări favorabile condamnatului şi nu există riscul afectării echilibrului măsurii luate. Acesta este informat cu promptitudine cu privire la modificările efectuate și le poate anula printr-o ordonanţă care nu face obiectul unui recurs. "

[522] A se vedea art.733-1 Cod procedură penală francez, mod Legea din 24 noembrie 2009, art.747-1-1, art.747-1-2 Cod procedură penală, modif. prin Legea nr 2014-896 din 15 august 2014.

[523] Articolul 131-25 Cod penal francez, modificat prin Legea nr. 2014-896 din 15 august 2014 art. 29 "În cazul în care o condamnare la o pedeapsă de zile-amendă, suma globală este exigibilă la sfârșitul perioadei corespunzătoare numărului de zile-amendă. Sub rezerva celui de-al doilea alineat al articolului 747-1-2 din Codul de procedură penală francez, lipsa totală sau parțială a plății acestei sume duce la încarcerarea condamnaților pentru o perioadă corespunzătoare numărului de zile amendă neachitate. Se procedează ca în material constrângerii judiciare. Detenția este supusă regimului de executare specific pedepselor cu închisoarea. "

[524] Yves Mayaud, op.cit.p. 711

executarea măsurii, existând texte care prevăd suspendarea, retragerea, revocarea măsurii, astfel condamnatul poate chiar reveni în situaţia pe care procedura trebuia să o evite prin aceste modalităţi restrictive.[525]Am observat în conținutul legii prezența dezbaterii contradictorii, un alt element al dezideratului echității, prin prevederile articolului 712-6 și 712-7 din Codul de procedură penală francez.[526]

Din perspectiva echității, dezbaterea contradictorie este esențială, dreptul francez a reglementat astfel în acest context, necesitatea existenţei unei componente a dreptului la apărare, care trebuie să fie respectată pe tot parcursul procesului penal, dar şi după acesta. Perioadele de cincisprezece zile și o lună sunt, de asemenea, proporţionale în raport cu gravitatea faptelor pe care le vizează și cu pericolul social pe care îl implică.[527] Identificăm obligația de a se ține dezbaterea în contradictoriu ca fiind esenţială, ea nelipsind din acest context. În cele din urmă, încălcarea de către condamnat a obligațiilor cărora le este supus, comise în timpul perioadei de executare a măsurilor, inclusiv pe parcursul suspendării, sau obligaţia de a efectua munca în folosul comunității, poate duce la revocarea sau retragerea măsurii, după expirarea acesteia, atunci când judecătorul, sau instanța de aplicarea a pedepselor competente a fost sesizată sau s-a sesizat în acest scop.[528]

---

[525] Nu este vorba despre un automatism, dar dacă reaua voință a condamnatului în cauză continuă să existe, este normal ca soluția să aibă un curs negativ pentru acesta. În acest sens, Codul de procedură penală francez prevede că "pentru nerespectarea obligațiilor sale care fac obiectul unei măsuri de libertate supravegheată, plasament în exterior sau de monitorizare electronică, judecătorul delegat cu executarea pedepselor poate , după consultarea procurorului, să dispună, suspendarea măsurii. "

[526] Care este menționată ca fiind necesară pentru că" în lipsa contradictorialităţii prevăzute de articolul 712-6 în termen de cincisprezece zile de la încarcerarea condamnaților care rezultă din această suspendare a măsurii, persoana este eliberată, în cazul în care ea nu este deținută pentru un alt motiv. Această perioadă se prelungește cu o lună în cazul în care dezbaterea contradictorie trebuie să aibă loc în faţa tribunalului delegat cu aplicarea pedepselor prin aplicarea art.712-7 Cod procedură penală. "

[527] Art.712-19 completat cu următoarele; "În cazul nerespectării obligațiilor de către persoana condamnată la o pedeapsă cu suspendare sub supraveghere, o condamnare cu suspendare cu obligația de a efectua muncă în folosul comunității, o supraveghere socio-judiciară, sau supravegherea judiciară, fracționare sau eliberare condiționată, instanța de supraveghere poate dispune, după consultarea procurorului, încarcerarea temporară a condamnatului .Ordonanţa de încarcerare provizorie poate fi emisă de judecătorul delegat cu aplicarea pedepselor din locul în care condamnatul se află. În lipsa desfășurării dezbaterii contradictorii în temeiul articolului 712-6 în termen de cincisprezece zile de la încarcerarea condamnatului, acesta este eliberat în cazul în care nu este deținut pentru un alt motiv. Această perioadă se prelungește cu o lună în cazul în care dezbaterea contradictorie trebuie să aibă loc în tribunalului delegat cu aplicarea pedepselor în conformitate cu dispozițiile articolului 712-7.

[528] Art. 712-20, creat prin Legea nr 2004-204 din 9 martie 2004 - s. 161 JORF 10 martie 2004 în vigoare la 1 ianuarie 2005.

De asemenea, există mai multe măsuri cu caracter personal pe care judecătorul delegat cu executarea sancțiunilor le pot aplica direct persoanei condamnate, cum ar fi mandatul de aducere, mandatul de reţinere, dacă acesta este dat în urmărire generală şi consemn, sau dacă are reședința în străinătate.[529]

Aceste pedepse restrictive de libertate nu reprezintă facilități pentru condamnat, natura lor represivă nu este minimalizată. Procedura poate avea ca rezultat încarcerarea provizorie a celui vizat,[530] înainte de a se statua din nou asupra soartei sale.[531]

În general, am văzut că există proceduri pentru punerea în aplicare a pedepselor care au fost create și consacrate în dreptul penal pentru a asigura o protecție reală a drepturilor

[529] Judecătorul delegat cu executarea pedepselor poate emite un mandat de aducere împotriva unei persoane condamnate plasate sub controlul său pentru nerespectarea de către aceasta din urmă a obligațiilor sale. În cazul în care persoana condamnată a fugit sau își are reședința în străinătate, el poate emite un mandat de arestare. Emiterea mandatului de arestare suspendă, până la executarea sa, timpul de executare a măsurilor de gestionare a executării pedepsei. În caz de urgență și incapacitate de a dispune a judecătorului executării pedepselor și a magistratului competent care îl înlocuiește, în locul acestuia, mandatul poate fi eliberat de către procurorul care îl va informa, cât mai curând posibil pe judecător delegat cu executarea pedepselor; în cazul în care nu au fost deja pus în aplicare, acest mandat va deveni caduc în cazul în care nu este reluat în prima zi lucrătoare care urmează, de către judecătorul delegat cu aplicarea pedepselor. În cazul în care persoana căutată se găsește, procedura se va derula în conformitate cu prevederile legale. Procurorul de la locul de arest este notificat la începutul reținerii persoanei de către poliție sau jandarmerie. În timpul reţinerii, care nu poate dura mai mult de douăzeci şi patru de ore se va proceda în conformitate cu prevederile articolelor 63-2 și 63-3 CPP, persoana reţinută care este condusă cât mai curând posibil și cel târziu în termen de douăzeci și patru de ore de la arestarea sa, la procurorul de pe lângă tribunalului de mare instanţă în a cărui jurisdicție își are sediul judecătorul care aplică sancțiunile corespunzătoare. Dupa confirmarea identității sale și după ce i s-a notificat mandatul, magistratul îl aduce în faţa judecătorului delegat cu executarea pedepselor, care procedează în conformitate cu dispozițiile articolului 712-6. În cazul în care prezentarea imediată în fața judecătorului nu este posibilă, persoana este adusă în fața judecătorului de libertăți și detenție. Judecătorul poate, bazându-se pe susținerile procurorului, să dispună, privarea de libertate a condamnatului până la înfățișarea sa, după caz, în faţa judecătorului delegat cu executarea pedepselor, care trebuie să aibă loc în termen de cel mult opt zile, sau în faţa tribunalului delegat cu executarea pedepselor, care trebuie să aibă loc într-o perioadă de cel mult o lună.

În cazul în care persoana este arestată la mai mult de 200 de kilometri distanţă de la biroul judecătorului de aplicare a pedepselor și nu este posibil de a o conduce în termen de douăzeci și patru de ore în faţa procurorului competent în conformitate cu al 6-lea alineat, ea va fi condusă înaintea procurorului de la locul arestării sale, care îi verifică identitatea, îi notifică mandatul şi primește orice declarații, după ce avertizează persoana că este liberă să nu declare nimic. Magistratul pune în executare apoi mandatul dispunând conducerea celui în cauză în închisoare; magistratul trebuie să notifice judecătorul delegat cu aplicarea pedepselor care a emis mandatul în acest sens. Aceasta dispune transferul persoanei care urmează să apară în faţa lui în termen de patru zile de la notificarea mandatului; această perioadă se prelungește până la șase zile, în cazul transferului între un departament de peste mări și Franța continentală sau un alt departament de peste mări -Articolul 712-17 CPP, modif. prin Legea nr. 2014-896 din 15 august 2014 - s. 47.

[530] A se vedea art.712-18, 712-19 din Cod procedură penală francez.

[531] Yves Mayaud, op.cit.p.712

persoanelor condamnate și pentru a ajuta la reintegrarea acestora. În opinia noastră, acest lucru este dovada existenţei echităţii în această etapă de individualizare a pedepselor.

B.b).2.4. Anumite aspecte ce vizează respectarea dreptului la apărare pe parcursul executării pedepselor în dreptul penal francez

În ceea ce îl privește pe infractorul condamnat definitiv și continuarea dreptului său la apărare şi pe parcursul executării pedepsei privative de libertate, a fost incidentă următoarea întrebare: "Care ar fi locul acestor drepturi la apărare şi dacă ele sunt realmente organizate într-o oarecare formă?" [532] Legiuitorul francez a oferit un răspuns la aceste întrebări, dar, în opinia noastră, răspunsul nu este complet.

Articolul 24[533] din Legea nr 2009-1436 din 24 noiembrie 2009 a penitenciarelor prevede asigurarea respectării acestor drepturi condamnaţilor, iar dacă avansăm în conținutul Codului de procedură penală francez, regăsim în secțiunea II intitulată *Accesul la drept,* din Capitolul IV intitulat *Despre administrarea penitenciarelor,* Titlul II. *Despre detenție,* de la art. R.57-6-22 la art. R.57-6-21[534] necesitatea asigurării accesului la lege sub formă de consultații juridice gratuite în penitenciare. Aceste dispozitive permanente de consultări juridice urmăresc să răspundă tuturor solicitărilor de informații juridice de la deținuți, însă *cu excepția celor legate de cauza penală pentru care este încarcerat cel în cauză, a executării pedepsei sale, sau chestiunilor pentru clarificarea şi valorificarea cărora un avocat este sesizat deja.* Astfel, dacă ne oprim asupra exprimării legii vom avea o altă întrebare firească : ce se întâmplă în cazul în care nu există un avocat care să fi fost sesizat cu privire la cauza respectivă, condamnatul nu are cunoștință deplină de drepturile sale şi de modalităţile în care ele pot fi valorificate, sau chiar dacă el ar avea cunoștință despre drepturile sale, nu a sesizat un avocat al apărării, deoarece nu a considerat necesar acest lucru?

---

[532] Pierrette Poncela, *Les droits de la défense durant l'exécution des peines privatives de liberté*, Saleilles Raymond, et Ottenhof Reynald. *L'individualisation De La Peine: De Saleilles à Aujourd'hui*. Rééd. de la 3e éd. de l'ouvrage de Raymond Saleilles. Ramonville Saint-Agne: Érès, 2001, p.268

[533] "Orice persoană reținută ar trebui să fie în măsură să își cunoască drepturile și să beneficieze, în acest sens, de un mecanism de consultare juridică gratuită instituit în fiecare instituție."

[534] Care afirmă că " dispozitive permanente care să asigure acces la lege sub formă de consultații juridice gratuite, denumite " puncte de acces la drept "sunt înființate în cadrul penitenciarelor de către "consiliile departamentale de acces la drept" în consultare cu directorii penitenciarelor și directorii serviciului penitenciar de probațiune. "Aceste consultări au ca scop să răspundă tuturor solicitărilor de informații juridice efectuate de către deținuți, cu excepția celor legate de cauza penală pentru care este încarcerată persoana care solicită informațiile, executarea pedepsei sale, sau pentru care avocatul este deja sesizat. "

Nu putem decât să achiesăm la concluziile doctrinei franceze, conform cărora "nu există încă un serviciu de avocaţi în mod constant în închisori, şi chiar dacă dreptul de a se apăra nu implică în mod necesar intervenţia unui avocat, situaţia vulnerabilă juridică a deţinutului face acest serviciu deosebit de dorit în penitenciare." [535] Dacă reflectăm asupra situaţiei, în numele dezideratelor echităţii, s-ar justifica asigurarea existenţei unei permanenţe de avocaţi în acest scop. În plus, ar fi recomandabil ca legiuitorul să prevadă obligativitatea existenței consultanței juridice prin avocaţi în penitenciare, luându-se în considerare argumentul stării de vulnerabilitate psihică a celor condamnați și aflaţi în executarea pedepselor în regim penitenciar. Aceasta ar completa celelalte modalităţi echitabile de modulare a executării pedepselor existente. Nu trebuie să uităm că în aceste situaţii este afectată în mod continuu, pe parcursul etapei de executare a pedepsei, o libertate fundamentală, cu siguranță, în limitele legalității pedepsei și incriminării şi în baza unor hotărâri definitive de condamnare, dar cu toate acestea, posibilele abuzuri în timpul executării efective a pedepsei trebuie prevenite şi evitate. De asemenea, considerăm că ar trebui să se ia în considerare în analiza evoluţiei personalităţii condamnatului şi impactul pe care îl are asupra lui situaţia în care se află atunci când îţi execută pedeapsa în penitenciar.

În analiza noastră am identificat unele aspecte caracteristice procedurii disciplinare în legătură cu executarea pedepselor. Punându-se problema existenței "protecţiei drepturilor la apărare împotriva autorităţiilor din penitenciare"[536] în cursul procedurii disciplinare, art.R.57-7-16 din Codul de procedură penală reglementează acest aspect.[537] În ceea ce priveşte conținutul acestui articol, care vizează în mod direct procedurile disciplinare și implicit dreptul la apărare, ca o componentă a echităţii în acest context, am identificat şi unele aspecte mai sensibile, cum ar fi termenii întrebuinţaţi de către legiuitor: "dreptul de a fi asistat de un avocat ales de el, sau de către un avocat numit de președintele serviciului de avocaţi destinat

[535] Pierrette Poncela, op.cit.p.268

[536] Expresie împrumutată de la Pierrette Poncela, *Les droits de la défense durant l'exécution des peines privatives de liberté,* op.cit.p268

[537] "În cazul inițierii unei proceduri disciplinare, faptele invocate și încadrarea juridică a acestora sunt aduse la cunoștința deținutului. Dosarul procedurii disciplinare este pus la dispoziția sa. Deținutul este informat cu privire la data și ora convocării sale în fața Comisiei de Disciplină precum și cu privire la timpul pe care îl are la dispoziție pentru a-și pregăti apărarea. Acest termen nu poate fi mai scurt de douăzeci și patru de ore. Deținutul are dreptul de a fi asistat de un avocat ales de el sau de către un avocat numit de președintele Baroului și poate beneficia de sprijin juridic. În cazul în care deținutul este minor, el este asistat în mod obligatoriu de un avocat. În lipsa alegerii unui avocat de către acesta sau de către reprezentanții săi legali, acesta este asistat de un avocat numit de serviciul Baroului în acest sens. "

în acest sens," sau "*poate* beneficia în acest scop de asistența juridică", chiar și atunci când există în același text, pe de altă parte, prevederea ca fiind obligatorie a asigurării avocatului pentru minori. Din punctul nostru de vedere, în această ipoteză, legea nu ar trebui să facă diferențe, condamnatul este supus impactului executării pedepsei, care îl poate sensibiliza, sau poate chiar să aibă influenţe asupra capacităţii lui de a raționa, acesta devenind mai vulnerabil din punct de vedere psihic și moral. Nu vrem să spunem că este comparabilă vulnerabilitatea minorilor, prezumată de altfel de lege, cu cea a adulţilor delincvenţi, însă strict în acest context şi din raţiuni de echitate, opinăm că s-ar justifica *obligativitatea asigurării asistenţei judiciare* în ambele cazuri, atât în situaţia minorilor, cât şi în cea a majorilor deţinuţi. Nu este o situație ușor de suportat aceea de a fi deținut, astfel încât rezultatul interpretării *in extenso* a unei posibile "extinderi a umanității executării pedepselor cu tot ce aceasta presupune" în numele vulnerabilității celui care execută pedeapsa în penitenciar, ni se pare că ar fi mai echitabilă.

Această asistență de specialitate ar trebui să fie deci prevăzută ca fiind obligatorie în toate cazurile şi reglementată ca atare în legea penală. De fapt, noi considerăm că, în lumina actualei filosofii a politicii penale, reabilitarea este scopul principal al pedepsei, chiar și pedeapsa ce se execută în regim închis, și chiar dacă sunt angajate proceduri disciplinare în cazul celui vizat, drepturile sale de apărare trebuie să fie asigurate în mod continuu prin consultanță de specialitate din partea avocaţilor pentru optimizarea exercitării acestui drept esențial. În plus, primul alineat al art.R.57-7-25 din Codul de procedură penală francez prevede că, din momentul înfăţișării sale în fața Comisiei de disciplină, în cazul în care deținutul trebuie să-și prezinte observațiile sale, acesta este asistat de un avocat *numai dacă este necesar*. Credem că standardele de echitate ar impune asistența unui avocat, și că ar fi mai oportun pentru deținut ca avocatul să prezintă aceste observații pentru a se conferi astfel o eficacitate reală a exercitării dreptului la apărare, acesta va fi exercitat prin intermediul sprijinului unor profesionişti în cunoştinţă deplină de cauză.

Avansând analiza noastră în conținutul alin. 3[538] al aceluiași articol, constatăm că prezența avocatului este trecută cu vederea, deoarece în această ipoteză, nu avocatul este cel

[538] Observăm că acesta prevede că "în cazul în care persoana nu înțelege limba franceză, nu este în măsură să se exprime în acea limbă, sau se află în incapacitatea fizică de a comunica, explicațiile sale sunt prezentate, în măsura în care este posibil, prin intermediul unui interpret desemnat de către directorul penitenciarului. "

mai capabil şi mai în măsură să apere drepturile persoanelor condamnate, ci "un interpret numit de către directorul instituţiei."

În concluzie, susţinem că dezideratul echității ar justifica şi ar impune regula prezenţei avocaţilor în mediul penitenciar. În acest sens, doctrina franceză a propus soluția organizării comisiilor *ex oficio* de avocați sau a serviciilor permanente de avocaţi.[539]

Un alt aspect care ne apare ca nefiind corect față de condamnați în conformitate cu art. R.57-7-32[540] din partea intitulată *Căi de atac* din Codul de procedură penală francez este cel conform căruia în cazul în care persoana care intenționează să conteste sancțiunea disciplinară ce i-a fost aplicată, directorul inter-regional are la dispoziţie o perioadă de o lună de la primirea apelului pentru a răspunde printr-o decizie motivată. Absenţa unui răspuns are valoare de respingere a contestaţiei. Aşadar în cazul în care directorul inter-regional decide să răspundă, decizia sa va fi motivată, dar dacă nu decide să răspundă în termenul legal, aceasta este considerată ca fiind o respingere a contestaţiei, astfel încât nu necesită nicio motivare, ceea ce înseamnă că acesta va fi cazul unui recurs în contencios, astfel încât această respingere va fi analizată, însă ne întrebăm în ce mod va fi judecat acest recurs în contencios, mai exact, cum vor verifica organele competente motivele sau temeiurile respingerii contestaţiei în cazul în care nu există nici o motivație, ci doar o prezumție de drept în baza căreia lipsa răspunsului valorează respingere a contestaţiei? În plus acest recurs ierarhic prealabil obligatoriu adresat directorului inter-regional al serviciului penitenciar întârzie anularea eventuală a măsurii, deoarece suspendarea executării nu este prevăzută în majoritatea situațiilor. Procedura este lentă şi nu este favorabilă valorificării unei apărări echitabile. În egală măsură, lipsa motivării nu îndeplineşte exigențele respectării acestor drepturi la apărare.

Dacă am identificat anumite aspecte care pot ridica probleme din perspectiva echității legii penale în cadrul individualizării pedepsei pentru adulți, dar şi aspecte care sunt în deplin acord cu echitatea, prin care aceasta se reflectă în dreptul penal francez, pentru a avea o

[539] Pierrette Poncela, op.cit. p.272

[540] "Persoana deţinută care înţelege să conteste sancțiunea disciplinară care i-a fost aplicată de către Comisia de disciplină trebuie, în termen de cincisprezece zile de la data notificării deciziei, să o înainteze directorului inter-regional al serviciilor penitenciarelor înaintea oricărui recurs în contencios. Director inter-regional are la dispoziţie, pentru a răspunde printr-o decizie motivată, o perioadă de o lună de la primirea contestaţiei. Absența răspunsului în acest termen valorează respingerea contestaţiei. "

viziune complexă, vom continua cu o analiză a regimului de individualizare a măsurilor educaționale pentru minori. De asemenea este necesar și studiul măsurilor de siguranţă, atât în sfera dreptului francez, cât şi în sfera dreptului român, instituţii unde vom identifica elementele de echitate în cele ce urmează.

Secţiune 2. Echitatea şi individualizarea măsurilor educative şi a măsurilor de siguranţă

A. Individualizarea măsurilor educative şi măsurilor de siguranţă în dreptul penal român

Cea de-a doua categorie a sancţiunilor penale o reprezintă măsurile educative. Ele sunt sancţiuni specifice, aplicabile minorilor care răspund penal şi sunt reglementate în art. 113-134 Cod penal, art. 504-520 Cod de procedură penală, dar şi în legi speciale ca art. 9 alin. (2), art. 17-22, art. 239 din Legea nr. 187/2012 pentru punerea in aplicare a Legii nr. 286/2009 privind Codul penal, publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 757 din 12 noiembrie 2012 art. 243-248 art. 32-37, art. 41-42, art. 45-47, art. 69-101, art. 111-117 din Legea nr. 252/2013, Legea 252/2013 privind organizarea şi funcţionarea sistemului de probaţiune, publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 514 din 14 august 2013 art. 63-76 din Legea nr. 253/2013 şi art. 134-184 din Legea 254/2013 privind executarea pedepselor şi a măsurilor privative de libertate dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal, publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 514 din 14 august 2013.

Măsurile educative sunt definite de doctrină[541] ca fiind sancțiuni de drept penal special pentru minori care sunt menite să asigure educarea și reeducarea acestora prin instruire școlară și profesională, prin cultivarea în conștiința acestora a respectului față de valorile sociale. Măsurile educative au un caracter preponderent educativ, neimplicând nicio consecință penală deoarece ele nu sunt considerate ca antecedente penale pentru persoana față de care s-au luat, spre deosebire de pedepse, unde caracterul coercitiv este cel predominant.

[541] C. Mitrache, C. Mitrache, *Drept penal român. Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 369, pct. 620

În prezent, regimul sancţionator pentru minori în dreptul penal român, spre deosebire de cel francez,[542] este format exclusiv din măsuri educative. Prin prisma dezideratelor echităţii, este corect ca minorilor să li se aplice sancţiuni penale cu un pronunţat caracter educativ. Este vorba despre o vulnerabilitate specifică minorităţii care nu ar legitima un tratament sancţionator identic cu cel pentru majori.[543] Regula echităţii relevă că un regim sancţionator asemănător cu cel al adulţilor ar fi unul *disproporţionat şi excesiv*. Aceste măsuri educative sunt de fapt restrictive de drepturi şi libertăţi, ele fiind sancţiuni revocabile,[544] jurisdiţionalizate, se aplică numai de către instanţele de judecată, fiind privative sau neprivative de libertate. Codul penal anterior român prevedea şi pedepse aplicabile minorilor. Regimul sancţionator specific minorilor este prevăzut în cuprinsul actualului Cod penal român, pe când în sistemul francez el este reglementat prin legi speciale cum ar fi: Legea din 22 iulie 1912, în completare la prevederile Codului penal francez din 1810, care a instaurat prezumţia absolută conform căreia minorul care a săvârşit fapta având o vârstă inferioară celei de 13 ani nu răspunde penal, Ordonanţa nr.45-174 din 2 februarie 1945 privind delincvenţa infantilă în Franţa, sau Legea din 9 septembrie 2002.

Politica penală, în ceea ce priveşte răspunderea penală a minorilor în România şi Franţa, se bazează pe cercetări criminologice care analizează personalitatea minorilor infractori care denotă o dezvoltare biopsihică insuficientă, cu impact asupra modalităţilor de săvârşire a infracţiunilor. Legătura dintre echitate şi regimul răspunderii penale a minorilor este uşor de identificat, deoarece echitatea impune şi justifică, în cazul minorilor, un tratament distinct şi sancţiuni distincte, cu caracter preponderent educativ, iar numai în mod subsidiar, sancțiuni cu caracter represiv.

Politica penală franceză de individualizare a sancţiunilor pentru minori este diferită de cea română, cea dintâi incluzând şi *pedepse* pentru minori, însă tot în strictă legătură cu

[542] Vom vedea ulterior că, în dreptul penal francez, minorilor care răspund penal li se aplică atât măsuri educative, cât şi sancţiuni, dar şi pedepse, în regim special, însă avându-se în vedere prezumţia de vulnerabilitate a acestora din momentul audierilor, este vorba despre un regim sancționator mixt, alcătuit din măsuri educative, mediere-reparație și pedepse reglementat de Ordonanța nr. 45-174 din 2 februarie 1945 privind minorii delincvenți. În actualul Cod penal român s-a renunţat la pedepsele aplicabile minorilor, regimul sancţionator pentru minori în dreptul penal român fiind format exclusiv din măsuri educative neprivative, sau privative de libertate.

[543] Raţionamentul legiuitorului francez este identic sub aspectul vulnerabilităţii prezumte a minorului care săvârşeşte o infracţiune.

[544] Instanţa poate reveni asupra lor dacă minorul prezintă semne de rele purtări, sau săvârșește noi infracţiuni.

vulnerabilitatea prezumată a acestora, precum şi cu obiectivele care sunt de sorginte educativă în primul rând, represivă în al doilea rând. Diferă şi pragurile de vârstă a minorilor, în care se apreciază incidenţa prezumţiilor de lipsă a capaciţăţii de a răspunde penal. În mod practic, ambele sisteme de drept vizează etapele copilăriei şi adolescenţei, etape de formare a personalităţii biopsihice, distincte de etapa maturităţii, etapă în care persoana deţine în mod normal acele însuşiri care condiţionează capacitatea penală deplină de a răspunde.

Având în vedere respectarea principiului interesului superior al minorului, dar şi al unei juste şi echitabile individualizări, măsurile educative dispuse nu constituie antecedente penale, nu atrag interdicţii ulterioare, incapacităţi, sau decăderi pentru minorii condamnaţi şi nu se au în vedere la stabilirea stării de recidivă. Echitatea presupune şi o justificare a regimului sancţionator specific minorilor, justificare pe care o vom argumenta în cuprinsul prezentei secţiuni: (**A.a)** Justificarea regimului sanctionator favorizant al minorilor în dreptul penal român şi echitatea sancţiunilor penale).

În ceea ce priveşte măsurile de siguranţă, acestea sunt sancţiuni penale care se dispun, de regulă, pe lângă pedepse,[545]dar şi pe lângă măsurile educative, având un *scop preventiv*, înlăturarea unei stări de pericol subiective atunci când vizează persoana autorului sau obiective, atunci când vizează deţinerea anumitor bunuri.

Măsurile de siguranţă sunt prevăzute în Titlul IV al părţii generale a Codului penal român, însă instituţia juridică a măsurilor de siguranţă este prevăzută şi în legi penale speciale şi în legi nepenale care conţin dispoziţii speciale prin care se reglementează condiţiile generale, felul şi regimul măsurilor de siguranţă.[546]

Deşi au fost consacrate legislativ abia în secolul al XX-lea, unii autori susţin că acestea nu au caracter de sancţiuni penale, ci doar măsuri de ocrotire[547]sau măsuri penale.[548] Chiar dacă sunt sancţiuni de drept penal, scopul măsurilor de siguranţă este unul esenţialmente preventiv, iar nu represiv, ca în cazul pedepselor. Ele pot fi luate cu privire la persoana care a comis o faptă prevăzută de legea penală, nejustificată. Prin urmare, măsurile de siguranţă nu

[545] Excepţie făcând cele medical-curative.

[546] Viorel Paşca, op.cit.p.499

[547] V. Pătulea, Notă în R.D.D., nr.1/1979, pp.46-47

[548] M. Basarab, *Drept penal. Parte generală*, vol.I, ed.a III-a, Ed.Lumina Lex, p.295

pot fi luate faţă de persoana care a comis o faptă prevăzută de legea penală fiind în legitimă apărare ori în stare de necesitate sau în orice altă cauză justificativă. În schimb, pot fi dispuse atunci când fapta prevăzută de legea penală este comisă în condiţiile unei cauze de neimputabilitate, cum ar fi iresponsabilitatea. Esenţial prin prisma dezideratului echităţii în regimul aplicării măsurilor de siguranţă este faptul că ele se pot lua şi dacă făptuitorului nu i se aplică o pedeapsă. Rolul de ocrotire a persoanei este o componentă a echităţii în cadrul acestor sancţiuni specifice şi el trebuie să existe pe toata durata acestora, dar şi *ab initio*, ca scop al aplicării lor. Tot acest rol de ocrotire este evident şi în prevederile art. 82 alin. (2) Cod penal român care prevede că renunţarea la aplicarea pedepsei nu produce efecte asupra executării măsurilor de siguranţă. De asemenea, conform art. 90 alin. (2) Cod penal, nici amânarea aplicării pedepsei nu produce astfel de efecte. Este o dovadă a faptului că legea penală îşi protejează subiectele prin aceste măsuri de siguranţă, chiar şi în cazurile de alegere a unor alternative la pedeapsă, întrucât se consideră inoportună aplicarea imediată a unei pedepse.

În cazul persoanelor juridice, singurele măsuri de siguranţă care pot fi aplicate sunt confiscarea specială şi confiscarea extinsă, celelalte categorii de măsuri de siguranţă sunt specifice persoanelor fizice.[549]În prezenta lucrare vom analiza şi vom căuta să identificăm **A.b)** echitatea în aplicarea măsurii de siguranţă a confiscării prin echivalent şi a confiscării extinse, întrucât le considerăm ca fiind domenii mai sensibile sub aspectul unei juste individualizări.

[549] Legea penală mai favorabilă. Textul de lege analizat preia în mare parte conţinutul art. 111 Cod Penal din 1969. Singura diferenţă, existentă în alin. (2) al textului analizat constă în împrejurarea că în vechea reglementare măsurile de siguranţă se puteau lua faţă de orice persoană care a comis o faptă prevăzută de legea penală, în timp ce în actualul Cod penal astfel de măsuri nu se pot lua decât faţă de o persoană care a comis o faptă prevăzută de legea penală, nejustificată. Prin urmare, dacă fapta penală a fost comisă în condiţiile existenţei unei cauze justificative, conform noii reglementări, faţă de persoana respectivă nu se mai pot lua măsuri de siguranţă,în timp ce sub imperiului Codului penal din 1969 se puteau lua şi într-o astfel de situaţie. Din această perspectivă, legea penală mai favorabilă este legea nouă.- Extras din Sebastian Rădulețu în T. Toader (coord.) *Noul Cod penal.Comentarii pe articole, Ed.Hamangiu, Bucureşti, 2014*

A.a) Justificarea regimului sancţionator favorizant al minorilor în dreptul penal român şi echitatea sancţiunilor penale

Având în vedere vulnerabilitatea sa, minorul nu va fi în măsură să înţeleagă motivul pentru care i s-ar putea aplica drept sancţiune o pedeapsă prevăzută de lege, întrucât acesta nu conştientizează semnificaţia socială a comportamentului său. O astfel de soluţie ar fi inechitabilă, iar funcţia educativă a sancţiunilor penale nu ar mai fi valorificată corespunzător, ea neproducându-şi efectele scontate prin politica penală.

Aplicarea unei măsuri educative pentru sancţionarea unui minor este mai adecvată şi mai utilă pentru redresarea acestuia. De asemenea, stabilirea şi aplicarea unei măsuri educative este mai eficientă şi din punctul de vedere al prevenirii infracţionalităţii în rândul minorilor, având în vedere că aceste sancţiuni specifice sunt prevăzute de lege cu scopul de a instrui şcolar şi de a responsabiliza minorii care răspund penal.

În dreptul penal român, odată cu apariţia Legii nr.104/1992, care a abrogat Decretul nr.218/1977 (decret care prevedea un regim sancţionator format numai din măsuri educative pentru minori) privind unele măsuri tranzitorii referitoare la sancţionarea şi reeducarea prin muncă a unor persoane care au săvârşit fapte prevăzute de legea penală, minorilor li s-au aplicat sancţiunile prevăzute în Codul penal român, fiind vorba despre un regim mixt sancţionator.

Dacă în primul an de aplicare a acelor dispoziţii legale, exista o paritate între cazurile în care s-a aplicat pedeapsa închisorii cu executare efectivă (25,5%) şi a libertăţii supravegheate (26%), în al doilea an de aplicare a Codului penal minorilor, pedeapsa închisorii a depăşit toate măsurile educative aplicate în total, internarea într-un centru de reeducare nu depăşea 10% din totalul sancţiunilor.[550] În acelaşi context, Codul penal prevedea în art.100 alin (2) că "pedeapsa se aplica numai dacă se aprecia că luarea unei anumite măsuri educative nu este suficientă pentru îndreptarea minorului." Graficul dinamicii individualizării sancţiunilor în cazul minorilor arăta o înclinaţie generală constantă a judecătorilor români în a aplica o pedeapsă în detrimentul unei măsuri educative. Măsura internării într-un centru de reeducare a devenit insuficientă, conform statisticilor, iar la nivel instituţional s-a constatat o orientare şi a administraţiei penitenciare spre transformarea centrelor de reeducare în penitenciare

[550] Flaviu Ciopec, op.cit.pp.92-93

pentru minori şi tineri.[551]Din 2004, procentul suspendării condiţionate a executării pedepsei în cazurile cu minori a depăşit procentul executării efective, sistemul având totuşi tendinţa de a deveni mai echilibrat, însă această încercare de favorizare a minorilor nu a rezolvat problema în sine, în anul 2009, pedeapsa cu executare încă reprezenta un sfert din totalul pedepselor aplicate minorilor. Raportul consiliului Superior al Magistraturii privind starea justiţiei pentru anul 2007 justifica această situaţie prin caracterul grav al infracţiunilor săvârşite, societatea se dovedea astfel a fi incapabilă în a proteja minorii împotriva fenomenelor infracţionale, ceea ce impunea ca strategia de luptă împotriva criminalităţii organizate şi a traficului de droguri şi de fiinţe umane să fie dublate de măsuri preventive cu caracter educativ şi social adaptate minorilor.[552]

Prin politica actualului Cod penal român, sistemul sancţionator general penal a înregistrat progrese prin vizarea unei diversificări a pedepselor şi orientarea acestora către cele neprivative de libertate, precum şi prin diversificarea mijloacelor de individualizare a pedepselor, cu atât mai mult, regimul sancţionator român în cazul minorităţii este unul perfect justificat şi echitabil, el fiind alcătuit, în prezent, exclusiv din măsuri educative.[553]

Echitatea se manifestă în acest context prin umanizarea tratamentului sancţionator al minorilor, implicit printr-o politică penală *in favorem*, datorită vulnerabilităţii lor. Considerăm că această abordare este necesară pentru a se obţine egalitatea în faţa legii penale.

---

[551] Penitenciarul Craiova, 1998, Penitenciarul Tichileşti-Brăila, 2004.Informaţii- Site-ul Administraţiei Naţionale a Penitenciarelor: www.anp-just.ro

[552] Flaviu Ciopec, op.cit.p.93

[553] În elaborarea actuelelor prevederi legale cu privire la regimul sancţionator al minorilor delincvenţi, legiuitorul român a ţinut cont de numeroase documente internaţionale privind răspunderea penală a minorilor, cum ar fi Regulile de la Beijing, aprobate de Organizaţia Naţiunilor Unite în 29 noiembrie 1985 prin Rezoluţia nr.40/33; Principiile directoare de la Riyadh adoptate la cel de-al VII-lea Congres al Naţiunilor Unite pentru prevenirea criminalităţii şi tratamentul delincvenţilor în septembrie 1990 devenite principii directoare ale Naţiunilor Unite pentru prevenirea delincvenţei juvenile; Regulile de la Tokyo pentru elaborarea unor mpsuri neprivative de libertate adoptate în cea de-a 45 –a sesiune a Adunării Generale ONU; Preambului Convenţiei Naţiunilor Unite cu privire la Drepturile Copilului, adoptată de Adunarea Generalp Onu în 1989; recomandările comitetului de miniştrii al Consiliului Europei, semnificatife fiind Recomandarea nr R/87/20 cu privire la Reacţia socială la delincvenţa juvenilă din 17 septembrie 1987 şi Recomandarea R/88/6 privind reacţiile sociale privind comportamentul deviant al tinerilor provenind din familii de emigranţi adoptată în aprilie 1988 şi alte recomandări adoptate între anii 1985-1991 în ceea ce priveşte delincvenţa juvenilă – în Costică Bulai, Bogdan Nicolae Bulai în G.Antoniu, T.Toader coord. op.cit.pp.338-339

Vulnerabilitatea specifică minorităţii necesită aplicarea acestui regim sancţionator special pentru ca infractorii minori să poată fi plasaţi pe un plan egal cu majorii din punct de vedere al garanţiei drepturilor apărării. Practic, compensaţiile prevăzute de regimul sancţionator în cazul minorilor se fac în numele echităţii, minorul porneşte din start dintr-o situaţie mai vulnerabilă, inferioară situaţiei majorului infractor, astfel că ei nu trebuie să fie trataţi identic de către legea penală.

Articolul 113 Cod penal român, cu un conţinut identic cu art.99 al vechiului Cod penal român, vizează limitele răspunderii penale a minorilor în raport cu vârsta şi discernământul acestora, termenii de minor şi minoritate având înţelesul stabilit de legea civilă română, care prevede prin dispoziţiile art. 38 Cod civil român[554] că atunci când persoana devine majoră, există capacitate deplină de exerciţiu, la împlinirea vârstei de 18 ani.[555]

Limita superioară de care depinde existenţa, sau lipsa discernământului, din etapa copilăriei este în prezent variabilă în sistemul român şi cel francez,[556] astfel că pragurile prezumţiilor, care pot sau nu pot fi răsturnate, diferă la rândul lor. În art.113 Cod penal român, minorul care nu a împlinit 14 ani nu răspunde penal, aplicându-i-se prezumţia absolută de iresponsabilitate, ea neputând fi răsturnată prin proba contrarie. Politica penală română continuă tendinţa de ridicare a vârstei superioare a copilăriei, în vederea scoaterii din sfera legii penale a unei categorii cât mai largi de minori, în concordanţă cu tradiţia legislativă şi geografică a României, fiind în acelaşi timp în deplină concordanţă cu Regulile de la Beijing care încurajează statele să stabilească o limită minimă rezonabilă cu aplicablitate internaţională.[557]Limita minimă pornind de la care minorul este responsabil penal, aplicându-

[554] Adoptat prin Legea 287/2009, publicată în M.Of. nr.511 din 24 iulie 2009, în vigoare de la 1 octombrie 2011, republicat în M.Of. nr.505 din 15 iulie 2011.

[555] Costică Bulai, Bogdan Nicolae Bulai în G.Antoniu, T.Toader (coord.), op.cit.pp.338-339

[556] În dreptul penal francez, art 122-8 Cod penal francez prevede că minorilor în vârstă de 10 ani dacă au avut discernământ şi se dovedesc a fi vinovaţi de comiterea crimelor, delictelor sau contravenţiilor, li se pot aplica sancţiuni educative (10 ani-13 ani), între 13 şi 18 ani li se pot aplica pedepse cu luarea în considerare de către instanţă, în mod obligatoriu, a atenuării regimului de răspundere penală a acestora, specific minorităţii. În dreptul penal român limita este de 14 ani, dar Proiectul Codului penal român menţiona reducerea limitei de vârstă de la care este posibilă angajarea răspunderii penale a minorului de la 14 la 13 ani, Expunerea de motive specifica argumentele creşterii continue în ultimii ani a faptelor săvârşite de minori cu vârsta de sub 14 ani, dar şi date statistice cu privire la existenţa discernământului în cazul minorilor cu vârsta între 14 şi 16 ani în peste 90% din cazuri acesta exista, ceea ce a generat concluzia firească a existenţei discernământului înaintea împlinirii vârstei de 14 ani. Limita a rămas însă cea prevăzută de Codul penal român anterior.

[557] Anca Ghideanu în Maria Coca-Cozma, Cristiana Mihaela Crăciunescu, Lavinia Valeria Lefterache (coord.), *Justiţia pentru minori*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2003, p.92

i-se aşadar prezumţia de responsabilitate penală este cea de 16 ani, el fiind considerat că răspunde la fel ca şi adultul, în condiţiile legii, începând cu această vârstă.

Legiuitorul român a considerat că începând cu vârsta de 16 ani, minorul are deja capacitatea de a-şi da seama de consecinţele faptei sale şi de caracterul antisocial al acesteia, aşadar minorul care avea vârsta de 16 ani la data comiterii infracţiunii este prezumat de drept ca având capacitate de răspundere penală, identică cu cea a majorilor. În ceea ce priveşte intervalul de vârstă dintre 14 şi 16 ani, tot art.113, în alin (2) Cod penal român prevede că minorul care a împlinit 14 ani, dar nu a împlinit 16 ani la data comiterii faptei va răspunde penal în măsura dovedirii că acesta a săvârşit fapta cu discernământ.

Justificarea reglementării este echitabilă, deoarece legiuitorul ia în considerare capacitatea efectivă a minorului de a realiza caracterul antisocial al faptei pe care o comite şi de a-şi manifesta conştient voinţa în acest sens, capacitatea acestuia fiind privită în raport cu fapta concretă. Existenţa discernământului nu înseamnă existenţa generală a capacităţii psiho-fizice a persoanei, ci numai în cazul respectiv, discernământul fiind numai o premisă înspre constatarea existenţei vinovăţiei. Minorul aflat în acest prag de vârstă intermediar (14-16 ani) beneficiază de prezumţia relativă de iresponsabilitate, acuzarea trebuind să facă proba contrarie pentru ca răspunderea penală să-i fie reţinută.[558]

Aceste aspecte sunt de fapt „favorizări” de tratament în cadrul individualizării judiciare a regimului sancţionator specific minorilor pe care, din punctul nostru de vedere, echitatea le impune şi în egală măsură, le şi le justifică. Echilibrul între acuzare şi apărare este astfel asigurat prin prevederile legii penale substanțiale, care le conferă minorilor o abordare echitabilă de către lege.

Minoritatea făptuitorului care nu răspunde penal este una dintre cauzele de neimputabilitate şi este prevăzută în art.27 Cod penal român, în Codul penal anterior, prin art.50, aceasta era una dintre cauzele care înlătura caracterul penal al faptei. În conformitate cu standardele echităţii, reacţia penală faţă de minorii din această categorie nu poate fi decât de ocrotire, politica penală română prevede în acest sens măsuri de ocrotire prin Legea

[558] Costică Bulai, Bogdan Nicolae Bulai în G.Antoniu, T.Toader (coord.), op.cit.pp.341-343

nr.272/2004 privind protecţia şi promovarea drepturilor copilului.[559]În acest context, Codul penal român se rezumă la stabilirea limitelor de vârstă ale acestei categorii de minori care nu răspund penal.

În ceea ce priveşte individualizarea concretă a măsurii educative ce va fi efectuată de către judecător, este importantă delimitarea în primul rând a minorilor care nu răspund penal de cei care răspund penal, iar pentru aceasta se constată existenţa în fapt a condiţiilor prevăzute de lege, se stabileşte data săvârşirii faptei şi vârsta inferioară celei de 14 ani a celui care a comis fapta. De asemenea, dacă minorul avea 14 ani, dar nu a împlinit 16 ani la data când a comis infracţiunea, ceea ce trebuie să se constate este faptul că organele de urmărire penală nu au dovedit că fapta a fost săvârşită cu discernământ, irelevantă fiind cauza datorită căreia nu s-a realizat această dovadă.[560] Echitatea, în cadrul acestui regim specific, joacă rolul unei protejări a minorilor în faţa organelor punitive ale statului, conferindu-le reale garanţii ale drepturilor la apărare, dar şi un tratament just. Astfel, categoria de minori care interesează legea penală, conform art.113 din Codul penal este cea a minorilor care răspund penal, se ţine seama de pragurile de vârstă, la fel ca în sistemul francez, unde acestea sunt prevăzute în Ordonanţa din 2 februarie 1945, modificată în 2002.

În cazul infracţiunilor de durată, cele continue, sau continuate, care sunt comise în etape diferite ale minorităţii, se va ţine seama doar de acele fapte care au fost săvârşite cu discernământ, în conţinutul acestor infracţiuni. Regimul *in favorem* specific echităţii în tratamentul penal al minorilor delincvenţi se reflectă şi în regula conform căreia dacă o infracţiune continuă, sau continuată, este săvârşită în întregime în perioada minorităţii, chiar dacă a fost comisă de către minorul între 14 şi 16 ani care a acţionat cu discernământ şi o altă parte din infracţiune, după ce acesta a împlinit vârsta de 16 ani, ea va fi supusă regimului sancţionator pentru minori. Pe de altă parte însă, atunci când infracţiunile de durată sunt comise în parte în timpul minorităţii şi în parte după împlinirea a 18 ani, deoarece ele se consumă la data când făptuitorul este major, regimul sancţionator este cel comun.[561]

[559] M.Of.nr.557 din 23 iunie 2004, republicată în M.Of. nr.159 din 5 martie 2014, Cap. V. *Protecţia copilului care a săvârşit o faptă penală şi nu răspunde penal* art.84-88.

[560] Costică Bulai, Bogdan Nicolae Bulai în G.Antoniu, T.Toader (coord.), op.cit.p.342

[561] *Idem*, p.343

Vizând consecinţele răspunderii penale ale minorilor, art.114 Cod penal actual este denumit identic cu art.100 al Cod penal de la 1968, însă regimul sancţionator este unul radical diferit, compus exclusiv din măsuri educative. Regula este aplicarea măsurilor neprivative de libertate (art.116 alin (1)) aplicarea celor privative de libertate constituind excepţia care se aplică doar în situaţiile comiterii unor infracţiuni grave determinate prin maximul special prevăzut de norma de incriminare, sau în cazul reţinerii în sarcina minorului a unei pluralităţi infracţionale (art.116 alin (2)).

Conform art.63 din Legea nr.253/2013: ”măsurile educative neprivative de libertate se execută în comunitate, pe durata executării acestora asigurându-se menţinerea şi întărirea legăturilor minorului cu familia şi comunitatea, dezvoltarea liberă a personalităţii minorului, precum şi implicarea acestuia în programele derulate, în scopul formării sale în spirit de responsabilitate şi respect pentru drepturile şi libertăţile celorlalţi. Minorului aflat în executarea unei măsuri educative neprivative de libertate i se asigură, potrivit principiului interesului superior al copilului, respectarea drepturilor şi libertăţilor fundamentale prevăzute de Constituţie, convenţiile internaţionale la care România este parte şi de legislaţia specială, în măsura în care exercitarea acestora nu este incompatibilă cu natura şi conţinutul măsurii. Conţinutul modalităţilor concrete de executare a măsurilor educative neprivative de libertate se stabileşte ţinând seama de vârsta, personalitatea, starea de sănătate, situaţia familială şi socială a minorului.” Acest articol prevede atât criterii generale de individualizare în cazul măsurilor neprivative de libertate, cât şi scopuri echitabile şi morale precum: dezvoltarea liberă a personalităţii minorului, formarea sa în spirit de responsabilitate şi respect pentru drepturile şi libertăţile celorlalţi. Principiul interesului superior al copilului reprezintă, în accepţiunea noastră, o altă componentă a echităţii în individualizarea măsurilor educative.

În vederea unei juste individualizări a măsurilor educative, instanţa de judecată trebuie să solicite serviciului de probaţiune întocmirea unui referat de evaluare care cuprinde propuneri cu privire la natura şi durata programelor de reintegrare socială pe care minorul le va urma, dar şi alte obligaţii care îi pot fi impuse acestuia de către instanţă. Ca o consecinţă a specificului regimului sancţionator al minorilor, acest referat se întocmeşte în mod obligatoriu atunci când instanţa dispune asupra măsurilor educative sau asupra modificării.[562]

[562] Acest referat de evaluare înlocuieşte ancheta socială care era efectuată de autoritatea tutelară în baza vechiului Cod de procedură penală. Înlocuirea cu referatul de evaluare s-a efectuat prin Legea nr.356/2006.

Prevederea din cuprinsul art.506 alin (2) Cod de procedură penală, conform căreia în cauzele cu inculpaţi minori, instanţa de judecată are obligaţia să dispună efectuarea referatului de evaluare de către serviciul de probaţiune de pe lângă tribunalul în a cărui circumscripţie îşi are locuinţa minorul, potrivit legii, nu mai este sancţionată cu nulitate absolută, astfel că, în actuala reglementare, cum în cursul urmăririi penale solicitarea referatului de evaluare este facultativă, dacă instanţa de fond, deşi are obligaţia să-l solicite omite acest lucru, omisiunea poate fi complinită în instanţa de apel, lipsa unei sancţiuni procesuale ar lipsi de eficienţă obligaţia instanţei, cu consecinţe asupra justei şi echitabilei individualizări a sancţiunilor aplicate minorilor.[563]

Acest referat de evaluare are o influenţă considerabilă în individualizarea măsurii educative, el întocmindu-se şi în cauzele care au ca obiect modificarea obligaţiilor stabilite în sarcina minorului pe perioada executării măsurii educative, înlocuirea măsurii, liberarea minorului din centrul educativ sau de detenţie.[564]Referatul de evaluare şi-a păstrat însă un caracter orientativ şi consultativ, constituind mijloc de probă în individualizarea judiciară a măsurii educative,[565] dar şi un mijloc prin care se exprimă sprijinul acordat de serviciul de probaţiune instanţei de judecată în aplicarea şi executarea măsurilor educative neprivative de libertate.[566]

A.a).1. Regimul măsurilor educative neprivative de libertate şi echitatea

Prin prisma tratamentului echitabil al minorilor prezumaţi vulnerabili, dispunerea măsurilor neprivative de libertate reprezintă regula, iar dispunerea celor privative de libertate constituie excepţia, cele din urmă se vor putea impune numai dacă minorul a săvârşit o infracţiune pentru care i s-a aplicat o măsură educativă ce a fost executată, ori a cărei executare a început înainte de comiterea infracţiunii pentru care este judecat, sau atunci când pedeapsa prevăzută de lege pentru infracţiunea săvârşită este închisoarea de 7 ani sau mai mare sau detenţiunea pe viaţă. Faptul că gravitatea acestor din urmă infracţiuni justifică

[563] V. Paşca, op.cit.p.488

[564] Art.41 Legea 252/2013 privind organizarea şi funcţionarea sistemului de probaţiune.

[565] F.M. Vasile în G.Bodoroncea, V.Cioclei (coord.), op. cit.p 280

[566] Costică Bulai, Bogdan Nicolae Bulai în G.Antoniu, T.Toader (coord.), op.cit.p.349

luarea unei măsuri privative de libertate, chiar în ipoteza în care faţă de minorul în cauză nu s-au mai luat anterior alte măsuri educative, relevă echilibrul pe care legiuitorul l-a păstrat în raportul dintre periculozitatea vădită a minorului şi gravitatea infracţiunii pe care o comite, care implică o necesitate a unui regim sancţionator mai aspru. De asemenea, măsurile educative se pot dovedi insuficiente dacă se repetă comportamentul infracţional după executarea unei măsuri neprivative, astfel că este justificată şi echitabilă luarea unei măsuri privative de libertate.

Actualul Cod penal român lasă la aprecierea instanţei stabilirea în concret a măsurilor neprivative de libertate, iar conţinutul modalităţilor concrete de executare a acestor măsuri se va stabili prin luarea în considerare a vârstei, personalităţii, stării de sănătate, situaţiei familiale şi sociale a minorului.

În conformitate cu Recomandarea Consiliului Europei nr.2008/11 privind regulile europene pentru infractorii minori impunerea şi punerea în aplicare a unei sancţiuni trebuie să respecte interesul superior al minorului, limitat la gravitatea infracţiunilor comise aşadar în deplină concordanţă cu principiul proporţionalităţii, să ia în considerare vârsta, sănătatea mintală şi fizică a minorului, dar şi de dezvoltarea şi capacităţile personale, în concordanţă cu principiul individualizării. De asemenea, atunci când este necesar sunt recomandate rapoarte psihiatrice, psihologice, ori sociale. Aceeaşi recomandare stipulează că în scopul adaptării implementării sancţiunilor şi măsurilor comunitare la circumstanţele particulare ale fiecărui caz, autorităţile responsabile cu implementarea acestora trebuie să aibă un grad suficient de libertate, fără a conduce la inegalităţi grave de tratament.[567]

De asemenea, foarte important din punct de vedere al dezideratului echităţii este aspectul conform căruia minorului aflat în executarea unei măsuri educative neprivative de libertate i se asigură respectarea drepturilor şi libertăţilor fundamentale prevăzute de Constituţia României, convenţiile internaţionale la care statul român este parte şi legislaţia specială, în măsura în care exercitarea acestora nu este incompatibilă cu natura şi conţinutul măsurii. Nu în ultimul rând latura umanistă din regimul sancţionator al minorilor este evidentă prin faptul că acestea se execută în comunitate, astfel că reintegrarea şi recuperarea minorului delincvent va fi una mai facilă.

[567] Mihail Udroiu, *Drept penal Parte generală Noul Cod penal*, Ed. C.H.Beck, Bucureşti, 2014, p.334

Măsurile neprivative de libertate sunt: stagiul de formare civică,[568]supravegherea, consemnarea la sfârşit de săptămână şi asistarea zilnică.

A.a).2. Regimul măsurilor educative privative de libertate şi echitatea

Continuând logica agravării progresive a tratamentului sancţionator al minorilor, măsurile educative privative de libertate constituie o excepţie de la executarea măsurilor educative în familie, sau în comunitate, justificată fie de o repetare cu rea credinţă a atitudinii infracţionale, fie de gradul de gravitate al infracţiunii săvârşite. O altă explicaţie este aceea conform căreia măsurile educative se pot dovedi insuficiente dacă se repetă comportamentul infracţional după executarea unei măsuri neprivative, astfel că este justificată şi echitabilă dispunerea unei măsuri privative de libertate.

Măsurile educative privative de libertate sunt internarea într-un centru educativ[569] prevăzută în art.124 Cod penal şi internarea într-un centru de detenţie[570] prevăzută în art.125 Cod penal. Distincţia dintre un centru de detenţie şi un centru educativ constă în faptul că în cadrul centrului de detenţie recuperarea minorului are loc sub pază şi supraveghere, pe când în centrul educativ, paza şi supravegherea nu sunt prevăzute, de asemenea, necesitatea de recuperare va fi mai accentuată pentru cel care se află într-un centru de detenţie astfel că şi programele specifice de reintegrare socială vor avea un caracter mai intensiv.[571]

Ca o oglindire a politicii penale umaniste *ultima ratio*, conform căreia o pedeapsă penală trebuie dispusă ca ultim resort, doar în ipoteza neeficienţei altor sancţiuni de altă natură, mai puţin represivă şi doar în măsura în care pedeapsa este necesară, în conformitate cu Regulile Naţiunilor Unite pentru protecţia minorilor privaţi de libertate[572] care recomandă ca privarea de libertate să fie o dispoziţie de *ultima ratio*, pentru o perioadă minimă şi

[568] De inspiraţie franceză, similar cu reglementarea din art.15-1 pct.6 din Ordonanţa din 2 februarie 1945.

[569] Instituţia a existat sub reglementarea penală anterioară sub forma centrului de reeducare, legiuitorul a prevăzut în art.19 al Legii de punere în aplicare a Codului penal că în momentul intrării în vigoare a Noului Cod măsura internării în centru de reeducare dispusă după legea veche să fie înlocuită cu măsura educativă a internării într-un centru educativ pe o durată egală cu timpul rămas din momentul rămânerii definitive a hotărârii prin care s-a dispus măsura internării în centrul de reeducare şi până la majoratul celui în cauză, dar nu mai mult de 3 ani.

[570] Fostele penitenciare pentru minori şi tineri: Bacău, Craiova, Târgu Mureş şi Tichileşti.

[571] V.Paşca, op.cit. pp.494-495

[572] Aprobate prin Rezoluţia 45/113 din 14 decembrie 1990 a Adunării Generale O.N.U..

limitată la cazuri excepţionale, măsurile educative privative de libertate vor putea fi luate condiţionat de săvârşirea unei noi infracţiuni de către minor, pentru care i s-a aplicat o măsură educativă ce a fost executată, sau a cărei executare a început înainte de comiterea infracţiunii pentru care este judecat, sau atunci când pedeapsa prevăzută de lege pentru infracţiunea săvârşită este închisoarea de 7 ani sau mai mare sau detenţiunea pe viaţă.

Regimul prevăzut de lege pentru executarea măsurilor privative de libertate oferă largi posibilităţi de individualizare judiciară şi portcondamnatorie,[573] astfel că adaptarea acestuia în funcţie de conduita fiecărui minor pe durata executării măsurilor privative de libertate, este echitabilă, deoarece ea militează pentru interesul superior al minorului şi pentru respectarea drepturilor sale, în speţă pentru reintegrarea acestuia în societate. O dovadă în acest sens o face şi posibilitatea înlocuirii internării într-un centru educativ, sau de detenţie cu asistarea zilnică[574] sau chiar liberarea din centrul educativ sau de detenţie[575] dacă persoana prezintă progrese evidente în vedrea reintegrării sociale şi a executat cel puţin jumătate din durata internării. Cu toate acestea, legea temperează această libertate de apreciere a judecătorului în etapa specifică de individualizare şi prevede că dacă se dispun aceste înlocuiri, instanţa rămâne totuşi obligată legal să dispună ca minorul să respecte una sau mai multe dintre obligaţiile prevăzute în cuprinsul art.121 Cod penal. În *Expunerea de motive* s-a argumentat că se asigură supravegherea minorului în perioada imediat următoare punerii în libertate

[573] Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală, prin Decizia nr.18 din 15 septembrie 2014 nepublicată a stabilit că în aplicarea legii penale mai favorabile, după judecarea definitivă a cauzei, potrivit art.6 Cod penal, cu referire la art.21 alin (1) şi (3) din Legea nr.187/2012: pedeapsa închisorii executabilă, sau pedeapsa în cazul pluralităţii de infracţiuni executabilă aplicată pentru infracţiuni comise în timpul minorităţii, al cărei cuantum este de până în 15 ani, se va înlocui cu măsura educativă a internării într-un centru de detenţie pe o perioadă egală cu durata pedepsei închisorii, iar pedeapsa executabilă, sau pedeapsa în cazul pluralităţii de infracţiuni executabilă aplicată pentru infracţiuni comise în timpul minorităţii, mai mare de 15 ani, care nu depăşeşte 20 de ani, se înlocuieşte cu măsura educativă a internării într-un centru de detenţie pe o perioadă de 15 ani.

Art.21 LPACP prevede că în cazul înlocuirii pedepsei închisorii executabilă aplicată în baza Codului penal din 1968 pentru infracţiuni comise în timpul minorităţii cu măsura educativă a internării într-un centru de detenţie pe o perioadă egală cu durata pedepsei închisorii, partea executată din pedeapsa închisorii, precum şi durata reţinerii sau arestării preventive se deduc din durata măsurii educative a internării în centrul de detenţie.

De asemenea, conform art.19 din LPACP, în cazul înlocuirii măsurii educative a internării în centrul de reeducare dispusă în baza vechiului Cod penal, cu măsura actuală a internării într-un centru educativ, durata reţinerii şi arestării preventive se consideră ca parte executată din durata măsurii educative a internării în centrul educativ.

[574] Pe perioadă egală cu durata internării neexecutate, nu mai mult de 6 luni.

[575] Dacă persoana internată a împlinit 18 ani.

astfel încât se poate preveni comiterea de noi infracţiuni, deoarece riscul comiterii acestora este unul ridicat în această etapă.[576]

Faptul că ne aflăm în contextul măsurilor privative de libertate, determină şi obligaţia legală a instanţei de a impune aceste obligaţii de supraveghere, spre deosebire de sfera măsurilor educative neprivative de libertate, unde dispunerea acestor obligaţii este facultativă. Aşadar individualizarea este echitabilă şi echilibrată.

În egală măsură, dacă minorul nu respectă, cu rea credinţă, condiţiile de executare a asistării zilnice, sau obligaţiile impuse, instanţa va fi obligată de lege să revină în mod obligatoriu asupra înlocuirii, sau liberării şi să dispună executarea restului rămas neexecutat din durata măsurii internării în centrul educativ sau de detenţie.

A.a).3. Efectele cauzelor de atenuare şi agravare asupra măsurii educative

În privința minorilor nu există posibilitatea reducerii limitelor de pedeapsă conform art. 396 al. 10 Cod de procedură penală, care reprezintă o cauză de reducere a pedepsei, însă sunt aplicabile dispozițiile art. 128 Cod penal, astfel că limitele de durată a măsurilor educative rămân cele prevăzute de lege, însă la individualizarea măsurii educative instanța va avea în vedere și conduita procesuală a minorului.

Cauzele de atenuare şi de agravare produc efecte atât asupra alegerii măsurii educative, cât şi asupra duratei acesteia, cu respectarea limitelor prevăzute de lege, fără a exista posibilitatea reducerii duratei măsurii educative sub durata minimă prevăzută de Cod, ori a majorării acesteia peste limita prevăzută de Codul penal. Prin prisma dezideratului echităţii, dacă se va reţine o circumstanţă atenuantă, aceasta va determina individualizarea măsurii educative către minimul special prevăzut de lege, neavând ca efect reducerea minimului şi maximului duratei măsurii educative cu o treime.

Ceea ce trebuie avut întotdeauna în vedere de instanţa de judecată ce soluţionează cauze cu inculpaţi minori este preponderenţa scopului educativ al măsurii educative, iar nu acela

[576] F.M. Vasile în G. Bodoroncea, V.Cioclei, op.cit.p.292

sancţionator, şi să dispună în concordanţă cu acest principiu. Măsurile educative se aplică şi inculpaţilor minori la data săvârşirii faptei, care ulterior au împlinit vârsta de 18 ani.

A.a).4. Aspecte particulare cu privire la răspunderea minorilor şi echitatea

Un aspect sensibil din punct de vedere al dezideratului echităţii este cel al prelungirii, sau înlocuirii măsurilor educative neprivative de libertate prevăzute în art.123 Cod penal. În Codul penal anterior prelungirea duratei era prevăzută în cazul măsurilor educative privative de libertate în art.106 alin (2) din Codul penal din 1968. Echitatea se verifică în regula generală conform căreia măsurile educative sunt prevăzute gradual sub aspectul severităţii, iar nerespectarea obligaţiilor cu rea-credinţă determină prelungirea sau înlocuirea acestora.

În ipotezele prevăzute de alin.(1) lit.a) şi b), măsura neprivativă poate face obiectul reindividualizării judiciare din punct de vedere al duratei, sau naturii acesteia, pe de altă parte însă, ipotezele prevăzute în alin.(1) lit. c) şi alin. (2) exclud reindividualizarea deoarece norma are caracter imperativ, legiuitorul prevede în mod clar că cea mai severă măsură neprivativă de libertate se înlocuieşte cu cea mai puţin severă măsură educativă privativă de libertate şi impune luarea exclusivă a măsurii privative a internării într-un centru educativ. Aşadar în cazurile prevăzute în art.123 alin (1) lit c), alin (2), alin (3) lit c), măsurile privative de libertate se impun prin lege a fi dispuse.[577]

Este permisă astfel o reindividualizare judiciară a măsurii pe parcursul executării dacă minorul nu respectă *cu rea-credinţă* condiţiile de executare a măsurii, sau dacă în sarcina minorului se reţine ulterior o pluralitate infracţională, minorul aflat deja în executarea unei măsuri neprivative de libertate săvârşeşte o nouă infracţiune sau este judecat pentru o infracţiune concurentă.[578] Se apreciază că această situaţie nu neagă principiul *ne bis in idem*, neputându-se considera că minorul execută două sancţiuni pentru o unică infracţiune în condiţiile prelungirii, sau înlocuirii măsurii iniţiale deoarece în ambele ipoteze intervine o agravare în trepte a sancţiunii. În primă etapă, instanţa se orientează către prelungirea sancţiunii iniţiale, abia apoi şi numai în condiţiile în care acest demers nu este posibil, către

[577] F.M. Vasile în G. Bodoroncea, V.Cioclei op.cit.p.288

[578] *Ibidem*

înlocuirea cu o altă măsură neprivativă mai severă, iar abia în final, sau dacă demersul anterior este total exclus, se va dispune măsura privativă de libertate.[579]

Este foarte importantă în acest caz noţiunea de rea-credinţă a minorului. Buna şi reaua credinţă sunt de fapt noţiuni aflate în strânsă legătură cu echitatea. Definiţia relei credinţe este dată în jurisprudenţa anterioară în considerarea executării obligaţiilor stabilite în cazul suspendării executării pedepsei sub supraveghere. Trebuind dovedită, s-a considerat că în situaţia neprobării relei credinţe a condamnatului în încălcarea măsurilor de supraveghere şi obligaţiilor impuse, plecarea minorului în cauză în străinătate, nefiind determinate de intenţia de a se sustrage, ci de dorinţa de a obţine un câştig licit şi necesar, nu se impune prelungirea termenului de încercare.[580]

Reglementarea actuală a preluat sub denumirea de rea credinţă noţiunea de *purtări rele* a cărei definiţii legale a fost redată prin Ordinul Ministrului Justiţiei nr.2355/C din 11 septembrie 2008 pentru aprobarea procedurii privind supravegherea executării obligaţiei persoanei condamnate, sau a minorului de a presta o activitate neremunerată într-o instituţie de interes public impusă de către instanţa de judecată.[581]Art.8 alin (2) al Ordinului precitat indică faptul că prin *purtări rele* se înţelege nerespectarea regulii 2 de la pct. D din anexa nr. 5 referitoare la consumul băuturilor alcoolice sau a drogurilor. Contrar unor autori,[582]considerăm că acest text prevede în mod restrâns şi superficial noţiunea de *purtări rele*, respectiv *rea credinţă* în accepţiunea actuală şi este greşită preluarea strictă a noţiunii din Anexa respectivă, de asemenea este necesară extinderea cazurilor concrete descrise în lege, care să determine cu claritate sfera relei credinţe. Este aşadar necesară o reglementare mai complexă, clară şi concisă a ceea ce înseamnă reaua credinţă şi a ceea ce presupune dovedirea acesteia. În opinia noastră această reglemntare se impune în numele echităţii, deoarece este vorba despre posibila incidenţă a unei agravări a regimului sancţionator al minorului în cauză, legea neputând să se limiteze la ipotezele de cosum de droguri şi/sau băuturi alcoolice. În egală măsură este vorba şi despre o mai bună individualizare de la caz la

[579] *Ibidem*

[580] Curtea de Apel Bucureşti, Secţia I penală, Decizie nr.204/2003, în C.P. Ad. P.307 - *Ibidem*

[581] Publicat în M.Of. nr.699 din 26 septembrie 2008.

[582] A se vedea F.M. Vasile în G. Bodoroncea, V.Cioclei Codul penal comentariu pe articole, Ed. C.H.Beck, Bucureşti 2014 , Art.123 pct.6, p.288.

caz, care necesită o asemenea reglementare legislativă, reaua credinţă având totuşi nevoie de o delimitare mai largă şi de o definire mai complexă în textul Codului penal.

În jurisprudenţa Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie s-a luat în examinare, recent,[583] sesizarea formulată de Curtea de Apel Craiova - Secţia penală şi pentru cauze cu minori, pentru pronunţarea unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea problemei de drept: "Dacă, în cazul în care un inculpat minor săvârşeşte, în timpul minorităţii, un concurs de infracţiuni, fiind ulterior trimis în judecată pentru săvârşirea infracţiunilor din cadrul concursului de infracţiuni, prin rechizitorii distincte, iar pentru una dintre infracţiuni i s-a aplicat o măsură educativă neprivativă de libertate, pe care a executat-o integral înainte de a fi trimis în judecată şi pentru săvârşirea celorlalte infracţiuni din cadrul concursului, în momentul în care i se aplică o măsură educativă pentru toate infracţiunile din cadrul concursului de infracţiuni, conform art. 129 alin. (1) din Codul penal, durata măsurii educative deja executate se scade din durata noii măsuri educative aplicate pentru întreg concursul de infracţiuni sau se va dispune executarea integrală a noii măsuri educative aplicate pentru întreg concursul de infracţiuni, atât în cazul aplicării unei măsuri educative neprivative de libertate, cât şi în cazul aplicării unei măsuri educative privative de libertate."

În opinia majoritară a jurisprudenţei durata măsurii educative deja executate nu se scade din durata măsurii educative aplicate pentru întreg concursul de infracţiuni, dispunându-se executarea integrală a noii măsuri educative aplicate pentru întreg concursul de infracţiuni, atât în cazul aplicării unei măsuri educative neprivative de libertate, cât şi în cazul aplicării unei măsuri privative de libertate, deoarece Codul de procedură penală nu prevede o dispoziţie în sensul deducerii duratei măsurii educative deja executate. Mai mult, această scădere din durata noii măsuri educative aplicate pentru întreg concursul de infracţiuni a măsurii educative deja executate, juridic, nu este posibilă, pentru că măsurile educative pot avea specii şi conţinut diferite. Pe de altă parte, opinia minoritară a apreciat că durata măsurii educative deja executate de minor, indiferent dacă a fost privativă sau neprivativă de libertate, trebuie scăzută din durata noii măsuri educative aplicate în cazul concursului de infracţiuni.

[583] Decizia nr. 2/2016 Dosar nr. 4116/1/2015, Înalta Curte de Casație și Justiție, Completele pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, Publicată în M. Of., Partea I nr. 192 din 15/03/2016.

S-a oferit soluţia conform căreia măsura educativă deja executată se va valorifica în procesul de individualizare a măsurii aplicabile pentru întregul concurs de infracţiuni, iar alegerea acestei din urmă măsuri şi stabilirea duratei ei se va face luându-se în considerare faptul că pentru una dintre infracţiunile concurente s-a luat şi s-a executat deja o altă măsură educativă. Executarea integrală a măsurii educative neprivative de libertate aplicate anterior pentru o infracţiune concurentă cu cea din cauza pendinte trebuie doar *avută în vedere în procesul de individualizare a sancţiunii unice aplicabile întregului concurs de infracţiuni*, raportat la art. 74 din Codul penal, *pentru a nu se ajunge la o sancţionare excesivă* a minorului ale cărui fapte nu au fost judecate în cadrul aceluiaşi proces.[584] Obiectivul evitării unei sancţiuni excesive denotă ideea menţinerii proporţionalităţii, *lato sensu*, a echitabilității acestei sancţionări.

Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie a decis, în cele din urmă, în temeiul art. 477 din Codul de procedură penală, că, în ipoteza infracţiunilor concurente săvârşite în timpul minorităţii, judecate separat, durata măsurii educative neprivative de libertate, dispusă pentru o infracţiune concurentă şi executată, nu se scade din durata măsurii educative neprivative sau privative de libertate, dar va fi avută în vedere la alegerea şi stabilirea sancţiunii conform art. 129 alin. (1) din Codul penal.[585]

Achiesăm la argumentarea conform căreia o atare scădere ar putea fi justificată de identitatea măsurilor educative privative de libertate avute în vedere şi de gravitatea acestora. Este adevărat că în cazul măsurilor neprivative de libertate aceste raţiuni nu se regăsesc, prin urmare, nu există nicio justificare pentru scăderea sancţiunii executate anterior, însă în această situaţie este necesar, în opinia noastră, să se reglementeze expres în lege faptul că în ipoteza infracţiunilor concurente săvârşite în timpul minorităţii, judecate separat, durata măsurii educative neprivative de libertate, dispusă pentru o infracţiune concurentă şi executată, nu se scade din durata măsurii educative neprivative sau privative de libertate, dar va fi avută în vedere la alegerea şi stabilirea sancţiunii conform art. 129 alin. (1) din Codul penal, iar în ipoteza aplicării unor măsuri educative privative de libertate, aşadar, de aceeaşi

[584] Decizia nr. 2/2016 Dosar nr. 4116/1/2015, Înalta Curte de Casație și Justiție, Completele pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, Publicată în M. Of., Partea I nr. 192 din 15/03/2016

[585] Extrase din Decizia nr. 2/2016 Dosar nr. 4116/1/2015, Înalta Curte de Casație și Justiție, Completele pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, Publicat in Monitorul Oficial, Partea I nr. 192 din 15/03/2016

specie, se impune deducerea perioadei deja executate din măsura educativă privativă de libertate aplicată. Justificarea este una echitabilă, se are în vedere faptul că este vorba despre cele mai represive măsuri educative, cele privative de libertate, despre faptul că există o uniformitate deoarece toate măsurile dispuse sunt din aceeaşi specie –acestea fiind privative de libertate şi de asemenea se are în vedere respectarea principiului proporţionalităţii ingerinţei statului în drepturile minorului, principiu care în opinia noastră este o componentă esenţială a echităţii în dreptul penal.

O ipoteză aparte care evidenţiază specificul *in favorem* al regimului sancţionator aplicabil minorilor este ipoteza art. 134 Cod penal, potrivit căruia, minorului în speţă, dacă ar fi judecat după împlinirea vârstei majoratului, pentru fapta săvârşită în timpul minorităţii, i s-ar stabili şi aplica tot o măsură educativă, este avut în vedere discernământul făptuitorului din *momentul comiterii faptei*. Astfel sunt determinate şi aplicate în mod proporţional cu gravitatea faptei săvârşite şi cu periculozitatea infractorului din momentul săvârşirii acesteia şi ţinându-se cont de criteriile de individualizare prevăzute de actualul Cod penal în articolul 74. În această dispoziţie legală, se reflectă aspirația legiuitorului pentru protejarea interesului superior al minorului, sancţiunile prevăzute de lege fiind consacrate astfel tocmai pentru a-i asigura acestuia o dezvoltare armonioasă şi pentru a-i favoriza interesele. Punând în balanţă fapta minorului încă neexperimentat pentru care s-ar stabili şi aplica o pedeapsă, ar putea rezulta un dezechilibu, care ar afecta pe termen lung sau chiar ireversibil orice încercare de redresare socială a minorului.

Mai mult decât atât, prin eventuala aplicare a pedepselor specifice adulţilor, minorului i s-ar îngrădi şansa de a se reintegra social, având în vedere că pedepsele constituie şi generează antecedente penale, spre deosebire de măsurile educative care, potrivit art. 133 Cod penal, "nu atrag interdicţii, decăderi sau incapacităţi."

A.b) Echitatea în aplicarea măsurii de siguranţă a confiscării prin echivalent şi a confiscării extinse

Revenind în sfera măsurilor de siguranţă, ne oprim asupra instituţiei confiscării speciale şi extinse, întrucât în acest context se vehiculează noţiunile de *caracter proporţional* şi *caracter necesar* al acestora, iar aceste noţiuni fac parte, în opinia noastră, din sfera echităţii în dreptul penal substanţial.

Confiscarea specială este o sancţiune preventivă, iar nu o despăgubire civilă, cu caracter strict personal, căreia nu i se aplică aşadar dispoziţiile civile privitoare la solidaritate, în jurisprudenţă s-a decis în acest sens şi s-a statuat că: "dacă o infracţiune s-a comis în participaţie, iar folosul a fost împărţit între participanţi, aceştia nu vor fi obligaţi în solidar la plata sumelor reprezentând valorile confiscate, ci, fiecare va fi obligat la restituirea bunurilor corespunzătoare părţii care i-a revenit."[586]

În reglementarea anterioară română sfera bunurilor care puteau face obiectul confiscării era mai restrânsă, confiscarea bunurilor ce fac parte din mijloacele de subzistenţă, ori de exercitare a profesiei infractorului avea un caracter facultativ, pe când în actuala reglementare acest caracter este unul *ope legis*, obligatoriu, iar sfera bunurilor supuse confiscării a fost extinsă şi la bunurile folosite imediat după săvârşirea faptei, pentru a se asigura scăparea făptuitorului sau păstrarea folosului, ori a produsului obţinut, bunurile ce au fost produse, modificate sau adaptate în scopul săvârşirii faptei prevăzute de legea penală, indiferent de valoarea acestora şi bunurile destinate a fi folosite la săvârşirea unei fapte prevăzute de legea penală.

A.b).1. Limitele echitabile ale confiscării prin echivalent

Confiscarea prin echivalent vizează, printre altele şi contravaloarea bunurilor ce nu aparţin făptuitorului, dacă proprietarul nu a cunoscut scopul folosirii lor, contravaloarea bunurilor ce nu se găsesc, cota-parte din echivalentul bunurilor a căror valoare este vădit disproporţionată faţă de natura şi gravitatea faptei. Confiscare prin echivalent este prevăzută în Codul penal român în cuprinsul articolului 112 alin. (2), (3) şi (5), iar cea extinsă în cuprinsul articolului 112^1 din Codul penal român.

Echitatea în aplicarea măsurilor de siguranţă de confiscare constă în subordonarea şi chiar condiţionarea caracterului obligatoriu al acestor măsuri principiului proporţionalităţii, deoarece confiscarea este, de fapt, o ingerinţă în dreptul de proprietate al individului. Astfel este imperativ necesar ca instanţa, atunci când aplică această măsură, să examineze în cadrul individualizării judiciare, dacă această restricţie a dreptului de proprietate este în acord cu art.53 din Constituţia României. Instanţa,dar şi legiuitorul trebuie să acorde o atenţie sporită confiscării prin echivalent, precum şi limitelor acesteia, cu atât mai mult cu cât nu este

[586] Alexandru Boroi în G.Antoniu, T.Toader (coord.), op.cit.p.301

necesar ca fapta să constituie infracţiune în toate ipotezele, măsura de siguranţă a confiscării speciale prin echivalent putând fi dispusă şi în situaţiile în care se constată că fapta este prevăzută de legea penală şi nejustificată, dar ea nu este imputabilă făptuitorului.

Se va examina de către instanţă în acest sens: scopul urmărit prin confiscare, caracterul necesar al acestei sancţiuni şi nu în ultimul rând, caracterul proporţional al acesteia, deşi obligatorie, ea nu se va putea aplica *ope legis* dacă standardele de echitate, enumerate mai sus, nu sunt respectate. În lumina principiului echităţii, instanţa de judecată este astfel obligată să se asigure că există un raport rezonabil de proporţionalitate între confiscare, ca modalitate de asigurare a interesului general şi protecţia dreptului persoanei acuzate de a se folosi de bunurile personale. Echitatea presupune aşadar evitarea impunerii de către instanţă celui acuzat a unei sarcini individuale excesive, deoarece se poate încălca echilibrul pe care îl presupune echitatea între drepturile apărării şi *ius puniendi* al statului.[587]

Confiscarea prin obligarea la plata echivalentului bănesc al bunurilor destinate, folosite sau rezultate din infracţiuni, atunci când acestea nu se mai găsesc, fiind înstrăinate după comiterea faptei, are la bază argumentul relei credinţe a infractorilor care înstrăinează adesea bunurile după comiterea faptei, tocmai în scopul eludării legii ce vizează confiscarea. Confiscarea echivalentului bănesc în această ipoteză este necesară întrucât suma lăsată la dispoziţia infractorului poate genera o stare de pericol ce se va concretiza în posibilitatea reluării activităţii infracţionale prin achiziţionarea cu banii respectivi a altor bunuri de care se va servi în comiterea de noi fapte ilicite.[588] Jurisprudenţa s-a pronunţat în acelaşi sens.

În opinia doctrinei,[589]în ceea ce priveşte conţinutul prevederilor art.112 alin 1 lit.b)-e) care prevede că dacă bunurile supuse confiscării nu se găsesc, în locul acestora se vor confisca bani şi bunuri până la concurenţa valorii acestora,[590] stabilirea propriu-zisă a valorii acestora ridică probleme, întrucât confiscarea echivalentului bănesc presupune determinarea valorii lor *la data comiterii infracţiunii*, iar nu la data dobândirii lor. Ori dacă bunurile au fost vândute, echivalentul acestora este preţul obţinut, dacă nu se cunoaşte preţul vânzării, sau

[587] A se vedea în acest sens C.E.D.O., *Ismayilov c./Rusia*, §34, disponibilă pe http://www.coe.int/, consultată la 19.12.2015

[588] V.Paşca, op.cit.pp.524-526

[589] *Ibidem*

[590] Art.112 alin (5) Cod penal român

bunul a fost distrus, echivalentul valoric al bunurilor va trebui determinat având în vedere preţul unor bunuri cu o vechime similară.[591]

În ipoteza în care este vorba despre bunurile proprii ale infractorului, sau care i-au fost date de un terţ şi care au fost folosite în vederea comiterii infracţiunii, bunurile şi banii obţinuţi din exploatarea acestora nu se vor confisca deoarece se încalcă dreptul proprietăţii, ingerinţa în dreptul de proprietate nemaifiind una proporţională şi nici echitabilă. În schimb, bunurile şi banii obţinuţi din exploatarea bunurilor supuse confiscării, sau bunurile produse de acestea se vor confisca.

Dacă bunurile ce au aparţinut infractorului au fost folosite la comiterea infracţiunii sau bunurile au fost folosite imediat după comiterea acesteia, pentru a se asigura scăparea făptuitorului, ori păstrarea folosului, ori a produsului obţinut prin infracţiune, se vor confisca prin echivalent valoric, dar dacă valoarea bunurilor supuse confiscării este vădit disproporţionată faţă de natura şi gravitatea faptei, se va dispune *confiscarea în parte*, tot prin echivalent bănesc, luându-se în considerare urmarea produsă sau care s-ar fi putut produce şi de contribuţia bunului la aceasta.[592]În ceea ce privește sintagma folosită de legiuitor, deşi vedem ca lăudabilă regula conform căreia se dorește menţinerea proporţionalităţii în executare printr-o confiscare parţială, totuşi considerăm nepotrivită, din punct de vedere al dezideratului echităţii, exprimarea de "urmare care *s-ar fi putut produce*" şi contribuţia bunului[593]ce urmează să fie confiscat prin echivalent la această *probabilă* urmare. Legea penală nu se poate baza pe logica civilă a câştigului nerealizat şi a posibilităţii de realizare a acestuia. Când ne aflăm în sfera dreptului penal, este necesară conştientizarea faptului că este vorba despre un drept cu preponderenţă punitiv, cu impact mai puternic și direct în drepturile şi libertăţile omului, echitatea nevalidând o asemenea exprimare în textul de lege.

Mai mult, teza a doua a art.112 alin (2) prevede confiscarea automată și în întregime a bunurilor modificate sau adaptate în scopul comiterii faptei prevăzute de legea penală, fără a permite o confiscare parțială în aceste ipoteze. Apreciem această reglementare ca fiind

[591] V. Paşca, , op.cit.pp.524-526

[592] Art.112 alin (2) teza 2

[593] Cu atât mai mult cu cât, contribuţia bunului la săvârşirea infracţiunii este un criteriu specific individualizării confiscării speciale în această situaţie şi aceasta va determina *grosso modo* întinderea despăgubirii. Esenţial este faptul că este vorba despre contribuţia efectivă, iar nu probabilă!

inechitabilă, deoarece contravine exigenței proporționalității. Nu se justifică dispunerea confiscării în întregime a unor bunuri adaptate sau modificate în vederea săvârșirii faptei în ipoteze ca cele în care, spre exemplu, bunul care a fost adaptat sau modificat poate fi singurul care ajută la dobândirea zilnică a mijloacelor de trai ale celui care a comis fapta, iar acesta a fost adaptat în vederea comiterii infracțiunii de furt prin modificare, sau adaptare. Echitatea ar justifica necesitatea ca legea să permită judecătorilor, care aplică măsura, să efectueze aprecieri mai ample ale situației celor care suportă această formă de confiscare și să aibă la dispoziție alternativa unei confiscări parțiale în funcție de partea adaptată sau transformată din bunul folosit. Confiscarea prevăzută în teza a doua a art 112, alin. (2) nu ar trebui practic să se dispună în mod automat și în întregime, așa cum prevede în prezent legea penală, ea fiind o măsură excesivă, încalcă o componentă esențială a echității: proporționalitatea ingerinței în dreptul de proprietate.

Pe de altă parte, confiscarea în parte, raportată efectiv la urmarea produsă este una validă din punct de vedere al standardelor clarităţii legii penale şi ale echităţii legii penale, însă marja de eroare care permite judecătorului să aplice o confiscare prin echivalent în baza a ceea ce evaluează el subiectiv că *s-ar fi putut produce*, chiar şi în ipoteza unei confiscări parţiale în numele corectitudinii, lasă loc de interpretări şi face ambiguă legea penală care se vrea una echitabilă faţă de respectarea drepturilor indivizilor. Cu atât mai mult cu cât se consideră că, în această situaţie, confiscarea prin echivalent bănesc capătă caracteristicile pedepsei, deoarece ea este individualizată în funcţie de gravitatea faptei şi de natura faptei, de urmarea produsă sau care s-ar fi putut produce şi de contribuţia bunului la această urmare. O urmare care s-ar fi putut produce nu este un criteriu valabil de evaluare pentru simplu fapt că urmarea nu s-a produs şi nu avem o posibilitate concretă de evaluare a unui cuantum legal şi echitabil în bani ce ar trebui confiscat. Mai mult, constituţionalitatea acestor prevederi este discutabilă în viziunea unor autori[594] întrucât Legea fundamentală română permite doar confiscarea bunurilor destinate, folosite sau rezultate din infracţiuni, conform art.44 alin.(9).

Cu privire la aceeaşi ipoteză de confiscare prin echivalent, literatura de specialitate a ridicat problema aplicării confiscării prin echivalent în cazurile în care infracţiunea comisă nu poate fi evaluată direct sau indirect, prin natura ei, ea nefiind susceptibilă de o asemenea cuantificare. Exemplul folosirii unui autoturism de valoare ridicată pentru vătămarea, sau

[594] V. Paşca, , op.cit.pp.524-526

chiar uciderea unei persoane este unul relevant întrucât în această situaţie, compararea a doua valori patrimoniale nu îşi are sensul, moartea, sau vătămarea unei persoane nu poate fi comparată cu valori patrimoniale. Astfel, instanţa este obligată să stabilească proporţia confiscării efective folosindu-se de alte criterii: împrejurările săvârşirii infracţiunii, scopul, mobilul, conduita autorului, etc. Deoarece este vorba despre o infracţiune contra vieţii unei persoane, instanţa va putea aplica o confiscare totală, în absenţa unor elemente care să dovedească un pericol social mai redus. În egală măsură se poate aplica o confiscare parţială atunci când fapta este îndreptată împotriva integrităţii corporale a persoanei.[595]

Din considerente de echitate, opinăm în sensul că, în textul de lege, ar trebui elaborate criterii mai clare de individualizare şi de cuantificare a confiscării prin echivalent în asemenea situaţii, instanţa de judecată având în prezent o marjă de apreciere prea extinsă. Este nevoie de un control mai accentuat al legii asupra acestei măsuri de siguranţă, cu rol veritabil de sancţiune pecuniară.

Tot în lumina echităţii considerăm că este justificată ipoteza prevăzută de art.112 alin (2), teza a doua, care datorită acţiunii prealabile de producere, modificare sau adatare a bunului *în scopul comiterii infracţiunii* prevede *confiscarea totală*, iar nu parţială, fie în natură, fie în echivalent, în această situaţie, datorită văditei rele credinţe a infractorului, se va confisca în întregime în natură, sau prin echivalent bănesc valoarea acestor bunuri, chiar în ipoteza în care această măsură este una vădit disproporţionată faţă de natura şi gravitatea faptei. Încalcă proporţionalitatea, însă echitatea validează această ipoteză fiindcă se pedepseşte în fond reaua credinţă, legea având în acest context mai mult un rol moralizator, care este eficient din punct de vedere al dezideratului echităţii, în opinia noastră.

Constatăm că din nou apare exprimarea ”urmarea care s-ar fi putut produce” în cuprinsul alin. (3) al art. 112 Cod penal. Această expresie a legiuitorului o vedem ca fiind lipsită de previzibilitate întrucât aceasta conferă o şansă arbitrariului judiciar, astfel încât se poate chiar ajunge la situaţii în care s-ar confisca un echivalent în bani excesiv şi deci s-ar încălca exigenţa proporţionalităţii pe care noi o considerăm ca fiind una din componentele de bază ale echităţii penale şi care se vrea a fi de esenţa acestei măsuri de siguranţă. În literatura de specialitate se susţine că, de această dată, se are în vedere situaţia în care, dacă bunurile

[595] Alexandru Boroi în G.Antoniu, T.Toader (coord.) op.cit. p.308

amintite aparţineau făptuitorului, dar nu se mai găsesc, astfel că în locul lor se confiscă bani până la concurenţa valorii acestora, însă nu se are în vedere privarea infractorului de folosul pe care l-ar fi obţinut prin valorificarea bunurilor şi nici starea de pericol social *in rem* care justifică această măsură de siguranţă, ci pur şi simplu confiscarea specială se transformă în *pedeapsă pecuniară*, iar infractorul este obligat să suporte diminuarea patrimoniului său cu o valoare, care de fapt, nu a intrat în patrimoniul său prin comiterea infracţiunii.[596] Acest punct de vedere ridică problema a cât de echitabilă este această reglementare în sine şi dacă ea are un scop realmente legitim.

Ipoteza confiscării echivalentului bănesc al bunurilor care au fost folosite sau produse, ori modificate sau adaptate în scopul săvârşirii de infracţiuni, atunci când acestea nu pot fi confiscate deoarece nu sunt proprietatea infractorului, iar proprietarul este de bună credinţă, el necunoscând scopul în care au fost folosite, conturează cadrul unor pedepse cumulative cum ar fi închisoarea şi amenda. Măsura acestei confiscări nu mai prezintă trăsăturile unei măsuri de siguranţă, atâta timp cât nu sunt justificate doar de starea potenţială de pericol social pe care o are bunul în condiţiile în care ar rămâne în posesia infractorului, fiind numai o consecinţă legală a imposibilităţii de confiscare de la proprietarul de bună credinţă.[597]Practic se transformă într-o sancţiune strict pecuniară, într-o formă lipsită de fond, iar legiuitorul se abate de la echitate prin aceste reglementări pentru că şi în această ipoteză, făptuitorul îşi va diminua patrimoniul cu o valoare care nu a fost adaugată vreodată la acesta.

Considerăm că prin deschiderea acestui cadru, care sugerează o posibilă cumulare a pedepselor, ca spre exemplu, închisoare şi amendă- închisoare şi confiscare prin echivalent, se pun piedici serioase în calea reintegrării şi recuperării infractorului în societate şi în acest fel nu se respectă nici principiul umanismului în dreptul penal. Făptuitorul nu va fi încurajat înspre redresarea sa socială, deoarece se poate ajunge la situaţia în care, pe lângă o pedeapsă cu închisoarea cu executare, se dispune şi confiscarea prin echivalent, iar acesta râmâne fără posibilităţi financiare de redresare ulterioară. Există, aşadar, cazuri de inechitate în care această confiscare este una excesivă, iar legea o legitimează, întrucât o confiscare prin echivalent care se îndepărtează de esenţa individualizării acestei măsuri de siguranţă şi anume de la regula conform căreia bunul sau echivalentul acestuia reprezintă o stare de pericol

[596] V.Paşca op.cit.p.525

[597] V. Paşca, op.cit. p.525

social, va deveni mai devreme, sau mai târziu o pedeapsă efectivă cumulativă cu pedeapsa principală, ea fiind executabilă de îndată ce hotărârea de condamnare rămâne definitivă, conform specificului confiscării.[598]

La nivelul jurisprudenţei internaţionale, cazuistica referitoare la confiscare pune în discuţie aspecte ce ţin de echitate, precum puterea judecătorului de a lua în considerare gradul de vinovăţie al făptuitorului, astfel încât constrângerea să fie una echitabilă, deci rezonabilă şi să se rezume la profitul efectiv de pe urma infracţiunii comise.

Spre exemplu în cauza *Welch c./Regatului Unit,* din 9 februarie 1994 s-a constatat de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului că „următoarele elemente sunt indicii importante că ordonanţa de confiscare constituie o *pedeapsă*: ampla prezumţie legală potrivit căreia orice bun care trece prin mâinile delincventului în timpul unei perioade de şase ani este rezultatul traficului de stupefiante, cu excepţia cazului când cel interesat dovedeşte contrariul; faptul că ordonanţa de confiscare vizează produsul traficului de stupefiante şi nu se limitează la îmbogăţirea sau profitul efectiv; puterea discreţionară a judecătorului de fond de a lua în considerare, atunci când fixează suma ordonanţei, gradul de vinovăţie al acuzatului ca şi posibilitatea de constrângere a persoanei.”[599]

În mod echitabil s-a decis în cazul degradării unui bun al părţii vătămate că un corespondent valoric al pagubei produse părţii vătămate prin această degradare, partea vătămată neconstituindu-se parte civilă, iar valoarea nu a sporit patrimoniul inculpatului, nu poate face obiectul confiscării prin echivalent bănesc.[600]În egală măsură, s-a decis că nu este legală, în caz de confiscare prin echivalent în bani a lucrului ce nu a fost găsit şi obligarea la plata unor dobânzi calculate la suma ce formează obiectul confiscării.[601]

Limitele legale ale confiscării prin echivalent trebuie aşadar supuse unor standarde de echitate prin verificarea proporţionalităţii confiscării, standarde care par să existe în

[598] Pentru o idee similară a se vedea V. Paşca op.cit. pp.524-525

[599] C.E.D.O. *Welch c. Regatului Unit,* disponibilă pe http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-5792, consultată la19.12.2015

[600] *C.S.J. Secţia penală, decizia nr.818/2001,* în R.D.P. 3/2002, p.101 şi în B.J. 2001, p.180

[601] *Trib.Suprem, Secţia penală, decizia nr.2837/1984*, în C.D. 1984, p.252

raţionamentul judecătorilor şi la care aceştia par că se raportează atunci când aplică această măsură. Mai rămâne însă ca acestea să fie reglementate în lege, în mod concret.

Cu privire la instituţa confiscării prin echivalent şi cumularea acesteia cu alte sancţiuni din alte legi speciale, printr-un recurs recent în interesul legii se ridică în cauză întrebarea conform căreia: dacă în privinţa infracţiunii de contrabandă, în cazul în care bunurile care fac obiectul infracţiunii au fost identificate şi indisponibilizate în vederea confiscării, se va dispune „*atât confiscarea bunurilor respective, cât şi obligarea autorului/autorilor la plata taxelor vamale, a accizelor şi a taxei pe valoare adăugată, evaluate prin raportare la valoarea în vamă a bunurilor confiscate sau se va dispune exclusiv confiscarea bunurilor respective?*[602] Înalta Curte a statuat că, în cazul infracţiunii de contrabandă prevazute de Legea nr. 86/2006 privind Codul vamal al României, se impune luarea măsurii de siguranţă a confiscării speciale a bunurilor sau a mărfurilor introduse ilegal pe teritoriul vamal al României, concomitent cu obligarea inculpaţilor la plata sumelor reprezentând datoria vamală, numai în ipoteza în care acestea au trecut de primul birou vamal situat pe teritoriul vamal comunitar fără să fi fost prezentate în vamă şi transportate spre acest birou vamal."[603] S-a subliniat, că datorită scopului prevăzut în norma de incriminare, comiterea actelor materiale ce corespund infracţiunii de contrabandă este, prin natura sa, generatoare de prejudiciu. Neperceperea sumelor legale cuvenite pentru operaţiunile de trecere a bunurilor sau a mărfurilor peste frontieră constituie prejudiciu la bugetul statului."[604] Confiscarea este o sancţiune de drept penal ce are drept scop înlăturarea unei stări de pericol şi prevenirea săvârşirii altor fapte prevăzute de legea penală, cele două măsuri au natură, temeiuri juridice şi scopuri diferite, aşadar, pot fi aplicate concomitent. În egală măsură, diferă şi obiectul acestora: confiscarea are ca obiect bunurile de contrabandă, pe când

[602]*Decizia Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie nr. 11 din 22 aprilie 2015*, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 381 din 2 iunie 2015. în cazul infracţiunii de contrabandă prevazute de Legea nr. 86/2006 privind Codul vamal al României, se impune luarea măsurii de siguranţă a confiscării speciale a bunurilor sau mărfurilor introduse ilegal pe teritoriul vamal al României, concomitent cu obligarea inculpaţilor la plata sumelor reprezentând datoria vamală, numai în ipoteza în care acestea au trecut de primul birou vamal situat pe teritoriul vamal comunitar fără să fi fost prezentate în vamă şi transportate spre acest birou vamal. Această problematică a fost controversată, instanţele de judecată, inclusiv instanţa supremă, adoptând soluţii diferite.

[603]Decizia Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie nr. 11 din 22 aprilie 2015 (completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală) publicată în M. Of., Partea I, nr. 381 din 2 iunie 2015.

[604] Taxele vamale fiind instituite în scopul realizării veniturilor bugetare, dar şi ca măsuri protecţioniste în plan economic - Decizia Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie nr. 11 din 22 aprilie 2015 (completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală) publicată în M. Of., Partea I, nr. 381 din 2 iunie 2015.

obligaţia de despăgubire vizează taxele vamale calculate la valoarea acestor bunuri. Confiscarea specială îşi păstrează caracterul de sancţiune penală şi atunci când bunurile nu se găsesc pentru a fi confiscate în natură şi se dispune confiscarea prin obligarea la plata echivalentului bănesc al acestora. Pe de altă parte, obligarea la plata unei sume de bani, echivalente valorii bunurilor supuse confiscării, este o măsură de siguranţă, ca şi confiscarea specială a bunurilor, careia i se substituie, obligarea la plata taxelor vamale aferente bunurilor care au constituit obiectul infracţiunii de contrabandă, dacă acestea nu se mai gasesc, este o sancţiune materială bazată pe dispozţiile civile, dar şi pe cele ce reglementează obligaţiile fiscale. Datoria vamală nu se confundă cu confiscarea specială, chiar dacă aceasta din urmă se dispune prin obligarea la plata echivalentului bunurilor care nu pot fi confiscate în natură.[605]

În concluzie, în mod echitabil, instanţa a statuat în sensul că nu este excesivă o astfel de cumulare a celor două sancţiuni, natura diferită a celor două măsuri, dar şi celelalte caracteristici prezentate, fac ca aplicarea concomitentă a acestora să fie una echitabilă,atât timp cât ea este dispusă în condiţiile stabilite de interpretarea dată de Înalta Curte.

A.b).2. Confiscarea extinsă şi limitele echităţii

Prin prisma echităţii, în situaţia aplicării măsurii de siguranţă a confiscării extinse, procedura contradictorie, element esenţial prin care se asigură respectarea drepturilor la apărare este obligatoriu a fi dispusă, apărarea părţilor şi terţilor vizaţi de confiscare trebuie să fie una efectivă. Confiscarea se poate dispune în mod just numai după derularea procedurii contradictorii. Argumentele sunt întemeiate cu atât mai mult cu cât confiscarea extinsă are la bază comiterea unor infracţiuni mai grave, prevăzute în cuprinsul art 112^1 alin (1) lit.a)-q), dar şi în legi speciale ce cuprind dispoziţii penale, ca de exemplu cele de corupţie, sau infracţiunile contra patrimoniului.

Prima limită pe care legea penală română o prevede în ceea ce priveşte confiscarea extinsă este că ea nu se poate dispune dacă fapta este prevăzută de legea penală, nejustificată, dar neimputabilă, spre deosebire de confiscarea specială, care este aplicabilă în această ipoteză. Celelalte limite sunt prevăzute în continure de art.112^1 şi constau în prevederea în

[605] *Ibidem*

textul legii pentru infracţiunile vizate de confiscarea extinsă[606] a pedepsei închisorii de 4 ani, sau mai mare;[607] instanţa să fi dispus condamnarea inculpatului, iar infracţiunea pentru care a fost condamnat să fie susceptibilă să îi procure un folos material, nu în ultimul rând, legea delimitează în timp (criteriu temporal) posibilitatea incidenţei unei confiscării extinse prin cerinţa ca valoarea bunurilor dobândite de persoana condamnată într-o perioadă de 5 ani înainte, şi dacă este cazul, după momentul săvârşirii, până în momentul emiterii actului de sesizare a instanţei, să depăşească în mod vădit, veniturile obţinute de aceasta în mod licit (cel din urmă fiind criteriul proporţionalităţii).[608]

Prin prisma limitelor echitabile ale dispunerii confiscării extinse, ne-a atras atenţia formularea legiuitorului din cuprinsul criteriului conform căruia infracţiunea concretă pentru care s-a dispus condamnarea *să fie susceptibilă* să îi procure infractorului un folos material.

Dacă în opinia literaturii de specialitate[609] prin noţiunea de folos material se înţelege orice avantaj de natură patrimonială, nu doar câştigurile financiare, acest cadru de interpretare conferă judecătorului o marjă prea largă de apreciere, în opinia noastră, cu atât mai mult cu cât criteriul pe care îl analizăm prin prisma echităţii se referă la o simplă *susceptibilitate* a infracţiunii concrete de a îi procura autorului un folos material. Termenul de "susceptibilă" deschide calea unor vicii de interpretare, întrucât, *per a contrario*, infracţiunea concretă pentru care s-a dispus condamnarea s-ar putea să nu fie susceptibilă să procure avantaje materiale, deşi prezintă aparenţa contrară. Reluăm ideea conform căreia legea penală nu poate reglementa probabilităţi, ci ea trebuie să prevadă certitudini. Astfel că echitabilă ar fi reformularea textului de lege astfel: "Sunt supuse confiscării şi alte bunuri decât cele menţionate la art. 112, în cazul în care persoana este condamnată pentru comiterea uneia dintre următoarele infracţiuni, dacă s-a dovedit că fapta a procurat şi alte foloase materiale şi

[606] În prezent, în urma modificărilor aduse prin OUG nr. 18/2016 pentru completarea Legii nr. 286/2009 privind Codul penal, a Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală, publicată în M. Of. nr. 389 din 23 mai, acestea nu mai sunt enumerate expres.

[607] Confiscarea extinsă va putea fi dispusă nu în funcţie de pedeapsa concretă stabilită în cazul specific, aceasta putând fi chiar amenda sau o pedeapsă cu închisoarea inferioară limitei de 4 ani, ci în funcţie de cea prevăzută de textul de lege.

[608] A se vedea art. 3 alin (2) din Decizia cadru nr.2005/212 JAI a Consiliului din 24 februarie 2005 privind confiscarea produselor, a instrumentelor şi a bunurilor având legătură cu infracţiunea, care prevede temeiul în baza căruia fiecare stat membru va putea dispune confiscarea, cu respectarea criteriilor temporal, criteriul similarităţii activităţii infracţionale şi criteriul proporţionalităţii.

[609] M.Udroiu, op.cit.p.324

pedeapsa prevăzută de lege este închisoarea de 4 ani sau mai mare."[610] Deşi în ipoteza confiscării extinse se au în vedere alte bunuri decât cele supuse confiscării speciale, se consideră că vor fi confiscate numai bunurile dobândite ilicit, fapt care rezultă şi din alin.(8) al art.112¹ Cod penal care prevede criteriul temporal, observăm că şi în opinia doctrinei expresia legiuitorului: "instanţa poate confisca şi alte bunuri" decât cele care au legătură directă cu infracţiunea, poate genera abuzuri în lipsa unor garanţii concrete a drepturilor la apărare, mai ales că se pot confisca şi bunuri aflate în posesia altor persoane decât cea condamnată conform alin (3) al art.112¹. Aşadar se pot confisca orice bunuri de la orice persoană prin simpla convingere a judecătorului că acestea provin din activităţi de natura celor ce au atras condamnarea.[611]

Dispoziţiile din pct.5 al preambulului Deciziei cadru 2005/212/JAI în conformitate cu care "este recomandat să se analizeze eventuala necesitate de adoptare a unui instrument, care luând în considerare cele mai bune practici din statele membre şi cu respectarea principiilor fundamentale de drept, să prevadă posibilitatea introducerii în dreptul penal, civil, sau fiscal, după caz, a unei reduceri a sarcinii probei în ceea ce priveşte sursa bunurilor deţinute de o persoană condamnată pentru o infracţiune ce are legătură cu criminalitatea organizată." "Dispoziţiile cuprinse în art.112¹ Cod penal român nu prezintă un „instrument" prin care să se reducă sarcina probei din partea procurorului."[612] Totodată, doctrina[613] a identificat lipsa transpunerii în legea română a art.4 din Decizie care prevede necesitatea punerii la dispoziţie a unor căi de atac efective pentru apărarea drepturilor, deci situaţia în care în cazul dispunerii acestei confiscări, infractorul să aibă la dispoziţie o cale de atac pevăzută de textul de lege, însă, cu privire la acest aspect, situaţia a fost remediată pe parcurs, iar standardele echităţii se verifică în prezent, întrucât există căi de atac efective pentru apărarea drepturilor precum: apelul şi contestaţia la judecătorul de drepturi şi libertăţi, în etapa urmăririi penale.

---

[610] Recenta Directivă 2014/42/UE în lupta împotriva criminalității organizate, a adoptat reglementări pe principiul *actio in rem*, care vizează înlăturarea stării de periculozitate obiectivă generată de posesia bunurilor obținute ilicit, ce creează *premisa săvârșirii altor infracțiuni*. Confiscarea este determinată de o periculozitate *in rem*, justificată de caracterul ilicit al dobândirii, iar nu de gravitatea infracțiunii, însă aceste aspecte o delimitează de măsurile de siguranță ce privesc un anume statut al persoanei, și anume periculozitatea sa.

[611] Alexandru Boroi în G.Antoniu, T. Toader (coord.), op.cit. pp. 326-327

[612] *Ibidem*

[613] *Alexandru Boroi în G.Antoniu, T. Toader (coord.), op.cit. pp. 326-327*

De asemenea, există anumite probleme şi în ceea ce priveşte respectarea standardelor de echitate, mai exact claritatea şi precizia, în privinţa termenului legal de 5 ani înainte şi dacă este cazul după săvârşirea infracţiunii, până la data emiterii actului de sesizare a instanţei, deoarece legea nu precizează temeiul legal în baza căruia a fost stabilită această perioadă. Cu privire la acest aspect a fost ridicată excepţia de neconstituţionalitate în cadrul căreia Curtea Constituţională a constatat că dispoziţiile art 112¹ alin (2) lit.a) Cod penal actual cuprind o soluţie identică cu cea a art. 118² alin (2) lit.a) Cod penal anterior, cele două texte fiind introduse în actele normative prin Legea nr.63/2012. Având în vedere această identitate a articolelor şi Legea 63/2012,[614] Curtea Constituţională a apreciat că aplicarea normei privind confiscarea extinsă în cuprinsul art.112¹ alin (2) lit a) nu va depăşi limita de timp a intrării în vigoare a Legii nr. 63/2012 neputându-se dispune confiscarea extinsă cu privire la bunurile dobândite de persoana condamnată înaintea datei respective.[615]

În context internaţional, în prezent, Deciziile-cadru 2001/500/JAI şi 2005/212/JAI sunt în poziția de a fi înlocuite, în privința dispozițiilor referitoare la confiscarea extinsă, printr-un instrument nou, i.e. Directiva 2014/42/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 3 aprilie 2014 privind înghețarea și confiscarea instrumentelor și produselor infracțiunilor săvârșite în Uniunea Europeană.[616] Noua reglementare trebuia transpusă până în 4 octombrie 2015 și impune obligații noi.[617]

---

[615] *Curtea Constituţională, Decizie nr.356 din 25 iunie 2014,* publicată în M.Of. nr.691 din 22 septembrie 2014.

[616] Jurnalul Oficial nr. L 127 din 29 aprilie 2014.

[617] Precum cea prevăzută în art. 5 (1), conform căruia: statele membre vor adopta măsurile necesare pentru a permite confiscarea, totală sau parțială, a bunurilor unei persoane condamnate ca urmare a săvârșirii unei infracțiuni care este susceptibilă să genereze, în mod direct sau indirect, beneficii economice, atunci când, în baza circumstanțelor cauzei, inclusiv a elementelor de fapt și a probelor disponibile, cum ar fi faptul că valoarea bunurilor este disproporționată în raport cu venitul legal al persoanei condamnate, o instanță consideră că bunurile în cauză au fost obținute din activități infracționale; și art. 6 (1) care prevede că statele membre vor adopta măsurile necesare pentru a permite confiscarea produselor sau a altor bunuri a căror valoare corespunde produselor care, în mod direct sau indirect, au fost transferate de o persoană suspectată sau învinuită către terți sau care au fost dobândite de terți de la o persoană suspectată sau învinuită, cel puțin în cazurile în care terții știau sau ar fi trebuit să știe faptul că scopul transferului sau al achiziționării era evitarea confiscării, pe baza unor elemente de fapt și circumstanțe concrete, inclusiv a faptului că transferul sau dobândirea a avut loc în mod gratuit sau în schimbul unei sume de bani semnificativ mai reduse decât valoarea de piață a bunurilor.

În prezent, proiectul de lege pentru implementarea în legislaţia penală română a acestei Directive privind confiscarea extinsă este în dezbatere[618] şi conform acestuia vor fi supuse confiscării extinse şi alte bunuri decât cele deja prevăzute de lege "în cazul în care persoana este condamnată pentru comiterea unei infracţiuni, dacă fapta este *susceptibilă* să îi procure un folos material şi maximul pedepsei prevăzute de lege pentru aceasta este 4 ani sau mai mare". "Confiscarea extinsă se dispune dacă instanţa are convingerea că bunurile respective provin din activităţi infracţionale şi are în vedere bunurile dobândite de persoana condamnată, într-o perioadă de 5 ani înainte şi, dacă este cazul, după momentul săvârşirii infracţiunii, până la data emiterii actului de sesizare a instanţei." Potrivit expunerii de motive, prin modificările legislative se urmăreşte în primul rând extinderea domeniului de aplicare a confiscării extinse, inclusiv la infracţiunile de serviciu sau cele privind sănătatea publică, prin renunţarea la reglementarea actuală care cuprinde o listă limitativă de infracţiuni.

Îngrijorător din punctul de vedere al dezideratului echităţii acestei măsuri, nu este numai exprimarea "dacă fapta este *susceptibilă* să îi procure un folos material" folosită în textele de lege, ci şi faptul că se doreşte extinderea domeniului de aplicare a confiscării extinse, deoarece, prin adoptarea prezentului proiect de lege se va putea dispune în viitor măsura de siguranţă a confiscării extinse şi pentru alte infracţiuni.[619]

Fără îndoială este vorba despre o politică europeană de eficientizare a instituţiei confiscării extinse care se cere transpusă în legislaţia penală naţională pentru eficientizarea combaterii unor câştiguri ilicite din infracţiuni grave. Cu toate acestea, echitatea impune ca această măsură să presupună standarde de probă ridicate, apte să releve o legătură de cauzalitate solidă între infracţiune şi rezultatul acesteia. Pe acest fond, confiscarea va fi respinsă de o instanţă penală, dacă acuzarea (procurorul) nu probează cu suficientă certitudine faptul că bunurile susceptibile de confiscare provin din infracţiuni. Ori aceste standarde de echite nu mai par a fi respectate deoarece, noua politică preferă ca soluţii:

[618] Ministerul Justiției a pus în dezbatere publică un proiect de lege pentru modificarea şi completarea Codului penal şi a Codului de procedură penală, precum şi pentru completarea art. 79 din Legea nr. 253/2013 privind executarea pedepselor, a măsurilor educative şi a altor măsuri neprivative de libertate dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal, prin care se realizează transpunerea unor prevederi ale Directivei 2014/42/UE privind înghețarea și confiscarea instrumentelor și produselor infracțiunilor săvârșite în Uniunea Europeană, sursă online: www.agerpres.ro accesat la 16.08.2016

[619] (...) infracțiunile de serviciu (delapidarea, abuzul în serviciu, uzurparea funcției, conflictul de interese, obținerea ilegală de fonduri), infracțiunile privind sănătatea publică (infectarea apei, falsificarea sau substituirea de alimente ori alte produse, comercializarea de produse alterate, traficul de produse sau substanțe toxice."

renunțarea la cerința unei legături de cauzalitate solide între infracțiune și produsele acesteia și diminuarea garanțiilor procedurale penale clasice, precum răsturnarea sarcinii probei ori renunțarea la standarde de probă ridicate. În opinia unui autor „această ofensivă împotriva modului tradițional de a realiza represiunea generează confruntări serioase cu o serie de principii ca: respectarea prezumției dobândirii licite a averii, respectarea prezumției de nevinovăție, principiul neretroactivității legii penale, principiul dreptului la un proces echitabil, principiul securității juridice ș.a.m.d.[620]

Măsura confiscării extinse trebuie să răspundă unor cerințe de echitate. Din acest punct de vedere se impune analiza caracterului proporționalității măsurii cu scopul declarat în cadrul eficienței confiscării produselor ce provin din infracțiuni. În acest sens, în individualizarea confiscării extinse se impune reglementarea unor limite echitabile de dispunere a acestei măsuri. A defini limite înseamnă a identifica în prealabil un echilibru între mijloace și scopuri, între obiectivele urmărite (eficiența confiscării produselor ce provin din infracțiuni) și maniera în care se realizează acestea[621] şi mai apoi, a le pune în aplicare.

Confiscarea extinsă se bazează din păcate tocmai pe renunțarea la o legătură de cauzalitate solidă între infracțiune și produsul ei, astfel că incertitudinea va exista în orice situaţie a aplicării acestei măsuri de siguranţă întrucât despre o anumită parte a bunurilor confiscate nu se va putea spune în mod decisiv niciodată că au o origine ilicită.

În opinia unor autori, la care achiesăm și noi: "sensul ce ar trebui avut în vedere este cel al unei proporționalități negative, înțeleasă ca limită ce nu ar putea fi depășită într-un caz concret."[622]Astfel că, "din acest punct de vedere, confiscarea extinsă ar putea funcționa ca regulă de individualizare a sancțiunii penale, în sensul că sancțiunea totală aplicată (pedeapsa plus confiscarea, plus alte posibile sancțiuni) să nu depășească o măsură proporțională, sau ca o raportare concretă a proporţionalităţii la confiscarea extinsă, prin introducerea unor limite în aplicarea acesteia *per se,"*[623] făcând-o astfel echitabilă.

---

[620] Flaviu Ciopec, *Marja de apreciere a judecătorului penal în aplicarea confiscării extinse,* Revista de Științe Juridice nr. 1/2015, editată de Facultatea de Drept din Craiova în colaborare cu Editura Universul Juridic.

[621] *Ibidem*

[622] Flaviu Ciopec*, Marja de apreciere a judecătorului penal în aplicarea confiscării extinse,* Revista de Științe Juridice nr. 1/2015, editată de Facultatea de Drept din Craiova în colaborare cu Editura Universul Juridic.

[623] *Ibidem*

O moderație în aplicarea confiscării extinse ridică şi problema reperelor în raport de care aceasta ar putea opera. Se pot avea în vedere mai multe ipoteze. În primul rând, confiscarea s-ar putea dispune în funcţie de amploarea activității infracționale anterioare și pe care instanța o apreciază general, inclusiv prin prezumții.[624] Soluţiile propuse de doctrină[625] sunt raţionale şi satisfac într-o oarecare măsură cerinţa echităţii. Astfel, se consideră că cu cât apare ca fiind mai consistentă această activitatea precedentă condamnării, cu atât mai mult se impune confiscarea şi că la limită, o activitate infracțională relativ debilă va trebui să se regăsească și într-o amplitudine corespunzătoare a confiscării. O altă soluție propusă ar fi să se stabilească ca reper natura infracțiunii ce a determinat condamnarea. Cu cât această infracțiune este mai serioasă privită în mod global, cu atât și confiscarea trebuie să se aplice mai viguros, în consecință, o gravitate scăzută a faptei, un grad de culpabilitate redus sau caracterul de infractor primar (și alte elemente ce determină gravitatea unei infracțiuni) ar trebui avute în vedere la aplicarea confiscării. Această soluție pare a reduce riscul confiscării excesive a bunurilor unei persoane, întrucât este nerezonabil a se afirma că autorul unei infracțiuni de gravitate medie merită și o confiscare a bunurilor aflate în proprietatea sa, în aceeași măsură ca și cel care a comis o infracțiune gravă.[626]

Problema este că aceste operațiuni de proporționalizare ar introduce o putere de decizie a judecătorului discreționară. Însă acest risc ar putea fi diminuat dacă s-ar prevedea criterii legale, care să permită definirea, implicit delimitarea marjei de apreciere a judecătorului prin prisma dezideratului echităţii.

---

[624] În acest sens, Curtea Constituţională a statuat cu privire la probatoriul prin prezumţii simple prin Decizia nr. 356 din 25 iunie 2014, paragrafele 39, 41, publicată în M. Of. nr. 691 din 22 septembrie 2014 că: „în ceea ce privește măsura confiscării extinse, în vederea stabilirii standardului de probă, Curtea Constituțională reține că nu trebuie plecat de la premisa că prezumția dobândirii licite a averii poate fi răsturnată doar prin probe, respectiv prin probarea faptului ca bunurile în cauză provin din comiterea de infracțiuni. Dacă aceasta ar fi abordarea, confiscarea extinsă ar fi lipsită de orice rațiune de a exista, căci dacă se ajunge la probarea fiecărui act infracțional din care provin anumite bunuri, se va ajunge și la condamnarea autorului pentru aceste acte, și deci la confiscarea specială a bunurilor astfel obținute, nemaigăsindu-și utilitatea măsura confiscării extinse. Prin urmare, o prezumție legală relativă poate fi răsturnată nu doar prin probe, ci și prin prezumții simple, fapt statuat și în doctrină". Instanța va putea utiliza aşadar o serie de prezumții de fapt pentru a-și forma convingerea că averea persoanei în cauză provine din fapte de natura celor pentru care a pronunțat condamnarea, lucru care ni se pare sensibil din punct de vedere al echităţii.

[625] Flaviu Ciopec, *Marja de apreciere a judecătorului penal în aplicarea confiscării extinse,* Revista de Științe Juridice nr. 1/2015, editată de Facultatea de Drept din Craiova în colaborare cu Editura Universul Juridic.

[626] *Ibidem*

În opinia noastră, în măsura în care principiul fundamental al echităţii ar fi fost enunţat în dreptul penal, aceste exigenţe – limite se impuneau a fi consacrate în însăşi baza acestuia, cu atât mai mult cu cât echitatea presupune şi include protecţia drepturilor apărării, proporţionalitatea şi rezonabilitatea ingerinţei statului în drepturile indivizilor.[627]

O altă reglementare legală care ridică întrebări cu privire la limitele unei confiscări extinse este cea care prevede că pentru aplicarea art 112¹ alin (2) lit.a) şi b) Cod penal, instanţa va ţine seama şi de valoarea bunurilor aflate în proprietatea altor persoane decât a acuzatului, dacă instanţele vor avea convingerea că bunurile respective provin din activităţi de natura celor care au atras condamnarea. Problema care se ridică este cât de echitabilă este această măsură faţă de terţii implicaţi de lege, ale căror bunuri se pot confisca din motiv de oportunitate a confiscării extinse, deoarece aceste persoane nu sunt condamnate penal, nu se află într-un raport penal de conflict, pentru a li se putea aplica o măsură prevăzută de Codul penal.

Această reglementare satisface oportunitatea confiscării extinse, dar nu satisface exigenţele principiului fundamental al legalităţii sancţiunilor penale, cu atât mai mult cel al echităţii. În temeiul cărui principiu s-ar aplica astfel confiscarea extinsă unor persoane nevinovate, care sunt în afara cadrului penal în acest context? În lipsa dovezilor că au comis infracţiuni, terţilor vizaţi de confiscarea extinsă nu li se va putea aplica vreo măsură de siguranţă, mai ales una cu un caracter pronunţat represiv ca cea la care facem referire.

Buna credinţă este prezumată de lege, însă în ipoteza de faţă, terţii vizaţi nu au la dispoziţie mijloace efective de a dovedi buna lor credinţă, mai ales că inversarea sarcinii probei va putea fi aplicată numai persoanei condamnate pentru o infracţiune pentru care legea prevede pedeapsa închisorii de 4 ani, sau mai mare, ori terţii nu sunt condamnaţi, astfel că din start nu se poate pune problema unei sarcini a probei în ceea ce îi priveşte.[628]

---

[627] De exemplu, capitolul 10 secțiunea 10 (1) din Codul penal finlandez prevede că măsura confiscării va putea fi restrânsă dacă rezultatul ei ar fi *inechitabil*, luând în considerare natura infracțiunii pentru care a intervenit condamnarea, bunurile susceptibile de confiscare, vulnerabilitatea economică a persoanei condamnate sau alte asemenea circumstanțe. Cap. 36 secțiunea 1b(4) a Codului penal finlandez prevede şi posibilitatea *renunțării la confiscarea extinsă dacă aceasta apare ca fiind rezonabilă*, având în vedere celelalte obligații ce decurg din hotărârea de condamnare (de ex., amenda penală), caracterul îndelungat al deținerii bunurilor de către persoana condamnată sau, în cazul terților, buna lor credință la dobândirea unor bunuri ce provin din infracțiuni.

[628] Pentru o idee similară şi argumentele doctrinei a se vedea Alexandru Boroi în G.Antoniu, T.Toader (coord.), op.cit.pp.328-330

Nu se contestă faptul că pentru infracţiuni de gravitatea celor prevăzute în art.112[1]alin (1) lit.a)-q) era necesară reglementarea unei măsuri de siguranţă de calibrul confiscării extinse, cu atât mai mult cu cât este vorba despre conjuncturi în care legea penală are de-a face cu infractori deosebit de periculoşi, iar politica preventivă trebuie să fie una eficientă pentru interesul general, dar şi moral al societăţii. Nu vrem să spunem că măsura confiscării extinse nu este una echitabilă, însă echilibrul drepturilor trebuie menţinut în balanţa justiţiei, astfel că această instituţie are nevoie de limitări concrete, prevăzute de lege, în numele echităţii justiţiei penale. Dacă ea trebuie dispusă echitabil în numele de societăţii – pentru insteresul general, ea va trebui dispusă echitabil şi faţă de condamnaţi. Să nu uităm că cei care împart justiţie în etapele individualizării pedepselor sunt şi ei oameni.

B. Echitatea și individualizarea măsurilor educative și de siguranţă în dreptul penal francez

B.a) Individualizarea măsurilor educative în dreptul penal francez

În prezent, în Franța, minorii care au discernământ răspund penal, răspunderea lor penală fiind atenuată în funcție de vârstă. Măsurile educative sau sancțiunile educative sunt aplicate, în funcţie de cazurile concrete, de către judecătorul pentru minori, Tribunalul pentru minori, sau Curtea de Jurii a minorilor. Măsurile trebuie să aibă ca obiectiv principal redresarea socială a minorului prin rolul educativ al măsurilor educative, dar şi redresarea lui morală. În sistemul francez ce vizează răspunderea penală a minorilor există educatori din cadrul protecției judiciare a tinerilor care intervin în monitorizarea anumitor măsuri educative, sancțiuni educative sau pedepse aplicabile minorilor. Chiar mai mult, procurorul poate decide să aleagă, mai degrabă, o alternativă la urmărirea penală în privința minorului, decât să declanşeze urmărirea acestuia.

Echitatea este vădită în politica penală franceză, care ia în considerare vulnerabilitatea minorilor și nu îi supune aceluiași regim de răspundere penală ca și cel folosit pentru individualizarea pedepselor pentru infractori majori.

Alternative, decise de către procuror, la urmărirea penală sunt: chemare la ordine, orientarea către o unitate medicală socială sau profesională, repararea prejudiciului cauzat, regularizarea situației în conformitate cu legea sau cu regulamentele încălcate, medierea și compoziția penală.

Prima " formă pe care o îmbracă măsurile educaționale în general", prevede că: măsurile, sancțiunile educative și pedepsele diferă în funcție de pragul de vârstă pentru fiecare minor. Le mai putem numi "praguri de răspundere penală" în caz de minoritate. Pentru minorul capabil de discernământ ce are vârsta de sub 10 ani: unele măsuri educative pot fi dispuse ca cele de: supraveghere parentală, plasamentul, plasarea sub protecție judiciară, repararea prejudiciului pe care l-a provocat, supravegherea sau asistarea zilnică. În ceea ce privește minorul între 10 și 13 ani, acestuia nu i se pot aplica decât măsuri educative şi sancțiuni educative, în timp ce minorului care are vârsta de peste 13 ani îi pot fi aplicate

măsuri și sancțiuni educative, precum și pedepse în cazul în care circumstanțele și personalitatea minorului impun aceasta.[629]

Aceste măsuri specifice, sancțiuni și pedepse trebuie să protejeze, să asiste, să monitorizeze și să educe minorul. Legea franceză denotă flexibilitate şi în ceea ce privește aceste măsuri, ele putând fi revizuite în orice moment.

Măsurile educative din legea penală franceză sunt: mustrarea, care este un avertisment adresat minorului de către judecătorul delegat cu judecarea minorilor, punerea sub supravegherea părinților, tutorelui, persoanei care îi are în custodie, sau o persoană de încredere, avertismentul solemn, supravegherea care implică monitorizarea de către un serviciu judiciare educațional de protecție a tinerilor, plasamentul, punerea sub protecție judiciară, măsura de ajutor sau de reparare a daunelor provocate prin faptă, asistarea zilnică, scutirea de aplicare a măsurii educative și amânarea aplicării măsurii educative.

Sancţiunile educative sunt: confiscarea, ordinul de restricţie, interdicția de a întâlni victima, interdicția de a se afla în preajma coautorilor și complicilor, măsura de ajutor sau de reparare a prejudiciului, stagiul de formare civică, plasamentul, executarea de muncă şcolară, avertismentul solemn. Putem identifica asemănarea dintre sancțiunile educative și măsurile de siguranţă. Sancţiunile educative fiind de fapt "măsuri de siguranţă pentru minori." Evident, nu trebuie să uităm diferența dintre sancțiunile educative și măsurile de siguranţă, deoarece primele vor fi aplicate după condamnare, în timp ce măsurile de siguranţă sunt, de regulă, pronunţate înainte de condamnare, ca o formă de prevenire a pericolului.

În ceea ce priveşte pedepsele pentru minori, acestea pot fi aplicate numai în subsidiar și numai dacă este necesar, ținându-se seama de circumstanțele atenuante și de personalitatea minorului vizat. Scutirea de pedeapsă, amânarea aplicării pedepsei simple, sau cu suspendare sub supraveghere, repararea prejudiciului, amenda al cărei maxim prevăzut de lege este de jumătate din suma maximă prevăzută pentru majori (cu excepție pentru minorii care au vârsta de peste 16 ani) fără a se depăși 7500 de euro şi munca în folosul comunității pentru minori cu vârste cuprinse între 16 și 18 ani sunt pedepsele prevăzute în dreptul penal francez pentru minori. Munca în interesul comunității trebuie să fie adaptată vârstei minorilor, să prezinte un

[629] Cerința referitoare la necesitatea pedepsei face parte din corolarul principiului necesității și subsidiarității pedepsei - elemente de inspirație din filozofia politicii penale franceze denumită la *Défense Sociale Nouvelle – Noua Apărare Socială.*

caracter educativ și să favorizeze reintegrarea lor socială. Supravegherea socio-judiciară, stagiul de formare civică, închisoare cu suspendarea executării pedepsei, simplă, sau cumulată cu muncă în interesul comunităţii, pedeapsa cu închisoarea, precum și alte pedepse, nu se aplică decât minorilor cu vârste cuprinse între 13 ani și mai mult și nu poate depăși jumătate din pedeapsa maximă prevăzută de lege pentru majori pentru toți minorii sub 16 ani la momentul comiterii infracţiunilor. Această reducere din cuantumul pedepsei la jumătate nu este absolută pentru minorii de peste 16 ani, instanța poate decide să îndepărteze această regulă în aplicarea pedepsei, iar legea prevede că aceasta nu se aplică în cazul anumitor infractori minori care au comis violenţe şi care sunt recidiviști. Ea se bazează, de asemenea, pe gravitatea actelor penale comise de către minori, în egală măsură și diminuarea cuantumului pedepsei sau atenuarea acesteia și aplicabilitatea sa este individualizată prin evaluarea efectuată de către instanța de judecată.[630]

În dreptul penal francez, Codul penal prin art.122-8 și Ordonanţa din 2 februarie 1945, modificată prin Legea din 9 septembrie 2002 fac distincția între măsuri educative și sancțiuni educative, diferența este minimă, dar ele denotă o posibilitate de existenţă a unei concepţii noi în ceea ce priveşte pedeapsa, aceasta din urmă a fost mereu înțeleasă în dimensiunea ei represivă tradițională, însă astăzi ea este concepută ca un *instrument educațional*.[631]

Într-adevăr, individualizarea măsurilor educative și de siguranță pentru minoritatea delincventă rămâne bazată pe obiectivul educațional, dar modificările aduse la ordonanţa din 1945 au servit la îmbogăţirea procesului de individualizare a măsurilor aplicabile minorilor cu modalităţi care dau dovadă de un nivel mai ridicat de constrângere, dar legitime, mai ales dacă luăm în considerare rata în creştere a delincvenţei juvenile și violența tinerilor care este din ce în ce mai manifestă în societatea actuală.

Prin analiza evoluției reglementărilor în domeniul răspunderii penale a minorilor și a legilor succesive care au guvernat acest domeniu în dreptul francez, vom cerceta modul în care echitatea justifică regimul favorizant de sancţionare a minorilor şi în dreptul francez. Astfel vom trata **B.a) 1.** istoricul răspunderii penale a minorilor în Franța și **B. a) 2**. măsurile

---

[630] Informaţii disponibile pe pagina : http://www.justice.gouv.fr/justice-des-mineurs-10042/presentation-10043/les-mesures-les-sanctions-educatives-et-les-peines-21653.html, consultate la 15.12.2015

[631] B. Brunet, « *La lutte contre la délinquance – Entre répression, éducation, processus démocratique et rôle de l'institution judiciaire* » Gaz.Pal. 2002, Doctr., p.1284

educative şi măsurile de siguranţă care îi vizează pe minori în dreptul francez, apoi vom identifica **B. a)3.** criteriile concrete de individualizare a măsurilor educative şi finalmente, **B. a)4**. elementele de echitate din individualizarea acestor măsuri.

B.a) 1. Scurt istoric al răspunderii penale a minorilor în Franța

De-a lungul timpului, similar cu evoluţia din dreptul penal român, în dreptul penal francez răspunderea penală a minorilor a fost supusă unor condiții de vârstă și de existenţă a discernământului. Codul penal francez din 1810 a condiționat răspunderea penală a minorilor de existenţa discernământului lor. Nu au existat instanțe specializate, sau judecători specializați în vremurile acelui Cod penal din 1810, astfel încât judecătorii obișnuiți cercetau, în fiecare caz, dacă minorul a avut, sau nu, atunci când a acționat percepția suficientă a faptelor sale și liber arbitru pentru a justifica pronunțarea unei pedepse penale. În cazurile în care răspunsurile erau afirmative, minorul era găsit răspunzător și condamnat, dar cu beneficiul cauzei legale atenuante denumită *scuza legală a minorității.* În cazul în care răspunsul era negativ, minorul era achitat, dar cu posibilitatea de a fi plasat într-o casă de corecție, astfel încât era incidentă o privare de libertate.[632]

Legea din 22 iulie 1912 a fost următorul act normativ care a prevăzut reforme care au încercat să îmbunătățească normele existente în Codul penal francez din 1810. Această lege a avut ca obiectiv diversificarea măsurilor de plasament şi de supraveghere a minorilor. Ea a eliminat criteriul lipsei discernământului în cazul minorilor de sub 13 ani, iar rezultatul a fost un alt "mod de a se angaja răspunderea penală a minorului", în cazul în care minorul săvârșea infracțiunea pe perioada când acesta nu împlinise încă 13 ani, el nu răspundea penal, iar dacă minorul avea deja împlinită această vârstă, răspunderea lui era reţinută, dar sub rezerva existenței discernământului său. A fost stabilită prin lege, prezumția absolută a iresponsabilităţii penale a minorilor sub 13 ani.

În anul 1945 a fost adoptată Ordonanţa nr.45-174 din 2 februarie 1945 privind delincvența juvenilă. Codul penal actual francez, în articolul 122-8 face referire la "legea specială" care a stabileşte condițiile pentru a se reține răspunderea vinovaților minori. Această "lege specială este ordonanţa precitată cu normele sale de completare şi interpretare prin legea de interpretare nr.2002-1138, numită" Legea Perben I "din 9 septembrie 2002 cu

[632] Yves Mayaud, op.cit. p.374

privire la orientarea și programare a justiției.[633] Prezenta ordonanţă se concentrează mai mult pe readaptarea socială a minorului, decât pe retribuţia legată de condamnarea sa.

Într-adevăr, modalităţile de sancţionare a minorilor prevăzute în temeiul articolului 122-8 din Codul penal francez sunt "măsuri de protecție, de asistare, supraveghere și educație," conform doctrinei franceze: " dispozițiile legale sunt orientate mai mult spre eficacitate decât spre juridicitate, cu o pierdere de referință cu privire la răspunderea penală, deoarece nicio trimitere explicită nu face posibilă reținerea unei răspunderi penale *ad literam,* iar în expunerea de motive se evocă în mod clar un regim de iresponsabilitate penală a minorilor."[634] Această dispoziție legală a cedat în fața realităţii din practica jurisprudenţială care a aplicat-o în sens opus, astfel încât responsabilitatea a rămas fundamentul răspunderii penale a minorilor şi iresponsabilitatea, excepţia. Sancțiunile au devenit mai degrabă educative, nerămânând pedepse clasice, dar, în același timp, ele fiind cauza imputabilităţii unei infracţiuni săvârșite cu discernământ.

Legea din 9 septembrie 2002 a preluat formularea articolului 122-8 din Codul penal și tratează problematica responsabilităţii mai concret.[635]În acest sens, se derulează, în prezent, în Franța, un proiect de lege privind justiția penală pentru minori și adolescenți, care a trecut prin consultări în cadrul Ministerului Justiției, până în ianuarie 2015. Ca și în dreptul penal român, discernământul rămâne referința cu privire la angajarea, sau neangajarea răspunderii penale a minorilor. Logica este, de asemenea, păstrată de către Consiliul Constituțional francez care statuează că "atenuarea răspunderii penale a minorilor în funcție de vârstă și necesitatea de a căuta educația și reabilitarea morală a copiilor delincvenți, prin măsuri adecvate vârstei și personalităţii lor, pronunțată de un tribunal specializat, sau în conformitate cu procedurile corespunzătoare, au fost recunoscute, în mod constant, de legile Republicii încă de la începutul secolului al XX-lea. "[636]

---

[633] *Idem* p.375

[634] *Ibidem*

[635] Prevăzând că: "Minorii capabili de discernământ sunt responsabili penal pentru crime, delicte, sau contravenții pentru comiterea cărora au fost găsiți vinovați."

[636] Cons Const. Decizie nr. 2002-461 DC din 29 august 2002, publicată în Journal Officiel 10 septembrie 2002, p.14953

B.a).2. Măsurile educative și de siguranță care vizează minorii în dreptul penal francez

Ordonanța din 1945, prin articolul 2, acordase prioritate măsurilor de protecție și de educație prin intermediul asistenței și supravegherii și a lăsat în plan subsidiar pedeapsa tradițională, aceasta din urmă neputând fi pronunțată decât împotriva minorilor cu vârste cuprinse între 13 și 18 ani și realizându-se o individualizare concretă. Aceasta înseamnă că numai dacă circumstanțele faptelor și personalitatea minorilor impun acest lucru, de la caz la cas, pedeapsa, în adevăratul său sens, le va putea fi aplicată în cele din urmă.

De asemenea, și principiul necesității care face parte din echitate în individualizarea sancțiunilor penale, joacă un rol esențial în această situație, de aplicare sencundară a unei pedepse. În plus, conceptul se bazează pe o opoziție care interzice orice cumulare a două sancțiuni, a unei măsuri educative și a unei pedepse, procedând la o alternativă între cele două. Trebuie adăugată versiunea faptelor privind dubla competență a judecătorului pentru minori, deoarece acesta intervine nu numai în scopul abordării și analizării delincvenței minorilor, ci și în materie de asistență educațională, rolul său nu se limitează așadar la aplicarea legii penale, ci, în aceeași măsură, vizează și la aplicarea legii civile.[637] Doctrina a identificat un aspect sensibil, în ceea ce privește practica acestei individualizări, în sensul că judecătorii consideră adesea că „dacă nu toți minorii aflați în pericol sunt delincvenți, minorii delincvenți în schimb sunt mult mai adesea în pericol și aleg să nu îl încadreze pe minor în baza Ordonanței din 1945, preferând să facă acest lucru conform dispozițiilor cu privire la asistența educațională, iar astfel frontierele dintre educație și represiune devin mai nesigure.”[638]

De asemenea, Ordonanța din 1945 nu rămâne necriticată, spre exemplu, opoziția prea categorică între educație și pedeapsă, în ciuda câtorva excepții. O pedeapsă poate avea o calitate educativă din moment ce munca de interes general este de asemenea înțeleasă ca fiind aplicabilă minorilor cu vârste cuprinse între 16 și 18 ani[639] și o măsură reparatorie poate de asemenea să fie înțeleasă ca educativă, dar de natură punitivă.[640] Astfel, o măsură, sau o

[637] A se vedea art. 375 din Codul Civil Francez și art. 226-4 din Codul Acțiunii Sociale și al Familiei; a se vedea Yves Mayaud, op.cit.p.379.

[638] Y.Mayaud, op.cit.p.379

[639] Ordonanța din 2 februarie 1945, art.20-5.

[640] Y. Mayaud, op.cit. p.381

activitate de ajutor sau de reparație cu privire la victimă, sau în interesul comunității a fost introdusă de articolul 12-1 al Ordonanței din 1945 printr-o Lege nr.93-2 din 4 ianuarie 1993 cu privire la reforma procedurii penale franceze, aceasta este astăzi vizată la articolul 15-1 ca fiind o sancțiune educativă.[641]

Nu ezităm a identifica o reală diferență în abordarea răspunderii penale a minorilor între legea penală franceză și cea românească. În legea franceză, prin reglementarea acestor activități de ajutor a victimei, sau de reparație cu consimțământul minorului în cauză, scopul vizat este responsabilizarea minorului și conștientizarea de către acesta a faptei sale, propunând o modalitate de negociere a justiției între cele două părți ale raportului penal de conflict – infractorul minor și victimă. Astfel de negocieri sunt asemănătoare celor specifice pentru persoanele majore. În realitate nu se poate obține decât un bun rezultat, minorii realizează că au comis o faptă reprobabilă și că pot să o repara.[642]

Pe scurt, s-a constatat că „măsurile educative" și „pedepsele educative" nu sunt în realitate diferite, ținându-se cont de caracterul lor. Mai mult, mai există o confuzie între „măsurile civile de asistență educativă" și „măsurile educative destinate a trata delincvența minorilor."[643] Întotdeauna, cea care primează este optica responsabilizării, minorii sunt confruntați cu faptele lor și conotația penală nu este deloc neglijată. Legea Perben I din 2002 de orientare și planificare a justiției a rupt legăturile cu concepția unei educații nedisociate de pedeapsă. S-au creat sancțiuni educative și centre educative închise.

Dacă dorim să găsim echitatea în acest context, observăm că în Codul penal francez și în Ordonanța din 1945, pornind de la modificările aduse prin Legea din 2002, se face

[641]Articolul 15-1, Ord.2 feb.1945, Modificat prin LEGEA n° 2011-267 din 14 martie 2011 - art. 43 (VD): „Dacă prevenirea este stabilită cu privire la un minor cu vârsta minimă de zece ani, tribunalul pentru minori va putea pronunța prin decizie motivată una sau mai multe din sancțiunile educative următoare : (…)5° Măsură de ajutor sau de reparare, menționată la articolul 12-1."

Articolul 12-1 prevede: „Procurorul Republicii, jurisdicția însărcinată cu instrucția cauzei sau jurisdicția de judecată au posibilitatea de a propune minorului o măsură, sau o activitate de ajutor, sau de reparație cu privire la victimă, sau în interesul comunității. Orice măsură sau activitate de ajutor, sau de reparație cu privire la victimă poate fi ordonată numai cu acordul acesteia. Dacă această măsură sau această activitate este propusă înainte de începerea procesului, procurorul Republicii va obține acordul prealabil al minorului și al titularilor ce exercită autoritatea parentală."

[642] În legea românească, asemenea măsuri nu sunt prevăzute în acest moment, dar ar fi cu adevărat util, în viitorul apropiat, ca legea să le prevadă. Măsurile educative se limitează, în dreptul penal român, la „restricții – sancțiuni, sau măsuri de siguranță educativă."

[643] Y. Mayaud, op.cit.p.380

distincție între *măsură educativă* și *sancțiune educativă*. Este o concepție nouă de aplicare concretă a pedepsei în domeniul răspunderii penale a minorilor, exprimată prin sintagma: *pedeapsa ca instrument de educație.*[644] În realitate echitatea este cea care presupune ca, în cadrul responsabilizării minorilor, pedepsele să fie privite ca instrumente de educație, și nu ca instrumente de represiune penală. În același timp, egalitatea formală este asigurată, minorii pot suporta pedepse, precum persoanele majore, însă pedepse adaptate în mod echitabil specificului lor.

În conformitate cu conținutul articolului 122-8 din Codul penal francez, minorii cu vârste cuprinse între 10 și 18 ani pot fi vizați de *sancțiuni educative* și minorii cu vârste peste 13 ani pot fi vizați de *pedepse*, ținând cont de o *atenuare a responsabilității* de care beneficiază pe motivul vârstei lor. Există în dreptul penal francez o triplă calificare pentru modalitățile de individualizare a „pedepsei" minorilor: măsurile educative, sancțiunile educative și în final pedepsele aplicabile minorilor.

Executarea sancțiunilor educative este plasată în comunitate, ele împrumută caracteristici ale măsurii educative și pedepsei, urmărind un obiectiv de represiune însă în scopuri educative. Scopul este de a sensibiliza condamnatul minor și de a-l face să conștientizeze faptele sale. Aceste sancțiuni sunt definite după modelul pedepselor complementare prevăzute în articolele 131 - 19 până la 131 - 36 din Codul penal francez, deci bazate pe pedepse mai puțin grele decât privarea de libertate sau amenda, sub o formă corespunzătoare pentru a se ține cont de vârsta minorilor. Articolul 15-1 al Ordonanței din 1945 este cel care le enumeră. [645]

---

[644] B. Brunet,op.cit., p.1284

[645] : „1° Confiscarea unui obiect deținut de sau care aparține minorului și care a servit la comiterea infracțiunii sau care este produsul acesteia; 2° Interzicerea de a apărea, pe o durată care nu poate depăși un an, în locul sau locurile în care s-a comis infracțiunea și care sunt desemnate de către instanță, cu excepția locurilor în care minorul locuiește în mod obișnuit; 3° Interdicția, pe o durată care nu poate depăși un an, de a întâlni sau de a primi victima sau victimele infracțiunii desemnate de către instanță sau de a intra în legătură cu acestea; 4° Interdicția, pe o durată care nu poate depăși un an, de a întâlni sau de a primi coautorul sau coautorii sau eventualii complicii desemnați de instanță sau de a intra în contact cu aceștia; 5° Măsură de ajutor sau de reparație menționată la articolul 12-1; 6° Obligația de a urma un stagiu de formare civică, cu o durată ce nu poate depăși o lună, având ca obiect de a reaminti minorului obligațiile ce rezultă din lege și ale căror modalități de aplicare sunt stabilite prin decret dat în Consiliul de Stat; 7° Măsura de plasare, pe o durată de maxim trei luni, cu posibilitate de reînnoire o singură dată, fără a depăși o lună, pentru minorii cu vârste cuprinse între zece și treisprezece ani, într-o instituție publică sau privată de educație abilitată, ce permite punerea în aplicare a unei activități psihologice, educative și sociale cu privire la faptele comise și situată în afara locului de reședință obișnuit; 8° Efectuarea de teme școlare; 9° Avertisment oficial; 10° Plasarea într-o instituție școlară dotată cu internat, pentru o durată corespunzătoare unui an școlar, cu autorizarea minorului de a-și vizita familia la sfârșit

Cu privire la individualizarea executării sancțiunilor educative, Legea din septembrie 2002 se află la originea creării centrelor educative închise, unde minorii sunt supravegheați, asigurându-se astfel monitorizarea educațională adaptată personalității lor. Aceste instituții au fost semnalate ca fiind o revenire subversivă la privarea de libertate a minorilor de către doctrina franceză.[646] Articolul 33 al Ordonanței din 1945 definește aceste centre.[647] Același articol stabilește, de asemenea, individualizarea concretă a executării sancțiunilor educative în cadrul acestor centre precum și agravarea progresivă a executării acestora în cazul incidenței relei credințe a minorului vizat.[648]

În practică, majoritatea minorilor sunt primiți în contextul unui control judiciar și rămân aici după condamnarea lor cu suspendare, ipotezele de plasare într-un centru educațional închis în contextul eliberărilor condiționate sunt într-adevăr rare.[649] Plasarea în exterior, reprezintă o modalitate de executare a pedepselor cu privare de libertate, un minor poate fi pus sub supraveghere într-un centru educațional închis, pentru cei deja integrați într-un astfel de centru, plasamentul în exterior are avantajul de a nu întrerupe măsurile educative începute. Pentru ceilalți, pronunțarea plasamentului *ab initio* sau în curs de încarcerare, permite lărgirea posibilităților de organizare a pedepsei de către judecătorul pentru minori și evitarea unei ieșiri din detenție fără monitorizare educațională, pentru a lupta mai eficient împotriva recidivei.[650] Aceste centre intervin ca un mijloc de control judiciar sau ca o

---

de săptămână sau în timpul vacanțelor școlare; 11° Interdicția pentru minor de a circula pe căile publice între orele douăzeci și trei și ora șase, fără a fi însoțit de unul dintre părinți sau de titularul autorității parentale, pe o durată de maxim trei luni, cu posibilitate de reînnoire o singură dată."Măsurile de plasare într-o instituție au fost adăugate prin Legea nr.2007-297 din 5 martie cu privire la prevenirea delincvenței, precum executarea de activități școlare și avertismentul oficial.

[646] Yves Mayaud, op.cit.p.382

[647] Ca „instituții publice sau private, abilitate în condițiile prevăzute prin decret dat de Consiliul de Stat, în care minorii sunt plasați pentru aplicarea unui control judiciar, sau a unei pedepse cu suspendare, sau a unui plasament în exterior, sau în urma unei eliberări condiționate."

[648] „Minorii fac obiectul unor măsuri de supraveghere și de control care permit asigurarea unei monitorizări educaționale și pedagogice consolidate și adaptate personalității lor. Încălcarea obligațiilor la care este constrâns minorul în conformitate cu măsurile care au determinat plasarea lui în centru, poate determina, după caz, plasarea în detenție provizorie sau încarcerarea minorului."

[649] Pentru un prim bilanț al centrelor educaționale închise a se vedea: Jean-Rene Lecerf, Senat, 2005-2006, Raport nr.476, disponibil pe https://www.senat.fr/rap/l05-476/l05-476_mono.html, consultat la 16.12.2015

[650] Jean-René Lecerf, Senat, 2005-2006, Raport nr.476, disponibil pe https://www.senat.fr/rap/l05-476/l05-476_mono.html, consultat la 16.12.2015

modalitate de control judiciar, ca o încercare în cazul unei suspendări, a unui plasament în exterior, sau a unei eliberări condiționate.

Caracteristica echitabilă a acestor instituții și modalități de individualizare este aceea că ele sunt direcționate întotdeauna spre o ameliorare, ca în ipoteza persoanelor majore a alternativelor la execuția pedepselor cu închisoarea. Diferența constă în faptul că, în cazul minorilor, este privilegiată educația în detrimentul funcției utilitare a încarcerării.

După Legea nr.2011-939 din 10 august 2011 cu privire la participarea cetățenilor la funcționarea justiției penale și judecarea minorilor,[651] judecătorul pentru minori poate dispune plasarea într-un centru educațional închis în cazul nerespectării obligațiilor la condamnarea cu suspendare, chiar în cazul în care instanța de judecată nu prevăzuse inițial acest lucru.

Dacă încercăm să găsim legătura între dezideratul de echitate și individualizarea sancțiunilor educative, se poate afirma că, întocmai în numele echității tratamentului minorilor, educația trebuie să primeze întotdeauna. Cu o conotație morală în ceea ce privește individualizarea sancțiunilor educative pentru delincvenții minori, reglementările care au modificat Ordonanța din 1945 au multiplicat, de fapt, modalitățile de executare, modalități cu un grad mai ridicat de constrângere, dar justificate de periculozitatea și violența minorilor delincvenți, din ce în ce mai prezentă în societatea actuală.

Se poate observa cu ușurință că principiul este cel de atenuare a răspunderii penale, o atenuare de care beneficiază minorii condamnați la o pedeapsă cu privare de libertate sau la amendă. Pedeapsa vizează minorii cu vârste cuprinse între 13 și 18 ani și le va fi aplicată numai în cazul în care este necesară, în funcție de personalitatea lor și de circumstanțele concrete.[652] În situația pedepselor aplicabile minorilor, în același timp minorul beneficiază de o „scuză de minorat”[653] care este transpusă prin reducerea practică a pedepselor de referință în procesul de individualizare a pedepselor.[654] Dispozițiile articolului 132-23[655] din Codul

[651] LOI n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr , consultată la 10.01.2016.

[652] Ordonanța din 2 feb.1945 art.2 alin. 2

[653] Expresie împrumutată de la Yves Mayaud, op.cit.p.384.

[654] În acest sens, articolul 20-2 și articolul 20-3 ale ordonanței din 1945 prevăd că: „Tribunalul pentru minori și Curtea de Jurii pentru minori nu pot pronunța împotriva minorilor cu vârste de peste treisprezece ani o pedeapsă

penal cu privire la perioada de siguranță nu sunt aplicabile minorilor. Încarcerarea este suportată de minori fie într-o aripă specială a instituției penitenciare, sau într-o instituție penitenciară specializată pentru minori, în condițiile definite prin decret dat de Consiliul de Stat.[656]

În conținutul art. 20-2 al Ordonanței din 1945, există o derogare rezervată de acest text al legii pentru delincvenții cu vârsta apropiată de majorat, adică pentru *cei care au vârsta de peste 16 ani*. În situația lor, cu *titlu excepțional* și cu o *motivare specială* a deciziei, jurisdicțiile care individualizează măsurile educative sau sancțiunile educative, pot decide să nu aplice regulile vizate la același articol (jumătatea pedepsei meritate, sau cele privind amenda).

Sunt considerate mai echitabile vechile derogări explicite, care vizau această ipoteză, deoarece acestea erau gândite în concordanță cu gravitatea faptelor, iar în opinia noastră acestea nu erau nelegitime, sau injuste. De exemplu: este posibilă la un moment dat derogarea

---

cu privare de libertate mai mare decât jumătate din pedeapsa meritată. Dacă pedeapsa meritată este închisoarea pe viață, aceștia nu pot pronunța o pedeapsă mai mare de douăzeci de ani de închisoare. Totuși, dacă minorul are vârsta mai mare de șaisprezece ani, tribunalul pentru minori și Curtea de Jurii pot, cu titlu excepțional și ținând cont de circumstanțele cauzei și de personalitatea minorului precum și de situația sa, să decidă că nu este necesară aplicarea primului alineat. Această decizie nu poate fi luată de tribunalul pentru minori decât printr-o dispoziție motivată în mod special. Măsurile sau sancțiunile educative pronunțate împotriva unui minor nu pot constitui primul termen al recidivei.

[655] Articolul 132-23 din Cod penal francez, Modificat prin Legea n°2005-1549 din 12 decembrie 2005 - art. 3 JORF (Monitorul Oficial al Republicii Franceze) 13 decembrie 2005 : „În cazul condamnării la o pedeapsă privativă de libertate, neînsoțită de suspendare, a cărei durate este egală cu sau depășește zece ani, pronunțată pentru infracțiuni prevăzute în mod special de lege, condamnatul nu poate beneficia, pe durata unei perioade de siguranță, de dispozițiile cu privire la suspendarea sau fracționarea pedepsei, plasamentul exterior, permisiunile de ieșire, semilibertatea și eliberarea condiționată. Durata perioadei de siguranță este jumătatea pedepsei, sau, dacă este vorba de o condamnare la închisoare pe viață, de optsprezece ani. Curtea cu juraţi sau tribunalul poate totuși, prin decizie specială, fie să crească aceste durate până la două treimi din pedeapsă sau, dacă este vorba de o condamnare la închisoare pe viață, până la douăzeci și doi de ani, fie să decidă reducerea acestor durate. În celelalte cazuri, dacă aceasta pronunță o sentință privativă de libertate cu o durată mai mare de cinci ani, fără suspendare, jurisdicția poate stabili o perioadă de siguranță în care condamnatul nu poate beneficia de nici una din modalitățile de executare a pedepsei menționate la primul alineat. Durata acestei perioade de siguranță nu poate depăși două treimi din pedeapsa pronunțată sau douăzeci de ani, în cazul condamnării la închisoare pe viață. Reducerile pedepselor acordate pe perioada de siguranță nu vor fi imputate decât asupra părții pedepsei care depășește această durată.”

[656] „Sub rezerva aplicării dispozițiilor alineatului doi al articolului 20-2, tribunalul pentru minori și Curtea de Jurii pentru minori nu pot pronunța împotriva unui minor cu vârsta mai mare de treisprezece ani o pedeapsă cu amendă în sumă mai mare decât jumătatea amenzii meritate sau mai mare de 7 500 euro.”

În România, vechiul Cod penal, cel din 1969 prevedea jumătate din pedeapsa atrasă pentru majori în caz de minoritate penală, însă Cod penal actual, din 2014, prevede doar măsuri educative și abia după împlinirea vârstei de 18 ani posibilitatea de aplicare a pedepsei cu închisoarea minorilor rău intenționați.

de la atenuarea pedepsei în cazul comiterii, în stare de recidivă legală, a unei crime ce aduce atingere voluntară asupra vieții sau integrității fizice sau psihice a persoanei, un delict de violențe voluntare, agresiuni sexuale, un delict comis cu circumstanțe agravante de violență. Aceste reglementări de excepții se bazează pe gravitatea particulară a faptelor, care în plus sunt comise în stare de recidivă, ceea ce a determinat chiar Consiliul Constituțional francez să respingă orice invocare de neconstituționalitate.[657] O altă derogare a fost stabilită prin Legea din 10 august 2007 conform căreia atenuarea pedepsei nu se aplică minorilor care au vârsta peste 16 ani, dacă infracțiunile menționate au fost comise, din nou, în stare de recidivă legală. Aceste excepții au dispărut, fiind eliminate prin *Legea Taubira*, însă situațiile pe care aceasta le-a revizuit pot fi încă identificate în „circumstanța excepțională" prevăzută de articolul 20-2 al Ordonanței din 1945.[658]

Delincvenții minori beneficiază de asemenea de justiţie penală efectuată sub o formă diferită, aceştia fiind judecați de către jurisdicții specializate care aplică reguli de procedură particulară. Aceasta este o ipoteză normală, scopul existenței acestor jurisdicții particulare pentru minori este de a oferi posibilitatea unei judecăți pronunțate de către instanțe care au o experiență concretă în acest domeniu de individualizare, pentru a se emite cele mai bune hotărâri, în funcție de personalitatea fiecărui minor vizat. În ce privește istoria acestei *idei de regim penal special pentru minori*, prima inițiativă legislativă franceză datează din anul 1912, este vorba de Legea din 22 iulie 1912 care a înființat un tribunal ad hoc pentru copii și adolescenți.[659] În prezent, în Franța, conform clasificării contravențiilor în funcție de gravitatea lor,[660] prin textul Codului penal în vigoare, primele patru clase ale acestor contravenții se supun jurisdicțiilor de drept comun, cu alte cuvinte, jurisdicțiile de

[657] Cons const. Dec. nr.2007-553 DC (decizie de control a constituționalității) din 3 martie 2007, com. 24 și urm., disponibilă la www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2007/2007553dc.htm, consultată la 10.01.2016.

[658] Y. Mayaud op.cit. p.385- notă subsol

[659] Loi du 22 juillet 1912 sur les tribunaux pour enfants et adolescents et sur la liberté surveillée, disponibilă pe http://www.textes.justice.gouv.fr/, consultată la 13.01.2016.

[660] A se vedea art. 131-13 din Codul penal francez, Modificat prin Legea n°2005-47 din 26 ianuarie 2005 - art. 9 publicat în JORF 27 ianuarie 2005, în vigoare de la 1 aprilie 2005 -clasificarea contravențiilor.

proximitate, tribunalul de poliție va avea propria competență în acest sens începând cu 1 ianuarie 2017.[661]

Jurisdicțiile speciale care intervin în cazurile de delincvență comisă de minori în dreptul penal francez sunt: judecătorul pentru minori, tribunalul pentru minori și Curtea de Jurii pentru minori.

B.a).3. Criteriile de individualizare în tratamentul sancţionator al minorilor conform legii penale franceze

Dacă se încearcă regăsirea echității în tratamentul penal al minorilor, este necesar să se țină cont de regimul specific care justifică derogările, deoarece constrângerile inerente la urmărirea persoanelor majore nu sunt întotdeauna adaptate și proporționate pentru minori, și de asemenea trebuie să se încerce, chiar și în cazul acestora, eficientizarea și celeritatea justiției penale, căci nu trebuie omis din vedere faptul că există victime directe sau colaterale care așteaptă dreptate din partea instanţelor de judecată. Așadar organele competente sunt cele care trebuie să mențină echilibrul, pe întreaga durată a procesului de individualizare a măsurilor pe care le dispun, pentru a „pedepsi" și „educa" delincvenții minori sau pentru a-i educa, printr-o pedeapsire adecvată.

Așadar în funcție de personalitatea minorului vizat, și ținând cont de vulnerabilitatea sa, judecătorii individualizează măsurile pe care le dispun în aceste cazuri particulare, efectuând investigații/anchete cu privire la minori. După cum subliniază doctrina franceză, este insidpensabil, în scopuri educative și de recuperare morală, a se avea o idee corectă pentru a se dispune măsurile cele mai potrivite caracterului și capacităților de readaptare ale

[661] Articolul 21 al Ordonanței din 2 feb.1945, Modificat prin Legea n°2005-47 din 26 ianuarie 2005 - art. 9 JORF 27 ianuarie 2005 intrat în vigoare în 1 aprilie 2005: „Sub rezerva aplicării articolelor de la 524 la 530-1 din Codul de procedură penală, contravențiile aparținând primelor patru clase, comise de minori, sunt aduse în fața judecătoriei polițienești întrunite în condițiile de aducere la cunoștință prescrise în articolul 14 pentru tribunalul pentru minori. Dacă se stabilește contravenția, tribunalul va putea fie pur și simplu să admonesteze minorul, fie să pronunțe pedeapsa de amendă prevăzută de lege. Cu toate acestea, minorii de treisprezece ani nu vor putea face decât obiectul unei admonestări. Mai mult, dacă judecătoria polițienească consideră că este utilă, în interesul minorului, adoptarea unei măsuri de supraveghere, acesta va putea, după pronunțarea sentinței, transmite dosarul judecătorului pentru minori care va avea puterea de a plasa minorul în regimul de libertate sub supraveghere. Apelul la deciziile judecătoriei polițienești se face în fața Curții de Apel, în condițiile prevăzute la articolul 7 al ordonanței n° 58-1274 din 22 decembrie 1958 cu privire la organizarea jurisdicțiilor pentru minori.

Pentru contravențiile aparținând primelor patru clase, identificate de alineatul doi al articolului 521 din Codul de procedură penală, judecătorul de proximitate exercită atribuțiile judecătoriei polițienești în condițiile prevăzute în prezentul articol.

minorului în cauză.[662] Echitatea este într-adevăr fundamentul regimului derogatoriu de individualizare pentru minori.

În analiza individualizării măsurilor educative, trebuie să ne raportăm întotdeauna la personalitatea minorului. Pentru a se cunoaște și a se analiza, în mod complet, personalitatea minorului este nevoie de a se pune în funcțiune investigații care vizează cunoașterea mediului familial și social în care trăiește și evoluează zilnic minorul, precum și a situației sale materială, morală, caracterul său și antecedentele sale penale, starea de sănătate și starea psihologică. Toate aceste investigații vor genera cele mai bune individualizări ale măsurilor ce vor fi luate de către judecători în scopul reintegrării minorului în societate.[663]

Urmând această logică de individualizare, Legea n°2011-939 din 10 august 2011 a stabilit *dosarul unic de personalitate*[664] care cuprinde elemente cu privire la personalitatea delincventului minor și mediul său socio-familial, colectate pe durata anchetelor, sau procedurilor de asistență educațională, inclusiv sub jurisdicțiile aferente.[665]

O altă contribuție a Legii din 2011 este *întreruperea procesului penal*, ceea ce înseamnă fracționarea procedurii de judecată aplicabilă minorilor și care constă în pronunțarea culpabilității minorului la prima audiere, însă se dispune amânarea pronunțării

[662] Y. Mayaud, op.cit. p.391

[663] În acest sens, articolul 5-1 al Ordonanței din 2 februarie 1945, creat prin Legea n°2011-939 din 10 august 2011 - art. 28 stabilește că: „Înainte de orice decizie de pronunțare a măsurilor de supraveghere și de educație sau, dacă este cazul, a unei sancțiuni educative sau a unei pedepse împotriva minorului responsabil din punct de vedere penal de o crimă sau de un delict, trebuie să fie realizate investigațiile necesare pentru a cunoaște suficient personalitatea acestuia și situația sa socială și familială și să se asigure coerența deciziilor penale care îl vizează pe acesta."

[664] Propus de Comisia prezidată de Rectorul André Varinard,punctul 53 ; capitolul 9, informațiile conținute de acest dosar sunt confidențiale și persoanele care pot avea acces sunt definite prin lege, în condiții stricte: magistrații care se ocupă de caz, avocații minorului, tatăl și mama, tutorii, sau reprezentanții legali, foarte important : *partea civilă* (element care indică prezența echilibrului drepturilor între părți), experți din aria protecției judiciare a tineretului și personal din serviciul sau instituția sectorului asociativ abilitat sesizat printr-o măsură judiciară ce vizează minorul.

[665] Acest dosar unic este pus sub controlul procurorului Republicii și judecătorului pentru minori care cunosc situația minorului vizat și este deschis atunci când se dispune o măsură de investigare cu privire la personalitatea minorului, sau dacă minorul face obiectul unei libertăți supravegheate preliminare, a unui plasament sub control judiciar, a unui arest la domiciliu sub supraveghere electronică, sau a unui plasament în detenție provizorie.În conformitate cu articolul 5-2 al Ordonanței din 2 februarie 1945, acest dosar servește în dosarul diferitelor proceduri de asistență aducativă și penală posterioare deschiderii sale și este actualizat prin investigații realizate în cadrul procedurilor.

sancțiunii la o audiere stabilită printr-un termen de maxim șase luni, în acest interval minorul fiind supus investigațiilor, măsurilor de control și de plasament.[666]

Finalitatea acestei întreruperi a procesului penal pentru minor este celeritatea justiției, printr-o judecată rapidă cu privire la vinovăția minorului și ceea ce este foarte important din punctul de vedere al echității, soluționarea *acțiunii civile*, deoarece echilibrul între „infractor și victimă" *in abstracto*, este, pe această cale, păstrat de judecătorii care realizează individualizarea, dar în același timp instanța competentă are la dispoziție timpul necesar pentru colectarea tuturor informațiilor cu privire la personalitatea minorului, pentru a avea în final un răspuns penal adaptat și echitabil pentru delincventul minor și în ce privește faptele pe care acesta le-a comis. Articolele 8 și 9 ale ordonanței menționate anterior subliniază imperativitatea investigațiilor, impunând, judecătorilor pentru minori și judecătorilor de instrucție, dispunerea acestora. De asemenea este absolut necesară dispunerea unei examinări medicale și medico-psihologice, în scopul de a se ține cont mai bine de realitatea clinică a minorului și a se realiza cea mai bună individualizare în măsurile care se impun.

Unul dintre cele trei aspecte importante ale prezenței echității în individualizarea măsurilor educative, este evitarea superficialității alegerii procedurilor de individualizare a fiecărui minor în parte. Există critici în acest sens, care vizează caracterul lent al justiției în acest domeniu. Desigur trebuie respectate standardele de celeritate a justiției penale pentru a nu se neglija victima și pentru a se păstra un echilibru, dar în aceeași logică, în ce privește minorul, este nevoie de timp pentru a se observa personalitatea acestuia și reacțiile sale, imperativul celerității nu justifică scăderea importanței acestor preocupări ale magistraților și organelor judiciare competente în acest sens. Într-adevăr, „este dificilă găsirea unui echilibru (*in medio stat virtus*), care nu trebuie să fie nici prea expeditiv pentru minorul cercetat, nici prea lent pentru instituția judiciară."[667]

Dacă este nevoie de celeritate, dar și de echitate în procesul de individualizare a măsurilor educative, articolul 8-2 al Ordonanței din 1945 este cel care prevede procedura de înfățișare în termen scurt a minorului, declarată în acord cu Constituția franceză și cu specificitatea procedurii penale pentru minori de către Consiliul Constituțional francez în

[666] A se vedea articolele 24-5 până la 24-8 ale ordonanței din 2 februarie 1945, modificată prin LEGEA n°2011-939 din 10 august 2011.

[667] Yves Mayaud, op.cit. p.639

2012 prin Decizia n° 2012-272 QPC (chestiune prioritară de constituționalitate) din 21 septembrie 2012. [668]

Această conciliere între celeritatea justiției penale și corectitudinea individualizării măsurilor pentru minori, continuă prin articolul 8-3 al aceleiași ordonanțe care prevede *convocarea minorului de către ofițerul de poliție judiciară*. Această convocare nu poate fi emisă decât dacă investigațiile asupra faptelor nu sunt necesare și dacă investigațiile cu privire la personalitatea minorului au fost finalizate în cursul celor douăsprezece luni precedente în baza articolului 8.[669]

Există în acest sens o procedură de prezentare imediată în fața jurisdicției pentru minori prevăzută în articolul 14-2 al Ordonanței din 1945, esențial este ca aceste proceduri

[668] Disponibilă pe www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2012/2012272qpc.htm, consultată la 13.01.2016

În considerentele 4, 5 și 6 Consiliul motivează că această procedură este mai rapidă prin faptul că dispozițiile contestate permit procurorului Republicii, în orice moment pe durata procedurii, să solicite judecătorului pentru minori să retrimită minorul înaintea judrisdicției competente pentru a cunoaște delictele de care este învinuit; că decizia de sesizare a jurisdicției de judecată aparține judecătorului pentru minori care nu dă curs solicitării procurorului Republicii decât dacă consideră că: „s-au efectuat investigații suficiente asupra personalității minorului, dacă este cazul cu ocazia unei proceduri precedente și că investigațiile asupra faptelor nu sunt sau nu mai sunt necesare ”; că în lipsă, îi revine sarcina de a urma procedura premergătoare după ce a respins solicitarea procurorului Republicii printr-o ordonanță care se poate ataca cu apel în fața președintelui camerei speciale pentru minori din cadrul Curții de apel sau înlocuitorului său; că, în aceste condiții, dispozițiile contestate nu împiedică judecarea minorilor conform unei proceduri adecvate, în căutarea recuperării lor educaționale; că, prin urmare, acestea nu ignoră principiul fundamental recunoscut de legile Republicii în materie de justiție penală a minorilor. În al doilea rând, dispozițiile contestate prevăd că, dacă dă curs solicitării procurorului Republicii, judecătorul pentru minori retrimite minorul înaintea jurisdicției de judecată competente în termen „cuprins între o lună și trei luni”; acestea precizează de asemenea, mai departe, că dacă minorul este retrimis în fața tribunalului corecțional pentru minori, „acest termen poate fi cuprins între zece zile și o lună”. Așadar, dispozițiile articolului 8-2 al Ordonanței din 2 februarie 1945 cu privire la minorii delincvenți, nu ignoră nici un alt drept, sau libertate garantate de Constituție, și acestea trebuie declarate conforme cu Constituția franceză.”

[669]Totuși, dacă pe motivul absenței minorului în cursul măsurilor de investigație precedente, nu au putut fi colectate elemente mai aprofundate cu privire la personalitatea sa cu ocazia unei proceduri anterioare în aplicarea aceluiași articol 8, pot fi luate în considerare investigații realizate în aplicarea articolului 12- Art. 12 al ordonanței din 2 feb.1945, modificat prin Legea n°2011-939 din 10 august 2011 - art. 40 „ Serviciul de protecție judiciară a minorilor competent întocmește, la solicitarea procurorului Republicii, a judecătorului pentru minori sau jurisdicției de instrucție, un raport scris care să conțină toate informațiile utile cu privire la situația minorului, precum și o propunere cu rol educativ. Dacă se aplică articolul 5, acest serviciu este în mod obligatoriu consultat înainte de orice rechiziție sau decizie de plasare în detenție provizorie a minorului sau de prelungire a detenției provizorii. Acest serviciu trebuie de asemenea să fie consultat înainte de orice decizie a tribunalului pentru minori sau a tribunalului corecțional pentru minori, în temeiul articolului 8-3 și orice rechiziție sau propunere a procurorului Republicii în temeiul articolelor 7-2, 8-2 și 14-2 precum și înaintea oricărei decizii din partea judecătorului de instrucție, a judecătorului pentru libertăți și detenție, sau a judecătorului pentru minori și orice rechiziție a procurorului Republicii în temeiul articolului 142-5 din Codul de procedură penală. Raportul prevăzut la primul alineat este anexat procedurii. ”A se vedea și articolul 8-3 al ordonanței din 2 feb.1945, modificat prin Legea nr.2011-939 din 10 august 2011 - art. 33.

care grăbesc lucrurile să fie puse în practică întotdeauna sub rezerva unor anumite investigații care să se dovedească suficient de complexe cu privire la personalitatea minorului. Așadar, individualizarea este în mod organic legată de echitatea tratamentului penal al fiecărui minor în parte.

B.a).4. Explicarea regimului derogatoriu de individualizare pentru minori prin prisma echităţii sancțiunilor penale

Conform doctrinei franceze,[670] cei doi factori principali de care trebuie să țină cont individualizarea măsurilor educaționale sunt *vulnerabilitatea minorului* și *izolarea morală și psihologică în care este plasat*. Considerat ca subiect de drept în formare, tânărul trebuie să fie abordat în termeni de responsabilizare,[671] vulnerabilitatea minorului creează o sensibilizare a sancțiunii pronunțate sub forme atenuate.

Hotărârea Secţiei penale a Curţii de Casaţie franceze din 25 octombrie 2000 cu privire la dispozițiile articolului 4 al Ordonanței din 2 februarie 1945 asupra supravegherii judiciare stabileşte clar faptul că: „regulile adoptate prin articolul 4 al ordonanței menționate vizează protecția minorului, nu din cauza lipsei sale de discernământ din ziua comiterii faptelor, ci având la bază motivul *vulnerabilității prezumate* din momentul audierii sale.”[672] Iată că, în mod echitabil, statutului de minor i se aplică o *prezumție de vulnerabilitate în dreptul penal francez.*[673]

Dacă minorii au 13 ani aceștia nu pot fi puși sub supraveghere judiciară, pot fi doar reținuți, iar începând cu vârsta de 10 ani și cu titlu excepțional, pentru necesitățile anchetei, în

---

[670] Y. Mayaud, op.cit. pp. 392 - 395

[671] Milburn Philip, et Salas Denis. *Quelle Justice Pour Les Mineurs? Entre Enfance Menacée et Adolescence Menaçante*. Toulouse: Erès, 2009, p.110

[672] Curtea de Casaţie, Secţia penală, 25 oct.2000, Buletinul jurisprudenței crim. nr.316 (Bull.crim nr.316), disponibilă pe www.courdecassation.fr, consultată la 16.01.2016.

[673] În această ipoteză ne întrebăm de ce în astfel de condiții, majorii nu ar fi și ei văzuți ca fiind vulnerabili? A fi acuzat și a trece printr-un proces penal,presupun, la rândul lor, o anumită vulnerabilitate, chiar dacă nu una identică cu cea specifică minorilor. Acest argument îl vedem util, sub aspectul prezenței obligatorii a avocatului pentru minori, prevăzută în mod expres de către lege, în timp ce prezența avocatului este prevăzută de legea penală franceză numai *dacă este cazul*, pentru persoana majoră. Ne întrebăm dacă nu ar fi mai echitabil *in extenso* și de ce nu, în baza principiului egalității armelor *lato sensu,* să se prevadă ca necesară și obligatorie, asistența din partea unui avocat și pentru persoanele majore datorită *vulnerabilității* lor în fața puterii Statului și impactului procedurilor judiciare. Nu trebuie uitat faptul că aceștia nu sunt experți juridici și nu au capacitatea de a înțelege în mod real situația în care se află și toate consecințele pe care aceasta le implică.

condiții foarte stricte în ce privește durata și regimul.[674] Pentru cei care au mai mult de 13 ani, sunt aplicabile reguli particulare, destinate a reflecta diferențe sensibile în funcție de faptul de a fi împlinit sau nu vârsta de 16 ani. Urmând aceeași logică, minorul de 13 ani nu poate fi plasat nici sub control judiciar, nici în arest preventiv, conform articolelor 10-2 și 11 ale Ordonanței din 1945, și numai cei cu vârste de peste 13 ani sunt supuși acestor constrângeri, în condiții foarte diferite, în funcție de calificarea corecțională sau penală a infracțiunii, sau vârsta autorului, regimul este totuși mai strict pentru cei cu vârsta între 13 și 16 ani, decât pentru cei cu vârsta între 16 și 18 ani. Arestarea preventivă este imposibilă în materie corecțională, indiferent de gravitatea delictului vizat, însă pot fi pronunțate măsuri de control judiciar. Acest control judiciar a fost admis de către Consiliul Constituțional „având în vedere gravitatea infracțiunilor în cauză și rolul pe care controlul judiciar poate să îl joace în recuperarea educațională și morală a delincvenților minori."[675] Consiliul Constituțional a validat într-adevăr lărgirea condițiilor de recurgere la control judiciar al minorilor cu vârste între 13 și 16 ani în materie corecțională, stabilit prin Legea nr.2007-297 din 5 martie 2007 relativă la prevenirea delincvenței. Așadar, prin intermediul individualizării „*măsurilor de siguranță*" care pot fi luate în cazul minorilor, acest control judiciar este posibil atunci când pedeapsa cu închisoarea meritată este mai mare sau egală cu cinci ani și minorul vizat a făcut deja obiectul măsurilor educaționale, sau al unei condamnări și de asemenea, dacă pedeapsa cu închisoarea meritată este mai mare de șapte ani, sau egală, fără referire la cazier.[676]

Această situație a determinat legiuitorul francez să constate că interdicția detenției în acest caz riscă privarea controlului judiciar de eficiența sa, din cauza posibilității, la fel ca în dreptul comun, de a fi recurs la acesta pentru a sancționa încălcarea măsurilor luate în cadrul acelui control. De aceea, fără a restabili arestarea preventivă pentru delicte, Legea din 2002, nr 2002-1138[677] permite aceasta, în ciuda tuturor lucrurilor, în cazul în care obligațiile de control judiciar nu ar fi respectate de către minor.[678]

---

[674] Articolul 4 al Ordonanței din 2 februarie 1945, Modificat prin Legea nr.2014-790 din 10 iulie 2014 - art. 13

[675] Cons. const. Decizia nr.2007-553 DC din 3 martie 2007, com.18 și urm., com.22, disponibilă pe www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2007/2007553dc.htm, consultată la 16.01.2016

[676] Articolul 10-2 al Ordonanței din 2 februarie 1945, Modificat prin Legea nr.2014-790 din 10 iulie 2014

[677] Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr, consultată la 16.01.2016

[678] Articolul 11 al Ordonanței din 2 februarie 1945

Regimul de arest la domiciliu sub supraveghere electronică este de asemenea asociat minorilor, fiind pus în aplicare de Legea penitenciară din 2009, nr 2009-1436 din 24 noiembrie 2009. Această măsură este dispusă tot în funcție de vulnerabilitatea minorului în cauză și este executată în funcție de particularitățile prevăzute de Legea din 2011 cu privire la participarea cetățenilor la funcționarea justiției penale și judecarea minorilor care a modificat articolul 10-1 al Ordonanței din 2 februarie 1945.

În conformitate cu legea franceză așadar, minorii cu vârste cuprinse între 16 și 18 ani pot fi plasați în arest la domiciliu sub supraveghere electronică, dacă sunt pasibili de o pedeapsă cu închisoarea de cel puțin doi ani, însă dispozițiile care vizează plasarea sub supraveghere mobilă nu le sunt aplicabile, legea a prevăzut de asemenea un astfel de arest pentru minorii cu vârste cuprinse între 13 și 16 ani, numai dacă pot fi plasați sub control judiciar. Această ultimă dispoziție a fost declarată ca fiind neconformă cu Constituţia franceză, de către Consiliul Constituțional, prin Decizia din 4 august 2011, nr.2011-635.[679] Conform doctrinei această cenzură reflectă articolul 142-11[680] din Codul de procedură penală care aseamănă arestul la domiciliu sub supraveghere electronică cu o măsură de arest preventiv, așa cum este conformă cu imposibilitatea, în materie delictuală, de a plasa în arest preventiv minorii cu vârste cuprinse între 13 ani și 16 ani.[681]

Un alt aspect echitabil care este esențial a fi luat în considerare pentru individualizarea măsurilor educaționale în cazul minorilor este faptul că asistarea de către avocat este obligatorie și efectivă de la începutul supravegherii judiciare.[682] Aceasta este o măsură imperativă în vederea protecției minorului, deoarece acesta are o adevărată vulnerabilitate în

[679] Décision n° 2011-635 DC du 4 août 2011, disponibilă pe www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/2011635dc.htm, consultată la 16.01.2016 având la bază următorul raționament: „permițând arestul la domiciliu sub supraveghere electronică a minorilor cu vârste între treisprezece și șaisprezece ani ca o alternativă la controlul judiciar în cazul în care minorul nu poate face obiectul unei măsuri de arestare preventivă, dispozițiile contestate au instituit o rigoare care ignoră exigențele constituționale menționate anterior conform cărora a doua frază de la articolul 10-3 al ordonanței din 2 februarie 1945 trebuie declarată contrar Constituției."

[680] „Arestul la domiciliu sub supraveghere electronică este asemănată unei detenții provizorii pentru imputarea integrală a duratei sale din cea a unei pedepse privative de libertate, conform articolului 716-4 Cod de procedură penală francez."

[681] Y. Mayaud, op.cit.p.394

[682] Art.4 și 4-1 ale Ordonanței din 2 februarie 1945

fața justiției, și ce este mai important, este garanția dreptului minorului la apărare, o parte integrantă a echității în dreptul penal și procesual penal.

Conform doctrinei, această justiție pentru minori trebuie făcută ținând cont atât de *necesitatea celerității* cât și de *certitudine*.[683] Acestea sunt exigențe aparent contradictorii în planul echității. În opinia noastră, funcția educativă efectivă din aceste măsuri, sancțiuni sau pedepse, nu mai poate subzista, dacă acestea sunt dispuse prea repede, deoarece cunoaștem bine că celeritatea procesului penal se confundă adesea cu rapiditatea deciziei pronunțate de către judecătorul competent. Într-adevăr trebuie consacrat timpul necesar pentru individualizarea în manieră complexă a fiecărui caz particular. Nu este deloc cazul acolo unde justiția franceză încearcă să recupereze, grupând în cadrul aceleiași audieri mai multe dosare cu privire la minori: „calitatea pedagogică nu poate decât să piardă neconsacrând fiecărei cauze importanța sa, și să se soldeze cu o pedeapsă unică acolo unde infracțiunile sunt multiple. Nu trebuie confundată celeritatea cu rapiditatea, contează să nu se sacrifice în favoarea eficienței și celerității, mizele dezbaterii judiciare.” [684]Conform Raportului Senatului francez asupra delincvenței juvenile denumit „Delincvența minorilor – Republica în căutarea respectului,”[685] numărul cauzelor tratate de către parchetele pentru minori crește în mod regulat și rapid, cu o rată de răspuns de aproape 80%, deci o cifră a infracționalității superioară celei aferente persoanelor majore.

Una dintre cele mai dese critici pentru justiția minorilor a fost cea privind caracterul excesiv de lent al acesteia. În concordanță cu standardele de echitate, actorii care individualizează, trebuie să consacre timpul necesar pentru o observare detaliată și complexă a personalității și a comportamentului minorului. În același timp, cel mai dificil de menținut este caracteristica echilibrului, care devine relativă în acest caz, deoarece minorul percepe timpul diferit față de victimă care poate fi major, de exemplu. Totodată, dacă procedura este prea lentă, se riscă diminuarea rolului educațional pentru minor, acesta va crede că infracțiunea pe care a comis-o nu are sau nu mai este de o asemenea gravitate, iar, în același timp, victima va avea impresia că “suferința sa este uitată de justiția penală.” Urmând această

[683] Yves Mayaud, op.cit.p.395 și urm.

[684] *Ibidem*

[685] *Délinquance des mineurs : la République en quête de respect (rapport de la commission d'enquête sur la délinquance des mineurs) (rapport)*, disponibil la http://www.senat.fr/rap/r01-340-1/r01-340-1.html, consultat la 17.01.2016

logică, este imposibil în dreptul penal francez să se aplice minorilor modelul de înfățișare imediată în fața organelor abilitate, prevăzută de art. 395 și următoarele din Codul de procedură penală francez, care interzice orice investigație asupra personalității acuzatului, fiind neadaptată pentru regimul de individualizare în dreptul penal pentru minori.

Cu toate acestea, au fost adoptate alte soluții de către legiuitorul francez care încearcă să concilieze celeritatea cu certitudinea evaluării prin intermediul anchetei de personalitate, precum *procedura de prezentare imediată în fața jurisdicției pentru minori*, prevăzută de articolul 14-2 al Ordonanței din 2 februarie 1945 și instituită prin Legea din 5 martie 2007 cu privire la prevenirea delincvenței, care se substituie vechii proceduri de judecată cu termen apropiat, și *procedura de convocare prin ofițer de poliție judiciară* consacrată prin Legea din 2011 nr 2011-939 din 10 august 2011 în ordonanța din 1945.[686] Într-adevăr acestea sunt proceduri destinate a accelera judecarea minorilor, care permit interceptarea lor direct înaintea tribunalului pentru minori, fără instrucție prealabilă, aceste două proceduri pot fi angajate numai dacă minorul face obiectul, sau a făcut deja obiectul, procedurilor din aplicarea Ordonanței din 1945 și dacă investigațiile asupra faptelor nu sunt necesare, precum și dacă investigația asupra personalității au fost finalizate în cursul ultimelor doisprezece luni. Începând cu Legea din 10 august 2011 există de asemenea *întreruperea procesului penal*, pe care am analizat-o anterior și care permite o judecată cu privire la vinovăție și la acțiunea civilă, dar acordând și timpul necesar analizei elementelor de personalitate ale minorului care sunt indispensabil a fi analizate pentru pronunțarea unei sancțiuni echitabile.

Ce semnifică certitudinea justiției? Apreciem că aceasta reprezintă efectivitatea justiției în fața atitudinii nepotrivite a minorilor. Justiția trebuie luată în considerare, într-o manieră responsabilă, de către minorii care sunt autorii unor infracțiuni, aceasta trebuie să intervină și să fie certă, pentru a asigura reeducarea lor. Dacă ne gândim la raportul cu echitatea, certitudinea justiției penale pentru minori este dreptatea așteptată de victime, pe de o parte, și pe de altă parte, prevăzută de minori, care vor deveni conștienți de faptele lor reprobabile și vor suporta consecințe legale. Tehnica reținută de parchetele franceze pentru minori este cea a *tratării în timp real*. Procurorul este sesizat de către serviciile de investigații în momentul în care minorul se află încă la sediul acestora. Există de asemenea și convenții între parchete și instituțiile de stat, în special din domeniul Educației naționale, procurorul

[686] A se vedea articolul 8-3 al Ordonanței din 2 februarie 1945.

poate fi sesizat imediat despre o posibilă comitere a unei infracțiuni de către minori, în spațiile vizate.

Pentru a realiza obiectivele celerităţii și eficienței justiției penale, legea prevede măsuri numite „alternative la proces" care ghidează procedura de responzabilizare a minorilor în situațiile în care parchetul consideră, pe motiv de oportunitate, că nu este necesară continuarea și sesizarea instanței de judecată. Aceste alternative nu sunt specifice exclusiv dreptului penal pentru minori, ci ele se aplică și persoanelor majore, cum am constatat deja, în secțiunea destinată individualizării pedepselor aplicabile persoanelor majore.

În acest context, găsim că este echitabilă, și deci echilibrată, aplicarea *avertismentului și chemarea la respectarea legii*, care sunt alternative la proces și proceduri care se aplică numai delincvenților care au comis infracțiuni pentru prima dată și le recunosc. În plus, este nevoie și de implicarea activă a părinților pentru punerea în aplicare a acestor proceduri alternative, iar delegații procurorului caută întotdeauna să pună în practică aceste reguli.

Aceste reguli sunt valabile și pentru procedura medierii penale sau reparația penală[687] când se constată că aceasta poate fi asigurată și că minorul este în măsură să repare prejudiciul cauzat victimei, să pună capăt tulburării rezultate din comiterea infracțiunii și să contribuie la reintegrarea autorului. Acordul prealabil al minorului este obligatoriu în această procedură și la fel și cel al autorității parentale, lucru care poate genera o responsabilizare prin implicarea foarte eficientă a celui vizat în raportul dat. Aspectul moralității este cel pe care noi considerăm că îl vizează aceste măsuri, deoarece un act negativ este transformat într-o acțiune pozitivă printr-o metodă educativă, care asociază minorul și părinții săi prin cerinţa acordului lor prealabil.[688] Pe scurt, justiția este angajată într-o reacție rapidă și echitabilă pentru părțile raportului penal de conflict, „în această certitudine a intervenției judiciare,

[687] I se propune minorului o măsură sau o activitate de ajutor, sau reparație cu privire la victimă, sau în folosul comunității (Ord.din 2 feb.1945, art.12-2). Procurorul Republicii împarte competența de a dispune această posibilitate cu instanța competentă cu instruirea cauzei și jurisdicția de judecată. Reparația penală este o alternativă la proces, o măsură judiciară preliminară, fie o acțiune pur și simplu în funcție de etapele procesului penal. – Y. Mayaud, op cit.p.396

[688] Yves Mayaud, op. cit.p.397

dublată de caracterul imediat, principiul răspunderii penale a minorilor poate pretinde o reală valoare educațională."[689]

În ceea ce privește faptele conexe sau indivizibile de care este acuzat un minor, comise înainte sau după 16 ani din punct de vedere echitabil, s-a afirmat că, prin conferirea judecătorului de instrucție a puterii discreționare de a trimite minorul acuzat pentru fapte ce constituie un ansamblu conex, sau indivizibil, comis înainte de vârsta de 16 ani, fie înaintea tribunalului pentru minori pentru fapte comise înainte de vârsta de 16 ani și înaintea Curții de Jurii pentru minori, pentru crime comise începând cu vârsta de 16 ani, sau numai înaintea acestei jurisdicții pentru întregul ansamblu de infracțiuni, aceste dispoziții pot ignora principiul egalității în fața justiției (parte esențială a procesului echitabil), obiectivul de valoare constituțională de bună administrare a justiției și bineînțeles dreptul *lato sensu* la un proces echitabil, și principiul fundamental în materie de justiție penală a minorilor recunoscut prin legea Republicii și prezumția de nevinovăție (un alt element al echității în procesul penal). Consiliul Constituțional a fost sesizat deci cu o chestiune prioritară de constituționalitate, dar nu a reținut niciunul dintre aceste aspecte, considerând că dispozitivul vizat nu poate conduce la judecarea unui minor de către o altă jurisdicție decât cele care sunt special instituite pentru a cunoaște delincvența minorilor, și că derogările pe care le prevede pentru competența tribunalului pentru minori și Curții de Jurii pentru minori sunt limitate și justificate de interesul unei bune administrări a justiției pentru a se evita ca faptele corelate să determine două procese succesive, pe de o parte înaintea tribunalului pentru minori, și pe de altă parte, înaintea Curții de Jurii pentru minori. De asemenea, dispozițiile contestate nu ignoră prezumția de nevinovăție, posibilitatea ca faptele indivizibile sau conexe să fie judecate în mod succesiv de către jurisdicții diferite, neavând ca efect atragerea unei inversări a sarcinii probei pentru faptele supuse investigației jurisdicției chemată să hotărască după ce prima jurisdicție s-a pronunțat.[690]

Conform unei părți a doctrinei franceze, „căutarea celei mai bune soluții în materie poate totuși să se dovedească delicată, deoarece, dacă se înțelege evident utilitatea sa, specializarea jurisdicțiilor poate părea de asemenea ca o derogare de la alte principii

[689] *Ibidem*

[690] Cons.const 29 nov.2013, nr.2013-356, QPC (chestiune prioritară de constituționalitate)- Décision n° 2013-356 QPC du 29 novembre 2013, disponibilă pe www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/2013356qpc.htm, consultată la 17.01.2016

fundamentale, precum colegialitatea, egalitatea în fața legii și dreptatea sau imparțialitatea,"[691] iar aceste noțiuni sunt într-adevăr elemente cheie ale echității.

Și dacă ne-am reîntors la contextul echității, la nivel internațional, Curtea Europeană a Drepturilor Omului, printr-o decizie din 2 martie 2010,[692] a pronunțat o interpretare care pare susceptibilă a tulbura echilibrul la care au ajuns numeroase legislații, în ce privește specializarea jurisdicțiilor, considerând cumulul funcției de instrucție și celei de judecată ale judecătorului pentru litigii de familie polonez contrar principiului imparțialității așa cum decurge din articolul 6§1 al Convenției Europene de protecție a Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale care prevede dreptul la un proces echitabil. Într-adevăr, această decizie putea, cel puțin la scară europeană, să modifice concepția specializării jurisdicțiilor pentru minori reținută de numeroase țări, precum Franța, care recunoștea un judecător pentru minori care cumula funcția de instrucție cu cea de judecată (iar uneori chiar și cu aceea de aplicare a pedepselor). Conform doctrinei, este evident că, în ce privește imparțialitatea obiectivă sau funcțională, cumulul de funcții al judecătorului pentru minori poate avea ceva stânjenitor, deoarece, în definitiv, este același judecător, care, după ce a instruit dosarul și a trimis delincventul minor înaintea instanței de judecată, va prezida singur, sau împreună cu asistenți în faza de judecată. Acest magistrat poate să-și creeze, pe motivul funcțiilor sale, o prejudecată cu privire la cauza și vinovăția minorului, astfel încât ne putem îndoi de imparțialitatea sa (obiectivă), un element esențial al echității în dreptul penal. Totuși, și până la o dată recentă, această singularitate a procedurii penale cu privire la minori era admisă pe scară largă, ținând cont de protecția minorilor pe care părea că îi implica, iar Curtea Europeană a Drepturilor Omului părea chiar să valideze un astfel de cumul,[693] într-o hotărâre,[694]însă, tot cumulul de funcții ale judecătorului pentru probleme familiale, a determinat pentru Polonia condamnarea sa în fața Curții Europene, în baza articolului 6§1 al

[691] Philippe Bonfils, *Chronique de droit pénal des mineurs*, în *Revue internationale de droit pénal* 2011/3 (Vol.82), p. 640

[692] C.E.D.O., 2 martie 2010, *Adamkiewicz c./ Poloniei*, D. 2010, p. 1324, nota com. Ph. Bonfils, disponibilă pe http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-97477, consultată la 17.01.2016

[693] Petiția n° 13924/88, JDI 1994, p. 812, obs. E. Decaux și P. Tavernier, RSC 1994, p. 362, obs. R. Koering Joulin, D. 1995, rezumat comentat p. 105, obs. J.-F. Renucci, D. 1994, rezumat p. 37, obs. Becquerelle, RTDH 1994, p. 429, notă J. Van Campernolle. *apud* Ph. Bonfils *Chronique de droit pénal des mineurs*, în Revue internationale de droit pénal 2011/3 (Vol.82), p. 641

[694] C.E.D.O. *Nortier c./ Olandei* din 24 august 1993, disponibilă pe http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57835, consultată la 17.01.2016

Convenției, pentru lipsa exigenței de imparțialitate a instanței și deci încălcarea dreptului la un proces echitabil.[695]

Oricum, această decizie nu semnifică condamnarea generală a tuturor legislațiilor care recunosc un judecător pentru minori care cumulează funcțiile de instrucție și de judecată. Astfel, Franța nu ar fi fost probabil condamnată de către Curtea de la Strasbourg dacă faptele de care este acuzat Adamkiewicz ar fi avut loc în Franța, căci în materie penală, dreptul francez prevede că instrucția este încredințată judecătorului de instrucție, și nu judecătorului pentru minori; cu alte cuvinte, judecătorul de instrucție ar fi instruit dosarul și l-ar fi transmis apoi către Tribunalul pentru minori pentru judecare, tribunal prezidat de către judecătorul pentru minori, și nu de către judecătorul de instrucție, tribunalul pentru minori ar fi fost într-adevăr competent în ce privește vârsta minorului la momentul faptelor (sub 16 ani), dacă acesta ar fi avut 16 ani, sau mai mult, Curtea de Jurii pentru minori ar fi fost cea competentă.[696] Să nu uităm că, în prezent, tribunalul corecțional pentru minori, creat în fiecare tribunal de mare instanță unde se află tribunalul pentru minori operațional începând cu 2012, sub rezerva unei constituiri revizuită din 2013 (credem că acest lucru s-a întâmplat având în vedere considerațiile menționate anterior cu privire la cumul), este cel prezidat de judecătorul pentru minori *care nu poate fi cel care a trimis cauza în fața tribunalului*, conform deciziei Consiliului Constituțional francez din 4 august 2011.[697]

Precum am constatat, echitatea poate să se dovedească ca fiind un subiect destul de sensibil, în special atunci când se vizează o ipoteză precum cea a răspunderii penale a minorilor în dreptul penal, dar pentru a găsi elementele de echitate în celelalte instituții ale dreptului penal este de asemenea necesar și un studiu al măsurilor de siguranță aplicabile persoanelor majore **B.b)** pentru a identifica aspectele echitabile și în cazul acestora. Toate acestea pentru că dreptul penal trebuie să devină un instrument complex, care ia în

[695] C.E.D.O. Adamkiewicz împotriva Poloniei din 2 martie 2010, precitată (Curtea considera, în urma unei analize *in concreto*, că principiul imparțialității subliniat de articolul 6§1 al Convenției nu fusese respectat atâta timp cât judecătorul competent pentru infracțiunile de familie utilizase în mod amplu, în timpul instrucției, atribuții extinse pe care legea le conferea cu privire la procedura aplicabilă minorilor; aceasta arată în mod special că acest magistrat s-a autosesizat, iar apoi a instruit singur dosarul, înainte de a-l trimite în fața Tribunalului pentru minori al cărui președinte era.- în Ph. Bonfils, op.cit.p.642)

[696] Ph. Bonfils, op.cit., p. 642

[697] Yves Mayaud, *op.cit*.p389, Décision n° 2011-635 DC du 4 août 2011, disponibilă pe www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/2011635dc.htm, precitată.

considerare toate ipotezele posibile și care încearcă să fulmineze norme concrete de echitate, conform specificului regimurilor existente și particularităților lor.

B.b) Măsurile de siguranță în tratamentul penal al delincvenților majori

Doctrina penală franceză definește măsura de siguranță ca fiind „o tehnică de sprijinire a politicii penale represive în cazul unei infracțiuni, pentru a preveni reînnoirea faptei. Prin dispozitivul original, aceasta se dorește a fi un răspuns la o crimă sau la un delict, cu același titlu precum pedepsele."[698] Începând cu manifestarea influenței pozitivismului[699] juridic în materie penală modernă, anumiți autori majori ai unor infracțiuni merită să fie mai degrabă trataţi și nu pedepsiți. Chiar dacă măsurile de siguranță nu au fost substituite pedepselor, acestea s-au dezvoltat în paralel. Legislatorul a adăugat pedepselor gândite *a posteriori* sancțiuni gândite *a priori* al căror obiectiv nu este de pedepsire a actului consumat, ci de a preveni actul viitor.[700]

Măsurile de siguranță sunt pe deplin justificate cu privire la indivizii iresponsabili, de care societatea nu se poate proteja decât prin aceste măsuri mai puțin severe decât pedepsele, dar acestea s-au multiplicat, în același timp, împotriva indivizilor responsabili pentru care trebuie limitate riscurile de recidivă. Chiar în acest caz era vorba de a se lua în considerare caracterul periculos, dar sprijinindu-se mai puțin pe personalitatea individului decât pe infracțiunea însăși. Acest demers este uneori contestat în propriul principiu deoarece: „contrar unei prejudecăți răspândite, comiterea unei infracțiuni, chiar gravă, nu implică întotdeauna caracterul periculos al autorului său."[701] Doctrina neo-clasică a adăugat vinovăției în dreptul penal și caracterul periculos al delincventului și a justificat demersul care pornea de la ideea că o infracțiune nu merită doar să fie luată în considerare pentru ea însăși, ci și pentru ceea ce

---

[698] Y. Mayaud, *La mesure de sureté après la Décision du Conseil constitutionnel* : D 2009, p.1360

[699] La început, prin doctrina pozitivistă, literatura de specialitate franceză s-a interesat de originile caracterului periculos, deci a cauzelor sale, pretinzând că măsurile de siguranță trebuie să înlocuiască pedepsele. Aceste măsuri de siguranță trebuiau deci să fie singurele sancțiuni penale veritabile. Această doctrină contesta în realitate întreg liberul arbitru al individului (deci nu putea să-și regrete actul) și admitea că autorul infracțiunii nu a ales să treacă la acțiune, ci a fost determinat de diferiți factori precum mediul social, trăsăturile ereditare, sau timpul istoric în care trăiește. De fapt, o pedeapsă i-ar aduce suferință fără vreun rost concret. Societatea va reacționa, nu în interes retributiv, ci în interest de „legitimă apărare," ținând cont mai puțin de actul criminal în sine, și mai mult de autorul său care trebuie să fie împiedicat în a mai vătăma din nou.

[700] E. Dreyer, op.cit. p.905

[701] A.Coche, *La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal*, PUAM, coll. « ISPEC », 2005, p.57, nr.39, *apud* E.Dreyer, *Droit pénal général*, ed. a 3-a, Ed.LexisNexis, 2014, p.905

ea scoate la iveală, pentru periculozitatea lăuntrică din autorul ei[702] Măsurile de siguranță au coexistat așadar împreună cu pedepsele.

În ce privește situația actuală a măsurilor de siguranță în Franța, reforma din 1992 a Codului penal francez a generat abandonarea oricărei referințe la măsurile de siguranță în conținutul codului menționat, însă măsurile de siguranță nu au dispărut din jurisprudența franceză, iar legislatorul tinde să le multiplice în afara Codului penal. Practic, măsurile de siguranță au fost calificate ca fiind pedepse de către Codul penal francez, calificare care poate să fie validă și logică ținând cont de funcțiile pedepsei, în special funcția de neutralizare. Ca în dreptul penal român substanțial, aceste măsuri de siguranță au fost privite ca având o anumită dimensiune aflictivă care predomină, iar având în vedere această logică, ele au fost recalificate ca fiind pedepse.

Din punct de vedere al individualizării acestor măsuri, natura lor și durata este sau trebuie să fie, determinată de gravitatea infracțiunii comise. Se poate identifica o proporționalitate în individualizarea măsurilor de siguranță, adică între gravitatea infracțiunii care necesită și condiționează, în același timp, aplicarea unei astfel de măsuri și amplitudinea măsurii. Aceste măsuri de siguranță se regăsesc în dreptul penal substanțial francez în conținutul pedepselor complementare, cum ar fi: interdicția de sejur (art.131-31 Codul penal) și interdicția teritoriului francez (art.131-30 Codul penal), interdicția de a exercita numite profesii, interdicţia de a participa la marşurile publice, închiderea instituției, retragerea, sau suspendarea anumitor permise (de vânătoare și de conducere), pierderea drepturilor civice, civile sau de familie, urmărirea socio-judiciară și numeroase obligații care se succed, etc.[703] Este o certitudine faptul că condamnații simt aceste măsuri ca pedepse. În plus, posibilitatea de a pronunța una sau alta din aceste pedepse, de exemplu în locul închisorii sau amenzii, este o dovadă în ce privește sensul lor de „pedepse."

Scopul Codului penal francez a fost de a supune toate „pedepsele", deci inclusiv măsurile de siguranță, principiilor comune de drept penal substanțial, și mai mult, preocuparea de a dota Franța cu un Cod penal care să respecte drepturile omului a condus autorii reformei penale la abandonarea referinței la măsurile de siguranță și recalificarea lor

[702] J.A. Roux, Cour de droit criminel francais, Sirey ed. a 2-a 1927 T.1 p.454, *apud* E.Dreyer, *Droit pénal général*, 3e ed. Ed. LexisNexis, 2014, p.905

[703] Art.131-27, 131-34, 131-26, 131-36-1 din Codul penal francez.

ca *pedepse complementare*, sau de *substituție*. Aceste pedepse se impun într-o preocupare de individualizare extinsă a sancțiunii penale, deci de a fi supuse marilor principii, cu anumite excepții, așa cum vom vedea în cadrul analizei aplicării în timp a legii penale, deoarece în acest caz, măsurile de siguranță beneficiază de aplicare imediată.

Dacă ne gândim la echitate, în opinia noastră, aceasta cuprinde modalitățile de individualizare specifice fazei de aplicare a acestor măsuri, exigența unei vinovăţii trebuie să fie respectată, în mod obligatoriu și în permanență, deci aceste „pedepse" nu pot fi pronunțate fără existența infracțiunii.[704] Așadar, exclusiv existența stării de pericol nu poate să determine judecătorul să aplice în mod legal măsuri de siguranță, așa cum este cazul atât în dreptul penal francez cât și în dreptul penal român substanțial care permite, chiar dacă există o cauză de non-imputabilitate a faptelor, ca judecătorul să poată aplica măsurile de siguranță.[705] Nu ezităm să nu ne punem întrebări cu privire la echitatea aplicării acestor măsuri care sunt într-adevăr de constrângere. Pentru a ne susține punctul de vedere, doctrina franceză este cea care specifică faptul că exclusiv starea de pericol nu poate determina judecătorul să dispună măsuri pur preventive, în plus se impune principiul legalității și respectarea sa, ceea ce înseamnă că judecătorul nu poate dispune aceste măsuri, cu titlul de pedepse complementare, decât dacă legea prevede acest lucru și în limitele reținute de aceasta.[706] Alte consecințe juste și echitabile ar fi ca aplicarea regulilor legii penale în timp, precum și regulile de amnistie, să devină efective şi valabile și în cazul măsurilor de siguranță devenite pedepse conform noii politici penale. Suntem de acord cu argumentele conform cărora „evaluarea caracterului periculos al unui condamnat nu se operează în mod autonom, ci prin infracțiunea de care a fost acuzat și care justifică numai sancțiunile pronunțate. Dacă infracțiunea este suprimată din punct de vedere juridic, se va întâmpla la fel pentru sancțiunile care au urmat-o și care își pierd de asemenea orice cauză din punct de vedere juridic".[707]

[704] În dreptul penal românesc este necesară și suficientă existența unei fapte penale care nu este justificată, și nu a unei infracțiuni, pentru ca judecătorul să poată aplica măsuri de siguranță. Intervenirea cauzelor justificative va exclude posibilitatea judecătorului de a lua în considerare o măsură de siguranță. Face excepție confiscarea extinsă, pentru aplicarea căreia este nevoie de o *condamnare penală*. Din ce putem observa, în dreptul penal francez, situația este aceeași.

[705] Cu excepția cazului de incidență a unei cauze justificative care va îndepărta caracterul penal al faptelor.

[706] E. Dreyer, op.cit.p.907

[707] *Ibidem*

În context internațional, jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului a asimilat măsurile de siguranță pedepselor în sfera de aplicare a articolului 6 § 1 și 7 al Convenției europene. De fapt este vorba despre concepția *lato sensu* a pedepsei care este vizată, Convenția supune aceluiași regim toate măsurile impuse ca urmare a unei condamnări pentru o infracțiune.[708] Pentru ca o măsură să fie calificată ca pedeapsă trebuie să se țină cont de contextul de drept penal, de scopul său și de pronunțare și regimul ei. Așadar, esențial în analiză este scopul de a constrânge o persoană să se supună unei obligații chiar sub „amenințarea unei încarcerări în regim penitenciar" în cazul în care ea nu se supune acestei obligații, aspect care determină o imposibilitate *de facto* și logică de aplicare retroactivă a unei noi legi care este mai severă în acest context. Raționamentul poate să fie de asemenea valabil pentru situația de *detenție de siguranță,* prin comparație cu regimul pedepselor cu privare de libertate care se execută în condiții similare.[709] Aparent, Consiliul Constituțional francez a judecat cu aceeași logică la un moment dat când a stabilit că materia penală nu este redusă la pedepse sau sancțiuni declarate în mod explicit punitive de către legislator și deci de textul legii penale.[710]

Situația este în esență lipsită de echitate, deoarece preocuparea de a scăpa de garanțiile aplicabile pedepselor a determinat Curtea de Casație franceză să recalifice anumite pedepse în măsuri de siguranță, chiar dacă calificarea din textului legal era diferită. În acest sens, aceeași Curte franceză consideră imediat aplicabilă o lege ce instaurează o nouă pedeapsă complementară sub argumentul că aceasta permite răspunsul în fața unei stări de pericol care poate fi deja constatată.[711] Această instanță refuză să califice anumite pedepse complementare: măsuri complementare de poliție și securitate publică pentru a le face să fie

[708] C.E.D.O. *Jamil c./ Franțe,i* 8 iunie 1995, §31, cu privire la constrângerea prin executarea silită, disponibilă pe http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62484, consultată la 13.01.2016. Regula se aplică și la retragerea punctelor de pe permisul de conducere de către autoritatea administrativă, după o comiterea unei infracțiuni, finalitatea preventivă a acestei măsuri nefiind importantă (C.E.D.O. Malige c./ Franței, 23 septembrie 1998, §39, disponibilă pe http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62793, consultată la 13.01.2016).

[709] Ex. C.E.D.O. M. c./Germaniei, 19 dec.2009, §32, §127, disponibilă pe http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-96501, consultată la 14.01.2016 ; E.Dreyer, op.cit.p.907

[710] *Ibidem*, admițând aplicarea articolului 8 al Declarației din 1789 la retragerea naționalității franceze decisă de o autoritate administrativă. Cons.const. Decizia din 16 iulie 1996, nr.96-377 DC cu privire la Legea care vizează combaterea terorismului, §23 – disponibilă pe www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1996/96377dc.htm, consultată la 14.01.2016.

[711] De ex. în hotărârea Curții de Casație, Secția penală din 26 noiembrie 1997, Culegerea de Jurisprudență Penală 1997, nr.404 -Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 26 novembre 1997, 96-83.792, disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr, consultată la 14.01.2016 ; E. Dreyer op.cit.p.908.

în afara ariei de incidenţă a amnistiei, chiar mai mult raționamentul îi este consolidat de către legislator care exclude aceste pedepse din sfera de aplicare a grațierii legale. Când legislatorul francez nu se aliniază jurisprudenței acestei Înalte jurisdicții, aceasta persistă în adoptarea unei concepții restrictive a pedepsei pentru a limita incidența aplicării legilor de amnistie.

De exemplu, pentru a îndepărta posibilitatea de amnistie antecondamnatorie, aceasta a refuzat să considere ca *sancțiune disciplinară* retragerea abilitării unui comisar de poliție în urma unei „încălcări foarte grave a obligațiilor sale" şi a considerat-o, în acest caz, ca fiind o simplă *măsură de administrare judiciară.*[712] Conform unor autori, această situație este la limita absurdului, deoarece în caz de amnistie, înscrierea condamnării inițiale dispare în principiu din cazierul judiciar, în timp ce rămâne astfel unul din principalele sale efecte.[713]

Curtea de Casație franceză face o interpretare destul de confuză a diferenței între măsurile care sunt susceptibile să fie calificate ca fiind pedepse şi celelalte, lucru ce împiedică aplicarea garanțiilor ce merită să fie aplicate şi pe cale de consecință, să fie respectate, cum ar fi echitabil. În această ipoteză, legitimitatea deciziilor neutralizează voința legislatorului printr-o simplă acoperire de sorginte lingvistică, de exemplu legile de amnistie exclud din aplicarea lor anumite pedepse complementare care nu pot fi, în consecință, amnistiate, putându-se constata lipsa echității în acest context. În special pentru că nu ține de competența Curții de Casație de a extinde sfera acestor excluziuni.[714] Cele două principii esențiale care fac posibilă echitatea în dreptul penal pentru acuzat, adică principiul legalității şi *principiul favorabilității (sau in favorem)* sunt afectate de această politică de individualizare/ interpretare judiciară.

Singura limită pe care Curtea de Casaţie franceză şi-o stabilește, din acest punct de vedere, este o calificare pe care ea însăşi a dat-o anumitor pedepse secundare, jurisprudența

[712] Expresia apare de asemenea în justificarea competenței judecătorilor care se ocupă de justiția în cazul minorilor şi de măsurile educaționale, cum am putut deja constata anterior în analiza noastră care viza acest subiect. Ex. Curtea de Casaţie, Secţia penală, Decizie din 13 ianuarie 1998,*Culegere. Jurisprudenţă. Penală* 1998, nr.14 -Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 13 janvier 1998, 96-81.478 disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr, consultată la 14.01.2016.

[713] C. Hardouin-Le Goff, *L'oubli de l'infraction*, LGDJ, coll. « Bibl.Sc.Crim », 2008, t. 44, p.519, no.1076 *apud* Emmanuel Dreyer, *Droit pénal général*, ed. a 3-a, ed. LexisNexis, 2014 p.908

[714] E. Dreyer op.cit.p.909

franceză și-a interzis să le pronunțe sau să le aplice în cazurile care nu sunt în mod expres prevăzute de un text de lege.[715]

Apreciem că sunt ipoteze mai sensibile, care merită a fi tratate în cele ce urmează: **B.b).1.** aplicarea măsurilor de siguranță fără existența infracțiunii, **B.b)2.** cazul particular de tulburare psihică și delimitarea pedepselor de măsurile de siguranță în această situaţie, sau **B.b)3.** legătura între măsurile de siguranță, funcția de neutralizare a pedepsei și echitatea tehnicii de dispunere a acestor măsuri de către autoritățile franceze competente.

B.b).1. Incidența măsurilor de siguranță fără existența infracțiunii. Lipsa echității?

Dacă privim măsurile de siguranță din punct de vedere represiv, cu semnificația lor de „pedepse" se poate deduce ușor că aplicarea acestora, în lipsa unei reale infracțiuni, nu este echitabilă. În dreptul penal francez și în dreptul penal român, situația este similară, în ce privește acest aspect. Legislatorul a admis așadar că măsurile de siguranță pot exista chiar dacă imputabilitatea lipsește, și fără nicio limitare a duratei lor în timp, deoarece textul de lege prevede că ele se mențin până la *încetarea tulburării.*[716]

Conform literaturii de specialitate franceze, „faptul că într-o logică represivă, pronunțarea unei sancțiuni nu este subordonată unei declarări prealabile de existență a vinovăției, constituie o *veritabilă revoluție ... o victorie postumă a doctrinelor pozitiviste*."[717]

Chiar dacă Curtea Europeană a Drepturilor Omului, făcând referire la caracterul privativ de libertate a măsurii de internarea celui în cauză, indică faptul că „această măsură nu este justificată decât în cazul în care măsurile mai puțin severe sunt insuficiente pentru protejarea interesului personal sau public, așadar numai când internarea medicală este indispensabilă" se constată că echitatea nu este întocmai respectată în adevăratul său sens.[718]

---

[715] J.H. Robert, *L'instabilité des qualifications jurisprudentielles et doctrinales des peines secondaires*, *in Mel. Larguier* , PUG, 1993, p.255 *apud* Emmanuel Dreyer, *Droit pénal général*, ed. a 3-a, Ed. LexisNexis, 2014 p.909

[716] De ex. în dreptul penal românesc art.110 din Codul penal.

[717] J.H. Robert, *La victoire posthume de Lombrosso et de Ferri,* Dr. Pen. 2008, referința 2, p.2 *apud* Emmanuel Dreyer, op.cit.p.909

[718] C.E.D.O. Filip c./ României, 14 dec.2006, paragr.59, disponibilă pe http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-78577, consultată la 14.01.2016.

Foarte interesant este faptul că pedepsele nu dispar, ci rămân supuse exigenței de liber arbitru.[719] Este vorba mai mult despre o chestiune de oportunitate a măsurilor de siguranță, decât de o aplicare echitabilă a acestora.

Această situație este amplificată de atitudinea confuză a instanțelor de control, cum ar fi de exemplu cea a Consiliului Constituțional francez, care pare să admită că măsurile de siguranță nu respectă toate aceleași exigențe precum pedepsele și de fiecare dată când poate ignora caracterul lor punitiv lasă legislatorul liber să decidă aplicarea lor retroactivă.[720]

S-a remarcat că „de fiecare dată când Consiliul a fost sesizat, a statuat în sensul calificării ca măsuri de siguranță a celei reținute în textul supus controlului său și că nu a exercitat niciodată cenzura negând această natură, ceea ce ar fi putut face în baza măsurilor care presupun constrângerile cele mai accentuate considerând că sunt mai apropiate de dispoziții punitive decât preventive."[721] Numai când rezultă din măsură o privare de libertate, Consiliul Constituțional își amintește despre principii pe care el însuși le-a stabilit în ce privește materia penală.[722] Însă aceste principii, în special cele care guvernează aplicarea legii penale în timp, „nu pot depinde de nivelul de gravitate, sau de natura măsurii astfel instituite. Nici o dispoziție constituțională nu permite o astfel de distincție. Însuşi sensul materiei penale ar fi astfel atins."[723]

O altă instanță franceză supremă de control, Consiliul de Stat a statuat că „deciziile de plasare a unui deținut în izolare de urgență și în mod provizoriu, trebuie să fie dispuse cu titlu preventiv, având în vedere aceste dispoziții, ele nu constituie pedepse, ci măsuri de siguranță, aşadar:„reclamanta nu ar putea invoca, în mod util, în cadrul litigiului, principiul

[719] De exemplu art.107 din Codul penal român specifică în alineatul 3 că măsurile de siguranță pot fi luate chiar dacă nu se aplică nicio pedeapsă infractorului.

[720] În contextul supravegherii judiciare, Cons. const. 8 dec. 2005 nr 2005-527 DC, Legea cu privire la tratamentul recidivei în cazul infracțiunilor penale, §15, sau cu privire la înscrierea în Registrul autorilor infracțiunilor sexuale – Cons. const. Dec.2 martie 2004, nr.2004-492 DC, Legea pentru adaptarea justiției la evoluțiile criminalității, §74 disponibile pe http://www.conseil-constitutionnel.fr/, consultate la 14.01.2016.

[721] Yves Mayaud, *Le mesure de sûreté après la décision du Conseil Constitutionnel* : D.2009, p.1364

[722] Cons.const. 21 feb.2008 nr 2008-562 DC Legea cu privire la reținerea de siguranță și de declarare a iresponsabilității penale din motive de tulburări psihice, §10 disponibilă pe http://www.conseil-constitutionnel.fr/, consultată la 14.01.2016.

[723] E. Dreyer op.cit.p.910, a se vedea şi supra nr.140, aceeași lucrare.

proporționalității pedepselor”.[724] Această „piruetă semantică”[725] produce un regres în concepţia Consiliului de Stat, deoarece această instanță impusese, prin jurisprudenţa sa, respectarea acestui principiu în sancțiunile administrative.

În ceea ce privește poziția Curţii Europene în raport cu interpretarea măsurilor de siguranță și aplicarea acestora, aceasta admite dimensiunea non-punitivă a anumitor măsuri de siguranță pentru ca acestea să poată scăpa de sub incidenţa regimului constrângerilor în materie penală, și operează o interpretare mai restrânsă a articolului 7 decât a articolului 6 al Convenției, excluzând din sfera sa de aplicare detenția de înainte de judecată,[726] și sancțiunile disciplinare[727]ceea ce este contestabil. Aceasta refuză, de asemenea, să considere că pedeapsa de interdicție a teritoriului francez implică „temeinicia unei acuzații în materie penală.” [728] Aceste soluții nu sunt în acord cu afirmația conform căreia: „noțiunea de pedeapsă nu poate avea sensuri diferite conform dispozițiilor convenționale.”[729]

Standardele de echitate impun în mod automat o coerență a apărării drepturilor omului, coerență care din păcate nu se manifestă în practica judiciară. De fapt este adevărat că atunci când aceste mari instanțe statuează în mod confuz, acestea uită să amintească puterii legislative, sau reglementare, că aplicarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale nu poate depinde de o calificare formală, ci de standardele de echitate, legalitate, proporționalitate, etc, și în mod special de protecția și efectivitatea drepturilor la apărare. Analiza substanței sancțiunii este cea care trebuie efectuată pentru a se evita ocolirea

[724] Consilul de Stat, 17 dec 2008, Secțiunea fr. Observatorul închisorilor: JCP G 2009, II,10049, notă S.Merenne *apud* Emmanuel Dreyer Droit pénal général, ed. a 3-a, Ed. LexisNexis, 2014 p.910

[725] Expression de P.J.Delage, *La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignite*, Rev.Sc.crim. 2007, p.805 *apud* Emmanuel Dreyer op.cit.p.910

[726] CEDO 7 aprilie 1961 *Lawless c./ Irlandei*, §19, disponibilă pe http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62075, consultată la 15.01.2016

[727] Comm.EDH 13 mars 1986, *p.c./Rouyaume-Uni* :DR 37, p.134

[728] C.E.D.O. 5 oct 2000 *Maaouia c./ Franței*, §39, disponibilă pe http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-63399, consultată la 15.01.2016

[729] C.E.D.O. 23 iulie 2009, *Bowler International Unit c./ Franței*, §67, disponibilă pe http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93802, consultată la 15.01.2016

CEDO 2 iulie 2002 Goktan c./ Franței, §48, disponibilă pe http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-65111, consultată la 15.01.2016

garanțiilor care se asociază pronunțării sale.[730] Conform opiniei doctrinei[731], există o slabă speranță ca lucrurile să evolueze în sens mai echitabil, deci în sens contrar decât în prezent, deoarece pe de o parte „contemporanii par reticenţi la riscurile de sacrificare a libertății lor, și pe de altă parte, presiunea victimelor reale și potențiale pare prea puternică pentru ca o astfel de raţionare să poată fi oprită.”[732]

B.b).2. Cazul particular al tulburărilor psihice. Este posibilă delimitarea pedepselor de măsurile de siguranță?

În cadrul noțiunii de sancțiune penală, coexistă două sensuri: pedeapsa *strico sensu* și măsura de siguranță care este inclusă în *sensul general – lato sensu* al noțiunii. Interesul distincției a fost de sorginte tehnică, contrar dezbaterilor doctrinare franceze care încearcă să abordeze problema din punct de vedere mai filosofic și nu concret. Ce reprezintă măsurile de siguranță? Acestea sunt măsuri care sunt orientate spre prevenția comportamentelor deviante. Legea franceză din 12 decembrie 2005 cu privire la tratamentul recidivei în cazul infracțiunilor penale califica supravegherea judiciară drept o măsură de siguranță.[733]

Legea din 25 februarie 2008 cu privire la detenția de siguranţă și la declarația de iresponsabilitate penală pe motiv de tulburări psihice, procedează la fel în ce privește detenția de siguranţă și supravegherea de siguranță. Pe calea controlului *a priori*, Consiliul Constituțional francez a declarat aceste măsuri conforme cu Constituția franceză, dar, în loc de a relua calificarea legală de măsură de siguranță, acesta afirma că aceste măsuri „nu

[730] E. Dreyer op.cit.p.910

[731] *Ibidem*

[732] D.Salas, *La volonté de punir, essai sur le populisme pénal*, Hachette, coll. « Littératures », 2007, p.194, *apud* E. Dreyerop.cit.p.910

[733] Articolul 723-29 din Codul de procedură penală, modificat prin Legea n°2011-267 din 14 martie 2011 - art. 40, este cel care prevede, în caz de crimă, sau delict, deci nu și în caz de contravenție, că „atunci când o persoană a fost condamnată la o pedeapsă cu privare de libertate pentru o durată egală cu sau mai mare de șapte ani pentru o crimă sau un delict pentru care se suportă monitorizare socio-judiciară sau pentru o durată mai mare, sau egală cu cinci ani pentru o crimă sau un delict comis încă o dată în stare de recidivă legală, tribunalul de aplicare a pedepselor poate, la rechizițiile procurorului Republicii, să dispună cu titlul de măsură de siguranță numai în scopul prevenirii unei recidive al cărei risc este dovedit, ca această persoană să fie pusă sub supraveghere judiciară, imediat după eliberarea sa și pentru o durată care nu poate depăși pe aceea care corespunde deducerii pedepsei și reducerilor pedepselor suplimentare de care beneficiază și care nu au făcut obiectul unei decizii de retragere.”

constituie nici pedeapsă, nici sancțiune, dar au *caracter punitiv*".[734] Este necesară cu toate acestea o atenție la sensul acestor noțiuni, deoarece acolo unde autoritatea penală definește sancțiunea penală ca fiind reunirea a două tipuri de măsuri: pedepsele și măsurile de siguranță, judecătorul constituțional distinge, pe de o parte, pedepsele și sancțiunile ce au caracterul punitiv și pe de altă parte, celelalte măsuri care nu sunt „nici pedepse, nici sancțiuni, dar care au *caracterul punitiv*" și tocmai aici încadrează măsurile de siguranță. Prin această logică, Consiliul izolează astfel pedepsele de sancțiuni punitive chiar dacă pedepsele sunt de fapt sancțiuni penale cu caracter punitiv, deci represiv.

Noțiunea de sancțiune din punct de vedere al Consiliului Constituțional francez este mai largă, aceasta cuprinde pedepsele ca sancțiuni având caracterul punitiv prin excelență, dar și alte sancțiuni, având caracter punitiv, care nu reies din dreptul penal, ci din cel civil, administrativ sau sancțiuni profesionale. Aceasta exclude, din categoria sancțiunilor, măsurile de siguranță, în același timp în care, autoritatea penală le include în categoria sancțiunilor penale.[735] Aparent, în dreptul penal francez, există, pe lângă noțiunea legală de pedeapsă, noțiune formală, și o noțiune constituțională de pedeapsă, însă nu există o astfel de noțiune autonomă de sancțiune, deoarece definiția dată de Consiliul Constituțional este echivocă. Așadar, „definiţia pedepsei trebuie, pentru clarificări, să fie căutată în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului."[736] Pornind de la o decizie pronunțată de Consiliul Constituțional francez în septembrie 1986, s-a extins sfera de aplicare a principiului de necesitate a pedepselor şi la perioada de siguranță, în ciuda faptului că această instituţie nu este o pedeapsă reală, ci o modalitate de executare a unei pedepse, pe motiv că jurisdicția poate adapta durata acestei perioade, în același timp pronunțându-se asupra vinovăției.[737]

De asemenea, jurisprudența Curții de Casație franceză înlătură aplicarea art. 221-1 din Codul penal cu privire la măsurile pe care le califică drept măsuri de siguranță. Aceasta arată

---

[734]Cons. Const. 21 feb. 2008, n°2008-562 DC, Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, disponibilă pe www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2008/2008562dc.htm, consultată la 15.01.2016

[735]Evelyne Bonis-Garçon, *L'identification de la sanction pénale, le point de vue du pénaliste,* în Droit constitutionnel et grands principes du droit pénal, Collections Actes et études, Ed. CUJAS, 2013, p.145 și urm.

[736] J. H. Robert, *La détermination de la peine par le législateur et par le juge* în *Droit pénal. Le temps des reformes,* Lexis Nexis, colecția « Colloques et débats », 2011, p.244

[737] Cons.const.,3 sept. 1986, n°86-215 DC, disponibilă pe www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1986/86215dc.htm, consultată la 15.01.2016

că aceste măsuri nu sunt supuse respectării principiilor de valoare constituțională aplicabile pedepsei, lucru care nu înseamnă că aceste măsuri nu respectă alte principii de valoare constituțională,[738] cum ar fi de exemplu cel prevăzut la articolul 9 din Declarația Drepturilor Omului.[739] Măsurile de siguranță nu sunt deci, din punct de vedere al Consiliului Constituțional, nici pedepse, nici chiar sancțiuni punitive, ci sunt în mod clar măsuri de rigoare ce trebuie să respecte articolul 9 al Declarației.[740] Consiliul a considerat că măsurile de siguranță trebuie să respecte principiul ce rezultă din articolul 9 al Declarației din 1789 și din articolul 66 al Constituției franceze.[741] Libertatea individului nu poate fi împiedicată de o rigoare care nu este *necesară.* În consecință, aceste măsuri *trebuie să fie necesare și proporționale obiectivului de prevenție urmărit*. Concluzie aduce în discuție, în mod automat, standardele de echitate, iar prevederea este similară cu cea din Constituţia română, art.53, alin (2) care prevede proporţionalitatea ingerinţei în drepturile şi libertăţile cetăţenilor.

Jurisprudența Secției penale a Curții de Casație a considerat că, în lumina dispozițiilor articolului 112-1 din Codul penal francez, „pot fi pronunțate numai pedepsele aplicabile în mod legal la data infracțiunii", prevederea legală nu se aplică măsurilor de siguranță prevăzute în caz de *declarare a iresponsabilității penale pe motiv de tulburări psihice* în articolele Legii din 25 februarie 2008.[742] Pentru a analiza această situație particulară, este necesar să facem un bilanț al caracteristicilor de responsabilitate penală a celor care prezintă tulburări psihice așa cum sunt văzute de doctrina franceză. Practic, conform legii din februarie 2008, în Franța există o procedură destul de complexă bazată pe o *ordonanță* sau o *hotărâre de iresponsabilitate penală* pronunțată de un judecător de instrucție, sau de alte organe competente în acest sens, după ce s-a constatat efectiv comiterea infracțiunii. Conform

[738] Evelyne Bonis-Garçon, infra 13., op.cit.p.149

[739] „Orice om este presupus nevinovat, până în momentul în care a fost declarat vinovat; dacă se consideră necesar să fie arestat, orice act de constrângere, în afara celor necesare pentru reținerea lui, trebuie să fie aspru pedepsit de lege."-Declarația drepturilor omului și cetățeanului din 1789, disponibilă pe http://www.legifrance.gouv.fr.

[740] Evelyne Bonis-Garçon, infra 14., op.cit.p.150

[741] Conform căruia „Nimeni nu poate fi privat de libertate în mod arbitrar. Autoritatea judiciară, protectoare a libertății individului, asigură respectarea acestui principiu în condițiile prevăzute de lege."

[742] LOI n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble, disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr, Curtea de Casaţie,Secţie penală.16 dec.2009, Bul. Jurisprud. penale n°216 – disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr, consultată la 15.01.2016.

doctrinei, acest lucru poate pune probleme din punct de vedere al nerespectării principiului de prezumție a nevinovăției – cheia tratamentului echitabil în procesul penal pentru acuzat.

În dreptul penal român avem o procedură relativ simplă deoarece cazul de tulburare psihică este un caz de non-imputabilitate prevăzut de articolul 28 al Codului penal român și de articolul 16 alineatul 1, d). al Codului de procedură penală, intitulat „Cazurile de împiedicare a acțiunii penale" presupunând o ordonanță de neîncepere a urmăririi penale a procurorului de caz, sau achitarea dispusă de către judecător. Însă un aspect esențial rămâne cel că alte măsuri de siguranță pot fi totuși aplicate, chiar dacă infracțiunea nu este imputabilă, chiar dacă procedura formală de *hotărâre* de *declarare a iresponsabilității* nu există în procedura penală românească.

În schimb, în dreptul penal francez, situația este puțin diferită. Legea din februarie 2008 a reformat tratamentul judiciar al responsabilității penale în caz de tulburări psihice și a introdus o nouă procedură în caz de abolire a discernământului autorului infracțiunii, fiind vorba despre o *declarație de iresponsabilitate penală pe motiv de tulburare psihică* care se substituie vechilor decizii de neîncepere a urmăririi penale, de eliberare sau de achitare. În mod esențial, legea franceză prevede o constatare efectivă a infracțiunii comisă de către persoana bolnavă psihic, și aceasta înainte de a o declara iresponsabilă. [743] Se poate afirma că avem aici un caz de *responsabilitate formală* a celui vizat. De fapt, acesta este vinovat, dar nu răspunde în fața legii penale.

În ceea ce privește principalele caracteristici ale acestei „*responsabilităţi formale* a *iresponsabilului pe motiv de tulburări psihice*, conform profesorului François Rousseau, aceasta este o responsabilitate „profilactică"[744] bazată pe o *imputabilitate obiectivă*, și de fapt

[743] Codul francez de procedură penală Art.706-120, creat prin Legea n°2008-174 din 25 februarie 2008 - art. 3 „Dacă până la momentul sesizării sale, judecătorul de instrucție consideră, după ce a constatat că împotriva persoanei date în judecată există acuzații suficiente cu privire la comiterea faptelor de care este acuzată, că există motive plauzibile pentru a aplica alineatul 1 al articolului 122-1 din Codul penal, acesta ordonă, dacă procurorul Republicii, sau o parte a formulat solicitarea, ca dosarul de procedură să fie transmis prin procurorul Republicii către procurorul general în scopul sesizării camerei de instrucție. Acesta poate, de asemenea, să ordone această transmitere din oficiu. În celelalte cazuri, va pronunța o *ordonanță de iresponsabilitate penală din motive de tulburări psihice care precizează că există acuzații suficiente stabilind că iresponsabilul bolnav psihic a comis faptele de care este acuzat.*" A se vedea și art. 706-119 – 706-134 din Codul de procedură penală francez, pentru o imagine de ansamblu a procedurii.

[744] A se vedea François Rousseau, *(Ir) responsabilité des personnes atteintes de troubles mentaux, în* Droit constitutionnel et grands principes du droit pénal, Collections Actes et études, Ed. CUJAS, 2013 de la care împrumutăm expresiile și analiza.pp.120-129

putem identifica existenţa unei simple probabilităţi de imputare a infracţiunii ca fiind suficientă pentru a fonda pronunțarea eventualelor măsuri de siguranță. Putem constata atingerea adusă procesului echitabil și prezumției de nevinovăție.[745] Conform regulilor de echitate, nu se poate declara că există *acuzații suficiente* de a se fi comis faptele de care este acuzat și este corect că infracțiunea există și a fost evident comisă de către persoana iresponsabilă și după toate acestea, să se pronunțe o hotărâre formală de iresponsabilitate penală pe motiv de tulburare psihică. Ceea ce nu ne pare a fi echitabil, este fondarea acestei acuzații, de a se fi comis o infracțiune, pe o simplă probabilitate. Aceasta pare o declarație *ab initio* de vinovăție, fără a oferi ocazia de a se parcurge procesul penal, cu respectarea tuturor drepturilor și garanțiilor procedurale pentru apărare. Este o situație în care îi aplicăm bolnavului psihic o *vinovăție morală*, generându-i sentimentul de vinovăție și apoi acesta poate constata că poate evita pedeapsa, chiar dacă, în pofida a tot, este vinovat și a comis fapta. „Este ca și cum l-am adânci într-o situaţie mai confuză decât este deja."

Realizăm o analiză a situației nu numai din punct de vedere al încălcării prezumției sale de nevinovăție, ci și în ce privește impactele mai profunde asupra posibilității efective de a se redresa/reintegra, chiar dacă măsurile de siguranță de îngrijire se aplică, în numele acestei responsabilități *strict* „profilactice". Mai mult, măsurile de siguranță sunt pedepse în sensul penal, așa cum am constatat deja, deci care ar fi sensul unei pedepse – indiferent de tipul ei, dacă persoana care o suportă nu este responsabilă? Este vorba într-adevăr despre ipoteza declarării iresponsabilităţii pentru a se aplica o pedeapsă- măsura de siguranță.

Se pune de asemenea problema din punct de vedere al constituționalității *hotărârii de iresponsabilitate penală* pronunțate de Camera de instrucție tocmai pentru că autorizează o măsură de siguranță în baza constatării unei *probabilități.*[746] Consiliul Constituțional francez a stabilit că această declarație de iresponsabilitate penală pe motiv de tulburări psihice nu ignoră prezumția de nevinovăție deoarece „aceasta nu este competentă nici pentru a declara că această persoană a comis faptele de care este acuzată, nici pentru a se pronunța cu privire la responsabilitatea sa civilă". Camera de instrucție nu constată decât faptul că există *acuzații* suficiente de a fi comis faptele, însă Consiliul trebuie să examineze conformitatea cu Constituția franceză a puterii conferite acestei camere de a pronunța măsuri de siguranță,

[745] François Rousseau, *op.cit*. p.124 și urm.

[746] *Ibidem*

tocmai pentru că aceasta nu constată nici o certitudine cu privire la faptele imputate. Conform unui autor, această absență de certitudine pune sub semnul întrebării autoritatea acestei hotărâri de iresponsabilitate pronunțată de camera de instrucție.[747] Mai mult decât atât, care este practic scopul acestei hotărâri? Deoarece aceasta poate de asemenea să împiedice principiul celerităţii justiției penale. Este de fapt o formalitate care face lucrurile mai complicate.

Înaintea reformei acestei proceduri, în dreptul penal francez funcționarea era asemenea procedurii românești în acest caz particular, mai precis, se vorbește de decizii de neîncepere a urmăririi penale fondate de drept pe discernământul abolit al pârâtului. Dacă se compară cele două proceduri, cea actuală și cea veche, hotărârea de iresponsabilitate ar trebui să aibă o anumită autoritate de lucru judecat, adică, pe aceleași fapte, deoarece este văzută ca o „pseudojudecată" și poate avea autoritatea specifică.[748]

Din punct de vedere al constatării existenței *acuzațiilor suficiente*, hotărârea de iresponsabilitate este asemenea ordonanței de trimitere care în principiu nu are nici o autoritate, deoarece instanța de judecată poate să o contrazică.[749] Deci s-a pus în mod explicit întrebarea dacă nu cumva în acest sens „ea neavând nici o autoritate, poate fi contrazisă mai târziu," se poate interpreta decizia Consiliului Constituțional francez din 21 februarie 2008 când consideră că hotărârea de iresponsabilitate nu ignoră prezumția de nevinovăție, deoarece nu este capabilă să declare cu certitudine că bolnavul a comis în mod real faptele de care este acuzat.[750]

În măsura în care această nouă responsabilitate obiectivă nu este represivă, aceasta va fi echitabilă. Însă chiar și în acest caz, aceasta poate avea impacte de natură psihică asupra persoanei vizată care suferă de tulburări psihice. Se pune în balanță o prevenție cu funcția de îngrijire – aspectul profilactic pentru a obține o ameliorare a persoanei în cauză și o neglijență a principiului de respectare a prezumției de nevinovăție. Uneori aici este punctul în care echitatea dă erori, deoarece există majoritatea situațiilor în care interesul general, bunăstarea

[747] *Ibidem*

[748] Fr. Rousseau, op.cit.p.125

[749] Ph.Conte și J. Larguier, Procédure pénale, ed. a 22-a, Dalloz, 2010, p.327, *apud* François Rousseau op.cit.p.125

[750] *Ibidem*

societății trebuie să predomine, însă trebuie să ținem cont că aici este vorba despre o viață de om, o conștiință și o viitoare posibilitate de reintegrare a celui în cauză. Este în fond vorba despre dreptul său de a nu fi tratat nedrept.

Este foarte clar că internarea medicală fără consimțământ are o finalitate curativă și nu una represivă, dar când îndrăznim să mergem mai departe cu analiza noastră și să dăm atenție efectelor responsabilității bolnavilor psihici, ajungem la concluzia că exact natura represivă a acestor măsuri este cea care poate fi observată, în special când este vorba de interdicțiile preventive.[751] Aceste interdicții, care nu pot fi pronunțate decât după o expertiză psihiatrică, nu trebuie să constituie un obstacol în fața îngrijirilor de care persoana este susceptibilă a beneficia. Dacă persoana este internată în aplicarea articolelor L. 3213-1[752] și L. 3213-7[753]

[751] În acest sens, articolul 706-136 din Codul de procedură penală francez prevede: „Dacă camera de instrucție sau o jurisdicție de judecată pronunță o hotărâre de declarare a iresponsabilității penale din motive de tulburări psihice, aceasta poate ordona împotriva persoanei următoarele măsuri de siguranță pe o durată pe care o stabilește și care nu poate depăși zece ani în materie corecțională și douăzeci de ani dacă faptele comise constituie o crimă sau un delict pedepsit cu zece ani de închisoare: 1° Interdicția de a intra în contact cu victima infracțiunii sau anumite persoane sau categorii de persoane, și mai ales minorii, desemnate în mod special; 2° Interdicția de a apărea orice loc public special desemnat; 3° Interdicția de a deține sau de a purta o armă; 4° Interdicția de a exercita o activitate profesională sau de voluntariat special desemnate, în exercitarea căreia sau cu ocazia căreia a fost comisă infracțiunea sau ce implică un contact uzual cu minorii, fără a face în prealabil obiectul unei evaluări psihiatrice care să declare că persoana este aptă de a exercita această activitate; 5° Suspendarea permisului de conducere; 6° Anularea permisului de conducere, cu interdicția de a solicita eliberarea unui nou permis." Acest lucru poate fi de asemenea valabil în dreptul penal român, deoarece pot fi aplicate și măsuri de siguranță, chiar dacă există cauza de ne-imputabilitate a tulburărilor psihice.

[752] Articolul L3213-1, modificat prin Legea n°2013-869 din 27 septembrie 2013 - art. 10 I.- Reprezentantul Statului în departament pronunță prin decret, în baza unui certificat medical detaliat ce nu poate veni din partea unui psihiatru ce își desfășoară activitatea în instituția de primire, internarea în serviciul de îngrijiri psihiatrice a persoanelor ale căror tulburări psihice necesită îngrijiri și compromit siguranța persoanelor sau aduc atingere, în mod grav, ordinii publice. Decretele prefecturii sunt motivate și enunță cu precizie circumstanțele care au făcut necesară internarea în serviciul de îngrijiri. Aceștia vor desemna instituția menționată la articolul L. 3222-1 care asigură îngrijirea persoanei bolnave. Directorul instituției de primire transmite fără întârziere reprezentantului Statului în departament și comisiei departamentale de îngrijiri psihiatrice menționată la articolul L. 3222-5 :

1° Certificatul medical menționat la alineatul al doilea al articolului L. 3211-2-2;

2° Certificatul medical și, dacă este cazul, propunerea menționată la ultimele două alineate ale aceluiași articol L. 3211-2-2. II.- În termen de trei zile întregi de la primirea certificatului medical menționat la penultimul alineat al articolului L. 3211-2-2, reprezentantul Statului în departament decide forma îngrijirii prevăzute la articolul L. 3211-2-1, ținând cont de propunerea stabilită, dacă este cazul, de către psihiatru în aplicarea ultimului alineat al articolului L. 3211-2-2 și a cerințelor referitoare la siguranța persoanelor și a ordinii publice. Acesta anexează deciziei sale, dacă este cazul, programul de îngrijiri stabilit de către psihiatru.

În așteptarea deciziei reprezentantului Statului, persoana bolnavă este îngrijită sub forma unei spitalizări complete.

III.- Dacă propunerea stabilită de psihiatru în aplicarea articolului L. 3211-2-2 recomandă o îngrijire sub o altă formă decât spitalizarea completă, reprezentantul Statului nu poate modifica forma de îngrijire a persoanelor menționate la punctul II al articolului L. 3211-12 decât după ce au primit avizul colegiului menționat la articolul L. 3211-9.

din Codul sănătății publice, interdicțiile sunt aplicabile pe durata internării și continuă după încetarea acestei internări, pe o durată stabilită prin decizie." Rolul preventiv al acestor măsuri de siguranță pe care legislatorul francez le numește *interdicții* este acela de a preveni, ceea ce poate fi legat de potențiala repetare a infracțiunii, deoarece termenul de *infracțiune* apare în textul articolului 706-136 din Codul de procedură penală francez, *per deductionem,* se poate lega și de o funcție represivă. În consecință, se poate găsi o asemănare între pedepse și aceste interdicții preventive.

Se identifică de asemenea aceleași interdicții la articolul 136-6 din Codul penal francez care enumeră o listă de pedepse alternative la pedeapsa cu închisoarea. O aceeași interdicție este calificată de către legiuitorul francez ca măsură de siguranță în Codul de procedură penală și ca pedeapsă în Codul penal. După această logică, Secţia penală a Curții de Casație a recalificat aceste măsuri de siguranță în pedepse, tocmai pentru a nu permite aplicarea lor retroactivă.[754] Conform doctrinei franceze,[755] aceasta înseamnă că pentru faptele comise ulterior datei de 25 februarie 2008, legea autoriza pronunțarea de pedepse împotriva persoanelor iresponsabile din punct de vedere penal pe motiv de tulburări psihice, ipoteză

IV.- Măsurile provizorii, deciziile, avizele și certificatele medicale menționate în prezentul capitol figurează în registrul menționat la articolul L. 3212-11.

[753] Articolul L3213-7, modificat prin Legea n°2013-869 din 27 septembrie 2013 - art. 10: Dacă autoritățile judiciare consideră că starea psihică a unei persoane care a beneficiat, în baza primului alineat al articolului 122-1 din codul penal, de o clasare fără urmări, de o decizie de iresponsabilitate penală sau de o sentință sau hotărâre de declarație de iresponsabilitate penală necesită îngrijiri și compromite siguranța persoanelor sau aduce atingere, în mod grav, ordinii publice, acestea înștiințează imediat comisia menționată la articolul L. 3222-5 din prezentul cod precum și reprezentantul Statului în departament care ordonă fără întârziere întocmirea unui certificat medical detaliat cu privire la starea actuală a bolnavului. În baza acestui certificat, poate să pronunțe o măsură de internare în serviciul de îngrijiri psihiatrice în condițiile definite de articolul L. 3213-1. Totuși, dacă persoana în cauză face deja obiectul unei măsuri de îngrijire psihiatrică în aplicarea aceluiași articol L. 3213-1, întocmirea acestui certificat nu este necesară pentru a modifica fundamentul măsurii în curs. Pentru toate scopurile utile, procurorul Republicii informează reprezentantul Statului în departament cu privire la rechiziții, precum și la datele de audiere și deciziile pronunțate. Dacă starea persoanei menționate la primul alinea permite, aceasta este informată de autoritățile judiciare despre avizul în cauză și urmările pe care poate să i le aducă reprezentantul Statului în departament. Această informație îi este transmisă prin orice mijloc și în manieră adecvată stării lui.

Avizul menționat la primul alineat indică dacă procedura privește fapte pedepsite cu cel puțin cinci ani de închisoare în caz de atingeri aduse persoanelor sau cel puțin zece ani de închisoare în caz de atingere adusă bunurilor. În acest caz, persoana este de asemenea informată despre condițiile în care se poate înceta măsura de îngrijire psihiatrică în aplicarea articolelor L. 3211-12, L. 3211-12-1 et L. 3213-8.

[754] Curtea de Cas.Secția penală,.21 ian.2009, Bul. Jurispr.crim. n°24, disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr, consultată la 12.10.2015.

[755] Fr.Rousseau, op.cit.p.127

inacceptabilă din punct de vedere al lipsei imputabilității în acest caz specific. Curtea de Casație a revenit asupra acestui aspect mai târziu,[756] însă ezitarea rămâne ca dovadă a calificării confuze a măsurilor de siguranță conferită acestui tip de interdicții preventive.[757]

Chiar dacă pentru Consiliul Constituțional francez, hotărârea de iresponsabilitate penală pe motiv de tulburare psihică nu are caracterul unei sancțiuni și implicit, aceste interdicții preventive nu sunt pedepse, un studiu logic însă a modului lor de aplicare și a procedurii ne indică faptul că există un anumit spirit represiv. Un exemplu ar fi argumentul dependenței lor de o infracțiune și înscrierea lor în cazierul judiciar francez care au fost afirmate astfel.[758] S-a putut observa, analizând conținutul articolului 706-136 din Codul de

[756] Curtea de Casație, Secția penală, 16 déc 2009, 09-85.153, *Bul.Jurisp.crim*. n°216, disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr, consultată la 12.10.2015

[757] „Atrage casarea hotărârea care, pentru a declara procedura prevăzută de articolele 706-119 și următoare din Codul de procedură penală, derivate din legea n° 2008-174 din 25 februarie 2008, neaplicabilă unei persoane acuzate de fapte comise anterior intrării în vigoare a legii menționate și susceptibilă de a fi declarată iresponsabilă penal, reține că măsurile prevăzute de articolele 706-135 și 706-136 din același cod constituie pedepse și că o procedură având ca efect atragerea lor nu se putea aplica imediat.

De fapt, articolul 112-1, alineatul 2, din codul penal, conform căruia pot fi pronunțate numai pedepsele legal aplicabile la data cmiterii infracțiunii, nu se aplică asupra măsurilor de siguranță prevăzute, în caz de declarare a iresponsabilității penale din motive de tulburări psihice, de articolele 706-135 și 706-136 din codul de procedură penală și, conform articolului 112-2 din codul penal, legile care stabilesc modalitățile de urmărire și formele procedurii sunt aplicabile imediat împotriva infracțiunilor comise înainte de intrarea lor în vigoare.”

[758] Decizia n° 2008-562 DC din 21 februarie 2008 (disponibilă pe www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2008/2008562dc.htm, consultată la 15.01.2016) : „– CU PRIVIRE LA IRESPONSABILITATEA PENALĂ DIN MOTIVE DE TULBURĂRI PSIHICE: 24. Considerând că articolul 3 al legii atacate inserează, în codul de procedură penală, un titlu XXVIII intitulat : „Procedură penală și decizii de iresponsabilitate penală din motive de tulburări psihice” compus din articolele 706-119 până la 706-140 din codul de procedură penală; că aceste articole sunt repartizate în trei capitole, primul fiind cu privire la dispozițiile aplicabile în fața judecătorului de instrucție și camerei de instrucție, al doilea cu privire la dispozițiile aplicabile în fața tribunalului corecțional sau Curții de Jurii, al treilea cu privire la măsurile de siguranță ce pot fi ordonate în caz de declarare a iresponsabilității penale din motive de tulburări psihice; că articolul 4 coordonează mai multe dispoziții din codul de procedură penală cu crearea declarației de iresponsabilitate penală din motive de tulburări psihice;

În ceea ce privește articolul 3 :

25. Considerând că reclamanții critică dispozițiile prevăzute de articolul 3 de a ignora drepturile de apărare precum și dreptul la un proces echitabil; că aceștia critică, în acest sens, faptul că camera de instrucție, dacă este sesizată, poate declara în același timp că există acuzații suficiente împotriva unei persoane că a comis faptele de care este acuzată și că aceasta este iresponsabilă din punct de vedere penal; că aceștia denunță în această procedură o contopire a funcțiilor de instrucție și de judecată aducând atingere la prezumția de nevinovăție a persoanei în cauză; că din aceasta ar rezulta în mod corelativ, după părerea lor, o atingere a drepturilor de apărare a eventualilor coautori și, mai ales, a respectării prezumției lor de nevinovăție; că aceștia denunță în cele din urmă, ca fiind contrar principiului necesității delictelor și pedepselor, crearea unei infracțiuni care să reprime ignorarea unei măsuri de siguranță de către o persoană declarată iresponsabilă din punct de vedere penal ;

26. Considând, pe de o parte, că rezultă din articolul 706-125 din codul de procedură penală că, dacă după încheierea audierii asupra iresponsabilității penale din motive de tulburări psihice, camera de instrucție

procedură penală francez, că măsurile de siguranță mențin o legătură logică între rigoarea măsurii și gravitatea infracțiunii, lucru care le conferă caracterul represiv al pedepsei în dreptul penal. Caracteristica este certă. Ținând cont de faptul că durata de internare fără consimțământ nu depinde de gravitatea infracțiunii, ci de starea subiectivă și afectivă a delincventului și de ameliorarea sa pe parcurs, este drept să concluzionăm că celelalte măsuri care prevăd *interdicții* în această situație sunt, de fapt, de natură represivă.

În plus, un alt aspect sensibil este sancțiunea prevăzută în caz de nerespectare a acestor măsuri de siguranță la articolul 706-139 Cod de procedură penală francez, care pedepsește nerespectarea acestor măsuri cu doi ani de închisoare și 30.000 euro amendă. Aici se identifică existența amenințării cu o adevărată pedeapsă, în plus și cumulativă, închisoare

---

consideră că acuzațiile sunt suficiente împotriva persoanei puse sub acuzare și că aceasta din urmă reiese din articolul 122-1 din codul penal, această cameră nu este competentă nici pentru a declara că această persoană a comis faptele de care este acuzată, nici să se pronunțe asupra responsabilității sale civile; că, prin urmare, criticile invocate nu se susțin;

27. Considerând, pe de altă parte, că dispozițiile articolului 706-139 din codul de procedură penală, care reprimă ignorarea măsurilor de siguranță ordonate împotriva unei persoane declarate iresponsabilă din punct de vedere penal, nu fac excepție de la dispozițiile articolului 122-1 din codul penal, în temeiul cărora se stabilește iresponsabilitatea penală a unei persoane pe motivul stării sale mentale sau psihice în momentul faptelor; că, prin urmare, delictul prevăzut la articolul 706-139 nu va fi aplicabil decât în ce privește persoanele care, în momentul în care au ignorat obligațiile ce rezultă dintr-o măsură de siguranță, erau responsabile din punct de vedere penal de actele lor; că, prin urmare, critica ce pretindea că se aduce atingere principiului de necesitate a delictelor și pedepselor trebuie eliminată;

În ceea ce privește articolul 4:

28. Considerând că punctul *VIII de la articolul 4 de la legea atacată, care completează articolul 768 din codul de procedură penală, prevede înscrierea în cazierul judiciar național automatizat a deciziilor de iresponsabilitate penală pronunțate din motive de tulburări mentale; că punctul X, care completează articolul 775 din același cod, prevede că aceste decizii nu figurează în buletinul n° 2 al cazierului judiciar, exceptând cazul când au fost pronunțate măsuri de siguranță prevăzute de noul articol 706-136 și atâta timp cât aceste interdicții nu și-ai încetat efectul*;

29. *Considerând că, conform reclamanților, dispozițiile precitate, care ar contraveni principiilor de necesitate și proporționalitate enunțate de legea din 6 ianuarie 1978 menționată anterior, ar aduce atingere garanțiilor legale de drept la respectarea vieții private;*

30. Considerând că îi revine legislatorului să asigure concilierea între respectarea vieții private și alte condiții constituționale legate mai ales de păstrarea ordinii publice;

31. *Considerând că decizia de declarare a iresponsabilității penale din motive de tulburări psihice nu are caracterul unei sancțiuni; că dacă nu a fost pronunțată nici o măsură de siguranță prevăzută la articolul 706-136 din Codul de procedură penală, această informație nu poate fi în mod legal necesară în aprecierea responsabilității penale a persoanei urmărite eventual cu ocazia unor proceduri ulterioare; că, prin urmare, luând în considerare finalitățile cazierului judiciar, aceasta nu va putea, fără a aduce o atingere ne-necesară protecției vieții privare implicată de articolul 2 al Declarației din 1789, fi menționată în buletinul n° 1 al cazierului judiciar decât dacă au fost pronunțate măsurile de siguranță prevăzute de noul articol 706-136 din codul de procedură penală și atâta timp cât aceste interdicții nu și-au încetat efectele; că, sub această rezervă, aceste dispoziții nu sunt contrare Constituției*.

și amendă, exceptând cazul în care persoana este încă afectată de tulburări care continuă să o priveze complet de discernământ, sau de controlul acestor acte[759] Diferența între ipoteza internării fără consimțământ, deci cazul în care persoana iresponsabilă evadează din spital, dar *fără a comite nici un delict* conform legislatorului francez și celelalte măsuri care interzic, impactul acestora și consecința nerespectării, ne face să ne gândim din nou că, *in concreto* tratamentul persoanelor iresponsabile poate să se îndepărteze în orice clipă de standardele de echitate. Există legătura cu infracțiunea a acestor măsuri de siguranță și în plus, legea franceză stabilește că acestea vor fi înscrise în cazierul judiciar.[760] Această înscriere în cazierul judiciar, să ne imaginăm, că va avea un impact asupra individualizării judiciare a pedepsei în cazul unei viitoare infracțiuni, comisă de această dată posibil în cunoștință de cauză de către acuzat, chiar dacă legislatorul nu o dorește a fi represivă în caz de iresponsabilitate, tocmai pentru că scopul mențiunilor în acest cazier este acela de a permite autorităților de a cunoaște antecedentele penale.

Acesta este motivul pentru care Consiliul Constituțional a impus legislatorului limitarea duratei acestei înscrieri, în cazier, la durata efectivă de executare a măsurii.[761] În același timp, internarea nu este întotdeauna înscrisă în cazier.

Făcând referire la o eventuală nerespectare a echității, procedura de declarare a iresponsabilității penale pe motiv de tulburări psihice constă în efectuarea unui proces contradictoriu în vederea declarării iresponsabilității, mai mult *a priori* este imputată materialitatea faptelor permițând în continuare posibilitatea dispunerii măsurilor de siguranță. Pe scurt, există o situație şi mai confuză decât a fost *ab initio* pentru bolnavul psihic care poate fi ori o persoană responsabilă, ce poate fi judecată și pedepsită, ori o persoană iresponsabilă, periculoasă, ce poate face obiectul unei măsuri de siguranță ca îngrijire și totodată, preventivă.

Simpla imputabilitate materială, obiectivă fără o imputabilitate morală, nu poate fi pertinentă. Consiliul Constituțional francez a afirmat acest aspect în decizia sa din 16 iunie

[759] Y. Mayaud, op.cit. p.538

[760] A se vedea consid. 31 al notei precedente şi nota 142

[761] Același consid. 31 precitat.

1999 cu privire la securitatea rutieră[762] și mai târziu, în 2010 a revenit la aceeași problematică în decizia din 24 februarie 2010 cu privire la violențele de grup. [763] Avem aici o prezumție formală de „responsabilitate a iresponsabilului" în dreptul penal francez, deci o situație neconformă noilor norme europene care garantează dreptul la un proces echitabil pentru cetățeni, îndeosebi recenta Directivă europeană care vizează prezumția de nevinovăție și dreptul de a fi prezent la proces pe toată durata procedurilor penale, adoptată în data de 12 februarie 2016 și care prevede ignorarea vinovăției până la proba contrarie și că este interzisă *orice manifestare publică,* sau *act public* din partea autorităților competente care ar putea sugera vinovăția înainte de decizia finală a procesului penal.[764]

Cât despre ipoteza de simplă diminuare a facultăților mintale ale autorului infracțiunii aceasta este prevăzută de al doilea alineat al articolului 122 Cod penal francez, care a fost modificat în 2014 prin legea Taubira,[765] cu privire la individualizarea pedepselor și consolidând eficiența sancțiunilor penale.[766] Articolul 17 al legii Taubira cu privire la individualizare prevede: I. După cuvântul: „pedepsibil", la finalul celui de-al doilea alineat al articolului 122-1 din Codul penal este astfel redactat: „Persoana care era atinsă, în momentul faptelor, de o tulburare psihică sau neuropsihică ce i-a afectat discernământul sau a împiedicat controlul actelor sale rămâne pedepsibilă. Totuși instanța ține cont de această

[762] Judecând considerentul 16: „Considerând, în al doilea rând, că rezultă din articolul 9 din Declarația Drepturilor Omului și Cetățeanului, cu privire la crime și delicte, că vinovăția nu poate rezulta din singura imputabilitate materială a actelor sancționate penal; că în consecință și conform dispozițiilor articolului 9 completate de principiul legalității delictelor și pedepselor specificat în articolul 8 din aceeași Declarație, definirea unei incriminări, în materie delictuală, trebuie să includă, pe lângă elementul material al infracțiunii, elementul moral, intenționat sau neintenționat, al acesteia" Cons.const.Decizia n° 99-411 DC din 16 iunie 1999 disponibilă pe www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1999/99411dc.htm, consultată la 15.01.2016

[763] : „Considerând că rezultă din articolele 8 și 9 din Declarația adoptată în 1789 că nimeni nu poate fi pedepsit decât pentru propriile fapte; că, în ce privește crimele și delictele, vinovăția nu poate rezulta din singura imputabilitate materială a actelor ce pot fi sancționate penal; că în consecință, definirea unei incriminări, în materie delictuală, trebuie să includă, pe lângă elementul material al infracțiunii, elementul moral, intenționat sau neintenționat al acesteia; că în sfârșit, în principiu, legislatorul nu poate institui prezumția de vinovăție în materie represivă" Cons.const. Decizia n° 2010-604 DC din 25 februarie 2010, consid.11, disponibilă pe www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/2010604dc.htm, consultată la 15.01.2016

[764] A se vedea Propunerea de DIRECTIVĂ A PARLAMENTULUI EUROPEAN ȘI CONSILIULUI pentru consolidarea anumitor aspecte legate de prezumția de nevinovăție și dreptul de a asista la procesul său în cadrul procedurilor penale, disponibilă pe http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN-FR/ALL/?uri=CELEX:52013PC0821: în acest context, se ia în considerare o definiție comună a prezumției de nevinovăție, pentru toate statele.

[765] Legea n° 2014-896 din 15 august 2014 cu privire la individualizarea pedepselor și consolidarea eficacității sancțiunilor penale.

circumstanță atunci când determină pedeapsa și îi stabilește regimul. Diminuarea discernământului este în final văzută ca o circumstanță atenuantă. Ceea ce ne apare ca fiind în conformitate cu standardele echității este cerința de motivare specială în materie corecțională, dacă jurisdicția decide să nu aplice diminuarea. În general este o excepție când în caz de pedeapsă corecțională jurisdicția decide *să nu aplice pedeapsa atenuantă*. Se întâmplă contrariul în caz de crimă, sau delict, deci fapte mai grave, care pot justifica un refuz de diminuare a pedepsei pe motiv de menținere a proporționalității pedepsei cu pericolul infracțiunii.

Deoarece personalizarea pedepselor este un principiu director al dreptului penal francez, aceasta își are în mod necesar locul în raport cu tulburările psihice. Logica este simplă „Ceea ce nu scapă imputabilității nu poate să se sustragă individualizării".[767] Înainte de Legea din 15 august 2014, judecătorul avea întreaga putere pentru ameliorarea răspunderii penale, el este încă obligat să aplice o diminuare legală a pedepsei cum este cazul în dreptul penal pentru minori, acest regim de individualizare legală se supune, de fapt, aceluiași sistem de represiune ce vizează diminuarea discernământului, fie că este prin imaturitate, sau prin alterare, asigurând în ultimul caz îngrijiri adaptate ce vor însoți pedeapsa pronunțată.[768] Dacă ne referim la individualizarea judiciară, mai concret, autoritatea judiciară nu trebuie să judece decât prin raportare la certitudini stabilite, deci în relație exclusivă cu infracțiunea și personalitatea autorului său.

Nici o prezumție nu poate fi reținută în materie prin legarea tulburării de o categorie predeterminată. Numai o demonstrație urmată de o convingere conformă poate consolida constatarea. Rolul experților în materie este cu adevărat determinant, dar nu trebuie neglijat rolul esențial al judecătorilor. Toate tipurile de tulburări psihice trebuie să treacă prin filtrul magistratului cauzei, iar aceste aprecieri nu pot să se păstreze decât în baza unui certificat, sau a unei afirmații medicale, fără a se pronunța altfel cu privire la starea psihică a acuzatului la data faptelor.[769] În numele echității și respectării drepturilor la apărare, situația în care cel vizat suferă de o tulburare după comiterea infracțiunii și nu în momentul comiterii, deci

[767] Y.Mayaud, op.cit.p.531

[768] *Ibidem*

[769] Cass. Crim.7oct.1992, *Bul.jurisp.pen*. n°314, disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr/, consultată la 15.01.2016

imputabilitatea există, este importantă suspendarea acțiunii publice pentru a nu-l priva de exercitarea dreptului său la apărare. În acest caz particular justiția este practic suspendată și nu există nimic comparabil cu o iresponsabilitate pe fond rezultată dintr-o tulburare în momentul delictului consumat. Iată deci o ilustrare a echilibrului între *exploatarea drepturilor victimei și respectarea dreptului la apărare a infractorului*. Vinovatul își va exercita apărarea atunci când este în măsură să facă acest lucru.[770]

În sfârşit, dacă se caută echitatea în acest caz particular, trebuie în mod imperativ studiate drepturile părților civile cu privire la procedura destinată a le asocia dezbaterilor cu privire la aprecierea tulburării psihice, instituită prin Legea n°2008-174 din 25 februarie 2008 care consolidează drepturile acestora, făcând și mai contradictorie decizia de iresponsabilitate, sau de responsabilitate.[771] Mai mult, dacă iresponsabilitatea există şi predomină, acesta urmează procedurii necesității de recunoaștere prealabilă a faptelor prevăzute la articolul 349-1 şi următoarele, dublate de consecințele lor civile. Internarea în serviciul de îngrijiri psihiatrice prin decizie judiciară precum și măsurile de siguranță nu sunt indiferente părților civile, iar legislatorul conferă sentimentul de protecție prin intermediul textului de lege, chiar dacă responsabilitatea penală a autorului lipsește.[772]

[770] Codul de procedură penală francez prevede că „Persoana urmărită trebuie supusă, înainte de orice judecată de fond, unei expertize medicale, pentru a evalua responsabilitatea sa penală în momentul comiterii faptelor.”; Crim.8 iunie 1955, *Bul.jurisp.pen*. n°286, disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr/, consultată la 15.01.2016 - îi revine Curții de Casație să suspende judecata până în momentul în care starea de sănătate a acuzatului îi va permite să intervină personal în timpul acționării instanței. O astfel de suspendare neavând incidență asupra execuției condamnărilor civile – poate avea la bază motivul de a se respecta dreptul victimei și de asemenea celeritatea justiției.

[771] Art.706-119 CPP francez şi urm.- “Dacă judecătorul de instrucție consideră, în momentul când informarea lui pare încheiată, dacă este susceptibil a aplica primul alineat al articolului 122-1 din Codul penal cu privire la iresponsabilitatea penală a unei persoane pe motiv de tulburare psihică, acesta informează procurorul Republicii la comunicarea dosarului precum și părțile atunci când le avizează, în aplicarea primului alineat al articolului 175 al prezentului Cod. Procurorul Republicii, în concluziile sale, şi părțile în observațiile lor, indică dacă solicită sesizarea Camerei de instrucție pentru ca aceasta să statueze cu privire la aplicarea primului alineat al articolului 122-1 din Codul penal conform articolelor dela 706-122 la 706-127 ale prezentului Cod.”

[772] Articolul 706-138 CPP francez, modificat prin LEGEA n°2011-803 din 5 iulie 2011 - art. 10 Un alt aspect pozitiv pentru partea civilă în cadrul procesului penal este dreptul pe care Codul de procedură penală i-l conferă de a solicita să fie informată de către Procurorul Republicii cu privire la încetarea internării în serviciul de îngrijiri psihiatrice la decizia reprezentantului Statului căreia această persoană ar fi fost supusă, aceasta poate indica în orice moment procurorului că renunță la această solicitare.

B.b).3. Legătura între măsurile de siguranță, funcția de neutralizare a pedepsei și echitatea în tehnica de dispunere a acestor măsuri de către autoritățile franceze

Ideea de neutralizare a condamnatului și de îndepărtare de persoanele, sau locurile care prezintă risc, justifică pedepse precum interdicția de a frecventa anumite locuri sau de a întâlni anumite persoane, interdicția de ședere și interdicția teritoriului francez în cazul străinilor. Se adaugă plasarea sub supraveghere electronică mobilă, deci izolarea la domiciliu, sau diferite interdicții de exercitare susceptibile a fi pronunțate împotriva persoanelor fizice și juridice. Situația este aceeași în cazul măsurilor precum închiderea definitivă, sau temporară a unei instituții, suspendarea și anularea unui permis de conducere, excluderea de la manifestații publice, confiscare specială, și în special confiscarea obiectului care a servit la comiterea infracțiunii. Judecătorul are întotdeauna obligația de a evita comiterea aceleiași infracțiuni de către condamnat. Nu este surprinzător faptul că această funcție este de asemenea căutată prin mecanisme precum suspendarea sau amânarea cu punerea sub supraveghere. Este vorba despre aceeași idee de neutralizare ce trebuie asociată îndelungatelor pedepse cu privare de libertate.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului consideră că Convenția impune statelor să ia măsuri ce vizează protecția publicului de crime violente, și având această logică aceasta nu interzice aplicarea, pentru o persoană, a unei pedepse cu durată nedeterminată ce permite menținerea acesteia în detenție, dacă este necesar, în vederea protecției publice a indivizilor. Împiedicarea recidivei este funcția esențială a pedepsei cu închisoarea. Tot în domeniul pedepselor, neutralizarea vinovatului este din nou de actualitate sub formă de medicalizare prin ordin de îngrijire pronunțat în vederea unei monitorizări socio-judiciare sau alte modalități de executare a pedepselor. Dacă se detașează de infracțiunea comisă, obiectivul de neutralizare nu suscită pedepse, ci măsuri de siguranță a căror reînnoire contemporană nu poate decât să îngrijoreze doctrina franceză,[773] de exemplu măsurile de siguranță aplicabile persoanei majore fără discernământ, în particular neutralizarea sa prin internare medicală din oficiu, care rămâne în Franța mai mult administrativă decât judiciară, deoarece după deciderea internării din oficiu a persoanei declarate iresponsabilă din punct de vedere penal,

[773] E. Dreyer *op.cit* pp.893-894

autoritatea judiciară pierde orice control asupra executării acestei măsuri. Prefectul[774] poate să pună imediat capăt acestei măsuri în baza unor avize a doi psihiatrii ce *nu aparţin instituţiei* dacă aceştia stabilesc că o internare completă nu mai este necesară conform Codului sănătăţii publice francez art L 3213-8.[775] Autoritatea judiciară care a luat iniţial această măsură este informată cu privire la ieşirea din plasament a celui în cauză, dar nu are puterea de a împiedica acest lucru.

Mai mult, în Franţa o internare medicală din oficiu poate fi de asemenea pronunţată[776] prin hotărâre a prefectului de poliţie de la Paris şi prin hotărâre a diferiţilor reprezentanţi ai Statului împotriva persoanelor cu tulburări psihice, aşadar printr-o *decizie administrativă*. Doctrina franceză[777] ridică problema legitimităţii unei astfel de puteri recunoscute unei autorităţi de poliţie deoarece, chiar dacă aceasta intervine în atribuţiile sale de poliţie administrativă în vederea prevenirii tulburării ordinii publice, totuşi aceasta ia o măsură ce atentează la libertatea individului care ar fi în afara controlului prealabil al judecătorului judiciar.[778]Deci lipseşte accesul la judecător, aspect care ridică probleme de sorginte echitabilă.

Un alt dezechilibru, priveşte întreruperea, sau perioada nedeterminată a acestei forme de internare din oficiu. Practic această măsură de siguranţă nu este supusă nici unui termen. Se prevede posibilitatea unei eliberări din partea judecătorilor de libertăţi şi detenţii în conformitate cu Codul sănătăţii publice francez, articolul 3211-12 şi Codul de procedură

[774] Judecătorul de libertăţi şi de detenţie poate de asemenea să pună capăt aceastei măsuri în conformitate cu Codul sănătăţii publice, art 3211-12

[775] A se vedea şi articolul 3213-1, I din Codul sănătăţii publice francez.

[776] Regula generală, conform art.706-135 codul de procedură penală francez, este: „Fără a prejudicia aplicarea articolelor L. 3213-1 şi L. 3213-7 din Codul sănătăţii publice, dacă camera de instrucţie sau o jurisdicţie de judecată pronunţă o hotărâre sau o sentinţă de declarare a iresponsabilităţii penale din motive de tulburări psihice, aceasta poate ordona, prin decizie motivată, internarea persoanei în serviciul de îngrijiri psihiatrice, sub formă de spitalizare completă într-o instituţie menţionată la articolul L. 3222-1 din acelaşi cod dacă se stabileşte printr-o expertiză psihiatrică ce figurează în dosarul procedurii că tulburările psihice ale interesatului necesită îngrijiri şi compromit siguranţa persoanelor sau aduc atingere, în mod grav, ordinii publice. Reprezentantul Statului în departament sau, la Paris, prefectul de poliţie este înştiinţat imediat de această decizie. Regimul acestei spitalizări este cel prevăzut pentru internările în serviciul de îngrijiri psihiatrice pronunţate în aplicarea articolului L. 3213-1 din acelaşi cod."

[777] E. Dreyer, op.cit.p.916

[778] A se vedea art 3213-1, 3213-2 al. 1 din Codul sănătăţi publice francez, este o neutralizare justificată de urgenţa situaţiei date, care, conform profesorului Dreyer, este discutabilă.

penală, și de asemenea internării complete i se poate pune capăt și prin avizul favorabil a doi psihiatri, de către reprezentantul Statului în acel departament. Prefectul trebuie să avertizeze și procurorul Republicii cu privire la această ieșire, primarul din localitatea de domiciliu, comisia departamentală de îngrijiri psihiatrice, familia persoanei vizate și *dacă este cazul* persoana însărcinată cu protecția juridică a celui interesat.[779] Din nou găsim expresia „dacă este cazul" care deranjează, în opinia noastră, din punct de vedere al respectării drepturilor la apărare și efectivitatea lor. Ar fi poate mai indicat ca textul legii să fie modificat pentru a se prevedea obligativitatea de informare a persoanei însărcinată cu reprezentarea juridică a persoanei interesate. Se subliniază de asemenea de către doctrina franceză că un astfel de dispozitiv nu pare conform articolului 5 §1 al Convenției Drepturilor Omului decât dacă asimilăm persoanele declarate iresponsabile din punct de vedere penal unor „alienați" vizați la litera e) a acestui text. În acest sens, profesorul Jean Pradel susține că Curtea Europeană a Drepturilor Omului impune totuși interpretarea strictă[780]a articolului 5§1 al Convenției Drepturilor Omului pentru a nu crește numărul de persoane susceptibile de a fi în mod legitim private de libertate.[781] Pentru a considera cazul unui alienat trebuie demonstrat că individul suferă de tulburări psihice grave care justifică internarea și care nu pot așadar găsi alte răspunsuri alternative suficiente.[782]Dar nu este cazul în această situație.

În concluzie, este adevărat că internarea din oficiu și măsurile care o însoțesc constituie măsuri de siguranță justificate exclusiv de caracterul periculos al individului care, de fapt, nu poate fi acuzat de nicio infracțiune, din moment ce faptele nu îi sunt imputabile. Așadar, dementul va răspunde penal *de ceea ce el este* (deoarece este un individ periculos), și *nu de ceea ce a făcut* (deoarece nu i se poate imputa fapta) și aceasta în fața unei jurisdicții represive. Ne întrebăm dacă este oare cu adevărat echitabilă această abordare?

Un alt aspect care vizează legitimitatea și *lato sensu* echitatea circumstanțelor exercitării, sau dispunerii acestor măsuri de siguranță de internare a persoanei periculoase,de

[779] Art.L3213-9 din Codul sănătăți publice francez.

[780] C.E.D.O., 6 nov. 1980 Cuzzardi c. Italiei § 98, disponibilă pe http://hudoc.echr.coe.int/, consultată la 16.01.2016

[781] Jean Pradel, *Le droit pénal de la sante à travers la Cour EDH in Le droit pénal de la sante* : Recueil Dalloz sanit.soc.2008, nr. special, p.13

[782] C.E.D.O. 20 apr 2010, C.B c./ României, §48, consultată pe www.csm1909.ro/csm la 16.01.2016

către autoritățile judiciare, este faptul că ne putem îndoi că jurisdicțiile represive care au statuat cu privire la fapte ar avea o competență mai mare pentru a decide o astfel de măsură din oficiu atâta timp cât nici o cale de recurs nu pare deschisă împotriva deciziilor lor. Este adevărat, Curtea de Casație franceză a estimat că ordonanța de internare din oficiu pronunțată în materie corecțională este o sentință care poate fi atacată prin apel, în conformitate cu dreptul comun,[783] însă același raționament nu poate fi extins altor decizii de internare din oficiu. Care este atunci fundamentul pe care se bazează aceste decizii, deoarece nu putem în mod aparent să vorbim de funcția de reparație, deci nu este cazul incidenței acțiunii civile, nici al funcției punitive, așadar ar trebui să scape de sub incidența acțiunii publice.[784]

S-a pus de asemenea și problema imparțialității jurisdicțiilor represive atunci când decid internarea, măsura trebuie luată doar pentru a garanta nevoia de îngrijiri și pentru a preveni riscul pe care îl reprezintă pentru societate. „Pentru ca un astfel de diagnostic să poată fi efectuat numai pe baza raportului de expertiză psihiatrică ar trebui ca jurisdicția să poată să facă abstracție completă de procedura efectuată până în acel moment."[785] Vizând acest aspect s-a propus o soluție de a încredința sarcina unui alt judecător, precum cel de drept civil de tutelă cu competențe extinse, pentru a evita contaminarea logicii penale care nu trebuie să existe în absența infracțiunii, sau cel puțin să fie judecătorul de libertăți sau de detenție cel care să dispună aceste măsuri.[786] Logica echitabilă este simplă: fie este nevinovat, și deci nu își va avea sensul o hotărâre de declarare a vinovăției, fie este vinovat, și se va impune declarația de vinovăție.

[783] Codul de procedură penală francez Art.496 ; Curtea de Cas.Secția penală. 3 feb 2010, Bul. Jurisp. Pen. 2010 nr 17 ; D 2010, p.942, notă St.Detraz *apud* E. Dreyer, op.cit. p.920

[784] E. Dreyer op.cit.p.920

[785] *Ibidem*

[786] *Ibidem*, profesorul propune raționamentul conform căruia, în realitate, este aberant faptul că, un recurs în fața acestui judecător există pentru a ridica o astfel de măsură, dar nu pentru a decide asupra principiului – Codul sănătății publ. Art.L 3211-12.

Capitolul 2. Echitatea şi cumulul sancţiunilor/calificărilor penale

La bază se află din nou ideea de proporționalitate. Aceasta se regăsește în teoria justei pedepse sau teoria pedepsei proporționate al cărei scop este de a interzice rezultatele nedrepte provocate de pedeapsă. Conform acestei teorii, pedeapsa trebuie să fie proporțională cu două elemente: pe de o parte cu *gravitatea comportamentului*, se regăsește deci ideea de proporție la atingerea ordinii publice la care trebuie să se plieze legislatorul și pe de altă parte, sancțiunea trebuie să fie percepută ca un dispreț public faţă de infractor, se regăsește ideea că pedeapsa nu trebuie să fie minimalizată.[787] Pentru a se instaura această proporționalitate, apare ideea de necesitate a respectării unei scale de pedepse. Am văzut deja că această scală permite transpunerea în practică a exigențelor de necesitate și proporționalitate în dreptul penal francez, în structura infracţiunilor şi a pedepselor aferente din Codul penal francez. Aceasta oferă legislatorului un instrument care îi permite, pentru fiecare infracțiune, să fulmineze o pedeapsă corespunzătoare gravității sale abstracte. Această scală este constituită prin clasificarea tripartită a infracțiunilor în dreptul penal francez: crime, delicte și contravenții, fiecare categorie având în cadrul său praguri care se aplică pedepselor cu privare de libertate, pentru crime și delicte, și în ce privește valoarea amenzilor, pentru cele trei categorii.[788] Cu ajutorul acestei scale, legislatorul stabilește o pedeapsă maximă, în funcție de cea mai gravă sau cea mai puțin gravă atingere a ordinii publice pe care estimează că un comportament infracțional al acuzatului o provoacă, chiar și un minim dacă apreciază că atingerea este atât de signifiantă încât pedeapsa nu poate fi inferioară acestui prag.

Proporționalitatea încearcă să stabilească o relație între o serie de atitudini deviante și pedepse. Conform doctrinei franceze, proporția dintre atitudinea deviantă și pedeapsă nu este perfectă decât într-o viziune utopică."[789] Aspecte care se regăsesc astăzi în dreptul francez au fost dezvoltate de către Platon în Gorgias care a stabilit că oamenii vor fi judecați și

[787] J. Walther, *A justice équitable, peine juste ? Vues croisées sur les fondements théoriques de la peine*, Rev. sc. crim. 2007, p.23

[788] D. Allix, „De la proportionnalité des peines", în Mélanges en l'honneur de J.-Cl. Soyer : L'Honnête Homme et le droit, Ed. L.G.D.J / Les Mélanges, 2000, p.3

[789] Pansier Frédéric-Jérôme, op.cit.p.15

sancționați după viața lor, faptele lor și meritele lor, cu respectarea strictă a proporționalității și a personalizării pedepsei.[790]

Principiul proporționalității a fost redat ca atare, în primul rând, de Sir Thomas More, autorul Utopiei, subliniind absurditatea pedepselor prea crude ce existau în vremea sa, ca de exemplu un simplu furt era pedepsit cu moartea. În plus, acesta menționat efectul pervers de atragere a unei severități extreme pentru numeroase delicte: „dacă furtul și omorul sunt pedepsite la fel, tentația va fi mare pentru hoț să devină ucigaș pentru a nu lăsa nici un martor în urma faptei sale și să scape de orice sancțiune." De aici și ideea de reformare ca final al oricărei pedepse. „Va fi considerată proporțională orice pedeapsă cuprinsă într-un interval limitat pe de o parte, înspre partea superioară, de pedeapsa exemplară – maximul proporțional, și pe de altă parte, în partea inferioară de pedeapsa strict necesară – minimul proporțional. Situându-se în acest interval, expertul în materie de Drept și Justiție poate spune dacă va fi mai degrabă sever, sau mai blând, ceea ce este, de altfel, încă o apreciere neclară, abstractă." [791]

S-a constatat de asemenea că acest principiu de proporționalitate are astăzi o valoare de principiu general, Consiliul Constituțional francez, fondându-se pe principiul de *necesitate* a pedepselor, a concluzionat că este necesară proporționalitatea sancțiunilor penale[792]și administrative,[793] care au caracterul de pedeapsă. Necesitatea sancțiunii însăși este controlată de acest filtru de proporționalitate între gravitatea tulburării ordinii publice ce rezultă din infracțiune, și disconfortul provocat de executarea pedepsei în ceea ce îl privește pe vinovat.

Trebuie evitată așadar ambiguitatea, pentru a se avea o precizie și un rezultat echitabil al aplicării pedepsei. Echitatea nu poate însemna pedepsirea în același mod a tuturor delictelor penale, ci alegerea unei sancțiuni care să fie în relație cu gravitatea delictului, de asemenea există ierarhia faptelor – incriminate în mod legal, și o ierarhie a pedepselor și dificultatea stă în efectuarea unei aprecieri *in abstracto* a proporționalității pedepsei care va fi

[790] Geneviève Droz, op.cit.p.131

[791] Thomas More, *Utopia*, *apud* Pansier Frédéric-Jérôme, op.cit. p.59

[792] Decizia din 20 ianuarie 1981 a Cons.const., disponibilă pe http://www.conseil-constitutionnel.fr/, consultată la 16.01.2016

[793] Decizia din 30 decembrie 1987 a Cons.const, disponibilă pe http://www.conseil-constitutionnel.fr/, consultată la 16.01.2016

aplicată, deoarece *in concreto*, în mod individual, fiecare persoană resimte în mod diferit impactul pedepsei „un an de suspendare a permisului de conducere pentru un șofer este o pedeapsă mai grea pentru acesta decât un an de închisoare cu suspendare.”[794]

La un moment dat în dreptul francez, legislatorul a incriminat același comportament în două texte diferite, ceea ce se numește *duplicat* sau *infracțiune-duplicat.*[795] Există un conflict de calificare atunci când mai multe calificări penale pot fi folosite pentru o aceeași faptă. Doctrina franceză evocă în acest sens noțiunea de *concurs ideal de infracțiuni* pentru a o opune *concursului real*. Termenii de „ideal” și „real” nu evocă imediat situația la care trebuie să facă trimitere, deci s-a făcut o opoziție între *incriminare* care este *comportamentul infracțional prevăzut în mod abstract de către un text de lege* și *infracțiune*, care înseamnă *comportamentul realizat în mod concret de către autor*. Astfel au rezultat expresii precum *concurs de incriminări* și *concurs de infracțiuni.*[796] În acest sens, conform unui autor, concursul de incriminare corespunde unui concurs de texte de incriminare sau de calificări, acolo unde concursul de infracțiuni corespunde unui concurs de „fapte infracționale” comise de către o aceeași persoană și deci cu toată această discuție terminologică, este clar că numai noțiunea de concurs de incriminare pune o problemă de conflicte de calificări.[797]

Păstrând logica secțiunii, vom continua prin analiza rolului principiului *ne bis in idem* în cele două sisteme de drept penal, cel român și cel francez, deoarece acesta este o componentă a echității în răspunderea penală.

[794] Pansier Frédéric-Jérôme, op.cit.p.60

[795] Expresie utilizată de V. Malabat, „Les infractions inutiles, Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal”, în V. Malabat (Dir.), B. de Lamy (dir.), M. Giacopelli (dir.), La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale Opinio doctorum, Dalloz, 2009, p. 71 și urm., această situație nu mai subzistă în prezent în dreptul penal francez, începând cu implementarea Legii: LOI n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, publicată în JORF n°0062 du 15 mars 2011 prin aceasta s-au implementat tehnici de evitare a acestor duplicate.

[796] Ph. Conte & P. Maistre du Chambon, DPG, n° 232 *apud* Fr. Rousseau, Cours de droit pénal général (material didactic, disponibil pe Intranet Université de Nantes- https://cas-ha.univ-nantes.fr/, accesat la 27.09.2015), p. 163

[797] Fr. Rousseau, Cours de droit pénal général, op.cit.p.163

Secţiune 1. Echitatea şi principiul ne bis in idem

Ne bis in idem provine dintr-o concepţie morală la origini, anticii văzând-o ca pe o lege care interzice ca aceeaşi persoană să fie judecată de două ori pentru aceeaşi problemă, sau pentru aceeaşi faptă pentru care a fost achitată. Este vorba despre "cuvântul dat al justiţiei,"[798]cuvânt pe care aceasta „şi-l dă în faţa condamnatului" prin hotărârea de condamnare, de a nu relua ulterior judecata împotriva aceluiaşi condamnat şi în final, de a nu dispune condamnarea lui pentru aceeaşi faptă.

Echitatea în legea penală presupune şi încrederea pe care cetăţenii o au în justiţie şi în siguranţa justiţiei. A se face dreptate, dar în mod discreţionar, prin condamnări repetitive, ar însemna că societatea îşi tratează cetăţenii în mod inechitabil.

Ne bis in idem este aşadar garanţia unui tratament sancţionator echitabil şi echilibrat, excesul pedepsirii prin eventuale cumulări de pedese nejustificate ar frânge echilibrul şi însuşi scopul echitabil al instituţiei sancţiunii în dreptul penal substanţial, la rândul său.

Deja cunoscut prin filiera dreptului roman,[799] principiul *ne bis in idem*, sau *non bis in idem* este prevăzut şi de art. 4 al Protocolului nr. 7 la Convenţia privind drepturile omului şi a libertăţilor fundamentale adoptată la 22 noiembrie 1984, art.15§7 al Pactului internaţional asupra drepturilor civile şi politice şi în sfârşit, art. 50 din Carta europeană a drepturilor fundamentale în scopul de a interzice reluarea procedurilor penale ce au fost închise printr-o hotărâre judecătorească definitivă.

În sfera penală a dreptului român, acest articol este prevăzut în Codul de procedură penală în cuprinsul art. 6 şi cuprinde dreptul de a nu fi condamnat de două ori pentru aceeaşi faptă şi dreptul de a nu fi urmărit penal, sau judecat de două ori pentru aceeaşi faptă. În

[798] Prin hotărârile de condamnare, justiţia "îşi dă cuvântul" în sensul aplicării unei juste pedepse, aceleaşi hotărâri rămânând ca dovezi că pedeapsa a fost aplicată şi deci ea nu mai poate fi aplicată din nou pentru aceeaşi faptă.

[799] Formularea originară din *Corpus Iuris* al împăratului Iustinian, care face referire la „ne bis in idem", reglementând cu titlu de principiu această regulă în limba latină. În Digeste 48.2.7.2 se prevede că „Guvernatorul nu trebuie să permită ca aceeaşi persoană să fi e acuzată din nou de o infracţiune pentru care a fost deja achitat" - Ulpian, De offi cio proconsulis, încă din anul 335 înaintea erei noastre, în Discursul contra legii lui Leptines, Demostene susţinea că „legile interzic ca aceeaşi persoană să fie judecată de două ori pentru aceeaşi problemă" –în Demostenes, Speech against the Law of Leptines, Demostenes John Edwin Sandys, 1999, p. 27.

dreptul francez, principiul este reglementat în cuprinsul art. 368 al Codului de procedură penală francez[800].

Aşadar, conţine trei garanţii distincte şi prevede că nicio persoană nu va fi urmărită penal, judecată şi pedepsită pentru aceeaşi infracţiune.[801] Acest principiu reprezintă, în realitate, una dintre garanţiile prin care se asigură realizarea deplină atât a dreptului la un proces echitabil prevăzut de art. 6 al Convenţiei europene a drepturilor omului, prin apărarea securităţii juridice şi a încrederii în realizarea actului de justiţie, cât şi a principiului legalităţii prin garantarea autorităţii hotărârii penale definitive.

În opinia literaturii de specialitate;[802]fundamentul principiului este necesitatea asigurării securităţii juridice prin evitarea contrarietăţii între hotărârile pronunţate de instanţele penale şi cele pronunţate de instanţele civile

Pentru putea fi invocat este necesară întrunirea cumulativă a următoarelor condiţii: existenţa unei hotărâri definitive; noul proces penal să se îndrepte în contra aceleiaşi persoane; să privească fapte identice ori fapte care sunt în mod substanţial aceleaşi. Lucrul judecat conduce la două efecte în materie penală: unul pozitiv hotărârea ce are autoritate de lucru judecat poate fi pusă în executare spre o realizare efectivă a ceea ce aceasta prevede şi unul negativ hotărârea ce are autoritate de lucru judecat reprezintă un veritabil obstacol în calea redeschiderii procedurilor.[803]

---

[800] Jurisprudenţa franceză a extins sfera acestui principiu caracteristic procesului penal şi la dreptul penal substanţial. Cu toate acestea, această interpretare convenţională nu a determinat Consiliul Constituţional francez să confere valoare constituţională acestui principiu. Pentru Consiliu, singura cerință constituțională este cea de proporționalitate a sancțiunilor în caz de adiționare a acestora, interzicându-se depășirea cuantumului sancțiunii celei mai mari. Aceeaşi instanţă supremă franceză, într-o decizie din 25 februarie 2010 se referă astfel la regula " ne bis in idem", fără clarificări suplimentare şi fără a-l disocia în mod clar de principiul *necesităţii pedepsei*. Într-o decizie mai recentă din 18 martie 2015, Consiliul nu face referire la "regulă," ci la "principiul *non bis in idem*", fără a acorda, în mod oficial, aceastuia o consacrare constituţională. Prin această exprimare a instanţei franceze, *non bis in idem* este totuşi plasat mai aproape de principii ca necesitatea pedepselor, legalitatea inscriminării şi a pedepselor şi proporționalitatea sancţiunilor, precum şi dreptul menţinerii autorităţii lucrului judecat.

[801] La nivel european, C.E.D.O., *Nikitin c. Rusiei*, 20 iulie 2004, § 36; disponibilă la http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61928, consultată la 16.01.2016; C.E.D.O., Sergey *Zolotukhin c. Rusiei*, 7 iunie 2007, § 34). Disponbilă pe http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91222, consultată la 16.01.2016

[802] S.Guinchard, J.Buisson, *Procédure pénale*, Litec, 4e édition 2008, p.1888, J.Pradel , *Procédure pénale*, édition Cujas, 10e édition, 2000, p.802

[803] I. Tanoviceanu, *Tratat de drept şi procedură penală*, Vol. V, ed.a 2-a, Tipografia Curierul Judiciar, Bucureşti, 1927, p.704

Echitatea vizează scopul principal al acestei garanţii şi anume acela de a asigura *egalitatea armelor* în cadrul procesului penal, pe această cale plasând acuzatul într-o poziţie în care să-şi poată prezenta cauza de asemenea natură încât să nu fie dezavantajat faţă de acuzare.[804] Aceste drepturi care garantează apărarea în procesul penal sunt enumerate nu de o manieră exhaustivă, ci limitată în alin. (2)-(4) ale art. 10 ale Codului de procedură penală român, mai sunt prevăzute însă şi (de alte forme de manifestare a dreptului la apărare precum: dreptul de a fi prezent la proces şi de a se apăra singur, dreptul de a fi informat cu privire la motivele privării de libertate, privilegiul împotriva autoincriminării, ş.a.m.d.)[805]

În dreptul francez, drepturile apărării au fost ridicate la rang de principiu constituţional prin Decizia Consiliului Constituţional francez din 31 iulie 2015[806] şi sunt prevăzute în cuprinsul articolului preliminar al Codului de procedură penal francez[807]în cuprinsul punctului III.[808]

Protecţia drepturilor omului şi echitatea sunt interdependente şi evolutive, ele mergând în paralel cu evoluţia societăţii. De aceea, drepturile la apărare nu vor putea avea niciodată un conţinut universal valabil, ele sunt într-o continuă evoluţie. Pentru a crea drepturi eficiente, dar şi coerente, legiuitorul trebuie să se lase ghidat de standardele echităţii.

Cu privire la aplicarea unei sancţiuni de drept penal, Curtea europeană a statuat că acest principiu implică aplicarea unei sancţiuni cu caracter penal o singură dată în conformitate cu Convenţia, indiferent dacă această sancţiune e calificată în dreptul naţional ca fiind contravenţională, sau penală şi independent dacă ea este aplicată de o autoritate judiciară sau administrativă.[809] Problema ridicată în jurisprudenţa europeană presupune că

---

[804] B. Emmerson, Ashworth, A. Macdonald, *Human Rights and Criminal Justice*, Sweet & Maxwell, 2nd edition, p. 477

[805] Mihail Udroiu, *Ne bis in idem şi dreptul la apărare în Noul Cod de procedură penală, extras din lucrarea Codul de procedură penală. Comentariu pe articole, accesat la 18 iunie 2015 – sursă: http://www.legalis.ro/*

[806] Publicată în Journal Officiel n° 177, 2 août 2015, p. 13259, texte n° 59

[807] Introdus prin Legea nr.2000-516 din 15 iunie 2000.

[808] Dar şi prin alte legi care au completat acest articol preliminar, cum ar fi: Legea nr.2013-711 din 5 august 2013, sau Legea nr.2011-392, 14 aprilie 2011 în vigoare de la 1 iunie 2011

[809] C.E.D.O. *Franz Fischer c.Austriei* 29 mai 2001, disponibilă pe *hudoc.echr.coe.int*., accesată la 16.01.2016 ; a se vedea Mihail Udroiu, *Procedură penală.Parte generală.Noul Cod de procedură penală,* Ed.C.H. Beck, Bucureşti, 2014, p.27

aplicarea unei amenzi contravenţionale pentru o faptă nu mai permite desfăşurarea ulterioară a unui proces penal şi condamnarea autorului dacă fapta constituie, în acelşi timp şi o infracţiune. Această interpretare strictă vine în contradicţie cu principiul dreptului penal substanţial conform căruia răspunderea penală poate coexista cu alte forme de răspundere, ca de exemplu, cea civilă, administrativă, sau disciplinară.[810]Vom vedea că jurisprudenţa franceză împacă această regulă a coexistenţei, însă în limita proporţionalităţii pedepsei aplicate *lato sensu,* aşadar prin respectarea echităţii care rămâne prezentă în context prin exigenţa proporţionalităţii. Vom analiza aspectele ce privesc principiul *ne bis in idem* în ambele sisteme de drept, cel român şi cel francez şi vom vedea cum asigură acest principiu echilibrul dintre acuzat şi acuzare, deci prin prisma influenţei acestui principiu în dreptul penal substanţial. Vom vedea faptul că un cumul al unor sancţiuni diferite poate fi acceptat ca echitabil, totul plecând de la individualizarea pe care o primesc sancţiunile respective. Este vorba aşadar despre legătura acestui principiu procesual penal cu individualizarea sancţiunilor care vor fi aplicate condamnatului şi fundamentul lor echitabil sau inechitabil.

În acest context, Franţa a formulat rezerve la Protocolul Nr.7 declarând că principiul *ne bis in idem* se aplică strict în sfera sancţiunilor penale, nu şi în cea a sancţiunilor administrative, astfel că există posibilitatea unui cumul a acestora în dreptul francez, pe când România nu a formulat astfel de rezerve, astfel încât este obligată să aplice jurisprudenţa Curţii europene privind interdicţia cumulului dintre răspunderea penală şi contravenţională pentru aceeaşi faptă.[811]

La nivel internaţional, Curtea de Justiţie a Uniunii Europene s-a pronunţat[812] cu privire la sensul sintagmei *hotărâre definitivă*, stabilind că aceasta vizează nu doar hotărârile judecătoreşti, ci şi la actele altor autorităţi judiciare sau organe jurisdicţionale prin care se poate soluţiona o cauză penală în funcţie de sistemele juridice ale statelor membre. S-a stabilit că acest principiu se va aplica şi procedurilor urmate de stingerea acţiunii penale, prin care Ministerul Public dintr-un stat membru încetează urmărirea penală după ce persoana

[810] N.Volonciu, A. S. Uzlău (coord.) *Noul Cod de procedură penală comentat*, Ediţia a 2-a revizuită şi adăugită, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2015, p.23

[811] Victor Constantinescu *Aplicarea principiului non bis in idem în jurisprudenţa europeană şi naţională, în Curierul Judiciar nr. 10/2012,* Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2012, pp. 638 şi urm.

[812] *Joined Cases C-187/01 and C-385/01 Criminal proceedings against Hüseyin Gözütok and Klaus Brügge*, din 11 februarie 2003 disponibilă pe http://eur-lex.europa.eu/

învinuită a îndeplinit anumite condiţii, în special a achitat o anumită sumă de bani stabilită de Ministerul Public, chiar dacă această procedură nu implică vreo intervenţie din partea instanţei judecătoreşti.

A.Aspecte cu privire la principiul *ne bis in idem* şi la concursul de calificări din dreptul penal român

A.a) Principiul *ne bis in idem* în dreptul penal român

Principiul *ne bis in idem* nu a beneficiat de o consacrare în vechea legislaţie procesual penală română, în actuala legislaţie, acesta a fost consacrat în Codul de procedură penlă. Cu toate acestea, organele judiciare erau nevoite să îl aplice în temeiul Convenţiei europene.

La nivel naţional, autoritatea de lucru judecat, pe care o presupune principiul, există în măsura în care sunt îndeplinite, în mod cumulativ, următoarele condiţii: existenţa unei hotărâri judecătoreşti definitive de condamnare, achitare, sau încetare a procesului penal, existenţa identităţii de persoană între aceea în privinţa căreia s-a pronunţat o hotărâre definitivă de condamnare, achitare, sau încetare a procesului penal şi persoana în privinţa căreia se intenţionează începerea urmăririi penale, punerea în mişcare a acţiunii penale, trimiterea în judecată sau pronunţarea unei noi hotărâri judecătoreşti, nu are importanţă dacă este diferită forma de participaţie penală reţinută, sau dacă s-a modificat calitatea personală care a fost reţinută în hotărârea de condamnare;[813]de asemenea, o altă condiţie este identitatea dintre fapta materială pentru care s-a pronunţat o hotărâre definitivă şi fapta materială de care este din nou acuzată aceeaşi persoană ceea ce este important este fapta materială, iar nu încadrarea juridică a acesteia, astfel chiar dacă hotărârea a fost pronunţată pentru o faptă care a beneficiat de o încadrare juridică greşită, nu se va putea dispune începerea urmăririi penale pentru aceeaşi faptă căreia i se reţine, însă, o încadrare juridică diferită, chiar dacă cea din urmă încadrare este cea corectă[814] – regulă care se reflectă în cuprinsul art.6 din Codul de procedură penală român.

Cu privire principiului *ne bis in idem* şi aplicarea acestuia anumitor acte infracţionale specifice infracţiunilor a căror calificare este dată de dreptul penal substanţial, aplicarea acestuia spre exemplu infracţiunilor continuate, sau complexe este una parţială întrucât vor intra în autoritatea de lucru judecat numai actele materiale, sau acţiunile prevăzute de legea penală avute în vedere la pronunţarea hotărârii definitive. Ceea ce presupune neaplicarea acestui principiu actelor materiale descoperite ulterior pronunţării hotărârii de condamnare

[813] Mihail Udroiu, Ovidiu Predescu, *Protecţia europeană a drepturilor omului şi procesul penal român*, Ed.C.H.Beck, Bucureşti, 2008, p.941

[814] *Idem*, p.942

definitive care fac parte din infracţiunea continuată, deoarece acestea nu au fost avute în vedere la momentul pronunţării instanţei. *Eadem ratio*, în cazul infracţiunilor complexe, acţiunile, sau inacţiunile care constituie prin ele însele fapte prevăzute de legea penală şi care fac parte fie ca element constitutiv, fie ca circumstanţă agravantă a infracţiunii complexe, care nu au fost avute în vedere la pronunţarea hotărârii definitive pot fi obiect al unei alte urmăriri penale sau judecăţi. Pe de altă parte însă, în ipoteza infracţiunii progresive, s-a apreciat că dacă rezultatul mai grav se produce după rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare sau de achitare pentru o infracţiune mai uşoară, *ne bis in idem* va împiedica începerea unei noi urmăriri penale pentru o infracţiune mai grea. Reţinerea formei mai grave a infracţiunii, sau a unei încadrări juridice distincte, ar fi posibilă în acest caz numai în condiţiile în care momentul epuizării infracţiunii este înainte de pronunţarea hotărârii definitive.[815]

S-a reţinut în acest sens în jurisprudenţa română în cazul unei persoane condamnate printr-o hotărâre cu autoritate de lucru judecat pentru săvârşirea în concurs ideal atât a infracţiunii de omor simplu în baza vechiului Cod penal român din 1968 art.174, omor calificat prevăzut în art 175 Cod penal de la 1968, sau omor deosebit de grav, art .176 alin (1) cod penal din 1968 cu excepţia lit.b) comisă asupra unei singure persoane, cât şi pentru tentativă de omor, după caz simplu, calificat, sau deosebit de grav, pentru celelalte persoane vătămate[816]că acţiunea violentă, îndreptată în aceeaşi împrejurare împotriva mai multor persoane, cu intenţia de a le ucide a avut ca rezultat moartea unei singure persoane şi rănirea celorlalte, urmărirea penală nu s-a putut declanşa ulterior pronunţării hotărârii definitive pentru infracţiunea de omor deosebit de grav, prevăzută de Codul penal din 1968 în art.176 alin (1) lit.b dacă decesul altor persoane a intervenit ulterior pronunţării acestei hotărâri definitive.[817] Cu toate acestea, s-a putut totuşi declanşa ulterior acţiunea penală pentru celelalte infracţiuni pentru tentativă de omor. Întrebarea, prin prisma dezideratului echităţii din principiul *ne bis in idem* ar fi: De ce? Este echitabilă această reacţie a justiţiei penale?

Art.6 al Codului de procedură penală român prevede că „nicio persoană nu poate fi urmărită sau judecată pentru săvârşirea unei infracţiuni atunci când faţă de acea persoană s-a

[815] *Ibidem*

[816] Î.C.C.J., Secţiile Unite, decizia nr. V/2006 publicată în M.Of. nr.492 din 7 iunie 2006

[817] M. Udroiu, O.Predescu, op.cit. p.944

pronunţat anterior o hotărâre penală definitivă cu privire la aceeaşi faptă, chiar şi sub altă încadrare juridică." Observăm folosirea de către legiuitor a sintagmei *hotărâre penală definitivă*, urmată de precizarea *chiar şi sub altă încadrare juridică.* Este evident faptul că nu toate soluţiile de netrimitere în judecată adoptate de Ministerul Public se încadrează în această noţiune de hotărâre definitivă deoarece de cele mai multe ori soluţiile acestuia nu sunt definitive, ele lăsând astfel loc pentru redeschiderea urmăririi penale. În aceeaşi ordine de idei, Curtea de justiţie europeană a stabilit cuprinsul principiului *ne bis in idem* şi faptul că acesta nu se aplică unei decizii prin care, după examinarea pe fond a cauzei cu care este sesizat, un organ al unui stat dispune oprirea urmăririi penale, atunci când această decizie, potrivit dreptului naţional al acelui stat nu stinge definitiv acţiunea penală şi nu constituie un impediment în calea unei noi urmăriri penale pentru aceleaşi fapte în acest stat.[818]

În acelaşi context, Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie a adoptat o soluţie asemănătoare prin menţinerea soluţiei instanţei de fond prin care s-a admis cererea de extrădare a unei persoane cu dublă cetăţenie, română şi israeliană şi s-a dispus predarea ei către autorităţile judiciare din Israel, unde era urmărită pentru fraudă, fals şi furt, comise în anul 2000 şi referitor la susţinerile persoanei extrădabile că prin predare se încalcă principiu *ne bis in idem,* s-a relevat că deşi la dosarul cauzei exista o adresă a Parchetului de pe lângă Curtea Supremă de Justiţie din care rezultă că persoana a fost urmărită penal pentru aceleaşi fapte, pronunţându-se soluţii de netrimitere în judecată, principiul *ne bis in idem* nu poate fi invocat deoarece procesul s-a oprit în faza de urmărire penală, nefiind pronunţată o hotărâre definitivă în sensul legii.[819] Cu atât mai mult cu cât, în accepţiunea Curţii Europene, o hotărâre este definitivă, în sensul art.4 din Protocolul nr.7 la Convenţie atunci când aceasta a intrat sub autoritatea lucrului judecat.[820]

În practica judiciară română[821] s-a reţinut spre exemplu că o faptă pentru care s-a aplicat o amendă contravenţională printr-un proces verbal de contravenţie întocmit de către

[818] C.J.C.E., cauza C-491/07, Turansky, din 22 decembrie 2008 *apud* N.Volonciu, A. S. Uzlău (coord.), op.cit.p.24

[819] Î.C.C.J. Secţia penală, *decizia nr.3903/2010*, disponibilă pe www.scj.ro

[820] C.E.D.O. *Tsonyo Tsonev c.Bulgariei* (nr.2), §52 *Sergey Zolotukhin c.Rusiei,* §107-108 disponibile pe hudoc.echr.coe.int

[821] C.A. Braşov, *decizia penală nr.905/R din 3 noiembrie 2011*, nepublicată, *apud* N.Volonciu, A. S. Uzlău (coord.), op.cit. p.24

Jandarmerie Română, poate fi considerat ca având un caracter penal în sensul pe care Convenţia europeană pentru apărarea drepturilor omului şi a libertăţilor fundamentale îl acordă acestei noţiuni având în vedere că interdicţia instituită prin textul legal încălcat se adresează tuturor persoanelor şi că scopul sancţiunii respective este acela de a pedepsi şi a preveni comiterea în viitor a unor fapte similare.[822]În consecinţă instanţa a apreciat că se aplică atât garanţiile prevăzute în art.6 al Convenţiei în materie penală cât şi celelalte garanţii precum *ne bis in idem* prevăzut în art.4 din protocolul nr.7 la Convenţie, cu condiţia ca fapta pentru care inculpatul a fost trimis în judecată să fie aceeaşi cu fapta pentru care inculpatul a fost sancţionat contravenţional şi să existe o hotărâre prin care să se fi stabilit definitiv dacă persoana acuzată este, sau nu vinovată de săvârşirea faptei cu caracter penal reţinute în sarcina sa în cadrul procedurii contravenţionale.[823]În cauza precitată inculpatul a fost trimis în judecată prin rechizitoriul parchetului, în stare de arest preventiv, pentru ultraj contra bunelor moravuri şi tulburarea ordinii şi liniştii publice, infracţiuni ce erau prevăzute la momentul respectiv în vechiul Cod penal român în art.321 alin (1) pentru injurii şi agresarea mai multor persoane prezente la un festival. Prin procesul verbal de contravenţie, întocmit de către Jandarmeria Română, acelaşi inculpat a fost sancţionat cu amendă contravenţională pentru comiterea contravenţiei prevăzute de art.2 pct.26 din Legea 61/1991pentru sancţionarea faptelor de încălcare a unor norme de convieţuire socială, a ordinii şi liniştii publice. Practic, atât prin rechizitoriu, cât şi prin procesul verbal de contravenţie împotriva inculpatului s-au derulat consecinţe punitive de sorginte penală pentru provocarea de scandal în acelaşi loc şi la aceeaşi oră. Prin analiza prevederilor stricte ale textelor de lege în cauză de către instanţă, s-a constat că art.321alin.(1) din vechiul Cod penal român prevedea că fapta persoanei care, în public, săvârşeşte acte sau gesturi, proferează cuvinte ori expresii, sau se dedă la orice alte manifestări prin care se aduce atingere bunelor moravuri sau se produce scandal public ori se tulbură, în alt mod, liniştea şi ordinea publică, se pedepseşte cu închisoare de la unu la 5 ani. Legea nr.61/1991, în art.2 pct.26 prevedea în forma sa de la data comiterii contravenţiei că este contravenţie săvârşirea oricăreia dintre următoarele fapte dacă nu sunt comise în astfel de condiţii încât, potrivit legii penale, să fie considerate infracţiuni: (...) provocarea, participarea efectivă la scandal în locuri, sau localuri publice. Astfel în mod corect a reţinut instanţa că

[822] C.E.D.O. *Anghel c.României*, 4 octombrie 2007, disponibilă pe hudoc.echr.coe.int

[823] A se vedea şi cauza *Tsonyo Tsonev c. Bulgariei* (nr.2) C.E.D.O. 14 ianuarie 2010, disponibilă pe hudoc.echr.coe.int.

acuzaţiile aduse inculpatului în ambele proceduri contravenţională şi penală sunt aceleaşi prin esenţă, prin prisma art.4 din Protocolul nr.7 la Convenţia europeană.[824]

Recent[825] s-a examinat, de către Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, o chestiune ce viza întrebarea dacă sintagma "când faţă de acea persoană s-a pronunţat anterior o hotărâre penală definitivă cu privire la aceeaşi faptă, chiar şi sub altă încadrare juridică" folosită de legiuitor în cuprinsul art. 6 din Codul de procedură penală care consfinţeşte principiul "*ne bis in idem*" are în vedere doar hotărârile pronunţate în materie penală faţă de o persoană pentru aceeaşi faptă – indiferent de încadrarea juridică dată faptei – sau noţiunea de "hotărâre penală" este folosită de legiuitor în sens larg, prin ea înţelegându-se orice fel de hotărâre indiferent de materia în care se pronunţă şi de procedura după care s-a judecat cauza, dacă aceasta ar putea fi apreciată, prin prisma jurisprudenţei Curţii Europene a Drepturilor Omului cu privire la art. 4 al Protocolului nr. 7 al Convenţiei Europene a Drepturilor Omului, că are un caracter penal şi reprezintă o hotărâre prin care s-a produs "condamnarea" penală, civilă, fiscală sau contravenţională a persoanei, trimisă mai apoi în judecată într-un proces penal pentru aceeaşi faptă.

S-a invocat argumentul conform căruia cumulul răspunderii civile cu răspunderea penală pentru fapta generatoare de prejudiciu, care face obiectul acţiunii penale, este un principiu care este statuat în art. 19 din Codul de procedură penală şi deci el nu poate fi confundat cu principiul "*ne bis in idem*". Este vorba în context atât de exercitarea acţiunii civile, în faţa instanţei civile, cât şi a celei penale, ceea ce nu poate fi confundat cu ipoteza aplicării principiului "*ne bis in idem*" astfel, calificarea problemei a fost dată greşit de către instanţa care a invocat-o, sesizarea fiind inadmisibilă din această cauză.

Instanţa care a declanşat recursul în interesul legii a apreciat că sintagma folosită de legiuitorul român în cuprinsul art. 6 din Codul de procedură penală, care statuează principiul şi regula "*ne bis in idem*", nu se referă exclusiv la hotărârile pronunţate în materie penală faţă de o persoană pentru aceeaşi faptă, indiferent de încadrarea juridică dată faptei, ci este necesară o analiză complexă, prin prisma criteriilor stabilite în jurisprudenţa Curţii Europene

[824] A se vedea cauza *Tsonyo Tsonev c. Bulgariei* (nr.2) paragr.52 C.E.D.O. 14 ianuarie 2010, disponibilă pe hudoc.echr.coe.int.

[825] Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală, *decizia nr. 8/2016*, publicată în M. Of. nr. 430 din 8 iunie 2016.

a Drepturilor Omului, a caracterului şi naturii primei hotărâri pronunţate. Cu atât mai mult cu cât, în jurisprudenţa sa, instanţa europeană a extins sfera noţiunilor de acuzaţie în materie penală şi sancţiune penală şi în domeniul administrativ şi fiscal.[826]

Majoritatea instanţelor au interpretat în sensul[827]luării în considerare a oricărei hotărâri, din indiferent în ce materie a fost pronunţată, sau de procedura aferentă, cu condiţia ca aceasta să fi fost apreciată ca având caracter penal, prin ea să se fi dispus o condamnare penală, civilă, fiscală, sau contravenţională a persoanei, iar aceeaşi persoană să fi fost trimisă, mai apoi, în judecată într-un proces penal pentru aceeaşi faptă.[828]Pe de altă parte instanţele a căror opinie a fost minoritară, au interpretat în sensul că „noţiunea de "hotărâre penală definitivă cu privire la aceeaşi faptă, chiar şi sub altă încadrare juridică," nu cuprinde în sfera înţelesului său hotărârile prin care s-a angajat răspunderea fiscală, sau civilă a persoanei, trimise ulterior în judecată într-un proces penal pentru aceeaşi faptă, astfel că, pot coexista mai multe forme de răspundere juridică dacă ele au temei şi natură diferite. În măsura în care comportamentului infracţional imputabil a avut şi consecinţe patrimoniale, responsabilul va fi obligată să suporte şi repararea pagubei pe care a cauzat-o. În situaţia dată, temeiul răspunderii penale îl reprezintă legea penală, aplicându-se principiul legalităţii incriminării, iar temeiul răspunderii civile îl reprezintă legea civilă, prin declanşarea răspunderii civile delictuale. Cele două forme de răspundere pot coexista, ele nefiind incompatibile.[829]

Esenţial, din punctul de vedere al dezideratului echităţii, s-a adus următorul argument[830] conform căruia „trebuie făcută distincţia între aplicarea principiului "*ne bis in idem*" şi *principiul securităţii raporturilor juridice din perspectiva dreptului la un proces echitabil.* S-a exemplificat în acest sens cu hotărârea pronunţată în cauza *Lungu contra*

[826] C.E.D.O. *Rosenquist c. Suediei* stabilind că impunerea unei suprataxe asupra obligaţiilor fiscale datorate de un contribuabil *are caracter penal*. a se vedea textul complet al *deciziei Î.C.C.J. nr. 8/2016*, publicată în M. Of. nr. 430 din 8 iunie 2016, de unde sunt extrase aceste argumente.

[827] "atunci când faţă de acea persoană s-a pronunţat anterior o hotărâre penală definitivă cu privire la aceeaşi faptă, chiar şi sub altă încadrare juridică" folosită de legiuitor în cuprinsul art. 6 din Codul de procedură penală, care consfinţeşte principiul "ne bis in idem", trebuie corelată cu jurisprudenţa Curţii Europene a Drepturilor Omului cu privire la art. 4 al Protocolului nr. 7 al Convenţiei Europene a Drepturilor Omului."

[828] Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală, decizia nr. 8/2016, publicată în M. Of. nr. 430 din 8 iunie 2016

[829] IV. Opiniile şi jurisprudenţa instanţelor IV.1. Opiniile instanţelor, pct.4 din textul complet al *deciziei Î.C.C.J. nr. 8/2016*, publicată în M. Of. nr. 430 din 8 iunie 2016, de unde sunt extrase aceste argumente

[830] IV. Opiniile şi jurisprudenţa instanţelor IV.1. Opiniile instanţelor, opinie Curtea de Apel Cluj pct.4 *decizie Î.C.C.J. nr. 8/2016*, publicată în M. Of. nr. 430 din 8 iunie 2016

România,i[831]de către Curtea Europeană şi faptul că aceasta este incidentă nu doar în cazul în care există identitate de părţi şi de obiect, ci în orice situaţie în care procedurile diferite vizează aceeaşi chestiune determinantă pentru soluţionarea acestora."În consecinţă, trebuie asigurată, pe lângă respectarea în cauză a *principiului autorităţii de lucru judecat* şi respectarea *principiului securităţii raporturilor juridice*.[832]

Înalta Curte a s-a pronunţat stabilind cadrul de aplicare a principiului şi a argumentat că pentru aplicarea principiului invocat, trebuie să existe o primă procedură penală care s-a finalizat printr-o hotărâre de condamnare sau de achitare definitivă a unei persoane împotriva căreia s-a formulat o acuzaţie în materie penală, autorităţile să declanşeze o a doua procedură penală pentru aceeaşi faptă, vizând aceeaşi persoană. Pentru a fi aplicabilă garanţia instituită de principiu, ambele proceduri trebuie să fie desfăşurate în urma formulării unei "acuzaţii în materie penală".

Constatăm o oarecare reticenţă a Înaltei Curţi în lămurirea unor chestiuni, aceasta s-a pronunţat argumentând că rolul ei, stabilit de legiuitor în procedura "pronunţării unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unor chestiuni de drept" nu constă în a oferi studii, note sau opinii consultative, mulţumindu-se în a conferi un răspuns indirect prin trasarea succintă a unor linii directoare bazate pe interpretările jurisprudenţei europene, fără a pronunţa un punct propriu și concret de vedere. Este vorba despre lipsa unei soluţii clare de interpretare în motivarea instanţei, instanță care a și respins astfel, recursul în interesul legii.

În astfel de situaţii se poate crea riscul unei neclarităţi a interpretării textelor de lege naţionale, care prevăd principii fundamentale, de către instanţele naţionale, mai mult, o confuzie în aplicarea acestora, singurii care vor avea de suferit, fiind cei condamnaţi.

---

[831] C.E.D.O. *Lungu și alții c. României nr. 25129/06*, decizie pronunţată 21 octombrie 2014 (pct.40), Curtea a statuat că repunerea în cauză a soluţiei adoptate într-un litigiu, printr-o hotărâre judecătorească definitivă, în cadrul unei alte proceduri judiciare, poate aduce atingere art. 6, în măsura în care poate să facă iluzoriu dreptul de acces la o instanţă şi să încalce principiul securităţii juridice(pct. 37). Tot curtea a statuat în aceeaşi cauză că repunerea în cauză a soluţiei adoptate într-un litigiu, printr-o hotărâre judecătorească definitivă, în cadrul unei alte proceduri judiciare, poate aduce atingere art. 6, în măsura în care poate să facă iluzoriu dreptul de acces la o instanţă şi să încalce principiul securităţii juridice.

[832] Datorită obligaţiei de a asigura aplicarea Hotărârii din 21 octombrie 2014, pronunţată în Cauza Lungu împotriva României, în cadrul demersului general de punere în executare a hotărârilor Curţii Europene a Drepturilor Omului pronunţate contra României. -IV.1. Opiniile instanţelor- opinie Curtea de Apel Cluj pct.4 *decizie Î.C.C.J. nr. 8/2016*, publicată în M. Of. nr. 430 din 8 iunie 2016.

Interesul salvgardării drepturilor apărării ar trebui să predomine în numele echităţii, iar instanţa supremă ar trebui să ofere răspunsuri concrete în aceste situaţii sensibile.Cu atât mai mult cu cât „*ne bis in idem* este un *drept fundamental al cetăţenilor*.”[833]

Considerăm ca fiind cel mai potrivit în acest context punctul de vedere conform căruia „trebuie făcută distincţie între aplicarea principiului "*ne bis in idem*" pe de-o parte şi *principiul securităţii raporturilor juridice din perspectiva dreptului la un proces echitabil*, instanţele fiind chemate să asigure, pe lângă respectarea în cauză a principiului autorităţii de lucru judecat, şi respectarea principiului securităţii raporturilor juridice.[834] Astfel că este logic ca noţiunea de "hotărâre penală definitivă cu privire la aceeaşi faptă, chiar şi sub altă încadrare juridică" folosită de legiuitor în cuprinsul art. 6 din Codul de procedură penală, dacă ar fi definită prin prisma raportului echitabil dintre drepturile la apărare şi dreptul statului de a aplica sancţiuni, să vizeze *orice fel de hotărâre,* indiferent de materia în care se pronunţă şi de procedura după care s-a judecat cauza, dacă aceasta ar putea fi apreciată, prin prisma jurisprudenţei Curţii Europene a Drepturilor Omului cu privire la art. 4 al Protocolului nr. 7 al Convenţiei Europene a Drepturilor Omului, *că are un caracter penal* şi reprezintă o hotărâre prin care s-a produs "condamnarea" penală, civilă, fiscală, sau contravenţională a persoanei.[835]

Cu privire la principiul *ne bis in idem* şi la *principiul securităţii raporturilor juridice din perspectiva dreptului la un proces echitabil, Curtea Europeană a Drepturilor Omului nu permite judecarea de două ori pentru aceleaşi fapte, astfel că judecata în contenciosul fiscal va anula judecata în penal întrucât se încalcă principiului securităţii juridice. Cauza Lungu şi alţii c. României*[836] se referea, în acest context, la o condamnare penală a reclamanţilor

---

[833] C.J.U.E., *Gözütok si Brügge, cauzele reunite C-187/01 si C- 385/01, hotararea din 11 februarie 2003*, parag. 25-48, disponibilă pe http://curia.europa.eu/

[834] pct.4 opinie Curtea de Apel Cluj *decizie Î.C.C.J. nr. 8/2016,* publicată în M. Of. nr. 430 din 8 iunie 2016

[835] C.A. Alba Iulia *Decizia penală nr. 1.209 din 2 decembrie 2013*, pronunţată în *Dosarul nr. 1.096/298/2011; în sens contrar,* Parchetul de pe lângă Tribunalul Covasna, prin Adresa nr. 5.856/III/2/2015 din 22 martie 2016, a argumentat pentru admiterea sesizării formulate şi stabilirii că o hotărâre judecătorească civilă, pronunţată de judecătorul-sindic, în materia insolvenţei, ca urmare a unei proceduri declanşate la cererea unei persoane fizice ori juridice, prejudiciate de societatea comercială al cărei administrator este cercetat penal şi trimis în judecată pentru evaziune fiscală, nu poate fi apreciată, prin prisma jurisprudenţei Curţii Europene a Drepturilor Omului cu privire la art. 4 al Protocolului nr. 7 al Convenţiei Europene a Drepturilor Omului, că reprezintă o hotărâre prin care s-a produs "condamnarea" persoanei, trimisă mai apoi în judecată într-un proces penal pentru aceeaşi faptă.

[836] C.E.D.O. *Cauza Lungu şi alţii c. României* nr. 25129/06, decizie pronunţată 21 octombrie 2014, disponibilă pe http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-147662, consultată la 04.06.2016

pentru fraudă fiscală şi punea în discuție o *hotărâre finală de încheiere a procedurii fiscale* împotriva lor. Instanţele penale l-au condamnat pe reclamantul Lungu la o pedeapsă de doi ani de închisoare cu suspendare pentru *evaziune fiscală* şi l-au obligat, în solidar cu societăţile, la plata prejudiciului în valoare de aproximativ 130.000 euro. Curtea europeană a decis o încălcare a articolului 6 § 1 în ceea ce îi privește pe reclamanţi. Raportat la articolul 6 din Convenție, Curtea i-a dat dreptate reclamantului, care obținuse o *decizie judecătorească irevocabilă* în contencios fiscal, iar apoi a fost condamnat penal pentru *aceleași fapte*.[837]

Curtea europeană a reţinut existența unei încălcări a art. 6 par. 1 din Convenției justificând că „derularea simultană şi în paralel a două proceduri independente cu privire la aceleaşi fapte, care a condus Secţia penală a Curţii de Apel la o nouă apreciere a acestor fapte, radical diferită de hotărârea anterioară a Secţiei comerciale de la aceeaşi Curte de Apel, a adus, de fapt, atingere *principiului securităţii juridice* (…) În consecinţă, prin aceea că a revenit asupra unui punct al litigiului, care a fost deja tranşat şi care a făcut obiectul unei hotărâri definitive, şi în absența unui motiv întemeiat, instanţa de Apel a înfrânt principiul securităţii raporturilor juridice. Din acest motiv, dreptul reclamantului la un proces echitabil în sensul art. 6 par. 1 din Convenţie a fost încălcat."[838]

Deciziile relevante ale Curţii Constituţionale române pornesc de la principiul *ne bis in idem* şi aplicarea acestuia, dar au fost examinate aspecte mai complexe privind reţinerea permisului de conducere şi trimiterea în judecată pentru vătămare corporală din culpă sau ucidere din culpă; sancţionarea contravenţională şi obligarea la plata unui tarif de despăgubire în cazul lipsei rovinietei; infracţiuni în materia regimului silvic; aplicarea, pe lângă sancţiunea principală a amenzii contravenţionale, şi a unor sancţiuni complementare, potrivit Codului rutier ş.a.m.d.

A.b) Concursul de calificări în dreptul penal român

În situaţiile în care fapta comisă este prevăzută, aparent, de mai multe norme juridice, deşi în realitate este vorba despre o singură infracţiune şi în această situaţie, echitatea presupune ca acest concurs de norme penale să respecte dreptul fundamental al persoanei de a

[837] Daniel Udrescu, *Cauza Lungu și alții c. României, disponibil pe* http://www.juridice.ro/*,, consultat la 04.06.2016*

[838] *Ibidem* par. 46-47

nu fi condamnată la mai multe pedepse, pentru aceeaşi faptă, care în fapt, este prevăzută de textul mai multor norme de incriminare.

Problematica a fost dezbătută cu preponderenţă în dreptul francez, în practica instanţelor franceze, dar şi în doctrina franceză, însă ea apare şi în doctrina română sub forma noţiunilor de *concurs de norme, concurs de texte,* sau *concurs de legi*. Noţiunea de *concurs de calificări* este preluată ca atare de către literatura de specialitate română din dreptul penal francez.[839]

Codul penal român nu reglementează propriu-zis concursul de calificări şi eventuale soluţii în acest caz, lăsând jurisprudenţei şi doctrinei sarcina de a stabili criterii de identificare a concursului de calificări, precum şi modalităţile de rezolvare a acestuia. Acest concurs de calificări se manifestă sub mai multe forme, clasificate[840] în: calificări alternative, calificări incompatibile, calificări redundante şi calificări echivalente.

Calificările alternative nu prezintă probleme din punct de vedere al echităţii, deoarece între conţinuturile legale ale infracţiunilor susceptibile de a fi reţinute există o opoziţie esenţială, astfel încât dacă se va alege una dintre aceste calificări, cealaltă va fi exclusă în mod necesar. Asfel este vorba despre un concurs aparent de calificări a cărui soluţionare este aplicarea aceleia dintre calificări care are vocaţie efectivă în cazul faptei comise. În realitate sunt întrunite elementele constitutive doar în cazul uneia dintre cele două incriminări. În literatura de specialitate se invocă în acest sens exemplul violului agravat prevăzut la art.218, alin. (3) lit.b) Cod penal dându-se ca exemplu ipoteza în care cel acuzat întreţine raport sexual prin violenţă cu victima care îi este şi rudă în linie dreaptă, frate, sau soră, astfel se spune problema dacă se va reţine şi incestul prevăzut de art.377 Cod penal, un argument în acest sens este că actul material al infracţiunii de viol are o sferă mai largă de cuprindere decât raportul sexual prevăzut pentru infracţiunea de incest. Cele două calificări însă se exclud una pe cealaltă deoarece incestul presupune un raport sexual consimţit, devreme ce

[839] A se vedea Florin Streteanu, *Concursul de infracţiuni*, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 1999, supra, p.142 şi urm.

[840] Florin Streteanu, Daniel Nițu, *Drept penal. Parte generală, Vol.1*. Ed.Universul Juridic, Bucureşti, 2014, pp.162-165

violul presupune opusul acestei situaţii. Soluţia va fi una simplă în sensul încadrării faptei ca viol agravat.[841]

O altă formă legală de calificări alternative este cea a incriminărilor subsidiare, legiuitorul prevăzând aplicarea unei calificări, doar „dacă fapta nu constituie o infracţiune mai gravă." Acest tip de calificare ar putea prezenta un oarecare risc de inechitate prin faptul că formularea legii impune o apreciere a judecătorului, în baza legii, asupra gradului de gravitate al faptelor în cauză, astfel că în opinia literaturii de specialitate, această incriminare subsidiară poate genera dificultăţi în practică.[842] Este preferabil să se renunţe la această prevedere şi să se aplice principiile generale care stau la baza delimitării pluralităţii de infracţiuni faţă de concursul de calificări.[843]

Noţiunea de *calificări incompatibile* este preluată tot din dreptul francez[844]şi vizează ipoteza în care o infracţiune este consecinţa alteia, cu care se confundă, deoarece ele protejează acelaşi interes colectiv, sau individual, având la bază aceeaşi rezoluţie infracţională. Soluţia este simplă întrucât se reţine calificarea principală în detrimentul celei secundare. În ipoteza unei infracţiuni de furt, când după sustragere s-au mai efectuat şi alte acţiuni s-a pus problema existenţei unui concurs real a acelei fapte formate din acţiunile ulterioare sustragerii cu furtul propriu-zis. Într-o speţă s-a reţinut concurs real între furt şi distrugere atunci când inculpatul şi-a însuşit 20 kg de vopsea din unitatea în care lucra, iar în timpul transportului, fiind surprins de un poliţist a izbit de pământ bidonul.[845]Cu privire la această speţă, un autor[846] consideră că "suntem de fapt în prezenţa unui *concurs de calificări,* iar nu a unui concurs real, deoarece după ce furtul s-a consumat, iar bidonul a fost însuşit, acesta a intrat în stăpânirea infractorului, iar distrugerea ulterioară nu are alt rol decât de act

[841] *Idem*, p.162

[842] F.Streteanu, *Concursul de infracţiuni*, op.cit. supra, p.149

[843] F.Streteanu, *Concursul de infracţiuni*, op.cit. supra, p.149

[844] *Le concours réel d'infractions* par Doreid Khalil Al-Bcheraoui, thèse de doctorat en Droit pénal, sous la direction de Marc Puech. Strasbourg III, 1991 p.171

[845] T.M.B., S. I pen., dec.nr.261/1992, în Culegere III, p.88; Trib.Suprem s. Pen dec. Nr.2580/1973, în R.R.D. nr.2/1975, p.169 *apud* Florin Streteanu, Daniel Nițu, *Drept penal. Parte generală* op.cit. *p.163*

[846] Florin Streteanu, Daniel Nițu, *Drept penal. Parte generală, Vol.1*. Ed.Universul Juridic, Bucureşti, 2014, op.cit.p.163

de dispoziţie, care nu poate constitui o nouă infracţiune susceptibilă de a intra în concurs cu furtul propriu-zis. Rezoluţia infracţională este unică şi ea vizează însuşirea bunului, distrugerea este o materializare a atributului de dispoziţie ce derivă din însuşire, alături de singura valoare ocrotită de lege, integritatea patrimoniului." Este foarte importantă aşadar viziunea judecătorului în momentul în care identifică cadrul de incriminare şi latura materială a infracţiunilor, în cazul dat ca exemplu, infractorul răspunde pentru un concurs real, dar în fapt el a comis o singură înfracţiune de furt din care au decurs nişte consecinţe de încadrare mai severă. Putem observa că este o problematică sensibilă din punct de vedere al echităţii răspunderii penale, în special din punctul de vedere al regimului sancţionator, deoarece este una să se aplice pedeapsa pentru un concurs real şi alta să se aplice o pedeapsă pentru o infracţiune unică. În esenţă, acest concurs de calificări, nesesizat de organele care aplică legea penală, poate crea inechităţi infractorilor prin agravarea regimului sancţionator al acestora, fără temei legal, deoarece se efectuează interpretări eronate ale acţiunilor din latura materială a infracţiunilor efectiv comise. Trebuie însă se se verifice pe lângă valoarea ocrotită de lege şi unitatea rezoluţiei infracţionale şi unitatea de interes juridic protejat de textul de lege luat în considerare.

Spre exemplu în cazul furtului se protejează integritatea patrimoniului, dar infracţiunea de furt poate să fie comisă în concurs cu infracţiunea de nerespectare a regimului armelor şi muniţiilor (art.342 Cod penal) care vizează un interes juridic protejat distinct, anume, asigurarea respectării regimului legal al armelor şi muniţiilor.[847] S-ar putea reţine într-o asemenea ipoteză numai furtul, în situaţia în care autorul furtului ar deţine o autorizaţie pentru posesia muniţiilor din categoria celor sustrase *ab initio*. Numai în această ultimă ipoteză s-ar putea pune problema unui concurs de calificări, iar nu a unui concurs de infracţiuni, dacă judecătorul ar reţine în pofida existenţei autorizaţiei, concursul între furt şi nerespectare a regimului armelor şi muniţiilor. Este necesară verificarea existenţei identităţii dintre elementele subiective şi valorile sociale protejate ale faptelor penale, dacă acestea sunt distincte, se va reţine un concurs de infracţiuni, iar nu un concurs de calificări.

Calificările redundante sunt acele calificări care cuprind întocmai faptele cuprinse în alte calificări, existând conflict între calificare generală şi calificare specială, în acest caz

[847] Trib.Suprem, s.pen. compl.mil., dec. Nr. 131/1971, în R.R.D. nr.5/1972, p.161 *apud* Florin Streteanu, Daniel Nițu, op.cit.pp.163-164

soluţia este evidentă, în baza principiului specialităţii, norma specială va fi aplicată cu prioritate faţă de cea generală.[848]

Tot în sfera calificărilor redundante există şi concursul între două calificări dintre care una constituie element sau circumstanţă a celeilalte, în special în ipoteza infracţiunilor complexe, când norma de incriminare a faptei complexe şi norma incriminatoare a infracţiunii absorbite sunt deopotrivă aplicabile în speţă aparent, de obicei acest concurs de calificări se rezolvă prin regula aplicării normei absorbante, spre exemplu furtul calificat care include şi violarea de domiciliu art.229 alin (2) lit.b) Cod penal.[849]

Atunci când există două norme care reglementează în mod identic aceeaşi activitate materială este incident concursul de calificări echivalente, deoarece niciuna nu se poate stabili ca fiind specială în raport cu cealaltă care nu se poate nici ea stabili ca fiind generală. În aceste situaţii este vorba despre lacune ale procesului legislativ, prin lipsa de corelare a normelor între ele. Cele două norme conţin elemente identice de incriminare ele neputând fi aplicate decât alternativ, niciodată cumulativ, deoarece s-ar ajunge la un regim prea represiv de răspundere penală. Trebuie exclusă ipoteza pluralităţii de infracţiuni în acest context prin folosirea criteriului cronologic, aplicându-se norma cea mai recentă sau norma care a fost cel mai recent modificată[850] dintre cele aflate în concurs de calificări echivalente.[851]

În ceea ce privește situația în dreptul penal român și regulile de soluționare existente, prin aplicarea principiilor specialității, principiul subsidiarității și al absorbției, apreciem că acestea vin în întâmpinarea dezideratului echității, totodată un rol esențial îl are și aprecierea judecătorului, așadar echitatea subiectivă.

[848] Spre exemplu luarea de mită are caracter special faţă de abuzul în serviciu, astfel că se va aplica calificarea aferentă celei dintâi - *Ibidem*

[849] Florin Streteanu, Daniel Nițu, op.cit.p.164

[850] *Ibidem*

[851] Vom analiza, în acest sens, în cele ce urmează, în partea dedicată dreptului francez, aşa numitele „*doublons,*" care au existat pe o perioadă destul de îndelungată în dreptul penal francez şi care se referă la această ipoteză de calificări echivalente -au cauzat agravarea regimului răspunderii, făcând astfel inechitabilă aplicarea justiţiei penale în cazurile respective.

B. Echitatea și non-cumulul calificărilor/proceselor în dreptul penal francez. Aspecte cu privire la principiul *ne bis in idem* în dreptul penal francez

Există explicații ale acestor *duplicate* cum că ele pot fi involuntare, cauzate de creșterea infracțiunilor penale care antrenează o posibilitate pentru legislator, care deşi le creează, să le enumere și pe cale de consecință, să le concilieze. Însă aceste duplicate sunt de asemenea uneori o creație voluntară a legislatorului, cel mai des în scop pedagogic, o dispoziție a unui Cod fiind copiată într-un alt Cod. Este bineînțeles evident că aceste duble incriminări sunt inutile, dar ele devin complet incoerente și nu mai sunt echitabile atunci când cele două infracțiuni ce incriminează același comportament sunt sancționate prin pedepse diferite.[852]

În primă instanță, incoerențele rezultate din aceste infracțiuni-duplicat indică o ignorare a principiului necesităţii, care își are rădăcinile în echitatea legilor penale. Într-adevăr, nimeni nu s-ar putea îndoi de absența necesității celei de-a doua incriminări a unui același comportament, din moment ce acesta ar fi sancționat prin aceeași pedeapsă. Prima incriminare și pedeapsa sa sunt suficiente pentru a reprima atingerea adusă ordinii publice, a doua, fiind identică, nu mai este, deci, necesară.

Conform doctrinei, o astfel de practică ar rezulta din faptul că „utilizată pentru dimensiunea sa simbolică sau pedagogică, legea penală nu mai este de fapt văzută, azi, de către legislator ca un instrument de sancțiune necesară și gravă."[853] Izvorât din principiul necesităţii, un alt element cheie al echității, principiul proporționalității este și el neglijat.

De fapt, dacă un același comportament este pedepsit în două texte de lege prin sancțiuni diferite, cum ar putea aceste pedepse să fie proporționale? Ar putea acestea să fie juste și echitabile? Ce poate atunci justifica o astfel de diferență? Cu atât mai mult cu cât în anumite cazuri diferențele de cuantum între aceste pedepse pot avea consecințe. *Infracțiunile-duplicat* au reprezentat, în dreptul francez, ilustrația, că legislatorul nu se pliază, sau în orice

[852] Expresie utilizată de V. Malabat, „Les infractions inutiles, Plaidoyer pour une production raisonnée du droit péna", în V. Malabat (Dir.), B. de Lamz (dir.), M. Giacopelli (dir.), *La réforme du Code Pénal et du Code de procédure pénale* Opinio doctorum, Dalloz, 2009, p. 71 și urm.

[853] V. Malabat, „Les infractions inutiles, Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal," op. cit., p.71

caz nu întotdeauna se pliază, pe principiile pe care ar trebui să le respecte în materie de individualizare legală a pedepsei. Aceste duplicate se regăseau [854] adesea în dreptul francez.

Cu privire la noțiunea de concurs de incriminări, spre deosebire de concurs de infracțiuni care rezultă din realizarea de către aceeași persoană a mai multor fapte distincte din care fiecare constituie o infracțiune, concursul de incriminări se bazează pe realizarea unei singure fapte materiale dar pentru care se pot aplica mai multe calificări penale.[855] Problema se pune întotdeauna din punct de vedere a necesității, deci de a ști dacă trebuie reținute toate calificările sau, dimpotrivă, să se rețină doar una și în acest ultim caz, care anume.

S-a explicat uneori că aceste situații arată o formă de imperfecțiune a legii penale care nu este suficient de precisă pentru a indica imediat textul penal aplicabil.[856]Remarca este fondată, este adevărat că, dacă pentru o faptă materială autorul acesteia, chiar dacă este bine instruit, se află în incapacitatea de a prevedea calificarea penală aplicabilă și deci pedeapsa atrasă, aceasta înseamnă că norma penală nu este suficient de previzibilă încălcând astfel principiul legalității criminale și în același timp această normă îl plasează pe cel care acționează într-o situație inechitabilă, anume cea de a fi pedepsit pentru o faptă despre care nu a avut cunoștință că ar avea un asemenea efect în cele din urmă. Nu se poate decât considera ca nedreaptă această practică legislativă ce consta în crearea „duplicatelor" de incriminare deci, incriminând în două texte diferite aceeași infracțiune. Dincolo de ignorarea echității, „duplicatul" de incriminare putea genera dificultăți de interpretare sau incoerențe,

[854] V. MALABAT, „*Les infractions inutiles*", op. cit., p.73; Articolul 222-33-2 din Codul penal pedepsește cu doi ani de închisoare și amendă de 30 000 € hărțuirea morală, pe când articolul L.1152-1 din Codul Muncii nu sancționează același comportament decât cu un an de închisoare și amendă de 15000 € (această prevedere nu mai este valabilă începând cu legea din 6 august 2012- LOI n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, în JORF n°0182 du 7 août 2012 page 12921, disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr); Cons. const., n°2001-455 DC, 12 ianuarie 2002, disponibilă pe http://www.conseil-constitutionnel.fr/, consultată la 15.06.2016 ;V. MALABAT, „Les infractions inutiles", op. cit., p.74.

[855] Individul care lansează o grenadă într-o clădire pentru a ucide persoanele care se află acolo: această singură faptă materială constituie în același timp un omor, prevăzut la art. 221-1 CP francez sau un asasinat prevăzut la art. 221-3 din același cod și o distrugere a unui bun ce aparține altcuiva, prin exploziv (art. 322-5 CP). La fel este și pentru uciderea prin imprudență comisă de un conducător auto care conduce în stare de ebrietate, fapta sa este în același timp omucidere prin imprudență și un delict de conducere în stare de ebrietate.

[856] Ph. Conte & P. Maistre du Chambon, *apud* François Rousseau, Cours de droit pénal général, material didactic op.cit.p. 168

pe scurt *insecuritate juridică* și deci, dezavantaje, punându-l pe cel în cauză în fața unei legi *abstracte* sau chiar absurde.[857]

Însă, este adevărat că în același timp, a dori definirea incriminărilor într-un mod foarte specific pentru a se evita orice suprapunere cu o altă incriminare, prezintă riscul de impunitate a comportamentelor care se găsesc în afara contextului unei anumite incriminări. Trebuie așadar păstrat echilibrul. Suprapunerea unor comportamente la limitele textuale a unor anumite incriminări permite asigurarea unei represiuni mai eficiente. Totuși acest argument nu justifică practica „duplicatului" unde suprapunerea nu mai este doar la această limită. În realitate, exigența previzibilității, și a celei de echitate nu se opun, în sine, concursului de incriminări, ci *nedeterminării* care rezultă din acestea. Situația care se creează este una nedreaptă și confuză. Prin urmare, presupunând că concursul de incriminări este inevitabil, previzibilitatea acestuia ar putea totuși să fie asigurată prin *reguli clare și precise de rezolvare a acelor potențiale conflicte de calificare*.[858] Din acest punct de vedere, se poate concepe echitatea ca fiind principiul în baza căruia s-ar conferi soluționări juste a acestor conflicte de calificare. Pentru aceasta ar trebui adusă noțiunea de echitate în concret și consacrată formal în textul legii penale substanțiale.

Concursurile de incriminări respectă un principiu de non-cumul al calificărilor: *ne bis in idem* însemnând că o aceeași persoană nu poate fi condamnată de mai multe ori pentru aceleași fapte. Dacă se aplică acest principiu la cumulul calificărilor, se ajunge la concluzia logică că reținerea mai multor calificări penale pentru o aceeași faptă, generează dubla reprimare a acesteia. Acest principiu dispune de o valoare convențională deoarece a fost consacrat de articolul 4 al protocolului adițional n° 7 al Convenției pentru protecția drepturilor omului și libertăților fundamentale adoptată în 22 noiembrie 1984. Mai precis, redactarea acestui text privește aspectul procesual al acestui principiu care interzice urmărirea

[857] Avem exemplul delictului de hărțuire morală, care, înaintea Legi din 6 august 2012,precitată era sancționat în Codul penal (art. 222-33-2) și în Codul muncii (art. L. 1152-1 et L. 1155-2) cu pedepse diferite, până la o lege din 9 iulie 2010 (15 000€ pentru versiunea Codului Penal și 3 750€ pentru versiunea Codului Muncii) (Dacă legea din 6 august 2012 a suprimat în mod util această dublură de incriminare, a fost pentru crearea unuia nou în legătură cu faptele de hărțuire sexuală, v. L. Leturmy, Rev. pénit. 2012, p. 950 et s. *apud* François Rousseau, Cours de droit pénal général, material didactic p. 168.

[858] Fr. Rousseau, *Cours de droit pénal général matériel didactique, disponibil pe* Universitatea din Nantes, Facultatea de Drept și de Științe Politice,*intranet* p. 168

din nou a persoanei pe motivul unei fapte pentru care a fost deja judecată[859], însă jurisprudența i-a extins incidența la aspectul de drept substanțial al principiului.[860] Cu toate acestea, această valoare convențională nu a determinat Consiliul Constituțional să confere o valoare constituțională acestui principiu.[861] Pentru Consiliu, singura exigență constituțională este cea de *proporționalitate* a pedepselor în caz de cumul care interzice depășirea pedepsei celei mai mari incidente.[862] Același Consiliu Constituțional, într-o decizie din 25 februarie 2010,[863] se referă astfel la „regula *ne bis in idem*" în mod echivoc, în special fără a o separa clar de principiul necesității pedepselor, el însuși asociat articolului 8 al Declarației din 1789.

Într-o decizie din 18 martie 2015,[864] Consiliul nu se referă la „regula" ci la „principiul *non bis in idem*", fără a-i acorda totuși în mod formal o valoare constituțională. Se poate spune că, este, cu toate acestea, mai clar apropiat altor principii precum cel al necesității pentru delicte și pedepse și al proporționalității pedepselor și de dreptul de a beneficia de autoritatea unui lucru judecat, în viziunea instanței supreme franceze.

Consiliul face totuși o distincție netă între cumulul incriminărilor și urmăririlor și cumulul sancțiunilor. *Cumulul incriminărilor și urmăririlor*, disciplinare și penale, este admis de dreptul pozitiv francez.[865] În acest sens, comportamentul unui funcționar poate constitui atât o infracțiune penală cât și o neglijență de serviciu, și să suscite *urmăriri penale și disciplinare*.

Într-o decizie din 8 iulie 2012, Curtea de Casație a refuzat, pe această bază, transmiterea către Consiliul Constituțional a unei chestiuni prioritare de constituționalitate

[859] Fără elemente noi, sau eroare judiciară.

[860] A se vedea CEDO 30 iulie 1998, *Oliveira c./Elveției*, §22 ; 4 martie 2008, *Garetta c./ Franței* : RSC 2008, p. 708, obs. D. Roets.

[861]C.C. 13 martie 2003, n° 2003-467 DC, cu privire la delictul de cerșetorie agresivă, în comparație cu delictul de extorcare disponibilă pe www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2003/2003467dc.htm, Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 ; 25 févr. 2010, n° 2010-604 DC, cu privire la delictul de participare într-o bandă violentă., consultate la 16.06.2016

[862] Consiliul impune aceeași cerință ca în materie de concurs de infracțiuni.

[863] Cons.Const. Decizia n° 2010-604 DC din 25 februarie 2010, disponbilă pe http://www.conseil-constitutionnel.fr/, consultată la 16.06.2016

[864] Cons. Const. Decizia n° 2014-453/454 QPC și 2015-462 QPC din 18 martie 2015 disponbilă pe www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2015/2014453_454qpcet2015462qpc.htm, consultată la 16.06.2016

[865] Din hotărârea Tribunalului de conflits- Thépaz din 14 ianuarie 1935.

referitoare la dispozițiile ce permiteau Autorității piețelor financiare (AMF) să înceapă urmăriri administrative susceptibile a se cumula cu urmăriri penale. Curtea a argumentat că principiul „*non bis in idem*" nu se aplică, întrucât este vorba de *două proceduri de natură diferită*. Această interpretare a fost confirmată de Consiliul Constituțional, în decizia sa[866] pronunțată asupra chestiunii prioritare de constituționalitate din 17 ianuarie 2013. Acesta estima că un medic poate fi sancționat simultan de către Colegiul de medici şi de către jurisdicția de securitate socială. Acest *cumul de proceduri disciplinare* nu aduce nicio încălcare principiului „*non bis in idem*". În schimb, problema cumulului sancțiunilor este mai complexă. De fapt, cumulul de urmăriri poate exista, cu condiția totuși ca, la finalul celor două proceduri, numai sancțiunea cea mai aspră să fie executată. Această condiție este susținută de Consiliu în aceeași decizie din 17 ianuarie 2013. Fiind vorba de urmăriri începute împotriva unui medic care ar fi putut fi condamnat pentru aceleași fapte şi prin interdicția temporară de profesare şi printr-o interdicție permanentă de profesare de către fiecare din cele două instituții însărcinate să sancţioneze comportamentul său.

Regula stabilită de Consiliu are deci mai întâi ca obiect împiedicarea condamnării aceleiaşi persoane la pedepse contradictorii. Confruntarea acestor jurisprudențe duce la afirmarea că absența sancțiunii penale nu are efectul de a interzice pronunțarea unei sancțiuni disciplinare.[867]

În decizia sa din 18 martie 2015,[868] Consiliul nu pune sub semnul întrebării această jurisprudență, ci precizează sfera sa de aplicare. Acesta va enunța aşadar în ce măsură „aceleași fapte" pot face obiectul unor „urmăriri diferite". Acest lucru este posibil dacă urmăririle şi sancțiunile respectă anumite criterii. Decizia identifică patru criterii. Este

[866] Cons. Const. Decizia n° 2012-289 QPC din 17 ianuarie 2013, disponibilă pe www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/2012289qpc.htm, consultată la 16.06.2016

[867] În hotărârea sa din 30 decembrie 2014, Consiliul de Stat confirmă astfel legalitatea sancțiunii disciplinare aplicată doctorului Bonnemaison. Acuzat de administrarea, în cazul a şapte pacienți aflați în stadiu final de viață internați la Spitalul din Bayonne, de medicamente care a provocat decesul acestora, doctorul a fost condamnat de către camera disciplinară regională la radierea din registrul Colegiului medicilor în data de 24 iunie 2013. Această condamnare a fost confirmată în apel de către camera disciplinară națională a Colegiului, în data de 15 aprilie 2014. Cu toate acestea, doctorul a fost achitat de către Curtea cu Jurii din Pau, în data de 25 iunie 2014, medicul fiind acuzat, de această, dată de omor.

[868] Décision n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC du 18 mars 2015, disponibilă pe www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2015/2014453_454qpcet2015462qpc.htm, consultată la 16.06.2016

suficient ca unul din aceste patru criterii să fie îndeplinit, pentru ca principiul *ne bis in idem* să nu fie aplicabil.

Conform primului dintre aceste criterii, dispozițiile care servesc drept fundamente pentru urmăririle penale și disciplinare nu tind să reprime aceleași fapte, calificate în mod identic.[869]

Al doilea criteriu rezidă în faptul că cele două represiuni nu trebuie să protejeze aceleași interese sociale. În chestiunea prioritară de constituţionalitate din 17 ianuarie 2013 cu privire la medicul urmărit și de Colegiu și de jurisdicțiile de securitate socială, Consiliul a afirmat deja această dualitate. În opinia sa, urmăririle urgentate de Colegiu vizează a reprima lipsurile deontologice, în timp ce, cele din fața jurisdicțiilor de securitate socială au ca obiect sancționarea abuzurilor profesionale comise în prejudiciul acestei instituții. Însă, în decizia din 18 martie 2015, situația este diferită. Cele două tipuri de urmăriri, în fața AMF și în fața judecătorului penal, au ca obiect identic protecția bunei funcționări a piețelor financiare.

Al treilea criteriu este îndeplinit dacă cele două represiuni ajung la pronunțarea de *sancțiuni de natură diferită*. Consiliul Constituțional, în decizia sa din 2015, precizează ceea ce înțelege prin această diferență de „natură". Nu este vorba evident de a afirma că o sancțiune disciplinară are o „natură" diferită de o sancțiune penală. Un astfel de raționament ar duce la interzicerea oricărei aplicări a principiului. Conform Consiliului, nu existența a două arsenale represive este miza, ci „natura" diferită se apreciază în lumina severității sancțiunii. În speță, Consiliul consideră că această severitate este echivalentă. Judecătorul penal poate pronunța o pedeapsă cu închisoare pentru o tranzacţie ilegală bazată pe informații privilegiate, dar amenda aplicată va fi în cuantum extrem de redus. Invers, Autoritatea Piețelor Financiare AMF nu poate condamna la o pedeapsă cu privare de libertate, însă în această situaţie, amenda atrasă pentru aceleași fapte poate avea un cuantum foarte ridicat. Pentru Consiliu, ansamblul chestiunii generează un anumit echilibru.

Al patrulea și ultimul criteriu, este *represiunea în fața ordinelor de jurisdicție distincte*. Nu este cazul în speță deoarece recursurile împotriva sancțiunilor pronunțate de Autoritatea Piețelor Financiare -AMF sunt reglementate de jurisdicțiile de ordine judiciară,

[869] În speță, Consiliul Constituțional afirmă că delictul tranzacționare pe bază de informații privilegiate este definit în același fel de Codul penal și de Codul monetar și financiar.

precum sancțiunile penale. Din această analiză, Consiliul Constituțional deduce că niciunul din cele patru criterii nu este îndeplinit, situație juridică ce duce la o încălcare a principiului *ne bis in idem*. Prin recunoașterea încălcării principiului *ne bis in idem* în materie de cumul de urmăriri penale și administrative, Consiliul Constituțional se apropie de jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, care, în hotărârea sa *Sergeï Zolotoukhine împotriva Rusiei* din 10 februarie 2009,[870] consideră că regula *ne bis in idem* conținută în articolul 4 al Protocolului n° 7 trebuie să se înțeleagă ca aplicându-se urmăririlor faptelor identice sau care sunt în substanță aceleași, *oricare ar fi calificarea lor, și oricare ar fi organul însărcinat să le reprime.*

Însă Franța a stabilit o rezervă asupra acestui articol, rezervă ce menționează că numai infracțiunile ce țin de tribunalele competente în materie penală trebuie privite ca „infracțiuni" în sensul articolului 4 din Protocol. Altfel spus, pentru justiția penală franceză, neîndeplinirea unei obligații deontologice nu poate fi asimilată unei infracțiuni. Dacă se analizează puțin situația în context internațional, este cunoscut faptul că Italia a stabilit deja o rezervă de același tip, formulată în aceiași termeni și aceasta nu a împiedicat Curtea europeană, într-o hotărâre *Grande Stevens împotriva Italiei* din 4 martie 2014,[871] să considere că dreptul italian încalcă articolul 4 din Protocolul n° 7 al Convenției europene prevăzând că o tranzacţie ilegală bazată pe informaţii privilegiate poate fi urmărită în același timp de autoritatea însărcinată cu controlul piețelor bursiere și de către judecătorul penal. Societatea reclamantă fiind deja condamnată de către autoritatea însărcinată cu controlul piețelor bursiere, Curtea solicită ca urmăririle penale angajate împotriva sa „să ia sfârșit în cel mai scurt timp". Pentru Curte, rezerva italiană nu este aplicabilă, deoarece tranzacţia ilegală bazată pe informaţii privilegiate constituie o infracțiune penală, chiar dacă aceasta face de asemenea obiectul urmăririlor în fața unei autorități administrative.[872]

De fapt, legătura dintre echitate și conflictul de calificări trebuie identificată în regulile de rezolvare a conflictelor, însă aceste reguli lipsesc pentru moment din legea penală

[870] Disponibilă pe http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91225, consultată la 16.01.2016

[871] Disponibilă pe http://hudoc.echr.coe.int/, consultată la 16.01.2016

[872] A se vedea C.E.D.O., *Grande Stevens c. Italiei* 4 martie 2014 http://hudoc.echr.coe.int/, consultată la 16.01.2016

franceză **(B.a)),** în schimb, există excepții la non-cumulul de calificări, din moment ce acesta aduce atingere intereselor juridice, sau valorilor sociale distincte **(B.b)).**

B.a) Absenţa regulilor de rezolvare a conflictelor de calificări din legea penală franceză

În ciuda susținerii jurisprudențiale a acestui principiu de *non-cumul de calificări* pentru aceeași faptă, legislatorul francez nu a stabilit reguli pentru a rezolva eventuale conflicte de calificări. A revenit, aşadar, doctrinei sarcina de a emite reguli raționale în materie, care sunt în ansamblu reluate de jurisprudență și care, la rândul său, le aduce acestora câteva temperări în cadrul fiecărei oportunități represive.

O primă regulă rațională este indicată de *teoria calificărilor incompatibile*. Conform acestei ipoteze, o calificare penală este numită incompatibilă când se adaugă unei prime calificări în mod automat, astfel încât concursul de calificări este mai puțin fructul unei reiterări a voinței delictuale a autorului decât rezultatul unei înlănțuiri de fapte logice. Un exemplu ar fi un hoț care, în mod firesc, păstrează, chiar şi pentru un scurt timp, lucrul ce a făcut obiectul furtului; această reținere a lucrului furat, după furt, fiind urmarea necesară și logică, calificarea de tăinuire a lucrurilor nu ar putea fi reținută împotriva autorului furtului; aceste două calificări fiind incompatibile. Conform aceleiași idei, calificarea de omisiune de salvare a unei persoane care se află în pericol este incompatibilă cu cea de violențe sau ucidere, atât timp cât atingerea intenționată adusă integrității fizice sau vieții altei persoane implică în mod necesar absența oricărui ajutor în caz de pericol.[873] Dar, aparent, jurisprudența franceză decide contrariul cu privire la spălarea banilor, care nu este decât o formă specială de tăinuire a lucrurilor.[874]

O altă soluție precizează o soluție conform căreia conflictul de calificări poate fi rezolvat prin *teoria calificărilor absorbante*. Conform acestei teorii, este posibil ca printre calificările în concurs, una să apară preponderentă, astfel încât aceasta o absoarbe pe cealaltă

[873] Situația este diferită dacă violențele au provocat moartea în mod preaterintenționat, Curtea de Casație, Secția penală, 24 iunie 1980 : Buletin de jurisprudență n° 202, disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr, consultată la 16.01.2016

[874] Curtea de Casație,Secția penală 14 ian. 2004 : Bul. n° 12 ; 20 feb. 2008 : Bul. n° 43 ; 2 iunie 2010 : Bul. n° 199 ; această soluție este contrară literei art. 324-1, al. 1, care vizează, în mod expres, spălarea banilor și veniturilor „autorului unei crime sau al unui delict", subînțelegându-se astfel o condiție „de alteritate", v. P. Cazalbou, Étude de la catégorie des infractions de conséquence : contribution à une théorie des infractions conditionnées, th. Toulouse 1, 2014) *apud* François Rousseau Cours de droit pénal général, op.cit.p.15

calificare secundară. Preponderența une calificări poate, în primul rând, să rezulte din adagiul *specialia generalibus derogant.*[875]

În sfârșit, din punct de vedere al oportunității de rezolvare a acestui conflict, a fost luată în considerare *regula celei mai înalte calificări penale*. Acesta este un criteriu stabilit de jurisprudență și se bazează pe pure considerații de oportunitate represivă. Este vorba de *criteriul celei mai înalte calificări penale,* ce constă în privilegierea calificării ce atrage pedeapsa cea mai severă. De aceea uneori se întâmplă în jurisprudență, cu privire la pedeapsa atrasă, să se privilegieze calificarea de fals agravat în locul celei de escrocherie, chiar dacă finalitatea actului infracţional a fost escrocheria. Trebuie, așadar, în practică, să se respecte reguli raționale, păstrând de asemenea spiritul severității pedepselor în concurs. Considerăm că soluția nu este foarte satisfăcătoare cu privire la exigența previzibilității și echității normei penale. Situația se cere a fi analizată și în conformitate cu scopul pe care îl are delincventul atunci când comite actele infracționale. Se impune o analiză echitabilă și complexă. Fiecare individ va primi ceea ce merită în final, fără a fi necesar să primească cea mai grea pedeapsă prin intermediul celei mai grave/înalte calificări.

În opinia noastră, în primă instanță, criteriile de echitate sunt cele care ar trebui să guverneze regulile raţionale de rezolvare a acestor conflicte care au fost luate deja în considerare de către doctrină și de către jurisprudență. Trebuie să existe o bază comună, așa cum este necesară temperarea oportunității represive. Necesitatea de a se obține ca rezultat: o situație justă este, de fapt, un scop nobil.

B.b) Excepțiile de la non-cumulul de calificări. Faptă unică și pluralitate de valori atinse

Prin excepție de la principiul non-cumulului de calificări, se înţelege că jurisprudența admite cumulul calificărilor pentru o faptă materială cât timp aceasta aduce atingere unor interese juridice sau valori sociale distincte. Secţia penală a Curţii de Casaţie a dat această soluție cu ocazia hotărârii *Ben Haddadi*.[876] În această cauză, un individ a aruncat o grenadă într-un bar, pentru a ucide persoanele care se aflau acolo. Grenada defectuoasă neexplodând, acesta a fost urmărit sub dubla calificare de tentativă de omor și tentativă de distrugere a

[875] De exemplu calificarea de administrare de substanțe nocive care nu este nici mai mult nici mai puțin decât o formă specială de violență și care va absorbi așadar calificarea de violențe.

[876] Curtea de Casaţie, Secţia penală, 3 martie 1960.Bul. n° 138, disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr, consultată la 16.01.2016

bunului altei persoane prin exploziv. Acest cumul de calificări a fost contestat, dar Secţia penală va valida soluţia, explicând că autorul aruncării grenadei a fost animat în momentul faptelor de *intenţii esenţialmente diferite*. Aceasta concluzionează deci că nu este vorba, în acest caz, de aplicarea a două calificări pentru o aceeaşi faptă, ci comiterea simultană a două infracţiuni prin realizarea aceleiaşi fapte. Această posibilă dedublare de infracţiuni pornind de la o singură faptă materială poate fi concepută, atâta timp cât această unică faptă aduce atingere unor valori sociale distincte.

Urmând aceeaşi logică de raţionare, jurisprudenţa a acceptat, pentru o aceeaşi faptă materială, să cumuleze calificarea de violare a secretului profesional, atingere adusă încrederii în profesie, cu cea de defăimare, atingere adusă onoarei, sau chiar cea de corupţie activă, atingere a integrităţii publice, cu cea de abuz asupra bunurilor sociale, atingere a bunurilor. Această soluţie nu este contrară dreptului european cât timp calificările astfel cumulate sunt constituite din *elemente clar diferite* conform Curţii europene.[877]

În lumina echităţii, identificarea intereselor protejate de infracţiune, pe de o parte, şi întrebarea dacă sunt suficient de diferite pentru a justifica cumulul, pe de altă parte, poate uneori releva aspecte sensibile. Rezonant din acest punct de vedere este exemplul în care jurisprudenţa autorizează, pornind de la aceleaşi fapte, cumulul calificărilor de ucidere, sau vătămare corporală din culpă cu cele de nerespectare a regulilor de igienă şi de securitate în muncă.[878] Însă putem concluziona că toate aceste calificări protejează integritatea fizică a persoanelor. În plus, jurisprudenţa admite soluţia constantă de cumul de calificări spre exemplu sub forma de arestare, răpire şi sechestrare, comise de aceeaşi persoană.

De fapt, viziunea este următoarea: o *faptă unică* ce constituie un cumul ideal de infracţiuni poate primi *mai multe calificări penale diferite*, cât timp acestea nu prezintă între ele nici o incompatibilitate şi sunt susceptibile a fi aplicate în mod concurent fără a aduce atingere principiului *ne bis in idem*.[879] Hotărârea Secţiei penale a Curţii de Casaţie franceze

[877] C.E.D.O. 30 iul. 1998, *Oliveira c./Elveţia*, disponibilă pe: hudoc.echr.coe.int, consultată la 16.01.2016

[878] Curtea de Casaţie, Cass.Crim. 13 sept. 2005 : Bul. n° 224 ; RSC 2006, p. 334, obs. A. Cerf-Hollender, disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr, consultată la 16.01.2016

[879] Decizia Ben Haddadi -Crim. 3 martie 1960 : Bul. n° 138: un individ aruncase o grenadă într-un bar pentru a ucide persoanele care se aflau acolo. Grenada defectuoasă neexplodând, a fost acuzat sub dubla calificare de tentativă de asasinat şi de tentativă de distrugere a bunurilor altuia prin exploziv. Acest cumul de calificări a fost contestat, însă Secţia penală a Curţii de Casaţie va aproba aceasta, explicând că autorul aruncării grenadei era însufleţit în momentul faptelor de către intenţii esenţialmente diferite. Aceasta concluzionează aşadar că nu

din 1997 reține „că nu se aduce atingere regulii *non bis in idem* prin *urmăriri concomitente* legate de corupție și complicitate sau tăinuirea unui abuz de bunuri sociale conținând sau având elemente constitutive diferite, cât timp conform articolelor 5 din vechiul Cod penal francez și articolului 132-3 din actualul Cod penal s-a pronunțat o singură pedeapsă. ”[880] Exemple mai recente ale jurisprudenței sunt hotărârile Curții de Casație din 2004 care stabilesc că „a comis, în mod cumulativ, un delict de publicitate de natură a induce în eroare și cel de înșelăciune, operatorul de turism care a difuzat o reclamă ce conținea afirmații false, sau de natură a induce în eroare și care, în mod voluntar, înșeală părțile contractante cu privire la natura prestațiilor furnizate.”[881]

În alți termeni, este necesară existența unei proporționalități a pedepsei pronunțate în final, chiar dacă aceasta se bazează pe urmăriri penale concomitente. În ceea ce privește pedepsele multiple, din punct de vedere al proporționalității pedepselor, regula echitabilă este non cumulul de pedepse care au aceeași natură.

---

există în acest caz aplicarea a două calificări pentru aceeași faptă, ci comiterea simultană a două infracțiuni prin realizarea aceleiași fapte. Această posibilă dedublare de infracțiuni pornind de la o singură faptă materială poate fi concepută atâta timp cât această unică faptă aduce atingere unor valori sociale distincte.

[880] Curtea de Casaţie,Secţia penală, 27oct. 1997, *Bul.jurisp.pen*.nr.352- www.legifrance.gouv.fr, consultată la 16.01.2016

[881] Curtea de Casaţie, Secţia penală.4 mai 2004, *Bul.jurisp.pen*.nr.105- www.legifrance.gouv.fr, consultată la 16.01.2016

Secţiune 2. Echitatea pedepselor, principiul ne bis in idem şi pedepsele cumulative

A. Aspecte din dreptul penal român

Dacă raportăm principiul *ne bis in idem* la ceea ce presupune echitatea în justiţia penală, în opinia noastră, aceasta include şi necesitatea respectării dreptului fundamental al cetăţenilor de a nu suporta aplicarea mai multor pedepse pentru aceeaşi faptă. Problematica este însă mai complexă si nu se reduce la principiul *ne bis in idem.*

Situaţie asemănătoare cu cea din dreptul penal francez, în dreptul penal român există si cazuri de cumul al pedepselor, ca spre exemplu în caz de **a)** concurs de infracţiuni, cumulul închisorii cu amenda, **b)** adăugarea sporului obligatoriu de o treime din totalul celorlalte pedepse stabilite la pedeapsa cea mai grea, **c)** cumulul pesepsei principale cu pedepsele complementare şi accesorii, sau **d)** cumulul pedepselor complementare, pedepsele accesorii şi măsurile de siguranţă în caz de pluralitate de infracţiuni.

A.a) Concursul de infracţiuni, cumulul închisorii cu amenda şi echitatea

Este cunoscut faptul că, în cazul concursului de infracţiuni, operaţiunea de individualizare judiciară presupune stabilirea pedepsei pentru fiecare infracţiune concurentă, aplicarea pedepsei rezultante şi alegerea modalităţii de executare a acesteia, determinări pe care instanţa de judecată le realizează, conform art. 74 Cod penal, prin luarea în considerare a naturii, numărului şi gravităţii infracţiunilor aflate în concurs şi a datelor care îl caracterizează pe infractor.

În ceea ce priveşte sancţionarea concursului de infracţiuni, în legislaţiile penale şi în ştiinţa dreptului penal sunt cunoscute trei modalităţi de aplicare a pedepselor principale şi anume: sistemul absorbţiei (spre exemplu în Codul penal român, atunci când pentru cel puţin una dintre infracţiuni se aplică detenţiunea pe viaţă), cumulul juridic, folosit în prezent ca regulă generală în legislaţia noastră penală şi sistemul *cumulului aritmetic,* care constă practic în însumarea matematică a pedepselor respective pentru fiecare faptă din concursul de infracţiuni.

Cumulul aritmetic în cazul concursului de infracţiuni este inechitabil, din punctul nostru de vedere, pentru că este excesiv de represiv, astfel că el nu coincide cu principiul

umanismului dreptului penal,[882]componentă esenţială a echităţii în dreptul penal substanţial, deoarece, prin însumarea pedepselor, s-ar putea depăşi limita maximului general al pedepsei închisorii sau al amenzii.

În dreptul penal român, dacă în vechiul Cod penal din 1968, în cazul concursului de infracţiuni, se aplica pedeapsa închisorii la care instanţa *putea* adăuga amenda în tot, sau în parte, se pare că a fost instituit *cumulul aritmetic obligatoriu*, în cuprinsul art.39 lit.d) şi lit.e) al Codului penal actual, prin prevederea cumulării obligatorii a pedepselor închisorii cu amenda. În opinia noastră, printr-o analiză prin prisma dezideratului echităţii a acestui segment de lege, cumularea pedepselor în sensul în care ea este prevăzută, nu corespunde sensului represiunii penale. Represiunea penală nu trebuie să fie văzută doar ca simplă suportare a unui rău de către vinovat pentru că acesta a produs, la rândul său, un rău, prin încălcarea normei penale, ci trebuie să asigure şi constrângerea şi reeducarea infractorului. Toate acestea se pot realiza numai prin aplicarea şi executarea unei pedepse just determinate ca natură şi într-un cuantum echilibrat.

Cu privire la această ipoteză de cumul, considerăm că, *de lege ferenda*, legiuitorul ar trebui să modifice textul de lege, în sensul prevederii aplicării numai a cumulului facultativ al pedepselor cu închisoarea, în cazul în care, în urma individualizării judiciare, în baza criteriilor generale şi speciale privind gravitatea efectivă a faptelor în concurs şi personalitatea infractorului, pedeapsa se impune a fi privativă de libertate, sau în sensul aplicării numai a cumulului facultativ al pedepselor pecuniare în cazul în care, tot în urma individualizării concrete, se apreciază că s-ar justifica numai o pedeapsă de această natură.[883] Ideea este aceea a evitării cumulării pedepselor de natură diferită, cuantumul pedepselor cu închisoarea, sau cu amenda putând fi unul amplificat, în măsura în care este justificat de gravitatea faptelor în concurs şi de reaua credinţă a infractorului care persistă în activitatea infracţională, astfel pedeapsa îşi păstrează gradul de severitate, însă în interiorul categoriei de sancţiuni, de aceeaşi natură, ea putând fi aplicată de judecător în condiţiile în care acesta apreciază că se impune raportat la cazul concret.[884]Argumentarea este valabilă şi în ipoteza

[882] Prin însumarea aritmetică a pedepselor se poate ajunge la o pedeapsă rezultantă care depăşeşte durata vieţii infractorului şi care poate fi în opinia noastră interpretată ca fiind inumană.

[883] Bineînţeles, în limita maximului general al închisorii, respectiv a maximului general al pedepsei amenzii.

[884] Cu prire la aplicarea pedepsei amenzii pe lângă pedeapsa închisorii, care este reintrodusă în Codul penal român, ca opţiune conferită de lege, judecătorului, în cazul infracţiunilor prin care s-a urmărit obţinerea unui

prevăzută în art.39 alin.(1) lit.e) Cod penal.În această situaţie contopindu-se în primă fază între ele pedepsele din aceeaşi specie stabilite pentru infracţiunile concurente conform regulii cumulului juridic, iar la rezultanta pedepselor cu închisoarea se adaugă în întregime rezultanta amenzilor, în final se efectuează tot un cumul al unor pedepse rezultante care de fapt sunt de natură diferită, pe care îl considerăm prea represiv prin prisma scopului reintegrării condamnatului (aceasta riscă să fie periclitată) şi a caracterului uman al pedepsei.

Mai mult, executarea împreună a două pedepse de natură diferită, închisoare şi amendă, este posibilă şi ca urmare a înlăturării beneficiului graţierii. Caracterul eterogen al pedepselor este considerat a fi lipsit de relevanţă şi nu constituie un impediment în aplicarea textului de lege conform căruia săvârşirea unei noi infracţiuni, cu intenţie, în curs de 3 ani de la graţiere, pedeapsa graţiată se va executa alături de pedeapsa aplicată pentru noua infracţiune, iar incidenţa acestei prevederi legale nu este condiţionată de condamnarea făptuitorului pentru noua infracţiune, tot la pedeapsa închisorii.[885]

A.b) Cât de echitabil este sporul obligatoriu de o treime din totalul celorlalte pedepse stabilite, ce se adaugă la pedeapsa cea mai grea?

Un alt elementul de noutate, cu efecte practice de agravare a regimului sancţionator pentru infractor, constă în aceea că aplicarea sporului de pedeapsă nu mai este facultativă, durata acestuia nemaifiind lăsată la aprecierea instanţei, aşa cum prevedea art. 34 alin. 1 lit. b din vechiul Cod penal, ci se aplică în mod obligatoriu şi are durată fixă, respectiv o treime din totalul celorlalte pedepse cumulate aritmetic. Considerăm că este o modalitate prea represivă de individualizare a pedepselor, cu atât mai mult cu cât se tinde spre recuperarea socială a delincvenţilor, iar nu spre pierderea şi uitarea lor, în lumea penitenciarelor.

Cu toate acestea, recent, Curtea Constituţională a respins o excepţie de neconstituţionalitate ce viza prevederile art. 39 alin. (1) lit. b) din Codul penal prin care se argumenta că textul criticat încalcă dispoziţiile constituţionale ale art. 23 alin. (12) referitor la libertatea individuală.[886] În context, Curtea a argumentat cu privire la cuantumul pedepsei

folos patrimonial în baza argumentului unei combateri eficiente a criminalităţii care are ca scop principal înavuţirea.

[885] G.Bodoroncea în G.Bodoroncea, V.Cioclei (coord.) Codul penal.Comentariu pe articole, op.cit.p.129

[886] Decizia Curții Constituționale nr. 782 din 17 noiembrie 2015 publicată în M.Of.al României nr. 50 din data de 22 ianuarie 2016 , consultată la 16.02.2016

rezultante ce urmează a fi executată cu faptul că se face o limitare prin dispoziţiile art. 60 din Codul penal, *aceasta neputând fi mai mare de 30 de ani de închisoare*. Curtea a reţinut că, deoarece comiterea mai multor infracţiuni de către aceeaşi persoană demonstrează o perseverenţă infracţională, sunt necesare sisteme de sancţionare adecvate pentru asigurarea constrângerii şi reeducării, iar reglementarea acestora nu trebuie să se facă decât cu respectarea Constituţiei. Libertatea individuală *nu are caracter absolut*, ea trebuind să fie exercitată cu respectarea normelor caracteristice ordinii de drept, încălcarea acestor norme legitimează legiuitorul să reglementeze, în funcţie de gravitatea actelor infracţionale, norme penale care vizează libertatea persoanei. Aceste prevederi legale penale trebuie să fie strict delimitate şi condiţionate, astfel încât să se respecte libertatea individuală. Curtea a constatat că "normele criticate permit o individualizare judiciară a pedepsei principale (rezultante) în caz de concurs de infracţiuni „în condiţiile şi în temeiul legii", potrivit art. 23 alin. (12) din Legea fundamentală, o garanţie împotriva unei eventuale ingerinţe arbitrare a judecătorului în libertatea individuală reprezentând-o limita generală a pedepsei închisorii impusă de lege. Dacă sporul obligatoriu ar depăşi limita generală a pedepsei închisorii impusă de lege, aceasta se va reduce corespunzător.[887]

Având în vedere argumentarea instanţei Constituţionale, ne punem întrebarea următoare: dacă există limitarea cu privire la cuantumul pedepsei rezultante în cuprinsul art.60 Cod penal, care nu permite depăşirea a 30 de ani închisoare în ipoteza dată şi impune reducerea corespunzătoare a pedepsei, în cazul în care sporul obligatoriu ar depăşi limita generală a pedepsei închisorii prevăzută de lege, atunci care mai este scopul acestui spor obligatoriu? Cu alte cuvinte, legea penală şi Constituţia permit judecătorului să aprecieze un cuantum al pedepsei în funcţie de cazul şi de persoana concret/ă, astfel încât să rezulte o pedeapsă echitabilă şi efectiv încadrată în limitele legale, dar pe de altă parte, tot legea penală impune reţinerea unui spor, ca mai apoi să limiteze totuşi limita maximă a pedepsei pe care judecătorul ar putea-o aplica în final. Din punctul nostru de vedere este o reglementare destul de confuză, personal nu vedem sensul existenţei sporului obligatoriu, ci considerăm că mai degrabă logica argumentării Curţii constituţionale ar justifica menţinerea vechii reglementări,

[887] A se vedea Decizia Curții Constituționale nr. 782 din 17 noiembrie 2015 publicată în M.Of.al României nr. 50 din data de 22 ianuarie 2016, consultată la 16.02.2016

în baza căreia sporul era facultativ, deoarece conferea într-adevăr o marjă de apreciere, mai echitabilă, judecătorilor.

A.c) Echitatea şi cumulul pedepsei principale cu pedepsele complementare şi accesorii

Precum susţinea un autor:[888] "ca natură juridică, interzicerea unor drepturi este o specie a aceluiaşi gen în raport cu pedeapsa principală întrucât ea se poate aplica numai pe lângă închisoare, sau detenţiune pe viaţă. Privaţiunea de libertate nefiind la rândul său decât o interzicere temporară, sau perpetuă a unui alt drept, dreptul la libertate."

Pedepsele complementare se aplica numai pe lângă o pedeapsa principală. Pedepsele accesorii sunt pedepse alăturate, accesorii ale pedepselor principale. În actualul Cod penal cumulul pedepsei accesorii cu pedeapsa principală este lăsată la aprecierea judecătorului. În acest sens constatăm o lărgire a prerogativelor judecătorilor[889] de a determina, când este necesar, acest cumul al pedepselor accesorii, sau complementare,cu pedeapsa principală, exceptând cazurile când este obligatorie interzicerea unor drepturi ca de exemplu în cazul aplicării detenţiunii pe viaţă. Lăsarea la aprecierea instanţei a aplicării pedepselor accesorii se abate de la noţiunea în sine de accesoriu, care presupune strict voinţa legiuitorului, însă considerăm că această marjă de apreciere, conferită magistraţilor, este echitabilă şi necesară,

[888] Flaviu Ciopec, op.cit.p.342

[889] În forma sa iniţială, art.71 al Codului penal de la 1968 prevedea că aplicarea pedepsei detenţiunii pe viaţă, sau a închisorii atrăgea de drept interzicerea drepturilor din momentul rămânerii definitive a hotărârii de condamnare şi până în momentul executării pedepsei, până la graţierea totală, sau parţială a acesteia, sau până la împlinirea termenului de prescripţie a executării acesteia. Judecătorul nu putea aprecia sun nicio formă necesitatea aplicării pedepsei accesorii respective, principiul legalităţii avea o conotaţie absolută şi rigidă. După condamnarea României la C.E.D.O., (Cauza *Sabou şi Pârcălab c.România din 7 septembrie 2004 şi Cauza Cumpănă ţi Mazăre c.României din 17 decembrie 2004) s-a emis Legea 278/2006 care limita aplicarea de drept a pedepselor accesorii numai la sfera dreptului de a alege, de a fi ales şi la dretptul de a ocupa o funcţie, sau profesie de natura aceleia de care s-a folosit condamnatul pentru a comite infracţiunea. Pe această cale drepturile părinteşti şi dreptul de a fi tutore sau curator au intrat în marja de apreciere a judecătorilor, stabilindu-se criterii de individualizare în acest sens (art.71 alin.(3). Motivul a fost acela că datorită aplicării automate a interzicerii acestor din urmă drepturi a condus în practica instanţelor la situaţii absurde prin care se aplicau efectiv unor infractori care nu aveau ab initio calitatea de părinţi, sau tutor(spre ex. Curtea de Apel Suceava, Secţia penală, decizia nr.94/1999). Instanţa supremă şi-a fundamentat raţionamentul pe principiul proporţionalităţii care îşi găseşte expresia specifică în criteriile generale de individualizare în raport cu care, la stabilirea şi aplicarea pedepselor, de orice fel, trebuie să se ţină seama de gradul de pericol social abstract, cum este el determinat în lege, dar şi de împrejurările concrete ale faptei şi trăsăturile care îl caracterizează pe infractor* -a se vedea Flaviu Ciopec, op.cit.pp.346-347.

în virtutea respectării principiului proporţionalităţii ingerinţei în drepturile şi libertăţile indivizilor prin adiţionarea acestor pedepse la pedeapsa principală.[890]

Dacă în vechiul Cod penal român, deosebirea între aplicarea de drept şi cea facultativă era efectuată pe criteriul conţinutului drepturilor interzise, astfel condamnarea la închisoare, sau detenţiune pe viaţă atrăgea *ope legis* interzicerea drepturilor cuprinse în art.64 alin. (1) lit.a)-c), pe când interzicerea drepturilor prevăzute la art.64 alin (1) lit.d) şi e) era lăsată la aprecierea judecătorilor care analizau în baza criteriilor individualizării judiciare, în actualul Cod penal român, aplicarea pedepsei închisorii atrage interzicerea exerciţiului drepturilor prevăzute la art.66 alin.(1) lit.a)-b) şi lit. d)-o) ca pedeapsă accesorie numai dacă exerciţiul acestor drepturi a fost interzis de judecător şi ca pedeapsă complementară.

Aşadar, cumulul pedepselor accesorii cu pedeapsa principală este aplicat *ope iudicis,* întrucât pedepsele complementare sunt lăsate la aprecierea instanţei, care le aplică în funcţie de natura şi gravitatea infracţiunii în cauză şi de personalitatea infractorului, conform art.67 alin.(1).[891] Pe de altă parte, însă, dacă pedeapsa principală care se aplică va fi detenţiunea pe viaţă, judecătorul va fi obligat să interzică cel puţin două drepturi ca pedeapsă accesorie, această aplicare nefiind condiţionată de interzicerea respectivelor drepturi ca pedeapsă complementară. Şi potrivit Codului penal anterior, art.71 alin (2) condamnarea la detenţiunea pe viaţă atrăgea de drept interzicerea drepturilor prevăzute la art.64 lit. a)-c), însă atrăgea această restricţie şi în ipoteza aplicării închisorii, pe când în actualul cod această ultimă ipoteză nu mai este valabilă. Până şi în contextul vechiului Cod, interzicerea drepturilor prevăzute la art.64 lit.a)-c) nu se facea global, ci în urma unui recurs în interesul legii[892], în care Înalta Curte a stabilit că dispoziţiile vechiului Cod penal art.71, referitoare la pedepsele accesorii, trebuiau interpretate în sensul că interzicerea drepturilor prevăzute la art.64 lit a) teza I – c) din vechiul Cod penal nu se face în mod automat, ci se va supune aprecierii

[890] Precum am putut observa pe parcursul prezentei lucrări ştiinţifice, situaţia opusă a ridicat controverse în dreptul penal francez, context în care pedepsele accesorii, se aplicau *ope legis* şi fără posibilitatea judecătorilor de a le individualiza propriu-zis, doctrina franceză a opinat că acest lucru încalcă principii esenţiale ca proporţionalitatea ingerinţei în drepturile şi libertăţile cetăţenilor, dar şi principiul individualizării, sau principiul pronunţării pedepsei de către un magistrat (le principe du prononcé- art.132-17 Cod penal francez – prin care s-au şi înlăturat pedepsele accesorii din legislaţia penală franceză).

[891] Cristian Mitrache în G.Antoniu, T.Toader (coord.) op.cit.p.45

[892] Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie., *Decizia LXXIV (74) din 2007* publicată în M.Of. nr.545 din 18 iulie 2008, consultată la 16.02.2016

instanţei în funcţie de criteriile stabilite în art.71 alin (3) vechiul Cod penal, fiind astfel *în acord cu proporţionalitatea şi necesitatea ingerinţei statului în exerciţiul drepturilor şi libertăţilor prevăzută în art.53 alin (2) al Constituţiei României*.[893]

În actualul Cod penal român aşadar, în mod echitabil, pedepsele accesorii constând în interzicerea unor drepturi se vor aplica în măsura în care aceleaşi drepturi au fost interzise ca pedeapsă complementară, iar cum interzicerea exerciţiului acestor drepturi ca pedeapsă complementară este sau obligatorie, sau facultativă, este logic că şi cele accesorii vor urma calea celor complementare.

În ceea ce priveşte chestiunea cumulului pedepsei principale cu pedepsele complementare ale interzicerii exerctării unor drepturi, acesta este echitabil numai în măsura în care instanţa constată că aceste pedepse complementare *sunt necesare*. Principiul necesităţii trebuie să fie respectat prin faptul că legea conferă judecătorului posibilitatea aplicării interzicerii unor drepturi, dacă pedeapsa principală stabilită este amenda sau închisoarea sau numai daca instanţa constată că, raportat la natura faptei, precum şi la gravitatea acesteia, la împrejurările cauzei şi persoana infractorului, pedeapsa complementară a interzicerii unor drepturi este realmente necesară. Se impune a fi respectă astfel cerinţa proporţionalităţii, aplicarea pedepsei complementare a interzicerii unor drepturi se dispune indiferent de cuantumul pedepsei principale, stabilirea drepturilor al căror exercitare va fi interzisă trebuind să decurgă din natura faptei comise, orice limitare în acest sens se cere proporţională cu scopul prevenirii săvârşirii de infracţiuni şi a necesităţii pedepselor complementare, componente esenţiale ale echităţii. Aplicarea pedepsei complementare a interzicerii unor drepturi este, însă, obligatorie atunci când legea prevede această pedeapsă, în mod expres pentru infracţiunea comisă. Aceasta din urmă este justificată de prevederea ei în lege,[894] astfel că judecătorul nu mai are de ales dacă o aplică, sau nu, legiuitorul a stabilit obligativitatea aplicării prin gravitatea abstractă pe care a estimat-o cu privire la infracţiunea reglementată.

Un alt cumul existent în dreptul penal român este cel din interiorul pedepselor complementare, mai exact cele prevăzute în cuprinsul art.66 alin.(3) care prevede că

[893] Cristian Mitrache în G.Antoniu, T.Toader (coord.) op.cit.p.46

[894] Art.67 alin.(2) Cod penal

interzicerea dreptului de a fi ales în autorităţile publice, sau în orice alte funcţii publice se dispune cumulativ cu interzicerea dreptului de a ocupa o funcţie care implică exerciţiul autorităţii de stat. Cumul justificat şi echitabil, deoarece, la o simplă analiză a prevederilor este lesne de înţeles că cele două prevederi nu fac altceva decât să se completeze logic una pe cealaltă.

În ceea ce priveşte degradarea militară prevăzută de art.69 Cod penal român, ca pedeapsă complementară obligatorie, sau facultativă, după caz, aceasta se diferenţiază de interzicerea unor drepturi, prevăzută de art.66 Cod penal, degradarea militară nu presupune o acţiune temporară, pierderea drepturilor vizate este perpetuă.

Considerăm că până şi în situaţia condamnării definitive la o pedeapsă cu închisoarea mai mare de 10 ani, sau detenţiunea pe viaţă, când degradarea militară este obligatorie potrivit legii, ar fi echitabil ca, *de lege ferenda*, legiuitorul să prevadă expres limitarea în timp a aceastei pedeapse complementare. Cu siguranţă, condiţia existenţei unei condamnări printr-o hotărâre definitivă înlătură orice îndoială cu privire la nevinovăţia condamnatului, militar în activitate, rezervist, sau în retragere, acesta fiind declarat vinovat în urma unui proces contradictoriu şi în baza unui probatoriu solid, însă, rolul pedepsei este, să nu uităm şi unul care ajută, în cele din urmă, la revenirea şi reintegrarea infractorului în societate. Din punctul nostru de vedere, fie ea chiar şi justificată de gravitatea faptelor, această degradare nu ar trebui să aibă în niciun caz un caracter perpetuu, deoarece este susceptibilă să genereze astfel, prin cumularea ei cu pedeapsa principală, o diminuare a încrederii celui vizat în justiţia penală, astfel încât i se anulează accesul ipotetic la adevărata căinţă, prin suportarea de către acesta a dezonoarei pierderii definitive a gradului său militar. Mai mult, degradarea militară se dispune obligatoriu în cazul infracţiunilor grave pentru care este necesară aplicarea pedepsei cu închisoarea mai mare de 10 ani sau detenţiunea pe viaţă, neavând vreo importanţă felul ori forma de vinovăţie cu care s-a comis infracţiunea.[895] Considerăm că se impune totuşi a i se permite judecătorului o apreciere a tuturor factorilor, iar intenţia, sau forma de vinovăţie este unul dintre detaliile care fac diferenţa în cadrul unei juste individualizări judiciare. Legea este în această situaţie prea rigidă, în contextul în care se vrea o pedepsire echitabilă şi adaptată cazului concret.

[895] Cristian Mitrache în G. Antoniu, T.Toader (Coord.) op.cit.p.65

Propunem aşadar ca posibilitatea recuperării gradului militar să fie reglementată de către legiuitor în mod expres, legea putând să prevadă necesitatea respectării unor condiţii stricte de către cel vizat, pentru a-şi redobândi gradul militar. Cu alte cuvinte, recuperarea gradului militar să fie posibilă numai după constatarea existenţei unor dovezi solide de redresare socială a condamnatului şi după reabilitarea judecătorească, sau de drept a acestuia.[896]

Cu alte cuvinte, în numele echităţii, nu militäm împotriva cumulului în sine a pedepsei principale cu pedeapsa complementară a degradării militare, ci împotriva efectului definitiv şi perpetuu pe care îl presupune această degradare. Cu atât mai mult cu cât pierderea gradului militar şi a dreptului de a mai purta uniformă operează din momentul în care hotărârea de condamnare dobândeşte putere de lucru judecat, excepţie de la regula potrivit căreia pedepsele complementare intră în acţiune după terminarea executării pedepsei principale privative de libertate căreia i se adaugă.[897]

Dacă în Codul penal francez, pedepsele sunt clasificate în principale, complementare şi alternative, pedepsele accesorii fiind suprimate, precum se poate deduce din cuprinsul art.132-17 Cod penal francez conform căruia: "nicio pedeapsă nu poate fi aplicată dacă nu a fost în mod expres pronunţată de instanţă", iar cum pedepsele accesorii operează *ope legis*, dispoziţia acestui articol e interpretată de literatura de specialitate franceză[898] în sensul abandonării sistemului pedepselor accesorii, în Codul penal român, cumulul pedepselor accesorii cu pedepsele principale cu închisoarea reprezintă regula.

---

[896] Ca efect al reabilitării, legea penală prevede că nu este obligatorie reintegrarea în funcţia din care condamnatul a fost scos în urma condamnării, ori de redare a gradului militar pierdut. *Per decutionem*, în cazul reabilitării este posibil ca efectele degradării militare să fie înlăturate, iar fostul condamnat să poată redobândi gradul militar pierdut în urma condamnării? Echitabilă ar fi o precizare a legii în acest sens, deoarece legea trebuie să fie clară şi concisă. De asemenea, raţionamentul poate fi aplicat şi în situaţia unei amnistii după condamnare, sau a unei graţieri. Dacă prin amnistie se înlătură consecinţele condamnării penale, atunci este logic ca aceasta să înlăture şi degradarea militară, iar prin actul de graţiere se poate totuşi prevedea o înlăturare a efectelor pedepselor complementare, chiar dacă aceasta din urmă nu are efect asupra pedepselor complementare deoarece art.160 alin (2) Cod penal prevede că graţierea nu are efect asupra pedepselor complementare, *în afară de cazul când se dispune altfel prin actul de graţiere*. Dacă această soluţie rămâne la nivelul uneia consacrate indirect se încalcă astfel principiul clarităţii legilor penale şi este afectată echitatea justiţiei penale în ceea ce priveşte soarta condamnaţilor, periclitându-se obiectivul reintegrării şi recuperării lor sociale.

[897] V. Paşca op.cit.p.466

[898] J.Pradel, op.cit.pp.508-509

În dreptul penal român, pedepsele accesorii sunt interdependente cu pedepsele complementare, pot fi interzise ca pedepse accesorii numai acele drepturi a căror exercitare a fost interzisă ca pedeapsă complementară. Putem observa că legea penală română prevede un cumul *in extenso* al pedepselor principale cu închisoarea cu pedepsele accesorii, care continuă în şirul executării propriu-zise cu pedepsele complementare de aceeaşi natură. Cu alte cuvinte se cumulează pedepsele principale cu cele accesorii şi complementare, cu anumite excepţii în funcţie de situaţia concretă. Cumulul se justifică deoarece pedepsele accesorii sunt secundare, fiind alăturate efectiv pedepsei principale pe care o însoţesc, ele se execută începând cu rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare, în paralel cu pedeapsa principală, fiind continuate de cele complementare după momentul considerării ca executate, sau executării pedepsei principale privative de libertate. Continuitatea ce caracterizează acest cumul este justificată prin *necesitatea sprijinirii de către sistemul sancţionator penal a infractorului în redresarea sa, dar şi prin menţinerea unui control necesar asupra evoluţiei condamnatului.* Cu alte cuvinte, în opinia noastră, acest cumul trebuie interpretat ca fiind *în favoarea recuperării sociale a condamnatului* şi deci echitabil, deoarece conferă o şansă sigură pentru o reuşită în redresarea socială a acestuia, progresul său trebuind să fie controlat în mod constant de către organele abilitate în acest sens.

Din perspectiva rolului moral al sancţiunii penale, considerăm de asemenea justificat caracterul obligatoriu al pedepselor accesorii care constau în interzicerea exercitării unor drepturilor de a fi ales în autorităţile publice, sau în orice funcţii publice, ori de a exercita o funcţie care implică exercţiul autorităţii de stat prin prisma incompatibilităţii unei persoane condamnate penal la o pedeapsă privativă de libertate cu exigenţele existente pentru slujirea interesului public.Interzicerea acestora dispunându-se chiar dacă ele nu au fost interzise ca pedepse complementare în cauză.[899] S-a decis şi în practica judiciară[900] că aplicarea pedepsei accesorii a interzicerii drepturilor electorale să fie realizată numai în baza unei hotărâri definitive a instanţei, după ce a fost pusă în discuţie în contradictoriu, în prealabil şi numai după examinarea împrejurării că interdicţia respectă principiul proporţionalităţii. S-a apreciat că, din moment ce inculpatul nu are discernământul şi maturitatea respectării dreptului la viaţă al celor mai apropiaţi semeni (acesta comiţând infracţiunea de omor asupra fratelui său),

[899] V. Paşca op.cit.p.468

[900] Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, Secţia penală, decizia nr.623 din 2 februarie 2007, disponibilă în Buletinul Jurisprudenţei. Culegere de decizii pe anul 2007, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2008

se impune în mod rezonabil concluzia că nu este în măsură nici să aprecieze asupra modului cum trebuie guvernată ţara. Prin urmare, este proporţională şi justificată măsura interzicerii drepturilor electorale pe durata executării pedepsei.[901]Prin analogie, considerăm, cu atât mai mult, că este echitabilă şi proporţională şi interzicerea acestor drepturi ca pedepse complementare.

În egală măsură, aplicarea pedepsei principale a detenţiunii pe viaţă justifică aplicarea *ope legis* a pedepselor accesorii a interzicerii tuturor drepturilor din cuprinsul art.65 Cod penal. Este vorba despre infracţiuni grave precum denotă şi pedeapsa incidentă, astfel că, este echitabil şi moral cumulului detenţiunii pe viaţă cu interzicerea drepturilor prevăzute în art.65 cod penal.

A.d) Cumulul pedepselor complementare, pedepsele accesorii şi măsurile de siguranţă în caz de pluralitate de infracţiuni

Spre deosebire vechiul Cod penal român din 1968, care reglementa regimul aplicării pedepselor complementare şi a măsurilor de siguranţă numai în cazul concursului de infracţiuni, actualul Cod penal le reglementează în raport cu toate formele pluralităţii de infracţiuni în cuprinsul articolului 45. În plus, acesta reglementează şi regimul aplicării pedepselor accesorii în cazul pluralităţii de infracţiuni.[902]

Regula este următoarea: cumulul se aplică în dreptul penal român în cazul pedepselor complementare de natură diferită sau chiar de aceeaşi natură, dar cu conţinut diferit, iar cazul în care s-au stabilit mai multe pedepse complementare de aceeaşi natură şi cu acelaşi conţinut: dacă există concurs de infracţiuni sau pluralitate intermediară, se aplică principiul absorbţiei pedepselor complementare, aplicându-se cea mai grea dintre acestea; dacă există recidivă, indiferent că este postcondamnatorie sau postexecutorie, dacă pe lângă pedeapsa care constituie primul termen al recidivei a fost aplicată şi o pedeapsă complementară de aceeaşi natură şi cu acelaşi conţinut cu pedeapsa complementară aplicată pentru noua infracţiune se va aplica sistemul cumulului pedepselor în sensul că partea neexecutată din pedeapsa complementară anterioară se adaugă la pedeapsa stabilită pentru noua infracţiune.

---

[901] *Ibidem*

[902] Cristinel Ghigheci, *Drept penal. Parte generală*, studiu disponibil pe pe www.inm-lex.ro, consultat la 25.05.2016

În cazul contopirii ulterioare a pedepselor principale aplicate pentru infracţiuni concurente, partea din pedeapsa complementară executată până la data contopirii se scade din durata pedepsei complementare aplicate pe lângă pedeapsa rezultantă.[903]

În privinţa pedepselor complementare de aceeaşi natură şi cu acelaşi conţinut, legea penală actuală prevede sistemul cumulului aritmetic în cazul recidivei postcondamnatorii. Astfel, legiuitorul este consecvent în privinţa sistemului de sancţionare, regimul fiind acelaşi cu cel prevăzut pentru pedeapsa principală. Bineînţeles, echitatea cumulului se verifică prin respectarea regulii conform căreia alăturarea pedepselor complementare nu trebuie să depăşească maximul general de 5 ani al pedepsei complementare prevăzute de art. 66 alin. (1) al Codului penal actual român.

Cu privire la măsura de siguranţă a confiscării speciale, Codul penal prevede un regim derogatoriu de la sistemul absorbţiei. Astfel, în cazul în care au fost luate mai multe măsuri de siguranţă dintre cele prevăzute de actualul Cod penal în art. 112, acestea se vor cumula. Ca excepţie de la această regulă finală, putem aprecia că, dacă este vorba despre acelaşi bun, cu identitate materială strictă, a cărui confiscare s-a dispus separat în considerarea mai multor infracţiuni, nu va mai fi totuşi posibilă operarea unui cumul, bunul putând fi confiscat doar o singură dată. Dacă se dispune măsura de siguranţă a internării medicale, iar pentru altă infracţiune obligarea la tratament medical, se va executa doar măsura internării medicale, motivele fiind de altfel şi practice, deoarece internarea medicală presupune un tratament medical.[904] Cumularea măsurilo de siguranţă este echitabilă în măsura în care se respectă anumite limite. Este adevărat că acestea sunt doar măsuri de siguranţă, însă ele au rolul şi impactul unor veritabile pedepse.

În dreptul penal român, principiul legalităţii pedepsei, pe care noi îl vedem ca fiind o componentă a principiului echităţii, implică, pentru legiuitorul român, stabilirea speciei de pedeapsă pentru specificul fiecărei infracţiuni în parte. Ca regulă generală, în dreptul penal român, legea poate stabili o singură specie de pedeapsă, sau două pedepse prevăzute alternativ, când legea română asociază două specii de pedeapsă, ele sunt prevăzute alternativ. Cu toate acestea, nu există textual o interdicţie în a se prevedea cumulativ pedepse de natură

[903] V. Paşca, op.cit.p.355

[904] *Ibidem*

diferită.[905]Există exemplul art.62 Cod penal român care prevede cumularea pedepsei închisorii cu pedeapsa amenzii atunci când, pe bună dreptate, acest cumul este justificat atât la nivelul tehnicii de individualizare, cât şi din punct de vedere moral, întrucât practic s-a urmărit înavuţirea, cumularea amenzii este oarecum logică în acest context pentru a se realiza o compensare. Tot principul legalităţii, *lato sensu*, echitatea individualizării pedepselor îl condiţionează pe judecător interzicându-i aplicarea cumulativă a unor sancţiuni prevăzute alternativ de lege.

Cazurile de cumul analizate implică o individualizare legală şi judiciară prealabile, iar cumularea pedepselor principale cu cele accesorii, complimentare şi cu măsurile de siguranţă implică un control echitabil asupra evoluţiei condamnatului.

În concluzie, variantele de cumul permis de lege ale pedepselor existente în dreptul penal român sunt echitabile în măsura în care respectă pe deplin art.53 alin. (2) din Constituţia României, ingerinţa fiind una proporţională, necesară şi deci justificată de particularităţile faptelor şi infractorilor în cauză. Din acest punct de vedere progresul înspre lărgirea marjei de apreciere a judecătorilor în cadrul individualizării judiciare a pedepselor a fost şi este esenţial, deoarece legea este adaptă în funcţie de fiecare infractor în parte şi de condiţiile concrete de comitere a infracţiunii, dar şi în funcţie de evaluarea capacităţii fiecărui infractor, în parte, de a se redresa social. Ingerinţa în drepturile şi libertăţile indivizilor trebuie să fie aşadar echilibrată, în măsura în care cumulul pedepselor este necesar, se presupune că acesta va ajuta *de facto* la recuperarea socială a delincvenţilor prin controlul evoluţiei acestora.

[905] F.Streteanu, *Drept penal.Parte generală*. op.cit. p.55

B. Echitatea și non-cumulul pedepselor în dreptul francez

B.a) Principiul de non-cumul al pedepselor pentru concursul real de infracțiuni.

Este cunoscut faptul că non-cumulul pedepselor nu se referă decât la pedepsele de aceeași natură, și nu la cele de natură diferită, acestea din urmă putând fi cumulate. Tehnica din dreptul francez este confruntarea pedepselor între ele pe criteriul naturii lor și stabilirea posibilității de reținere a tuturor sau dimpotrivă, de a nu le aplica decât în limita maximului legal cel mai ridicat. Această abordare poate fi realizată prin intermediul obiectului lor, în funcție de influența lor concretă asupra condamnatului, impactul lor asupra libertății sale, sau asupra drepturilor sale.[906]

În conținutul articolului 132-5 din Codul penal francez se găsește expresia: „pedespele cu privare de libertate sunt de aceeași natură" aspect care pare să ne ofere un criteriu de determinare a principiului proporționalității și respectarea acestuia, deoarece clarifică natura acestor pedepse în mod explicit. Natura pedepselor nu mai ține de calificarea lor penală, corecțională sau contravențională. În acest sens este şi prevederea legală din articolul 132-7 din Codul penal francez.[907] Se poate observa că legea prevede o regulă diferită în ce privește pedepsele care nu sunt privative de libertate, precum amenzile. Din punct de vedere al intensității lor represive, aceasta poate să nu reprezinte o reală problemă, dar dacă se vizează echitatea în chestiune, aceasta poate releva unele aspecte delicate, deoarece, de fapt, sunt pedepse care se cumulează, mai mult, acestea au aceeași natură, fiind toate amenzi.

Pe scurt, trilogia infracțiunilor: *contravenții, delicte, crime* caracteristică dreptului francez nu se mai opune cumulului între o pedeapsă cu închisoarea și o pedeapsă cu amenda[908] și o pedeapsă complementară împrumutată calificărilor diferite. De asemenea este

---

[906] Y.Mayaud, op.cit. p.590

[907] Acest articol prevede că: „Prin derogare de la dispozițiile anterioare, pedepsele cu amendă pentru contravenții se cumulează între ele și cu cele atrase sau pronunțate pentru crime sau delicte în concurs."

[908] Este aproape aceeași situație în dreptul penal român- art.39 alineatul (1) d), e) din Codul penal român, însă ceea ce este în mod particular diferit este aspectul că în dreptul penal român, legea penală prevedere infracțiunile și nu contravențiile, care sunt prevăzute și pedepsite separat de Codul penal și în plus, pedeapsa cea mai grea trebuie obligatoriu sporită cu 1/3 din totalul celorlalte pedepse stabilite (pentru cazul în care au fost stabilite numai pedepse cu închisoare). Ceea ce ni se pare excesiv, sau prea represiv, este alineatul 2 al aceluiași articol 39 CP român, care prevede posibilitatea ca judecătorul să înlocuiască pedeapsa cu închisoarea cu detențiunea pe viață, cu condiția ca cel puțin pentru una din infracțiunile comise în cauză, pedeapsa prevăzută de textul de incriminare să fie de 20 ani sau mai mult și dacă prin adăugarea creșterii obligatorii de 1/3 din totalul celorlalte pedepse cu închisoarea se depășesc 10 ani sau mai mult, maximul general pentru pedeapsa cu închisoarea (30 ani). Desigur, pentru a tempera puțin expresivitatea, legea prevede pentru judecător posibilitatea

posibilă reținerea unei pedepse în limita maximului celui mai ridicat, nefiind importantă calificarea corespunzătoare textului de referință.[909]Sunt necesare **(B. a)1.)** criterii de non-cumul foarte clare pe care judecătorii trebuie să le respecte, întotdeauna în limita maximului legal cel mai ridicat cu ocazia unei aceleiași proceduri când există **(B.a) 2.)** procedura unică şi mai multe pedepse de aceeași natură sunt atrase pentru infracțiuni în concurs. De asemenea, echitatea impune o **(B.a) 3.)** regulă de aplicare în timp mai favorabilă a pedepselor pronunțate ținând cont de regulile de non-cumul. (**B.b)** Concursul pedepselor complementare nu face excepție de la regula non-cumulului pedepselor, deși nu se poate pronunța decât o singură pedeapsă de această natură, în limita maximului legal cel mai ridicat. În schimb, există **(B.c)** excepții, cumulul pedepselor este permis de legea franceză, de exemplu în cazul contravențiilor, dar și contravențiilor și crimelor, ș.a.m.d, lucru ce rămâne uneori un aspect sensibil dacă ne gândim la echitate. Regula de non-cumul al pedepselor nu se aplică în cazul concursului unei sancțiuni penale și a unei pedepse disciplinare, existând (**B.d)** alte cumulări permise de legea penală franceză. Atunci când există un dublu contencios, faptele nu sunt aduse la cunoștința judecătorului represiv decât dacă sunt în mod particular grave. Practic, judecătorul represiv francez este eliberat de un contencios important. În Franța, există mai multe autorități administrative independente în domeniile unde dreptul penal joacă un rol subsidiar și aceste instituții au fost dotate cu o putere proprie de sancțiune. La bază, (**B.e)** celeritatea și eficiența sunt justificările existenței unui dublu contencios pentru responsabilitatea penală.

B.a).1. Criteriile non-cumulului în dreptul francez şi echitatea

Ca tehnică de individualizare, pentru aplicarea non-cumulului, înainte de reformele Codului penal francez, pedepsele trebuiau apreciate în ce privește *natura și durata lor*: natura conform clasificării din Codul penal, cât despre durata lor, în funcție de circumstanțele agravante și atenuante ce au însoțit crimele sau delictele, sau în funcție de numărul acestor crime sau delicte, care caracterizează de fapt reaua voinţă, mai mult sau mai puțin persistentă,

---

de a aplica maximul general de 30 de ani, fie închisoarea pe viață, dar trebuie să aprecieze de la caz la caz, în funcție de situația particulară, dacă această pedeapsă maximă este justificată. În legislația românească, este practic consacrat sistemul absorbției de plin drept. Este aproape aceeași situație cu aceea prevăzută la art.132-5 din Codul penal francez, care prevede: „Dacă nu s-a pronunțat închisoarea pe viață, atrasă de una sau mai multe infracțiuni comise în același timp, maximul legal este stabilit la treizeci de ani de închisoare.” Întotdeauna va fi gravitatea faptului cea care justifică alegerea pedepsei.

[909] Y.Mayaud, op.cit. p.590

a individului vinovat.[910] În caz de proceduri separate, precum pluralitatea urmăririlor, se aplică regula și cumulul pedepselor este posibil în limita maximului adoptat de lege pentru faptul infracţional cel mai sever reprimat conform articolului 132-4 din Codul penal francez.[911] Este absolut o cerință echitabilă și imperativă această indivizibilitate a pedepsei pronunțate, această unică pedeapsă se presupune a se aplica în mod indivizibil diverselor infracțiuni în concurs cu condiția ca aceasta să nu depășească maximul legal prevăzut pentru infracțiunea cea mai gravă.[912] Întotdeauna proporționalitatea este cea care se dovedește a fi luată în considerare. Proporţionalitatea care în opinia noastră face parte din echitate, deci cea care primează este, în fond, echitatea.

De fapt, regula este următoarea: când, cu ocazia unor *proceduri separate*, persoana urmărită a fost recunoscută ca vinovată de mai multe infracțiuni în concurs, pedepsele pronunțate se execută în mod *cumulativ,* în limita maximului legal cel mai ridicat. Totuşi, dacă avem pedepse *de aceeași natură,* poate fi ordonată *contopirea totală sau parțială* a pedepselor, fie de către ultima jurisdicție chemată să statueze, fie în condițiile prevăzute de Codul de procedură penală francez. Consecințe foarte importante are faptul că principiul de non-cumul pentru aceleași fapte, urmăriri și pedepse nu se aplică decât infracțiunilor și sancțiunilor *penale*.[913]

B.a).2. Procedura unică- o singură pedeapsă pronunţată

În conformitate cu articolul 132-3 din Codul penal francez actual, atunci când cu ocazia unei aceleiași proceduri, sunt atrase mai multe pedepse de aceeași natură pentru infracțiuni în concurs, nu poate fi pronunțată decât o singură pedeapsă de această natură în limita maximului legal cel mai ridicat. În consecință „trebuie casată hotărârea care, în caz de urmărire, pronunță atâtea pedepse principale câte infracțiuni sunt imputate condamnatului și este la fel în cazul în care judecătorul a dispus contopirea pedepselor mai blânde cu pedeapsa

[910] Curtea de Casaţie,Secţia penală, 8 oct.1824, *Bul.jurisp.pen*. nr.133, 24 feb. 1943, *Bul.jurisp.pen*. nr.18, disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr, consultată la 17.02.2016

[911] Curtea de Casaţie,Secţia penală, 26 ian. 1988, *Bul.jurisp.pen*. nr.37, 19 iul.1989, *Bul.jurisp.pen.* nr.294 disponibile pe https://www.legifrance.gouv.fr, consultate la 17.02.2016

[912] Curtea de Casaţie,Secţia penală 9 nov.1978- Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 9 novembre 1978, 78-90.923, disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr, consultată la 17.02.2016

[913] Curtea de Casaţie,Secţia penală, 19 feb.2014, nr.12-87.558 : JurisData nr.2014-002716, Dr.Pen 2014, com.68, obs. V.Peltier, disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr, consultată la 17.02.2016

mai aspră."[914] Pentru aceleași decizii, numai pedeapsa mai aspră trebuie pronunțată, de exemplu „trebuie casată hotărârea care după ce a declarat acuzatul ca fiind vinovat de două delicte, pronunță două pedepse distincte, când chiar totalul pedepselor astfel aplicate nu ar depăși maximul atras pentru infracțiunea reprimată cel mai sever."[915] La fel „ignoră regula de non-cumul al pedepselor, hotărârea care, după condamnarea acuzatului la închisoare pentru un delict, pronunță împotriva acestuia o pedeapsă cu închisoarea pentru o infracțiune contravențională de gradul 5." [916]

B.a).3. Aplicarea în timp şi echitatea

Rezultă din articolul 112-2-3 112-2, 3° din Codul penal francez că legile cu privire la regimul de executare și aplicare a pedepselor, când ar avea ca rezultat de a face mai severe pedepsele pronunțate prin decizia de condamnare, nu sunt aplicabile condamnărilor pronunțate pentru fapte comise anterior intrării lor în vigoare, cum este cazul articolelor 132-4 și 132-5 din actualul Cod penal, cu privire la pedepsele penale și corecționale în concurs. Este vorba despre prezenţa echităţii sub forma aplicării regulii neretroactivităţii legii penale mai severe.

B.b) Concursul pedepselor complementare şi echitatea

Pentru pedepsele complementare, cumulul este imposibil atunci când o aceeași pedeapsă complementară temporară, precum de exemplu interdicția de a emite cecuri, a fost pronunțată de mai multe ori pentru infracțiuni cu privire la legea ce vizează emiterea cecurilor, în concurs real, dincolo de maximul prevăzut prin lege, un exemplu este un caz penal din 11 ianuarie 2005 în care a fost ignorat articolul 132-3 de către Curtea de Apel care a pronunțat trei pedepse de suspendare a permisului de conducere pentru trei contravenții în concurs real, cu privire la Codul rutier, deși, în mod echitabil,nu se poate pronunța decât o singură pedepasă de această natură, în limita maximului legal cel mai ridicat." [917] Însă legea

[914] Curtea de Casaţie,Secţia penală 13 iunie 1918: S.1921, 1, 236, 15 iunie 1973 : D 1973, inf.rap.158, 19 mai 1980 Bul.jurisp.pen. nr 151, disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr, consultată la 17.02.2016

[915] Curtea de Casaţie,Secţia penală 20 oct 1987 : Bul.jurisp.pen. Nr 358, disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr, consultată la 17.02.2016

[916] Curtea de Casaţie,Secţia penală, 26 mai 1988, Bul.jurisp.pen.nr.227, disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr, consultată la 17.02.2016

[917] Curtea de Casaţie,Secţia penală.11 ian.2005 : Dr. Penal 2005, com.40 obs. J.H. Robert, 22 iunie *Bul.jurisp.pen*. nr.113, disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr, consultată la 17.02.2016

permite și excepții, deci permite cumulul pedepselor în anumite ipoteze, lucru ce rămâne uneori destul de sensibil dacă ne gândim la echitate.

B.c) Excepții. Cumulul pedepselor este permis de legea franceză. Ipoteza contravențiilor

Legea nu vizează contravențiile în ce privește aplicarea regulii de non-cumul al pedepselor. În consecință, un concurs real între mai multe contravenții și de asemenea între contravenții și crime, sau între contravenții și delicte, determină cumulul pedepselor.[918] Așadar „nu ignoră sensul regulii de non-cumul al pedepselor o Curte de Apel care pronunță împotriva unui acuzat pentru o contravenție legată de Codul rutier o amendă, distinctă de pedepsele atrase de el pentru delictul de vătămare din culpă: delictul și contravenția, diferite de fapt prin elementele lor constitutive, această ultimă infracțiune constând în nerespectarea cerințelor reglementare, în timp ce delictul constă în vătămarea din culpă, cauzată de această nerespectare.”[919]

Pentru ca aceste condamnări cumulative să poată fi pronunțate, trebuie ca un contravenient să fi comis mai multe fapte ce prezintă culpe distincte, ce pot fi pedepsite separat. De exemplu nu a fost situația celui care necunoscând articolele R59 și R238-1[920] ale vechiului Cod rutier francez a circulat cu un vehicul care avea mai multe cauciucuri uzate.[921] Un exemplu de culpe distincte va fi cazul în care acuzatul a pus în vânzare mai multe exemplare ale unui produs ce conținea un mod de utilizare în limbă străină, cu atâtea amenzi câte contravenții s-au constatat prin legislație cu privire la utilizarea limbii franceze, deoarece comercializarea fiecărui articol constituie o *culpă distinctă*, ce se pedepsește separat, cum și-a justificat decizia o Curte de Apel franceză care a condamnat acuzatul.[922]

---

[918] Curtea de Casaţie,Secţia penală.24 martie 1981, Bul.jurisp.pen.nr.37, disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr, consultată la 17.02.2016. A se vedea art. 132-7 Codul penal francez

[919] Curtea de Casaţie,Secţia penală.12 mai 1993, Bul.jurisp.pen.nr.177, disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr, consultată la 17.02.2016

[920] Abrogat în 1 iunie 2001 prin Decretul 2001-251 2001-03-22 art. 5 JORF (M.O. al Rep. Fr.) 25 martie 2001 intrat în vigoare la data de 1 iunie 2001

[921] Curtea de Casaţie,Secţia penală.25 mai 1994, Bul.jurisp.pen.nr.200, disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr, consultată la 17.02.2016

[922] Curtea de Casaţie,Secţia penală 26 aprilie 2000, *Bul.jurip.pen* nr.163, disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr, consultată la 17.02.2016

B.d) Alte cumulări permise de legea penală franceză

Regula de non-cumul al pedepselor nu este incidentă nici în cazul *concursului unei sancțiuni penale cu o pedeapsă disciplinară*. Argumentul este faptul că aceste măsuri au o *natură diferită*. De la tendința de dezincriminare, scoaterea din dreptul penal clasic a unui număr de infracțiuni a determinat crearea, pe lângă acesta, a unui drept administrativ penal care să regrupeze toate atitudinile deviante sancționate de o autoritate administrativă, independentă, sau nu, sau o jurisdicție de același ordin.[923] Punctul de pornire este atitudinea oficială a Consiliului Constituțional francez care, urmând Consiliul de Stat, extinde principiile directoare ale dreptului penal general la „orice sancțiune având caracterul unei *pedepse,* chiar dacă legislatorul a lăsat pronunțarea acesteia în competența unei autorități de natură non-judiciară."[924]

B.e) Celeritatea și eficiența ca justificare a existenței unui dublu contencios pentru răspunderea penală

În Franța există mai multe autorități administrative independente în domeniile în care dreptul penal joacă un rol subsidiar și aceste instituții au fost dotate cu o putere proprie de acțiune.[925] Faptele nu sunt aduse la cunoștința judecătorului penal decât dacă sunt în mod particular grave. Practic, judecătorul represiv francez este descărcat de un contencios important. Principiul separării puterilor este pe undeva înfrânt aici, în numele unei anumite eficiențe, deoarece o *administrație* stabilește reguli, anchetează în caz de nerespectare a regulilor, desfășoară urmăriri, și la final pronunță o sancțiune.[926] Această autoritate administrativă este legitimă și poate aplica o pedeapsă în mod justificat, deoarece încălcarea

[923] „Dreptul administrativ penal" trebuie să se distingă de „dreptul penal administrativ" care reprezintă o parte a dreptului penal clasic marcat de influența administrației, precum dreptul urbanismului de exemplu.

[924] Cons.Const. 17 ian.1989, disponibilă pe http://www.conseil-constitutionnel.fr/, consultată la 17.02.2016

[925] Cu titlu de exemplu, Comisia Națională de Informatică și Libertăți (CNIL), care poate, după avertizări și somații, să pronunțe o sancțiune pecuniară, a cărei sume trebuie să fie proporționată în funcție de gravitatea deficienței comise și avantajele obținute din această deficiență. De asemenea, Consiliul Superior al Audiovizualului (CSA) poate pronunța diverse măsuri de suspendare, reducerea, sau retragerea autorizației, precum și o sancțiune pecuniară a cărei sume trebuie să fie stabilită în funcție de gravitatea deficienței comise și în relație cu avantajele obținute din deficiență, fără a depăși 3% din cifra de afaceri fără taxe incluse realizată în cursul exercițiului anterior încheiat calculat pe o perioadă de douăsprezece luni. Există și Autoritatea Piețelor Financiare AMF, care pronunță și sancțiuni penale.

[926] A. Guinchard, *Les enjeux du pouvoir de répression en matière pénale*, LGDJ, col. « Bibl.sc.crim. » t.38, 2003, p.77, № 134

oricărei reguli nu justifică doar o sancțiune penală, ci poate fi garantată și prin *sancțiuni administrative* încadrate de principii esențiale. Se poate concepe intervenția administrativă ca fiind o intervenție rapidă, în primă fază.

Această putere de sancțiune a administrației este, de asemenea, admisă de Curtea Europeană a Drepturilor Omului, dar, foarte important, *numai atunci când sunt respectate exigențele unui proces echitabil.*[927]Ca argument suplimentar, doctrina franceză consideră că existența unei puteri administrative de sancțiune consolidează subsidiaritatea dreptului penal, a cărui aplicare trebuie să fie rezervată ipotezelor generatoare de o veritabilă dezaprobare socială. Justiția penală nu pare compromisă de acest contencios pur obiectiv, care nu presupune vreo conotație morală. Se poate cu adevărat afirma că există aici o putere administrativă cu atribuții tehnice care se ocupă de o *prevenție imediată* și că uneori se poate dovedi că nu este inechitabil a se proceda imediat la aplicarea unei pedepse administrative în ce privește unele situații, sau fapte mai puțin grave. Justiția poate fi realizată pe această cale administrativă. Dar în același timp, alegerea unei sancțiuni administrative rămâne o opțiune echitabilă numai când nu este realizată pentru a scăpa de sub incidența garanțiilor și constrângerilor a căror respectare este impusă de dreptul penal la nivelul pronunțării și executării pedepselor."[928] De ce ? Pentru că echitatea trebuie să fie mereu prezentă prin intermediul unei asigurări a efectivității acestor garanții și în aceste situații avem un „caracter punitiv" al sancțiunilor aplicate chiar dacă acestea sunt încadrate ca fiind sancţiuni administrative.

Echitatea este cea care impune, într-un anumit mod, ca aceste principii să fie consacrate la fel în cele două ordine de jurisdicție. Judecătorul administrativ are competența de a pronunța sancțiuni aproape penale: fiind vorba de exemplu de Autoritatea de Control a Asigurărilor: ținând cont de faptul că decizia sa poate face obiectul unui recurs de plină jurisdicție în fața Consiliului de Stat, circumstanța pe care procedura civilă o urmărește în fața sa nu ar fi întru totul conformă articolului 6 § 1 al Convenţiei europene, pentru că această

[927] C.E.D.O., 21 feb. 1984, *Otzurk c./RFA*, § 49 disponibilă pe http://hudoc.echr.coe.int/, consultată la 17.02.2016

C.E.D.O., 27 feb. 1980 *Deweer c. Belgiei*, § 44, disponibilă pe http://hudoc.echr.coe.int/, consultată la 17.02.2016

[928] E. Dreyerop.cit.,p.111

instanţă supremă administrativă nu este în măsură să determine o nerecunoaștere a dreptului la un proces echitabil.

Respectând echitatea, Consiliul de Stat francez supune sancțiunile administrative principiului legalității, acesta impune aplicarea imediată a legii mai blânde și de asemenea ca sancțiunile efectiv pronunțate să rămână proporționale faptelor reproșate.

Pe scurt, sancțiunile administrative nu devin sancțiuni penale, dar se manifestă un amestec de așa natură încât sancțiunile administrative trebuie să se supună nu numai regulilor de drept administrativ, ci și regulilor de drept penal, implicit regulilor echității. De asemenea, Curtea de Casație franceză vizează un control al respectării drepturilor la apărare și un control al proporționalității sancțiunilor dispuse de Autoritatea Piețelor Financiare.[929] Garanțiile sunt cele inspirate tocmai din jurisprudența Curții europene a drepturilor omului., prin aplicarea articolelor 6 care prevede echitatea și 7 ale Convenției, care a realizat o *interpretare extinsă a acuzării în materie penală* și a *pedepsei* în asemenea mod încât aceste garanții sunt recunoscute persoanei urmărite, fie din punct de vedere administrativ, fie penal [930] în numele echității.

O acuzație în materie penală implică faptul că echitatea procesului trebuie să fie asigurată în mod automat. Sunt vizate de asemenea și respectarea principiului contradictorialității, al egalității armelor și al caracterului public al dezbaterilor.[931] În lipsă, pârâtul trebuie să aibă posibilitatea de a controla, printr-un organ judiciar de plină jurisdicție sancțiunile pronunțate de o autoritate administrativă care nu îndeplinește exigențele echității (articolul 6 al Convenției europene).[932]

Efectul împiedicării hotărârilor instanțelor penale pe motivul existenței unor proceduri administrative puse sub semnul întrebării este perceput ca fiind puțin problematic din acest

---

[929] *Idem* p.113

[930] A, Guinchard, *Les enjeux du pouvoir de répression en matière pénale*, LGDJ, coll. « Bibl.sc.crim. », t.38, 2003, p.143, № 244

[931] C.E.D.O., 4 martie 2014, *Grand Stevens și al. împotriva Italiei* § 123, disponibilă pe http://hudoc.echr.coe.int/

[932] C.E.D.O. 23 oct.1995, *Gradinger împotriva Austriei*, § 42, în materie disciplinară : C.E.D.O. 22 mai 1990, *Weber împotriva Elveției,* §39, disponibile pe http://hudoc.echr.coe.int/, consultate la 17.02.2016

punct de vedere. În primă instanță, ni se pare de neînțeles, din punct de vedere al politicii legislative, că o hotărâre dată de organe administrative, „pentru care există posibilitatea să fie eronată de exemplu, deci nedreaptă", și care face referire la o *contravenție administrativă minoră,* poate ajunge la excluderea anchetei penale și a unei judecăți penale cauzate de o infracțiune. Curtea europeană a subliniat o obstrucționare a unei hotărâri penale, indiferent cine pronunță prima hotărâre: judecătorii în drept penal, sau autoritățile administrative. Ținând cont de acest raționament, de exemplu, Curtea europeană a constatat o încălcare a articolului 4 din Protocolul Convenției de către Austria deoarece după o pedeapsă deja aplicată de organele administrative pentru conducerea în stare de ebrietate s-a pronunțat și o hotărâre penală pentru aceeași faptă.[933]

Conform unui autor, „în aceste vremuri când visăm la dezincriminarea faptelor cu un grad de gravitate redus, dreptul penal este în mod progresiv construit ca model,"[934] dar să considerăm că acest lucru este necesar pentru a se menține un echilibru. Mai departe: să ne imaginăm că, utilizând principiile fundamentale și garanțiile dreptului penal și repspectându-le, judecătorii respectă, de fapt, o *ghidare etică* ce pune la dispoziția acestora indicații pentru a proceda în mod corect și echitabil, atunci când individualizează pedepsele de orice tip, administrative sau penale. Însă această soluție ar putea fi considerată numai dacă echitatea va fi reglementată și enunțată în dreptul penal substanțial.

Pronunțarea a două sancțiuni pentru aceeași faptă, în situația când există o sancțiune administrativă și o sancțiune penală, poate ignora principiul esențial *de necesitate*, precum și cel de *proporționalitate,* deci poate încălca echitatea dreptului penal. De asemenea nici principiul *ne bis in idem,* nu este respectat. Acest principiu este o parte esențială a echității în dreptul penal, deoarece stabilește limitele de condamnare a vinovatului și îi garantează un proces echitabil. În ipoteza în care acest principiu nu este formulat în mod expres, se poate deduce din principiile proporționalității și din cel al legalității.

Într-adevăr, cumulul va crea o a treia sancțiune care *nu este prevăzută de textul legii* și care va fi și *excesivă*. Doctrina franceză dă exemplul Convenției de aplicare a acordurilor

---

[933] C.E.D.O.*Franz Fischer împotriva Austriei*, § 25, § 28- § 29, § 31- § 32, disponibilă pe http://hudoc.echr.coe.int/, consultată la 17.02.2016

[934] M. Delmas-Marty, *Le paradoxe pénal, in Libertés et droits fondamentaux*, Seuil, coll. « Point essais » ed. a 2-a, 2002, p.455

Schengen a cărei, articolul 54 construit ca *ne bis in idem*, context în care Curtea s-a opus la demararea unor noi urmăriri pe teritoriul unui Stat după tranzacție pe motivul aceloraşi fapte pe teritoriul unui alt stat. Conform Curții europene, faptul că nicio jurisdicție nu intervine în cadrul unei astfel de proceduri și că decizia luată de aceasta nu ia forma unei hotărâri, nu este de natură a infirma această interpretare.[935] Consiliul Constituțional francez refuză să tragă toate concluziile ce decurg dintr-o astfel de exigență, estimând că regula *ne bis in idem* nu primește aplicarea în cazul de cumul între sancțiuni administrative și penale. Însă tocmai aici este cazul în care, în baza echității, trebuie identificat un cumul prea represiv al sancțiunilor, chiar dacă principiul proporționalității este o exigență ce se cere totuşi a fi respectată.

Așa cum s-a constatat deja pentru cumulul urmăririlor, cel puțin Consiliul Constituțional condamnă cumulul nelimitat, deci: „atunci când o sancțiune administrativă este susceptibilă a se cumula cu o sancțiune penală, principiul proporționalității implică ca în orice caz, suma totală a sancțiunilor pronunțate să nu depășească valoarea cea mai ridicată a uneia dintre sancțiunile atrase”[936]. Urmând această logică, legislatorul francez a precizat că „atunci când Comisia Națională de Informatică și Libertăți a pronunțat o sancțiune pecuniară devenită înainte ca judecătorul în drept penal să statueze definitiv asupra aceloraşi fapte, sau fapte conexe, acesta poate ordona ca sancțiunea pecuniară să fie imputată din amenda pe care acesta o pronunță.”[937] Această soluție atenuează neconcodranța cu echitatea a cumulului de pedepse pentru o aceeaşi faptă dacă încalcă cerința proporționalității. Totuși, nu trebuie să pierdem din vedere faptul că Curtea de Casație franceză a considerat că interdicția unei duble condamnări pe motivul aceloraşi fapte nu se aplică decât infracțiunilor ce țin de tribunalele ce statuează *în materie penală* și nu constituie un obstacol pentru pronunțarea măsurilor corecționale *în acelaşi timp* cu sancțiunile penale. Această instanță franceză consideră, în concordanță cu raționamentul Consiliului Constituțional, că în temeiul proporționalității numai suma totală a eventualelor sancțiuni pronunțate nu trebuie să depășească valoarea

[935] E. Dreyer, op.cit.p.116

[936] Cons.Const., dec 13martie 2014, № 2014-690DC, Legea cu privire la consum, § 86., http://www.conseil-constitutionnel.fr/, consultată la 17.02.2016

[937] L. № 78-17, 6 ian. 1978, art 47, al.3 – cu privire la prerogativa de sancționare a AMF (Autoritatea Pieţelor Financiare), art.621-16. și prerogativa de sancționare a CSA (Consiliul Superior al Audiovizualului), L. № 86-1067, 30 sept.1986, art.42-2, disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr/

maximă a sancțiunii celei mai ridicate atrase." [938] Această atitudine se bazează pe rezerva emisă de Franța prin ratificarea celui de-al șaptele protocol adițional al Convenției Europene a Drepturilor Omului,[939] lucru bizar, deoarece în același timp, același principiu este prevăzut de articolul 14 §7 al *Pactului internațional privind drepturile civile și politice*[940], care a fost ratificat *în integralitate* de către Franța, deci regula respectării principiului *non bis in idem,* prevăzută în mod implicit, este desigur impusă magistraților francezi, și încă fără rezerve. Conform doctrinei[941] este în mod imperativ urgent ca legislatorul francez să intervină pentru a clarifica situația, deoarece magistrații francezi par să interpreteze în lumina precedentului.[942]

Situația unui cumul permis este aceeași pentru o *sancțiune penală și o amendă fiscală,* principiul *ne bis in idem* nu se aplică. Dacă Curtea europeană admite că pronunțarea unei amende fiscale rezultă dintr-o acuzație în materie penală, nu este convinsă că ar trebui să elibereze sancțiunile fiscale de garanțiile procedurale conținute în articolul 6 al Convenției, pentru a păstra eficacitatea sistemului fiscal, și nici că un astfel de demers s-ar putea concilia cu spiritul Convenției,[943] deci această Curte nu a stabilit consecințele neaplicării principiului *ne bis in idem*. În schimb, jurisdicția din Luxembourg a făcut acest lucru, admițând că „numai când sancțiunea fiscală are un caracter penal, în sensul articolului 50 al Cartei și devine definitivă, dispoziția menționată se opune demarării urmăririlor penale pentru aceleași fapte împotriva aceleiași persoane"[944] Numai după acest episod, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a considerat că articolul 4 al Protocolului Nr. 7 trebuie înțeles ca „interzicând

[938] Curtea de Casație,Secția penală 19 iunie 2013, Dr.pen.2013, com.167, obs. M. Veron, disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr, consultată la 17.02.2016

[939] „Guvernul Republicii franceze declară că în dreptul francez numai infracțiunile ce țin de competența tribunalelor ce statuează în materie penală trebuie privite ca infracțiuni în sensul articolelor 2 - 4 din Protocol"

[940] „Art.14 § 7. Nimeni nu poate fi acuzat sau pedepsit pentru o infracțiune pentru care a fost deja achitat sau condamnat printr-o sentință definitivă conform legii și procedurii penale din fiecare țară."

[941] Y.Muller, *Délit pénal, manquement administrative et faute disciplinaire*, în *La criminalité d'argent: quelle répression?*, Montchrestien 2004, p.25

[942] Curtea de Casație,Secția penală., 10 nov.1999: Dr.pen.2000, com.46,obs.J.H.Robert, disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr, consultată la 17.02.2016

[943] C.E.D.O., 29 august 1996, *A.P., M.P. și T.P. c. Elveției*, § 41 ; CEDO, 24 feb.1994, *Bendenoun c. Franței* § 47 ; EDH Gde ch., 23 nov. 2006, *Jussila împotriva Finlandei*, §36, disponibile pe http://hudoc.echr.coe.int/, consultate la 17.02.2016

[944] C.J.U.E., *Gde ch., 26 feb.2013, cauza C-617/10, Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson*, pct.34, disponibilă pe http://curia.europa.eu/, consultată la 18.02.2016

urmărirea, sau judecarea unei persoane pentru o a doua infracțiune cât timp aceasta are ca origini fapte identice sau fapte care sunt, în substanță, aceleași."[945]

Concluzii. Cu privire la respectarea non-cumulului pedepselor, și non-cumulul calificărilor sau principiul *non bis in idem*, parte esențială a echității în dreptul penal și procesual penal, în opinia noastră, regimul de pedeapsă permis în final de dreptul penal francez este prea represiv dacă ne gândim la reducerea *in abstracto* a intenției inițiale a autorului. Aprecierea judecătorului represiv poate prezenta riscul de a se dovedi uneori subiectivă și determină această oportunitate de a reține mai multe calificări, existând riscul ca ea să fie inechitabilă. Ne putem limita la o analiză, din punct de vedere tehnic și să uităm analiza părții umane, adică cea din punctul de vedere al celui ce va suporta consecințele pedepsei. Mai mult, în contextul general actual, în care tendința este de a menține dreptul penal represiv în subsidiar, sistemul sancţionator se dovedeşte mai represiv în ce priveşte acest cumul al calificărilor, justificat de faptul că urmăririle și calificările nu prezintă între ele nici o incompatibilitate.

În plus, apreciem că legea penală franceză nu ar trebui să permită ca judecătorii să aplice, în același timp, sancțiuni penale și disciplinare, pe motivul că mai multe calificări nu sunt incompatibile între ele. Trebuie foarte bine analizat contextul şi situația concretă și faptele cu circumstanțele lor specifice, în momentele respective. Legea se mulțumește a permite, în mod excepțional, cumulări precum cele ale sancțiunilor penale cu pedeapsele disciplinare[946] și le justifică prin *oportunitate,* sub argumentul că acestea două sunt de natură diferită,[947] sancțiune penală și amendă fiscală; în cazul concursului unei pedepse pronunțate

[945] C.E.D.O., 10 feb.2009, *Zolotoukhine împotriva Rusiei*, § 82 ; Legat de aceasta, prin hotărârea Grand Stevens și a. c./ Italiei, pronunțată în martie 2014, Curtea a considerat că pretinsa natură diferită a proceselor demarate la Autoritatea Concurenței și Jurisdicției represive, în baza acelorași fapte de manipulare a cursului, nu putea înlătura această regulă de non-cumul. Aceasta înseamnă că argumentele Republicii franceze nu mai sunt actuale și, mai mult, acestea nu respectă normele echității.

[946] Sub rezerva că Franța a aplicat articolul 4 din protocolul nr.7 adițional Convenției Europene a Drepturilor Omului, conform căreia principiul *non bis in idem* se poate aplica în dreptul francez doar pentru infracțiunile ce țin de competența tribunalelor ce statuează în materie penală și nu interzice pronunțarea sancțiunilor disciplinare în paralel cu sancțiunile aplicate de către judecătorul în materie penală – în acest caz judecătorul în materie penală intervine în domeniul disciplinar, este o extensie a competenței, prea represivă, în detrimentul acuzatului.

[947] Deși cumulul trebuie să fie efectuat respectând principiul proporționalității pedepselor, care implică faptul că valoarea totală a sancțiunilor eventual pronunțate nu depășește valoarea maximă a sancțiunii celei mai ridicate aplicate – C Curtea de Casaţie,Secția penală.19 iunie 2013, nr.12-87558, disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr, consultată la 18.02.2016

de o jurisdicție militară și o pedeapsă pronunțată de o jurisdicție ordinară,[948] sancțiuni administrative și penale.[949] Ne întrebăm dacă, într-adevăr, există o intenție a legiuitorului de a ghida, în mod real, o personalizare a pedepsei în funcție de circumstanțe în momentul în care cel în cauză a acționat? Există intenția de a se lua în considerare *principiul in favorem* care își are originea în echitate și care trebuie să protejeze vulnerabilitatea celui condamnat în fața puterii represive a Statului?

Chiar dacă jurisprudența europeană, tratatele și de asemenea, opiniile oficiale ale Consiliului Constituțional prevăd o anumită delimitare a materiei punitive penale de celelalte tipuri de sancțiuni, nu ar fi oare mai bună elaborarea unei interpretări legale explicită și clară care să cuprinde definiţia noțiunii de materie penală, extinderea sa și limitele sale? Având această bază, o posibilă nerespectare a principiului de *ne bis in idem în situații concrete* va fi mult mai ușor identificată și una din cele două pedepse va fi anulată. Această supoziție poate oferi o soluție pentru respectarea garanției dreptului de apărare, precum și pentru respectarea proporționalității sancțiunilor în practică și nu doar în teorie. Această enunţare legislativă pe care o propunem ar putea fi justificată de principiul legalității pedepselor. Un viciu de conținut al legii, o greșeală de calitate și de previzibilitate poate genera o consecință nedreaptă, prin lipsirea legii de echitate. Dreptul la un proces echitabil are mai multe componente, între care dreptul la o apărare eficientă și acest aspect nu poate fi pe deplin realizat dacă judecătorul însuși se află într-o dificultate fiind poziționat în situația de a alege între prea multe variante posibile, în lipsa unei prezentări clare a regimului sancțiunilor aplicabile de către textul de drept penal substanțial. Din nou trebuie să predomine ideea de echilibru.

[948] Procedura de contopire a pedepselor nu poate fi admisă între o pedeapsă pronunțată de către o jurisdicție din străinătate, chiar executată în Franța și cea pronunțată de o jurisdicție națională.

[949] Există excepții prevăzute de Codul penal francez, precum cumulul între pedepsele pronunțate în materie de igienă și de securitate a muncii și cele prevăzute pentru omucidere, sau vătămare involuntară care nu este posibil.

Partea a II-a. Echitatea şi răspunderea penală

Echitatea se impune în prezent în legea penală în mod indirect, prin principiul legalităţii incriminării. Răspunderea penală trebuie aşadar să se bazeze pe standardele echităţii, infractorul trebuie tras la răspundere pentru răul pe care l-a provocat, însă într-o manieră corectă, justă. Instituţii ca aplicarea legii penale în timp, dar şi posibilitatea justificării actului infracţional pe care legea penală o conferă indivizilor, denotă existenţa justului, a exigenţei corectitudinii aprecierii acţiunilor indivizilor de către judecătorul penal şi legea penală substantială.

Pentru a identifica legătura dintre echitate și răspunderea penală, vedem echitatea ca o nevoie imperativă şi constantă de a se restabili echilibrul, și ca pe o obligație de a răspunde în fața justiției penale pentru cel care a comis o infracțiune și a perturbat ordinea socială. Echitatea este şi o tehnică de restabilire a echilibrului inițial, cel care exista deci înainte de comiterea infracțiunii. În același timp, echitatea poate fi concepută ca o obligație imperativă de a menține regulile umanității pe întreaga durată a procedurii prevăzute de legea penală și utilizată în tehnica reținerii imputabilităţii penale și a justificării a lipsei răspunderii penale, în cazurile specifice. Se vizează în mod particular respectarea drepturilor la apărare, unde se adaugă de asemenea prezumția de nevinovăție, care interzice reținerea răspunderii, altfel decât pe baza indiciilor suficiente pentru a inversa presupunerea. Există o legătură foarte strânsă între cele două reguli și nevinovăția trebuie considerată, cât timp răspunderea penală nu se afirmă, printr-o demonstrație perfectă, destinată a o stabili.

Conform doctrinei franceze, exemplul răspunderii penale pentru delicte neintenționate este foarte revelator pentru luarea de poziție a legislatorului francez în acest context. Jurisprudența a pus de fapt pe umerii aleșilor locali sau decidenților publici, răspunderi care adesea sunt departe de posibilitățile lor de acțiune. Legile franceze din 13 mai 1996 și din 10 iulie 2000 revin spre o mai mare personalizare în modul de recunoaștere a principiului. Legile menţionate au realizat aceasta prin trimiterea la criterii concrete de apreciere a culpelor venind în sprijinul unei condamnări şi prin dezincriminarea celor considerate prea puțin semnificative pentru o răspundere ce merită a fi reținută. În dreptul francez, aceste reforme reprezintă manifestarea unei anumite întoarceri la aplicarea imperativă a prezumţiei de nevinovăţie, pentru a se evita capcana atragerii răspunderii exclusiv în baza calităţilor şi statutului indivizilor. Acestea subliniază cât trebuie să rămână activ principiul răspunderii

personale pentru propria faptă, în raport cu ceea ce presupun informațiile calificate ce permit convingerea cu privire la aceasta.[950]

Răspunderea penală este deci personală, fiecare trebuie să răspundă pentru propriile fapte în funcție de o individualizare, sau determinare concretă a mai multor factori, precum intențiile, scopurile, mijloacele utilizate pentru comiterea infracțiunii, etc., dar și în funcție de circumstanțele exterioare, care pot să nu depindă în totalitate de voința delincventului, cum ar fi de exemplu în situaţiile incidenței cauzelor justificative. Vizând aceste aspecte, vom analiza în această a doua parte legătura dintre echitate, care trebuie să fie prezentă și în aspectele de răspundere penală, tratând noțiuni precum: aplicarea legii penale în timp în dreptul francez și în dreptul român, mai exact, principiul retroactivității legii penale mai blânde **(Capitolul 1 Secțiunea 1 A,B)**, precum și excepțiile la ne-retroactivitatea legii penale mai severe **(Capitolul 1 Secțiunea 2)** și în sfârșit, vom trece la studiul relației dintre echitate și justificareaactelor cu caracter infracţional, mai exact analizând cauzele justificative legale **(Capitolul 2, Secțiunea 1)** și jurisprudențiale, acestea din urmă fiind caracteristice numai dreptului penal francez **(Capitolul 2, Secțiunea 2).**

[950] Yves Mayaud *op.cit*.p.427, vezi și capitolul 6 p.263 și urm.

Capitolul 1. Echitatea şi aplicarea legii penale în timp

Dacă echitatea presupune respectarea principiului legalităţii, acesta din urmă presupune şi interzicerea aplicării retroactive a legii penale, sau *Lex praevia*. Principiul legalităţii incriminării şi a pedepsei consacră la rândul său şi principiul neretroactivităţii legii penale[951]. Aşadar principiul echităţii în dreptul penal include şi regula *lex praevia*. La baza acestui raţionament stă funcţia represivă a legii penale, care ar trebui să fie aplicată numai atunci când este realmente necesar şi numai dacă fapta nu poate fi prevenită, sau combătută prin aplicarea altor legi mai blânde, idee asupra căreia am insistat în prima parte a acestei lucrări ştiinţifice.[952]

În concepţia majoritară a doctrine române,[953] principiul neretroactivităţii legii penale decurge din principiul activităţii legii penale, acesta din urmă fiind plasat pe primul loc de Codul penal român.

Din punct de vedere al rolului echităţii în cadrul aplicării legii penale în timp, una dintre excepţiile fundamentale pe care considerăm noi, echitatea o impune la principiul neretroactivităţii şi la principiul activităţii legii penale, este legea penală mai favorabilă. Abordarea *in favorem* a acuzatului în faţa organelor represive ale statului, impune plasarea celui dintâi pe un prag egal cu *ius puniendi* al statului când îi este declanşată şi analizată răspunderea penală.

---

[951] Valoarea constituţională a neretroactivităţii legii penale rezultă implicit din cuprinsul tratatelor şi convenţiilor referitoare la drepturile omului pe care România le-a ratificat şi care au prioritate asupra legii naţionale în caz de neconcordanţe între acestea şi legea naţională (art.20 din Constituţia României). A se vedea în acest sens şi art.11 alin.(2) al Declaraţiei Universale a Drepturilor Omului adoptată de O.N.U., sau prevederile Pactului internaţional cu privire la drepturile civile şi politice, ale Convenţiei europeane a drepturilor omului (art.7) şi Convenţiei cu privire la drepturile copilului, toate ratificate de statul român.

[952] Este vorba despre *principiul minimei intervenţii, sau al subsidiarităţii*, în strânsă legătură cu rolul subsidiar al dreptului penal în statul de drept. Se respectă astfel şi proporţionalitatea intervenţiei organelor represive în drepturile şi libertăţile cetăţenilor. Toate acestea, le vedem ca fiind componente ale principiului echităţii în dreptul penal substanţial.

[953] V.Paşca, Curs, op.cit. supra, p.80; C.Mitrache, C.Mitrache, op.cit.p.91, pentru o opinie contrară a se vedea F.Streteanu care militează pentru o regândire generală a ordinii principiilor aplicării în timp a legii penale, având în vedere argumentul conform căruia principiul neretroactivităţii legii penale este un principiu consacrat constituţional (art.15 alin. (2) Constituţia României) şi nu ar putea avea deci un rol subsidiar în raport cu principiul activităţii legii penale care este consacrat deocamdată doar la nivelul legii penale, acesta din urmă trebuind văzut ca o consecinţă a principiului neretroactivităţii legii penale.

Retroactivitatea legii penale mai blânde este legitimată şi justificată pe deplin de echitate.

Aplicarea legii penale poate fi definită ca fiind „convertirea eficacității juridice virtuale a normelor de drept într-o reală eficacitate prin intermediul utilizării acestor norme la realizarea concretă a ordinii juridice”.[954] Codul penal român, precum și Codul penal francez, tratează în primă instanță aplicarea în timp a legii penale în conformitate cu reglementările majorității statelor Uniunii Europene.

Legătura cu echitatea este mai evidentă, în opinia noastră, în principiul retroactivității legii penale mai blânde, care face parte din aplicarea în timp a legii penale, deoarece favorizează un tratament mai uman, deci mai echitabil, pentru delincvenții care, ei înșiși, trec prin proceduri care pot să îi sensibilizeze și care vor avea un impact decisiv asupra următorilor ani din viața lor. Particularitățile acestei aplicări în timp a legii penale sunt cele care o determină întotdeauna în lumina unui principiu subsidiar *in favorem* care există spre a servi celui care a comis infracțiunea și pentru a menține echilibrul jocurilor de putere: cea represivă a statului prin aceste organe abilitate să aplice mizele responsabilității penale individului care nu respectă legea penală și „puterea drepturilor de apărare” care trebuie garantată prin asigurarea acestora, deci prin efectivitatea lor.

Codul penal francez tratează aplicarea legii penale în timp în conținutul *Capitolului II. Aplicarea legii penale în timp* prin articolele 112-1 până la 112-4. În dreptul penal francez, principiul legalității delictelor și pedepselor cuprinde în mod logic și general principiile de non-retroactivitate a legii penale mai aspre și retroactivitatea legii penale mai puțin aspre. Cum principiul legalității a fost inițial înțeles ca o garanție împotriva arbitrarului puterii judiciare în epoca luminilor în Franța, parlamentele erau organe jurisdicționale. Acest principiu fiind deci susținut în timpul Revoluției franceze, este fondat la rândul său pe *principiul necesității,* deci aplicarea legii penale în timp este, în egală măsură, fondată pe principiul constituțional *al necesității* așa cum este fondată pe *principiul legalității*. Mai general, acest principiu de aplicare are ca fundament considerațiile umanității, aşadar echitatea.

[954] V.Dongoroz, *Drept penal*, reeditarea ediţiei din 1939, Asociaţia Română de Ştiinţe Penale, Bucureşti, 2000, p.94

Când se vorbește de umanitate ne gândim la echitate, care necesită ca legea penală, împreună cu aplicarea sa, să fie morală, echilibrată, și umană. Există o legătură directă între echitate și regulile de aplicare a legii penale în timp. Echitatea este sursa legitimă a aplicării legii penale mai favorabile în timp. Particularitățile sunt cele care caută întotdeauna să atragă această procedură de aplicare a legilor mai blânde, oferind posibilitatea unei retroactivități *in mitius,* excepțional fondată pe rațiuni morale, care trebuie să ghideze activitatea de aplicare a sancțiunilor și de aplicare a legii penale mai blânde în general celor care au comis infracțiuni.

Codul penal român prevede de asemenea în articolul 1, alineatul 2 care vizează legalitatea incriminării și activitatea legii penale[955]. De asemenea certifică faptul că legea penală nu se poate aplica în mod retroactiv dacă este mai aspră. În mod just, principiul legalității incriminării nu se opune aplicării retroactive a legii mai favorabile pentru autorul infracțiunii. De asemenea articolul 2 al aceluiaşi Cod penal român tratează legalitatea pedepselor penale și în alin. 2.[956] În sfârșit, articolul 3 al acestui Cod este cel care prevede *activitatea legii penale* și faptul că aceasta se aplică faptelor comise în timpul în care aceasta era în vigoare. Articolele 5 - 7 prevăd cazurile legii mai favorabile și a legilor temporare înainte și după sentința definitivă și consecințele în aceste situații.

Diferența de reglementare între dreptul penal francez și dreptul penal român substanțial este legată direct de conținutul textului, legea penală română nu prevede în mod explicit[957] principiul necesității, articolele 1-7 din Codul penal român sunt efectiv fondate pe și justificate prin principiul legalității care *include şi necesitatea*. Totuși, se pot găsi, în aceste texte formale, explicații ale principiului legalității incriminării prevăzute la articolul 1 din Codul penal român în ce privește ingerința legii penale în drepturile individuale, în acest sens, doctrina explică faptul că „orice ingerință în drepturile individuale trebuie prevăzută de lege, aceasta trebuie de asemenea să fie *necesară* într-o societate democratică și *proporţională* cu scopul urmărit”.[958] De asemenea articolul 53 al Constituției românești, analizat deja în prima

[955] „nicio persoană nu poate fi sancționată penal pentru o faptă care nu era prevăzută de legea penală la data când a fost săvârșită.”

[956] indică faptul că „Nu se poate aplica o pedeapsă ori nu se poate lua o măsură educativă sau o măsură de siguranţă dacă aceasta nu era prevăzută de legea penală la data când fapta a fost săvârşită”.

[957] În schimb, Constituţia română, jurisprudența și doctrina prevăd uneori *necesitatea, dar în raport cu ingerința în drepturi.*

[958] Francisca-Maria Vasile, Iuliana Nedelcu, Teodor Manea, Lavinia Lefterache, Irina Kuglay, Valerian Cioclei, Georgina Bodoroncea, *Codul penal. Comentariu pe articole,* Ed.C.H.Beck, 2014, Bucureşti, p.1 și urm.

parte a acestei teze, care vizează ingerința proporțională în drepturile și libertățile fundamentale ale cetățenilor, *lato sensu*, principiul de proporționalitate, care în opinia noastră, face parte din echitate.

Legea își produce efectele în timp fiind destinată să dureze, dar nu definitiv, ținând cont de evoluțiile societății, precum și de evoluția moravurilor care sunt și vor fi parte integrantă a interacțiunii sociale în cadrul societății, legea este modificată și adaptată prin punerea sa în relație cu realitatea și evoluția. De fapt prin durată, dreptul își regăsește legitimitatea, iar legislatorul este cel care stabilește prin intermediul textelor de lege o politică penală pentru perioade date – termene de aplicare a anumitor texte de lege.

Dispozițiile legislative de drept francez sunt asemănătoare celor din dreptul românesc substanțial, în ce privește aplicarea în timp a legii penale. La bază se află același raționament.

Cu privire la echitate și legătura sa cu filosofia politicii determinată de legislator de aplicare a legii penale în timp, aceasta se manifestă în domeniul legii mai favorabile, făcând mai umanitare tratamentul și aplicarea efectivă a unei legi care este imperativă și represivă în esență. Dintr-un punct de vedere subiectiv, se poate chiar afirma că aplicarea în timp este situația concretă unde se stabileşte tratamentul cel mai uman și convenabil pentru cel care a comis o faptă penală ce trebuie pedepsită. Legea este conformă și evoluează odată cu moravurile societății, însă trebuie să respecte, în același timp, anumite *reguli morale* care au la bază *echitatea.* Desigur s-a stabilit că nu există o dreptate absolută, echitatea însăși este irealizabilă în sens absolut, ci ea este flexibilă și adaptabilă. Plecând de la un astfel de raționament, trebuie să funcționeze aplicarea în timp a legii penale și să fie prevăzută de lege, respectând deci umanitatea, demnitatea umană și alte caracteristici ale echitabilului în dreptul penal substanțial, prin tehnica adaptării continue la evoluția socială a fenomenului infracţional.

Principiul legalității incriminării și pedepsei a fost dezvoltate de C.E.D.O. și este consacrat în articolul 7 paragr.1 al Convenției, articol care interzice totodată și aplicarea retroactivă a dreptului penal în situația în care aceasta trebuie efectuată în mod defavorabil pentru acuzat.

Secţiune 1. Extraactivitatea legii penale mai favorabile prin prisma mitior lex

Teoria extraactivităţii legii penale mai favorabile este o teorie eclectică şi predomină, în prezent, în legislaţia penală. Argumentele sunt acelea conform cărora : dacă legea penală veche este mai blândă, urmează a fi aplicată aceasta, ea fiind în vigoare la momentul comiterii faptei, autorul fiind pezumat că a acţionat cunoscându-i conţinutul, iar dacă legea nouă este mai blândă, se aplică aceasta întrucât surplusul prevăzut de legea veche nu se mai justifică legal, fiind contrar principiului legalităţii sancţiunilor penale. Această extraactivitate presupune fie că legea veche, în măsura în care este mai favorabilă, ultraactivează, fie că legea nouă, dacă este mai favorabilă, retroactivează[959]. În concret, se aplică numai una dintre aceste legi, în lumina regimului juridic *in favorem* care trebuie aplicat acuzatului în sfera răspunderii penale, în scopul conferirii acestuia o plasare echitabilă, pe scena raportului penal de conflict, în raport cu acuzarea.

Logica civilă a aplicării legilor în timp nu este susceptibilă de a fi aplicată şi în dreptul penal, judecătorul constată infracţiunea nu în ziua pronunţării, ci în ziua când această infracţiune a fost consumată. Judecata civilă este declarativă, iar nu constitutivă a drepturilor: judecătorul statuează cum ar fi trebuit analizate faptele în momentul în care au fost comise. În schimb, principiul legalității în dreptul penal impune ca legea nouă mai blândă, în vigoare în momentul când judecătorul se pronunţă nu poate fi aplicată *decât cu titlu de corectiv*.[960]

Fondat tehnic pe principiile constituționale de necesitate și legalitate, dar și mai general, pe considerații umanitare și de echitate, principiul *mitior lex* în dreptul francez, ca și în dreptul român, este una din garanțiile drepturilor fundamentale de apărare prevăzută de legislator.

În conformitate cu principiul legalității, numai autoritatea care are putere de incriminare are dreptul de a reveni asupra dispoziției date și de a suprima o anume lege dacă nu mai este conformă realității sociale. Vorbim aici despre două tehnici de abrogare a legii, sau tehnica explicită, care are și un efect de dezincriminare, deci rezultatul va fi interdicția urmăririlor în viitor în baza dispozițiilor care fac obiectul acesteia.

---

[959] A se vedea V. Paşca op.cit.p.95; C. Barbu, *Aplicarea legii penale în spaţiu şi timp*, Ed.Ştiinţifică Bucureşti, 1972, pp.171-177

[960] E.Dreyer, op.cit.p.200

În dreptul penal substanțial francez, jurisdicțiile corecționale, sau de poliție, rămân competente pentru a decide asupra acțiunii civile atunci când sunt sesizate, în același timp cu acțiunea publică, anterior abrogării legii penale. De asemenea, este de competența Curții de Casație, după constatarea încetării acțiunii publice, să se pronunțe cu privire la recursul cu privire la interesele civile.[961]

Echitatea poate fi utilizată ca o justificare a acestei retroactivități a unei legi penale mai favorabile, există păreri care susțin că în realitate, retroactivitatea iese din sfera principiului legalității şi se bazează pe o exigență de echitate,[962] deoarece „numai echitatea permite de fapt judecătorului să statueze subit, că în ziua când decide şi prin aplicarea legii noi, faptele nu mai sunt ceea ce erau în momentul în care au fost săvârşite."[963]

În opinia noastră, echitatea este infinit mai vastă decât un „simplu justificativ, sau corector care autorizează şi legitimează judecătorul în acest sens". De fapt, echitatea este cea care ne face să ne întrebăm dacă este cu adevărat just acest principiul al favorii, de această dată privind din perspectiva victimei şi al echilibrului care a fost înfrânt prin săvârşirea infracțiunii? În fond, infractorul a decis să săvârşească infracțiunea când legea s-a întâmplat să fie mai aspră. Intenția sa a fost clară, şi de fapt, *nemo censetur ignorare legem* trebuie să se aplice de asemenea în numele echității. În plus, dacă avansăm cu aceeaşi logică a ideilor, dreptul penal este un drept imperativ. În sfera sa de aplicare intră numai faptele suficient de grave. Pe scurt, dacă infractorul şi-ar fi asumat gravitatea faptei sale în momentul respectiv şi

---

[961] Curtea de Casaţie, Secţia penală, 15 martie 1995, Bul. Jurisp.pen.nr.104, disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr, consultată la 17.02.2016.

Articolul 8 al Declarației franceze din 1789 că „nimeni nu poate fi pedepsit decât în virtutea unei legi stabilite şi promulgate anterior delictului şi aplicată legal", şi articolul 7§1 al Convenției europene a drepturilor omului dispune de asemenea că „Nimeni nu poate fi condamnat pentru o acţiune sau o omisiune care, în momentul săvârşirii, nu constituia o infracţiune potrivit dreptului naţional sau internaţional". De asemenea, articolul 15§1 al pactului IDCP dispune că „nimeni nu va fi condamnat pentru acţiuni sau omisiuni care nu constituiau un act delictuos, potrivit dreptului naţional sau internaţional, în momentul în care au fost săvârşite." În sfârşit, articolul 112-1, alineatul 1 din Codul penal francez şi articolele 2 alineatul 2 şi articolul 3 din Codul penal român face referire la acestea reglementând aceeaşi regulă de activitate a legii penale de fond. Începând cu anul 1980, Consiliul Constituțional francez a impus respectarea acestei reguli şi Parlamentului, deci şi legislatorului şi nu doar judecătorului - Cons.const.9 ian.1980, n.79-109 DC, Legea cu privire la prevenirea imigrației clandestine, §7. Principiul este aplicat întregii materii penale - Cons const.dec din 14 oct.2010, nr.2010-53 QPC – http://www.conseil-constitutionnel.fr/, consultată la 18.02.2016.

[962] G.Mathieu, *L'application de la loi pénale dans le temps*, Rev.sc.crim. 1995,p. 263, Ch. Blanchard, *La dispense en droit prive*, Ed. Panthéon-Assas, col. „Thèses" 2010, , nr.287, *apud* E. Dreyerop.cit. p.1184

[963] E.Dreyer, op.cit.p.1185

a acționat în consecință, însă judecătorul vine și îi aplică o pedeapsă mai puțin aspră, ce poate învăța infractorul din această situație? Am putea oare îndrăzni să credem că un principiu *in favorem,* pe care se pune accentul în mod excesiv, fiind de actualitate și care trebuie, în mod imperativ, să fie aplicat, poate genera o situație în care infractorul va gândi că a putut scăpa relativ ușor, cu o pedeapsă mai puțin severă și în consecință acesta va reveni la atitudinea sa contrară legii în viitor, sperând că legea va deveni încă o dată mai blândă? Echitatea este vastă, dar este complicată și paradoxală uneori, deoarece trebuie verificată, sau imaginată *grosso modo* „aplicarea tratamentului penal *in favorem,*" *de asemenea* trebuie analizate şi efectele pe care un considerent echitabil le poate genera tuturor celor implicați în raportul penal al conflictului şi nu doar acuzatului. Putem avea consecințe pozitive, dar și negative, cum ar fi de exempluun comportament de reiterare a activităţilor infracţionale. Nu susținem că este eronat acest principiu de aplicare a legii mai favorabile, însă considerăm că trebuie totuși să i se stabilească mai multe limite, și tocmai în numele acestei echități avem nevoie de aceste limite, însăşi echitatea le poate stabili.

Pe scurt, echitatea „legitimează judecătorul să raţioneze, la un moment dat, că faptele nu mai prezintă gradul de periculozitate pe care îl presupuneau în momentul în care au fost săvârşite", dar, în acelaşi timp ar trebui să impună și limite? Este adevărat că în baza argumentului umanității dreptului penal substanțial, acest principiu *in favorem,* care presupune aplicarea legii penale mai favorabile trebuie să se aplice, însă echitatea excede acest context. Aceasta trebuie de fapt să mențină echilibrul, acesta este sensul ei în dreptul penal substanțial. Deoarece nu trebuie să căutăm a favoriza excesiv reţinerea răspunderii penale a infractorului prin tratamente prea indulgente ale legilor ce vor fi aplicate în numele acestei „umanități" care nu este decât o componentă a echității. Regula este aceea conform căreia echitatea nu trebuie să favorizeze pe nimeni.

În opinia noastră, *mitior lex* este justificat mai mult în numele umanității dreptului penal, decât în numele echității. Mai mult, această umanitate trebuie să presupună respectarea unor limite pentru a nu încuraja delincventul să continue cu activitățile infracționale știind că va scăpa ușor de pedepse. Legea penală de fond nu este o "loterie a norocului". Dacă săvârșim erori, trebuie să ni le asumăm. Echitatea impune și acest lucru.[964]

[964] Cu toate acestea, dacă interesul de a pedepsi al societății ar dispărea în timp, societatea nu câştigă nimic din pedepsirea unui comportament pe care ea însăşi l-a recunoscut ca nemaifiind atât de periculos. Ieşim aşadar din

Localizarea în timp a infracțiunilor se face în același mod și conform aceloraşi reguli în dreptul penal de fond francez, ca și în dreptul penal român. În cele ce urmează vom analiza modalitățile de aplicare a acestui principiu *in favorem*, pentru a propune limite echitabile.

spațiul conştiinței delincventului care poate a săvârşit infracțiunea cu intenția specifică pentru gravitatea prevăzută de legi în momentul respectiv, și trecem la interesul general, interesul social de a pedepsi, care trebuie să evolueze odată cu societatea.

A. **Legea penală mai favorabilă în dreptul penal român**

Precum am afirmat mai sus, noţiunea de lege penală mai favorabilă ar sugera aparent o inegalitate în raportul penal de conflict între infractor şi victimă. Se poate pune problema în acest sens pentru că expresia de lege mai favorabilă denotă un tratament mai favorabil. Esenţial este a se stabili mai favorabil în raport cu ce. Iar dacă problematica este abordată din acest punct de vedere, vom vedea că retroactivitatea *in mitius* nu este altceva decât o reechilibrare a armelor apărării faţă de armele acuzării. De aceea este esenţială fundamentarea acestei instituţii în legea penală, printr-o reglementare echitabilă şi clară în textele de lege penală astfel încât să se poată realmente ajunge la o uniformitate în interpretarea acestei instituţii la nivelul instanţelor de judecată. Legea penală mai favorabilă are ca fundament echitatea, însă ea trebuie să beneficieze şi de o eficienţă practică. În acest sens, vom vedea că există controverse în jurisprudenţa penală română a marilor instanţe în ceea ce priveşte însăşi aplicarea acestei reguli echitabile în mod indivizibil, sau pe instituţii autonome în ceea ce priveşte etapa anterioară judecării definitive a cauzei.

A.a) Reglementarea şi fundamentul echitabil al legii penale mai favorabile în dreptul penal român

Principiul *mitior lex,* sau aplicarea legii penale mai favorabile, a fost consacrat la nivel constituţional în anul 1991, când legiuitorul constituant român a reglementat art.15 alin.(2) care prevede că : *Legea dispune numai pentru viitor, cu exceptia legii penale mai favorabile,* iar odata cu revizuirea Legii fundamentale, tot prin art.15 alin.(2), principiul a fost extins si la faptele contraventionale, în sensul că: *Legea dispune numai pentru viitor, cu exceţia legii penale sau contravenţionale mai favorabile.* Înainte de intrarea în vigoare a actualei Constituţii a României, noţiunea de lege penală mai favorabilă avea un sens mai restrâns. Prin lege penală mai favorabilă *lato sensu* se înţelege, în prezent, orice dispoziţie cu caracter penal din legi, sau decrete, intervenită ulterior comiterii faptei şi care, prin efectele sale, duce la crearea unei situaţii mai uşoare pentru infractor.[965]Excepţia prevăzută de Legea fundamentală vizează numai legile penale de drept material, iar nu şi pe cele de procedură penală, ea fiind introdusă în scopul de a nu bloca retroactivitatea legii penale substanţiale mai blânde.[966] Retroactivitatea legii penale mai favorabile este prevăzută aşadar ca o excepţie de la

[965] F. Streteanu, op.cit.p.122

[966] *Idem*, p.128

neretroactivitatea legii penale şi este prevăzută în dreptul român în primul rând de Legea fundamentală, în cuprinsul art.15 alin.(2).

În această secţiune vom analiza legătura dintre echitate şi legea penală mai favorabilă în sensul său strict, aşa precum o denumeşte Codul penal român în art.5 şi art.6.

În sfera Codurilor penale, acest principiu a fost consacrat în cuprinsul art.11 al Codului penal român din 1968 care prevedea că: "legea penală nu se aplică faptelor care, la data când au fost săvârşite, nu au fost prevăzute ca infracţiuni." Din momentul în care principiul neretroactivităţii legii penale a fost consacrat constituţional, acesta se impune legiuitorului astfel încât nu mai pot fi prevăzute excepţii de la acest principiu în alte texte de lege, dacă ele nu se încadrează în limitele textului Constituţiei.[967] În actualul Cod penal român, aplicarea legii penale mai favorabile este prevăzut în art.5 şi art.6, aplicarea acestuia fiind delimitată de etapele procesuale şi anume cea de până la judecarea definitivă a cauzei şi cea de după judecarea definitivă a cauzei.

În ceea ce ne priveşte, achiesăm la opinia literaturii de specialitate,[968]conform căreia aplicarea legii mai favorabile reprezintă corolarul aplicării conjugate a principiilor fundamentale de legalitate a incriminării şi a pedepsei şi a principiul minimei intervenţii, însă considerăm esenţialmente necesar adăugarea la acestea a principiului echităţii. Coroborarea acestor trei principii, legitimează pe deplin *aplicarea legii penale mai favorabile* legitimând rolul acestei instituţii în sfera dreptului penal. Cu atât mai mult cu cât am argumentat pe parcursul acestei lucrări că, *lato sensu*, echitatea în dreptul penal de fond ar include celelalte principii fundamentale.

Din principiul legalităţii incriminării şi pedepselor decurg, în sfera legii penale mai favorabile, exigenţe ca - neretroactivitatea legii penale mai severe, ceea ce determină aplicarea legii vechi atunci când legea nouă ar agrava tratamentul sancţionator şi cerinţa ca faptele să fie incriminate şi pedepsele aferente să fie prevăzute de legea penală nu numai la momentul săvârşirii infracţiunii, ci şi în momentele condamnării şi executării pedepsei.

[967] F. Streteanu, *Drept penal.Parte generală*, op.cit.p.110

[968] *Idem*, p.129

Din perspectiva *principiului minimei intervenţii* apare ca evidentă ipoteza că potrivit legii noi, scopul legii penale poate fi atins şi prin aplicarea unei pedepse mai puţin severe, atunci aceasta este suficientă[969] şi deci ea trebuie să fie aplicată chiar dacă la momentul comiterii infracţiunii era în vigoare o lege mai aspră din punct de vedere al tratamentului sancţionator.[970]

Prin prisma *principiul echităţii,* neretroactivitatea legii penale mai severe, retroactivitatea legii penale mai favorabile, sau ultraactivitatea legii penale mai favorabile sunt explicaţiile imperativităţii acordării unui tratament *in favorem* celor acuzaţi, răspunderea penală, înainte de a fi represivă, trebuie să fie rezonabilă şi justă. Este cert că şi principiile legalităţii şi al subsidiarităţii răspunderii penale militează în acest sens, însă echitatea constituie principiul suprem, care, înglobându-le pe acestea, ar impune respectarea justului în reţinerea răspunderii penale a indivizilor. Aplicarea unei legi penale mai severe, atunci când există posibilitatea aplicării unei legi penale mai blânde implică un tratament penal *defavorizator* şi *arbitrar* faţă de individul care îşi susţine drepturile la apărare în faţa organelor represive ale statului şi care nu are la dispoziţie niciun instrument menit să conteste o aplicare defectuoasă a legii penale în timp, în raport cu fapta sa. Principiul echităţii ar putea fi invocat în acest sens, pentru că acesta justifică esenţa morală şi rostul unei legi penale mai favorabile, totodată şi obligativitatea aplicării legii mai favorabile, atunci când ea există în situaţia concretă.

În acest sens, doctrina[971] a stabilit două reguli esenţiale ce se impun a fi respectate în activitatea de aplicare a legii penale mai favorabile. Prima regulă prevede că *determinarea legii penale mai favorabile se efectuează de la caz la caz, în mod concret, în raport cu fapta şi autorul ei şi nu în mod abstract, prin compararea dispoziţiilor cuprinse în legile succesive,*

---

[969] În Franţa, retroactivitatea *in mitius* este aplicată în lumina *principiului constituţional al necesităţii,* cuprins în art.5 şi art.8 al Declaraţiei drepturilor omului şi cetăţeanului. Astfel, dacă o lege stabileşte sancţiuni mai blânde, aceasta se aplică imediat, infracţiunile comise anterior intrării acesteia în vigoare fiind pasibile de aplicarea pedepselor noi. Consiliul Constituţional francez a argumentat că aplicarea pedepsei prevăzută în legea veche nu mai apare ca fiind necesară potrivit însuşi aprecierii legiuitorului atunci când a reglementat o pedeapsă mai blândă în noua lege. Această interpretare a fost susţinută şi argumentată în decizia din 1981 cu privire la Legea denumită "sécurité-liberté". A se vedea Conseil constitutionnel, 19-20 janvier 1981 - décision *sécurité et liberté* (n 80-127 DC), disponibilă pe http://www.conseil-constitutionnel.fr/

[970] *Ibidem*

[971] C. Bulai, B. Bulai, *Manual de drept penal. Parte generală*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2007, pp.137-138; G.Antoniu, *Noul Cod penal Vol.I Comentarii*, Ed. C.H.Beck, 2006 pp.62-63

independent de cauza şi persoana dedusă judecăţii. Se vor examina comparativ şi succesiv consecinţele pe care le-ar putea avea asupra cauzei condiţiile de incriminare din cele două legi, condiţiile de tragere la răspundere penală şi condiţiile de sancţionare, după această analiză, se va stabili ca mai favorabilă acea lege care prevede regimul juridic cel mai favorabil pentru cel în cauză.

Din punctul de vedere al *condiţiilor de incriminare*, se consideră ca fiind mai favorabilă acea lege care condiţionează existenţa infracţiunii tip, a formei agravate, sau calificate a acesteia, de anumite împrejurări pe care fapta dedusă judecăţii nu le îndeplineşte. Însă analiza nu se rezumă numai la aceste elemente, conţinutul infracţiunii este format din totalitatea elementelor obiective şi subiective necesare pentru existenţa unei anumite infracţiuni, examinarea condiţiilor de incriminare implică compararea condiţiilor în care se săvârşeşte infracţiunea în raport cu locul, timpul, modalităţile de acţiune, condiţiile cu privire la persoana infractorului, sau a victimei, forma de vinovăţie cu care se acţionează, scopul şi scopul săvârşirii infracţiunii pentru a se alege acea lege care duce la situaţia cea mai favorabilă făptuitorului.[972] Este vorba despre o logică prin care se verifică dacă nu se deduc pe cât posibil din condiţiile ce trebuie îndeplinite pentru forma cea mai gravă a infracţiunii date, tinzându-se înspre reţinerea celei mai uşoare forme a acesteia, sau a variantei atenuate. Astfel, va fi mai favorabilă legea care determină neîntrunirea elementelor infracţiunii în forma sa simplă, iar dacă se întrunesc elementele pentru forma simplă, atunci se evită cele specifice formei agravate, sau calificate, sau se determină că în baza uneia dintre legile în discuţie se poate determina reţinerea numai a unei forme atenuate a infracţiunii în analiză.

În ceea ce priveşte *criteriul condiţiilor de tragere la răspundere penală*, dacă legile succesive prevăd condiţii distincte de exercitare a acţiunii penale, va fi mai favorabilă, legea care impune mai multe exigenţe pentru exercitarea acţiunii penale. Spre exemplu, o infracţiune pentru care legea prevede cerinţa existenţei unei plângeri prealabile a părţii vătămate este mai favorabilă decât o lege care nu prevede această cerinţă.[973]

Ultimul criteriu presupune *exeminarea comparativă a sistemului sancţionator,* astfel că este logic ca dintre legile care prevăd pedepse diferite, să se aleagă legea care prevede cea

[972] V. Paşca, op.cit.pp.98-101

[973] *Ibidem*

mai uşoară pedeapsă pentru fapta în analiză. Dacă în legile succesive sunt prevăzute pedepse de aceeaşi natură determinarea legii mai favorabile nu se face în abstract, comparându-se limitele minime şi maxime ale pedepsei, ci trebuie să se determine regimul sancţionator cel mai favorabil prin analiza ansamblului criteriilor de individualizare a pedepsei prevăzute în art.74., apoi depinde şi dacă judecătorul se îndreaptă, în funcţie de aprecierea gravităţii faptei concrete, spre mininul, sau spre maximul prevăzut, legea mai favorabilă va fi determinată şi în funcţie de aceste criterii.[974]

Practic, fie se modifică regimul sancţionator, fie condiţiile de incriminare, sau condiţiile de tragere la răspundere, esenţial este însă ca analiza faptei concrete să genereze o alegere echilibrată a legii care se impune mai favorabilă în contextul dat. Proces complex, care nu este tocmai simplu deoarece, se cere respectată a doua regulă esenţială în determinarea legii mai favorabile, care presupune *evitarea creării pe cale judiciară a unei lex tertia.* O întrebarea firească, în condiţiile în care ştim deja că echitatea impune aplicarea legii penale mai favorabile, ar fi: cât de favorabilă? Cu alte cuvinte, există o limită în acest tratament *in favorem* în faţa răspunderii penale? Pentru că, la fel cum echitatea legitimează această regulă, considerăm că tot echitatea va trebui să îi creioneze şi limite. Dacă se poate crea o injustiţie prin privarea inculpatului de tratamentul *in favorem* pe care îl presupune *mitior lex*, atunci când există o lege penală mai blândă şi aceasta nu se aplică, în egală măsură, se poate crea şi un exces printr-o „favorizare extremă". De aceea considerăm că s-a stabilit ca necesară evitarea combinării unor dispoziţii mai favorabile din mai multe legi penale într-o cauză concretă.

Considerăm că se impune să indentificăm echitatea şi în controversele din doctrina şi jurisprudenţa penală română. Opinia în favoarea aplicării în mod global sau opinia în favoarea aplicării pe instituţii autonome a legii penale mai favorabile, înainte de judecarea definitivă a cauzei, sunt controversate şi acuale în dreptul penal român.

În ceea ce priveşte sfera de aplicare a regulii evitării creării unei *lex tertia*, observăm că nu există o definire a ceea ce presupune această *lex tertia,* care să fie universal acceptată, nici în textul legii penale, nici în doctrină, în plus nu există nici o definiţie a ceea ce

[974] *Ibidem;* spre exemplu, dacă legea nouă prevede un maxim mai redus, dacă s-a stabilit că este necesară aplicarea unei pedepse îndreptate spre maxim, datorită gravităţii concrete a faptei, judecătorul va aplica legea nouă.

presupune *legea penală mai favorabilă*.[975]Aceste deficienţe de reglementare legislativă pot genera inechităţi la nivelul practicii de tragere la răspundere penală, deoarece instanţele de judecată nu au la îndemână linii directoare în sfera acestei chestiuni.

Opinia *restrictivă*[976], respectă standardele echităţii în opinia noastră. Aplicarea indivizibilă presupune şi includerea unor instituţii de drept penal considerate de doctrina şi jurisprudenţa interbelică şi postbelică[977] ca fiind autonome de încadrarea juridică a faptei, includerea acestora se va face indiferent dacă sporurile prevăzute de noua lege considerată mai blândă, nu ar fi şi ele favorabile. Regula este aceea conform căreia legile se pot compara, însă ele nu se pot combina, deoarece prin selectarea şi combinarea dispoziţiilor penale succesive mai blânde judecătorul nu s-ar limita la aplicarea legii penale, ci şi-ar depăşi atribuţiile prin generarea unei legi penale proprii, penetrând astfel în sfera legislativă.[978]

Conform opiniei contrare, *extensive, lex tertia* presupune doar combinarea unor dispoziţii care nu pot fi aplicate autonom, astfel că operaţiunea de stabilire a legii penale mai favorabile se poate face în mod autonom, în raport cu fiecare instituţie juridică ce se aplică în cauză. Nu doar doctrina interbelică[979] şi postbelică[980] a împărtăşit constant această opinie, ci şi jurisprudenţa penală. Spre exemplu profesorul Viorel Paşca susţine că " aplicarea legii penale mai favorabile în cadrul fiecărei instituţii autonome nu contravine principiului legalităţii, nefiind creată o *lex tertia,* întrucât *lex tertia* există atunci când sunt preluate condiţiile de existenţă ale unei instituţii dintr-o lege, iar efectele aceleiaşi instituţii sunt preluate dintr-o altă lege. *Lex tertia* presupune combinarea dispoziţiilor de favoare în cadrul

[975] Pentru observaţii similare a se vedea V.Paşca, op.cit.p.101; F. Streteanu, Drept penal.Parte generală, op.cit.p.137

[976] T. Pop, *Drept penal comparat,* vol.II, Institutul de Arte Grafice Cluj 1923, p.121; C.Barbu, *Aplicarea legii penale române în spaţiu şi timp,* Ed. Ştiinţifică, Bucureşti, 1972, p.261

[977] Pentru exemple de argumente ale doctrinei în sensul instituţiilor autonome, a se vedea F. Streteanu, Drept penal. Parte Generală vol.I, op.cit.pp.137-139

[978] V. Paşca, op.cit.p.101

[979] Spre ex. profesorul Dongoroz afirma că odată stabilită fapta şi pedeapsa conform uneia dintre legi, se poate recurge la instituţiile care funcţionează independent din cealaltă lege dacă ele sunt mai favorabile infractorului în Comentariu în codul penal Carol al II-lea. Adnotat de constantin G.Rătescu şi colab., Ed. Librăriei Socec, Bucureşti, 1937, Vol I p.10;

[980] Spre ex. C. Bulai, G.Antoniu, V.Paşca, F. Streteanu – a se vedea F. Streteanu *Drept penal. Parte generală* Vol.I op.cit.p. 138

aceleiaşi instituţii juridice din legi diferite."[981]Având în vedere că nu există o definire a ceea ce presupune această *lex tertia care să aparţină legiuitorului, pentru că, în cazul în care aceasta ar exista, ea ar fi universal impusă, deci universal acceptată, problemele găsindu-şi rezolvarea,* nu putem generaliza şi accepta ca absolut valabilă definiţia şi limitele *lex tertia* existentă în literatura de specialitate. Argumentul este simplu, în fond, la fel cum judecătorul nu trebuie să pătrundă în sfera legiuitorului, cu atât mai puţin doctrina nu ar avea această prerogativă.

În considerentele expuse de Curtea Constituţională se arată că "dispoziţiile art.5 din actualul Cod penal român, în interpretarea care permite instanţelor de judecată, în determinarea legii penale mai favorabile, să combine dispoziţiile Codului vechi din 1968 cu cele ale Codului actual din 2014, contravine art.1 alin.(4) din Constituţia României care vizează separaţia şi echilibrul puterilor în stat şi art.61 alin.(1) din Legea fundamentală privind rolul Parlamentului de unică autoritate legiuitoare a ţării." S-a susţinut că "această motivare ţine mai degrabă de raţiuni de politică penală decât de ordinea constituţională şi că politica penală nu o face Curtea Constituţională."[982]Este adevărat că politica penală ţine de legiuitor, însă aceasta nu înseamnă că legiuitorul nu trebuie sprijinit prin trasarea de linii directoare de către cele mai importante instituţii ale statului în domeniul penal. Astfel, suntem de acord cu faptul că nu Curtea Constituţională face politica penală, dar are anumite prerogative măcar în a atrage atenţia legiuitorului asupra unor aspecte de inechitate, din politica penală,[983]. Mai mult, încălcarea echilibrului puterilor în stat este prima sursă de

[981] V. Paşca, op.cit.p.102

[982] V. Paşca, op.cit.p.105

[983] Potrivit jurisprudenţei sale, Curtea a consacrat posibilitatea şi obligaţia sa de a interveni, ori de câte ori este sesizată, în cazul în care un text legal poate genera interpretări de natură a aduce atingere prevederilor constituţionale. În practica sa recentă, Curtea a statuat că, fără a nega rolul constituţional al instanţei supreme, a cărei competenta este circumscrisă situaţiilor de practica neunitară, Curtea Constituţională reţine ca, în cazul în care un text legal poate genera interpretări diferite, este obligată să intervină ori de câte ori acele interpretări generează încălcări ale prevederilor Legii fundamentale. Constituţia reprezintă cadrul şi măsura în care legiuitorul si celelalte autorităţi pot acţiona; astfel şi interpretările care se pot aduce normei juridice trebuie să ţină cont de această exigenţă de ordin constituţional cuprinsă chiar în art.1 alin.(5) din Legea fundamentală, potrivit căruia în Romania respectarea Constituţiei şi a supremaţiei sale este obligatorie" -*consid.50* din Decizia 265 din 6 mai, 2014, publicată în M.Of. nr.372 din 20 mai 2014; Decizia nr. 1.092 din 18 decembrie 2012, publicată in M.Of., Partea I, nr.67 din 31 ianuarie 2013. De altfel, Curtea Constitutionala a stabilit că, indiferent de interpretarile ce se pot aduce unui text, atunci când Curtea Constituţională a hotărât că numai o anumită interpretare este conformă cu Constituţia, menţinându-se astfel prezumţia de constituţionalitate a textului în această interpretare, atât instanţele judecătoreşti, cât şi organele administrative trebuie să se conformeze deciziei Curţii şi să o aplice ca atare - Decizia nr.536 din 28 aprilie 2011, publicată în M.Of. Partea I, nr.482 din 7 iulie 2011. De asemenea, în interpretarea legii, instanţele judecătoreşti, între care şi Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, trebuie să respecte cadrul constituţional, iar sancţionarea depăşirii/încălcării acestuia revine în exclusivitate

inechităţi la nivelul înfăptuirii justiţiei penale, pentru că deschide calea arbitrariului judecătorilor care interpretează instituţii ca legea penală mai favorabilă în mod subiectiv. Considerăm că această chestiune nu se restrânge aşadar la politica penală, ci ea ţine de echitatea şi siguranţa justiţiei, iar legiuitorul trebuie să reglementeze în mod concret şi să le stabilească limite, instituţiile de: lex tertia, lege penală mai favorabilă şi instituţii autonome, astfel încât să existe claritate astfel justiţia penală va deveni echitabilă.

Aceeaşi echitate este şubrezită şi de oscilările instanţelor supreme, care de-a lungul timpului au statuat fie aplicarea globală a legii penale mai favorabile, fie aplicarea sa pe instituţii autonome. Astfel, înainte de Codul penal din 1968, Curtea de Casaţie română a statuat într-o speţă că dacă instanţa de fond a considerat că fiecare dintre legiuiri[984] face un tot unitar cu pedeapsa şi că deci nu s-ar putea aplica prescripţia din Codul penal de la 14 martie 1936 pentru o infracţiune pedepsită după Codul penal din 1865, a interpretat greşit şi a violat dispoziţiunile art.5 şi art 165 Cod penal, întrucât niciun text din legiuirea penală nu opreşte a se aplica pedeapsa prevăzută de o anumită legiuire şi prescripţia din altă legiuire penală.[985]

Cu toate acestea, noţiunea de instituţie autonomă nu a fost definită concret de lege, ci numai în literatura de specialitate.[986]

Considerăm că, în acest context, lipseşte *claritatea şi precizia* legii, o lege care nu delimitează şi nu prevede concret cum se aplică o instituţie ca *legea penală mai favorabilă* nu poate fi echitabilă, deoarece se crează aceste controverse atât în doctrină, cât şi în practica instanţelor, care nu îi ajută, în concret, cu nimic pe cei condamnaţi, dar nici pe judecători în

---

Curţii Constituţionale- a se vedea în acest sens Decizia nr.854 din 23 iunie 2011- extras din- Consid 52 din Decizia 265 din 6 mai, 2014, publicată în M.Of. nr.372 din 20 mai 2014 Astfel, indiferent de interpretările ce se pot aduce unui text atunci când Curtea Constituţională a hotărât că numai o anumită interpretare este conformă cu Constituţia, menţinându-se astfel prezumţia de constituţionalitate a textului în această interpretare, instanţele judecătoreşti trebuie să se conformeze deciziei Curtii şi să o aplice ca atare. – Consid.55 din Decizia 265 din 6 mai, 2014, publicată în M.Of. nr.372 din 20 mai 2014.

[984] În cauză era vorba despre succesiunea Codului penal din 1865 şi Codulului penal din 1936.

[985] V. Papadopol, I.Stoenescu, G. Protopopescu, *Codul penal al R.P.R. adnotat*, Ed. de Stat, Bucureşti, p.27

[986] *Sunt instituţii autonome de regimul sancţionator prevăzut în norma de incriminare, conform opiniei doctrinei: tentativa, regimul sancţionator al infracţiunii continuate, minoritatea, regimul sancţionator al pluralităţii de infracţiuni, liberarea condiţionată, prescripţia răspunderii penale şi reabilitarea* – V. Paşca op.cit.pp.102-103; *Sunt instituţii autonome, instituţiile ale căror mecanism de aplicare funcţionează separat de încadrare şi/sau pedeapsă şi ale căror condiţii de existenţă sunt diferite de faptul juridic faţă de care sunt apreciate ca fiind autonome.O instituţie este autonomă în raport cu alta atunci când efectele lor nu sunt generate de acelaşi tip de fapt juridic*. – L.V. Lefterache în G. Bodoroncea, V. Cioclei (coord.) Codul penal. Comentariu pe articole. op.cit.p.21

aplicarea justiţiei penale. Este vorba despre o situaţie echivocă, nepermisă în justiţia penală unde se aplică pedepse care presupun ani din viaţa cetăţenilor.

În practica instanţelor naţionale de după intrarea în vigoare a Codului penal din 1968, au existat soluţii contrare spre exemplu conform unei soluţii a Tribunalului Suprem din 1971[987]dacă infracţiunile concurente au fost sancţionate cu amendă potrivit legii penale vechi mai favorabile, este corectă aplicarea regulilor privind concursul de infracţiuni potrivit legii penale noi, care prevede contopirea pedepselor, iar nu totalizarea lor ca în legea veche. Conform unei alte decizii, trei ani mai târziu, a aceluiaşi Tribunal Suprem[988] s-a statuat că dacă încadrarea juridică a faptei s-a făcut potrivit unei legi mai favorabile, tot în baza acelei legi vor trebui aplicate dispoziţiile referitoare la recidivă, chiar dacă acestea sunt mai grave decât cele din legea nouă.

Mai mult, considerăm nepotrivită din perspectiva aplicării pe instituţii autonome a legii penale mai favorabile[989] formularea legiuitorului din cuprinsul art.10 din Legea nr.187/2012 de punere în aplicare a noului Cod penal român, în care s-a prevăzut că "tratamentul sancţionator al pluralităţii de infracţiuni se aplică potrivit legii noi atunci când cel puţin una dintre infracţiunile din structura pluralităţii a fost comisă sub legea nouă, chiar dacă pentru celelalte infracţiuni pedeapsa a fost stabilită potrivit legii vechi, mai favorabilă." Deşi *se poate doar deduce* o oarecare achiesare a legiuitorului la teoria instituţiilor autonome, această formulare este nepotrivită din punct de vedere echitabil. Cu alte cuvinte, se aplică legea nouă dacă cel puţin una dintre infracţiunile din structura pluralităţii a fost comisă sub legea nouă, aceasta fiind evident *mai severă*, deoarece, precum afirmă chiar legiuitorul în acelaşi text de lege, *pentru celelalte infracţiuni pedeapsa a fost stabilită potrivit legii vechi, mai favorabilă*. Nu rămâne de dedus decât că noua lege, în acest context, este mai severă şi dacă a fost comisă *cel puţin una* dintre infracţiuni sub această nouă lege, "ghinionul este de partea infractorului." Legea penală mai favorabilă nu poate fi concepută ca un joc de noroc, în care se extrage, sau nu, lozul câştigător, aceasta trebuie să se bazeze pe norme clare, neechivoce şi cel mai important, echitabile. Aceste prevederi contravin în mod clar principiului neretroactivităţii legii penale mai severe, ele fiind neechitabile. Precum a

[987] T.S. S.pen.dec.nr.121/1971, R.R.D. nr.6/1971, p.158

[988] T.S. S.pen.dec.nr.198/1974, C.D.1974, p.301

[989] Pe care legiuitorul pare să o împărtăşească în acest context.

subliniat şi doctrina,[990] cu privire la acelaşi articol, "se permite şi interpretarea *per a contrario* conform căreia tratamentul sancţionator al pluralităţii de infracţiuni se aplică potrivit legii vechi atunci când infracţiunile din structura pluralităţii au fost comise sub legea veche, chiar dacă pentru infracţiunile componente pedeapsa a fost stabilită potrivit legii noi, mai favorabilă." Oricum s-ar interpreta, abordarea este clar defavorabilă inculpatului, mai mult articolul nu ar avea sens în contextul în care pluralităţii de infracţiuni i se va aplica legea în vigoare la data la care sunt îndeplinite condiţiile de existenţă ale acesteia, în forma concursului de infracţiuni, sau de recidivă.[991]

Revenind la oscilarea celor două instanţe supreme române, dacă în anul 1997 Curtea Constituţională recunoaşte în aplicarea Codului penal de la 1968 existenţa instituţiilor autonome prin decizia nr.214/1997, aceeaşi instanţă supremă neagă existenţa instituţiilor autonome în aplicarea actualului Cod penal prin Decizia nr.265/2014. O situaţie opusă se petrece în jurisprudenţa Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie române, care, în 2008, statuează, într-un recurs în interesul legii referitor la aplicarea cauzelor de impunitate, sau de reducere a pedepsei reglementate de art.10 din Legea nr.241/2005 pentru prevenirea şi combaterea evaziunii, infracţiunilor comise sub Legea nr.87/1994, că: „principiul legii penale mai favorabile impune aplicarea legii penale mai favorabile în ansamblu şi nu doar aplicarea unora dintre dispoziţiile mai favorabile ale acelei legi," aşadar "nu se poate recurge la combinarea unei dispoziţii mai favorabile dintr-o lege cu dispoziţii din altă lege, pentru că s-ar crea pe cale pretoriană o a treia lege, ceea ce nu ar fi permis."[992]

Înalta Curte a stabilit, şase ani mai târziu, un mecanism de aplicare al legii penale mai favorabile în cadrul instituţiilor autonome concordant cu Decizia Curţii Constituţionale nr.217/1997,[993]prin Decizia Î.C.C.J.nr.2 HP din 14 aprilie 2014, pronunţată în scopul unificării practicii judiciare, prin care s-a stabilit că aplicarea legii penale mai favorabile se raportează la *instituţii autonome*. Aceeaşi Înaltă Curte de Casaţie şi Justiţie a revenit printr-o decizie ulterioară nr.5 din 26 mai 2014 la chestiunea aplicării legii penale mai favorabile şi

[990] V. Paşca op.cit.pp.103

[991] *Ibidem*

[992] Înalta Curte de Casație și Justiție., R.I.L., *Dec. nr.8 din 21 ianuarie 2008*, publicată în M.Of. nr.866 din 22 decembrie 2008

[993] publicată în M.Of anterior Deciziei C.C. nr.265/2014

referitor la art.5 din Codul penal, a statuat că, la aplicarea acestuia se are în vedere criteriul *aprecierii globale* a legii penale mai favorabile şi a constatat că *nu este permisă combinarea prevederilor din legi succesive în stabilirea şi aplicarea legii penale mai favorabile cu privire la condiţiile de existenţă şi de sancţionare ale infracţiunii în formă continuată*.[994]Nu se oferă însă o soluţie prin această din urmă decizie la aplicarea legii penale mai faorabile cu privire la situaţii tranzitorii cu privire la pluralitatea de infracţiuni, se vizează doar confirmarea unei soluţii anticipate de practica judiciară în mod constant, cu privire la o formă a unităţii legale, respectiv regula conform căreia nu pot fi combinate dispoziţii de favoare dintr-o lege referitoare la condiţiile de existenţă a unei instituţii cu dispoziţii de favoare dintr-o altă lege referitoare la efectele acelei instituţii.[995]

O altă problemă este aceea că în cadrul aplicării globale a legii penale mai favorabile nu a fost stabilit un mecanism de aplicare. Pe bună dreptate, doctrina a sesizat în acest context că cele două concepţii antagonice şi modul în care s-a schimbat practica, cu efecte asupra raporturilor juridice născute anterior, creează riscul unei jurisprudenţe divergente care să ducă la concluzia lipsei de previzibilitate a legii, inclusiv la încălcarea art.7 din Convenţia Europeană a Drepturilor Omului.[996]

Revenind în sfera concepţiei restrictive a aplicării globale a legii penale mai favorabile, care se aplică în prezent, din punctul nostru de vedere aceasta este cea echitabilă. Argumentarea Curţii Constituţionale din Decizia nr. 265 din 6 mai 2014 referitoare la exceptia de neconstituţionalitate a dispozitiilor art.5 din Codul penal este o argumentare *în echitate,* din punctul nostru de vedere.[997]

Curtea a argumentat prin prisma echităţii pe care a conceput-o ca *egalitate de tratament juridic care justifică mitior lex,* că excepţiile de la activitatea penală şi de la legalitatea incriminării se aplică în situaţiile de tranziţie determinate de succesiunea legilor penale, atunci când o infracţiune este săvârşită sub imperiul legii penale anterioare însă făptuitorul este urmărit penal, judecat ori execută pedeapsa sub imperiul noii legi penale.

[994] Înalta Curte de Casație și Justiție, *Dec.nr.5/HP din 26 mai 2014*

[995] L.V. Lefterache în G. Bodoroncea, V. Cioclei (coord.) Codul penal. Comentariu pe articole. Op.cit.p.18

[996] *Ibidem*

[997] Publicată în M.Of.nr. 372/2014 - M. Of. 372 / 20 mai 2014

Problematica aplicării legii penale în situaţiile de tranziţie a determinat exprimarea a două curente de opinie diametral opuse: teza ultraactivitatii legii vechi, potrivit careia in caz de tranzitie se va aplica legea existentă în momentul săvârşirii infracţiunii, şi teza retroactivităţii legii în vigoare, potrivit căreia în caz de siţuatie tranzitorie se va aplica noua lege penală.[998] Deoarece niciuna dintre cele două soluţii nu era pe deplin *echitabilă,* nu răspundea exigenţelor privind egalitatea de tratament juridic, literatura, practica judiciară şi legislaţia modernă au impus o a treia soluţie juridică, cunoscută sub denumirea de *principiul mitior lex*[999], principiu potrivit căruia în cazul situaţiilor determinate de succesiunea legilor penale se va aplica legea penală mai favorabilă.[1000]**„**

Cu privire la *determinarea concretă a legii penale mai favorabile,* Curtea Constituţională i-a oferit o interpretare delimitativă, statuând ca aceasta vizeaza aplicarea *legii*, si *nu a dispozitiilor mai blânde,* neputându-se combina prevederi din vechea şi din noua lege, deoarece s-ar ajunge la o *lex tertia*, care, în pofida dispoziţiilor art.61 din Constitutie, ar permite judecatorului sa legifereze.[1001]Este vorba aşadar despre o încălcare a echităţii prin arbitrariului judecătorului. În acest context, Curtea oferă şi o definiţie a *lex tertia* care, precum putem deduce logic, vizează combinarea dispoziţiilor mai blânde din vechea şi noua legislaţie, iar prin dispoziţii mai blânde, evident Curtea a înţeles şi instituţiile autonome. ”

Cu privire la scopul adoptării actualului Cod penal, Curtea Constituţională mai argumentează că adoptarea a fost impusă de raţiuni a căror sorginte publică este dată atât de reglementările adoptate la nivelul Uniunii Europene pentru realizarea spaţiului comun de libertate, securitate şi justitie, cât şi de noua filosofie penală a statului român. Curtea constată că raţiunea avută în vedere de legiuitor a fost aceea de a impune un tratament sancţionator mai blând pentru inculpaţii care se află la prima confruntare cu legea penală şi care, indiferent de forma de vinovăţie, comit o singură faptă penală, iar nu o pluralitate de infracţiuni. Alta este situaţia inculpaţilor care persistă într-un comportament antisocial prin săvârşirea mai

[998] Consid.21, *Decizia 265 din 6 mai, 2014, publicată în M.Of. nr.372 din 20 mai 2014*

[999] Observăm că, cel pe care noi l-am considerat ca fiind al treilea principiu care fundamentează *mitior lex*, este şi în viziunea Curţii Constituţionale – echitatea.

[1000] Consid.22 *Decizia 265 din 6 mai, 2014, publicată în M.Of. nr.372 din 20 mai 2014* precitată

[1001] Consid.33 *Decizia 265 din 6 mai, 2014,* precitată; a se vedea şi *Decizia nr.1.470 din 8 noiembrie 2011, publicata în M.Of, Partea I, nr.853 din 2 decembrie 2011*

multor infracţiuni, situaţie în care legiuitorul a urmărit să instituie un tratament sancţionator mai sever, al cărui rol preventiv constă în descurajarea celor tentaţi să lezeze repetat valorile sociale ocrotite de legea penală. De altfel, intenţia legiuitorului rezultă şi din Expunerea de motive a Legii nr.286/2009 privind Codul penal, potrivit căreia: într-un stat de drept, întinderea şi intensitatea represiunii penale trebuie să rămână în limite determinate, în primul rând, prin raportare la importanţa valorii sociale lezate pentru cei care înfrâng pentru prima oară legea penală, urmând să crească progresiv pentru cei care comit mai multe infracţiuni înainte de a fi definitiv condamnaţi şi cu atât mai mult pentru cei în stare de recidivă. De aceea, limitele de pedeapsă prevăzute în partea specială trebuie corelate cu dispoziţiile părţii generale, care vor permite *o agravare proporţională* a regimului sancţionator prevăzut pentru pluralitatea de infracţiuni.[1002]

Curtea apreciază că intenţia legiuitorului nu trebuie şi nu poate fi ignorată şi că o atare concluzie nu neagă principiul aplicării legii penale mai favorabile care urmează a fi incident, însă nu prin combinarea dispoziţiilor din legile penale succesive, pentru că, în caz contrar, s-ar anula voinţa care are în vedere *ansamblul de norme ce au fost integrate organic intr-un nou cod si nicidecum dispozitii ori institutii autonome.* Altfel spus, în caz de tranziţie, judecătorul este ţinut de aplicarea legii penale mai favorabile, în ansamblu, fapt justificat prin aceea ca nu trebuie să ignore viziunea fie preponderent represivă, aşa cum este cazul Codului penal din 1969, fie *preponderent preventivă,* asa cum este cazul actualului Cod penal. Soluţia se impune pentru că nu poate fi încălcată finalitatea urmarită de legiuitor cu ocazia adoptării fiecărui cod în parte, deoarece nu întâmplător cele doua coduri, deşi fiecare cu o concepţie unitară proprie, au viziuni diferite asupra modului în care sunt apărate valorile sociale de către legea penală.[1003] Aşadar, în raţiunea Curţii, noua viziune a legiuitorului este în acord cu standardele echităţii şi umanităţii dreptului penal.

Putem concluziona că judecata Curţii este o judecată în echitate, instanţa argumentând cu filosofia politicii penale a actualului Cod penal. Echitatea poate fi încălcată atât prin discriminare negativă, cât şi prin discriminare pozitivă, astfel că, în acest sens, având rolul de garant al drepturilor şi libertăţilor cetăţeneşti, Curtea Constituţională a susţinut că nu

[1002] Consid. 35 şi 36 *Decizia 265 din 6 mai, 2014,* precitată

[1003] Consid. 37 *Decizia 265 din 6 mai, 2014,* precitată

poate ignora şi alte consecinţe de sorginte constituţională, cum ar fi *exigenţele ce ţin de lipsa discriminării infractorului, fie ea, în acest caz, pozitivă, care nu numai că justifică, dar impun aplicarea unui tratament identic. Aceasta presupune ca suspecţii/inculpaţii care au comis fapte sub imperiul legii vechi, dar care vor fi judecaţi sub imperiul legii noi trebuie să aibă, în funcţie de legea mai favorabilă, o situaţie juridică identică, ori cu cei condamnaţi anterior potrivit legii vechi, ori cu cei ce vor săvârşi infracţiuni potrivit legii noi, nefiind permisă o a treia formă de tratament sancţionator ce combină dispoziţii din ambele coduri.* Curtea concepe în acest context echitatea ca egalitate în faţa legii penale mai favorabile, prin urmare, pentru a satisface cerinţele constituţionale ale art.16 alin.(1).[1004]

În argumentarea sa în favoarea aplicării globale a legii penale mai favorabile, Curtea Constituţională face şi trimiteri la jurisprudenţa Curţii Europene a Drepturilor Omului unde s-a statuat în acest sens că respectarea dispoziţiilor art.7 paragraful 1 din Convenţia pentru apărarea drepturilor omului şi a libertăţilor fundamentale impun, în cazul legilor penale succesive, *alegerea globală a legii penale mai favorabile*.. Spre exemplu, în Hotărârea Scoppola Nr.2[1005] a Curţii europene se arată că pentru a stabili care este *lex mitior* în temeiul art.7 paragraful 1 din Convenţie, trebuie să se procedeze, de asemenea, la o comparaţie globală a regimului represiv al fiecăreia din legile penale aplicabile în cazul acuzatului, aşadar este vorba despre metoda comparaţiei globale.[1006]

În jurisprudenţa sa, Curtea a statuat că atribuţiile judecătorului implică identificarea normei aplicabile, analiza conţinutului sau şi o necesară adaptare a acesteia la faptele juridice pe care le-a stabilit, astfel încât legiuitorul aflat în imposibilitate de a prevedea toate situaţiile juridice lasă judecătorului, învestit cu puterea de a spune dreptul, o parte din iniţiativă. Astfel, în activitatea de interpretare a legii, judecătorul trebuie să realizeze un echilibru (echitatea subiectivă) între spiritul şi litera legii, între exigentele de redactare şi scopul urmărit de

[1004] Consid. 48 Decizia *Decizia 265 din 6 mai, 2014,* precitată, argument care ne readuce la întrebarea noastră: "cât de favorabilă această lege penală mai favorabilă?"

[1005] C.E.D.O. *Scoppola împotriva Italiei (Nr. 2) (nr. 10249/03) 17 Septembrie 2009*

[1006] Consid.42-43, Decizia *Decizia 265 din 6 mai, 2014,* precitată- Două motive sunt oferite în mod traditional în sprijinul acestei metode a comparaţiei globale: în primul rând, fiecare regim represiv are propria sa logică, iar judecătorul nu poate distruge această logică, amestecând diverse reguli din diferite legi penale succesive; în al doilea rând, judecătorul nu se poate substitui legiuitorului şi să creeze un nou regim represiv ad-hoc, alcătuit din diverse reguli ce decurg din diferite legi penale succesive. Prin urmare, art.7 paragraful 1 din Convenţie impune stabilirea lex mitior în mod concret şi global.

legiuitor, fără a avea competenţa de a legifera, prin substituirea autorităţii competente în acest domeniu.[1007] În ceea ce priveşte acest considerent, din punctul nostru de vedere este necesar ca legiuitorul să se pronunţe în acest caz, delimitând sfera de alicare a legii penale mai favorabile, astfel încât judecătorului să o se restrângă marja de apreciere într-un context dat şi prestabilit de puterea legislativă. Nu numai că legea va fi astfel mai clară, dar şi aplicarea sa va genera efecte echitabile. Toate acestea cu atât mai mult cu cât, tot Curtea motivează că o interpretare potrivit căreia legea penală mai favorabilă presupune aplicarea instituţiilor autonome mai favorabile, ar încălca prevederile constituţionale, deoarece, în caz contrar s-ar rupe legătura organică dintre instituţiile de drept penal aparţinând fiecărei legi succesive, cu consecinţa modificării conţinutului şi sensului actelor normative adoptate de către legiuitor.[1008] Menţinerea sensului actualului Cod şi a filosofiei politicii penale pe care acesta o presupune necesită implicit norme clare care să o delimiteze, astfel, se vor evita interpretări care contravin spiritului legii actuale.

În concluzie, considerăm că Decizia Curţii Constituţionale care presupune aplicarea globală a *mitior lex* se bazează cu preponderenţă pe o judecată în echitate, se încearcă definirea *mitior lex*, stabilirea limitelor acesteia şi de asemenea se are în vedere echilibrul ce trebuie în fond menţinut între prerogativele judecătorului atunci când acesta aplică în cazuri concrete o lege penală mai favorabilă, şi prerogativele legiuitorului, care ar trebui să se pronunţe în acest sens prin prevederea în lege a ceea ce înseamnă: lege penală mai favorabilă, ceea ce ea implică şi limitele acesteia, definirea noţiunii de instituţii autonome şi de ce aplicarea *mitior lex* prin prisma acestora nu este una adevcată, de asemenea a ceea ce presupune concret o *lex tertia, per a contrario*, ce înseamnă aplicare globală şi de ce este aceasta din urmă justificată în lumina politicii penale actuale.

În opinia noastră, legea penală mai favorabilă este justificată de echitate, condamnatului îi sunt respectate drepturile şi libertăţile, pedeapsa va fi una echitabilă şi în acord cu specificul faptei atâta timp cât nu se ajunge la o favorizare excesivă, sau o discriminare pozitivă a acestuia, dar se evită în acelaşi timp o defavorizare prin neaplicarea concretă a legii penale mai favorabile pentru cel în cauză. Echitatea presupune echilibrul, iar

[1007] Ase vedea Decizia C. C. nr.838 din 27 mai 2009, publicată în M.Of. al României, Partea I, nr.461 din 3 iulie 2009)

[1008] Consid.45, Decizia *Decizia 265 din 6 mai, 2014,* precitată

echilibrul presupune evitarea excesului atunci când se aplică instituţiile din dreptul penal. Pentru ca aplicarea echitabilă a *mitior lex* să existe, este necesară o mai mare claritate a legii penale române, în acest sens avem încredere că legiuitorul român va reglementa instituţiile, conferindu-le astfel condamnaţilor siguranţa şi tratamentul echitabil de care au nevoie atunci când se regăsesc în faţa acuzării."

A.b) Obligativitatea aplicării legii penale mai favorabile după judecarea definitivă a cauzei

În cuprinsul Codurilor penale române anterioare celui de la 1968 aplicarea legii penale mai favorabile după judecarea definitivă a cauzei nu a fost reglementată deoarece se considera că prin aceasta s-ar produce imixtiunea puterii legislative în activitatea puterii judecătoreşti, ceea ce ar fi lezat principiul separaţiei puterilor în stat şi ar fi adus astfel atingere autorităţii de lucru judecat hotărârilor judecătoreşti.

Aplicarea legii penale mai favorabile începând cu Codul din 1968 este echitabilă şi se bazează pe respectarea principiului legalităţii, surplusul care nu îşi are corespondent în legea nouă nu mai are justificare legală.[1009]

Actualul Cod penal păstrează concepţia Codului din 1968, ceea ce diferă fiind situaţia pedepselor complemntare. Art.6 al codului penal actual român se referă nu numai la pedepsele principale, ci acesta vizează şi pedepsele complementare, măsurile educative şi măsurile de siguranţă. De asemenea aceste prevederi se referă şi la hotărârile de condamnare pronunţate în alte state faţă de cetăţenii români, în măsura în care acestea sunt recunoscute în baza procedurii prevăzute în Legea nr.302/2004 privind cooperarea judiciară internaţională în materie penală.[1010]

În ceea ce priveşte momentul aplicării legii penale mai favorabile, în etapa de după rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare, legea mai favorabilă nu poate fi decât legea nouă, care va retroactiva, existând un singur criteriu de stabilire a legii penale mai favorabile, anume compararea pedepsei aplicate în baza legii în temeiul căreia s-a pronunţat hotărârea

[1009] V. Paşca, op.cit.p.113

[1010] Î.C.C.J., c.h.p., Dec.nr.13 din 5 iunie 2014, disponibilă pe www.scj.ro

definitivă de condamnare cu maximul pedepsei prevăzute de legea nouă, pedeapsa aplicată fiind mai mare decât maximul pedepsei prevăzut în legea nouă, sau pedeapsa aplicată fiind mai grea. Legiuitorul prevede în această situaţie în mod expres situaţiile nou create de incidenţă a legii penale mai favorabile, precum şi modul lor de rezolvare, fapt care determină ca lucrurile să fie mai clare pentru judecători atunci când aplică această regulă. Tot în privinţa clarităţii textului de lege care reglementează această ipoteză, observăm că în situaţia în care legea nouă prevede doar pedeapsa amenzii în locul pedepsei închisorii, în ipoteza în care se va înlocui închisoarea cu amenda, legiuitorul a omis să prevadă un criteriu de echivalare a părţii din pedeapsa închisorii executată deja cu pedeapsa amenzii, literatura de specialitate[1011] estimând în acest sens că instanţa va trebui să aibă în vedere sistemul zilelor amendă prevăzut în art.61 Cod penal pentru a stabili dacă pedeapsa amenzii a fost executată în întregime, sau parţial, unei zile de închisoare corespunzându-i o zi de amendă. (art.61 şi 63 Cod penal).[1012]

În ceea ce priveşte această etapă a aplicării legii penale mai favorabile, există anumite aspecte care sunt inechitabile.

În primul rând, deşi pe de-o parte considerăm că este un aspect pozitiv faptul că legea este mai clară în ceea ce priveşte delimitarea aplicării şi stabilirea regulilor concrete de aplicare a legii mai favorabile după rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare, decât în ceea ce priveşte aplicarea acesteia înainte de această etapă, faptul că legiuitorul a omis să prevadă printre ipotezele posibile ale legii mai favorabile, trecerea de la un regim sancţionator bazat pe o pedeapsă unică, la un regim alternativ, bazat pe două pedepse între care judecătorul ar avea posibilitatea de a alege. Se creează inechităţi deoarece spre exemplu, dacă legea nouă prevede pedeapsa detenţiunii pe viaţă alternativ cu pedeapsa închisorii, iar dacă legea veche în baza căreia a fost aplicată pedeapsa prevede numai detenţiunea pe viaţă, aceasta din urmă nu va putea fi înlocuită cu maximul special al închisorii, deşi aceasta ar fi mai favorabilă şi echitabilă. Se argumentează că detenţiunea pe viaţă nu are limite minime şi maxime, astfel că nu se poate efectua aprecierea şi în consecinţă ea nu va putea fi înlocuită cu maximul special al pedepsei închisorii[1013] prevăzută ca pedeapsă alternativă în legea nouă.

[1011] V. Paşca, op.cit.p.115

[1012] *Ibidem*

[1013] *Ibidem*

Ori în lumina politicii penale a actualului Cod penal, această posibilitate de înlocuire ar trebui să fie reglementată şi să se determine şi criteriile de echivalare, tot prin lege, astfel încât legea mai favorabilă să fie realmente utilă şi eficientă atunci când există astfel de ipoteze. Argumentarea se justifică deoarece între legea cu regim sancţionator unic şi cea care prevede un regim sancţionator alternativ, cea din urmă în care judecătorul s-ar orienta spre pedeapsa mai blândă, este de cele mai multe ori mai favorabilă.

Art.6 alin.(5) Cod penal pune din fericire capăt situaţiei retroactivităţii legii noi în situaţia în care pedepsele complementare, măsurile de siguranţă şi cele educative având corespondente în legea nouă, trebuiau executate în limitele prevăzute de aceasta, indiferent dacă aceasta era, sau nu mai favorabilă potrivit art.14 alin. (4) teza a II-a din vechiul Cod penal român. În acest sens, actualul Cod penal prevede, referitor la pedepsele complementare şi a măsurilor de siguranţă, în cazul în care legea nouă este mai favorabilă doar sub aspectul acestora, că aceste pedepse se vor executa în conţinutul şi limitele prevăzute de legea nouă. (art.6 alin.(6) Cod penal). Această reglementare există numai cu privire la situaţia faptelor definitiv judecate şi ea generează în fapt o *lex tertia* în sensul rămânerii pedepsei principale aplicată în baza legii vechi ca fiind mai favorabilă, dar pedepsele complementare şi măsurile de siguranţă se vor executa totuşi în conţinutul şi limitele prevăzute de legea nouă, mai favorabilă.[1014]

În mod corect se concluzionează în literatura de specialitate[1015] că aplicarea obligatorie a legii penale mai favorabile după condamnarea definitivă se justifică din motive de *consecvenţă şi echitate juridică*, dar şi ca o consecinţă a principiului legalităţii pedepselor, ca partea de pedeapsă care nu mai are corespondent în legea nouă şi care chiar dacă a fost executată, măcar ea nu mai trebuie să producă alte consecinţe, în contextul se cunoaşte faptul că o condamnare are efecte şi după executarea pedepsei.

O altă situaţie pe care o vedem ca inechitabilă este prevederea din art.4 din Legea nr.187/2012 în conformitate cu care pedeapsa aplicată pentru o infracţiune printr-o hotărâre ce a rămas definitivă sub imperiul Codului penal din 1968 şi care nu depăşeşte maximul special prevăzut de actualul Cod penal nu poate fi redusă în urma intrării în vigoare a acestei

[1014] V. Paşca, op.cit.p.117

[1015] *Idem*, p.118

legi. În acord cu doctrina, susţinem inechitatea situaţiei în care persoane care au comis infracţiuni sub imperiul aceleiaşi legi să aibă un regim diferit de aplicare a legii penale mai favorabile, beneficiind de aceasta doar cei a căror pedeapsă este mai mare decât maximul pevăzut în legea nouă, deşi fapta lor, comisă sub regimul legii vechi prezenta un grad de pericol social mai mare decât cel al aceleiaşi infracţiuni comise de o altă persoană căreia i s-a aplicat o pedeapsă mai redusă tocmai având în vedere pericolul social mai redus şi care, dacă ar fi fost judecată în condiţiile actualului Cod penal, ar fi beneficiat în mod obligatoriu de prevederile legii mai favorabile.[1016] Echitatea ca egalitate în faţa legii penale şi principiul legalităţii pedepsei care justifică înlăturarea surplusului de pedeapsă aplicată care depăşeşte maximul prevăzut de legea nouă justifică o reducere proporţională şi a pedepselor care nu depăşesc acest maxim. Vechiul Cod penal din 1968 prevedea posibilitatea aplicării facultative a legii penale mai favorabile, actualul Cod nu pare să mai reglementeze această situaţie, însă în opinia literaturii de specialitate[1017] această problemă a aplicării facultative a legii mai favorabile poate fi ridicată în activitatea instanţelor de judecată, pentru că, din acest punct de vedere, actualul Cod penal reprezintă lege penală mai severă, nemaiprevăzând posibilitatea aplicării facultative a legii penale mai favorabile. Regimul sancţionator al majorităţii infracţiunilor din Partea specială a Codului penal actual prevede limite mai reduse de pedeapsă, constituie lege mai favorabilă decât Partea specială a Codului penal din 1968.[1018]

Instanţele supreme au fost sesizate cu privire la această reglementare. Spre exemplu Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, în rezolvarea unor probleme de drept, a statuat că singura situaţie în care autoritatea de lucru judecat a unei pedepse definitive aplicate mai poate fi înfrântă este aceea în care tratamentul sancţionator aplicat excede limitei maxime prevăzute de legea nouă.[1019]Curtea Constituţională, fiind sesizată cu soluţionarea unei excepţii de neconstituţionalitate a acestui articol a respins excepţia, alegând să sacrifice o judecată în echitatea juridică şi să aducă în prim plan securitatea raporturilor juridice, argumentând că unul dintre elementele fundamentale ale supremaţiei dreptului este principiul securităţii raporturilor juridice, care prevede că soluţia dată în mod definitiv oricărui litigiu de către

[1016] *Idem*, p.119

[1017] V. Paşca, op.cit.p118

[1018] *Ibidem*

[1019] Î.C.C.J., c.h.p.,*Dec.nr.1/2014*, publicată în M.Of. nr.349 din 13 mai 2014

instanţe să nu mai poată fi supusă rejudecării. Legiuitorul a limitat aplicarea legii penale mai favorabile în situaţia hotărârilor definitive strict la cazurile în care sancţiunile efective aplicate depăşesc maximul special pe care legea nouă îl prevede pentru infracţiunea săvârşită, art.15 alin.(2) din Constituţia României nefiind astfel încălcat. De asemenea, s-a argumentat că aceste prevederi nu încalcă nici art.16 din Constituţie întrucât diferenţa dintre situaţiile de aplicare obligatorie a legii mai favorabile şi cele privind aplicarea facultativă a legii mai favorabile constă în aceea că în cadrul primei categorii, pedepsele efectiv aplicate prin hotărârile definitive depăşesc maximul special al noii reglementări şi nu îşi mai găsesc astfel corespondent în noua legislaţie, pe când în cazul celei de-a doua categorii, pedepsele efectiv aplicate nu depăşesc maximul special din noua reglementare, aşadar tratamentul juridic diferit este justificat. Dacă studiem din punct de vedere tehnic această justificare în baza art.16 din Constituţie, observăm că ea este logică şi concordantă, însă, dacă abordăm din punct de vedere echitabil situaţia celor cărora li s-ar putea aplica teoretic în numele echităţii justiţiei penale, legea mai favorabilă, dar pedeapsa care le-a fost aplicată prin hotărârea de condamnare nu depăşeşte acel maxim special, deşi pericolul social al faptelor lor era cu siguranţă mai redus, chestiune care reiese în mod logic din ipoteza dată, constatăm că echitatea este sacrificată în numele eficienţei tehnice a prevederilor legale.

B.Principiul retroactivității legii penale mai blânde în dreptul francez ca și instrument al echității, cu rol de *corectiv*[1020] al aplicării justiției penale în timp

Scopul aplicării retroactive a legii mai blânde este de fapt de a corecta o soluție care a rezultat din aplicarea unei legi anterioare care era mai severă și care nu se mai justifică. La bază se află exigența echității. Cum societatea și normele sale evoluează, în funcţie de contextul istoric și alte caracteristici economice, sociale, etc., echitatea trebuie și ea să fie aplicată în concordanță cu această evoluție. Cât despre cadrul proceselor penale, regula aplicării imediate a legilor de formă poate fi uneori neutralizată pentru a le conserva o anumită stabilitate. Există autori francezi care își pun întrebarea dacă nu ar fi cazul aplicării principiului *in favorem* și pentru aceste legi de formă,[1021] dar reforma Codului penal francez nu a fost influențată deocamdată de aceste opinii doctrinare.

Consiliul Constituțional a atribuit retroactivității *in mitius* o sferă de aplicare constituțională, aceasta a fost considerată ca un drept fundamental, însă Secţia penală a Curții de Casație a limitat sfera de aplicare a acestei retroactivități, profitând de o vulnerabilitate în redactarea Pactului Internaţional privind drepturile civile şi politice și dispozițiilor sale direct aplicabile în dreptul penal de fond francez.

Retroactivitatea legii penale mai favorabile este consacrată numai în caz de *diminuare,* sau *suprimare a pedepsei,* aceasta nu se aplică deci în caz de *abrogare a unui text de incriminare,* sau *reducere a sferei sale de aplicare.*[1022] *Per a contrario,* o interpretare diferită a articolului 15 al aceluiași Pact privind drepturile civile şi politice pune în lumină faptul că, dacă o persoană poate beneficia de atenuarea legislativă a pedepsei care îi este aplicabilă, aceasta trebuie să poată beneficia de asemenea şi de dispariția incriminării care face ca pedeapsa să nu mai aibă obiect, deoarece „cine poate mai mult, poate și mai puțin.”[1023] O problematică interesantă este justificarea ce vizează decizia nr.80-127 DC[1024]a

---

[1020] Expresie împrumutată de la prof. Emmanuel Dreyer, op.cit.p.1161

[1021] E. Dreyer, *op.cit*.p.1185 et 1202 și urm. ; P.Roubier, *Le droit transitoire*, Dalloz, col. « Bibliothèque » ed. a 2-a.2008 (1960), p.455, nr.88 ; Levasseur, *Opinions hétérodoxes sur les conflits de lois répressives dans le temps*, în Mel. Constant, Fac.dr.Liege, 1971, p.189

[1022] Curtea de Casație, Secția penală, 6 oct 2004: dr.pen. 2005, com.9, obs. J-H. Robert, disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr, consultată la 18.02.2016.

[1023] E.Dreyer, op.cit.p.1189

Consiliului Constituțional, fondată pe principiul necesității, decizie care nu prezintă retroactivitatea ca fiind o posibilitate, ci ca fiind o obligație. Conform doctrinei, această retroactivitate nu depinde de o apreciere în mod necesar arbitrară de oportunitate a menținerii legii vechi în interesul colectivității, ci aceasta se impune obligatoriu în interesul persoanelor urmărite din moment ce noua lege pare mai puțin severă decât cea veche. Din moment ce evoluția lucrurilor a justificat modificarea substanțială a legii penale, riscul de impunitate trebuie să fie asumat de justiție.[1025]

Caracterul mai puțin sever al unei noi legi penale de fond poate, în primul rând, să rezulte dintr-o modificare directă a textelor de incriminare într-un sens favorabil persoanelor urmărite. Ipoteza este cea în care o nouă lege penală abrogă pur și simplu o veche incriminare.[1026]Trebuie, de asemenea, considerată ca mai puțin severă o nouă lege care ar reduce aria de incidenţă a unei infracțiuni și care ar adauga condiții suplimentare în caracterizarea sa ca infracţiune. Pe scurt, ceea ce face mai dificilă reţinerea infracțiunii în situaţia dată trebuie considerat ca fiind mai blând și deci aplicabil retroactiv.[1027]

Modificarea sau abrogarea textului de incriminare poate uneori să nu fie favorabil decât în aparenţă. Este vorba în special de ipoteza când legislatorul (re)codifică o incriminare ipoteza „dreptului constant" (menţinerea faptei şi în legea existentă). Altfel spus, se abrogă o incriminare conținută într-un Cod, sau o lege, pentru a o incrimina în aceeaşi termeni într-un alt Cod, sau o altă lege. Jurisprudența consideră deci că această modificare pur formală a

---

[1024] Disponibilă pe www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1981/80127dc.htm, consultată la 19.02.2016

[1025] *Ibidem*; Cons.Const.dec 21 feb.1992, nr.92-305 DC, Legea organică ce modifică ordonanța cu privire la statutul magistraţilor, §112

[1026] A se vedea Curtea de Casaţie, Secţie penală,22 martie 2011, n° 2010-80203, pentru abrogarea vechiului delict de la art. L. 310-5, 3°, ce reprima reducerile de preţuri în afara perioadelor autorizate legal.

[1027] De exemplu, legea din 10 iulie 2000 care reduce perimetrul de incriminări din culpă prin depenalizarea culpei simple în relație directă cu prejudiciul și necesitând, în caz de cauzalitate indirectă, o culpă calificată. Secția penală a Curții de Casație a aplicat așadar, în mod logic, această nouă lege mai favorabilă cauzelor în curs de judecată pentru fapte comise anterior datei de 10 iulie 2000 (Curtea de Casaţie,Secția penală. 5 sept. 2000 : JCP 2001, II, 10507, nota J.-Y. Chevallier).

textului de incriminare nu „modifică nici conținutul, nici sfera de aplicare”[1028] Este de fapt continuitatea represiunii cea care rămâne în mod substanțial neschimbată.[1029]

Lucrurile sunt evident diferite dacă legislatorul lasă să curgă un interval de timp între abrogarea vechiului text de incriminare și adoptarea celui nou, care îl va înlocui. Această soluție a fost recent amintită cu ocazia reformulării definirii delictului de abandon al familiei din articolul 227-3 Cod penal francez prin Legea din 12 mai 2009 așa-numită de simplificare a dreptului.[1030] Această lege a dorit să reformuleze definiţia delictului, dar fără a dori să modifice substanța sa, incriminând faptul de a nu onora o pensie alimentară, sau prestație compensatorie, conform Titlului IX din Codul Civil francez. Însă, acest titlu din Codul civil nu privește decât autoritatea parentală, astfel încât pensiile, sau prestațiile ordonate în urma unui divorț nu mai erau incriminate, contrar vechiului text. De atunci, noul text a fost mai puțin sever și jurisprudența l-a aplicat retroactiv faptelor în curs de judecată.[1031] Reparându-și eroarea, legislatorul, cu ocazia unei alte legi de simplificare a dreptului din 17 mai 2011,[1032] a reformulat articolul 227-3, incriminând neplata oricărei pensii alimentare sau prestații compensatorii ordonate în aplicarea Codului civil. Textul din 2011 revine la incriminarea anterioară anului 2009. Totuși, acesta nu se va putea aplica faptelor comise anterior datei de 17 mai 2011, în lipsa continuității incriminării.[1033] Același raționament a dus la abandonarea tuturor urmăririlor penale aflate în curs la momentul cenzurii de către Consiliul Constituțional a hărțuirii sexuale în data de 4 mai 2012, în ciuda restabilirii incriminării printr-o Lege din 6

[1028] Curtea de Casaţie, Secţia penală, 19 oct. 2004 : Bul. n° 247, pentru o infracțiune de poluare incriminată printr-o lege specială în momentul faptelor, apoi abrogată pentru a fi codificată în Codul mediului, disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr, consultată la 18.02.2016

[1029] Fr. Rousseau, Cours de droit pénal général 1,op.cit. p.160

[1030] LOI n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, publicată în JORF n°0110 du 13 mai 2009 page 7920, disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr, consultată la 18.02.2016

[1031] Curtea de Casaţie, Secţia penală. 16 feb. 2011 : Dr. pen., n° 60, disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr, consultată la 18.02.2016

[1032] LOI n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr, consultată la 18.02.2016

[1033] care a fost parțial depenalizată pentru un anumit interval de timp, a se vedea Curtea de Casaţie, Secţia penală 23 mai 2012 : Bul. n° 134, disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr, consultată la 18.02.2016

august 2012[1034] chiar dacă noua lege putea să pară ca fiind mai favorabilă în comparație cu vechea incriminare, aceasta trebuia să fie considerată în mod necesar mai severă decât situaţia din vechea reglementare, care începând cu data de 4 mai 2012 nu mai recunoștea incriminarea hărțuirii sexuale.[1035]

Mai mult, în ipoteza unui act administrativ individual sancționat penal, Curtea de Casație a considerat că abrogarea actului administrativ individual sancționat penal rămâne fără efect[1036] în baza validității urmăririlor fondate pe încălcarea anterioare a acestui act.[1037] Așadar, în dreptul administrativ, abrogarea are valoare doar pentru viitor, însă nu trebuie să fie la fel în dreptul penal, care are de fapt implicații mai importante pentru cel urmărit. În dreptul penal textul care servește ca fundament al urmăririi și care oferă legitimitate urmăririi, dispare pe calea abrogării.[1038]

Din punct de vedere al consacrării efective a retroactivității *in mitius* în dreptul penal de fond, aceasta nu beneficiază de o recunoaștere formală într-un text explicit, așa cum beneficiază regula de menținere a vechii legi în numele principiului legalității incriminării. Chiar prin textul Declarației franceze din 1789 aceasta nu s-a indicat în mod expres, situația fiind aceeași pentru textul vechiului Cod penal francez.[1039]

Nu ne surprinde faptul că acest principiu nu figurează nici în Convenția Europeană a Drepturilor Omului, este vorba de un *principiu in favorem* care se bazează pe considerații umanitare și de echitate. Este dificilă reglementarea unor noțiuni vaste. Însă totuși dacă articolul 6 al aceleiași Convenții prevede dreptul la un proces echitabil pentru procedura

[1034] LOI n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, publicată în JORF n°0182 du 7 août 2012 page 12921, disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr, consultată la 19.02.2016

[1035] Fr. Rouseau, op.cit. p.160

[1036] Abrogarea hotărârii prefectului de expulzare încălcată de persoana acuzată rămâne fără influență asupra procedurii deja angajată împotriva acesteia.

[1037] Curtea de Casaţie, Secţia penală 19 feb 1997, bul.jurisp.pen 1997, n.68 Dr.pen 1997, com111, com J-H Robert, disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr, consultată la 19.02.2016

[1038] E.Dreyer, *op.cit.*p.1189

[1039] *Mitior lex* figura totuși în articolul 6 al Decretului din 23 iulie 1810 cu privire la promulgarea Coului penal francez – M.E. Cartier, Les principes constitutionnels du droit répressif, op.cit.1995, p.164

penală, ne întrebăm dacă nu cumva este posibil în viitor să se prevadă acest principiu şi în favoarea aplicării legii penale mai favorabile.

În plus, Curtea de la Strasbourg a recunoscut existența sa[1040]și Curtea de la Luxembourg a considerat „că face parte din tradițiile constituționale comune statelor membre, astfel încât trebuie considerat ca un principiu general de drept comunitar.”[1041] În articolul 22 al statutului de la Roma al Curții penale internaționale s-a consacrat că „definiția unei crime este interpretarea strictă și nu poate fi extinsă prin analogie. În caz de ambiguitate, aceasta este interpretată în favoarea persoanei ce face obiectul anchetei, urmăririlor, sau al unei condamnări”. Întotdeauna fundamentul umanității, pe calea echității pentru acuzat, este cel prezent în cadrul acestor texte explicite. Consiliul Constituțional a justificat aplicarea imediată a legilor mai favorabile ca fiind o clemență, o ipoteză în care exigența proporționalității își joacă rolul esențial: „faptul de a nu aplica infracțiunilor săvârșite sub imperiul vechii legi, legea penală nouă mai favorabilă, înseamnă a permite unui judecător să pronunțe pedepsele prevăzute de legea veche și care, conform însăşi aprecierii legislatorului, nu mai sunt necesare.”[1042]

Practic, jurisprudența Curții europene a văzut în final ca pe un principiu fundamental al dreptului penal substanțial, aplicarea legii penale mai favorabile, și a justificat aceasta utilizând raționamentul proporționalității în hotărârea *Scoppola împotriva Italiei* din 2009, precitată. Curtea a argumentat în această decizie „că este în conformitate cu principiul preeminenței dreptului, pentru care articolul 7 al Convenției europene constituie un element esențial, a se aștepta ca judecătorul de fond să aplice, pentru orice act ce poate fi pedepsit, pedeapsa pe care legislatorul o consideră porporțională, deoarece aplicarea unei pedepse mai aspre, pe motiv că aceasta era prevăzută în momentul săvârșirii infracțiunii, ar reprezenta o aplicare în detrimentul acuzatului a regulilor guvernând succesiunea legilor penale în timp. Aceasta ar echivala cu ignorarea oricărei modificări legislative favorabile acuzatului,

[1040] C.E.D.O. *Scoppola şi alţii c./Italiei*, n.2, §106, precitată,disponibilă pe http://hudoc.echr.coe.int/

[1041] C.J.C.E 5e ch., 8 martie 2007, cauza C-45/06 *Campina GmbH&Co împotriva Hauptzollamt Frankfurt*, pct.32; C.J.C.E. 3 mai 2005 cauza C- 387/02, *S.Berlusconi*, pct.68, disponibile pe http://curia.europa.eu/, consultate la 18.02.2016

[1042] Cons. const. 19-20 ian. 1981, nr.80-127 DC, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, §75, disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr, consultată la 18.02.2016

intervenită înainte de judecată și continuarea aplicării pedepselor pe care statul și comunitatea le consideră ca fiind în prezent excesive."[1043]

În consecință, Curtea consideră că articolul 7 §1 al Convenției garantează principiul non-retroactivității legii penale mai severe, și implicit, principiul retroactivității legii penale mai favorabile.

Continuând abordarea chestiunii prin prisma umanității dreptului penal substanțial, retroactivitatea *in mitius* necesită să fie reglementată în textul Codului penal, precum este deja reglementat principiul legalității, care impune menținerea vechii legi penale (sau principiul activității legii penale din momentul săvârșirii faptelor). Dacă acest „principiu *in favorem*" va fi efectiv reglementat, se va permite corectarea efectelor inechitabile ale vechilor legi și în același timp cunoașterea limitelor acestei reguli *in favorem* (să nu uităm de victimă). Așadar, eșecul unei legi vechi va putea fi corectat prin utilizarea unui articol de lege care va exprima, în mod clar, principiul *legii penale mai favorabile,* deoarece „atunci când un principiu juridic conduce la rezultate absurde, acesta trebuie corectat pentru a se păstra echitatea."[1044]

În schimb, în Franța, tentația de a exclude această retroactivitate rămâne actuală și mai practică pentru puterile publice care încearcă să evite ca jurisdicțiile superioare să fie asaltate de recursuri împotriva deciziilor care nu sunt irevocabile, la intrarea în vigoare a unei legi noi mai favorabile.[1045]

Există, de asemenea, aceeași problemă a echității pentru executarea și aplicarea pedepselor. Este o problemă care provine de fapt dintr-o idee eronată, în opinia noastră, conform căreia delincventul nu se preocupă, în momentul în care acționează, de regimul de executare și aplicare a pedepselor care ar putea fi eventual pronunțate împotriva sa, ca urmare a infracțiunii pe care o va săvârși. Considerăm că ipoteza opusă este posibilă și că tocmai aici, în aceste contexte, trebuie să se țină cont de deziderатul de echitate. Articolul 112-2, 3 din Codul penal francez indică faptul că legile aplicabile la executarea și aplicarea pedepselor

[1043] C.E.D.O. *Scoppola şi alţii c./Italiei*, n.2, §106, precitată,disponibilă pe http://hudoc.echr.coe.int/

[1044] E. Dreyer, *op.cit*.p.1188

[1045] *Ibidem*

sunt „aplicabile imediat pentru represiunea infracțiunilor săvârșite înainte de intrarea lor în vigoare.” Așadar, conform modelului de aplicare a legilor de formă, aceste legi, care vizează executarea pedepselor se aplică imediat. Este o soluție bine justificată dacă vorbim despre o ipoteză conform căreia delincventul nu ia în considerare, în momentul când săvârșește infracțiunea, regimul de executare a pedepselor pe care le va suporta în viitor. Acest lucru nu este întotdeauna adevărat, însă.

Acest principiu de aplicare imediată a acestor legi ar fi justificat în măsura în care este însoțit de o *corecție*. Întotdeauna umanitatea și echitatea sunt cele care conțin în sensul lor și corecții. Respectând această logică de idei, același articol al Codului penal francez adaugă: „totuși aceste legi, când ar avea ca rezultat înasprirea pedepselor pronunțate prin decizia de condamnare, nu sunt aplicabile decât condamnărilor pronunțate pentru fapte săvârșite ulterior intrării lor în vigoare.” *Per deductionem*, această aplicare imediată nu vizează decât legile noi *mai blânde* cu privire la executarea sau aplicarea pedepselor, iar aceste legi nu se aplică imediat decât dacă ameliorează situația celui vizat de o condamnare. În sfârșit, regula *mitior lex* apare aici în mod indirect, în practică, acestea sunt tratate ca legi penale de fond, aceeași abordare ca cea din dreptul european.[1046] Practic, dacă vechea lege este mai favorabilă, aceasta va fi menținută.[1047]

Rigiditatea jurisprudenței Curții de Casație franceze, care a refuzat să admită această rezervă, a fost în final criticată și penalizată de Consiliul Constituțional francez în 1986 când

[1046] A se vedea C.E.D.O., Gde.ch., 21 oct.2013, *Del Rio Prada c./ Spaniei,* §117 ce contestă că o revenire asupra jurisprudenței modificând calcularea reducerilor pedepselor în sensul de severitate a acestora poate fi aplicată imediat., disponibilă pe http://hudoc.echr.coe.int/, consultată la 19.02.2016

[1047] De ex. Curtea de Casație franceză a considerat că o nouă lege care reduce perioada de siguranță de la treizeci, la douăzeci și doi de ani este aplicabilă imediat faptelor, justificând condamnarea la o pedeapsă cu închisoarea.(Curtea de Casație, Secția penală.25 mai 1994, Bul.jurisp.pen. 1994 nr.198, disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr, consultată la 19.02.2016). Dacă aceste legi noi ar fi agravat regimul executării pedepselor, sau al aplicării lor, acestea nu ar fi fost aplicabile decât pentru viitor, deci în cazul pedepselor pronunțate pentru infracțiuni comise după intrarea lor în vigoare.

Aplicarea imediată a art.132-49 asupra faptelor comise înainte de intrarea în vigoare a Codului actual francez a fost refuzată deoarece acest text autorizează revocarea parțială a suspendării sub supraveghere fără limită de timp, pe când vechiul cod nu permitea această revocare decât pentru o durată care nu depășea două luni (Curtea de Casație, Secția penală, 24 oct 2000, Bul.jurisp.pen.2000 nr.307 disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr, consultată la 19.02.2016); de asemenea, a fost îndepărtată aplicarea dispozițiilor din Codul penal actual, care făcuse facultativă contopirea pedepselor atrase în concurs real, când impunea vechiul cod. (Curtea de Casație, Secția penală.26 sept. 1996, Bul.jurisp.pen. 1996, nr.336, disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr, consultată la 19.02.2016)

acesta a statuat „că principiul neretroactivităţii nu vizează numai pedepsele pronunțate de către jurisdicțiile represive, ci se extinde şi la perioada de siguranță, care, deși vizează executarea pedepsei, nu înseamnă că nu intră în competenţa instanței de judecată, care în condițiile stabilite de lege, îi poate varia durata, în același timp în care se pronunță asupra vinovăției învinuitului, sau acuzatului”.[1048] Chiar dacă acest principiu ar fi putut exclude orice aplicare imediată a noii legi cu privire la executarea pedepselor, actualul Cod penal francez nu s-ar fi putut distanța definitiv și complet de jurisprudența Curții de Casație, ci, de fapt, i-a limitat aplicarea pe cale de subordonare la *principiul in favorem a aplicării imediate a unei noi legi cu privire la executarea sau aplicarea pedepselor*.

Pentru a justifica anumite derogări pe care legislatorul le poate aduce rezervei de echitate ce figurează la articolul 112-2, 3 al Codului penal francez, doctrina susține, având la bază preocupări de eficacitate, că menținerea unei legi vechi mai favorabile se poate dovedi dificil de gestionat de către administrația penitenciară și un factor de tulburare în închisori, pe motivul diferenței de tratament între deținuți, pe care îl induce.[1049] Din nou, dacă ne gândim la echitate *lato sensu*, ajungem la concluzia că sistemul penal nu trebuie să se supună numai preocupării de eficacitate și deci, să ignore preocuparea pentru o justiție echitabilă. Aceasta înseamnă să uităm caracteristica umană a dreptului penal substanțial, în favoarea aspectului mai degrabă tehnic al său: de eficacitate. Așadar, din acest punct de vedere, suntem de acord cu părerea profesorului Dreyer care susține că „dacă sarcina administrației penitenciare poate fi complicată de existența mai multor regimuri de executare a aceleiași pedepse, aplicarea imediată a legii mai aspre nu riscă oare și ea să fie factorul de tulburare între deținuții privați de o modalitate de executare a pedepsei lor prevăzute de legea în vigoare în momentul când au acționat, și cu privire la care au avut timp, de atunci, să măsoare toate consecințele?”[1050]

De fapt, soluția care ar părea cea mai simplă, din perspectiva dezideratului de echitate ar fi tratarea acestor legi ca veritabile legi de fond, impunând menținerea legii vechi sub rezerva aplicării retroactive a unei legi noi *in mitius*, soluție care nu a fost reținută deoarece a

[1048] Cons.const. dec. 3 sept 1986, nr.86-215 DC, Legea cu privire la lupta împotriva criminalității și delincvenței, §23, disponibilă pe http://www.conseil-constitutionnel.fr/; E. Dreyer, *op.cit*.p.1194

[1049] F. Desportes și F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, Economica, col. « *Corpus Droit prive* », ed. a 16-a. 2009, p.325, nr.360

[1050] E. Dreyer *op.cit*. p.1195

părut irațională prin prisma respectării principiului, ea presupune transpunerea în momentul faptelor pentru a determina legea aplicabilă regimului unei pedepse care nu există încă,[1051] sau de asemenea pentru că „nu ar exista un motiv legitim pentru sustragerea condamnaților de la aplicarea unui regim, presupus mai moralizator.”[1052]

În aceste ipoteze, dacă ne gândim din nou la acuzat/condamnat, nu trebuie să uităm, totuși, că societatea și aceste moravuri evoluează, echitatea evoluează împreună cu ele, deci, da, există *de facto* o astfel de legitimitate.

Cu toate acestea, în mod indirect, textul Codului penal francez admite că judecătorul aplică legea în vigoare în momentul când decide, după ce a verificat că această lege este mai blândă decât legea aflată în vigoare în momentul faptelor. Dacă această soluție nu este prevăzută în mod expres, dar reglementată în mod indirect, are soluția oferită de legislator o valoare constituțională reală? Și dacă da, care este aceasta?

În general, aplicarea legilor de formă nu este guvernată de regula corecției, deci de principiul *in favorem*. S-a recunoscut totuși o excepție prin reforma Codului penal francez, și prin această excepție, codul aplica corecția echității legilor de prescriere. În versiunea inițială a articolului 112-2, 4 Codul penal francez prevedea aplicarea imediată a noilor legi de prescriere „cu excepția cazului când ar avea ca rezultat agravarea situației interesatului”. Această dispoziție a fost abrogată prin legea nr.2004-204 din 9 martie 2004.[1053] Curtea europeană a drepturilor omului condamnase și ea această regulă prin hotărârea *Jamil împotriva Franței* din 8 iunie 1995.[1054] În lumina acestei hotărâri a Curții europene, principiile care guvernează aplicarea legilor penale de fond trebuie să fie extinse la orice chestiune de formă susceptibilă a afecta situația persoanei urmărite. Suntem de acord cu

[1051] *Idem*, p.1207

[1052] J.- A. Roux, *Cours de droit criminel français*, Sirey, ed. a 2-a. 1927,t.1, p.53

[1053] Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr

[1054]Disponibilă la http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62484, consultată la 19.02.2016, Curtea de Casație franceză a considerat că a fost cazul unei legi de formă cu privire la executarea pedepselor, și nu o lege de fond și deci această curte a considerat aplicarea imediată a unei legi din 1987 care a modificat, în cazul traficului de stupefiante, durata de contrângere prin încarcerare (încarcerarea aplicată delincventului care refuză să plătească amenda la care a fost condamnat) de la patru luni la doi ani. Curtea europeană a considerat că contrângerea prin încarcerare constituia o pedeapsă, nu în sensul dreptului francez, ci în sensul articolului 7§1 din Convenție și că aceasta trebuie deci să aplice legea mai blândă, aflată în vigoare la momentul faptelor.

autorii precitați care susțin că trebuie contestată aplicarea imediată și nediferențiată a noilor legi penale de formă. Aceste legi noi de formă ar trebui aplicate conform standardelor echității, prin principiul *in favorem al legii mai favorabile* și de asemenea în lumina umanității, precum cele de fond. S-a propus în acest sens pentru dreptul penal francez, în vederea evitării eventualelor condamnări ale Franței înaintea Curții europene, generalizarea corectivului legii penale mai favorabile, în numele echității, această generalizare fiind propusă de doctrină. Finalitatea legilor de formă nu poate fi exclusiv pedepsirea celor vizați și nimic nu justifică agravarea situației lor. În concluzie, regula de aplicare imediată a legilor de formă vechi trebuie menținută *numai* în ipotezele în care ea se dovedeşte a fi mai favorabilă, de exemplu *noua lege* de formă abrogă, sau restgrânge exercitarea unei căi de recurs deschisă persoanei urmărite, sau atunci când extinde termenele aplicabile prescrierilor încă neîmplinite.[1055]

[1055] E. Dreyer op.cit. p.1209

Secţiune 2. Excepţii de la neretroactivitatea legii penale

A. Aspecte din dreptul penal român

Excepțiile de la neretroactivitatea legii penale în dreptul penal român sunt legea de dezincriminare, legea de amnistie, grațierea și legea mai favorabilă *stricto sensu*.[1056]

O veritabilă și echitabilă excepție de la neretroactivitatea legii penale, o reprezintă legea de dezincriminare. Odată cu intrarea în vigoare a actualei Constituții, sintagma *lege penală mai favorabilă* și-a extins sfera de aplicare. Mai favorabilă în sens constituțional în dreptul penal român este orice dispoziție cu caracter penal, de drept penal substanțial, fie că ea este prevăzută în legi penale sau în decrete, intervenită ulterior comiterii faptei și care prin efectele sale îi crează o situație mai favorabilă făptuitorului.[1057]

Retroactivitatea legii de dezincriminare, al cărei efect este total, este prevăzută în art.4 Cod penal român. Aprecierea se realizează în mod concret, fiind incidentă dezincriminarea atunci când, în cuprinsul legii noi, fapta comisă de inculpat nu mai constituie infracțiune.

Echitatea este prezentă în sfera efectelor dezincriminării, reglementate de art.4 teza a doua Cod penal care prevede că *executarea pedepselor, a măsurilor educative şi a măsurilor de siguranţă, pronunţate în baza legii vechi, precum şi toate consecinţele penale ale hotărârilor judecătoreşti privitoare la aceste fapte încetează prin intrarea în vigoare a legii noi.* Cu toate acestea, dacă în contextul efectelor legii de dezincriminare concepem echitatea prin prisma echilibrului pe care îl presupune, constatăm că, de fapt, dezincriminarea nu are ca efect o reechilibrare prin repunerea în situația anterioară a condamnatului, amenda pe care acesta a achitat-o, anterior intrării în vigoare a legii dezincriminării, nu se restituie, cu atât mai mult, acordarea unor despăgubiri pentru perioada executată în regim privativ de libertate nu este posibilă.

În egală măsură, dezncriminarea nu are ca efect redobândirea gradului militar pe care condamnatul l-a pierdut ca o consecință a condamnării sale. Efectul este total, însă nu și în sfera obligațiilor civile, care vor fi soluționate de către instanța penală, sau civilă în conformitate cu reguli de drept civil, din acest punct de vedere, regula este echitabilă în ceea ce privește persoana vătămată. Așadar, efectul nu este unul absolut și total, însă este echitabil

[1056] A se vedea în acest sens Fl.Streteanu, op.cit.pp..122-128

[1057] Fl. Streteanu, op.cit.p.122

și rezonabil raportat la situația concretă. Important rămâne însă faptul că efectele legii de dezincriminare se produc ireversibil, eventuala reincriminare a faptei după o lege de dezincriminare a acesteia nu va mai avea efecte cu privire la infracțiunile comise anterior dezincriminării.[1058]

A.a) Legile interpretative în dreptul penal român

În acord cu cerinţele unei justiţii penale echitabile, în aceeaşi logică de idei ca cea din doctrina franceză şi în doctrina penală română,[1059] se admite, ca regulă, în lumina Constituţiei în vigoare, faptul că legile interpretative fac corp comun cu norma interpretată şi nu mai au caracter retroactiv obligatoriu, ele fiind supuse regulilor generale de aplicare în timp a legii penale, ceea ce înseamnă că o lege interpretativă, va putea retroactiva în principiu, numai dacă ea este mai favorabilă.

Aşadar, o lege interpretativă va fi analizată prin prisma legii penale mai favorabile numai în situaţiile în care ea aduce o modificare la legea pe care o interpretează. Nu s-ar justifica o aplicare retroactivă a unei legi de interpretare în situaţia în care, spre exemplu, legiuitorul consfinţeşte o interpretare dată în jurisprudenţă, care este în acord cu intenţia sa din momentul elaborării normei interpretate, deoarece de fapt în această situaţie legea interpretativă nu aduce vreo modificare a normei interpretate, ci se urmăreşte numai evitarea unei schimbări a jurisprudenţei deja consacrate[1060]. În practica legislativă din prezent, legile interpretative de acest tip sunt aproape inexistente, deşi, considerăm că ele ar trebui să existe pentru întărirea principiului clarităţii şi preciziei legii penale. S-ar evita, pe această cale, posibilitatea unor oscilări jurisprudenţiale, iar justiţia penală ar fi mai echitabilă, deoarece s-ar baza pe un cadru concret şi cert, delimitat de legiuitor *a priori*.

O altă situaţie în care este incidentă o normă interpretativă este cea în care se modifică domeniul de incidenţă al normei interpretate, textul nefiind clar, aplicarea lui în practică fiind

---

[1058] J.Le Calvez, *Les aspects nouveaux de l'application dans le temps des lois penales plus douces*, în Revue Internationale de criminologie et de police technique, 1982 *apud* Fr. Streteanu, Drept penal.Parte generală, Vil I, Ed.Universul Juridic, 2014, p.126

[1059] F. Streteanu, *Drept penal.Parte generală*. Op.cit.p.113; V. Paşca, op.cit.pp.90-91; G. Antoniu, *Comentariu, în Codul penal comentat*, p.53; Y.Mayaud, *Droit pénal général*, P.U.F. Paris, 2004, p.73

[1060] F. Streteanu, op.cit.p.114

neunitară, sau interpretarea dată de jurisprudenţă este diferită de ceea ce a dorit legiuitorul *ab initio.* Dacă interpretarea va pune capăt unei jurisprudenţe constante în sens contrar celui dorit de legiuitor, noua interpretare va agrava, sau va ameliora situaţia inculpatului fiindcă se modifică domeniul de incidenţă a legii, acesta va fi restrâns, sau extins în funcţie de voinţa legiuitorului. Astfel că interpretarea dată anterior de jurisprudenţă trebuie considerată ca încorporată în legea veche atunci când se compară legile succesive. Dacă interpretarea dată de legea interpretativă agravează situaţia celui în cauză faţă de cea practicată de jurisprudenţă anterior, legea interpretativă nu va putea fi aplicată retroactiv, interpretare preluată din doctrina franceză şi de către doctrina română.[1061]Legea interpretativă va retroactiva, aşadar, numai dacă aceasta generează o situaţie mai favorabilă pentru cel acuzat.

Pe de altă parte, însă, se consideră că dacă există situaţia unei jurisprudenţe divergente în baza textului de lege interpretat, iar legea interpretativă confirmă una dintre opiniile aflate în divergenţă din practica judiciară, atunci legea interpretativă va putea retroactiva chiar dacă aceasta consacră interpretarea defavorabilă inculpatului, deoarece, la data săvârşirii infracţiunii era previzibilă aplicarea oricăreia dintre interpretările promovate de jurisprudenţă, inclusiv a celei defavorabile ce a fost confirmată ulterior prin legea interpretativă.[1062] Suntem de acord cu argumentul previzibilităţii din acestă argumentare doctrinară, însă, în opinia noastră, politica penală actuală ar justifica totuşi aplicarea retroactivă a dispoziţiei interpretative numai dacă este mai favorabilă inculpatului, întrucât este totuşi vorba despre o agravare a situaţiei sale. Raţionăm astfel deoarece considerăm că echitatea ar legitima o asemenea regulă în ipoteza dată, chiar dacă ambele interpretări jurisprudenţiale erau previzibile la momentul comiterii infracţiunii, scopul justiţiei răspunderii penale nu este cu preponderenţă cel represiv, ci mai degrabă cel care vizează o cât mai promptă recuperare socială a delincvenţilor, astfel că atunci când există posibilitatea aplicării unor legi mai favorabile, fie ele şi interpretative, este recomandat să se procedeze în acest sens.

Există şi o a treia situaţie de incidenţă a legilor interpretative redată de doctrina română, anume aceea a completării cu elemente de interpretare a textelor neclare,

[1061] *Ibidem*

[1062] *Ibidem*

nesuprimându-se, sau neconfirmându-se o interpretare judiciară preexistentă. Este evident că legea interpretativă va retroactiva în măsura în care ea este mai favorabilă inculpatului, cu atât mai mult cu cât ea nu putea fi prevăzută anterior. Există exemplul Legii nr.140/1996 care a modificat art.146 Cod penal anterior în ceea ce priveşte definirea noţiunii de consecinţe deosebit de grave, fiind introdusă o delimitare a cuantumului prejudiciului în reglementarea legală şi prevăzându-se că există consecinţe deosebit de grave şi atunci când valoarea prejudiciului depăşeşte 50.000.000 lei. În mod echitabil în acel context, s-a apreciat că acea lege interpretativă nu poate fi aplicată retroactiv, deoarece modifică sfera de incidenţă a textului pe care îl interpretează, mai mult, normele interpretative care adaugă la lege în măsura în care s-ar aplica retroactiv ar fi neconstituţionale, iar, practic aceste norme nu pot fi numite interpretative, ci modificatoare – adaugă la vechea lege, aşadar ele nu pot avea efecte decât pentru viitor.[1063]

A.b) Reveniri ale jurisprudenței defavorabile şi principiul neretroactivităţii legii penale în dreptul penal român

Precum s-a constatat şi în literatura franceză de specialitate;[1064] există situaţii în care aceste interpretări jurisprudenţiale sunt favorabile inculpatului, în această ipoteză nu ar ridica probleme din punctul de vedere al securităţii juridice şi al principiilor legalităţii şi de ce nu, al echităţii, o aplicare retroactivă a orientării jurisprudenţiale. În principiu, constatăm că doctrina română reia exemplele jurisprudenţiale franceze şi argumentările doctrinei franceze, aşadar considerăm că nu se impune să repetăm aceste aspecte,[1065]întrucât prezenta lucrare ştiinţifică tratează şi analizează atât situaţiile din dreptul francez, cât şi din cel român.

Soluţiile propuse au fost cele ale erorii de drept penal invincibile în situaţia în care schimbarea de jurisprudenţă nu era previzibilă[1066] şi stabilirea de către instanţele supreme,

[1063] V. Paşca, op.cit.p.91

[1064] D. Rebut, *Les revirements de jurisprudence en matière pénale, în Cour de Cassation, Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier President Guy Canivet*, Ed.Litec, Paris, 2005, p.98

[1065] A se vedea în acest sens F. Streteanu, *Drept penal.Parte generală*, op.cit.pp.119-120

[1066] Aceasta nesoluţionând decât parţial efectele ce decurg din efectele retroactive ale schimbărilor de jurisprudenţă deoarece reglementarea erorii penale de drept invincibile este reglementată restrictiv, ea neaplicându-se în situaţia în care noua interpretare a legii nu aduce în sferă penală, fapte care anterior erau considerate ca licite, ci agravează răspunderea pentru o faptă pedepsibilă şi sub interpretarea jurisprudenţei anterioare. – F.Streteanu, *Idem*, infra nr.130, p.121

atunci când procedează ele însele la schimbarea propriilor jurisprudenţe, a domeniului de incidenţă în timp al noii interpretări, menţionând în hotărâri dispoziţii tranzitorii prin care aplicarea retroactivă a revirimentului defavorabil să fie prevenită.[1067]

În ceea ce priveşte a doua soluţie vizată de doctrină, considerăm că aceasta s-ar legitima din punct de vedere echitabil în dreptul penal român în ipoteza revenirilor de jurisprudenţă defavorabilă, însă, în prezent, ea contravine art.26 din Legea nr.304/2004 privind organizarea judiciară, republicată în Monitorul Oficial al României nr.827 din 13 septembrie 2005.[1068]

Se impune astfel de către legiuitorul român aplicarea retroactivă imediată a noii orientări a jurisprudenţei, chiar cu privire la cauza aflată pe rolul instanţei supreme. În opinia doctrinei, acest text impune aplicarea retroactivă şi în cazul unei interpretări jurisprudenţiale care ar agrava situaţia inculpatului şi deci acest articol de lege ar contraveni în această ipoteză art.15 alin.(2) din Legea fundamentală română, putând fi invocat într-o excepţie de neconstituţionalitate, în caz contrar riscându-se cenzura în faţa Curţii Europene a Drepturilor Omului, în situaţiile în care schimbarea de jurisprudenţă este imprevizibilă şi defavorabilă inculpatului. [1069]

De asemenea soluţia pe care literatura de specialitate[1070] o propune şi cu care suntem de acord din punctul de vedere al respectării dezideratului echităţii, este prevederea unui regim similar cu cel din cazul legilor interpretative, în sensul că atunci când determină o agravare a situaţiei inculpatului, revirimentul defavorabil de jurisprudenţă nu trebuie să se aplice retroactiv.

[1067] D. Roets, *L`application de la loi pénale dans le temps et la Convention Européenne des Droits de l`Homme în Recueil, Dalloz, 2004, p.1991; R.de Gouttes, Le Parquet général de la Cour de Cassation et la problématique des effets rétroactifs des revirements de jurisprudence, în La création du droit jurisprudentiel în Mélanges en l honneur de Jacques Boré,* Ed.Dalloz, Paris, 2007, p.250

[1068] Legea nr. 304 din 28 iunie 2004, republicată privind organizarea judiciară, actualizată până la data de 23 mai 2016, disponibilă pe http://legislatie.just.ro/ care prevede că: „Dacă o secţie a Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie considera ca este necesar să revină asupra propriei jurisprudenţe, întrerupe judecata şi sesizează Secţiile Unite ale Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie, care judeca cu citarea părţilor din dosarul a cărui judecată a fost întreruptă. După ce Secţiile Unite s-au pronunţat asupra sesizării privind schimbarea jurisprudenţei, judecata continuă."

[1069] F. Streteanu, op.cit., infra.130, p.121

[1070] *Ibidem*

Se consideră[1071] că deciziile pronunţate de Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie în urma recursurilor în interesul legii, atunci când există jurisprudenţă contradictorie a instanţelor, pot genera o interpretare defavorabilă inculpaţilor din cauze aflate în urmărire penală, sau în curs de judecată la data pronunţării Înaltei Curţi, dar ele nu sunt susceptibile de interdicţia aplicării lor retroactive, aducându-se argumentul că interpretarea dată de instanţa supremă nu poate fi considerată imprevizibilă. Este vorba despre instanţe naţionale ale căror jurisprudenţă contradictorie era în totalitate previzibilă la momentul sesizării Înaltei Curţi, cu atât mai mult, la momentul emiterii deciziei în interesul legii de către cea din ultima instanţă.

Este adevărat că aplicarea interpretării imupse, pe această cale, de către instanţa supremă, nu contravine exigenţelor tehnice ale principiului legalităţii, însă, dacă privim problematica din perspectiva dezideratului echităţii, chestiunea devine mai sensibilă. În acest sens, considerăm că echitatea ar justifica neretroactivitatea interpretărilor impuse de deciziile Înaltei Curţi cu privire la faptele comise anterior acestora, în măsura în care acestea ar crea o situaţie defavorabilă inculpaţilor vizaţi. Argumentul previzibilităţii nu ar trebui să fie mai puternic decât argumentul unei aplicări echitabile a justiţiei penale faţă de cei care sunt susceptibili de suportarea acestor consecinţe. Nu ar fi vorba despre o favorizare excesivă a inculpaţilor în privinţa aplicării legii penale în timp, ci, pur şi simplu, despre o regulă mai degrabă morală pe care echitatea ar justifica-o pe deplin.

A.c) Aplicarea imediată a dispoziţiilor din materia prescripţiei răspunderii penale şi a executării pedepsei, mai severe, pentru infracţiuni comise anterior pentru care termenul de prescripţie a răspunderii nu s-a împlinit în dreptul penal substanţial român

În dreptul penal român, prescripţia răpunderii penale şi a executării pedepsei sunt instituţii de drept material, termenelor de prescripţie aplicându-li-se principiul legii penale mai favorabile, precum argumentează majoritatea doctrinei.[1072]

[1071] F. Streteanu, op.cit.infra.131, p.122

[1072] V. Paşca, op.cit.pp.110-112; S. Kahane, în Explicaţii teoretice ale Codului penal român de V. Dongoroz, ş.a. Ed.Academiei 1969, vol.I, p.86; G.Antoniu, *Comentariu în Codul penal. Comentat şi adnotat. Partea generală* de T. Vasiliu ş.a., Ed. Ştiinţifică 1972, p.67, C. Mitrache, Comentariu în Noul Cod penal, de G. Antoniu ş.a., Ed. C.H. Beck, 2006, p.68; F.Streteanu, Tratat de drept penal, Ed. C.H. Beck, 2006, p.176, etc

Cu privire la prescripţia răspunderii penale pentru infracţiunile contra umanităţii şi de război, art. 153 din actualul Cod penal prevede în alin. (2) că: prescripţia nu înlătură răspunderea penală în cazul: a) infracţiunilor de genocid, contra umanităţii şi de război, indiferent de data la care au fost comise; b) infracţiunilor prevăzute la art. 188 şi 189 şi al infracţiunilor intenţionate, urmate de moartea victimei, iar în alin. (3) prevede că prescripţia nu înlătură răspunderea penală nici în cazul infracţiunilor prevăzute la alin. (2) lit. b) pentru care nu s-a împlinit termenul de prescripţie, generală sau specială, la data intrării în vigoare a acestei dispoziţii.

Iniţial, Curtea Constituţională, fiind sesizată cu privire la neconstituţionalitatea art.124 din Codul penal anterior, care prevedea termenul de prescripţie specială, care a fost modificat prin Legea nr.63/2012, a statuat[1073] că "împlinirea termenului de prescripţie specială începe să curgă indiferent de câte întreruperi ar interveni, de la data săvârşirii faptei şi se împlineşte în acord cu principiul legii penale mai favorabile, la data prevăzută de aceasta, pe cale de consecinţă, prevederile art.124 din Codul penal anterior, cum au fost modificate (termenul de prescripţie specială a răspunderii fiind dublat) sunt constituţionale în măsura în care nu împiedică aplicarea legii penale mai favorabile faptelor săvârşite sub imperiul legii vechi."

Curtea Constituţională[1074] a stabilit criterii de determinare a caracterului mai favorabil, statuând că se au în vedere: cuantumul, sau conţinutul pedepselor, condiţiile de incriminare, cauzele care exclud, sau înlătură responsabilitatea, influenţa circumstanţelor atenuante, sau agravante, etc.. Ulterior, instanţa supremă a statuat asupra constituţionalităţii art.125 alin 3 din vechiul Cod penal român, introdus prin Legea nr.27/2012, cu prevederi identice cu cele din art.153 alin.(3) din actualul Cod penal şi care vizează şi *crimele contra umanităţii* şi a hotărât să respingă excepţia de neconstituţionalitate, argumentând că "opţiunea legiuitorului privind reglementarea imprescriptibilităţii executării pedepselor principale în cazul infracţiunilor prevăzute de art.174-176 Cod penal şi al infracţiunilor intenţionate, urmate de moartea victimei, pentru care, la data intrării în vigoare a dispoziţiilor criticate, nu s-a împlinit termenul de prescripţie a executării, nu are drept consecinţă un prejudiciu constituţional relevant. Legiuitorul a avut de ales între *principiul securităţii raporturilor*

[1073] Curtea Constituţională, Decizie nr.1092/2012, publicată în M. Of. Nr.67 din 31 ianuarie 2013

[1074] Curtea Constituţională, Decizia nr.1470 din 8 noiembrie 2011, publicată în M. Of. Nr.853 din 2 decembrie 2012

juridice şi *echitatea juridică*, ambele componente fundamentale ale statului de drept. Fiind sarcina legiuitorului să decidă cărui principiu îi acordă prioritate, aceasta, fără a interveni arbitrar şi ţinând seama de valoarea primordială a dreptului la viaţă, consacrat de art.22 alin (1) din Constituţia României, a optat pentru *aplicarea imediată a dispoziţiilor din materia prescripţiei, mai severe,* inclusiv pentru infracţiuni comise anterior, pentru care termenul de prescripţie a executării pedepsei nu s-a împlinit încă."[1075]

În opinia doctrinei,[1076] această judecată *în echitate* are o încărcătură politică cu răsfrângere directă în procesele torţionarilor din regimul comunist şi o redeschidere a dosarelor revoluţiei anti-comunism, române. În egală măsură se argumentează că instanţa constituţională a recunoscut totuşi un prejudiciu constituţional, chiar dacă *nerelevant în raport cu echitatea juridică*, iar în acest context, "judecata în constituţionalitate nu poate trece peste prevederile Constituţiei, pe motive de echitate, pentru că prejudiciul constituţional ar fi nerelevant, în fond, prejudiciul constituţional înseamnă contrarietatea dispoziţiei invocate cu Legea fundamentală." În continuarea acestei argumentări se invocă şi posibila neconstituţionalitate a prevederilor art 121 alin (2) din actualul Cod penal român, care nu ar fi putut fi interpretate de Curtea Constituţională în alt mod, decât ca fiind neconstituţionale.[1077]

Raţionamentul judecătorului constituţional *în echitate,* pe care îl împărtăşim şi noi, se menţine şi în cazul prevederilor actualului Cod penal. Aşadar, conform deciziilor judecătorului constituţional privind prescripţia răspunderii penale, aplicarea legii penale mai favorabile se impune în toate cazurile, mai puţin în ipoteza infracţiunilor intenţionate care au avut ca urmare moartea victimei, inclusiv în cazul crimelor contra umanităţii. *Per a contrario*, ar retroactiva legea penală mai severă, intervenită ulterior săvârşirii faptelor incriminate ca infracţiuni, ori în dreptul penal român, este admisă exclusiv retroactivitatea legii de dezincriminare, a legilor de amnistie, sau de graţiere, cu efecte evident mai favorabile decât cele ale legilor în vigoare la data comiterii infracţiunilor.

În legislația franceză, prescripția răspunderii penale este o instituție de procedură penală, prevăzută în articolele 6 – 9 din Codul de procedură penală francez. Cu legătură în

[1075] V. Paşca, op.cit.p.111

[1076] *Ibidem*

[1077] *Ibidem*

dispoziţiile art. 112-2 din Codul penal francez, care prevăd că: sunt aplicabile imediat la reprimarea infracţiunilor comise înainte de data intrării lor în vigoare: 1.Legile ce ţin de competenţa şi organizarea judiciară, dacă o sentinţă în fond nu a fost pronunţată în primă instanţă; 2. Legile care stabilesc modalităţile urmăririlor şi formelor procedurii; 3. Legile referitoare la regimul de executare şi de aplicare a pedepselor. Totuşi, aceste legi, atunci când ar avea drept rezultat asprirea pedepselor pronunţate prin hotărârea de condamnare, nu sunt aplicabile decât condamnărilor pronunţate pentru fapte comise după intrarea lor în vigoare; 4. Atunci când termenul de prescripție nu s-a împlinit, legile referitoare la prescripţia acţiunii publice şi la prescripţia pedepselor. Legea franceză stabileşte că reglementările legale în materia prescripției acțiunii penale și pedepsei sunt de imediată aplicare, deci vizează inclusiv termenele de prescripție pentru infracțiunile comise anterior, sub rezerva ca aceste termene să nu se fi împlinit încă. Cu toate acestea, este specificat, în egală măsură, că "aceste legi, atunci când ar avea drept rezultat să facă mai severe pedepsele pronunţate de hotărârea de condamnare, nu sunt aplicabile decât condamnărilor pronunţate pentru fapte comise după intrarea lor în vigoare". Deşi legile procedural penale sunt de imediată aplicare, nu putem să nu observăm existenţa elementului de echitate în această prevedere care previne retroactivitatea unei legi penale mai severe.[1078]

Curtea de Casație a Franței a avut prilejul, în numeroase cazuri, să se pronunțe asupra naturii juridice a prescripției acțiunii publice și a stabilit că aceasta aparține sferei dreptului procesual penal, având deci aplicabilitate imediată. În realitate, o lege nouă care reglementează prescripția este de imediată aplicare procedurilor în curs." [1079] „Articolul 112-2 alineatul 4 din Codul penal francez, devreme ce reglementează aplicarea în timp a normelor referitoare la prescripție, nu poate produce efecte asupra legilor promulgate anterior datei de 1 martie 1994; astfel, dispozițiile Legii din 10 iulie 1989 rămân aplicabile faptelor comise anterior intrării acestora în vigoare, pentru care nu s-a împlinit termenul de prescripție, chiar

[1078] Curtea de Casaţie a specificat că această prevedere se aplică şi când este vorba despre art.132-4 şi 132-5 din Codul penal, care prevăd pedepsele pentru crime şi pedepsele pentru delicte în concurs – a se vedeaCurtea de Casaţie. Secţia penală, decizia din 26 septembrie 1996: Bull.crim. nr.336; decizia din 20 noiembrie 1996, Bull crim.nr.418, disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr, consultată la 19.02.2016

[1079] Curtea de Casație, Secția penală, decizia din 4 octombrie 1982, disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr, consultată la 19.02.2016

și în cazul în care se produce o agravare a situației autorilor infracțiunilor." [1080]„Având în vedere că, pentru a respinge excepția prescripției acțiunii publice, curtea reține că legea din 10 iulie 1989, care întârzie momentul de la care se calculează termenul de prescripție în cazul infracțiunilor comise asupra minorilor de către o persoană care are autoritate asupra acestora până la data la care victimele devin majore, este de aplicare imediată faptelor care nu erau prescrise la data intrării acesteia în vigoare."[1081]

B. Aspecte din dreptul penal francez

Dacă vizăm aplicarea principiului neretroactivității noii legi penale, putem afirma că de această dată, echitatea, mai degrabă decât umanitatea dreptului penal, impune ca un comportament care nu a fost incriminat în momentul faptelor nu va fi pedepsit de o lege care intră în vigoare şi prevede aceste fapte într-un moment ulterior comiterii lor. În plus, principiul legalității incriminării și principiul activității legii penale sunt cele care se aplică în această situație. Există și excepții în dreptul penal francez, care vizează acest principiu al neretroactivității legii penale mai severe, cum este cazul legilor interpretative și civile **(Secțiunea 2 B.a)** reveniri de jurisprudență defavorabilă **(Secțiunea 2 B.b)** și de asemenea, excepții proprii dreptului penal special, deoarece se referă la combaterea anumitor crime mai grave, unde regăsim anumite aspecte sensibilie în aplicarea regulilor dreptului penal de fond, fiind vorba, mai exact despre crimele împotriva umanității **(Secțiunea 2 B.c).**

B.a) Legile interpretative şi civile, excepţii de la principiul neretroactivităţii legii penale mai severe în dreptul francez

Regula este aceea conform căreia „legile interpretative, care precizează sensul unei legi vechi, constituie corp comun cu aceasta, ele au deci același domeniu de aplicare în timp

[1080] Curtea de Casație, Secția penală, decizia din 16 februarie 2005, disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr, consultată la 19.02.2016

[1081] Curtea de Casație, Secția penală, decizia din 7 noiembrie 2007, disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr, consultată la 19.02.2016

precum legea interpretată și sunt aplicate retroactiv."[1082] În absența modificării legii penale, principiul neretroactivității nu se aplică unei simple interpretări jurisprudențiale.[1083]

În ceea ce privește dreptul penal francez, este relevant exemplul articolului 222-22-1 Cod penal[1084] care indică următoarele: „constrângerea prevăzută la primul alineat al articolului 222-22[1085] poate fi fizică sau morală." Legea din 8 februarie 2010 a întărit aceste soluții, deși bine stabilite în jurisprudență, introducând un articol 222-22-1 în Codul penal, care explică faptul că, în materie de agresiuni sexuale, constrângerea morală „poate rezulta din diferența de vârstă existentă între victima minoră și autorul faptelor *și* din autoritatea de drept sau de fapt pe care acesta o exercită asupra acestei victime". Este important de notat că legislatorul se arată mai restrictiv decât jurisprudența refuzând deducerea unei constrângeri morale numai din diferența de vârstă dintre autor și victimă; este necesar, *în plus* și un raport de autoritate între aceștia.

Constrângerea morală poate rezulta din diferența de vârstă care există între o victimă minoră și autorul faptelor și din autoritatea de drept sau de fapt pe care acesta o exercită asupra acestei victime." Acest articol interpretativ se îndepărtează de jurisprudența Curții de Casație franceză, care considera înainte că lipsa consimțământului victimei agresiunii sexuale nu poate fi dedusă pur și simplu din vârsta sa fragedă, sau din supunerea sa față de autorul faptelor, când astfel de elemente pot fi considerate consecințe agravante ale infracțiunilor. Ca și pentru Curte, respectarea principiului legalității nu permite reținerea acestor elemente de mai multe ori, cu titluri diferite, dacă această dispoziție nouă trebuia interpretată ca permițând

---

[1082] Curtea de Casație,Secția penală, 21 oct 1943: S.1944, I, 29, nota Mazeaud; 23 ian 1989 Bul.jurisp.pen. nr.25; 3 dec 1990; Bul. jurisp. pen. nr.412; 12 ian 2000, Bul.jurisp.pen. nr.20, disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr, consultată la 20.02.2016

[1083] Curtea de Casație,Secția penală, 30 ian 2002, Bul.jurisp.pen.nr.16, Dr. penal 2002, com.43, obs. J-H Robert, disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr, consultată la 20.02.2016

[1084] Adăugat în Codul penal francez prin legea nr.2010-121 din 8 februarie 2010, disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr

[1085] „Constituie o agresiune sexuală orice atingere sexuală comisă cu violență, prin constrângere, sub amenințare, sau prin surprindere. Violul și celelalte agresiuni sexuale sunt constituite atunci când au fost impuse victimei în situațiile prevăzute prin prezenta secțiune, indiferent de natura relațiilor existente între agresor și victima sa, inclusiv dacă aceștia au statutul de căsătoriți. Dacă agresiunile sexuale sunt comise în străinătate împotriva unui minor de către un francez, sau o persoană care are domiciliul obișnuit pe teritoriul francez, legea franceză este aplicabilă prin derogare de la alineatul al doilea al articolului 113-6 cod penal și dispozițiile din teza a doua a articolului 113-8 nu sunt aplicabile."

o anumită confuzie, aceasta afectează regimul infracțiunilor în cauză și facilitează urmărirea lor, deci nu poate fi aplicată în viitor pentru agravarea situației.[1086]

Aceste legi de fond, care de fapt nu adaugă nimic textelor interpretate ci le restabilesc sensul pe care îl aveau de la început, pot uneori să se dovedească a nu fi atât de transparente precum par, iar echitatea necesită o astfel de transparență. Acest lucru poate genera efecte negative dacă ne gândim la necesitatea menținerii unei abordări legale echitabile și la claritatea textelor de legi represive. Legile interpretative precizează semnificația textelor anterioare, în consecință acestea pot fi aplicate unor fapte comise înaintea intrării lor în vigoare, dar după cea a textului care servește ca bază pentru o urmărire.[1087] Așadar, legea penală trebuie să se supună imperativului de *claritate,* deoarece într-un stat democratic „legea nu trebuie să pedepsească fără a avertiza în prealabil". Uneori „afirmația legală poate fi înșelătoare,"[1088]deoarece, adesea, intervenția legislatorului se impune pentru îndepărtarea de o interpretare restrictivă, pentru extinderea sensului dat unei dispoziții anterioare, în momentul când există o dificultate în practică ce vizează o interpretare a legii penale. Legislatorul are dreptul să intervină pentru a preciza limitele unei incriminări, dar legea interpretativă își depășește în acest caz funcția și încetează a mai fi strict interpretativă. Aceasta poate deci să genereze consecințe importante în planul răspunderii penale.

Problema nu se ridică, evident, dacă noua dispoziție interpretativă restrânge de exemplu sfera unei incriminări, deoarece, în această situație, ea este mai favorabilă, deci aplicarea acesteia ar fi justificată de echitate, în numele principiului *in favorem.* Tocmai pentru că legislatorul intervine, această nouă dispoziție nu trebuie practic să se aplice retroactiv. Este de fapt o modificare pentru viitor a sensului textului legii penale. Soluția de aplicare retroactivă a unei legi interpretative care poate agrava ipoteza reţinerii infracţiunii şi urmărirea penală, de exemplu, așadar poate agrava situația celui vizat și este astfel contradictorie garanției unui proces echitabil care se opune, cu excepția unor motive de interes general, ingerinței puterii legislative în administrarea justiției pentru a afecta decisiv deznodământul judiciar al litigiilor.

[1086] E. Dreyer *op.cit*.p.1166

[1087] Curtea de Casaţie,Secţia penală.13 dec 1990, nr.412, C.Cas.Div. crim, 14 oct 1980, Bul.jurisp.pen.1980, nr.258, disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr, consultată la 20.02.2016

[1088] W. Jeandidier, *Droit pénal général*, Montchrestien, col. "Domat", 1988, p.131, nr.140

Chiar în domeniul dreptului civil, în ceea ce priveşte legile de validare,[1089] Curtea de Casație franceză deduce, în materie civilă aplicarea neretroactivă a legilor de validare, știind că „această regulă se aplică indiferent de calificarea formală dată legii și chiar când statul nu se constituie parte în proces."[1090] Iată mai multe motive pentru îndreptarea în această direcție și în sfera dreptului penal, știind că statul este practic actorul principal al urmăririi în procesul penal și că se poate spune că se pornește de la o inegalitate, sau de la un dezechilibru *de facto* al puterilor în ce privește drepturile celor implicați în proces, au fost vizate în mod special drepturile la apărare și respectarea lor. În plus, în dreptul penal, neretroactivitatea legii are o valoare constituțională și este garantată de norme internaționale.[1091]

Avansând în analiza noastră, luăm în considerare regimul particular al legilor civile și impactul lor în dreptul penal francez. Este important să subliniem că în dreptul penal francez, numai consecințele penale ale aplicării legii civile prezintă interes pentru judecător. Urmând această logică, judecătorul represiv nu-și poate extinde puterea de a verifica dacă s-a ignorat o altă lege, diferită de cea a cărei nerespectare i-a fost denunțată, deoarece principiul legalității incriminării necesită „prevenirea înainte de pedepsire" și deci o persoană nu poate fi pedepsită pentru o necunoaștere a unei legi care nu exista în momentul faptelor. Aşadar, însăși norma civilă, care participă la calificarea faptelor, nu trebuie să aibă un alt regim decât cel al normei penale mai favorabile.[1092] De fapt, această normă civilă are efecte cu adevărat importante, în ce privește consecințele penale ale situației, deoarece dreptul penal aduce sancțiunea asupra încălcării unei legi care îi este exterioară- legea civilă.

[1089] În prelungirea legilor interpretative, există ipoteza unei legi de „validare" care constă pentru legislator în validarea ulterioară a unei practici sau reglementări ilegale care a fost deja aplicată. În materie civilă și administrativă, legile de validare sunt tolerate cu condiția de a urmări o cauză imperioasă de interes general (de ex. Curtea de Cas. Secția Civilă, 2e 8 nov. 2006, a reținut o cauză imperioasă de interes general pentru aplicarea unei legi din 2003 constând în „validarea" sau reglementarea, retroactivă a recuperărilor URSSAF efectuate de agenți neautorizați după reglementarea în vigoare la momentul recuperărilor, deoarece contestarea acestor recuperări ar putea pune în pericol finanțele publice). Acest tip de soluție este desigur nedreaptă în dreptul penal, atâta timp cât ea ignoră esența însăși a principiului legalității incriminării. Dacă aceeași reglementare litigioasă era susținerea necesară unei incriminări penale, nu trebuie admisă nici o urmărire penală atâta timp cât este fondată pe un regulament ilegal în momentul faptelor și indiferent dacă este sau nu validată ulterior (v.C.urtea de Casație, Secția penală, 15 martie 1956 : RSC 1957, p. 129). - https://www.legifrance.gouv.fr, consultate la 20.02.2016

[1090] Curtea de Casație, Adunarea Plenară, 23 ian.2004, Bul.civ.2004, ad.plen, nr.2; D.2004, p.1108, nota P. Y. Gautier; JCP G 2004, II, 10030, nota M. Billau; RTD civ.2004, p.598, obs. P.Deumier *apud* E.Dreyer, *op.cit.*, p.1167

[1091] E. Dreyer, op.cit.p.1167

[1092] *Ibidem*

Pe scurt, în acord cu logica argumentelor în favoarea corectivului echității- legea mai favorabilă, ar fi de recomandat ca acest corectiv să fie aplicat și legii civile, dacă această lege este mai blândă decât cea anterioară, ținând cont de faptul că o condiție prealabilă civilă are prioritate și judecătorul refuză să aplice corecția *mitior lex* situației generale. Aceasta pentru că, de fapt, situația analizată atrage consecințe penale, represive, în final.[1093]

B.b) Reveniri de jurisprudenţă defavorabilă şi principiul neretroactivităţii legii penale în dreptul penal francez

Dacă păstrăm aceeași logică în căutarea dezideratului echității în dreptul penal, apreciem ca necesară analiza chestiunii interpretărilor jurisprudențiale. În mod tradițional, jurisprudența este de esență interpretativă și constituie corp comun cu textul pe care îl interpretează.

Astfel, în ce privește legile interpretative, interpretarea jurisprudențială se aplică retroactiv în ziua intrării în vigoare a legii, ca și cum aceasta ar fi existat de la începutul existenței legii. Dacă în teorie această soluție se poate justifica cu privire la sistemul juridic francez, nu se pot ignora dificultățile pe care le ridică atunci când interpretarea jurisprudențială evoluează sau, mai radical, se operează o revenire. În final, este vorba despre o nesiguranță juridică ca rezultat al unei noi interpretări jurisprudențiale.

Așadar, dacă ne gândim la consecințe nedrepte care pot fi generate prin această situație, rezultatul confuz pe care îl generează nu ar trebui oare să interzică aplicarea sa retroactivă?[1094] Secţia penală a Curții de Casație franceze a avut deja ocazia de a decide că principiul neretroactivității nu se aplică unei simple interpretări jurisprudențiale și că nimeni nu are dreptul dobândit la o jurisprudență constantă.[1095]

O afirmație atât de categorică nu este poate incontestabilă în ipotezele în care modificarea unei jurisprudențe ar fi de natură a extinde aplicarea unei incriminări în mod

---

[1093] *Ibidem*

[1094] Întrebarea face obiectul unui raport coordonat de Pr. Molfessis, la solicitarea președintelui Curții de Casație, al vremii, G. Canivet, întocmit în 2004 și care preconiza modulația în timp a revenirilor asupra jurisprudenței.

[1095] A se vedea Curtea de Casaţie, Secţia penală, 30 ian. 2002, Bul. n° 16, disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr, consultată la 20.02.2016

imprevizibil. Se poate evoca în acest sens revenirea asupra jurisprudenței operate de Secţia penală a Curţii de Casaţie franceze în materie de viol. Aceasta, de fapt, a extins latura materială a violulului în 1997 la orice act de penetrare sexuală impus asupra unei alte persoane, inclusiv când victima este cea care practică actul, constrânsă fiind de autor, sau o femeie impune un raport sexual unui bărbat tânăr.[1096] Această soluție era departe de a fi evidentă și putea în anumite privințe să fie lipsită de previzibilitate. Acest lucru este dovedit de faptul că, aproape un an mai târziu, Secţia penală a Curții de Casație a revenit asupra acestei soluții.[1097]

Aceste extinderi imprevizibile a unei norme de incriminare prin jurisprudență nu ar trebui totuși să fie admisibile în ce privește exigențele dreptului european. Curtea europeană consideră într-adevăr că, dacă exigența de siguranță juridică trebuie să fie conciliată cu necesara evoluție a dreptului efectutată prin jurisprudență, articolul 7§1 (principiul legalității) interzice, în materie penală, aplicarea retroactivă a unei modificări importante, sau a unei reveniri asupra jurisprudenței din moment ce era imprevizibilă în ochii justițiabililor.[1098] Curtea europeană, fidelă concepției sale largi a noțiunii de „lege" îi include jurisprudența și o supune acelorași exigențe fundamentale ce decurg din legalitatea criminală. Asimilarea nu este cu toate acestea totală, căci o nouă lege în sensul strict al termenului, presupunând chiar că ar fi previzibilă (făcându-se trimiteri în presă), nu ar putea niciodată să fie aplicată retroactiv. Dimpotrivă, doar evoluția *rezonabilă, previzibilă* a unei jurisprudențe ar putea fi aplicată retroactiv.[1099]

Cu privire la fundamentul juridic al amânării, rămâne ca judecătorul penal francez să întâmpine unele dificultăți juridice în fondarea amânării în timp a revenirii sale asupra jurisprudenței, fără a lăsa impresia de a da o hotărâre generală în cauzele deduse judecății

[1096] A se vedea Curtea de Casaţie, Secţia penală 16 dec. 1997 : Bul. n° 429 disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr, consultată la 20.02.2016

[1097] A se vedea Curtea de Casaţie, Secţia penală. 21 oct. 1998 : Bul. n° 274 disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr, consultată la 20.02.2016

[1098] A se vedea C.E.D.O. 22 nov. 1995, *S.W. c./ Regatului Unit*, §36 : Seria A, n° 335-B ; RSC 1996, p. 473, obs. Koering-Joulin; 10 oct. 2006, Pessino c./ Franței : D. 2007, p. 124, nota D. Roets ; mai recent, v. C.E.D.O. 12 iul. 2012 : AJ pen. 2012, p. 494 ; C.E.D.O., 21 oct. 2013, n° 42750/09, Del Rio Prada c./Spaniei : Dr. pen. 2013, n° 179, obs. V. Peltier ; RPDP 2013, p. 987, obs. V. Peltier.

[1099] A se vedea C.E.D.O. 22 nov. 1995, *S.W. c./ Regatului Unit*, prec., pentru recunoașterea clară a violului între soți de către jurisdicțiile supreme englezești, disponibilă pe http://hudoc.echr.coe.int/, consultată la 20.02.2016

(deoarece sunt menite să guverneze doar viitorul).[1100] În materie penală, am putea mai întâi neutraliza efectele retroactive ale unei reveniri imprevizibile pe fundamentul *legalității penale* prin intermediul articolului 7§1 al Convenției europene, așa cum este interpretat de către Curtea europeană, a cărei autoritate este recunoscută în ce privește jurisprudența de către Curtea de Casație franceză. Mai departe, este încă posibil pentru justițiabil să invoce eroarea de drept prevăzută la articolul 122-3 al Codului penal francez, pentru care Secţia penală o justifică, din moment ce eroarea de drept a fost provocată de o autoritate competentă.[1101]

B.c) Cazurile crimelor împotriva umanității în dreptul penal francez şi echitatea

Dacă ne gândim la legătura dintre echitate și morală, ajungem la concluzia că de fapt, în dreptul penal, majoritata infracțiunilor ar trebui să afecteze, în mod direct, sau indirect ființa umană, societatea sau bunele moravuri. Mai mult, când ne gândim la oroarea provocată de crimele împotriva umanității și impactul lor în vremurile istorice, tot echitatea impune ca acestea să nu fie uitate de către justiţia penală. Totuși, dreptul penal este cel care, prin sancțiune, arată că morala este una din cele mai mari valori ale unei societăți și că trebuie protejată în mod continuu. Protejând morala, dreptul ghidează ființele umane și corectează trăsăturile negative care există în cetățeni. Dacă ne gândim la aceste crime oribile care au fost comise, putem afirma că dreptul penal trebuie "să facă dreptate," în orice moment.

Aceste crime care au fost discutate de doctrină chiar înainte de cel de-al Doilea Război Mondial [1102] şi puse în lumină de judecarea marilor criminali naziști, au identificat necesitatea calificării lor distincte de celelalte calificări care existau deja în dreptul penal militar de exemplu. Cu această necesitate de calificare specială, s-a pus și problema caracterului retroactiv al unei astfel de calificări.

[1100] În dreptul civil, Curtea de Casație a recurs la dreptul fundamental de acces la un tribunal pentru a amâna o revenire în materie de prescripție a acțiunii civile (a se vedea Curtea de Casaţie, Secţia Civilă 2e 8 iul. 2004 : Bul. n° 387 și Adunarea plenară 21 dec. 2006 : Bul. n° 14-https://www.legifrance.gouv.fr)

[1101]Secţia penală până în acest moment, nu a exploatat încă în mod veritabil aceste ipoteze. Aceasta, în mod stângaci, a considerat amânarea unei reveniri în materie de supraveghere judiciară (C.Crim. 19 oct. 2010 : Bul. n° 164 ; D. 2010, p. 2434) și s-a răzgândit repede (Adunarea plenară 15 aprilie 2011 : Bul. n° 1 ; Dr. pen. 2011, n° 72 și 84) după numeroase critici doctrinale. Însă, ipoteza era cu privire la o situație procesuală, nu de drept substanţial

[1102] Având ca subiect geoncidul armean comis de către Turcia otomană

În opinia noastră, echitatea necesita deci a se constata în primul rând, deosebita afectare a conștiinței universale şi că în același timp autorii acestor crime nu puteau ignora, în momentul respectiv, că vor răspunde în fața întregii umanități, într-o zi și la un moment dat în istorie. Este surprinzător faptul că în perioada nazistă, existau legi discriminatorii pentru poporul evreu, și aceste legi justificau chiar exterminarea evreilor. Cum am putea înțelege că aceste gânduri ale societății în momentul respectiv al istoriei au fost atât de defectuoase încât chiar legislatorul a enunțat legi inumane.

Revenind la chestiunea aplicării retroactive a unei astfel de calificări, articolul 7 § 2 al Convenției Europene a Drepturilor Omului este cel care dispune că: „Prezentul articol nu va aduce atingere judecării şi pedepsirii unei persoane vinovate de o acţiune sau de o omisiune care, în momentul săvârşirii, era considerată infracţiune potrivit principiilor generale de drept recunoscute de naţiunile civilizate". De asemenea, articolul 15, § 2 din Pactul Internațional asupra Drepturilor Civile și Politice dispune că: „Nimic din prezentul articol nu se opune judecării sau condamnării oricărui individ din pricina unor acţiuni sau omisiuni care atunci când au fost săvârşite erau considerate ca fapte criminale, potrivit principiilor generale de drept recunoscute de toate naţiunile". Conținutul acestor articole este justificat de echitatea *lato sensu*, deoarece crimele la care se face referire afectează, în permanență, morala și gândirea umanității, fără limită în timp. Viața umană trebuie protejată, ea este un drept universal. Cu toate acestea, pentru doctrina franceză, un astfel de argument nu este suficient pentru justificarea aplicării directe a articolelor la care am făcut referire din Convenție, deoarece acest consens nu scutește legiuitorii naționali de a incrimina în mod formal comportamentele ce trebuie pedepsite.[1103]

Astfel, în dreptul francez, Curtea de Casație a militat pentru limitarea aplicării acestei excepții. Principiile legalității delictelor și pedepselor și cel de neretroactivitate a legii penale mai severe prevăzute de articolul 8 al Declarației drepturilor omului și cetățeanului, articolul 7-1 al Convenției europene și 15-1 din Pactul internațional cu privire la Drepturile Civile și Politice, articolele 111-3 și 112-1 din Codul penal francez, reprezintă un obstacol în fața aplicării articolelor 211-1 și 212-3 din Codul penal francez care reprimă aceste crime

[1103] E. Dreyer *op.cit*. p.1164

împotriva umanității, *asupra faptelor săvârşite înainte de data intrării lor în vigoare, deci înainte de 1 martie 1994.*[1104]

Mai mult, Curtea de Casație franceză precizează că „tradiția internațională nu poate compensa lipsa textului de incriminare care califică drept crime împotriva umanității, faptele denunțate de partea civilă". Deci, aplicarea articolelor precitate este limitată de Curtea franceză care autorizează şi deci admite sancționarea retroactivă numai cu privire la faptele săvârşite în numele țărilor europene ale Axei enunțate în Statutul Tribunalului Militar internațional de la Nuremberg, anexă a acordului de la Londra din 8 august 1945. Aceasta refuză ca *in extenso,* aceste derogări să poată autoriza urmăriri ale altor crime împotriva umanității comise înainte de intrarea în vigoare a dispozițiilor Codului penal din 1994 care permite reprimarea acestora.

Argumentul invocat de Curtea de Casație franceză este faptul că este vorba despre *texte istorice care vor face obiectul unei interpretări restrictive*. În Codul penal francez nu există o dispoziție echivalentă, deci soluția excepțională nu poate fi extinsă dincolo de ipoteza pentru care a fost considerată. Însă Convenția europeană, sau Pactul internațional cu privire la Drepturile Civile şi Politice nu conțin restricții în acest sens. Statutul Curții Penale Internaționale prevede, în mod expres, respectarea principiului neretroactivității, inclusiv pentru crimele împotriva umanității.[1105] Această derogare este deci „istorică", aceasta se limitează numai la atrocitățile celui de-al Doilea Război Mondial și nu pot fi extinsă și altor situații. Cu alte cuvinte, această excepție deşi încă vizată la art. 7, al.2 CSDHLF[1106] nu mai este aplicabilă în dreptul penal francez.

Dintr-o perspectivă echitabilă, dacă ne gândim la funcția morală a dreptului în general și care, după părerea noastră, este funcția esențială a dreptului penal în speță, considerăm că instanţa supremă franceză ar trebui să admită o eventuală autorizare dată indirect de articolele internaționale a urmăririi şi a altor crime împotriva umanității comise înainte de intrarea în vigoare a dispozițiilor Codului penal francez din 1994. În opinia noastră, aceasta se poate

[1104] Curtea de Casaţie, Cas.Secţia penală. 17 iunie 2003; Bul.jurisp.pen. 2003, nr.122; D.2004, p.92, nota J.Daniel *apud* E. Dreyer, *op.cit.*, p.1164

[1105] art. 11 din Statutul de la Roma, al CPI (Curtea Penală Internațională), 17 iul. 1998, semnat de România la data de 7 iulie 1999, ratificat prin Legea nr. 111 din 28 martie 2002

[1106] Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, faite à Rome

concepe ca o derogare de la principiul legalității incriminării în numele echității, de asemenea de la neretroactivitatea legii penale mai severe, însă având la bază un scop mai degrabă moralo- istoric pentru că aceste infracțiuni sunt și vor fi întotdeauna grave și vor avea același impact moral în conștiința umană universală. Este încă un motiv ce decurge din moralitatea şi echitatea dreptului penal în numele cărora ar trebui să se pedepsească astfel de fapte pentru a se preveni riscul unei eventuale existențe a unor mentalități asemănătoare în viitor. Este lecția pe care dreptul penal trebuie să o transmită istoriei, în numele echității.

În acest context, revenim la ideea noastră conform căreia principiul *in favorem*, și principiul legalității delictelor și pedepselor trebuie respectate, însă cu anumite limite care țin în mod paradoxal de aceeași echitate prin prisma căreia ele se impun. Trăsătura umană a legii penale, ca parte a echității, autorizează şi necesită aplicarea principiului *in favorem,* dar și îl şi limitează pentru a se obține ceea ce numim justiție echitabilă. Dacă ar mai fi incident cazul comiterii de crime împotriva umanității, indiferent de perioada istorică, chiar înainte de anul 1994 și după condamnarea crimelor „istorice", dreptul penal trebuie să deroge fiind justificat de umanitate și să le pedepsească în numele echității.

Capitolul 2. Echitatea şi justificarea infracţiunii (cauzele justificative)

Justificarea infracțiunii și echitatea sunt în strânsă conexiune deoarece pentru a exista o justificare a faptei, trebuie să se concluzioneze că fapta nu este infracțiune datorită lipsei *elementului său injust*.[1107] Poate părea absurdă teoria conform căreia comportamentul vizat prezintă toate caracterele unei infracțiuni, dar trebuie considerat justificat, ținând cont de circumstanțele săvârșirii sale. Dreptatea este cea care vine să dea legitimitate unei acțiuni care ar trebui să fie o infracțiune, dar se dovedeşte că nu prezintă toate cacarceristicile unei infracţiuni. Este o situație aproape paradoxală, în care infracțiunea din punct de vedere tehnic există, dar din punct de vedere moral, nu există. Elementul injust al infracțiunii lipsește, și deci săvârșirea faptei se justifică.

De fapt, apreciem că echitatea este fundamentul faptelor justificative, care au fost instaurate prin dreptul penal substanțial. Într-adevăr echitatea este cea care justifică nerespectarea dreptului penal ținând cont de elementul de relativitate a reacţiilor umane diferite la fiecare individ care săvârșește o faptă justificată. Continuăm analiza noastră rămânând în sfera echității în sensul său atotcuprinzător, care predomină astăzi în politica penală. Pentru a limita puterea de represiune a statului și pentru a legitima efectul cauzelor justificative, principiul legalității apără anumite fapte și le scoate de sub incidenţa unei calificări penale care este menită să se aplice cât timp infracțiunea este constituită.

În ce privește incidența cauzelor justificative și echitatea,[1108] considerăm că aceste cauze găsesc totodată și o limită în echitate, deoarece cele două caractere principale ale faptei care trebuie considerată ca fiind justificată sunt proporționalitatea şi necesitatea sa, așadar, unele dintre componentele esențiale ale echității în dreptul penal substanțial. Ambele: proporționalitatea actului și necesitatea sa vor fi evaluate din punct de vedere calitativ și cantitativ. Criteriile sunt valabile în cele două sisteme de drept penal substanțial: cel român și cel francez. Un act care va fi considerat justificat, trebuie să fie proporțional și necesar pentru a fi echitabil şi justificat.

[1107] E. Dreyer op.cit.p.827

[1108] Echitatea este cea care le justifică, dar le limitează, în același timp.

Proporționalitatea este regula care pretinde ca actul să nu depășească ceea ce era strict necesar pentru a răspunde la prevederile legii sau la evenimentul care l-a determinat și de asemenea conservarea unei valori cel puțin egale celei pe care o protejează incriminarea. Cu privire la actele de apărare, acestea nu pot depăși ceea ce impune ripostarea la o agresiune în cazul de legitimă apărare, sau la un eveniment exterior în cazul stării de necesitate. Se știe deja că o infracțiune nu poate fi justificată dacă a determinat un rău mai mare decât cel căruia agentul i s-ar fi expus, în mod natural, fără a o comite. De exemplu când jandarmul trage asupra unui individ aflat în fugă, chiar autor al unui furt prin efracție, ipoteza nu poate să constituie un act de legitimă apărare.[1109] Gravitatea celor două acte este cea care trebuie luată în considerare în primă instanță, iar nu consecințele vătămătoare posibile ale unuia, sau ale celuilalt.

Explicația acestei indulgențe a legii pentru aceste circumstanțe particulare este aceea că, de fapt, autorul nu reprezintă un pericol social pentru că nu ar fi comis niciodată aceeași infracțiune în afara acestor situații speciale în care se regăsește în momentul faptelor. Suntem tentați să apreciem că în cazul unui viol, dacă victima își rănește mortal agresorul, iar judecătorii nu o învinuiesc pentru acest exces de violență deoarece „este imposibil de a spune că o femeie depășește necesitatea apărării sale când respinge o atingere atât de odioasă adusă persoanei sale,”[1110]pare disproporționată *prima facie*, dar dacă analizăm caracterul actului agresorului și impactul moral pe care actul îl are în conștiința victimei, vom vedea că, de fapt, proporționalitatea există în reacția acesteia.

Este o proporționalitate abstractă, în primă fază, care se justifică prin circumstanțele speciale care provoacă reacții diferite ale indivizilor. Exigența proporționalității este necesară și când actul este o ofensivă, și nu doar o apărare. Pe de o parte, dacă un agent nu respectă o comandă a unei autorități legitime și comite un exces de acțiune, fapta sa nu va fi justificată de legea penală,[1111] pe de altă parte, articolul 73 al Codului de procedură penală francez autorizează orice persoană fizică să rețină autorul unei crime sau al unui delict flagrant pedepsit printr-o pedeapsă cu închisoare, pentru a-l conduce în fața secției poliției judiciare

[1109] Curtea de Casație, Secția penală.30 aprilie 1996, Bul.jurisp.pen. 1996 nr.178, disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr, consultată la 25.02.2016

[1110] E. Garcon, *Code pénal annoté*: Rec. gen.Lois et arrêts 1901-1906, t.1, art.328, p.816, nr.38

[1111] Curtea de Casație, Secția penală. 19 oct.1994; Dr. pen. 1995, com. 37, obs. M. Veron disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr, consultată la 25.02.2016

cea mai apropiată. Aşadar, în articolul 73 al Codului de procedură penală francez regăsim incidența unui exemplu de autorizare a legii. Curtea de Casație franceză a decis că: „dacă, conform acestui text, orice persoană are dreptul să rețină autorul prezumat al unei infracțiuni flagrante și să îl conducă în fața ofițerului de poliție cel mai apropiat, utilizarea de forță, în acest scop, trebuie să fie necesară și proporțională condițiilor arestării”[1112]

Exigența proporționalității împiedică de asemenea apărarea propriu-zisă să se transforme în răzbunare. La articolul 122-5 și la articolul 122-7 din Codul penal francez se prevede că judecătorul este obligat de legea penală să compare „mijloacele de apărare folosite și gravitatea atingerii”, precum și articolul 19 și articolul 20 al Codului penal român care prevăd ca legitima apărare și starea de necesitate să respecte proporționalitatea apărării cu gravitatea atacului, sau consecințele faptei să nu fie mai grave decât cele care ar fi putut fi generate dacă pericolul nu ar fi fost evitat.

În aceeași măsură, judecătorul ia în considerare mijloacele folosite în mod spontan când verifică dacă un act este justificat prin autorizarea legii. Judecătorul verifică momentul când este efectuat actul ce face obiectul urmăririi, și dacă acest act este proporțional cu ceea ce impunea legea, sau necesitatea, indiferent de urmările ei identificate în mod necesar *a posteriori.*[1113] De exemplu, dacă pentru imobilizarea delincventului, victima unei tentative de viol l-a rănit prin împușcare în timp ce fugea ca să scape, este just că situația determină condamnarea sa pentru violență cu arme[1114]. *Per a contrario*, în caz de agresiune pur și simplu probabilă,[1115] faptul justificativ a fost admis în beneficiul agentului forței publice care surprinzând pe timpul nopții doi indivizi săvârșind o tentativă de viol și fiind lovit de unul dintre ei în timp ce celălalt, înarmat cu o rangă, a dispărut, se poate teme în orice moment de

[1112] Curtea de Casație, Secția penală. 28 martie 2006, Bul.jurisp.pen.2006, nr.88; D. 2006, p.2721, obs. A.S. Chavent-Leclere ; Rev,Sc.crim 2006, p.601, 2, obs. Y.Mayaud disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr, consultată la 25.02.2016

[1113] M. Lacaze, *La réprobation objective en droit pénal*, în *Travaux de l'ISCJ*, Cujas 2011, t1, p.267 *apud* Emmanuel Dreyer op.cit.p.833

[1114] Curtea de Casaţie, Secţia penală.13 aprilie 2005, *Bul.jurisp.pen*.nr.131 disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr, consultată la 25.02.2016

[1115] Legitima apărare nu poate fi reținută ca agresiune putativă, însă aceasta poate fi reținută în caz de agresiune pur și simplu probabilă – Codul penal, Ediția 2016, Adnotat de Herve Pelletier, LexisNexis, 2016, p.82 5) „Agresiunea putativă și agresiunea probabilă.”

întoarcerea celui din urmă și să se regăsească astfel necesitatea de a se apăra în reacţia sa prin care trage un foc de armă asupra autorului violențelor.[1116]

Aceastea sunt condiții care odată îndeplinite pot genera o dimensiune condițională a legii penale și o pot determina să-și piardă caracterul obligatoriu. Această ipoteză poate sensibiliza de asemenea siguranța juridică care ar fi în joc, dacă puterea de apreciere este lăsată în seama judecătorului. Legea penală nu va mai fi respectată deoarece fiecare va avea posibilitatea de a demonstra că aplicarea sa nu este legitimă în cazul particular.[1117] Dacă ne gândim la echitate în acest context, ne gândim din nou la rolul său corectiv, care presupune că judecătorul nu este complet liber să opereze ponderarea intereselor și să devină judecător al legii și să nu rămână judecător al faptelor. Judecătorul nu trebuie să depășească aceste atribuții, pentru a se preveni un eventual arbitraiu. Exclusiv legea penală este cea care trebuie să prevadă condițiile neutralizării sale, definind condițiile în care conflictul poate fi judecat în interesul persoanei urmărite.[1118]

Însă, în același timp, echitatea este cea care justifică după părerea noastră o analiză concretă în fiecare caz de aplicare a justificării. Luăm în considerare exemplul coautorilor care sunt de fapt două conștiințe umane distincte și pot să răspundă în mod diferit în aceeași ipoteză de agresiune. În consecință, aceste aspecte dau o analiză diferită a celor două comportamente și se poate ajunge chiar în situația de a se considera că unul din cei doi coautori a fost în mod obiectiv justificat, în timp ce celălalt nu a fost justificat. Balanța dintre elementele luate în considerare în mod individual concret și echitabil individualizate este cea care asigură dreptatea în justiţia penală. Însă nu trebuie să se neglijeze aspectul conform căruia legea este cea care are puterea în acest context, iar nu judecătorul.

Conform doctrinei franceze, utilizarea formulei „nu este responsabil penal” în articolele 122-4, 122-5 și 122-7 din Codul penal se dovedește nepotrivită, deoarece aceste cauze justificative produc un efect mai radical. Acestea interzic a se considera că legea este aplicabilă faptelor urmărite. Chiar dacă celelalte condiții ale răspunderii penale sunt îndeplinite, faptele își pierd statutul de infracțiune și autorul acestora nu mai răspunde

[1116] Paris 9 oct 1979; JCP 79, II, 19232, notă Bouzat

[1117] E.Dreyer *op.cit*.p.833

[1118] *Ibidem*

penal.[1119] Nu este vorba despre constatarea unei neîndepliniri a uneia dintre condițiile de atragere a răspunderii penale, ci de absența aplicării sale. Cauzele justificative reprezintă un obstacol în stabilirea răspunderii penale *a posteriori*.[1120]

Necesitatea este o altă limită fundamentală a acestor fapte justificative. Aceasta se evealuează din punct de vedere cantitativ și calitativ. Aceasta presupune că agentul a fost pus în fața alternativei între a comite infracțiunea, sau a suporta evenimentul care l-a provocat. Dacă pericolul este numai posibil, infracțiunea nu este justificată. De asemenea, dacă alte posibilități sunt deschise agentului, mai puțin devastatoare pentru ordinea socială, acesta trebuie să le utilizeze. Necesitatea prevăzută de Convenția europeană impune alegerea unui mijloc care cauzează cel mai redus pericol pentru viața celuilalt[1121]

Este adevărat că legea impune această alegere, dar are ea oare realmente capacitatea de a lua în considerare și de a prevedea exact starea de spirit a agentului în momentul efectiv al faptelor? Evident că nu. Există emoții puternice care intervin în anumite ipoteze și știm că există persoane mai emotive decât altele, care nu își pot controla acțiunile, chiar dacă aceste persoane nu reprezintă un pericol social, ele pot alege o alternativă care se dovedește a nu fi tocmai cea mai adecvată contextului. Este adevărat că legislatorul s-a gândit și a reglementat excesul de reacție prin cauzele atenuante atât în dreptul francez cât și în cel român, dar să nu uităm, chiar și într-un exces de reacționare este angajată răspunderea în forma ei atenuată, aceasta rămâne totuși o răspundere penală.

Aspectele mai sensibile, de sorginte psihologică și socială, sunt cele care ar trebui analizate, pentru a se obține un text de lege mai complex, care, în opinia noastră, ar trebui să ia în considerare mai multe ipoteze de acţiuni/reacţii justificate din legea penală pentru diverse tipuri de comportament uman. Sociologia trebuie să aibă aici un rol esențial. În acest context, echitatea ar putea fi enunțată în legea penală prin intermediul studiilor sociologice care vor fi în măsură să contureze norme ce rezultă într-un anumit context de spațiu și timp și specific acestor factori.

[1119] E. Lepointe, *Justifié, donc irresponsable*: D.1996, chron.p.255 *apud* Emmanuel Dreyer, Droit pénal général, ed. a 3-a, LexisNexis, 2014, p.834

[1120] E. Dreyer, *op.cit*.p.834

[1121] C.E.D.O., Gde ch. 24 martie 2011 *Giuliani și Gaggio împotriva Italiei*, §124, disponibilă pe http://hudoc.echr.coe.int/, consultată la 16.04.2016

De exemplu, dacă analizăm situația conform căreia agentul putea alerta echipele de salvare în loc de a scoate pușca și de a trage focuri de armă„ca măsură de intimidare", ale căror fragmente de plumb au rănit un martor: magistrații au constatat că exista posibilitatea de a alerta serviciile de poliție, deci riposta sa nu a fost imediată, *dreaptă* și adaptată situației,"[1122] putem ajunge la o concluzie distinctă, dacă ne gândim la echitatea și la realitatea evenimentelor. Tocmai pentru că trebuie luat în considerare şi intervalul de timp pe care l-ar presupune reacția autorităților și care, adesea, este îndelungat, poate chiar prea îndelungat. Atunci să ne imaginăm că ne aflăm în situația agentului care „trebuia să alerteze serviciile de poliție" și adăugăm ipotezei, pe care o invocăm ca exemplu, teama sa din momentul respectiv, chiar starea sa de șoc. Reacția sa poate fi justificată. Așadar, unde este echitatea în raționamentul judecătorilor care se grăbesc să concluzioneze că exista în momentul respectiv posibilitatea de a alerta serviciile de poliție. Cu siguranță exista această posibilitate, dar era oare realmente fezabilă prin prisma celui vizat direct? Poate că reacția sa a fost cea corectă în fața unei agresiune nedrepte. Tot prin aceeași logică de idei putem argumenta un furt de mâncare, care nu este văzut ca fiind justificat dacă este vorba numai de a ameliora din punct de vedere nutritiv hrana copiilor."[1123]

Din necesitatea actului justificat se poate deduce că cel care este ţinta agresiunii nu este obligat să aştepte să-i fie dată prima lovitură, pentru a se apăra. În acest caz apărarea sa riscă să fie tardivă şi îl poate costa chiar viața. Trebuie deci să se pună realmente în balanță circumstanțele concrete. Explicația pentru exigența pericolului actual este suficientă pentru a justifica necesitatea faptelor în dreptul penal român. Doctrina franceză susține aceeași logică, deoarece nu contează în materie de legitimă apărare de exemplu că nu s-a putut observa încă nici o atingere adusă agentului, de fapt nu se compară riscul la care a fost expus cu paguba pe care a cauzat-o el însuși. Se iau în considerare mijloacele pe care le-a folosit pentru a atinge obiectivul stabilit de lege, cel de a se apăra împotriva unei agresiuni. Dacă aceste mijloace sunt adecvate și sunt utilizate în timp util, folosirea lor este în mod obligatoriu și echitabil

[1122] Curtea de Casație, Secția penală.9 dec.1992, Drepr penal 1993, com 104, obs. M. Veron, disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr, consultată la 25.02.2016

[1123] C.A. Poitiers cam.corec. 11 apr 1997, JCP G 1997, II, 22933, nota A.Olive, aussi F.Debove, *La faim ne justifie pas les moyens*: Dr. Pen. 1998, studiul 4 p.4 *apud* E. Dreyer, op.cit.p.823

legitimă.[1124]Deci „trebuie să se considere ca actual nu numai atactul realizat și consumat, ci și atacul iminent.”[1125]

Caracterul personal al actului a fost adăugat de jurisprudența franceză conform căreia: „conceptul de necesitate, care își găsește originile și justificarea în starea de primejdie prezentă nu poate decât să îmbrace un caracter pur personal,”[1126] beneficiarul actului nu poate fi incert. *Per a contrario*, starea de necesitate a fost refuzată unităților de ocupanți ilegali ce investesc în imobile pentru a le pune la dispoziția celor fără adăpost:„dacă starea de necesitate care își găsește fundamentul în principiul dreptului superior la existență poate scuza o acțiune individuală, nu poate justifica acțiunea colectivă, stabilită, organizată, a unei asociații care consideră că îi poate ajuta prin mijloace ilegale pe unii dintre cei care suferă de o situație de care suferă mai multe sute de mii de cetățeni și care a creat o stare de necesitate generalizată care nu se poate remedia, în aceeași stare a amplorii sale, aproape anarhică, decât prin intervenția dreptului pozitiv.”[1127]

Necesitatea unui comportament poate fi recunoscută și deci caracterul său infracțional poate fi înlăturat în două ipoteze legale: când corespunde legitimei apărări, sau când pare necesar pentru a reacționa la un eveniment determinat. Acestea sunt circumstanțe diferite, dar justificarea va rămâne întotdeauna sensibilă, deoarece depinde de specificul fiecărui individ în parte și de fiecare caz în mod individual.

Vom continua analiza diferitelor tipuri de cauze justificative și legătura lor cu conceptul de echitate în dreptul penal. La fel, cauzele justificative diferă în funcţie de categoria căreia îi aparţin, ele fiind legale **(Secțiunea 1)**, sau jurisprudențiale, acestea din urmă fiind specifice dreptului penal francez **(Secțiunea 2)**.

[1124] E. Dreyer *op.cit*.p.824; ipoteza este aceeași în dreptul penal român

[1125] E. Garcon, Code penal annote: Rec.gen.Lois et arrest 1901-1906, t.1, art.328, p.818, nr.63 *apud* E. Dreyer, Droit pénal général, ed. a 3-a LexisNexis 2014, p.823

[1126] Curtea de Apel, Angers, 11 iulie 1957: D. 1958 jurispr. p.357, nota P.Bouzat

[1127] Curtea de Apel, Angers 16 aprilie 1958 D.1958, jurispr. P.647

Secţiune 1. Echitatea şi cauzele justificative legale

A.Echitatea şi cauzele justificative legale în dreptul penal român

În prezent, în cuprinsul Codului penal român actual, există o instituţie nouă, reglementată în art.18 Cod penal, anume instituţia *cauzei justificative*. În vechiul Cod penal român, existau două cauze justificative, care se regăsesc şi în legea penală din prezent: legitima apărare şi starea de necesitate. Ele erau calificate de Codul anterior ca fiind *cauze care înlăturau caracterul penal al faptei*. Revenind la reglementarea actuală, alături de acestea, apar şi exercitarea unui drept, sau îndeplinirea unei obligaţii şi consimţământul persoanei vătămate.

Capitolul II al Codului penal român enumeră cauzele justificative generale, care operează în toate cazurile, însă există şi cauze justificative speciale, incidente numai în anumite ipoteze, prevăzute de lege. Un astfel de exemplu, este proba veritătii[1128], care se regăsea în cuprinsul art.207 Cod penal român, ea nu mai există în prezent şi altele care continuă să fie reglementate şi în actualul Cod penal, cum ar fi cea prevăzută în art. 201 alin. 6: avortul terapeutic. Articolul 18 al Codului penal se aplică atât în ceea ce priveşte cauzele justificative generale, cât şi cauzele justificative speciale şi indiferent dacă sunt reglementate în Codul penal sau în legi speciale.

Un aspect echitabil este acela care face referire la sancţiunile civile, în cazul cărora s-a precizat că prezenţa cauzelor justificative sau absenţa antijuridicităţii nu este un impediment absolut în calea impunerii unor obligaţii civile. În acest sens, s-a exemplificat cu obligaţia de

[1128] Cauză care există încă în dreptul penal francez şi pe care o vom analiza ulterior, în secţiunea dedicată dreptului francez, întrucât aceasta prezintă anumite particularităţi demne de a fi analizate în contextul echităţii cauzelor justificative. În Codul penal român anterior exista cauza justificativă specială de înlăturare a răspunderii penale pentru infractiunile contra demnitatii, fiind prevăzută în articolele 205 si 206 Cod Penal. Similar cu situaţia din dreptul penal francez, din conţinutul juridic al infracţiunilor de insultă şi calomnie, rezulta că atingerea adusă unei persoane prin cuvinte, sau afirmarea sau imputarea în public a unor fapte determinate, care dacă ar fi fost adevarate ar fi expus acea persoana la o sancţiune administrativă, sau disciplinară, constituiau fapte penale, indiferent de împrejurarea dacă cele afirmate erau, sau nu, reale. Persoana care savarsea insulta sau calomnia era în măsură să prevadă că acţiunea sa va expune subiectul pasiv al infracţiunii, consecinţelor prevăzute de textele de incriminare- vinovăţie sub forma intenţiei directe ,totusi mobilul acţiunii -încercarea de a apăra un *interes legitim*, constituia o negare a existenţei infracţiunilor respective. Această cauză justificativă beneficia de o aplicaţie restrânsă, la infractiunea de insultă şi de calomnie şi presupunea două cerinţe: existenţa scopului apărării unui interes legitim, iar faptele care constituiau obiectul afirmaţiilor sau imputărilor făcute în scopul apărării unui interes legitim, să fi fost adevărate.

a repara prejudiciul cauzat victimei în stare de necesitate, obligaţie întemeiată pe raţiuni de *echitate,* fără caracter sancţionator.[1129]

A.a) Legitima apărare şi elementele de echitate

În ceea ce priveşte legitima apărare în Codul penal român, această cauză justificativă este reglementată în cuprinsul art.19, în principiu este similară cu vechea reglementare, însă, datorită art.18 alin. (2) care prevede şi efectele cauzelor justificative generale, ea are efecte *in rem,* iar nu *in personam,*precum era prevăzut în vechiul Cod penal român în art.44 al Codului penal din 1968.

Considerăm că se ridică problema existenţei echităţii în caracteristica ce vizează caracterul pericolului social specific legitimei apărări. Astfel, dacă în vechea reglementare era prevăzut că: "Este în stare de legitimă apărare acela care săvârşeşte fapta pentru a înlătura un atac material, direct, imediat şi injust, îndreptat împotriva sa, a altuia sau împotriva unui interes obştesc, şi care pune *în pericol grav* persoana sau drepturile celui atacat ori interesul obştesc."în alin. (2) al art.44, în actuala reglementare, condiţia pericolului grav, este inexistentă, art.19 alin.(2) prevede că: "Este în legitimă apărare persoana care săvârşeşte fapta pentru a înlătura un atac material, direct, imediat şi injust, care pune în pericol persoana sa, a altuia, drepturile acestora sau un interes general, *dacă apărarea este proporţională cu gravitatea atacului.*" Aşadar, nu se mai pune problema justificării prin prisma unui pericol grav, ci prin prisma unei *apărări proporţionale cu gravitatea atacului*. Legea se apropie mai mult de persoana şi de situaţia concretă a celui care va beneficia de această cauză justificativă, simplifică asfel condiţia pericolului, care nu mai trebuie să fie de o gravitate sporită şi reduce condiţia incidenţei legitimei apărări la *o apărare proporţională cu un pericol, indiferent de gradul său de gravitate*, fie el şi unul scăzut. Aşadar, în noile prevederi legale, raportul dintre gravitatea pericolului generat de atac şi acţiunile întreprinse pentru înlăturarea atacului, vor fi analizate în lumina *proporţionalităţii dintre atac şi apărare*.

Se extinde sfera de aplicare a legitimei apărări, motiv pentru care actualul Cod este şi o lege penală mai favorabilă şi mai echitabilă. Analiza se va efectua asupra îndeplinirii condiţiei proporţionalităţii. Este luată, astfel, în considerare de către legiuitor în

[1129] F.Streteanu, *Tratat de drept penal*, op. cit. 2008, p. 476

reglementarea legitimei apărări, condiţia existenţei unui echilibru între acţiune şi reacţiune, pe care o considerăm mai echitabilă deoarece vizează în mod concret ipoteza cea mai apropiată de adevăr, restrângerea la un pericol grav a efectelor legitimei apărări nu viza toate ipotezele posibile, astfel că un individ deşi acţiona justificat, dacă el aprecia greşit intensitatea pericolului, răspundea penal, cu atât mai mult cu cât evaluarea gravităţii pericolului nu poate fi efectuată obiectiv de către un individ pus în situaţia premisă a legitimei apărări, datorită emoţiilor puternice care se pot răsfrânge în astfel de situaţii în psihicul agenţilor. Cu toate acestea, situaţia ca valorile să se afle în pericol este analizată judiciar, şi tot judiciar va fi analizată, în concret şi această proporţionalitate a reacţiei cu pericolul efectiv existent, ea stabilindu-se luându-se în considerare urmarea probabilă a atacului şi urmarea efectiv produsă prin apărare, cu analizarea tuturor elementelor care caracterizează fapta comisă, precum: mijloace folosite, valorile sociale aflate în conflict, raportul de forţe între atacator şi atacat, ş.a.m.d.[1130]

Dacă legea penală română din 1864 nu prevedea termenul de pericol, faptul că atacul era actual, injust şi material erau conditii *sine qua non* şi suficiente pentru a se reţine legitima apărare, iar Codul penal de la 1936 a continuat această perspectivă, Codul penal de la 1968 a schimbat aceste aspecte, restrângând nejustificat, sfera de incidenţă a legitimei apărări. Nu se admitea ca justificare a ripostei, decât un pericol grav pentru valorile ocrotite. În acest sens, într-o ediţie a vechiului Cod penal comentat şi adnotat din 1972 se specifică faptul că „numai existenţa unui pericol grav justifică reacţiunea făptuitorului, căci numai în acest caz se poate considera că nu a avut posibilitatea să-şi dirijeze singur voinţa, fiind nevoit să acţioneze sub presiunea pe care o provocase pericolul.”[1131]Totodată, câteva fragmente mai jos, în acelaşi comentariu al doctrinei, se face referire la proporţionalitatea reacţiei şi se punctează că:”legitima apărare implică ideea de reacţiune necesară contra unei agresiuni nejuste (...) Pentru salvarea bunurilor protejate de lege, periclitate prin activitatea celui ce exercită atacul, este necesar să se reacţioneze, fiindcă o agresiune poate fi în mod normal zădărnicită printr-o apărare corespunzătoare naturii şi intensităţii atacului. Cum însă pericolul poate fi mai grav, sau mai puţin grav*, legea cere ca reacţia să fie proporţională cu pericolul creat*, adică să existe o oarecare echivalenţă între fapta săvârşită în apărare şi atacul care a condus la

[1130] F. Streteanu, *Drept penal. Parte generală*, 2014 op.cit. p.370

[1131] Gheorghe Dărîngă în *Codul penal al Republicii Socialiste România, comentat şi adnotat. Parte generală*, Ed. Ştiinţifică, Bucureşti, 1972, p.333

necesitatea unei apărări. Reacţia trebuie să se mărginească la ceea ce este necesar pentru înlăturarea atacului."[1132] Interpretare care, în opinia noastră, excludea, sau cel puţin contrazicea deja condiţia *sine qua non* a *gravităţii* atacului şi prevedea o interpretare echitabilă, în sensul proporţionalităţii pe care o conţine legea penală actuală.

Tot în cadrul legitimei apărări, un al doilea aspect pe care considerăm necesar să îl subliniem, prin prisma echităţii, este situaţia atacului provenit de la un iresponsabil. O parte a doctrinei face diferenţa între situaţia în care cel care este atacat este conştient de iresponsabilitatea atacatorului şi atunci nu va putea fi invocată legitima apărare, ci eventual starea de necesitate, iar doar în cazul în care cel atacat nu cunoaşte iresponsabilitatea atacatorului, operează legitima apărare.[1133] Temeiul este acela că iresponsabilul nu efectuează un atac injust deoarece acesta nu cunoaşte conceptul de just şi injust, el neputând face diferenţa între cele două[1134]. Din punctul nostru de vedere, nu se pune problema din perspectiva celui care atacă şi care oricum este iresponsabil el neavând reprezentarea faptelor sale, evident, ci problema se pune din punctul de vedere al celui atacat, care poate face diferenţa între un atac just şi unul injust. Despre cel din urmă este vorba, iar tratamentul echitabil care justifică beneficierea de cauza *in rem* a legitimei apărări trebuie să i se aplice celui care are discernământul faptei sale, cel iresponsabil fiind deja protejat de legea penală prin neimputabilitatea faptei sale. "Legea nu cere ca atacul să fie imputabil, ci doar injust iar absenţa imputabilităţii nu înlătură aptitudinea atacului de a legitima o apărare."[1135] Aceasta din urmă este şi opinia preponderentă din doctrina franceză[1136]. Împărtăşim punctul de vedere distinct, conform căruia există legitimă apărare indiferent dacă se cunoaşte, sau nu iresponsabilitatea autorului atacului, eventuala cunoaştere a stării de iresponsabilitate a atacatorului trebuind analizată prin prisma proporţionalităţii prin analizarea posibilităţilor efective de care dispunea cel atacat în momentul atacului.[1137] Aşadar, incidenţa cauzei

[1132] *Idem*, p.334

[1133] C. Bulai, *Drept penal român*, op.cit, 1992, p.244, G. Antoniu (coord.), *Noul Cod penal vol.I*, op.cit.2006, pp.228-229

[1134] A se vedea V. Paşca, op.cit. p.204

[1135] F. Streteanu, *Drept penal. Parte Generală*, op.cit. p.360

[1136] J. Pradel, *Droit pénal général*, op.cit.p.312

[1137] F. Streteanu, op.cit. p.360

justificative se raportează la cel atacat, iar nu la iresponsabilul care atacă, abordare pe care o considerăm mai echitabilă.

A.b) Starea de necesitate şi echitatea

În privinţa *stării de necesitate*[1138], ea fiind prevăzută în art.20 al Codului penal român, reglementarea este aproape identică cu cea din Codul penal din 1968, însă, spre deosebire de acesta din urmă, în noua reglementare, ea este prevăzută ca având efecte *in rem*, efectele ei se întind şi asupra participanţilor, caracterul de cauză justificativă a înlocuit astfel pe cel care îi conferea caracter de cauză care înlătura vinovăţia. În literatura de specialitate ea este definită ca "o coliziune între just şi injust," [1139] deoarece nu presupune un conflict ca în cazul legitimei apărări, unde este apărat un drept de un atac injust, ceea ce presupune ca, în cazul stării de necesitate, acţiunea de salvare să fie singura modalitate prin care se poate evita pericolul.

Acţiunea de salvare trebuie să fie singura posibilitate de înlăturare a atacului, astfel că această acţiune de salvare nu trebuie să producă o urmare vădit mai gravă decât aceea pe care ar fi produs-o pericolul. Este vorba despre cerinţa proporţionalităţii, care există şi în cazul stării de necesitate, cerinţă pe care noi o considerăm ca fiind o componentă care face ca justificarea faptei să fie echitabilă. Proporţionalitatea în cazul stării de necesitate priveşte raportul dintre prejudiciul cauzat prin acţiunea de salvare şi prejudiciul care s-ar fi produs în cazul în care perisolul nu ar fi fost înlăturat.

Deşi proporţionalitatea prejudiciilor se apreciază în concret în funcţie de particularităţile situaţiei, ea este mai dificil de analizat atunci când este vorba despre viaţa unor persoane care este pusă în pericol, în aceste cazuri se au în vedere raporturile dintre salvat şi salvator,[1140] de asemenea nu se poate generaliza regula conform căreia făptuitorul ar trebui să ia în considerare posibilitatea salvării unui interes general, în detrimentul interesului

[1138] În dreptul francez, starea de necesitate nu a fost la origini prevăzută de legea penală franceză cu titul de cauză justificativă generală, aceasta fiind un veritabil fapt justificativ de sorginte jurisprudenţială, fiind asimilată, multă vreme, constrângerii morale, ulterior, jurisprudenţa i-a găsit un alt fundament: absenţa intenţiei infracţionale, iar mai apoi a devenit instituţie autonomă.

[1139] F. Streteanu, *Tratat de drept penal*, op.cit.p.507

[1140] V. Paşca, op.cit.p.211

său particular, fiind de asemenea necesară o analiză în echitate, concretă, prin care se vor evalua împrejurările şi valorile efectiv implicate.

Deşi echitatea ar justifica pe pe deplin elaborarea unor principii conform cărora valorile patrimoniale, atunci când sunt puse în balanţă, în situaţia stării de necesitate, cu valori legate de persoana umană, cele dintâi vor fi întotdeauna sacrificate pentru salvgardarea celor din urmă, nu se poate exclude ipoteza existenţei unor cazuri excepţionale în care s-ar justifica o atingere a integrităţii corporale pentru salvarea unui bun important, în doctrină se invocă exemplul unui incendiu, în care vecinii acţionând în stare de necesitate, ajută la stingerea focului, iar pentru a trece găleţile cu apă, împing curioşii adunaţi la faţa locului care le încetineau drumul către flăcări şi îi blocau.[1141]

Oricât ar părea de absurd, tot echitatea este cea care justifică sacrificarea unei vieţi pentru salvarea altei vieţi, sau a mai multor vieţi, dacă, în absenţa acţiunii de salvare prin care se pierde acea viaţă, ar fi decedat toate persoanele implicate.[1142]În fapt se consideră ca importantă ideea conform căreia: un rău mai mic pentru a se evita un rău mai mare, ori dacă situaţiile sunt de o asemenea particularitate încât nu se ivesc alte opţiuni, echitatabil va fi ca faptele să fie justificate.

Doctrina a conceput, ca limită a proporţionalităţii cerute pentru starea de necesitate, respectarea *principiului constituţional al demnităţii umane* prevăzut în articolul 1 alin (3) al Constituţiei.[1143] Dacă în principiu, o viaţă salvată este mai importantă decât o integritate fizică sacrificată, însă cu toate acestea, nu îi este aplicabilă cauza justificativă a stării de necesitate unui medic, care prelevează un rinichi al unui pacient, atunci când nu are consimţământul acestuia, pentru a-l folosi într-un transplant ce reprezintă singura şansă de salvare a unei vieţi.[1144] Principiul demnităţii umane împiedică, aşadar, recoltarea fără consimţământ a organului şi va determina inexistenţa condiţiei proporţionalităţii pentru medicul care procedează totuşi la prelevarea organului pentru a salva o viaţă, din motive ce

[1141] F. Streteanu*, Drept penal.Parte generală*. op.cit.p.386

[1142] Pentru dezvoltări: F. Streteanu, op.cit.p.387

[1143]conform căruia: „România este stat de drept, democratic şi social, în care demnitatea omului, drepturile şi libertăţile cetăţenilor, libera dezvoltare a personalităţii umane, dreptatea şi pluralismul politic reprezintă valori supreme, în spiritul tradiţiilor democratice ale poporului român şi idealurilor Revoluţiei din decembrie 1989, şi sunt garantate."

[1144] *Ibidem*

ţin de ce ar fi moral în acea situaţie. Moral ar fi ca aceste situaţii excepţionale să fie justificate, echitabil este, însă, ca ele să nu intre sub incidenţa unei cauze justificative, ca starea de necesitate, deoarece o asemenea nesocotire a lipsei consimţământului unui individ *încalcă demnitatea umană*. În această ipoteză întâlnim un conflict aparent între ceea ce este echitabil și ceea ce este moral.

Cu atât mai mult, se complică ipoteza dată dacă acţiunea de salvare s-ar efectua în interes propriu. În această situaţie se susţine că principiul respectării demnităţii umane ar putea guverna pe deplin decizia numai în situaţiile în care un individ ajunge să arbitreze un conflict între valori sociale, care îi sunt străine şi că este iluzoriu a pretinde ca acest principiu să îşi producă efecte atunci când este vorba despre salvarea propriei vieţi. Ar fi vorba despre acte de sacrificiu, iar omul de rând nu este mereu dispus la astfel de acte, natura fiinţei umane este egoistă. S-ar ajunge la o situaţie pe care nu ar valida-o aproape niciun individ din societate, deşi ea este cea mai morală în contextul dat, deoarece ce poate fi mai nobil decât sacrificarea propriei persoane pentru aproape? Încă o situaţie în care echitatea nu se împacă cu ceea ce este moral, cu atât mai mult cu cât există un conflict între două valori identice: viaţa indivizilor, însă în contextul "luptei pentru supravieţuire,"în această situație legea penală justifică prin starea de necesitate, egoismul de a-şi salva propria viaţă, sacrificând-o pe cea a aproapelui. Există însă o excepţie de la această din urmă ipoteză. Ea nu este prevăzută expres în Codul penal român actual, deşi în cuprinsul Codului penal român din 1937 era prevăzută în cuprinsul art.131, dar este recunoscută actualmente de doctrină.[1145] Este vorba despre profesiile care presupun obligaţia implicită de a înfrunta riscuri specifice realizării lor. Spre exemplu există obligaţia de sacrificiu de sine care exclude starea de necesitate în cazul pompierului care îşi sacrfică viaţa pentru a salva din flărăci o persoană. Chiar şi în această ipoteză, existând limite, sarificiul nu trebuie să fie inutil, sau vădit disproporţionat, astfel că pompierul nu este obligat să îşi sacrifice viaţa pentru salvarea unui bun din flăcări.[1146]

Regăsim elemente echitabile şi în ceea ce priveşte incidenţa răspunderii civile în cazul stării de necesitate. Astfel, dacă în cazul legitimei apărări, prejudiciul este produs în dauna celui care atacă, astfel că răspunderea civilă nu se va aplica, deoarece s-a reacţionat proporţional la o faptă antijuridică, în cazul stării de necesitate, prejudiciul este provocat în

[1145] C. Mitrache, C.Mitrache, op,cit.p153, V.Paşca, op.cit.p.153, C. Bulai, B. Bulai, op.cit.p.253

[1146] F. Streteanu, op.cit.p.390

detrimentul unui individ care, de cele mai multe ori, nu are o legătură cu pericolul creat. De aceea este echitabilă repararea prejudiciilor provocate în urma stării de necesitate asigurată prin prevederile art.1361 din Codul civil, care prevede că: „cel care, aflat în stare de necesitate, a distrus sau a deteriorat bunurile altuia pentru a se apăra pe sine ori bunurile proprii de un prejudiciu sau pericol iminent este obligat să repare prejudiciul cauzat, potrivit regulilor aplicabile îmbogăţirii fără justă cauză."

Deşi considerăm echitabil, mai ales din perspectiva victimei, sau părții civile, faptul că există un corespondent în legea civilă, prin care prejudiciile efective să poată fi reparate, prevederea legală este lacunară, deoarece nu se specifică ce se întâmplă în cazul în care se salvează în locul valorii patrimoniale, o valoare nepatrimonială, spre exemplu, viaţa, sau integritatea fizică, în aceste cazuri, fiind imposibil de cuantificat îmbogăţirea fără justă cauză a titularului acestor valori, aşadar dispoziţiile art.1361-1362 din Codul civil nu oferă o soluție şi în aceste ipoteze.[1147]

A.c) Echitatea din exercitarea unui drept sau îndeplinirea unei obligaţii

O altă cauză justificativă reglementată de legea penală română este *exercitarea unui drept, sau îndeplinirea unei obligaţii.*[1148] Expunerea de motive a actualului Cod penal român specifică faptul că această cauză justificativă este o reluare a cauzei denumite *ordinul legii şi comanda autorităţii legitime* din Codul penal român de la 1936.[1149] În vechiul Cod penal din 1968 nu a existat această cauză justificativă, considerându-se că o reglementare în acest sens ar fi redundantă,[1150] reglementarea actuală cuprinde formularea expresă a acestei cauze, fiind mai favorabilă din punctul de vedere al clarităţii şi preciziei legii penale.[1151]

[1147] Pentru o opinie similară, a se vedea F. Streteanu, *Drept penal. Parte generală*, op.cit.p.391

[1148] În dreptul francez, este prevăzută în art.122-4 şi vizează actele prevăzute, sau autorizate de lege, sau de regulament (o simplă toleranţă administrativă nefiind valabilă ca o cauză justificativă în acest sens- a se vedea în acest sens *Cass.crim. 28 oct.1986, Bull crim.nr.311*), precum şi ordinul autorităţii legitime, cu excepţia cazului când acesta este vădit ilegal.

[1149] I.Nedelcu în G. Bodoroncea, V. Cioclei (coord.) *Codul penal.Comentarii pe articole*, op.cit.p.82

[1150] I.Nedelcu în G. Bodoroncea, V. Cioclei (coord.) *Codul penal.Comentarii pe articole*, p.82

[1151] Potrivit art.21 Cod penal român: „este justificată fapta prevăzută de legea penală constând în exercitarea unui drept recunoscut de lege sau în îndeplinirea unei obligaţii impuse de lege, cu respectarea condiţiilor şi limitelor prevăzute de aceasta. Este de asemenea justificată fapta prevăzută de legea penală constând în îndeplinirea unei obligaţii impusă de autoritatea competentă, în forma prevăzută de lege, dacă aceasta nu este în mod vădit ilegală."

Incidenţa acestei cauze justificative se evaluează cu privire la exercitarea unui drept recunoscut de lege, sensul cuvântului "lege" vizează o dispoziţie legală fie ea penală, sau nepenală, organică, sau ordinară în măsură să justifice un caracter licit al unui act prin care de fapt sunt afectate valori sociale pe care legea penală le ocroteşte. Conform doctrinei, hotărârile Guvernului, regulamentele, instrucţiunile şi alte acte asemănătoare pot fi date doar în executarea legii, ele neputând deci justifica o faptă penală, ele nu pot impune, sau autoriza conduite ce constituie infracţiuni conform legii penale.[1152]Echitabil este ca doar cel care incriminează o faptă, să prevadă expres justificări pentru fapta respectivă. „Norma care justifică trebuie să aibă aceeaşi forţă cu norma care incriminează."[1153]

În ceea ce priveşte exercitarea unui drept, în literatura de specialitate română există opinii conform cărora, sunt cauze justificative drepturi ca: cele parentale: *ius corrigendi,*[1154] autorizarea oficială[1155]şi exercitarea unor drepturi constituționale exemplu: libertatea presei prin asigurarea libertăţii de expresie, sau exercitarea unor drepturi ale creditorului, precum dreptul de retenţie recunoscut de art.2495 alin. (1) Cod civil, acest drept constituind o cauză justificativă pentru abuzul de încredere prevăzut în art.238 Cod penal, comis prin refuzul de restituire.[1156]

[1152] V. Paşca op.cit.p.213, opinia doctrinei române (G. Antoniu coord. Noul Cod penal, vol I, op.cit.p.263; I.Nedelcu în G. Bodoroncea, V. Cioclei (coord.) *Codul penal.Comentarii pe articole*,op.cit.p.83) susţine că interpretarea noţiunii de lege se face *lato sensu*, astfel şi hotărârea de Guvern intră în acest cadru dacă a fost emisă *petru specificarea condiţiilor aplicării unor legi*. Legea penală franceză în art.122-4 Cod penal francez face referire concretă la regulament, recunoaşterea caracterului normativ al actelor normative inferioare legii penale, ca regulamentele, fiind însă supusă unor condiţii: limitarea prevederilor respective la domeniul pe care îl vizează, să nu fie contrare unor norme care le sunt superioare, o practică administrativă nu are această valoare, ea trebuie să aibă rol consacrat de regulă de drept, nu în ultimul rând, să fie reglementate de o autoritate publică.

[1153] În dreptul francez este recunoscut ca având rol de lege, şi un *regulament al jandarmeriei* cu condiţia ca judecătorul să constate că jandarmul a fost autorizat să folosească arma prin regulamentul respectiv şi să verifice temeinic dacă folosirea efectivă a armei a fost necesară în situaţia dată – a se vedea în acest sens Cass crim 18 februarie 2003, Bull crim.nr.41; de asemenea, vom vedea că în dreptul francez exercitarea constantă şi recunoscută la nivel general a unor cutume-tradiţii este de asemenea luată în considerare ca o cauză justificativă în sensul exercitării unui drept recunoscut de lege

[1154] F. Streteanu, *Drept penal.Parte generală*, op.cit.p.394

[1155] fiind cauză justificativă numai în cazul în care absența acesteia nu reprezintă element constitutiv al infracțiunii: deținerea sau portul fără drept de arme neletale din categoria celor supus autorizării -art. 342 alin. (2) Cod penal; autorizarea reținerii corespondenței unui deținut (art. 45 alin. 2 din Legea nr. 275/2006)

[1156] F. Streteanu, *Drept penal.Parte generală*, op.cit.p.394

Ius corrigendi al părinţilor există în prezent, ca o cauză justificativă dacă nu implică acte de violenţă fizică ale părinţilor asupra copiilor lor, acte care nu aduc atingere demnităţii minorului şi nu sunt susceptibile de a influenţa negativ creşterea şi dezvoltarea acestora. De asemenea, în lumina reglementărilor actuale, dreptul părinţilor va putea fi chiar delegat de către aceştia în favoarea unor persoane ca educatorii, dar nu poate fi exercitat de persoane străine. În trecut era considerat că dreptul părinţilor de a aplica mici corecţii copiilor era, în mod tradiţional, susceptibil de a justifica unele fapte precum lovirile şi alte violenţe, ameninţarea, sau lipsirea de libertate.[1157] Această situaţie nu mai subzistă în prezent, pedepsele fizice, cele care se află în legătură cu dezvoltarea fizică a copilului, sau dezvoltarea psihică, sau care pot afecta starea emoţională a copilului,[1158] nu fac parte din *ius corrigendi* ca o cauză justificativă, mai mult, în partea specială, Codul penal prevede o agravare a răspunderii pentru acte de violenţă asupra unui membru al familiei în art.199 Cod penal.

Cu toate acestea, considerăm echitabil ca legiuitorul să nu excludă radical ideea *disciplinării* copilului, mai degrabă ar trebui să se reglementeze condiţii stricte de proporţionalitate a unor astfel de măsuri şi nu în ultimul rând o posibilitate ca acestea să reprezinte totuşi cauze justificative, atunci când nu prezintă caracter grav, ci doar *necesar* pentru o mai bună educaţie, bineînţeles, cu respectarea demnităţii copilului în cauză. Considerăm că s-ar preveni astfel mai eficient şi fenomenul delincvenţei juvenile, care în prezent se accentuează progresiv, iar dacă legea împiedică orice formă de disciplinare în acest sens, nu se ajunge la un rezultat mai bun, ci dimpotrivă. Copilul nu va mai putea face diferenţa între bine şi rău, între just şi injust, corect şi incorect, etc. De fapt toate acestea sunt, deşi nu par, în detrimentul dezvoltării adecvate a copilului.

Cu privire la evaluarea atitudinii subiective a făptuitorului în cazul determinării incidenţei acestei cauze justificative, dacă în ceea ce priveşte ordinul legii,[1159] atunci când fapta penală a fost comisă în stricta îndeplinire a unei obligaţii impuse de lege, se impune o conduită pe care agentul nu o poate controla, limita, sau cenzura, în cazul comenzii autorităţii

[1157] *Ibidem*

[1158] A se vedea Legea nr.272/2004, art.33 alin.(2)

[1159] În opinia profesorului V. Paşca, în art.21 Cod penal coexistă, de fapt, trei cauze justificative: ordinul legii, comanda autorităţii legitime, iar, în cele din urmă, exercitarea unui drept recunoscut de lege. Prin prisma acestei structuri, observaţiile noastre au legătură cu cauza justificativă prevăzută în cuprinsul art.21 Cod penal.

legitime, agentul poate să îşi dea seama de consecinţele conduitei sale viitoare şi de asemenea, în funcţie de analiza pe care ar trebui să o efectueze, el poate cenzura comanda. De aici şi concluzia că o ilegalitate vădită, permite executantului să refuze executarea ordinului, dar este justificată cu toate acestea situaţia în care executantul realizează caracterul ilicit al ordinului, însă dacă acesta nu este vădit ilegal şi agentul execută totuşi acest ordin, ştiind că este ilegal, va beneficia totuşi de cauza justificativă. Considerăm că în această situaţie, legea ar trebui să precizeze că, în măsura în care executantul realizează caracterul ilicit al ordinului, chiar dacă acest caracter nu este vădit ilegal, este obligat să sesizeze ce a constatat şi să nu execute ordinul. Este vorba despre o obligaţie mai mult morală, deoarece a executa un ordin pe care îl conştientizează ca fiind ilegal, deşi acesta nu apare, poate pe moment, ca fiind vădit ilegal, denotă o posibilă încercare de a se prevala de această cauză justificativă, deşi nu este echitabil să o facă, riscul este ca această cauză justificativă să i se aplice şi deci, să nu răspundă penal. Tehnic pare o soluţie corectă în sfera dreptului penal care, conform politicii penale actuale nu mai este cu preponderenţă represiv, însă apreciem că din punct de vedere al dezideratului echității, aplicarea cauzei justificative în această situaţie particulară nu are temei.[1160]

A.d) Consimţământul persoanei vătămate – cauză justificativă legală şi limitele echităţii

Potrivit art.22 al actualului Cod penal român: "este justificată fapta prevăzută de legea penală săvârşită cu consimţământul persoanei vătămate, dacă aceasta putea să dispună în mod legal de valoarea socială lezată sau pusă în pericol. Consimţământul persoanei vătămate nu produce efecte în cazul infracţiunilor contra vieţii, precum şi atunci când legea exclude efectul justificativ al acestuia."

Este vorba despre o instituție[1161] care nu a existat în legislația anterioară penală română. S-a simţit nevoia identificării unor cauze justificative pentru anumite fapte

[1160] Chiar dacă există în Codul civil român, art.1364 care prevede că: „îndeplinirea unei activităţi impuse ori permise de lege sau ordinul superiorului nu îl exonerează de răspundere pe cel care putea să îşi dea seama de caracterul ilicit al faptei sale săvârşite în asemenea împrejurări,"aşadar fapta nu este infracţiune în acest caz, dar poate totuşi atrage răspunderea delictuală civilă a celui care putea să îşi dea seama de caracterul ilicit al faptei, considerăm că legea penală renunţă prea uşor la a clasifica drept infracţiune această atitudine şi lipseşte prea uşor de consecinţe penale o persoană care are o urmă de rea credinţă în executarea faptei. Pentru o opinie contrară a se vedea F. Streteanu *Drept penal. Parte generală.Vol I,* op.cit. p.396 -nota de subpagină nr.3

[1161] În Codul penal francez, consimțământul victimei nu este prevăzut drept o cauză justificativă, ci acesta este văzut ca absență a elementului constitutiv al unei infracţiuni, ca de exemplu în cazul furtului sau violării de domiciliu care există ca infracţiuni doar când nu este incident consimțământul persoanei vătămate. Legiuitorul francez consideră că represiunea penală nu interesează colectivitatea în aceste cazuri, ci este o chestiune ce

consimțite (de exemplu, săvârșite de anumiți profesioniști, ca medicii). Legislația anterioară română a evitat reglementarea acestei cauze justificative în dreptul penal, deoarece se argumenta că nu poate avea incidență generală întrucât represiunea penală are ca scop *satisfacerea interesului general*, iar nu a celui individual[1162]. S-a admis însă, treptat, că, prin consimțământul victimei, sunt justificate actele săvârșite asupra bunurilor, drepturilor de care victima poate dispune în mod absolut.[1163]

Dintre teoriile[1164] care fundamentează această cauză justificativă, considerăm ca cele mai adecvate două: *renunțarea la un drept*, astfel este echitabil ca, dacă însuşi titularul dreptului renunţă la acesta, statul să nu intervină şi deci, să se conformeze alegerii titularului dreptului, cu atât mai mult cu cât este vorba despre un drept de care acesta poate dispune şi *renunțarea la protecția legii*[1165]titularul poate renunţa aşadar la protecţia pe care legea o acordă dreptului său. Aceste teorii sunt strâns legate de noţiunea de *drept de care se poate dispune*, regula fiind aceea conform căreia consimţământul să privească o valoare socială de care titularul să poată dispune. În opinia noastră este vorba despre principala limită a echității în sfera acestei cauze justificative, alături de limita impusă de respectarea principiului demnităţii umane.

În mod just, consimţământul nu poate produce efect justificativ atunci când sunt incidente infracţiuni contra vieţii persoanei, deoarece dreptul la viaţă este un drept fundamental de care individul nu poate dispune, nici măcar în sens strict personal, justifiarea fiind deci exclusă în orice ipoteză. Pe de altă parte, atunci când este vorba despre drepturile patrimoniale, de care persoana poate să dispună,[1166] această cauză justificativă îşi produce efectele. Problema consimţământului victimei devine mai dificil de analizat atunci când sunt incidente drepturi legate de persoana titularului, ele fiind considerate disponibile în principiu,

---

vizează interese individuale, lăsând la latitudinea victimei prerogativa de a urmări infracțiunea prin plângere prealabilă .

[1162] Idee similară cu cea a doctrinei franceze în ceea ce priveşte această instituţie

[1163] I.Nedelcu în G. Bodoroncea, V. Cioclei (coord.) *Codul penal.Comentarii pe articole*, op.cit.p.86

[1164] A se vedea I.Nedelcu în G. Bodoroncea, V. Cioclei (coord.) *Codul penal.Comentarii pe articole*, op.cit.pp.86-87 pentru detalii cu privire la multiplele teorii exprimate.

[1165] V.Dongoroz în I. Tanoviceanu, *Tratat de drept și procedură penală, vol.I, ediținea a doua*, Tip.Curierul Judiciar, 1924, p.961; F. Streteanu, op. cit. p. 527,528

[1166] Cu anumite excepţii, ca de exemplu bunuri din patrimoniul cultural – art.253 alin (2) şi (5) Cod penal

cu condiţa ca un consimţământ dat să nu genereze sacrificarea totală a dreptului în cauză, sau să fie contrară ordinii publice, sau bunurilor moravuri. Sintagma bune moravuri poate fi înlocuită cu echitatea, noi le considerăm ca fiind sinonime parţiale în acest context şi atunci se ajunge la regula conform căreia drepturile intim legate de persoana titularului sunt disponibile, însă cu condiţia ca un consimţământ dat pentru sacrificarea acestora să nu contravină echităţii.

Semantica este simplă şi sugerează că, de fapt, nu ar fi permisă suprimarea absolută a unei valori sociale protejate, chiar dacă ea este intim legată de persoana care şi-ar da consimţământul. Un exemplu în acest sens invocat în doctrină este starea de sclavie, care nu poate fi justificată sub nicio formă de consimţământul victimei, pe când o lipsire de libertate este susceptibilă de a fi justificată de o consimţire a victimei.[1167] În viziunea noastră este vorba despre categoria valorilor sociale protejate, despre signifianţa lor socială şi morală. Cu cât o valoare protejată este mai apropiată de individ şi mai îndepărtată de corolarul valorilor fundamentale, generale, sociale, ea este susceptibilă din punct de vedere echitabil de a fi justificată prin cauze justificative ca cea a consimţământului titularului ei, *per a contrario*, cu cât valoarea are impact general la nivel social asupra ordinii şi bunelor moravuri, ea nu mai este susceptibilă de a fi justificată.

Continuând analiza limitelor pe care noi le considerăm ca fiind impuse de echitate în cadrul acestei cauze justificative legale, o limită suplimentară, este cea a respectării principiului demnităţii umane, la care doctrina[1168] face referire şi în cazul stării de necesitate.

Dacă făceam referire anterior la ordinea şi bunele moravuri, care în măsura în care sunt încălcate, fapta prin care se întâmplă acest lucru nu va fi susceptibilă de a fi justificată, în literatura de specialitate se invocă exemplul infracţiunii traficului de persoane prevăzut în art.210 şi art.211 Cod penal, în care consimţământul victimei nu poate fi cauză justificativă, deoarece individul este transformat în obiect de exploatare, lucru incompatibil cu principiul demnităţii umane. Un alt exemplu este exploatarea în scopuri comerciale a unei persoane care are deficienţe fizice,[1169]sau exemplul existent în Codul penal francez în cuprinsul art.225-14

[1167] F. Streteanu, *Drept penal.Parte generală*. *Vol.I.* op.cit.p.402

[1168] *Idem*, p.404

[1169] A se vedea E. Dreyer, *Les mutations du concept juridique de dignité*, în Revue de la Recherche Juridique. Droit prospectif, nr.1/2005, pp.27-20

care sancţionează supunerea unei persoane a cărei vulnerabilitate este aparentă, sau cunoscută autorului unor condiţii de muncă, sau cazare incompatibile cu demnitatea umană[1170]. Astfel dacă persoana cazată a consimţit la asemenea condiţii, acest lucru nu va avea efect de cauză justificativă, deoarece standardele respectării demnităţii umane nu permit acest lucru.[1171]

În opinia noastră s-ar justifica reglementarea propriu-zisă a acestui principiu *ca limită a cauzelor justificative* din art.20 şi art.22, el nefiind menţionat expres în textele de lege, ci doar interpretat de o parte a doctrinei, în mod corect, ca fiind o limită a acestora. Legiuitorul ar putea găsi o fundamentare a acestei limite în chiar echitatea dreptului penal substanţial, care înglobează şi justifică, în acelaşi timp, principii fundamentale, printre care şi acest principiu constituţional al respectării demnităţii umane. Foarte important de subliniat este faptul că facem referire la respectul demnităţii umane ca limită impusă de echitate în calea reţinerii cauzelor justificative, iar nu ca, spre exemplu, un drept al unui pacient în fază terminală a unei boli incurabile de a muri în demnitate, care ar putea deschide prilejul unei interpretări în favoarea eutanasiei pasive, legea prevede în acest context dreptul pacientului la îngrijiri pentru a putea deceda în demnitate, iar nu refuzul acordării îngrijirilor şi tratarea inumană a celui în cauză având la bază argumentul că decesul este iminent.[1172]

B.Echitatea şi cauzele justificative legale în dreptul penal francez

În prezent, Codul penal francez admite **B.a)** patru cauze generale care sunt comportamente justificate, acte de executare, dintr-o lege care impune, sau care permite, și acte de protecție, vizate de lege în anumite circumstanțe, în al căror conținut vom căuta echitatea și rolul său. Există de fapt autorizarea directă și indirectă a legii penale pentru astfel de acte.

[1170] Pentru o exemplificare similară a se vedea F. Streteanu, op.cit.p.404

[1171] A se vedea în acest sens ca exemplu de jurisprudenţă: *Cass crim. Decizia din 11 februarie 1998*, Bull.crim.nr.53; Dr. Pénal 1998, comm.64, 65, obs. M.Véron

[1172] I.F. Popa, L.M. Harosa, *Discuţii în legătură cu Legea nr.46/2003 privind drepturile pacientului*, Dreptul nr.8/2003, pp.14-16

De asemenea, Legea din 29 iulie 1881[1173] prevede mai multe cauze justificative ale delictelor de defăimare și de injurii precum **B.b)** excepția de adevăr – exceptio veritatis, (art.35 din lege) și **B.c)** scuza provocării (art.33 din Legea din 1881)

B a) Echitatea în cauzele generale justificative în dreptul penal francez

În ceea ce privește autorizarea directă, sunt luate în considerare actele pe care *o lege*, sau *un regulament*, le impune, sau le permite în mod direct. Textul Codului penal francez care reglementează această autorizare directă este articolul 122-4 alineatul 1.[1174] Actualul Cod penal francez admite că poate fi vorba de o lege sau de un regulament, cu condiția ca ambele să fie cuprinse în dreptul francez, și nu într-o lege străină.[1175]Un regulament nu poate autoriza un act prevăzut de legea penală, în timp ce ipoteza inversă este valabilă.

Autorizarea legii este fie directă, fie indirectă. În ce privește autorizarea directă prevăzută de articolul 122-4 alineatul 1, legea, în sensul formal al termenului, este cea care trebuie să aibă prerogativa autorizării unei fapte, situația devine puțin confuză pentru agenții care acționează (se vizează din nou conștiința lor juridică) dacă ne gândim la situația de toleranță a organelor administrative. Instituţia administrativă nu poate autoriza derogarea de la legi și regulamente care i se impun acesteia. Cu privire la această chestiune, Curtea europeană afirmă că „în conformitate cu principiile generale ale dreptului, nu se poate fonda, justificarea unui comportament care a condus la o condamnare, numai pe constatarea că un astfel de comportament a avut loc și a format așadar o practică. O practică de stat constantă de tolerare și încurajare a anumitor acte declarate de natură infracțională de dreptul pozitiv național sau internațional, și sentimentul de impunitate care rezultă din aceasta pentru autorii lor nu constituie un obstacol pentru urmărirea și pedepsirea acestora”[1176] O activitate poate deci să fie interzisă, însă sub rezerva unei autorizări administrative care îi va permite exercitarea. Obținerea acestei autorizări permite exercitarea legitimă a unei astfel de

[1173] Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr, consultată la 25.02.2016

[1174] Care dispune că: „nu este responsabilă penal persoana care îndeplinește un act prescris sau autorizat de dispoziții legislative sau reglementare”

[1175] C.Cas. Secția penală,27 iunie 1973 Bul.jurisp.pen.1973, nr.305 disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr, consultată la 25.02.2016

[1176] C.E.D.O. 24 iulie 2008 Kononov împotriva Letoniei, §144, confirmată prin C.E.D.O. în 17 mai 2010 Kononov împotriva Letoniei, §238, disponibile pe http://hudoc.echr.coe.int/, consultate la 02.03.2016

activități, dar, în primă instanță, autorizarea legală, sau regulamentară a unor acte, este cea care stabilește condițiile *a priori* autorizației, care poate genera, la rândul său, un fapt justificativ. Așadar, totul constă în puterea legii, sau a regulamentului.

Majoritatea cetățenilor neinstruiți nu au capacitatea de a examina sau de a căuta legătura directă și consecințele unei autorizări a legii și apoi a autorizării date de autoritatea administrativă. Ceea ce ar fi indicat, din punct de vedere al echității, care vizează situația cu privire la cei care acționează în aceste ipoteze, este ca legea să fie mai clară și mai complexă, în același timp exprimată într-un limbaj concis, pe înțelesul tuturor categoriilor de indivizi ai societății și capacității lor de înțelegere, cu puncte explicative pentru că această prezumție este garanția eficacității sistemului represiv penal[1177]și o compensație a legalității criminale deoarece legislatorul își rezervă obligația de a nu pedepsi înainte de a informa cu privire la comportamentele care sunt interzise, pentru că, în același timp, cetățenii sunt cei care au obligația de a se informa înainte de a acționa.[1178]Aceștia trebuie să aibă la dispoziție legi complexe și clare în același timp. În virtutea unei eventuale lipse a conștiinței infracționale[1179] a agentului și a unei eventuale lipse de claritate a legii penale, eroarea asupra dreptului este în prezent o cauză de neimputabilitate penală a faptului reproșat.

Este și mai delicată situația de apreciere a cutumelor și practicilor care nu au o bază justificativă generală, egalitatea tuturor în fața legii ca regulă a echității nu poate justifica o aplicare generală a acestor excepții cutumiare permițând numai anumitor persoane care au o anumită tradiție îndelungată să scape de sub incidența legii penale. Exemplu ar fi cazul de ucidere, maltratări, acte de cruzime față de animale domestice sau ținute în captivitate prevăzute de articolele 521-1 și R654-1, R655-1 din Codul penal francez. Aceste incriminări nu sunt de fapt aplicabile și deci aceste fapte sunt justificate în cazul evenimentelor culturale, sărbători tradiționale precum cea de coridă, dacă există *tradiția locală continuă* care poate fi invocată. Justificarea se aplică de asemenea și în cazul luptelor cu cocoși pe teritoriile unde există tradiția neîntreruptă" Însă acestea sunt excepții deoarece numai dacă textele de lege

[1177] V.F. Desportes, F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, prec.n.676; Y.Mayaud *Droit pénal général* préc. N.475, R. Merle, A.Vitu, *Traite de droit criminel*-Droit pénal général n.583 M.L.Rassat Droit pénal général, n.305, *apud* François Rousseau, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, 2009, p.43

[1178] François Rousseau, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, 2009,op.cit. p.43

[1179] Aceasta tratează caracterul ilicit al faptelor și nu realitatea acestora, este diferită de conștiința materială a faptelor – François Rousseau op.cit.p.42

prevăd aceasta, practicile invocate au un obiectiv justificativ. Din punct de vedere al dezideratului echităţii, în sensul său moral, ne întrebăm dacă aceste practici nu ar trebui totuşi interzise, indiferent de certitudinea caracterului de continuitate a tradiției? În fapt acestea rămân activități vătămătoare, iar morala societății este afectată într-o oarecare măsură prin însăși justificarea unor asemenea practici.

În opinia noastră, sursa justificărilor nu trebuie să permită justificări excepţionale care vizează practic cutume ce afectează moralitatea și umanitatea în mod general. De fapt aceste practici sunt justificate de tradiția continuă, dar ele nu dau bune exemple pentru umanitate în general. Rolul de corectiv al echității este, în realitate, cel care nu ar justifica anumite practici tradiţionale, dacă acestea au un impact negativ în conștiința umană. Echitatea aplicată direct în sfera acestor ipoteze le-ar include numaidecât printre faptele nejustificate, fără excepţii.

De asemenea, în ceea ce privește un alt fapt justificativ: *consimțământul victimei*, conform autorilor de specialitate francezi, acest consimțământ „nu are o virtute justificativă, dar în același timp, absența sa, poate fi element constitutiv în caz de viol, sau agresiuni sexuale, consimțământul nu face infracțiunea să dispară, ci o împiedică să existe deoarece lipsește elementul esențial – lipsa consimţământului.”[1180] În acest context este vorba tot despre o lipsă de claritate a legii și doctrina o recunoaște când afirmă că „dificultatea este de a identifica aceste comportamente, deoarece textele de incriminare nu au grijă să precizeze că actul trebuie să fi fost săvârșit în necunoștință, sau împotriva voinței altei persoane și se ridică, de la caz la caz, problema de a se ști dacă pretinsa valoare protejată era disponibilă sau nu, astfel că rolul consimțământului variază, în funcție de răspunsul la această întrebare.”[1181]

Este eronată concepţia conform căreia „dreptului la viață îi corespunde dreptul la moarte și fiecare este liber să își pună capăt zilelor. Este vorba despre critica adusă în prezent jurisprudenței ce vizează faptul că nu poate fi reunoscut un drept care să permită celui în cauză să solicite a fi ucis.”[1182] Este moral și echitabil faptul că eutanasia constituie o infracțiune. Dacă luăm în considerare valorile morale mai profunde pe care echitatea le

[1180] E. Dreyer op.cit. p.846

[1181] *Ibidem*

[1182] E. Dreyer, op.cit. p.846

presupune, eutanasia trebuie să rămână nejustificată, cu excepţia cazurilor de autorizare excepțională a legii,[1183]și chiar și în aceste ipoteze există unele dubii.

Dacă dimpotrivă se vizează numai respectarea integrității fizice, perspectiva este diferită, deoarece fiecare poate face ceea ce dorește cu corpul său, acesta este o valoare disponibilă oricui, dar întrebarea care se pune este dacă legea poate acorda deplină încredere în raționamentul uman și în ceea ce consideră fiecare individ că îi este sau nu dăunător? Există riscul ca individul să aprecieze greșit aceste aspecte. De aceea trebuie împiedicată asimilarea actelor de violență, atingerilor aduse integrității fizice sau psihice, textul Codului penal distinge actul de rezultatul său.[1184]În alte cuvinte, conform Codului penal francez, cea mai slabă dintre violențe trebuie să fie susceptibilă a fi luată în considerare din momentul în care a fost impusă unei victime.[1185] Reacția jurisprudenței cu privire la ipoteza particulară pentru a legitima practicile care implică violenţe fizice a fost să impună condiții pe care legea nu le prevede, dar care pot atrage reţinerea unui acord valid al victimei. Argumentul ni se pare echitabil deoarece vizează o atenuare a circumstanțelor prevăzute în manieră rigidă în textul legii substanțiale. Sunt exemple precum: în materie medicală, consimțământul la aplicarea unor tratamente[1186] și mai există limite pentru fiecare situație particulară, dincolo de care faptul nu mai poate fi justificat, cum ar fi de exemplu vătămările aduse în practicarea unui sport, aceste acte specifice unui sport nu constituie violențe din moment ce sunt consimțite *a priori* și în mod esențial, atunci când regulile jocului sunt respectate. Această ultimă exigență nu este prevăzută în mod explicit de lege, dar considerăm că reiese și din echitate,[1187]sau cum argumentează şi doctrina franceză, din bunul simț,[1188]ceea ce nu înseamnă că aceste aspecte nu ar necesita să fie specificate în lege. Consimțământul şi

[1183] Codul sănătății publice francez în art L.1110-5 al.2 prevede că: „orice persoană are dreptul de a avea un final de viață demn și să aibă parte de cea mai bună alinare posibilă a suferinței. Specialiștii din domeniul sănătății pun în aplicare toate mijloacele pe care le au la dispoziție pentru ca acest drept să fie respectat, care poate fi invocat pentru anularea calificării de lăsare fără ajutor a unei persoane aflate în dificultate."

[1184] *Ibidem*

[1185] Art R. R624-1 din Codul penal francez care prevede acest lucru, E. Dreyer op.cit.p.847

[1186] Care a fost deja construit ca principiu, C.civ fr.art 16-3 al.2

[1187] Și cum echitatea nu este prevăzută de legea penală substanțială la rândul său, aceasta poate genera confuzii

[1188] E. Dreyer op.cit.p.847

respectarea regulilor jocului se realizează în relație de interdependență cu această regulă echitabilă și implicită deocamdată.

Aceeași situație este valabilă în ce privește corecția manuală aplicată de părinți copiilor lor, însă aici este limita raționalului, deci a unei proporționalități a actelor corecționale, dacă această proporționalitate rezonabilă nu este respectată, sunt incidente deja acte de violență. Am analizat această ipoteză în secţiunea aferentă cauzelor justificative din dreptul penal român. Putem vedea deci că limitele sunt extrem de fragile și legea trebuie mereu să reglementeze într-o manieră mai concisă și mai clară situațiile și să explice bine cazurile de justificare atunci când le prevede. Să nu uităm că autorizarea unei legi nescrise justifică și dreptul de „corecție manuală" a părinților. Justificarea este dedusă din autoritatea parentală.

Legitima apărare este o cauză justificativă prevăzută de Codurile penale francez și român într-o manieră similară.[1189] Această prezumție nu acționează numai în momentul când se respinge o escaladare, ci şi pe toată durata de timp cât cel vizat se află în prezența intrusului şi atât timp acesta nu este adus în stare inofensivă.[1190]

Limitele esențiale de proporționalitate și de necesitate nu sunt prevăzute în mod explicit şi în textul articolului 122-6 Cod penal francez, care prevede prezumția de legitimă apărare.[1191] Din text, aceste limite pot fi doar deduse, fiind prevăzută noţiunea de legitimă apărare şi condițiile pentru a se reţine faptul justificativ. Legitima apărare a fost deja definită prin articolul precedent 122-5 al aceluiaşi Cod penal, ceea ce presupune ea fiind deja delimitat în acest articol prin cerinţele proporționalității şi necesității care sunt prevăzute în mod explicit. Ceea ce înseamnă că pentru legislatorul francez, precum și pentru cel român, nu

[1189] Codul penal francez, în articolul 122-6 indică faptul „că se prezumă a fi acționat în legitimă apărare cel care săvârșește actul: 1° Pentru a respinge, pe timp de noapte, o intrare prin efracție, violență sau viclenie, într-un spațiu locuit ; 2° Pentru a se apăra împotriva autorilor de furturi sau de jaf executate cu violență." Aşadar, este adevărat că această prezumție este una simplă, nefiind una irefragabilă și putând ceda în fața probei contrarii. Deci, textul de lege nu justifică actele de violență dacă se demonstrează că au fost comise în afara unui caz de necesitate existent și în absența unui pericol grav și iminent. Curtea de Casație, Secția penală,19 feb. 1959 D 1959, 161 nota M.R.M.P.; JCP 59, II, 11112, nota Bouzat; 20 dec 1983: Bul.jurisp.pen. nr.350; 26 sept 1989: Dr. penal 1990, nr.125; 12 oct 1993: JCP 94, I, 3775, obs. Veron; Gaz. Pal 5 feb. 1994, nr.36, p.27 notă Doucet *apud* Code pénal Ediția 2016 adnotat de Hervé Pelletier, LexisNexis, p.84, comm. 1) *Présomption simple*

[1190] Dijon 8 janv. 1965 Gaz. pal 1965, 1, 155.; Rev Sc. Crim. 1965, 414 obs. Légal. *apud* Code pénal Ediția 2016 adnotat de Hervé Pelletier, LexisNexis, p.84, comm. 1) *Présomption simple*

[1191] Nici de articolul 19 din Codul penal român, care prevede aceeași prezumție

mai era nevoie să menționeze în articolul care prevede legitima apărare prezumată aceste cerinţe *sine qua non* ale echității cauzei justificative.

Deci dacă articolul 122-5 Cod penal francez, în primul alineat, prevede existența unei legitime apărări „cu excepția cazului când există o disproporție între mijloacele de apărare utilizate și gravitatea atingerii" și în alin. 2 „atunci când acest act este strict necesar în scopul urmărit cât timp mijloacele sunt proporționale gravității infracțiunii", în articolul următor, aceste exigențe nu mai există. Mai mult, legea prevede ipoteza unei prezumții de legitimă apărare, deci o inversare a dovezii, sau o dovadă de nejustificare din partea acuzării. Legea nu impune în mod expres criteriile de apreciere a proporționalității și necesității și în această situaţie. Aşadar, fie acest articol deschide o aplicare a beneficiilor inechitabile deoarece nu precizează exigențele echității, nici criteriile de apreciere ce trebuie aplicate de judecători și de acuzare, și deci articolul și prezumția trebuie înlăturate din legea penală, atât în dreptul francez cât și în cel român, sau, cu riscul redundanţei termenilor de proporţionalitate şi necesitate a actelor, textul trebuie completat. În opinia noastră, se conferă astfel mai multă claritate textului de lege vizat.

După cum a subliniat un autor: există o exigență a unei anumite conştientizări a situației justificative în care se află persoana. Această exigență de a avea *cunoștința situației justificative*[1192]sugerează faptul că agentul, pentru a beneficia de cauza justificativă, trebuie să fi avut cunoștință, în momentul faptelor, de circumstanțele comiterii infracțiunii și proprii a o constitui, trebuie să existe o conştientizare justificativă care este susceptibilă să consolideze dimensiunea subiectivă a faptelor justificative. În majoritatea cazurilor această cunoștientizare subiectivă nu este analizată de către judecător, cât timp reiese clar din fapte existenţa cauzei justificative. În general individul care săvârșește o infracțiune pentru a elimina o agresiune sau un pericol știe că acționează în acest sens.[1193]

Un exemplu în acest sens este cel al soțului care ucide amantul soției sale, acesta din urmă pătrunzând, pe timp de noapte, în locuinţa conjugală. Soţul care știe că acționează în acest sens, este aşadar conştient de actul său. Putem constata că, într-o primă instanță, jurisprudența franceză a statuat în sensul caracterului irefragabil al actelor și a acordat

[1192] François Rousseau în *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz 2009, în special cu privire la „conștiința justificativă în prezumțiile de fapte justificative" p.164 și p.165

[1193] *Ibidem*

beneficiul acestei legitime apărări prezumate, soțului, care a ucis amantul, chiar dacă s-a stabilit, totodată, că soțul cunoștea motivațiile intrusului și cunoștea faptul că nu era în pericol.[1194] Această situație a fost considerată ca fiind independentă de starea de spirit a agentului, în lumina vechiului art. 329 al Codului penal francez, care conținea „cazuri privilegiate de legitimă apărare"[1195] și care justificau agentul, cât timp circumstanțele de timp și de loc descrise de text se verificau.[1196] Curtea de Casație a revenit asupra jurisprudenței și a decis că prezumțiile legale de legitimă apărare „departe de a prezenta un caracter absolut și irefragabil" sunt „susceptibile a ceda în fața probei contrarii" [1197] un progres din punct de vedere al deziderateloe echității, dar nu suficient, după părerea noastră, dacă ținem cont de conținutul textului legal care prevede incidența acestor prezumții în prezent și care nu specifică ceea ce înseamnă proporționalitatea și necesitatea ripostei în această situație particulară. Această posibilă revenire asupra prezumției legitimei apărări ar trebui să permită dincolo de circumstanțele pur obiective ale articolului 122-6 Cod penal, să se ia în considerare starea de spirit a agentului, conștientizarea sa față de actul său, pentru a se reține o justificare, sau nu.[1198] În acest sens în practica jurisprudențială, Secția penală a Curții de Casație franceze a refuzat acordarea beneficiului legitimei apărări, proprietarului care a tras, în timpul nopții, asupra unui individ care intrase pe proprietatea sa prin escaladare, știind că acesta vine, cu scopul de a vizita o persoană din casă. În mod echitabil, conform Curții, această prezumție nu justifica un act de violență când s-a demonstrat că proprietarul nu putea crede în amenințarea unei agresiuni împotriva unei persoane, sau a unui bun. [1199] Altfel spus, prezumția legală a legitimei apărări poate fi îndepărtată cât timp autorul violențelor,

[1194] Curtea de Casație, Secția penală 11 iulie 1844, S.1844, q , p177; 8 dec 1871 DP 1872, 1, p.193, disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr, consultată la 18.03.2016

[1195] François Rousseau, *op. cit*. p.165

[1196] P. Savey-Casard, *Réflexions sur l'article 329 du Code pénal*, *apud* Fr. Rousseau, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz 2009, p.165

[1197] Curtea de Casație, Secția penală 19 februarie 1959, Reminiac, D.1959 jurispr. P 161 nota MRMP; C.Cas. Curtea de Casație, Secția penală 5 iunie 1984, nr 209, 12 oct 1993, Dr. penal 1994, com. nr.35 *apud* Fr.Rousseau François Rousseau, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz 2009, p.165

[1198] Fr. Rousseau *op.cit.* p .165

[1199] Curtea de Casație, Secția penală 19 feb. 1959, Reminiac *apud* François Rousseau, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz 2009, p.165

cunoscând scopul inofensiv al intrusului, era conştient că nu trebuia să se teamă de pericolul unei agresiuni din partea acestuia,[1200] adică în lipsa oricărei *conştientizări justificative.*[1201]

Principiul *in favorem, lato sensu,* şi asigurarea respectării drepturilor la apărare, rămân echitabile cât timp nu favorizează excesiv, sau, în mod disproporţionat, nejustificat, direct, sau indirect, persoana care se apără. Ideea este aceea de a se menţine un echilibru şi de a se analiza şi cerceta dacă nu cumva există unele acte de răzbunare privată, care se doresc a fi ascunse în spatele prezumţiei de legitimă apărare.

În practica instanţelor penale franceze, există exemple de constatare a une proporţionalităţi sau disproporţionalităţi între mijloacele de apărare utilizate şi gravitatea atingerii persoanei în cauză.[1202] Revine deci judecătorilor de fond să aprecieze dacă apărarea este, sau nu, în disproporţionată faţă de atac şi este justificată de un pericol ce obligă la necesitatea vătămărilor săvârşite,[1203]sau a violenţelor efectuate.[1204] Chiar circumstanţa aflării autorului faptelor în pericol de moarte, nu a fost considerată ca o condiţie a legitimei apărări de către instanţa supremă franceză ![1205]Acestea sunt exemple de descalificări efectuate de judecători prin simpla lor apreciere, în timp ce legea substanţială nu îi ajuta prea mult, aceasta trebuie să legitmeze în mod concret şi textual raţionamentele lor de descalificare, dar acest lucru nu se întâmplă deocamdată. Judecătorii francezi deţin o putere de apreciere considerabilă, pe care uneori le este greu să şi-o asume.[1206]

[1200] V.J.-H. Robert, *Droit pénal general*,p.262 *apud* François Rousseau, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz 2009, p.165

[1201] *Ibidem*

[1202] Curtea de Casaţie, Secţia penală 12 dec 1929, S.1931, 1, 113; 21 nov 1961 Bul.jurisp.pen 474; 7 iunie 1968 Bul.jurisp.pen nr.186, Curtea de Casaţie, Secţia penală 26 iunie 2012, nr.11-86.809: Dr.penal 2012, com 139, obs. M. Veron (proporţionalitatea între agresiune şi apărare nu există în cazul unui militar de statură impozantă, care, în faţa unui agresor fără armă, trage două gloanţe cu pistolul în coapsa adversarului său).

[1203] Curtea de Casaţie, Secţia penală. 5 iunie 1984, Bul.jurisp.pen.n.209, disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr/ :, consultată la 20.03.2016

[1204] Curtea de Casaţie, Secţia penală.18 iunie 2002, Dr. penal 2002, com.134, obs. M. Veron. disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr/ :, consultată la 20.03.2016

[1205] Curtea de Casaţie, Secţia penală. 19 iunie 1990, Bul.jurisp.pen. No.250; 26 nov.1991, Dr. penal 1992, no.120, disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr/ :, consultată la 20.03.2016

[1206] E. Dreyer op.cit.p. 863

Cu toate acestea, uneori, această "descalificare," ce poate fi realizată de către judecătorii de fond, în ceea ce privește reținerea legitimei apărări, o vedem ca pe o pronunţare jurisprudențială a *justiției echitabile,* mai ales în condiţiile în care și starea de necesitate a fost, o vreme îndelungată, asimilată constrângerii morale,[1207] iar apoi jurisprudența i-a găsit un alt fundament, absența intenției delictuale.[1208]Legitima apărare este, în realitate, un fapt justificativ de origine jurisprudențială și autonomia sa în legea penală a fost consacrată în final[1209] prin numita *hotărâre Lesage*.[1210]

[1207] Curtea de Casaţie, Secţia penală 15 nov.1856 Bul.jurisp.pen.358; 16 mai 1934 DA 1934, 367; Trib. Corecțional Dijon 27 feb.1968: JCP 68, II, 15501 disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr/ :, consultată la 20.03.2016

[1208] Curtea de Casaţie, Secţia penală 27 ian.1933 : Gaz. Pal. 1933, 1, 489 disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr/ :, consultată la 20.03.2016

[1209] „Având în vedere că rezultă din decizia atacată și din aceste două motive ale hotărârii ce confirmă această decizie, că în data de 16 ianuarie 1956 în jur de ora 11, pe drumul național 165, Lesage conducea autoturismul său Peugeot 203, cu o viteză de aproximativ 80km/h, când portiera din dreapta față, dintr-o cauză necunoscută, deschizându-se, soția sa și copilul său au fost proiectați pe șosea, că Lesage, încercând să îi țină cu mâna dreaptă, și nemaiținând volanul decât cu mâna stângă, a condus spre stânga, pentru ca, după cum indică decizia, „să evite strivirea soției sale și a copilului său"; că autoturismul său a ajuns prin acest fapt, transversal pe șosea în fața unui autoturism Simca, care, condus de Le Goff, circula în sens invers, cu o viteză de 80 km/h; că cele două vehicule au intrat în coliziune și că soții Le Goff, precum și un pasager al lui Lesage, numitul Prudhomme, au fost grav răniți;

Având în vedere că, pentru a-l achita pe Lesage de prevenirea rănirii prin imprudență stabilită împotriva sa, și pentru a respinge acțiunea civilă a soților Le Goff, decizia atacată se limitează la a declara „că manevra astfel efectuată, care a evitat un accident mai grav decât cel ce face obiectul urmăririi, dacă constituia o infracțiune prevăzută în Codul rutier, nu se încadrează în legea penală din motivul stării de necesitate în care s-a regăsit acuzatul, acționând cum a acționat"; Dar având în vedere că limitând explicațiile sale la această pură afirmație, decizia atacată nu a justificat fundamentele sale; că de fapt judecătorii de apel ar fi trebuit să arate, pe de o parte, că numai manevra realizată de către acuzat putea singură să permită evitarea accidentului de care se temea, excluzând orice altă manevră mai puțin periculoasă pentru terți; pe de altă parte, că riscul ipotetic de rănire la care au fost expuși soția și copilul său, în lipsa acestei manevre, era de natură a a produce consecințe mai periculoase decât pericolul sigur și foarte grav la care, prin această manevră, i-a expus pe soții Le Gouff, precum și pe propriul său pasager; că în final nu a creat el însuși această pretinsă stare de necesitate lăsându-și soția și copilul să ocupe locul de lângă el într-un autoturism a cărui portieră a fost susceptibilă a se deschide fie singură, fie printr-o manevră greșită a soției sale sau a copilului său;

Notă. Vom observa că decizia precizează condițiile stării de necesitate; ceea ce constituie o recunoaștere implicită a acestui mijloc de apărare clasic.

O decizie a Curții de Apel din Colmar din 6 decembrie 1957 (D.1959 357 nota Bouzat) considera că: „recunoașterea stării de necesitate este unul din fundamentele dreptului, că toate civilizațiile juridice evoluate, derivate din legalismul inițial, le consacră, fie în lege, fie în doctrină și jurisprudență, și că ceea ce caracterizează starea de necesitate este situația în care se află o persoană care, pentru a ocroti un interes superior, nu are altă opțiune decât să realizeze un act interzis de legea penală"

[1210] Curtea de Casaţie, Secţia penală 28 iunie 1958- Cass.crim. 28 juin 1958, disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr/ : D. 1958, 693, notă M.R.M.P. ; JCP 59, II, 10941, notă Larguier ; Rev.sc.cim. 1959, 111,obs. Legal *apud* Codul penal Ediția 2016, LexisNexis adnotat de Hervé Pelletier, p.85 com. Starea de necesitate 1) Consacrare legislativă

În acest sens, cu privire la starea de necesitate, continuăm analiza noastră asupra prezenței echității în aplicarea și crearea faptelor justificative, cu ipotezele justificative create de jurisprudența franceză și vom vedea cum echitatea a permis jurisprudenței să creeze noi fapte justificative. Problema este mai puțin cea a rezultatului atingerii, cât cea a mijloacelor utilizate și determinarea reală a reacţiilor conforme particularităților fiecărei situații. Doar acestea pot asigura o apreciere obiectivă, permițând a se verifica dacă au fost pe măsura pericolului sau primejdiei în cauză,[1211] dar cu un ajutor concret determinat și conținut în textele legii penale substanțiale.

Articolul 122-7 din Codul penal francez cere să nu existe nici o disproporție între mijloacele utilizate și gravitatea amenințării. Este o corecție care oferă o abordare restrictivă a stării de necesitate, conformă și doctrinei.[1212]

B.b) Excepția adevărului – *exceptio veritatis*

Conform art. 35 al Legii din 1881, autorul cuvintelor defăimătoare poate evita răspunderea penală atâta timp cât este în măsură să stabilească adevărul faptelor litigioase. Doctrina franceză[1213] vede în aceasta o cauză justificativă ce decurge din „dreptul colectivităţii sociale de a avea acces la adevăruri de interes general, și dreptul oricărei persoane de a dezvălui astfel de adevăruri.”[1214]

Echitatea în excepția de adevăr poate fi concepută ca un fundament al conceptului general de bună credință care este sursa oricărei cauze de justificare, ca o căutare a „binelui comun”. În acest sens, conform unui autor, *exceptio veritatis* este „reflexia unei bunei credințe, certitudine cu privire la adevărul faptelor declarate”, în timp ce buna credință considerată de această dată, în sensul său tehnic, de fapt justificativ, ar fi „reflexia unui comportament loial.”[1215]

[1211] E.Dreyer op.cit. p.862

[1212] *Ibidem*

[1213] Autori francezi precum Ph.Conte ;E.Dreyer ; E.Levasseur, Réflexions sur *l'exceptio veritatis*, în *Mel. A.Chavanne*, Litec, 1990, p.111 – V.Malabat ; J.Pradel et M. Danti- Juan ; M.L.Rassat care vede în aceasta o dispensă legală de pedeapsă *apud* Jean Christophe Saint-Pau (dir.), *Droits de la personnalité, Lexis Nexis 2013, Paris, p.976*

[1214] Y. Mayaud, *Le mensonge en droit pénal*, Hermès, 1977, n.538

[1215] A. Tralongo, *Essai sur la bonne foi en droit pénal*, teză Montpellier I, 2009, nr.377

Domeniul cauzei justificative a excepției de adevăr este limitat, numai adevărul faptelor care se asociază funcțiilor anumitor persoane publice ar putea justifica autorul afirmațiilor defăimătoare, deci este vorba mai puțin despre adevărul în sine, care poartă virtuți justificative, decât adevărul de interes general.[1216] Jurisprudența franceză a refuzat extinderea excepției de adevăr asupra delictului de ofensă împotriva șefului statului,[1217] când afirmațiile litigioase sunt, în același timp, defăimătoare și ofensatorii față de președintele Republicii,[1218]soluție care nu este incontestabilă în fața Curții Europene a Drepturilor Omului.[1219]

Alineatul 3 al articolului 35 al Legii din 1881, conform căruia adevărul faptelor defăimătoare poate întotdeauna să fie dovedit, impune și el limite. În prezent există două limite: aceeastă excepție de adevăr este exclusă atunci când faptele vizează viața privată a persoanei, deoarece nu adevărul în sine justifică autorul defăimării, ci un adevăr de interes general ;[1220]această excepție este exclusă atunci când faptele denunțate constituie o infracțiune aministiată, prescrisă, sau care a condus la o condamnare reabilitată. În această situație, considerăm că echitatea interzice reamintirea în conştiinţa autorului unei crime, sau al unui delict, fapta sa din trecut.[1221] Înainte de Decizia din 20 mai 2011 a Consiliului Constituțional francez,[1222] exista o a treia limită a excepției de adevăr, în acest sens *exceptio veritatis* era îndepărtat atunci când faptele în cauză au avut loc în urmă cu mai mult de zece

[1216]Jean Christophe Saint-Pau (dir.), *Droits de la personnalité, Lexis Nexis 2013, Paris, p.977*

[1217] Legea din 29 iulie 1881, art.26

[1218] Curtea de Casaţie, Secţia penală. 21 dec.1996, Bul.jurisp.pen,1996, nr.300 ; Prin ordonanța din 6 mai 1944 cu privire la pedepsirea delictelor de presă legislatorul francez a extins considerabil domeniul de excepție de adevăr, introducând alineatul 3 la articolul 35 al legii din 1881, conform căruia: „adevărul faptelor defăimătoare poate fi întotdeauna dovedit”

[1219] C.E.D.O. 25 iunie 2002, Colombani c.Franței: D.2003, p.715, nota B.Beignier ; a se vedea Francois Rousseau *L'utilité des infractions de presse incriminées par la loi du 29 juillet 1881*, colocviul « Droit pénal et droit de la presse. Faut-il maintenir les spécificités de la loi du 29 juillet 1881 ? » în *Les Travaux de l'Institut de sciences criminelles et de la justice de Bordeaux*, Cujas, 2011, p.181

[1220] Această limită nu este valabilă în cazul infracțiunilor de natură sexuală comise împotriva unui minor. În mod echitabil, această derogare permite victimei unor fapte de agresiune, sau de atingere sexuală ce țin de viața privată să le denunțe, fără a se teme de o condamnare pentru defăimare.

[1221] A. Bonnefoy, *Comment punir la diffamation* : Revue de science criminelle et de droit pénal comparé. 1953, p.625

[1222] Cons Const. Dec. 20 mai 2011, nr.2011-131 QPC : JO 20 mai 2011, p.8890- Décision n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011, disponibilă pe www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/2011131qpc.htm, consultată la 19.03.2016

ani, însă Consiliul Constituțional a considerat că „prin caracterul său general și absolut, această interdicție aduce libertății de exprimare o atingere care *nu este proporțională scopului urmărit*” și deci este contrară articolului 11 din Declarația Drepturilor Omului și Cetățeanului, așadar această limită a fost abrogată din conținutul articolului 35 al legii din 29 iulie 1881, după decizia respectivă.

Cu privire la condițiile dovedirii adevărului, elementele ce justifică fapta defăimătoare trebuie să aibă o anumită calitate, dovada trebuie să fie „perfectă, completă și corelată imputărilor defăimătoare,”[1223]iar elementele doveditoare trebuie să fie la dispoziția autorului defăimării în momentul publicării sale, orice element doveditor dedus din fapte ulterioare publicării nu este admis.[1224] În sfârșit, este necesară respectarea unei proceduri minuțioase. În acest sens, articolul 55 al legii din 1881 cere persoanei învinuite de defăimare, în următoarele zece zile după înmânarea citației, să pună la dispoziția Ministerului Public sau acuzatorului, în urma solicitării unuia sau a celuilalt, faptele pronunțate și calificate în citație pe care aceasta intenționează să le dovedească, precum și copiile documentelor de identitate ale martorilor, prin care intenționează să facă această dovadă. Nerespectarea acestor formalități se sancționează prin pierderea posibilității de a dovedi adevărul faptei defăimătoare.[1225] Articolul 56 al aceleiași legi din 1881 impune celui care acuză să pună la dispoziția persoanei acuzate, cu cel puțin trei zile calendaristice înainte de audiere, copii ale actelor de identitate ale martorilor prin care intenționează să conteste adevărul faptelor defăimătoare.

Revenind la considerentul de echitate în excepția de adevăr, echitate care poate fi concepută ca noţiune ce suprinde conceptul general al bunei credințe ce se află la sursa oricărei cauze de justificare în căutarea „binelui comun”, invocăm o dificultate ce pune probleme cel mai adesea jurnaliștilor. Ipoteza vizează situația când, pentru stabilirea adevărului unei imputări defăimătoare, autorul afirmațiilor litigioase poate pune la dispoziție

[1223] În acest sens, jurisprudența rămâne constantă: C.Cas. Secţie penală, 16 martie 1948, Bul.jurisp.pen. 1948, nr.98, C.Cas. Secţie penală 2 iunie 1980 Bul.jurisp.pen. 1980, nr.168,Bul.jurisp.pen 1980, C.Cas. Secţie penală 14 iunie 2000 Bul. jurisp.pen. 2000 nr.225, disponibile pe www.legifrance.gouv.fr, consultate la 19.03.2016

[1224] C.Cas.Secţie penală 10 dec. 1991, Bul.jurisp.pen.1991, nr.468 – C.Cas. Secţie penală14 iunie 2000 ; C.Cas 1 civ., 25 februarie 2010, nr. 09-12.641 inedit – această soluție a fost extinsă la bună credință în măsura în care se bazează pe adevăr; C.Cas. Secția penală 6 mai 2008: Bul.jurisp.pen 2008, nr.103 disponibile pe www.legifrance.gouv.fr, consultate la 19.03.2016

[1225] De ex. C.Cas. Secţie penală 24 sept 2002, Bul.jurisp.pen 2002, nr.173 disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr, consultată la 19.03.2016

documente obținute în mod neloial, chiar ilicit dacă provin dintr-un delict de încălcare a secretului profesional,[1226] sau a nerespectării confidențialităţii.[1227]Din punct de vedere procedural, este vorba de a se stabili în concret dacă dovedirea adevărului poate fi de origine neloială, ilicită. În acest sens, Secţia penală a Curţii de Casaţie permite admisibilitatea probelor neloiale, sau ilicite, aduse de persoanele fizice în cadrul unui proces penal, invocând întocmai *echitatea* prin dreptul la un proces echitabil și explicând că: „dreptul la un proces echitabil și libertatea de exprimare justifică faptul ca, persoanei învinuite de defăimare, să i se admită să pună la dispoziție pentru apărarea sa, documentele de natură a stabili adevărul, sau buna sa credință, fără a fi îndepărtate din dezbateri pe motiv că ar fi fost obținute prin mijloace neloiale.”[1228]

În această situaţie, autorul defăimării are două alternative de urmat: fie aduce documentul ilicit ca probă în faţa instanţelor și va suferi pedepsele pentru tăinuire a unui lucru sustras, fie nu aduce documentul și suferă pedepsele pentru defăimare, în lipsa stabilirii adevărul faptului defăimător prin alte mijloace. Urmând în acest sens logica echității, Secţia penală a decis să justifice infracțiunea de tăinuire comisă de cel care aduce un document aflat sub clauza de confidențialitate, sau protejat de exigența respectării secretului profesional,[1229]preferând uneori să recurgă la o definire strictă a infracțiunii de încălcare a secretului profesional pentru a înlătura urmărirea ulterioară a tăinuirii de informații.[1230] Anumiți autori văd acest lucru ca pe o altă ilustrare a consacrării *pretoriene* a unui fapt justificativ autonom, obținut din drepturile de apărare.[1231] De asemenea este posibil ca, referința făcută de Secţia penală a Curţii de Casaţie la libertatea de exprimare să poată fonda admisibilitatea probei obținute prin săvârșirea unei infracțiuni şi să constituie, în aceeași

[1226] C. pen fr.art.226-13

[1227] Codul de procedură penală fr. art.11

[1228] care va fi analizat ulterior în Secțiunea 2 a prezentei teze C.Cas.Secţie penală.19 ian.2010, Bul.jurisp.pen 2010 nr.12, C.Cas. Secţie penală 11 feb. 2003, Bul.jurisp.pen 2003 nr.29. D 2004 p.317, obs.B. Lamy disponibile pe www.legifrance.gouv.fr, consultate la 19.03.2016

[1229] De exemplu în: C.Cas. Secţie penală 11 iunie 2002, Bul.jurisp.pen 2002 n.132 JCP G 2003, II, 10061, notă E. Dreyer, disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr, consultată la 19.03.2016

[1230] J.C. Saint-Pau notă ss. C.Cas. Secţie penală 4 dec 2007 : Rev.penit.2008, p.111

[1231] J. Lasserre Capdeville, *Les droits de la défense nouvelle cause prétorienne d'irresponsabilité pénale*, Revue pénitentiaire 2006, p.537 ; Y.Mayaud, *Les droits de la defense cause d'irresponsabilité pénale* in Mel. R.Gassin, PUAM, 2007, p.293 ; J.C. Saint-Pau, notă ss.C.Cas. Div.crim.11 mai 2004, Revue pénitentiaire 2004, p.875

măsură, o justificare a acestei infracţiuni.[1232] Într-un astfel de context, Secţia penală a Curții de Casație a refuzat să justifice furtul de documente, săvârșit de un salariat pentru a stabili adevărul afirmațiilor defăimătoare pe care le-a adus împotriva angajatorului său, deoarece salariatul nu urmărea niciun scop de interes general.

Ajungem la concluzia că echitatea este cea care poate justifica în anumite circumstanțe și într-un anumit context, chiar atitudini neloiale, de fapt justificarea furtului şi tăinuirii de informații prin exerciţiul dreptului la apărare și/sau libertatea de exprimare, va permite autorului afirmațiilor defăimătoare să aducă în faţa instanţei, în apărarea sa, documentele de origine frauduloasă de care dispune. În mod paradoxal, întocmai modalitatea prin care se obțin și se pun la dispoziția instanței aceste documente nu este morală, dar, pe de altă parte, ea permite stabilirea adevărului faptei defăimătoare. Doctrina[1233]vede această situație ca fiind o justificare „indirectă", deoarece conduce „indirect" la beneficiul excepției de adevăr.

Legislatorul francez a adăugat prin Legea nr.2010-1 din 4 ianuarie 2010, un alineat în articolul 35 al legii din 1881 conform căruia: „învinuitul poate aduce, dacă este necesar pentru apărarea sa, fără ca această punere la dispoziție să ducă la învinuirea de tăinuire, sau furt, elemente ce provin dintr-o încălcare a secretului sau a confidențialității, sau orice alt secret profesional, dacă sunt de natură a stabili buna sa credință, sau adevărul faptelor defăimătoare."[1234]

B.c) Scuza provocării – cauză justificativă în dreptul penal francez

Pentru justificarea injuriei, legislatorul francez a prevăzut o cauză justificativă proprie: scuza de provocare. Alineatul 2 al articolului 33 al Legii din 1881 prevede că injuria se pedepseşte dacă nu a fost precedată de provocare, la fel și Codul penal francez, în articolul său R.621-2 reia scuza de provocare în ceea ce privește injuria nepublică. Numai injuriile împotriva persoanelor fizice sunt vizate.

[1232] C.Cas. Secţie penală 11 feb 2003 prec., C.Cas. Secţie penală 19 ianuarie 2010 prec., Jean Christophe Saint-Pau (dir.), *Droits de la personnalit,* p.980

[1233] Jean Christophe Saint-Pau (dir.), *Droits de la personnalité,* Ed.Lexis Nexis 2013, Paris, p.980

[1234] Această modificare se înscrie în mișcarea mai generală de protecție a secretului surselor jurnalistice proclamate la articolul 2 din legea din 29 iulie 1881 de la legea din 4 ianuarie 2010.

O parte a doctrinei franceze o vede ca fiind un fapt justificativ,[1235] în timp ce, o altă parte a doctrinei o vede ca fiind o scuză absolută.[1236] Dacă vedem scuza de provocare ca fiind o scuză absolută, se impune să nu aderăm la caracterul *in rem* al cauzelor justificative, această scuză absolută corespunde mai degrabă unei exceptări personale de la pedeapsă a celui care o invocă.[1237]

De fapt, regimul scuzei de provocare este similar regimului legitimei apărări,[1238] deoarece, pentru a fi justificată, injuria trebuie să reprezinte o ripostă la o provocare, ceea ce implică relația directă între cele două, la care aceasta încearcă să răspundă.[1239] Provocarea trebuie să fie nedreaptă, un act, sau o afirmație care să aducă atingere onoarei, intereselor pecuniare, sau morale,[1240] scuza neimplicând, în mod necesar, o injurie din partea celui care provoacă, aceasta poate fi justificată dacă este proporțională gravității provocării.[1241]

Cu toate acestea, această asimilare a scuzei provocării, legitimei apărări, nu este desăvârşită, deoarece, conform echității, ne putem întreba cu privire la necesitatea morală de adresare a unei injurii ca răspuns la o provocare, întrucât odată ce s-a realizat provocarea, este prea târziu a se apăra și a evita o atingere asupra intereselor pentru cel vizat. Atingerea este realizată deja, deci nu există nicio justificare morală de a se răspunde ulterior cu o injurie. De asemenea, lipsește voința de a servi interesului general care este asociat oricărei cauze de justificare.[1242]

[1235] V.Malabat, J.Pradel et M.Danti Juan, A. Tralongo, teză prec. nr.376

[1236] Ph.Conte, M.L. Rassat, op .cit.p 10

[1237] E.Dreyer, op.cit. nr.611

[1238] Conform lui A.Tralongo, teză prec. Nr.376 este vorba despre o faptă justificativă particulară de legitimă apărare

[1239] Curtea de Casaţie, Secţia penală 10 mai 2006 : D 2006, p.2220, notă E. Dreyer disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr, consultată la 19.03.2016

[1240] Curtea de Casaţie, Secţia penală 26 dec 1956 Bul.jurisp.pen 1956, nr.883 disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr, consultată la 19.03.2016

[1241] Curtea de Casaţie, Secţia penală 13 apr.1999, Bul.jurisp.pen 1999, prec. disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr, consultată la 19.03.2016

[1242] Jean Christophe Saint-Pau (dir.), *Droits de la personnalité,* Ed.Lexis Nexis 2013, Paris, p.982

Secţiune 2. Echitatea şi cauzele justificative jurisprudenţiale (praetoriene)

A. Aspecte din dreptul penal român cu privire la cauze justificative *doctrinare*

În comparaţie cu dreptul penal francez, în dreptul penal român există anumite cauze justificative, însă ele nu sunt jurisprudenţiale, ci mai degrabă doctrinare. Este vorba despre categoria drepturilor la integritate fizică, de care victima poate să dispună, dacă modalităţile în care se dispune asupra acestor drepturi, nu sunt contrare legii, ordinii publice, sau bunelor moravuri, în final, ele nu trebuie să contravină echităţii. Important este însă că bunele moravuri evoluează în societate, astfel că ce nu era moral cu ani în urmă, s-ar putea să fi devenit un lucru normal şi deci moral, între-timp. În aceste cazuri, din punct de vedere al dezideratului echitabil, existenţa unor cauze justificative rezonabile în anumite situaţii în care actele respective sunt, de fapt, infracţiuni, își are sensul.

Spre exemplu, în cazul jocurilor sportive, fiind vorba despre riscul asumat de către practicanţi, o parte din literatura de specialitate consideră că violența exercitată în sport poate fi justificată pe temeiul autorizării legii,[1243] în timp ce, o altă parte a literaturii de specialitate fundamentează caracterul justificativ pe consimțământul părții vătămate.[1244]

Riscul normal al intervenţiei, este, de asemenea, considerat ca fiind justificat de consimţământul victimei, spre exemplu în cazul intervenţiilor medicale. Mai mult, în situaţia unei intervenţii medicale de urgenţă, precum se argumentează: "este adevărat că pacientul are dreptul să refuze o intervenţie medicală, însă, atâta timp cât există şanse reale de salvare a vieţii, intervenţia medicală de urgenţă se impune a fi realizată şi fără consimţământul pacientului"[1245] potrivit reglementărilor aduse de Legea nr. 46/2003, legea drepturilor pacientului.

De asemenea, nu poate fi negat efectul justificativ al consimţământului chiar în situaţia unor infracţiuni de violenţă, astfel, unii autori[1246]susţin că existenţa consimţământului constituie o cauză de înlăturare a antijuridicităţii în cazul faptelor prevăzute în art.193 alin.(1)

[1243] F. Streteanu, *Tratat de drept penal*, op.cit.p.546

[1244] G. Zlatti, *Problematica violenţei exercitate într-un joc sportiv. Posibilitatea imputării unei fapte prevăzute de norma penală*, în C.D.P. nr.2/2010

[1245] V. Paşca, op.cit.p.219

[1246] F. Streteanu, *Drept penal. Parte generală. Vol.I.* op.cit. p.402

Cod penal, deoarece diverse practici care par să intre sub incidenţa acestui articol, au devenit normale, în contextul modernizării societăţii, precum: efectuarea unor tatuaje, sau introducerea de bijuterii în diverse părţi ale corpului uman. În aceeaşi ordine de idei, se continuă în doctrină[1247]cu exemplul intervenţiilor chirurgicale estetice, care, prin durata unor îngrijiri postoperatorii, s-ar încadra în art.193 alin. (2) Cod penal.

Practic, este vorba despre cauze justificative care sunt recunoscute în literatura de specialitate, dar care îşi au fundamentul în cauzele legale justificative, iar nu despre cauze pretoriene, justificative, noi, create efectiv de jurisprudenţă, aşa cum vom vedea că se pune problema în dreptul penal francez, în cele ce urmează.

[1247] *Ibidem*

B. Echitatea și faptele justificative *praetoriene* în dreptul penal francez

Dacă punem în balanță respectarea drepturilor la apărare și angajarea răspunderii penale a unui individ în numele interesului general al societății, observăm că jurisprudența poate uneori recunoaște o justificare prin efectul acestor drepturi. Cum este de exemplu justificare unui furt. Din acest punct de vedere se pune problema legitimității mobilului ce fondează faptele justificative.[1248] Criteriul formal, deci legea penală substanțială, a fost completată cu criterii materiale ale legitimității mobilului justificativ. Luarea în considerare a unui mobil legitim pentru fondarea unui nou fapt justificativ este necesar să reiasă ca regulă din legea însăși, deci din competența legislatorului, în virturtea principiului legalității incriminării, care este fundamentul dreptului penal substanțial.

Dacă legea rămâne sursa principală a incriminărilor, tot legea este cea care trebuie să suspende aplicarea acestor incriminări în cazuri justificate pentru a se restabili echilibrul pe care îl presupune echitatea. La început nu existau alte mobile legitime decât cele recunoscute de lege prin faptele justificative pe care le consacra,[1249]caracterizate de o situație de siguranță juridică și de certitudine.

Acest criteriu formal s-a dovedit a nu fi suficient, iar faptele justificative nu sunt întotdeauna strict creația legislatorului, în dreptul francez, unele dintre acestea au o origine *pretoriană*. De fapt, echitatea este cea care justifică și dă un sens practic creației *pretoriene* a faptelor justificative specifice, în opinia noastră, deoarece legea, care este tehnică și uneori rigidă, nu ia în considerare *a priori* situații distincte și particulare, care pot justifica anumite comportamente. Este vorba despre o adaptare a justiției penale la situații imprevizibile, cerută de echitatea justiţiei penale. Și în ipoteza acestor creații *pretoriene*, interesul general este cel care explică legitimitatea scopului.[1250]

Starea de necesitate este cea care a marcat debutul consacrării cauzelor justificative prin jurisprudență, înainte de a fi integrată în conținutul articolului 122-7 al Codului penal

---

[1248] Pentru o analiză argumentată a mobilului legitim, fundamentul faptelor justificative a se vedea François Rousseau, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Ed.Dalloz, Paris, 2009, p.175 și urm.

[1249] V.R.Merle, A.Vitu, *Traite de droit criminel-Droit pénal général*, no.436 *apud* François Rousseau, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz 2009, p.175

[1250] P.Auvret, J. Cl. Communication, nr.192; comp Emmanuel Dreyer, J, Cl. Pénal Annexes v.Presse, fasc.90, nr.157 *apud* François Rousseau, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Ed.Dalloz, Paris, 2009, p.176

francez. Apoi acest proces a fost continuat de **(B.a)** *excepția bunei credințe*, în afara prevederilor Legii din 29 iulie 1881 cu privire la presă, care permite impunitatea autorului unei defăimări şi care poate fi de fapt privită ca un fapt justificativ, precum și (**B.b)** *libertatea de exprimare*, văzută de unii autori mai degrabă ca o mutație a bunei credințe într-un context polemic, totuși de interes general.[1251] Destul de recent, a apărut o nouă cauză justificativă *pretoriană*: **(B.c)** *justificarea săvârşirii unei infracțiuni atâta timp cât este necesară pentru exercitarea drepturilor de apărare.* În acest ultim caz, Curtea de Casație franceză a conferit principiului general al drepturilor apărării rolul unui nou fapt justificativ.[1252]

Aceste aspecte nu rămân fără impact asupra principiului legalității în materie penală, care este temperat în numele echității, în materie de cauze justificative. Considerăm că echitatea este sursa principală care a permis şi determinat aceste adaptări. Conform vremurilor noastre şi realităților actuale, se pare că legea nu mai poate constitui un criteriu suficient de determinare a legitimității mobilului justificativ, aceasta trebuind să fie completată cu ajutorul criteriilor materiale, conforme realității sociale care evoluează, la rândul său.

Aceste criterii sunt: existența voinței de a servi interesului general, care poate justifica mobilul de acțiune prin verificarea existenței proporționalității și necesității, așa cum sunt prevăzute, interesul existând în mod concret. Adaptând regulile la noua realitate evolutivă, echitatea va funcționa corect într-un stat de drept modern. Cu privire la această adaptare echitabilă, autorii francezi consideră că judecătorul are autoritatea și libertatea de a adapta legea la faptele justificative prin analogie, deoarece această metodă permite judecătorilor de a crea o nouă cauză de justificare, neprevăzută de lege, cât timp este similară unei fapte justificative care există deja.[1253] Păstrând același raționament, este vorba de o nouă incriminare, analogia trebuie să fie acceptată atunci când operează *in favorem*, evident.[1254]

Constatăm că există o adevărată emancipare a judecătorului penal francez, care, în numele echității, poate acum să justifice fapte în afara rigidității legilor substanțiale.

[1251] Jean Christophe Saint-Pau (dir.), *Droits de la personnalité*, Ed.Lexis Nexis, Paris, 2013, p.986

[1252] François Rousseau, op.cit. p.175

[1253] R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel-Droit pénal général* préc no.173 *apud* François Rousseau, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Ed.Dalloz, Paris, 2009, p.175

[1254] *Ibidem*

Emanciparea judecătorului cu privire la lege poate fi înțeleasă în ce privește *teoria anti-juridicității* conform doctrinei, deoarece înainte de actualul Codul penal francez, infracțiunea determinată de necesitate, dacă vizăm exemplul stării de necesitate, corespundea unei atitudini contrare justiției formale în lipsa unei legi care permitea justificarea sa.[1255] Această atitudine putea rămâne conformă interesului social, sau justiției, cât timp se asocia menținerii unei valori superioare celei sacrificate prin săvârșirea infracțiunii.[1256]

B.a) *Buna credință* ca fapt justificativ *pretorian* în materie de defăimare

Incriminată prin Legea din 29 iulie 1881 cu privire la libertatea presei,[1257]defăimarea și combaterea sa prin lege depind de caracterul său public[1258]și de asemenea, de calitatea victimei în caz de defăimare publică. Autorul defăimării trebuie *să conştientizeze că aduce atingere onoarei victimei.*[1259] Vizând această ipoteză, Curtea de Casație franceză afirmă că „imputările defăimătoare au fost considerate de drept realizate cu intenția de a prejudicia”[1260] și „această prezumție nu poate dispărea decât în prezența faptelor justificative de natură a

[1255] François Rousseau, op.cit.p.142

[1256] În acest sens: construirea unei locuințe fără autorizație de construire a fost justificată de necesitatea în beneficiul unui tată care dorea să-și găzduiască cei doi copii aflându-se în imposibilitatea de a găsi o locuință decentă şi salubră. (Trib. cor. Colmar, 27 apr. 1956, JCP 1957, II, 10041, notă J.-M. Aussel *apud*. François Rousseau, *op.cit*. p.142), în mod formal situația era nedreaptă, incriminată de lege și nejustificată de aceasta, deoarece, la acea vreme, starea de necesitate nu era consacrată de lege. Dar din punct de vedere moral, integritatea fizică și a copiilor a fost protejată prin însăși comiterea infracțiunii și acest aspect a primat în fața respectării regulilor de urbanism. Latura morală a echității este deci resimțită și absolut justificată în situații precum aceasta.

[1257] Articolul 29 din această lege prevede că: „Orice afirmație sau imputare a unei fapte ce aduce atingere onoarei, sau considerației unei persoane, sau entități căreia i se impută fapta, constituie o defăimare. Publicarea directă sau pe cale de reproducere a acestei afirmații sau imputări se pedepsește, chiar dacă se face sub formă dubitativă sau dacă vizează o persoană, sau o entitate ce nu este numită în mod expres, dar a cărei identificare este posibilă prin termenii discursurilor, strigătelor, amenințărilor, scrise sau imprimate, pancarte sau afișe vizate. Orice exprimare ofensatoare, termeni de discreditare sau invectivă care nu include imputarea nici unei fapte constituie o injurie.”

[1258] Art.30 și urm.– pentru defăimarea publică, Codul penal francez art.R.621-1 – pentru defăimarea ne-publică

[1259] Ph.Conte *Droit pénal spécial*, prec., nr.420; E. Dreyer, J. Cl. Pénal Annexes, co. Presse fasc.90, nr.49; V. Malabat, *Droit pénal spécial*, prec.nr.560; M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial* prec.nr. 466 *apud* François Rousseau, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Ed.Dalloz, Paris, 2009, p.142

[1260] C.Cas. Secție penală,24 iunie 1920, DP 1920, 1, p.48 ; 16 martie 1948, Bul.jurisp.pen.1948 nr.93 ;3 mai 1972 Bul.jurisp.pen 1972, nr.151 ; 19 nov.1985, Bul.jurisp.pen.1985, nr.363 ; C.Cas. Secție penală.29 nov.1994, Bul.jurisp.pen. 1994, nr.382; 14 mai 2002; JCP 2003, I, 126, nr.8, disponibile pe www.legifrance.gouv.fr, consultate la 20.03.2016

admite *buna credință.*"[1261] Magistrații Curții de Casație s-au autorizat, în afara oricărui text legal, să creeze un nou fapt justificativ, care corespunde defăimării, adică: *buna credință*.[1262]În acest context, există și aspecte delicate în ce privește echitatea, de exemplu în situația de prezumție a răspunderii directorului publicației, când acesta poate încerca să răstoarne această prezumție invocând cauza de iresponsabilitate penală, deci fie un fapt justificativ care are la bază *buna credință,* fie libertatea de exprimare.[1263]

Jurisprudența franceză califică *buna credință* ca fiind o justificare ce poate determina singură inversarea prezumției care se asociază intenției de a prejudicia. Aceasta înseamnă prejudicierea unui interes particular al unui individ ce face parte din societate, pentru a proteja interesul general, care desigur rămâne mai important decât interesul individului în cauză. Buna credință, după părerea noastră, nu anulează intenția de prejudiciere propriu-zisă, dar se dovedește a fi o condiție destul de tehnică ce poate fi demonstrată și care este un obstacol în fața caracterizării elementului constitutiv al defăimării. Este evident că buna credință justifică intenția de prejudiciere, însă acestea rămân două entități diferite, în timp ce jocul pe scena principală se desfășoară între un interes particular care este afectat de defăimare și un interes general care este protejat prin aceeași defăimare, cu bună credință. Și știm întotdeauna ce va predomina.

Este bizar să observăm că buna credință este o cauză veritabilă de justificare recunoscută de jurisprudență. Aceasta pentru că ea nu permite autorului să demonstreze că nu a avut cunoștință de natura defăimătoare a afirmațiilor exprimate, intenția fiind clară.[1264] Însă tocmai intenția este cea care servește unui scop onorabil din punct de vedere al interesului general. Deci ea poate fi justificată într-un mod care să producă situații inexplicabile din punct de vedere logic, deoarece, în această situație, este foarte clar că buna credință nu este

[1261] C.Cas. Secție penală 28 ian.1916, DP 1920, 1, p.95 ; 27 oct 1938, DP 1939, 1, p.77, nota P.Mimin ; 3 mai 1972 Bul.jurisp.pen 1972, nr.151; 19 nov 1985 Bul.jurisp.pen.1985, nr.363 , 14 nov.2005 disponibile www.legifrance.fr, consultate la 20.03.2016

[1262] Ph.Conte, *La bonne foi en matière de diffamation, notion et rôle* ; Droit pénal spécial, no.413 ; B de Lamy, La liberté d'opinion et le droit pénal, LGDJ, 2000,nr.327 ; P. Auvret, J-Cl. Communication, v. Diffamation, fasc. 3130 (calificând ca fapt justificativ buna credință, nr.150 dar o asociază ulterior prezumției de intenție, nr.152 ; E. Dreyer, J.-Cl. Pénal Annexes, nr.153 și s. *apud* François Rousseau, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, 2009, p.142

[1263] François Rousseau, *La protection pénale de l'honneur* dans Jean Christophe Saint-Pau (dir.), *Droits de la personnalité, Lexis Nexis 2013, Paris, p.973*

[1264] Pentru o opinie similară a se vedea François Rousseau, *op.cit*.p.143

tocmai o cauză de justificare, dacă analizăm faptele concrete (intenția de prejudiciere există), dar o altă entitate o poate justifica: *echitatea.* De această dată este vorba despre echitate în sensul său *protector al interesului general*. De fapt echitatea militează aici în sensul interesului general, care pare mai important în numele adevărului și moralității societății întregi și ea justifică buna credință cu care este săvârșită defăimarea. Este un paradox, dar dacă extindem punctul de vedere, putem ajunge la concluzia că sacrificăm un interes minor în favoarea unui interes major. Totuși, putem afirma[1265] că, în mod contrar moralei, scopul de a servi interesului general scuză mijloacele, nu e așa? Deci la nivel individual, echitatea nu există în această ipoteză, în schimb, la nivel de interes general, ea există. Așadar putem afirma că această cauză justificativă pretoriană este deci justificată de interesul general, dar nu și de interesul particular, individual.

De fapt, elementul psihologic al defăimării se structurează într-o conştientizare a aducerii atingere onoarei, pe de o parte, și o conștientizare a producerii unui prejudiciu, pe de altă parte. Unii autori francezi[1266] contestă acest punct de vedere explicând că articolul 29 al Legii din 1881 nu presupune un alt rezultat în afara atingerii adusă onoarei, sau considerației. Deci intenția privind acest rezultat nu implică nimic altceva decât voința de a acționa, fiind conștient de această atingere. Cerința unei voințe de a prejudicia revine să adauge un dol special neprevăzut de textul de incriminare. Însă un autor[1267] explică faptul că în realitate „defăimarea presupune o atingere a unui drept al personalității victimei, deci un prejudiciu moral și fără a fi nevoie de a adăuga un oarecare dol special, intenția de defăimare, prin reflectarea elementului său material ar implica o voință de a prejudicia", și împărtășim această opinie deoarece nu este o justificare echitabilă din punct de vedere individual, adică, prin raportare la cel care suferă prejudiciul moral.

În același context, un exemplu care dezvăluie echitatea din perspectiva interesului general în detrimentul interesului particular, este cel al istoricului care dezvăluie după câțiva ani de muncă, colaborarea unei persoane cu Germania nazistă în timpul celui de-al Doilea

[1265] De această dată, dacă lucrurile se raportează la nivel individual, nu general

[1266] Ph.Conte, *La bonne foi en matière de diffamation, notion et rôle*; *Droit pénal spécial*, nr.418; E. Dreyer, J.-Cl. Pénal Annexes nr.50 ; M.L. Rassat, Droit penal special, nr.466 *apud* François Rousseau, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, 2009, p.143

[1267] J.C. Saint – Pau note sous Cass crim 24 mai 2005 préc. en *apud* François Rousseau, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Ed.Dalloz, Paris, 2009, p.143

Război Mondial, care aduce atingere onoarei și îi aduce un prejudiciu moral persoanei vizate,[1268] dar urmărește un scop legitim: adevărul istoric ca rezultat al unei activități științifice, obiectiv ce îl poate face să beneficieze de cauza justificativă a bunei credințe.[1269]Putem observa că autorul defăimării este animat de un scop legitim, în numele interesului general.

Condițiile proporționalității și necesității se regăsesc în exigența justificării prin buna credință a agentului defăimării. Buna credință nu este prezumată și jurisprudența franceză impune și condiții ce trebuie îndeplinite, precum cea de prudență în exprimare, obiectivitate și absența animozității defăimătorului,[1270]legitimitatea scopului urmărit și seriozitatea anchetei.[1271] În plus, buna credință este subordonată unui scop legitim, dar de interes general. În mod logic, dacă există o *necesitate* de a proteja acest interes general, defăimarea poate fi justificată prin buna intenție.[1272] Mai mult, dacă luăm în considerare ideea conform căreia fundamentul faptelor justificative rezidă într-un mobil legitim, deducem o altă asemnănare între buna credință și celelalte cazuri justificative.[1273]Putem de asemenea identifica cele trei condiţii comune oricărui fapt justificativ: necesitatea infracțiunii, proporționalitatea și absența greșelii anterioare, condiții care, în opinia noastră, au la bază echitatea.

Această creație *pretoriană* este dovada că echitatea a determinat judecătorul penal să se emancipeze cu privire la legea penală substanțială în materie de fapte justificative și să fie deschis la ocazia unei posibilități de realizare *in concreto* a justiției, în sensul său de justiție echitabilă și adaptabilă cazurilor concrete. Dar acest caz nu este singurul, echitatea a

[1268] François Rousseau, op.cit. p.144

[1269] Curtea de Casație, Secție penală,. Dec.28 dec.1933, *Bul.jurisp.pen*. 1933, nr.125; 16 mai 1995, *Bul.jurisp.pen*.1995, nr.175, disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr/, consultată la 19.06.2016

[1270] P. Auvret, J.-Cl. Communication, prec. No.176 și urm. E. Dreyer, J. Cl Penal Annexes, nr.120 și urm. *apud* François Rousseau, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Ed.Dalloz, Paris, 2009, p.144

[1271] Curtea de Casație, Secție civilă, Dec.14 martie 2002, Bul.jurisp.civ 2002 II nr.41, CA Paris, 30 sept, 1998: Dr. penal 1999, com.23, disponibilă pe https://www.legifrance.gouv.fr/, consultată la 19.06.2016

[1272] *Per a contrario*, injuria nu poate fi justificată prin buna credință, decât în caz de polemică politică sau satirică, unde aprecierea criteriilor bunei credințe poate fi mai suplă – a se vedea în acest sens N.Mallet-Poujol, *Le juge et l'idéologie dans le procès en diffamation* : Legipresse 2005, nr.218. II, p. 1 ; A. Tralongo, teză citată anterior, nr.456

[1273] V. François Rousseau, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Ed.Dalloz, Paris, 2009 infra 149, p.169

fundamentat, în dreptul penal francez și libertatea de exprimare și drepturile la apărare ca surse a altor fapte justificative *pretoriene*.

B.b) Libertatea de exprimare - cauză justificativă prin prisma echității

Secția penală a Curții de Casație a găsit în libertatea de exprimare o nouă sursă a unei cauze justificative. Avându-se la bază articolul 10 al Convenției pentru Protecția Drepturilor Omului și Libertăților Fundamentale, se consideră că afirmațiile incriminate de legea penală referitoare la un subiect de interes general și care nu depășesc limitele admise ale libertății de exprimare, nu atrag răspunderea penală a autorului acestora.[1274]Această cauză justificativă este inspirată de jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului.[1275]

În ceea ce privește plasarea libertății de exprimare în raport cu celălalt fapt justificativ derivat din buna credință, prima constituie un fapt justificativ distinct, *sui generis*',[1276] în acest sens ea putând justifica o defăimare, dar și o injurie, în timp ce buna credință nu poate în general justifica o injurie;[1277]justificarea derivată din libertatea de exprimare se bazează numai pe două criterii: contribuția la o dezbatere de interes general, ceea ce exclude legitimitatea afirmațiilor defăimătoare care se raportează numai la un interes privat, precum denunțarea faptelor de viol fără a implica o oarecare disfuncție a instituțiilor judiciare[1278] și respectarea limitelor admisibile ale libertății de exprimare, una din aceste limite este garanția autorității și imparțialității justiției.[1279]

[1274] C.Cas.Secție penală. 12 mai 2009 : Dr.pen.2009, com.120, obs.M.Veron ; D.2009, p.2319, nota E.Agostini ; C.Cas. Secție penală.11 martie 2008: D.2008 p.2256; C.Cas Secție civilă 3 feb.2011, nr.282, p.226, nota H.Leclerc disponibile pe www.legifrance.gouv.fr, consultate la 19.03.2016

[1275] C.E.D.O. 21 ian.1999, *Fressoz et Roire împotriva Franței; CEDO 7 nov. 2006 Mamere î./ Franței; C.E.D.O.7 iunie 2007 Dupuis î./Franței; C.E.D.O. 18 sept 2008 Cbalabi î./ Franței : Dr. Pen.2009, chron.4, Un an de droit européen en matière pénale, de E. Dreyer, spéc. Nr.37, disponibile pe http://hudoc.echr.coe.int/, consultate la 19.03.2016*

[1276]A. Tralongo, op.cit., nr.373

[1277] C.Cas. Secție penală , 12 nov 2008 : D.2009, p.402 disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr, consultată la 19.03.2016

[1278] A se vedea C.E.D.O., 6 apr.2010, *Ruokanen î./ Finlandei*: D.2010, p.2409, nota L. François http://hudoc.echr.coe.int/, consultată la 19.03.2016

[1279] A se vedea C.Cas. Secție penală, 8 iunie 2010, Bul.jurisp.pen 2010, nr.103 de ex. disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr, consultată la 19.03.2016

Conform doctrinei, aceste diferențe între cele două cauze justificative sunt formale, deoarece contribuția la o dezbatere de interes general nu presupune lipsa urmăririi scopului legitim necesar bunei credințe și respectarea limitelor admisibile ale libertății de exprimare nu este concepută fără revenire la absența animozității personale și prudența în exprimare. Deci jurisprudența franceză este pe cale să declanşeze o "mutație a bunei credințe înspre libertatea de exprimare."[1280]

Autorii francezi[1281] consideră că domeniul libertății de exprimare s-ar limita la justificarea defăimărilor, sau injuriilor aduse într-un context polemic, dar de interes general și în acest sens, libertatea de exprimare pare ca un simplu dezmembrământ al bunei credințe.

Pentru a identifica legătura dintre echitate și noua cauză justificativă a libertății de exprimare, trebuie să privim echitatea ca fiind esența bunei credințe care, la rândul său, este subordonată unui scop legitim, dar de interes general. Respectarea limitelor admisibile ale libertății de exprimare, ca garanție a autorității și *imparțialității justiției, justifică în mod echitabil, această creație a jurisprudenței franceze.* Justiția este echitabilă și adaptabilă cazurilor concrete. Echitatea este noțiunea vastă care se adaptează moravurilor societății din timpul istoric dat și trebuie să asigure concordanța dreptului penal cu realitatea socială. În acest sens libertatea de exprimare satisface *necesitatea* de a proteja interesul general, dar și necesitatea de a proteja interesul individual și de menținere a echilibrului între cele două interese în fața legii penale.

B.c) Echitatea ca fundament al justificării prin *drepturile de apărare*

Justificarea prin drepturile la apărare reprezintă încă o „modalitate de a se recunoaşte preeminența justiției materiale a comportamentului în fața justiției formale"[1282] prin voința judecătorului penal. De exemplu în materie de încălcare a secretului profesional, jurisprudența franceză a dat dreptate medicului care, pe motivul acuzațiilor aduse împotriva

[1280] A se vedea C.Cas. Secție penală.23 nov 2010, Dr. Pen.2010, nr.16, obs M. Veron disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr, consultată la 19.03.2016

[1281] B.Beignier, B.Lamy și E. Dreyer,op.cit. nr.799

[1282] François Rousseau *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Ed.Dalloz, Paris, 2009, p.144, de fapt observăm această *justiție materială a comportamentului* ca restabilire a echilibrului care a fost perturbat de tehnicitatea textului legii penale substanțiale care nu poate întotdeauna să prevadă toate situațiile posibile, jurstificată deci prin echitate.

sa, a trebuit să dezvăluie informații acoperite de cerința respectării confidențialității medicale, pentru a-și asigura apărarea.[1283]

Aceeași justificare a fost aplicată mai târziu de către jurisprudență și în ceea ce privește „avocații[1284], auditorii financiari[1285] și pentru consilierii fiscali[1286] și a extins-o în beneficiul jurnaliștilor pentru a-i salva de o condamnare, pentru tăinurirea de informații ce provin dintr-o încălcare a confidențialității, care pun la dispoziție documente acoperite de respectiva confidențialitate, în susținerea apărării lor în cadrul unei acuzații de defăimare.[1287] În acest ultim caz, deținerea și punerea la dispoziție în justiție a documentelor obținute prin încălcarea confidențialității, nu pot fi pedepsite în baza articolului 321-1 din Codul penal francez, dacă este vorba, în cazul unui jurnalist, de a stabili adevărul spuselor sale, astfel încât reproșul adresat unei alte persoane nu poate constitui o defăimare.

Pentru avocații vizați, Curtea de Casație a admis de asemenea că „obligația secretului profesional al unui avocat nu poate să îi interzică, pentru a se justifica în fața acuzației ce i se aduce și ce rezultă din divulgarea de către un client a unei corespondențe schimbate între ei, să pună la dispoziție alte documente din această corespondență care sunt utile interesului său de a se apăra.”[1288]

Dacă luăm în considerare exemplul salariatului care prezintă documente în timpul unei judecăți în fața tribunalului muncii, documente ce aparțin fostului angajator, de la care au fost sustrase, nu se poate ignora incidența furtului în această ipoteză. Este de fapt un furt care servește în mod direct, dar necesar și proporțional, exercitării dreptului la apărare. Salariatul utilizează documentele în scopuri personale și împotriva proprietarului acestora.

[1283] C.Cas. Secţie penală.20 dec.1967, cauza Roi des Gitans (Regele ţiganilor), D.1969, jurispr. p.309, nota E. Lepointe, disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr, consultată la 19.03.2016

[1284] C.Cas. Secţie penală.29 mai 1989, Bul.jurisp.pen.1989, nr.218; 16 mai 2000, Bul.jurisp.pen.2000, nr.192, disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr, consultată la 19.03.2016

[1285] Secţie .Com..14 nov.1995, Bul.jurisp.civ. 1995, IV, nr.262, disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr, consultată la 19.03.2016

[1286] Paris, 11 ian.1985, D.1985 jurispr. p.276, note P.Decheix

[1287] C.Cas. Secţie penală 11 iunie 2002, JCP 2003, II, 10061, nota E.Dreyer; 11 feb 2003, D.2004, p.317, obs. B.de Lamy, disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr, consultată la 19.03.2016

[1288] Curtea de casație, Secție penală, din 29 mai 1989, 87-82.073, Publicat în buletinul jurisprudenței penale 1989 N° 218 p. 550, disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr, consultată la 19.03.2016

Din perspectivă psihologică se află în cunoștință de cauză și are voința de a utiliza documentele în scopuri personale, dar în ciuda acestui fapt, impunitatea salariatului rezultă dintr-un fapt justificativ. Doctrina explică această justificare extrasă din drepturile de apărare precum *starea de necesitate*, prin analogie la aceasta, deoarece exista riscul unei decizii nefavorabile a jurisdicției de dreptul muncii, element care dovedeşte pericolul existent şi iminent, ce amenința salariatul, aşadar, în acea situaţie, furtul documentelor reprezenta actul necesar pentru a-și proteja drepturile la apărare.[1289]

Am putea opune însă acestor argumente posibilitatea obţinerii, în mod legal, prin solicitarea de către instanţă de aducerea documentelor necesare în faţa acesteia, ca probe, pentru exercitarea apărării sale[1290]și deci, în această situaţie furtul nu ar mai fi fost unicul mod de a-și salva interesele de apărare. În concluzie, situația nu poate fi justificată de condițiile stării de necesitate care sunt, practic, diferite. Dar ce se întâmplă dacă solicitarea judiciară de prezentare a documentelor rămâne fără succes, deoarece este tardivă și deci, furtul rămâne singurul mijloc de a se evita distrugerea documentului înaintea dispunerii aducerii acestuia în faţa instanţei, de către judecători?[1291] Condiția de necesitate s-ar verifica în acest caz. Este destul de sensibilă asimilarea acestui risc judiciar unui pericol în sensul său din cadrul stării de necesitate, susține doctrina, și se pune problema că în continuare, în momentul când salariatul a reținut documentele pentru a-şi asigura dovezi, era puţin probabil că instanța de dreptul muncii va demara procesul împotriva acestuia, deci pericolul- riscul deciziei judiciare nefavorabile nu era actual şi nici iminent.[1292]

Alte observații împotriva argumentului de stare de necesitate în acest caz ar fi că exigența de actualitate a pericolului respinge ideea unui pericol pur si simplu eventual, cum este el în conştiința salariatului, care fură documente, deoarece el presupune că decizia îi va fi

[1289] În acest sens E. Lepointe, notează sub C.Cas.Secție penală. 20 dec 1967 ; J. Lasserre Capdeville, *Les droits de la défense, nouvelle cause prétorienne d'irresponsabilité pénale* ; J.C. Saint-Pau, nota sub C.Cas.div.crim. 24 mai 2005 *apud* François Rousseau, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, 2009, p.146

[1290] *Ibidem*

[1291] J.C Saint-Pau, nota sub C.Cas.div.crim. 24 mai 2005 *apud* François Rousseau, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, 2009, p.146

[1292] Merle, A Vitu, Traite de droit criminel-Droit pénal spécial, de A. Vitu, nr.2012 ; J.C. Saint-Pau, nota sub C.Cas.div.crim.24 mai 2005 ; J. Lasserre Capdeville, Les droits de la défense, nouvelle cause prétorienne d'irresponsabilité pénale *apud* François Rousseau, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, 2009, p.147

defavorabilă,[1293] nefiind însă cert că aşa se va întâmpla în final, chiar dacă se poate estima acest pericol, aceasta rămâne o estimare care este posibilă, şi nu o certitudine.

Alți autori[1294] susțin că drepturile la apărare au legitimitatea lor ca fapt justificativ într-o *autorizație implicită a legii* care ar rezulta din diferite texte de procedură ce garantează exercitarea drepturilor la apărare, este preferabil de a vedea aici o cauză de justificare autonomă, admisă atunci când pare indispensabilă pentru garantarea echității unui proces și articolul 6 §1 al Convenției europene a drepturilor omului îi servește ca fundament implicit[1295] însă există de asemenea o idee care admite aplicarea normativă a unui principiu de apărare.[1296]

Într-adevăr, în opinia noastră, judecătorii consacră echitatea în plan practic prin aceste hotărâri și creații *pretoriene* ale cauzelor justificative, acordând o *justiție justificativă* celui care o merită, în funcție de context. Considerăm că echitatea cuprinde respectul drepturilor la apărare, asfel că aceasta poate legitima aceste cauze justificative *pretoriene*. De ce aceste cauze pretoriene ar fi ele singurele capabile să se adapteze la evoluția societății? Deoarece ele sunt consecințele directe ale unei analize echitabile aplicată *in concreto* unor fapte penale vătămătoare în aparență, dar care se dovedesc a nu fi vătămătoare în concret.

[1293] C.Cas.Secţie penală. 1 iunie 2005 Bul.jurisp.pen. 2005, nr 168, disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr, consultată la 19.03.2016

[1294] Fr. Rousseau op.cit. p.147

[1295] A se vedea Emmanuel Dreyer op.cit., infra 1221, p.866

[1296] A se vedea Y.Capdepon, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Dalloz, coll. « NBT », 2013, vol.122, nr.846, p.456

Concluzii

Dacă în ştiinţa juridică, noţiunea de *echitate* are numeroase sensuri, am ales, în prezenta cercetare, să ne referim la echitate ca având următoarea semnificație: *ceea ce este just,* i-am conferit astfel, pe parcursul tezei, sensuri ca "echilibrul între dreptul statului de a pedepsi şi drepturile acuzatului la apărare," "reguli corective de echitate", "standarde de echitate", " justificare din punct de vedere al dezideratului echităţii", "echitate obiectivă," "echitate subiectivă", sau, pur şi simplu "echitatea."

Rolul echităţii este unul esenţial în drept, pentru că prin echitate se poate perfecţiona justiţia, favorizându-se *binele comun,* relevându-se umanitatea din drept. Echitatea are forţa de a adapta dreptul la evoluţia societăţii şi a oamenilor din ea.[1297]

Dreptul penal este o *datorie de justiţie* în care subiectul echităţii este destinatarul legii penale, legiuitorul, organele abilitate şi magistraţii sunt datori *să judece echitabil,* atunci când destinatarul legii a încălcat legea penală. Atâta timp cât legea penală nu este inechitabilă, echilibrul există.

În sfera teoriei generale a dreptului este punctată ideea, pe care şi noi o susţinem pe parcursul acestei lucrări, conform căreia "una dintre principalele consecinţe ale legalismului a fost pierderea sensului echităţii, astfel că judecătorii sunt reticenţi în aplicarea echităţii şi mai ales, în recunoaşterea şi aplicarea principiului general al echităţii. În acest context, este necesară reformarea acestei atitudini deoarece ea face ca dreptul să fie rigid, iar rigiditatea nu îi este deloc proprie."[1298] În egală măsură, se evidențiază faptul că "se confundă ideea de legalitate cu cea de justiţie, uitându-se că a doua e cunoaşterea temeiului pe care se bizuie prima – instrument de asigurare a ordinii. Legiuitorii au avansat teza că dacă legea există, ea este în mod automat şi justă, deşi juriştii romani au formulat teza *Lex injusta non est lex*."[1299] Aşadar, simpla existenţă a legii nu o face şi justă. De aceea este nevoie de un corectiv precum echitatea.

[1297] A se vedea Gh. C.Mihai, *Fundamentele dreptului,* Vol.I. Știința dreptului și ordinea juridică, Ediția 2, Ed.C.H. Beck, Bucureşti, 2009, p.217

[1298] Gh.Mihai, *Fundamentele dreptului Vol.I-II*, Ed. All Beck, Bucureşti, 2003, p.182

[1299] *Ibidem*

Deşi există aspecte inechitabile, asupra cărora am atras atenţia pe parcursul analizei noastre în capitolele prezentei lucrări şi în acest sens, am propus modificări *de lege ferenda,* astfel încât reglementările respective să fie corectate de legiuitorii român şi francez, cu toate acestea, justiţia penală punitivă se aplică în temeiul principiului legalităţii incriminării şi a sancţiunilor penale, care o legitimează şi care sunt echitabile în general. Totodată, în concepţia noastră, echitatea este un principiu fundamental care le include pe celelalte principii pe care le-am analizat în cuprinsul acestei cercetări.

Întrebarea de la care a pornit această lucrare ştiinţifică este: există echitate în dreptul penal? Dacă răspunsul este afirmativ, atunci unde este această echitate?

În căutarea răspunsului, pe parcursul cercetării noastre, am constatat că se oferă garanţii ale respectării drepturilor apărării, în primul rând, prin principiile fundamentale prevăzute de legea penală română şi franceză, precum: legalitatea pedepsei şi incriminării, principiul individualizării care trebuie să se efectueze între limitele stabilite de standardele legalităţii şi pornind de la limitele individualizării legale, principiul proporţionalităţii ingerinţei statului în sfera drepturilor şi libertăţilor cetăţenilor, principiul *ne bis in idem,* principiul aplicării legii penale mai favorabile, nu în ultimul rând, sensul şi rostul cauzelor justificative, care în fond au ca fundament tot raţiuni de echitate.

Obiectivul prezentei cercetări este regăsirea principiului echităţii în Codurile penale român şi francez, care oferă cadrul general, moral şi de ce nu, etic, al aplicării justiţiei penale. Justificările cercetării sunt practice, deşi tema pare una abstractă. Fundamentul justului se află în principiile morale respectate de popor şi în educatie. Dacă acest principiu va fi enunţat în dreptul material şi implementat prin informarea prin lege a cetăţenilor (căci *Nemo censetur ignorare legem rămâne valabil,* indiferent de timpurile la care ne raportăm) avem speranţa că cetăţenii îşi vor activa simţurile şi percepţiile morale, iar justiţia va deveni mai echitabilă pentru că se va folosi de legi echitabile.

Am regăsit elemente ale echităţii în noua filosofie a politicii penale a Codurilor penale român şi francez, cea umanistă, în care se pune accent pe reintegrarea şi resocializarea delincvenţilor, însă nu se pierde din vedere totuşi faptul că aceştia merită să fie pedepsiti în funcţie de faptele lor şi de gradul concret de vinovăţie. Li se aplică pedepse echitabile, ce depind în mod crucial de instituţia individualizării pedepselor. În acest sens, individualizarea

pedepselor trebuie ghidată după principiul echităţii, dar pentru ca acest lucru să fie posibil, acest principiu trebuie enunţat.

În prezent, echitatea există în instituţia individualizării sancțiunilor prin obiectivul menţinerii unei proporţionalităţi între măsură şi scopul urmărit în lumina *justului echilibru*. Acest just echilibru este prezent între cele două interese antagonice, cel al statului, adică public şi cel privat, al individului.

Dacă sub aspect instituţional, pedeapsa, infracţiunea şi răspunderea penală constituie cele trei instituţii fundamentale ale dreptului penal, întrucât fiecare dintre acestea influenţează celelalte instituţii şi dispoziţii ale Codului penal,[1300] am ajuns la concluzia că echitatea vizează în mod direct aceste instituţii.

Echitatea există în dreptul penal material prin instituţii ca principiul răspunderii personale penale, care are la bază respectul pentru demnitatea umană într-un stat democratic (cu valoare constituţională), statul garantând că nu va aplica individului o pedeapsă dacă se conformează exigenţelor impuse de legi. De asemenea, am regăsit un alt sens al respectului demnităţii umane, ca limită a proporţionalităţii din instituţia cauzelor justificative de stare de necesitate şi consimţământul victimei, unde noi am considerat că, în această instituţie a cauzelor justificative, echitatea este prezentă întocmai prin respectarea acestei valori fundamentale.

Din punctul nostru de vedere, din corolarul echităţii face parte şi principiul proporţionalităţii pedepselor cu gravitatea faptelor comise. Analizând doctrina română,[1301]aflăm că principiul proporţionalităţii, nu a fost elaborat pentru o preîntâmpinare a unei aplicări abuzive a pedepselor, deoarece pentru aceasta ar fi suficient principiul răspunderii penale personale şi principiul legalităţii incriminării şi al pedepselor, ci pentru a limita măsurile de siguranţă, pentru a se evita ca măsurile de siguranţă să devină reale sancţiuni disproporţionat de grave în comparaţie cu utilitatea lor preventivă. Astfel, măsurile de siguranţă trebuie să fie proporţionale atât cu beneficiile sociale, cât şi cu gravitatea faptei comise şi cu probabilitatea ca autorul să comită alte fapte în viitor. Nu vedem de ce această

[1300] Ştefan Daneş în George Antoniu, Tudorel Toader (coord), *Explicaţiile noului cod penal Vol.II, Articolele 53-187*, Ed.Universul Juridic, Bucureşti, 2015, p.13

[1301] A se vedea C. Rotaru, Fundamentele pedepsei, op.cit.p.100

regulă nu s-ar putea aplica şi pedepselor principale, în completarea principiului răspunderii penale personale. Mai ales că proporţionalitatea este, practic, o componentă a echităţii, iar scopul acesteia constă întocmai în împiedicarea unei aplicări abuzive a pedepselor. În prezent în dreptul penal român, individualizarea pedepselor are la bază principiul constituţional al proporţionalităţii restrângerii drepturilor fundamentale prevăzut de art.53 din Constituţia României si de art.18 al Convenţiei Europene a Drepturilor Omului, însă diferenţa dintre această consacrare indirectă, în viziunea noastră, şi o reglementare *in concreto* a principiului proporţionalităţii sancţiunilor penale cu faptele, este evidentă.

În concluzie, echitatea este noţiunea cheie ce se impune a fi respectată. Aceasta se regăseşte în principiul legalităţii pedespelor şi a incriminării, sau în exigenţele de claritate şi previzibilitate nu numai a legilor penale, dar şi a deciziilor instanţelor judecătoreşti, pentru că, în fond, se caută corectitudinea în activitatea de pedepsire. Echitatea ţine de esenţa acestor principii şi cerinţe calitative ale dreptului penal substanţial, ea fiind piedestalul principiilor fundamentale ale dreptului penal, din ea izvorăşte *de facto* justiţia penală. Respectarea regulilor şi principiilor fundamentale este indispensabilă unei condamnări finale echitabile, iar exigenţa respectării acestor principii există atât în dreptul penal român, cât şi în dreptul penal francez.

De aceea considerăm că a se stabili de către legiuitor că echitatea este fundament al actului de justiţie, punct de pornire în activitatea de înfăptuire a justiţiei penale şi standard în stabilirea limitelor pedepselor este esenţial. Această iniţiativă nu ar fi una dificilă în dreptul penal substanţial francez, având în vedere curentele de gândire juridică, istorică şi evoluţia dreptului şi a politicii penale franceze, care sunt cu preponderenţă orientate înspre caracterul uman şi moral al sancţionării penale, având ca scop aşa numita umanizare progresivă a pedepselor,[1302] aşa cum am putut constata în analiza instituţiilor în care am identificat prezenţa echităţii în dreptul penal francez. Totodată este foarte important că această politică de umanizare este în prezent şi cea consacrată de actualul Cod penal şi actuala politică penală română.

[1302] Legea penală franceză a evoluat lent înspre pedepsele în accord cu standardele umanitare ale echității, susţinem aceasta în condiţiile în care în anul 1757 se întâmpla monstruoasa execuţie a slujitorului Robert Francisc Damiens de la curtea regală a Regelui Ludovic al XV-lea pentru o tentativă de omor asupra regelui- pentru o imagine completă a situaţiei a se vedea detaliile execuției în Ion Tanoviceanu, op.cit.pp. 57-61

Noua politică penală română şi franceză este în acord cu dezideratul echității pentru că în actuala lege penală, pedeapsa are ca principal obiectiv resocializarea condamnaţilor şi recuperarea lor socială.

În fapt, valorile unei societăţi determină cât de echitabile sunt dreptul şi justiţia la un moment dat în societatea respectivă. Se impune, în consecinţă, ca la baza activităţii normative şi judiciare, să existe întrebări ca: este echitabilă, sau nu, sancţiunea în raport cu împrejurările obiective şi subiective ale cazului dat ?; cât de echitabil ar fi să se dispună o sancţiune penală principală, accesorie, complementară, în raport cu specificul situaţiei şi cu importanţa valorii sociale afectate, precum şi modul în care a fost afectată valoarea ?; este echitabil cumulul unor categorii de sancţiuni,în sensul că există un raport între ce se obţine din acest cumul şi gravitatea faptei în urma căreia se aplică un asemenea regim sancţionator?; se poate merge până la justificarea incriminării unor fapte prin prisma echității, mai exact la a se concepe echitatea ca reprezentând un criteriu de incriminare al faptelor în legea penală substanțială, ş.a.m.d.

Deşi nu a fost invocată *expresis verbis* în textele legale, această prerogativă de apreciere a necesităţii[1303]aplicării sancţiunii penale, existentă deja în dreptul francez, se manifestă totuşi prin noua politică penală din Codul penal român, care conferă judecătorilor aptitudinea legală de a aplica mijloacele alternative la executarea pedepsei. Astfel în Codul penal român au fost prevăzute instituţii noi ca: renunţarea la pedeapsă şi amânarea aplicării pedepsei, la care se adaugă suspendarea executării pedepsei sub supraveghere. Identificăm o similitudine generală a reglementărilor din dreptul penal român cu cele din dreptul penal francez.

Echitatea se regăseşte aşadar în dreptul penal substanţial, într-o manieră indirectă, prin acest principiu al proporţionalităţii pedepselor, precum şi prin principiul necesităţii intervenţiei penale, care sunt interdependente şi au o bază comună, aceea a *valorilor sociale*.

[1303] Constituţionalizarea dreptului pedepselor penale are ca fundament art.8 din Declaraţia din 1789 şi a generat alte două principii complementare : principiul necesităţii pedepselor şi cel al individualizării (*La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée*). Principiul necesităţii în dreptul francez implică o moderaţie a represiunii penale, prin adaptarea pedepsei prevăzute în textul de lege la comportamentul incriminat. Altfel spus, principiul necesităţii presupune exigenţa proporţionalităţii pedepsei cu gravitatea faptei, iar Consiliul Constituţional francez cenzurează pedepsele evident excesive. Este vorba despre o limitare prin lege a dreptului de a pedepsi al statului.

Rolul echităţii în dreptul penal substanţial, în special în instituţia individualizării pedepselor, este, aşadar, acela de a asigura justiţiabilul că pedeapsa sa este realmente proporţională, adecvată şi îi este aplicată numai în condiţiile în care ea este necesară. Practic, considerăm că proporţionalitatea este o formă particulară a echităţii în dreptul penal substanţial.

În înfăptuirea justiţiei penale, echitatea poate fi concepută ca fiind *tehnica prin care principiul de maximă utilitate pentru victimă trebuie, în mod imperativ, plasat în echilibru cu cel al unei minime suferinţe necesare pentru infractor*[1304] pentru că astfel se obţine echilibrul între actorii principali ai scenei dreptului penal.

Individualizarea pedepselor în dreptul penal român are la bază principiul constituţional al proporţionalităţii restrângerii drepturilor fundamentale prevăzut în art.53 alin. 2 al Constituţiei României si art.18 al Convenţiei Europene a Drepturilor Omului. Un principiu al proporţionalităţii pedepsei cu gravitatea infracţiunii nu este însă reglementat expres, nici în dreptul penal român, nici în cel francez. Se pune, în general, accent pe controlul şi pe corectarea „măsurilor disproporţionate", sau pe ideea proporţionalităţii ingerinţelor statului în exerciţiul drepturilor şi libertăţilor cetăţenilor, aspecte care reprezintă o consacrare indirectă a proporţionalităţii pedepsei. Nu o putem numi neapărat o lacună a legii, cerinţa proporţionalităţii existând totuşi indirect în textul legii fundamentale şi în articolele care prevăd individualizarea sancţiunilor penale, însă o putem vedea ca pe o lipsă de claritate şi precizie a textului de lege în ceea ce priveşte noţiunea de proporţionalitate şi sensurile sale tehnice (raportul cuantum pedeapsă- pericolul şi atingerea ordinii publice aduse prin fapta penală) care ar putea deschide calea către inechităţi în activitatea de pedepsire a infractorilor.

Echitatea se manifestă în acest context prin obiectivul menţinerii unei proporţionalităţi între măsură şi scopul urmărit în lumina *justului echilibru,* astfel cum mai poate fi definită noţiunea de echitate în dreptul penal substanţial. Acest *just echilibru* este prezent între cele două interese antagonice, cel al statului, public şi cel privat,al individului. Echitatea impune ca niciunul dintre interesele respective să nu se nege în totalitate unul pe celalalt şi deci ca niciunul să nu beneficieze de o protecţie absolută, în detrimentul celuilalt.

[1304] Santiago Mir Puig, *Derecho penal Parte general*, 4-a Edicion, PPU Barcelona, 1996, p.98

Analizând jurisprudenţa Curţii europene, am constatat că, practic, verificarea proporţionalităţii nu vizează raportul dintre gravitatea faptei şi gradul de severitate al pedepsei aplicate, ci sensul respectului drepturilor şi libertăţilor persoanei, a demnităţii sale. Controlul efectuat de Curtea europeană are la bază principul umanismului,[1305] iar nu echivalenţa tehnico-juridică care s-ar cere controlată şi totodată necesară între infracţiune şi pedeapsă, în numele echităţii.

Conform *principiului minimei intervenţii*, în măsura în care există o protecţie eficientă şi totodată mai puţin restrictivă a valorilor sociale ale unei societăţi la un moment dat, ce ţine de mijloacele existente în alte domenii ca de exemplu din cel contravenţional, disciplinar, sau civil, recurgerea judecătorului naţional la sancţionarea penală încalcă principiul proporţionalităţii şi generează o situaţie inechitabilă pentru cel acuzat. Este deci, în litera textului constituţional, o ingerinţă disproporţionată[1306] în drepturile şi libertăţile individului, atipică pentru o societate democratică şi în dezacord cu principiile statului de drept, implicit cu echitatea ca fundament al justiţiei penale şi al politicii penale. "Politica penală a statului nu poate fi de competenţa exclusivă a Parlamentului, doctrina susţinând ideea conform căreia într-un stat de drept este necesar a se stabili criterii care să limiteze sfera de intervenţie a dreptului penal, plus un control al respectării respectivelor criterii de către stat în momentul penalizării comportamentelor antisociale."[1307] Suntem de acord cu acest punct de vedere şi considerăm că aceste criterii sunt întocmai cele care se cer elaborate de legiuitor şi enunţate în forma unor norme de echitate de drept penal substanţial, legitimate de principiului echităţii, deoarece acestea vor prevedea standardele de echitate obligatorii în justiţia penală. Prin acestea se va putea controla, ulterior şi *respectarea criteriilor minimei intervenţii de către stat*.

Echilibrul înseamnă echitatea în dreptul penal. Aceasta nu se limitează la rolul exclusiv de echilibru în dreptul penal, ci ea se cere a fi şi un corectiv al unui potenţial

[1305] Pentru aceeaşi logică de idei, a se vedea Flaviu Ciopec *Individualizarea judiciară a pedepselor. Reglementare.Doctrină.Jurisprudenţă. Abordare şi din perspectiva NCP*, Ed.C.H.Beck, Bucureşti 2011, p.167

[1306] Pentru o analiză mai detaliată asupra noţiunii de proporţionalitate în dreptul francez, a se vedea Monica Marcela Dinu Bakoş, *Considérations sur la notion de proportionnalité en droit français*, în Analele Universităţii de Vest din Timişoara, Seria Drept, nr.1/2016, p.123 şi urm.

[1307] Flaviu Ciopec,op. cit. p.171

dezechilibru în acelaşi drept penal. Susţinem că în numele echităţii se pot corecta prevederi legale, dar şi practici de individualizare defectuoase sau defective.

Plasându-ne în centrul dezideratului echităţii, constatăm că însăşi calificarea *ab initio* a unei sancţiuni, ca fiind o *pedeapsă,* este importantă pentru procedura pe care o declanşează şi pentru criteriile de apreciere a acestei proceduri ca fiind una echitabilă pe parcurs. Dacă judecăm lucrurile din punct de vedere al unui standard echitabil, pedeapsa rezultată, în urma unei proceduri care se vrea corectă presupune să se fi respectat prezumţia de nevinovăţie, acuzarea fiind cea obligată să dovedească acuzaţiile aduse celui în cauză, acesta nefiind obligat să-şi dovedească nevinovăţia.[1308] Este în acelaşi timp vorba despre o reechilibrare „a puterilor" celor implicaţi, statul fiind mereu în avantaj faţă de acuzat.

Şi din jurisprudenţa Curţii Constituţionale române se pot deduce concluzii care tind să enunţe şi în acelaşi timp, să concretizeze reguli ale echităţii. Cu privire la individualizarea pedepselor principale, în lumina *politicii umanizării pedepselor*, la fel ca şi în dreptul francez, în dreptul penal român, privarea de libertate ar trebui considerată o sancţiune de ultimă instanţă.[1309] Ea trebuie să fie dispusă strict în acele cazuri în care nivelul de gravitate a infracţiunii ar face ca celelalte sancţiuni, sau măsuri să fie în mod evident contrare scopului de prevenire a săvârşirii altor infracţiuni.[1310] Există standarde minime ce ţin, până la urmă, tot de dezideratul echităţii, care împiedică o incriminare penală excesivă. Nu în ultimul rând, această incriminare, dar şi pedepsire penală se efectuează doar în măsura în care ea se dovedeşte absolut necesară actului de justiţie.

În aceeaşi ordine de idei, dacă totuşi anumite valori pot fi protejate numai prin aplicarea dreptului penal, este necesar să se aleagă pedepse care restrâng cât mai puţin drepturile celor vizaţi. În acest sens, Codul penal român introduce substituirea progresivă a închisorii cu mijloace de executare neprivative de libertate ca: renunţarea la aplicarea pedepsei, amânarea aplicării acesteia, suspendarea executării pedepsei sub supraveghere, iar

---

[1308] G.Bodoroncea,V.Cioclei, I.Kuglay, L.V.Lefterache, T.Manea, I.Nedelcu, F.M. Vasile op.cit. p.159

[1309] În lumina principiului denumit de doctrină al *minimei intervenţii, nu orice conduită antisocială trebuie incriminată.*

[1310] Anexa la Recomandarea nr.R (99) 22 privind reducerea creşterii populaţiei din penitenciare şi suprapopularea acestora *apud* G.Bodoroncea,V.Cioclei, I.Kuglay, L.V.Lefterache, T.Manea, I.Nedelcu, F.M. Vasile op.cit. *p.157*

în domeniul zilelor amendă este introdusă o echivalenţă a sancţiunilor închisoare-amendă, prin măsuri care asigură coerenţa şi transparenţa în stabilirea pedepselor.[1311]

Până la ora actuală nu există în jurisprudenţa Curţii Constituţionale române o hotărâre care să sublinieze că incriminarea unei fapte este excesivă şi disproporţionată, deoarece ar exista alte mijloace de sancţionare şi nu cele penale, în numele echităţii.

Un alt aspect pe care îl considerăm important, deşi există în dreptul român Legea nr.24/2000 ce conţine exigenţe cu privire la tehnica legislativă[1312]la prevederile căreia am făcut referire în cuprinsul lucrării de față, considerăm că întocmai acesta este contextul în care ar trebui să se manifeste expres *echitatea obiectivă*, prin *norme obiective* în cuprinsul cărora legiuitorul ar putea să definească termeni şi să stabilească, pe cât posibil, situaţii şi criterii echitabile în funcţie de care legea penală să fie interpretată atunci când ea este aplicată. Totodată, aceste norme de echitate ar trebui să prevadă şi garanţii efective, prin folosirea cărora, cei îndreptăţiţi să poată solicita controlul proporţionalităţii măsurilor luate de stat în situaţia concretă în primul rând, iar în al doilea rând, un control al existenţei proporţionalităţii efective între gravitatea faptei comise şi pedeapsa incidentă pentru aceasta. De fapt, acestor criterii echitabile obiective ar trebui să li se raporteze, întreaga lege penală substanțială, iar nu numai individualizarea legală a pedepselor.

În mod formal, o restrângere poate fi justificată de o serie de considerente, însă sunt necesare instrumente echitabile care să împiedice dispunerea ei într-un mod discreţionar şi încălcarea principiului proporţionalităţii pe această cale, iar în final, încălcarea principiului echităţii. De aici şi necesitatea unei enunţări în viitorul apropiat a principiului echităţii în dreptul penal substanţial în cuprinsul Codurilor penale român şi francez, în favoarea căreia militează prezenta lucrare.

Individualizarea legală este deci efectuată în mod interdependent cu faptele, mai exact în funcţie de vătămarea pe care fapta incriminată este susceptibilă să o aducă ordinii publice. În cadrul acestui tip de individualizare, dacă ne conturăm o imagine a echităţii ca fiind o noţiune morală, putem ajunge la concluzia că ea nu şi-ar avea sensul într-o lege care

[1311] În dreptul penal francez, legea oferă judecătorilor posibilitatea de a aplica chiar o pedeapsă complementară în locul pedepsei principale, în anumite situaţii bine delimitate de Codul penal francez.

[1312] M.Of. român, Partea I, nr.260, 21 aprilie 2010, precitată

stabileşte pedepse în funcţie de un *criteriu abstract*. Echitatea devine efectivă abia în etapa individualizării judiciare a pedepsei, în care cunoaştem deja făptuitorul, personalitatea acestuia şi toate împrejurările care l-au determinat să acţioneze în maniera în care a acţionat. Din punctul nostru de vedere, în cadrul individualizării legale abstracte, echitatea este obiectivă, iar în sfera individualizării judiciare, ea devine concretă. Astfel că setul de norme de echitate care ar putea izvorî din principiul echităţii poate fi conceput de legiuitor, în funcţie de etapele de individualizare specifice, şi poate fi compus din *norme de echitate obiectivă*, care să ghideze operaţiunea *abstractă de individualizare legală* şi *norme care să stabilească limite pentru individualizarea judiciară*, întrucât aceasta este una subiectivă, le numim *norme de echitate subiectivă.*

Fie că vorbim despre latura obiectivă a echităţii prin prisma criteriului de la care porneşte individualizarea legală, sau de latura concretă a acesteia, subiectivă, prin personalizarea pedepsei şi celelalte forme de individualizare subsecvente, este cert că reglementarea detaliată a noţiunii de echitate şi ce presupune ea în Codul penal este necesară pentru a se obţine punctul de pornire în vederea implementării unei politici penale mai juste. Este nevoie de un instrument care să ofere şansa unei verificări a calităţii, dar şi a cantităţii actului de pedepsire şi care să vizeze însăşi esenţa acestuia. Actul de pedepsire, în sine, trebuie să fie în acord cu specificul timpului în care se desfăşoară şi cu setul de valori al societăţii actuale.

La nivelul Consiliului Europei a fost adoptată încă din 1992 Recomandarea Rec (92) 17[1313] cu privire la coerenţa în pronunţarea pedepselor, prin care au fost trasate linii directoare în vederea bunei desfăşurări a unei politici de individualizare legală a pedepselor. „Minimul şi maximul acestora trebuie menţionate constant în echilibru cu gravitatea reală a faptelor incriminate, iar intervalul dintre minimul şi maximul pedepsei nu trebuie să fie prea mare deoarece ar împiedica o orientare precisă a judecătorilor în aplicarea pedepselor. În egală măsură, judecătorii sunt încurajaţi spre evitarea pronunţării pedepselor carcerale, cu excepţia situaţiilor în care faptele justifică în mod evident o asemenea pedeapsă. Excluderea pedepselor cu închisoarea se impune pentru fapte care au cauzat prejudicii de mică importanţă. Echilibrul, însă,trebuie păstrat în cuantumul pedepselor de o asemenea manieră încât pedepsele de scurtă durată să nu devină o obişnuinţă pentru judecătorul penal. Neplata

[1313] Consiliul Europei, Recomandarea Rec (92) 17 din 19 octombrie 1992 disponibilă pe www.coe.int

amenzii penale nu va atrage decât în mod excepţional înlocuirea ei cu închisoarea şi numai când o astfel de alternativă este singura posibilă, după epuizarea celorlalte soluţii existente. De asemenea, antecedentele penale nu trebuie să constituie în mod automat un factor de agravare a situaţiei juridice a infractorului, iar statistica judiciară trebuie, în mod periodic să ofere publicului suficiente informaţii privind practica aplicării pedepselor, informaţii care trebuie furnizate judecătorilor astfel încât aceştia să aibă posibilitatea de a le analiza în cadrul unor seminarii organizate regulat. Nu în ultimul rând, motivarea pedepselor este imperativă pentru magistraţi."[1314] Toate aceste recomandări nu sunt altceva în viziunea noastră decât norme de bun simţ, care au ca *prima ratio* echitatea în cadrul individualizării pedepselor şi care au fost transpuse, în mare parte, atât în dreptul penal român, cât şi în dreptul penal francez.

Am constatat că standardele de echitate există la ora actuală prin exigenţele principiului legalităţii sancţiunii penale, evitându-se astfel o stabilire a pedepsei, sau o aplicare a ei în mod arbitrar.Am identificat *echitatea legală* prin textul de lege care conţine reglementarea expresă a principiului şi *echitatea judecătorului (sau o putem denumi subiectivă)* care va individualiza pedeapsa pe parcurs, ghidat însă de echitatea obiectivă a legii (cea dintâi).

De asemenea, formulăm propuneri *de lege ferenda,* pentru adoptarea unor soluţii care considerăm că s-ar impune în numele echităţii, în dreptul penal român şi francez precum:

În ceea ce priveşte dreptul penal român, *de lege ferenda*, legiuitorul ar trebui să modifice textul art 39 alin. (2) care prevede în alin (2) posibilitatea înlocuirii pedepsei cu detenţiunea pe viaţă, chiar dacă aceasta din urmă nu a fost stabilită pentru niciuna dintre infracţiunile concurente, prin suprimarea acestei posibilităţi arbitrare de a se ajunge la aplicarea unei pedepse excesive ca detenţiunea pe viaţă, aprecierea de la caz la caz asupra posibilităţii aplicării detenţiunii pe viaţă în această ipoteză lasă loc subiectivismului judecătorilor, ea nefiind echitabilă. În literatura de specialitate s-a pus problema unor posibile excepţii de neconstituţionalitate în raport de principiul constituţional al legalităţii sancţiunilor penale, câtă vreme pentru niciuna dintre infracţiunile concurente, norma de incriminare nu

[1314] Flaviu Ciopec, op.cit.pp. 174 -175

prevede pedeapsa detenţiunii pe viaţă.[1315] Această propunere de înlăturare a acestei alternative, pe care o vedem sensibilă din punct de vedere al echităţii, o invocăm şi pentru art.43 alin.(3) Cod penal care prevede posibilitatea aplicării detenţiunii pe viaţă în caz de recidivă.

Cu efecte inechitabile de agravare a tratamentului sancţionator pentru infractor, în actualul Cod penal român, aplicarea sporului de pedeapsă nu mai este facultativă, iar durata acestuia nu mai este lăsată la aprecierea instanţei, aşa cum prevedea art. 34 alin. (1) lit. b din Codul penal de la 1968, ci se aplică în mod obligatoriu şi are durată fixă, respectiv o treime din totalul celorlalte pedepse cumulate aritmetic. Propunem revenirea la prevederile din vechea reglementare, care prevedea sporul facultativ. Acest spor facultativ ar conferi judecătorului posibilitatea de a individualiza echitabil pedepsele în funcţie de situaţiile concrete. S-ar evita, pe această cale, rigiditatea regimului sancţionator, din cauza rigidităţii legii penale în baza căreia acesta se aplică. Considerăm că astfel s-ar asigura echilibrul pe care îl presupune echitatea, iar regimul sancţionator nu ar mai fi unul excesiv de represiv.[1316] Cu atât mai mult cu cât sporul de o treime se adaugă de fapt la pedeapsa cea mai grea, astfel că s-ar evita a se lăsa infractorului impresia că, după comiterea unei infracţiuni grave, celelalte infracţiuni de aceeaşi gravitate sau mai uşoare rămân, în concret, nesancţionate, din moment ce el va executa pedeapsa cea mai severă.

Detenţiunea pe viaţă este o pedeapsă care are la bază scopul eliminării condamnatului din societate în urma săvârşirii de către acesta a unei infracţiuni de o gravitate deosebită, care îi evidenţează periculozitatea. În ciuda faptului că funcţia principală a dreptului penal şi a pedepsei este cea de apărare socială împotriva delincvenţei, funcţie esenţială pentru o politică penală eficientă, doctrina afirmă în lumina umanităţii regimului de executare a pedepselor, că măsura prevăzută de art. 59 Cod penal este una corectă din punct de vedere juridic şi pe

[1315] A se vedea Viorel Paşca, op.cit.pp.330-331 şi Costel Niculeanu, *Opinie critică referitoare la aplicarea pedepsei principale în cazul concursului de infracţiuni în prevederile noului Cod Penal*, în Revista Avocatul, Secţiunea: Analize şi opinii, articol publicat în 23 iunie 2014, disponibil la http://unbr.ro/revista-avocatul/, consultat la 23.06.2016

[1316] Pentru o altă propunere a literaturii de specialitate, în sensul modificării prevederilor art. 39 alin. 1 lit. b) din Cod penal actual pentru ca sporul de pedeapsă să nu aibă o durată fixă de o treime din totalul celorlalte pedepse cumulate ci, dimpotrivă, cuantumul acestuia să fie lăsat la aprecierea instanţei de judecată.a se vedea: Costel Niculeanu, Opinie critică referitoare la aplicarea pedepsei principale în cazul concursului de infracţiuni în prevederile noului Cod Penal, în Revista Avocatul, Secţiunea: Analize şi opinii, articol publicat în 23 iunie 2014, disponibil la http://unbr.ro/revista-avocatul/

deplin întemeiată sub aspectul politicii penale. Argumentele sunt acelea conform cărora detenţiunea pe viaţă executată de condamnat până în momentul înlocuirii, sau comutării în pedeapsa închisorii, constituie, alături de aceasta din urmă, pedeapsă unică aplicată infractorului pentru infracţiunea săvârşită. De aceea este o soluţie firească aceea conform căreia, ceea ce condamnatul a executat în cadrul detenţiunii pe viaţă să fie considerat ca parte executată din pedeapsa care s-a substituit detenţiunii pe viaţă. În aceeaşi ordine de idei, comutarea, sau înlocuirea cu pedeapsa închisorii nu îi pot crea condamnatului o situaţie mai grea decât cea avută anterior, ori dacă nu s-ar efectua aceste deduceri, s-ar crea condamnatului o situaţie mai grea nu numai pentru că acesta ar fi obligat să execute o pedeapsă în plus, dar şi pentru că acesta ar fi lipsit de beneficiul unor mijloace de individualizare, cum ar fi eliberarea condiţionată.

Totodată există posibilitatea ca, până la data înlocuirii pedepsei detenţiunii pe viaţă, ca o consecinţă a împlinirii de către condamnat a vârstei de 60, respectiv 65 de ani, acesta să fi executat deja 30 de ani din pedeapsa detenţiunii pe viaţă, ceea ce înseamnă că el ar urma să fie pus în liberatate, cu atât mai mult cu cât pedeapsa executată până la dispunerea înlocuirii detenţiunii pe viaţă a depăşit 30 de ani – durata maximă a pedepsei care înlocuieşte detenţiunea pe viaţă. Ne întrebăm dacă şi în ce măsură este echitabilă această din urmă ipoteză?

Din raţiuni care, în opinia noastră, contravin deziderateloor echităţii nu împărtăşim argumentarea doctrinei, deoarece, *ab initio*, în cazul unei detenţiuni pe viaţă este vorba despre un pericol social excepţional al faptei, dar şi al infractorului care au determinat aplicarea unei asemenea pedepse. Faptul că această pedeapsă este înlocuită, sau comutată într-o pedeapsă mai uşoară, semnifică deja o ameliorare a situaţiei condamnatului, justificată într-o oarecare măsură de politica penală umanistă. Din punctul nostru de vedere, prin nededucerea, în acest caz, a perioadei de detenţie din pedeapsa închisorii aplicată, care înlocuieşte detenţiunea pe viaţă, nu se iese din sfera pedepsei unice, infractorul nu a executat decât parte dintr-o singură pedeapsă, aceea de detenţiune pe viaţă, faptul că aceasta nu este susceptibilă să fie determinată logic într-un cuantum concret în ani, nu o face o pedeapsă distinctă, pedeapsa mai uşoară cu care s-a înlocuit constituie, deci, deja un privilegiu acordat condamnatului, ea este practic o transformare a celei dintâi într-o pedeapsă cu închisoarea, astfel încât deducerea ar reprezenta un al doilea privilegiu, pe care noi îl vedem excesiv. Ceea ce s-a executat din pedeapsa detenţiunii pe viaţă poate fi luat în considerare ca o perioadă de reeducare efectivă

în sistemul penitenciar a celui condamnat, înspre dezideratul recuperării sociale a acestuia. Se încalcă astfel echilibrul unei individualizări corecte şi echitabile şi se neglijează, sau chiar se anihilează diferenţa de tratament care ar trebui să existe între condamnaţii care, spre exemplu, au comis o infracţiune cu un grad de pericol social mai scăzut şi cărora li se aplică din start pedeapsa închisorii pe o perioadă determinată şi cei deosebit de periculoşi cărora li s-a aplicat în mod just şi proporţional, detenţiunea pe viaţă. Echitatea nu înseamnă favorizare excesivă, ci echilibru. Nededucerea ar reprezenta în viziunea noastră elementul care ar reechilibra scopul politicii penale. Pedepsele nesusceptibile de reducere nu sunt incompatibile cu funcţiile de îndreptare şi resocializare a celui condamnat, prin simplu fapt că însăşi înlocuirea celei mai grele pedepse cu una mai uşoară are un rol esenţial şi echilibrat în recuperarea celui condamnat, chiar regimul penitenciar presupune un tratament al cărui scop este îndreptarea şi reintegrarea socială a condamnaţilor.

Pe de altă parte, liberarea condiţionată în cazul detenţiunii pe viaţă, presupune ca această pedeapsă nu a fost înlocuită cu pedeapsa închisorii pe timp de 30 de ani, în condiţiile art.58 C.pen, deoarece în acest caz se pune problema liberării condiţionate din executarea pedepsei închisorii, mai mult, legiuitorul a introdus separat dispoziţii legale care reglementează liberarea condiţionată în cazul celorlalte pedepse, liberarea condiţionată pentru o pedeapsă cu detenţiunea pe viaţă a devenit totuşi o pedeapsă perpetuă cu caracter relativ, nu absolut, aspect care corespunde standardelor echitabile.

În privinţa dreptului penal francez, în afara propunerilor pe care le-am efectuat deja, în cuprinsul secţiunilor şi capitolelor aferente din prezenta lucrare, considerăm că ar fi justificate de dezideratul echității următoarele:

În cazul pedepselor alternative, acestea nu sunt prevăzute pentru fiecare infracţiune în parte, ci ele sunt prevăzute global de legea franceză. Această ipoteză conferă o marjă prea largă de apreciere judecătorilor francezi. Chiar mai mult, ridică probleme în ceea ce privește proporționalitatea, deoarece acestea nu sunt destinate să sancționeze cu titlu special un anumit comportament infracţional şi nu au, prin urmare, nicio legătură cu gravitatea atingerii aduse ordinii publice de către comportamentele infracţionale în cauză. Ele sunt pronunţate strict în funcţie de personalitatea infractorului. Aşadar, alegerea judecătorului rămâne încadrată de lege, dar exigenţa respectării concordanţei cu gravitatea faptelor este inexistentă. Situaţie pe care o considerăm inechitabilă. Ipoteza este inechitabilă deoarece legiuitorul nu

prevede necesitatea legăturii de cauzalitate directă între gravitatea faptei comise și sancțiunea alternativă, care va fi aplicată în cele din urmă, aceasta înseamnă că judecătorul poate renunța la verificarea proporționalității pedepsei cu gravitatea infracțiunii respective și poate lua în considerare, în cadrul individualizării judiciare, numai personalitatea infractorului. Astfel ţelul aplicării pedepselor echitabile va fi sortit eşecului.

Se riscă vătămarea drepturilor apărării, chiar a dreptului de a suporta o pedeapsă conformă cu pericolul real al faptei comise şi cu intenția specifică a infractorului, aceasta înseamnă că principiul proporționalității devine o teorie și se confundă cu cerința de legalitate. Atunci când judecătorul pronunță o pedeapsă principală, el pronunță o pedeapsă excesivă, depășește maximul acesteia, dar cauza este aşadar lipsa unei prevederi legale, care ar justifica de fapt cenzurarea deciziei sale, [1317]iar nu lipsa proporţionalităţii. Legiuitorul francez neglijează, în cazul pedepselor alternative fixarea acestora, în mod obiectiv, având în vedere gravitatea comportamentului la care ele se raportează, lăsând judecătorului libertatea de alegere între diferite sancțiuni posibile, nu în mod obiectiv, ci în mod subiectiv, în funcție de personalitatea și de capacitatea de reintegrare a infractorului pe care judecătorul o estimează în fiecare caz în parte. Astfel, cerința proporționalității stricte între gravitatea infracțiunii și pedepsă a fost exclusă în mod contrar învățăturilor doctrinei clasice franceze, conform căreia aceleași infracțiuni merită aceleași pedepse, indiferent de autor. Aşadar, o soluţie ar fi să se reglementeze obligativitatea respectării proporţionalităţii pedepselor alternative aplicate, cu gravitatea faptei comise – să se adauge şi criteriul evaluării faptei, pe lângă cel existent deja, în baza căruia judecătorul aplică pedepse alternative exclusiv în funcţie de personalitatea delincventului şi în funcţie de aprecierea judecătorului asupra capacităţii de reintegrare a delincventului.

În virtutea respectării principiilor clarităţii legilor penale, necesităţii, legalităţii şi nu în ultimul rând, al proporţionalităţii, am propus să se prevadă în legea penală franceză, pentru fiecare faptă şi pedepsele alternative specifice în acelaşi text al reglementării acestora, astfel se va avea şi o individualizare a limitelor în funcţie de pericolul abstract al faptei incriminate, estimat de legiuitor, iar nu de judecător. La ora actuală aceste pedepse alternative sunt

[1317] A se vedea (Cass crim.)Decizia Curţii de Casaţie franceze din 6 octombrie 1999, nr.212; Cass crim.Decizia Curţii de Casaţie din 26 septembrie 2007 Drept penal, considerent 3, observaţii de M.Veron, disponibile pe https://www.legifrance.gouv.fr consultate la 12.11.2015

reglementate sub forma unei liste generală, în legea franceză, de aici şi propunerea noastră de corectare a acestei ambiguităţi.

De asemenea, dacă se reglementează principiul proporţionalităţii gravităţii faptei cu gradul de severitate a pedepsei, se evită şi căderea în derizoriu a funcţiei pedepsei. În dreptul penal francez actual, lipsesc minimele legale, cu anumite excepţii (doar crimele au minime legale prevăzute de lege).

Remarcabilă este şi evoluţia cauzelor justificative în dreptul penal francez. Ne referim la instituţia cauzelor justificative *pretoriene* care au ca fundament însăşi echitatea justificării unor situaţii imprevizibile, dar cărora legea penală trebuie să le confere şansa justificării, astfel că jurisprudenţa le-a creat deja, pe măsură ce situaţiile concrete s-au ivit în practica instanţelor penale, legiuitorul trebuind să le enunţe, la rândul său, în legea penală, aşa cum s-a întâmplat spre exemplu cu legitima apărare, care, iniţial, a fost o cauză *pretoriană* justficativă în dreptul francez, iar ulterior, ea a fost consacrată ca atare în textul legii penale, dovadă că judecătorii francezi nu sunt reticenţi în a justifica prin echitate anumite situaţii.

De-a lungul vremurilor s-a scris şi militat pentru idealizarea valorilor umanității, cum ar fi: *dreptul, dreptatea, echitatea*, valori percepute în mod absolut de către idealişti. Considerăm că această căutare a justiţiei ideale şi echitabile nu se va încheia niciodată. Se schimbă doar fondul social, timpurile, obiceiurile, tradiţiile, evoluţia socială generând aspiraţii tot mai asidue spre o justiţie corectă, echitabil împărţită de judecători, în baza unor legi juste. Ceea ce diferă este doar modul în care aceste năzuinţe sunt exprimate, ideea rămâne aceeaşi. Conflictul dintre idealul de justiție şi neputința aplicării lui în concret, în cuprinsul legilor penale, dar şi în practica instanţelor, ne-a determinat să căutăm echitatea în dreptul penal, unul dintre cele mai sensibile domenii ale dreptului în general, pentru că are impact direct asupra oamenilor, asupra conştiinţei şi sufletului lor, putându-le suprima drepturi, libertăţi, putându-i priva de libertatea fizică de mişcare pentru o perioadă limitată de timp, sau chiar pentru întreaga viaţă.

Toate acestea sunt măsuri dispuse în baza legilor, legitimate de legi scrise. Aceaste legi au, aşadar, datoria morală de a fi corecte şi echitabile, pentru ca, mai apoi şi magistraţii care împart dreptatea, în numele acestor legi, să fie la fel de corecţi cu omul pe care îl judecă.

Principiul sau dezideratul echităţii în dreptul penal substanţial poate fi enunțat astfel: dreptul penal material trebuie să fie echitabil şi să asigure respectarea şi valorificarea drepturilor victimei şi ale acuzatului, respectând demnitatea umană şi egalitatea tuturor în faţa legii penale. Echitatea fundamentează principiile generale ale dreptului penal substanţial şi în numele echităţii, aceste principii se vor valorifica. Celor care se regăsesc în condiţii similare şi sunt cercetaţi pentru aceleaşi infracţiuni, li se vor aplica aceleaşi garanţii legale.

Ceea ce am demonstrat prin cercetarea noastră este faptul că echitatea există, prin prisma aplicării principiilor fundamentale analizate. Aceasta nu este absolută, ci adaptabilă, evoluând în concordanță cu legea și cu timpul istoric guvernat de legea penală, dar și de moravurile societății. Ce este echitatea? Un corectiv în dreptul penal substanțial și un instrument care restabilește echilibrul acolo unde acesta a fost înfrânt. Invocând echitatea se pot remedia anumite lacune ale legii, sau chiar reglementări defectuoase, care generează discriminări și încalcă egalitatea tuturor în fața legii.

Ca o concluzie generală susținem prin această lucrare că justificarea principiilor fundamentale ale dreptului penal substanțial prin echitate este de natură să determine progresul justiției penale. Actul de justiție va deveni mai moral, hotărârile prin care se aplică sancțiunea penală vor fi mai bogat argumentate de către judecătorii care aplică legile penale, totodată și legiuitorii, care elaborează legile penale ce stabilesc condițiile în care se angajează răspunderea penală vor deveni mai responsabili în actul de legiferare, deoarece există un principiu susceptibil de a-i determina să raționeze *a priori* într-un mod echitabil și mai profund.

Echitatea are așadar puterea de a-l responsabiliza atât pe legiuitor, cât și pe judecătorul care aplică legea penală substanțială.

BIBLIOGRAFIE

Bibliografie română

TRATATE, CURSURI, MONOGRAFII, CODURI COMENTATE, TEZE, ALTE SURSE:

- Andreescu, Marius, *Principiul proporţionalităţii în dreptul constituţional*, Ed.C.H.Beck, Bucureşti, 2007
- Antoniu, George (coordonator), Dobrescu Emilian, Dianu, Tiberiu., Stroe Gheorghe, Avrigeanu, Tudor, *Reforma legislației penale*, Ed. Academiei Române, București, 2003
- Antoniu, George, Volonciu, Nicolae, Zaharia, Nicolae, *Dicţionar de procedură penală*, Ed. Ştiinţifică şi Enciclopedică, Bucureşti, 1988
- Antoniu, George; Toader, Tudorel (coord); Boroi, Alexandru; Brutaru, Versavia; Bulai, Nicolae Bogdan; Bulai, Costică; Daneș, Ștefan; Duvac, Constantin; Guiu, Ketty-Mioara; Ifrim,Ion; Mitrache, Constantin; Mitrache, Cristian; Molnar, Ioan; Ristea, Ion; Sima,Constantin; Teodorescu, Vasile; Vasiu, Ioana; Vlăşseanu, Adina; *Explicaţiile noului cod penal Vol.II, Articolele 53-187*, Ed.Universul Juridic, Bucureşti, 2015
- Antoniu, George,.*Noul Cod penal. Vol.1*(*art.1-56)* C.H.Beck, Bucureşti, 2006
- Aristotel, *Etica Nicomahică*, Ed. Ştiinţifică şi Enciclopedică, Bucureşti,1988, (Traducere, studiu introductiv, comentarii şi index de Stella Petecel)
- Aristotel, *Politica*, Ed.Naţională. Bucureşti, 1924
- Barbu, Constantin, *Aplicarea legii penale române în spaţiu şi timp*, Ed. Ştiinţifică, Bucureşti, 1972
- Basarab, Matei, *Drept penal. Parte generală*, vol.I, ed.a III-a, Ed.Lumina Lex,Bucureşti, 2001
- Beccaria, Caesare, *Despre infracţiuni şi pedepse*, Ed. Ştiinţifică, Bucureşti, 1965
- Boboș, Gheorghe, *Teoria generală a dreptului*, Ed.Dacia, Cluj-Napoca, 1996

- Bodoroncea, Georgina, Cioclei, Valerian, Kuglay, Irina, Lefterache, Lavinia Valeria, Manea, Teodor, Nedelcu, Iuliana, Vasile, Francisca Maria, *Codul penal comentariu pe articole, Comentarii Beck*, Ed. C.h.Beck, Bucureşti 2014
- Bulai, Constică; Bulai, Bogdan., *Manual de drept penal. Parte generală*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2007
- Buletinul Jurisprudenţei. Culegere de decizii pe anul 2007, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2008
- Cantacuzino, Matei B., *Elementele dreptului civil*, Bucureşti, Editura All Beck, 1998
- Ciopec, Flaviu, *Individualizarea judiciară a pedepselor. Reglementare. Doctrină. Jurisprudenţă.* Ed. C.H.Beck, Bucureşti, 2011
- Coca-Cozma, Maria, Crăciunescu Cristiana Mihaela, Lefterache Lavinia Valeria (coord.), *Justiţia pentru minori*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2003
- Constituția României, Modificată si completată prin Legea de revizuire a Constitutiei Romaniei nr. 429/2003, publicată in Monitorul Oficial al Romaniei, Partea I, nr. 758 din 29 octombrie 2003, republicată de Consiliul Legislativ
- Craiovan, Ion, *Filosofia dreptului sau dreptul ca filosofie*, Ed. Universul Juridic, București, 2010
- Craiovan, Ion; Istrate, Monica, *Ipostazele Justiției,* Ed.Universul Juridic, București, 2012
- Djuvara, Mircea, *Teoria generală a dreptului* (Enciclopedia juridică), București, 1930 vol I
- Djuvara, Mircea, *Precis de filosofie juridică*, București 1941
- Djuvara, Mircea, *Teoria generală a dreptului. Drept rațional, izvoare și drept pozitiv.* Ed. ALL, București 1995
- Djuvara, Mircea *Teoria generală a dreptului* (Enciclopedia juridică),București, 1930,vol II
- Dobrinescu, Ion, *Dreptatea şi valorile culturii*, Ed.Academiei Române, Bucureşti 1992
- Dongoroz, Vintilă, *Drept penal*, Ed. Tempus & Asociaţia română de ştiinţe penale, ediţia a II-a Bucureşti, 2000
- Dongoroz, Vintilă; Kahane, Siegfried; Oancea, Ion; Fodor Iosif, *Explicaţii teoretice ale Codului penal român* de. Ed.Academiei 1969, vol.I,

- Dongoroz, Vintilă, Kahane, Siegfried, Oancea, Ion, Fodor, Iosif, *Explicaţii teoretice ale Codului penal român. Partea generală*, vol II, Ed.Academiei RSR, Bucureşti, 1970
- Florian, Mircea, *Filosofia greacă, Filosofie, analize și interpretări*, Ed. Antet 1996
- Georgescu, Ştefan, *Filosofia dreptului. O istorie a ideilor*. Partea I. Ed.ALL Beck, Bucureşti, 1998
- Gheorghe, Alecu, *Drept penal. Partea generală* Constanţa: Europolis, 2005
- Gheorghe,C.Mihai; Motica,Radu.I., *Fundamentele dreptului. Teoria şi filosofia dreptului*, Ed.All, Bucureşti, 1999
- Giurgiu, Narcis, *Drept penal general.Doctrină, legislaţie, jurisprudenţă*. Iaşi: Sunset, 1997
- Hegel, G.W., *Principiile filosofiei dreptului*, trad.Virgil Bogdan și Constantin Floru Ed.Academiei București,1969
- Jipa, Alexandra Cristina, *Individualizarea legală şi judiciară a pedepselor*, Ed. Wolters Kluwer, Bucureşti 2010
- Kant, Immanuel, *Scrieri moral-politice*, Ed. Științifică, București, 1991
- Malaurie, Philippe, *Antologia gândirii juridice*, Ed. Humanitas, București, 1996
- Micescu, Istrate, Curs de drept civil, Editura All Beck, Bucureşti, 2000
- Mihai, Gheorghe C., *Fundamentele dreptului, Vol.I. Știința dreptului și ordinea juridică*, Ediția 2, Ed.C.H. Beck, București, 2009
- Mihai, Gheorghe, *Fundamentele dreptului Vol.I-II*, Ed. All Beck, Bucureşti, 2003
- Mihai, Gheorghe C., *Fundamentele dreptului – Teoria și filosofia dreptului*, Ed. ALL Beck, 1994
- Mill, John Stuart, *Utilitarismul*, Ed. ALL, București, 2014
- Mitrache, Constantin, Mitrache, Cristian, *Drept penal român. Partea generală*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti 2014
- Montesquieu, Charles, *Despre spiritul legilor*, Cartea I, Ed.Științifică, București, 1964
- Negoiță, Athanse, *Codul lui Hammurabi, Gândirea asiro–babiloniană în texte*, Ed. Științifică, București, 1975
- Papadopol, Vasile, Stoenescu, I., Protopopescu, G. *Codul penal al R.P.R. adnotat*, Ed. de Stat, Bucureşti, 1948

- Papadopol Vasile, *Culegere de practică judiciară penală pe anul 1998*, Ed.All Beck, Bucureşti 1999
- Pascu, Ilie; Uzlău, Andreea Simona., *Drept penal. Partea generală*, Ediția a 3-a, Ed. Hamangiu, București, 2013
- Paşca, Viorel, *Drept penal. Partea generală. Ediţia a IV-a, actualizată cu modificările la zi ale Codului penal*, Ed.Universul Juridic, Bucureşti, 2015
- Platon, *Republica* în Opere, Vol.V, Ed. Ştiinţifică şi Enciclopedică, Bucureşti, 1986
- Pop, Traian, *Drept penal comparat, vol.II*, Institutul de Arte Grafice Cluj 1923,
- Popescu, Sorin, *Concepții contemporane despre drept*, Ed.Academiei, București, 1985,vol.2
- Rotaru,Cristina, *Fundamentul pedepsei, Teorii moderne, Studii juridice*, Ed.C.H.Beck, Bucureşti 2006
- Rousseau, Jean Jacques., *Discurs asupra originii și fundamentelor inegalității dintre oameni*, Ed.Științifică București, 1958
- Sartori, Giovanni, *Teoria democrației reinterpretată*, Iași, Ed.Polirom, 1999
- Speranția, Eugeniu., *Introducere în filosofia dreptului*, Tipografia Cluj, 1946
- Streteanu, Florin, *Tratat de drept penal*, Ed. C.H. Beck, 2006
- Streteanu, Florin, *Concursul de infracţiuni*, Ed.Lumina Lex, Bucureşti, 1999
- Streteanu, Florin, Nițu, Daniel, *Drept penal. Parte generală, Vol.1.* Ed.Universul Juridic, Bucureşti, 2014
- Stroe, Constantin, Culic, Nicolae, *Momente din istoria filosofiei dreptului*, Ed. Ministerului de Interne, 1994
- Supiot, Alain, *Homo Juridicus. Eseu despre funcția antropologică a dreptului, Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Ed. Rosetti Educational, București, 2011
- Tanoviceanu, Ion, *Tratat de drept şi procedură penală*, Vol. V, ed.a 2-a, Tipografia Curierul Judiciar, Bucureşti, 1927
- Tanoviceanu, Ion, *Tratat de drept și procedură penală, Vol.I, ediţiunea a doua*, Tip.Curierul Judiciar, 1924
- Toader, Tudorel, Michinici, Maria-loana, Crişu-Ciocîntă, Anda, Dunea, Mihai, Răducanu, Ruxandra, Răduleţu, Sebastian, *Nou Cod penal. Comentarii pe articole*, Ed. Hamangiu, Bucureşti 2014

- Udroiu, Mihail, Constantinescu V., *Noul Cod penal. Codul penal anterior*, Ed. Hamangiu, București, 2014
- Udroiu, Mihail, *Drept penal. Parte generală. Noul Cod penal*, Ed. C.H.Beck, Bucureşti, 2014
- Udroiu, Mihail, *Ne bis in idem şi dreptul la apărare în Noul Cod de procedură penală,* extras din lucrarea *Codul de procedură penală. Comentariu pe articole*, sursă: http://www.legalis.ro/ , consultat la 07.10.2015
- Udroiu, Mihail, Predescu, Ovidiu, *Protecţia europeană a drepturilor omului şi procesul penal român*, Ed.C.H.Beck, Bucureşti,2008
- Udroiu, Mihail, *Procedură penală. Parte generală.Noul Cod de procedură penală*, Ediţia a 2-a revizuită şi adăugită, Ed.C.H. Beck, Bucureşti, 2015
- Vasiliu, Teodor, Antoniu George, Daneş Ştefan, Dărângă Gheorghe, Lucinescu Dumitru, Papadopol Vasile, Pavel Doru, Popescu Dumitru, Rămureanu Virgil, *Codul penal al Republicii Socialiste România, comentat şi adnotat. Parte generală*, Ed. Ştiinţifică, Bucureşti, 1972
- Voicu, Corina; Uzlău, Andreea Simona; Moroșanu Raluca; Ghigheci, Cristinel, *Noul Cod penal. Ghid de aplicare pentru practicieni*, Ed. Hamangiu, București, 2014
- Volonciu, Nicolae, Uzlău, Andreea Simona (coord.) *Noul Cod de procedură penală comentat*, Ediţia a 2-a revizuită şi adăugită, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2015

ARTICOLE:

- Antoniu ,George, *Observaţii cu privire la anteproiectul unui al doilea nou Cod penal (I)* Revista de Drept Penal nr.4/2007,p.9
- Chirilă, Angelica Daniela, *Aplicarea pedepsei amenzii în Noul Cod penal. Câteva consideraţii despre sistemul zilelor-amendă*, Revista de Note şi Studii Juridice (RNSJ), 2014
- Ciopec, Flaviu, *Marja de apreciere a judecătorului penal în aplicarea confiscării extinse*, Revista de Științe Juridice nr. 1/2015, editată de Facultatea de Drept din Craiova în colaborare cu Editura Universul Juridic

- Constantinescu, Victor, *Aplicarea principiului non bis in idem în jurisprudenţa europeană şi naţională*, în Curierul Judiciar nr. 10/2012, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2012,
- Daneş, Ştefan,*Criterii de individualizare judiciară a pedepselor în lumina jurisprudenţei Tribunalului Suprem*, în Revista Română de Drept nr.2/1989
- Diaconu, Dumitru-Virgil, *Despre pedeapsă (II)*, Revista de Note şi Studii Juridice 1 iulie 2013
- Dinu Bakoș, Monica Marcela, *Considérations sur la notion de proportionnalité en droit français,* în Analele Universităţii de Vest din Timişoara, Seria Drept, nr.1/2016, Ed. Universul Juridic, București, pp.123 -147
- Dinu-Bakoş, Monica-Marcela, *Existe-t-il une justification de l'acculturation du droit ? La culture juridique du Common Law et la culture juridique du Droit Continental*, Analele Universităţii de Vest din Timişoara, Seria Drept, nr.1/2015, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, pp.161-173
- Niculeanu, Costel, *Opinie critică referitoare la aplicarea pedepsei principale în cazul concursului de infracţiuni în prevederile noului Cod Penal*, Revista Avocatul, analize şi opinii,articol publicat în 23 iunie 2014 accesat pe http://unbr.ro/revista-avocatul/
- Popa, Ionuț Florin., Harosa, Liviu Marius., *Discuţii în legătură cu Legea nr.46/2003 privind drepturile pacientului*, Revista Dreptul nr.8/2003
- Udrescu, Daniel, *Cauza Lungu şi alţii c. României, disponibil pe* http://www.juridice.ro/
- Uţă, Lucia *UNELE CONSIDERAŢII DESPRE ORDINEA DE DREPT,DREPTATE, LEGE ŞI JUSTIŢIE* (I), Cogito – REVISTĂ DE CERCETARE ŞTIINŢIFICĂ PLURIDISCIPLINARĂ, Vol. III, nr. 1/martie, 2011
- Zlatti, G., *Problematica violenţei exercitate într-un joc sportiv. Posibilitatea imputării unei fapte prevăzute de norma penală*, în C.D.P. nr.2/2010

Bibliografie străină

TRATATE, CURSURI, MONOGRAFII, CODURI COMENTATE, TEZE, ALTE SURSE:

- Allix, D., *De la proportionnalité des peines*, dans Mélanges en l'honneur de J.-Cl. Soyer : *L'Honnête Homme et le droit*, Ed. L.G.D.J / Les Mélanges, Paris, 2000,
- Ancel, Marc, *La défense sociale nouvelle*, Cujas, Paris, 3e ed.1981
- Azibert,Gilbert *Code de procédure pénale annoté*, Edition 2016, Ed.LexisNexis
- Brunet, Bernard, *La lutte contre la délinquance – Entre répression, éducation, processus démocratique et rôle de l'institution judiciaire*, Gaz.Pal. 2002,
- Capdepon, Yves., *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Dalloz, coll. « NBT », 2013
- Carbasse, Jean-Marie *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3e édition refondue, PUF, 2014
- Cartier, M. E., *Les principes constitutionnels du droit répressif dans La Cour de cassation et la Constitution de la République*, PUAM, 1995
- Dechenaud, D., *L'égalité en matière pénale*, LGDJ, coll. « Bibl. sc. crim. », 2008
- Delmas-Marty, M., *Le paradoxe pénal,* in Libertés et droits fondamentaux, Seuil, coll. « Point essais » ed. a 2-a, 2002
- Desportes, F. et Le Gunehec, F., *Droit pénal général*, Economica, col. « Corpus Droit prive », ed. a 16-a. 2009
- Dreyer, Emmanuel, *Droit pénal général, Troisième édition*. Paris: LexisNexis, 2014
- Droz, Geneviève, *Les mythes platoniciens*, Collection Points Sagesses, numéro 43, 1992
- Edwin, Sandys John, *Demostenes, Speech against the Law of Leptines*, 1999
- Emmerson, B., Ashworth, A. Macdonald, *Human Rights and Criminal Justice* 2nd edition, Sweet & Maxwell, 2007
- Emmerson, Ben (Author, Editor), Ashworth, Andrew (Author, Editor), Macdonald, Alison (Editor) *Human Rights and Criminal Justice* Sweet & Maxwell, 2nd Edition

- Garcon, E., *Code pénal annoté*: Rec. gen.Lois et arrêts 1901-1906, t.1,
- Garcon, E., Peltier, V., *Droit de la peine*, Lexis Nexis, Paris,2010
- Geninet, Béatrice , *Etude critique de la personnalisation de la peine,* Atelier national de reproduction des theses, Paris , 2000
- Geny, Fr., *Methode dù interpretation et sources en droit prive positif*; Sirey, 1899
- Guinchard, S., Buisson, J., *Procédure pénale*, Litec, 4e édition, Paris, 2008
- Jaspers, K., *Philosophie und welt, reden und Ausfsatze*, Munchen, 1958
- Jeandidier, W., *Droit pénal général*, Montchrestien, col. "Domat", 1988
- Kelsen, Hans, *Theorie pure du droit*, Dalloz, Paris,1962
- Khalil, Al-Bcheraoui Doreid, *Le concours réel d'infractions* , thèse de doctorat en Droit pénal, sous la direction de Marc Puech. Strasbourg III, 1991
- Lascoumes, P., Poncela, P., Lenoel, P., *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du Code pénal*, Hachette, Paris, 1989
- Levasseur, Georges. *Les Techniques de L'individualisation Judiciaire.* Paris: Éd. Cujas, 1971, Introduction IX
- Luigi, Ferrajoli, *Derecho y razon-Teoria del garantisimo penal*, Ed.Trotta, Madrid, 1997
- Malabat, V. (Dir.), de Lamz, B. (dir.), Giacopelli M. (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale Opinio doctorum*, Dalloz, 2009,
- Mayaud, Yves, *Droit pénal général*, P.U.F. Paris, 2004,
- Mayaud, Yves, *Droit Pénal Général*. 5e édition mise à jour. Paris: Presses Universitaires de France, 2015
- Mayaud, Yves, *Le mensonge en droit pénal* [Texte imprimé], Lyon : Éditions l'Hermès , 1979
- Merle, R., Vitu A., *Traité de droit criminel-Droit pénal général*, Cujas, Paris, 2000
- Milburn, Philip, et Salas, Denis. *Quelle Justice Pour Les Mineurs? Entre Enfance Menacée et Adolescence Menaçante.* Toulouse,Ed. Erès, 2009

- Muller, Y., *Délit pénal, manquement administrative et faute disciplinaire*, dans La criminalité d'argent: quelle répression?, Montchrestien 2004
- Pansier, Frédéric-Jérôme. *La Peine et Le Droit*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994
- Pelletier, Herve, *Code pénal annoté*, Edition 2016, LexisNexis, Paris, 2016
- Pinto, Roger, Grawitz, Madeleine, *Méthodes des sciences sociales, deuxième édition*, Paris, Dalloz, 1967
- Pinto Roger, Grawitz Madeleine, Méthodes des sciences sociales, Deuxième édition, Paris, Dalloz, 1967
- Poncela, Pierrette, *Les droits de la défense durant l'exécution des peines privatives de liberté dans l'individualisation de la peine de Saleilles a aujourd'hui*, réédition de la 3ème édition de l'ouvrage de Raymond Saleilles, sous la direction de Reynald Ottenhof, Collection « Criminologie et sciences de l'homme », Ed.Eres 2001
- Pradel, Jean, *Procédure pénale*, édition Cujas, 10e édition, 2000
- Pradel, Jean *Traité de droit pénal et de science criminelle comparé*, Tome 1er, Ed.Cujas, Paris, 1999
- Rebut, D., *Les revirements de jurisprudence en matière pénale*, dans Cour de Cassation, *Les revirements de jurisprudence.* Rapport remis à Monsieur le Premier President Guy Canivet, Ed.Litec, Paris, 2005
- Ripert, G., *La regle morale dans les obligations civiles*, III, L.G.D.J.,1935
- Rossi, Pellegrino, *Traité de droit pénal*, Guillaumin et Cie Paris, 4e édition 1872, Tome 1
- Rousseau, François, Cours de droit pénal général (material didactic) disponibil pe intranet-Université de Nantes/Faculté de Droit et de Sciences Politiques
- Rousseau, François, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, Paris,2009
- Rousseau, François, *La protection pénale de l'honneur*, dans *Droits de la personnalité*, Lexis Nexis 2013, Paris
- Roux, J.- A., *Cours de droit criminel français*, Sirey, ed. a 2-a. 1927,t.1
- Saint-Pau, Jean Christophe, *Droits de la personnalité*, Lexis Nexis 2013, Paris,

- Saleilles, Raymond, *L'individualisation de la peine*, Librairie Felix Alcan, 3e éd. Paris, 1927
- Soyer, J.-C., *Une certaine idée du droit de la sanction pénale* , dans *Une certaine idée du droit*, Mélanges offerts à André Decocq, Litec, Paris, 2004
- Tralongo, A., *Essai sur la bonne foi en droit pénal*, Montpellier I, 2009
- Vecchio, G., *Philosophie du droit*, Dalloz, Paris, 1952
- Vermelle, G., *Le maximum et le minimum* , în Mélanges Couvrat, PUF, 2001
- Villey, M., *Philosophie du droit,* Dalloz, Paris, 2005 Tome 1, 1986
- Vitu, A. *Droit pénal spécial*, Cujas, Paris 1981

ARTICOLE:

- Agard, M.-A., *Le principe de la légalité et la peine*, Revue pénitentiaire et de droit pénal, juillet 2011,n°2
- Bonnefoy, A. *Comment punir la diffamation*, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1953
- Bonfils, Philippe, *Chronique de droit pénal des mineurs* , Revue internationale de droit pénal 2011/3 (Vol.82),
- Bonis-Garçon, Evelyne, *L'identification de la sanction pénale, le point de vue du pénaliste*, dans *Droit constitutionnel et grands principes du droit pénal*, Collections Actes et études, Ed. CUJAS, 2013
- Capdeville, J. Lasserre, *Les droits de la défense nouvelle cause prétorienne d'irresponsabilité pénale*, Revue pénitentiaire 2006, p.537,
- Decocq, A., *Les modifications apportées par la loi du 11 juillet 1975 à la théorie générale du droit pénal* , Revue de sciences criminelles, 1976
- Detraz, Stéphane, *L'individualisation de la sanction pénale, le point de vue du pénaliste*, dans *Droit constitutionnel et grands principes du droit pénal* , Edition CUJAS, 2013

- Dreyer, Emmanuel, *Les mutations du concept juridique de dignité*, dans Revue de la Recherche Juridique. Droit prospectif, nr.1/2005, pp.27-20
- Dreyer, Emmanuel, *Les mutations du concept juridique de dignité*. Revue de la Recherche Juridique. Droit prospectif, nr.1/2005
- Francillon, J., Salvage Ph., *Les ambiguïtés des sanctions de substitution* , JCP 1984, I, 3133
- GAU-CABEE, C., *Jalons pour une histoire du principe de la légalité des peines* , dans *A propos de la sanction,* LGDJ, coll. travaux de l'IFR », 2007
- Gouttes, R.de, *Le Parquet général de la Cour de Cassation et la problématique des effets rétroactifs des revirements de jurisprudence*, dans *La création du droit jurisprudentiel* dans Mélanges en l honneur de Jacques Boré, Dalloz, Paris, 2007
- Guinchard, A., *Les enjeux du pouvoir de répression en matière pénale*, LGDJ, col. « Bibl.sc.crim. » t.38, 2003
- Jean-François, de Montgolfier, *Irresponsabilité des personnes atteintes de troubles mentaux. Le regarde du constitutionnaliste,* en Droit constitutionnel et grands principes du droit pénal, Ed. Cujas, 2013
- Mayaud, Yves, *Les droits de la defense cause d'irresponsabilité pénale* in Mel. R.Gassin, PUAM, 2007, p.293 ;
- Mayaud, Yves *La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008*, Recueil Dalloz, 2008, n° 20, p. 1359-1366
- Pradel, Jean, *Le droit pénal de la sante à travers la Cour EDH* dans *Le droit pénal de la sante* : Recueil Dalloz sanit.soc.2008, nr. Special
- Renoux, Thierry S., *L'individualisation de la sanction pénale, le point de vue du constitutionnaliste* : deux questions clés, Revue de Droit constitutionnel et grands principes du droit pénal, Ed. CUJAS, 2013, Collection Actes et Etudes,
- Robert, J. H., *La détermination de la peine par le législateur et par le juge în Droit pénal. Le temps des reformes,* Lexis Nexis, *Colloques et débats* , 2011

- Robert, J.-H., *La détermination de la peine par le législateur et par le juge* , dans *Droit pénal, le temps des réformes*, Litec, coll. *Colloques et débats* , 2011
- Roets, D., *L`application de la loi pénale dans le temps et la Convention Européenne des Droits de l`Homme* dans Recueil, Dalloz, 2004
- Rousseau, François, *(Ir) responsabilité des personnes atteintes de troubles mentaux*, dans *Droit constitutionnel et grands principes du droit pénal*, Collections Actes et études, Ed. CUJAS, 2013
- Rousseau, François, *L'utilité des infractions de presse incriminées par la loi du 29 juillet 1881, Droit pénal et droit de la presse. Faut-il maintenir les spécificités de la loi du 29 juillet 1881 ?*dans Les Travaux de l'Institut de sciences criminelles et de la justice de Bordeaux, Cujas, 2011
- Saint-Pau, J.C., note ss.C.Cass Crim..11 mai 2004, Revue pénitentiaire 2004, p.875
- Walther, J., *A justice équitable, peine juste ? Vues croisées sur les fondements théoriques de la peine*, Revue Sciences Criminelles, Paris, 2007

SURSE INTERNET

- http://www.conseil-constitutionnel.fr/
- https://www.legifrance.gouv.fr
- http://curia.europa.eu/
- https://www.courdecassation.fr
- http://www.justice.gouv.fr/justice-des-mineurs-10042/presentation-10043/les-mesures-les-sanctions-educatives-et-les-peines-21653.html
- http://www.senat.fr/
- http://gallica.bnf.fr/
- www.hudoc.echr.coe.int.

- http://eur-lex.europa.eu/
- www.scj.ro
- http://www.juridice.ro
- http://legislatie.just.ro
- https://www.ccr.ro/
- http://unbr.ro/revista-avocatul/
- http://www.legalis.ro/
- www.anp-just.ro
- Cour de Cassation, *Rapport annuel 2010, sur L'obligation de motivation* – consultat pe https://www.courdecassation.fr
- *Délinquance des mineurs : la République en quête de respect (rapport de la commission d'enquête sur la délinquance des mineurs)*(rapport), disponibil la http://www.senat.fr/rap/r01-340-1/r01-340-1.html