MINISTERUL PUBLIC
PARCHETUL DE PE LÂNGĂ ÎNALTA CURTE DE CASAŢIE ŞI JUSTIŢIE

2009

PRO LEGE

PRO LEGE NR. 3/2009

3

ISSN – 1224 - 2411

R O M Â N I A
MINISTERUL PUBLIC
PARCHETUL DE PE LÂNGĂ ÎNALTA
CURTE DE CASAŢIE ŞI JUSTIŢIE
Secţia de resurse umane şi documentare

PRO LEGE

3/2009

PRO LEGE NR. 3/2009

CUPRINS

ANALIZE, STUDII, COMENTARII

*****

I. DREPT PENAL ŞI PROCESUAL PENAL

		Pag.
Liviu Popescu	Recuzarea procurorului ……..…	11
Valerică Dabu, Petre Dragoş Voinescu	Restabilirea situaţiei anterioare săvârşirii infracţiunii şi restituirea lucrurilor în actualul cod de procedură penală şi noul proiect al acestuia ……..	18
Iulian Crăciunescu	Comunicarea soluţiei dispuse de procuror. Protecţia datelor personale …….……	55
Ion Ciucu	Analiza infracţiunilor prevăzute în Legea nr. 682/2002 privind protecţia martorilor ……..……	68
Constantin Sima	Unele aspecte privind probaţiunea în dreptul penal român ……..……	77
Dóra Marghit Dezsö	Actele premergătoare procesului penal …….…...	85
Dan Gâlcescu	Încălcări ale dreptului la apărare..	95

Carmen Adriana Domocoş	Tentativa la infracţiunile omisive	115
Antal Levente Peter	Infracţiunile prevăzute în noul Cod Silvic. Incriminarea tăierii ilegale de arbori în virtutea modificărilor aduse prin Legea nr. 46/2008; probleme ivite în practica judiciară privind aplicabilitatea art. 13 C.p. ……	142
Ovidiu Tudor Naghi	Interceptarea ilegală a unei transmisii de date informatice …..	153
Daniela Magdea	Consideraţii privind măsura procesuala a luării măsurii de siguranţă a internării medicale ...	177
Ioan Lascu	Necesitatea reincriminării insultei şi calomniei ……..…	183
Ionel Grigorie	Punerea în executare a mandatului de aducere în lumina noului Cod de procedură penală ..	193

II. JURISPRUDENŢA CEDO
- STUDII ŞI COMENTARII -

		Pag.
Dan Andrei Popescu Marius Ioan Menchiu	Dreptul la tăcere prin prisma jurisprudenţei CEDO ……..….	200

PRO LAW NO. 3/2009

CONTENTS

ANALYSIS, STUDIES, COMMENTS

*

I. CRIMINAL AND CRIMINAL PROCEDURAL LAW

		Page
Liviu Popescu	Objection to a prosecutor ……..…	11
Valerică Dabu, Petre Dragoş Voinescu	Restoration of the existed situation prior the commission of the offence and restitution of the objects, as described in the present Criminal Procedure Code and in its new draft..……..	18
Iulian Crăciunescu	Communication of prosecutor solution. Personal data protection	55
Ion Ciucu	Analysis of the offences provided by the Law 682/2002 on witnesses protection ……..……	68
Constantin Sima	Few aspects on probation in the Romanian criminal law.……	77
Dóra Marghit Dezsö	Preliminary acts to the penal trial	85
Dan Gâlcescu	Violation of the right to defence.	95
Carmen Adriana Domocoş	The attempt in crimes omission ...	115

Antal Levente Peter	Offences provided in the new Forest Code. Incrimination of illegal cut of wood according to the modifications brought by Law no. 46/2009. Problems raised in the judiciary practice concerning the application of art. 13 of the Penal Code. ……	142
Ovidiu Tudor Naghi	Illegal interception of a computer data transmission …….	153
Daniela Magdea	Considerations concerning the taking of the decision of medical hospitalization as a safety measure ……	177
Ioan Lascu	Necessity of re-indictment of insult and slander ……...……..…	183
Ionel Grigorie	The warrant for bringing by force in the light of the new Criminal Procedure Code ……..	193

II. THE JURISPRUDENCE OF THE E.C.H.R. STUDIES AND COMMENTS

		Page
Dan Andrei Popescu **Marius Ioan Menchiu**	The right to silence in the light of ECHR jurisprudence ……..…	200

PRO LOI NR. 3/2009

LE CONTENU

ANALYSES, ETUDES, COMMENTAIRES

*****

I. LE DROIT PENAL ET PROCESSUEL PENAL

		Page
Liviu Popescu	La récusation du procureur …….	11
Valerică Dabu, Petre Dragoş Voinescu	Le rétablissement de la situation antérieure à la commission de l'infraction et la restitution des biens dans l'actuel Code de Procédure Pénale et son nouveau brouillon. ……..	18
Iulian Crăciunescu	La communication de la solution donnée par le procureur. La protection des données personnelles …..……	55
Ion Ciucu	L'analyse des infractions prévues par la Loi no. 682/2002 sur la protection des témoins ……..……	68
Constantin Sima	Quelques aspects de la probation dans le droit pénal roumain ……	77
Dóra Marghit Dezsö	Les actes préliminaires du procès pénal ……..…....	85
Dan Gâlcescu	Les violations du droit à la défense …….	95

Carmen Adriana Domocoş	La tentative dans les infractions d'omission ……..	115
Antal Levente Peter	Les infractions prévues dans le Code de la Forêt. L'accusation de la coupe illicite de bois en vertu des modifications apportées par la Loi no. 46/2008. Problèmes survenus dans la pratique judiciaire concernant l'applicabilité de l'art. 13 du Code Pénal …….	142
Ovidiu Tudor Naghi	L'interception illégale d'une transmission de données informatiques. ……..	153
Daniela Magdea	Considérations sur la mesure de sécurité de l'hospitalisation médicale. ……..	177
Ioan Lascu	La nécessité d'incriminer de nouveau l'insulte et la calomnie...	183
Ionel Grigorie	La mise en exécution du mandat d'amener dans la lumière du nouveau Code de Procédure Pénale ……..	193

II. JURISPRUDENCE CEDH
ETUDES ET COMMENTAIRES

		Page
Dan Andrei Popescu **Marius Ioan Menchiu**	Le droit au silence dans la jurisprudence de la CEDH …….	200

COLEGIUL DE REDACŢIE

DR. CONSTANTIN SIMA,
procuror şef
al Serviciului de Documentare şi Statistică Judiciară

VALERIU DUMITRU PETROVICI,
procuror şef
al Biroului de Statistică Judiciară

LIVIU POPESCU,
procuror la Biroul de Documentare

I. DREPT PENAL ŞI PROCESUAL PENAL

RECUZAREA PROCURORULUI

Liviu Popescu
Procuror la
Parchetul de pe lângă
Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie

At the first view, on the basis of the provisions of art.53, para. (1) of the Criminal Procedure Code, it seems that the solving of this request is of the competence of the prosecutor hierarchically superior.

However, in our opinion, the solving of this request is of the competence of the judge appointed to solve the proposal for a preventive arrest, as said request was addressed to this judge.

Referitor la recuzarea procurorului, în practică „*s-au exprimat două puncte de vedere diferite în legătură cu dispoziţiile art. 53 alin. (1) C.p.p.*.

Textul invocat prevede următoarele :

„*În cursul urmăririi penale, asupra abţinerii sau recuzării persoanei care efectuează cercetarea penală ori a procurorului se pronunţă procurorul care supraveghează cercetarea penală sau procurorul ierarhic superior*".

Punctele de vedere diferite au fost exprimate în legătură cu soluţionarea cererii de recuzare a procurorului formulată, în cursul urmăririi penale, cu

ocazia judecării cererii acestuia de arestare preventivă a învinuitului/inculpatului.

***Într-o primă opinie**, se consideră că soluţionarea acestei cereri este de competenţa procurorului ierarhic superior argumentându-se pe modul de redactare a textului art. 53 alin. (1) C.p.p..*

***În opinia contrară**, se susţine că soluţionarea acestei cereri este de competenţa judecătorului învestit cu soluţionarea propunerii de arestare preventivă în condiţiile în care cererea a fost făcută în faţa acestui judecător*".[1]

*

* *

Care procuror este recuzat?

Procurorul – *anchetator* (care supraveghează sau efectuează urmărirea penală) sau procurorul – *pledant* (care susţine cererea de arestare preventivă în instanţă)? Parchetul de pe lângă Curtea de Apel Galaţi nu precizează; uneori, ambele funcţiuni sunt cumulate în persoana aceluiaşi magistrat (legea o permite, conform art. 64 alin. (3) din Legea nr. 304/2004), de cele mai multe ori, însă, conform principiului *specializării* profesionale (reflectat în organizarea Ministerului Public prin înfiinţarea, în cadrul unităţilor de parchet, a secţiilor judiciare), reprezentantul Ministerului Public în instanţă nu efectuează ancheta în cauză.

În această ultimă ipoteză, firește, procurorului pledant legea îi garantează *independenţa* în concluziile pe care le pune (conform art. 67 alin. (2) din Legea nr. 304/2004)[2].

---

[1] Parchetul de pe lângă Curtea de Apel Galaţi

[2] O temă de meditaţie ar putea fi aceea că **niciodată**, cu ocazia dezbaterii cererilor de arestare preventivă, de prelungire a arestării, de percheziţie etc., procurorii - pledanţi *nu pun concluzii contrare* cererilor formulate de către procurorii – anchetatori, deşi, într-un număr considerabil, acestea sunt

După cum cererea de recuzare priveşte pe procurorul de şedinţă (indiferent dacă acesta cumulează şi funcţia de anchetă), sau, dimpotrivă, pe procurorul – anchetator care nu participă în instanţă la judecarea cererii de arestare preventivă, competenţa de soluţionare a acesteia diferă:

a) În cursul urmăririi penale, în timpul judecării cererii de arestare preventivă, inculpatul recuză procurorul **de şedinţă**.

1. Pe de o parte, constatăm că ne situăm, ca moment procesual, în cursul urmăririi penale, noţiune înţeleasă ca **fază a procesului penal,** *ceea ce ar părea* să atragă incidenţa art. 53 alin. (1) C.p.p., care stipulează:

„*În cursul urmăririi penale, asupra abţinerii sau recuzării persoanei care efectuează cercetarea penală ori a procurorului se pronunţă procurorul care supraveghează cercetarea penală sau procurorul ierarhic superior*".

2. Totuşi, se desfăşoară o *judecată* (nu în sensul de **fază** a procesului penal, ci în acela de **tip de activitate** judiciară), ceea ce *pare* să atragă, dimpotrivă, incidenţa art. 52 alin. (1) C.p.p, în conformitate cu care: „*Abţinerea sau recuzarea judecătorului, procurorului, magistratului-asistent sau grefierului se soluţionează de un* ***alt complet****, în şedinţă secretă, fără participarea celui ce declară că se abţine sau care este recuzat*".

Aşadar, după *înţelesul* pe care îl dăm noţiunilor de *urmărire penală/judecată*, competenţa de soluţionare a cererii de recuzare diferă.

---

respinse de către instanţe ca neîntemeiate sau chiar ca nelegale. Nu greşelile individuale constituie problema, ci procentul de *achiesare la eroare* care face ca sistemul să nu se poată *autoregla*, dobândind, în schimb, o *funcţie de ecou*.

Dacă înţelegem noţiunea de *judecată* ca **fază a procesului** penal, competenţa de soluţionare a cererii revine, în conformitate cu dispoziţiile art. 53 alin. (1) C.p.p., procurorului ierarhic superior.

Dacă, însă, înţelegem noţiunea de *judecată* ca **tip de activitate** judiciară, competenţa revine, în speţă, în conformitate cu dispoziţiile art. 52 alin. (1) C.p.p., unui alt complet. Cum e corect?

Care este soluţia interpretativă dacă inculpatul, în cuprinsul aceleiaşi cereri, recuză *atât procurorul cât şi judecătorul*? Aplicăm art. 53 alin. (1) C.p.p. pentru că suntem *în cursul urmăririi penale* (ca **fază** a procesului penal) sau aplicăm art. 52 alin. (1) C.p.p. pentru că ne situăm într-o *judecată* (ca **tip de activitate** judiciară)? Sau aplicăm **ambele**, **şi** art. 53 alin. (1) C.p.p. – pentru recuzarea procurorului **şi** art. 52 alin. (1) C.p.p. – pentru recuzarea judecătorului (art. 53 este, în mod evident, inaplicabil judecătorului recuzat, iar alt text legal care să rezolve recuzarea judecătorului în cursul urmăririi penale nu există). Evident, opinia a doua („*contrară*”) din referatul Parchetului de pe lângă Curtea de Apel Galaţi se autoexclude, nefiind prevăzută de lege.

- Nu vom putea aplica art. 53 alin. (1) C.p.p. în ipoteza recuzării atât a procurorului cât şi a judecătorului (pentru că art. 53 C.p.p. nu se referă la judecător).

- Nu vom putea aplica *ambele* norme juridice: art. 53 C.p.p. pentru recuzarea procurorului şi art. 52 C.p.p. pentru recuzarea judecătorului, pentru că aceasta ar însemna ca în cadrul *aceluiaşi moment procesual* (judecarea cererii la arestare preventivă) să dăm, *interpretativ*, o dublă accepţiune a noţiunii de *judecată* utilizată în art. 52 alin. (1) C.p.p., în funcţie de persoana vizată (judecător sau procuror).

- Nu rămâne, aşadar, decât o singură rezolvare *raţională*: în cursul urmăririi penale, soluţionarea cererii de recuzare a procurorului de şedinţă (şi a judecătorului), formulată în cadrul *judecării* cererii de arestare preventivă, cade în competenţa unul *alt complet*, conform art. 52 alin. (1) C.p.p., noţiunea de *judecată* fiind utilizată de către legiuitor în înţelesul de **tip de activitate** judiciară (chiar dacă atipică).

Încheierea prin care se admite recuzarea nu este supusă niciunei căi de atac (art. 52 alin. 6 C.p.p.), fiind, aşadar, o hotărâre definitivă care stabileşte, cu autoritate de lucru judecat, existenţa unei (unor) cauze de incompatibilitate; dacă procurorul pledant cumulează şi funcţia de urmărire penală, iar cauza de incompatibilitate constatată prin hotărârea judecătorească definitivă priveşte unul dintre motivele arătate în disp. art. 49 alin. (2) şi alin. (4) C.p.p., hotărârea va produce efecte atât în ceea ce priveşte activităţile de judecată, cât şi asupra continuării celor de urmărire penală, procurorul de anchetă urmând a fi înlocuit.

Pentru trecut, verificarea legalităţii actelor de urmărire deja efectuate (pentru a se stabili în ce măsură se menţin) va fi realizată de către procurorul ierarhic superior, din oficiu (art. 64 alin. 3 din Legea nr. 304/2004), controlul judecătoresc fiind rezervat, în sistemul Legii actuale, ca excepţie, situaţiilor expres prevăzute (art. 52 alin. (4) C.p.p. penală fiind incident doar asupra actelor îndeplinite şi măsurilor dispuse în timpul judecăţii).

b) În cursul urmăririi penale, în timpul judecării cererii de arestare preventivă, inculpatul recuză procurorul - **anchetator** (care nu participă la şedinţa de judecată).

Soluţionând cererea de arestare preventivă, judecătorul exercită atribuţia sa de a dispune măsuri procesuale în cursul urmăririi penale; în acelaşi timp, însă, el exercită, *implicit*, şi atribuţia de ***control*** asupra legalităţii şi temeiniciei **actului** procurorului (propunerea de arestare). Acestea sunt *limitele învestirii* sale, pe care nu le poate depăşi nici în plan *obiectiv* (verificând legalitatea şi temeinicia ***celorlalte*** acte sau măsuri deja dispuse de către procuror, *stabilind în ce măsură acestea se menţin* – conform art. 52 alin. (4) C.p.p.) şi nici în plan *subiectiv* (verificând incompatibilităţile procurorului în efectuarea – în trecut dar şi în viitor – celorlalte acte de urmărire penală).

Din acest motiv, a doua opinie (cea „*contrară*") invocată în controversa de la Galaţi („*judecătorul* învestit cu soluţionarea propunerii .....") nu poate fi primită, fiind, de altfel, *în afara legii* (art. 52 – 53 C.p.p.).

De asemenea, şi interpretarea *apropiată* acesteia, în sensul că un *alt complet* (conform art. 52 alin. (1) C.p.p.) va soluţiona cererea inculpatului de recuzare a procurorului anchetator care nu participă la judecarea cererii de arestare preventivă, impune – pentru unitate de raţionament – concluzia greşită că, în sistemul actual, controlul judecătoresc vizează *toate* actele şi măsurile de urmărire penală ale procurorului, conform art. 52 alin. (4) C.p.p. (implicit), urmând a fi respinsă pentru aceleaşi considerente.

De *lege lata*, prerogativa controlului asupra actelor şi măsurilor dispuse de către procuror revine, conform art. 275 – 278 C.p.p., procurorului ierarhic superior, controlul judecătoresc constituind o *excepţie,* şi numai acolo unde legea o prevede în mod expres (de exemplu, în cazul art. 278^1 C.p.p.).

Aşadar, recuzarea procurorului – anchetator se soluţionează, în cursul urmăririi penale, în condiţiile art. 53 alin. (1) C.p.p., de către procurorul ierarhic superior, indiferent de cererile pe care acestea le adresează/le susţine – sau nu în faţa instanţei.

RESTABILIREA SITUAŢIEI ANTERIOARE SĂVÂRŞIRII INFRACŢIUNII ŞI RESTITUIREA LUCRURILOR ÎN ACTUALUL COD DE PROCEDURĂ PENALĂ ŞI NOUL PROIECT AL ACESTUIA

Valerică Dabu
Conferenţiar universitar doctor
Petre Dragoş Voinescu
Prim procuror adjunct al
Parchetului de pe lângă
Tribunalul Bucureşti

A few contradictory solutions taken in the judiciary practice, combined with the putting into the public debate of the drafts of the Penal Procedure Code and the Civil Procedure Code, wherein modifications are proposed towards the existing regulations, offer us the opportunity to approach a few aspects of the civil and penal proceedings in the existing regulation vs. the last drafts proposed.

Este cunoscut că imaginea justiţiei depinde printre altele şi de eficienţa procesului penal[1] sub aspectul îndeplinirii operative şi complete a obiectivelor acţiunii penale şi acţiunii civile în care un rol central îl ocupă funcţia reparatorie a acestuia[2]. „Restabilirea

[1] În Proiectul noului Cod de procedură penală se foloseşte expresia „eficienţă" în art. 1 pct.2: „Normele de procedură penală urmăresc asigurarea exercitării eficiente a atribuţiilor organelor judiciare …."

[2] Bilanţurile pe anul 2008 al Ministerului Public şi al MIRA au evidenţiat un procent mic de asigurarea recuperării prejudiciului evident şi din cauză

ordinii judiciare, în cazul când s-a comis o infracţiune care a pricinuit şi o vătămare civilă, nu s-ar putea realiza integral numai prin aplicarea sancţiunilor de drept penal, ci va trebui să intervină şi sancţiunea civilă, care să asigure repararea daunei pricinuite."[3] Aceasta este necesară pentru a se realiza o justă şi integrală despăgubire a părţii civile precum şi pentru a se exclude un eventual folos material pentru inculpat, obţinut prin săvârşirea infracţiunii. Importanţa măsurilor asiguratorii şi în final reparatorii rezultă şi din consacrarea constituţională a dreptului la soluţionarea cauzelor într-un termen rezonabil[4] ca o garanţie contra dispariţiei lucrurilor produs al infracţiunii sau a intervenirii insolvabilităţii învinuitului sau inculpatului şi respectiv al părţii responsabile civilmente. De asemenea în art. II-77 din Tratatul instituind o Constituţie pentru Europa denumit dreptul de proprietate se impune ca despăgubirile să fie „acordate în timp util".[5] În pofida

că sechestrul asigurator nu mai este obligatoriu de aplicat cu câteva excepţii.

[3] **Vintilă Dongoroz**, *Drept penal* (Reeditarea ediţiei din 1939) Editura Societăţii Tempus, Bucureşti, 2000, p. 592 .

[4] Articolul 21 pct. 3 din Constituţie.

[5] În **art. 6 lit. e din Rezoluţia nr. 40/34 a Adunării Generale a Naţiunilor Unite** din 29 noiembrie 1985 referitoare la **principiile de bază ale justiţiei pentru victimele infracţiunilor şi abuzului de putere** se dispune: „**Adaptarea** răspunsului procedurilor judiciare şi administrative la **nevoile victimei** va fi facilitat prin: a)… e) **Evitarea întârzierilor nenecesare** în soluţionarea procesului sau în **executarea dispoziţiilor de recompensare a victimei pentru prejudiciul suferit;**"De asemenea în art. D12 din **Recomandarea Consiliului Europei (85) 11 din 28 iunie 1985** referitoare la **poziţia victimei** în cadrul dreptului penal şi al procedurilor penale se dispune: „Toate **informaţiile** relevante referitoare la **prejudiciul sau pierderea suferită de victimă** trebuie făcute **disponibile instanţei**, pentru ca aceasta, atunci când va decide cu privire la natura şi cuantumul pedepsei, să fie în măsură **să ţină cont atât de nevoile victimei** de a fi **compensată** cât şi de orice efort depus cu bună credinţă de către infractor, în sensul oferirii de compensaţie sau **restituţie victimei**.„ De asemenea în art. B 5-7 din **Recomandarea Consiliului Europei** (85) 11 din 28 iunie 1985,

acestora atât în legislaţie cât şi în practica judiciară au apărut reglementări lacunare, or pur şi simplu nereglementări, sau aplicări greşite ori neaplicări, în soluţionarea cauzelor, a legii cu implicaţii negative asupra scopului şi finalităţii procesului judiciar.

Unele soluţii diferite din practica judiciară, precum şi punerea în dezbatere publică a proiectelor Codului de procedură penală şi a Codului de procedură civilă, în care se propun unele modificări în raport cu actuala reglementare, ne oferă prilejul de a aborda câteva aspecte ale acţiunii civile şi acţiunii penale în actualele reglementări precum şi în ultimele proiecte propuse referitoare la:

1. discuţii cu privire la obiectul sau obiectivul acţiunii penale şi respectiv al acţiunii civile;

2. discuţii cu privire la delimitarea sferei instituţiei „restabilirii situaţiei anterioare săvârşirii infracţiunii" de alte cazuri de restabilire a situaţiei anterioare; specificul măsurilor „restabilirii situaţiei anterioare săvârşirii infracţiunii" şi „restituirea lucrurilor";

3. restabilirii situaţiei anterioare săvârşirii infracţiunii precum şi restituirea lucrului dispuse în temeiul art. 169-170 C.p.p. au un caracter provizoriu vizând numai starea de fapt sau definitiv atât în fapt cât şi în drept?

4. restabilirii situaţiei anterioare săvârşirii infracţiunii precum şi restituirea lucrului dispuse în temeiul art. 169-170 C.p.p. sunt măsuri obligatorii de luat sau facultative?

---

denumit „**Recomandări pentru procurori**" se prevede „**obligaţia de a lua în considerare dreptul victimei la compensaţie, atunci când procurorul îşi exercită puterea de a da soluţii de neurmărire sau de netrimitere în judecată**; …."

5. este necesară restabilirea situaţiei anterioare săvârşirii infracţiunii în faza de urmărire penală, şi care sunt temeiurile de fapt şi de drept ale acestei măsurii?

6. care sunt temeiurile de fapt şi de drept ale măsurii restituirii lucrurilor, necesitatea şi caracterul acestei măsuri?

7. se pot dispune măsurile prevăzute de art. 169-170 C.p.p. dacă persoana vătămată nu s-a constituit parte civilă? Este obligatorie luarea acestor măsuri dacă partea civilă le-a solicitat?

8. pot fi ridicate lucrurile produs al infracţiunii de la cumpărătorul de bună credinţă, cumpărătorul de rea credinţă, donatarul, sau persoana care l-a primit spre a-l păstra de la învinuit, inculpat intermediar al acestora?

9. poate dispune procurorul restabilirea situaţiei anterioare sau restituirea lucrului în cazul scoaterii de sub urmărire penală în temeiul art. 18^1 C.p.?

1. O primă problemă este legată de obiectul sau obiectivul acţiunii penale şi respectiv al acţiunii civile. În art. 9, art. 14 şi art. 479^2 din vechiul Cod de procedură penală[6] se foloseşte expresia **obiect** în loc de **obiectiv** al acţiunii penale sau al acţiunii civile ceea ce ni se pare discutabil. De pildă în art. 14 alin. 1 C.p.p. se dispune că: „Acţiunea civilă are ca **obiect** tragerea la răspundere civilă a inculpatului, precum şi a părţii responsabile civilmente.” Iar în art. 9 pct. 1 C.p.p. se dispune că: „Acţiunea penală are ca **obiect** tragerea la răspundere penală a persoanelor care au săvârşit infracţiuni.” În realitate, trebuie reţinut că, la fel ca în cazul persoanelor

[6] Din păcate şi în art. 13, art. 18, art. 24 pct. 2 din Proiectul Codului de procedură penală aprobat în şedinţa de Guvern din 25 februarie 2009 în vederea înaintării la Parlament, se foloseşte acelaşi termen respectiv „obiectul” şi nu „obiectivul”.

fizice, acţiunea penală, aparţinând judecăţii şi jurisdicţiei penale (de fond), are ca **obiectiv** nu ca obiect aplicarea de sancţiuni penale persoanelor juridice care au săvârşit infracţiuni nu şi celor care se bucură încă de prezumţia de vinovăţie în timpul procesului penal. De aceea socotim că art. 9 pct. 1, art. 14 pct. 1 şi art. 479^2 alin. 1 din actualul Cod de procedură penală modificat sunt **susceptibile de neconstituţionalitate** deoarece:

- a afirma că acţiunea penală are ca **obiect şi nu obiectiv** tragerea la răspundere penală a persoanelor care au săvârşit infracţiuni înseamnă a pretinde că din momentul punerii în mişcare a acţiunii penale începe şi tragerea la răspundere penală a inculpatului arestat sau nu, ceea ce contravine atât realităţii cât şi principiului prezumţiei de nevinovăţie;
- sunt cazuri în care s-a pus în mişcare acţiunea penală fără ca inculpatul să fie arestat până în momentul condamnării definitive situaţie în care evident nu se poate vorbi în fapt de începerea tragerii la răspundere penală;
- măsurile preventive luate în cadrul acţiunii penale sunt provizorii nefiind determinate de inevitabilitatea executării unei pedepse cu închisoarea care în opinia noastră nu poate fi invocată, ca motiv, pentru că nu există până în momentul unei condamnări definitive la pedeapsa închisorii; măsurile preventive sunt determinate de mai multe temeiuri de drept şi de fapt în condiţiile legii iar dacă acestea dispar, încetează şi măsurile preventive, procesul urmându-şi cursul, curs care se poate sau nu finaliza cu condamnare la executarea în închisoare;
- măsurile asiguratorii, restituirea lucrurilor şi restabilirea situaţiei anterioare săvârşirii infracţiunii sunt măsuri provizorii pentru a asigura înfăptuirea acţiunii civile întemeiate;

- introducerea şi exercitarea acţiunii civile în instanţă nu înseamnă începerea activităţi de tragere la răspundere civilă, deoarece numai dacă este admisă şi după admitere de instanţă se poate afirma că începe efectiv tragerea la răspundere civilă; raţionând altfel înseamnă că s-ar încălca prezumţia de nevinovăţie;

- măsurile asiguratorii, precum şi cele de restabilire a situaţiei anterioare săvârşirii infracţiunii şi respectiv restituirea lucrurilor au un caracter provizoriu şi accesoriu admiterii de către instanţă a acţiunii penale căreia i s-a asociat şi acţiunea civilă.

De aceea credem că ar fi de dorit înlocuirea cuvântului „obiect" cu conceptul de „obiectiv" în art. 9 pct. 1 , art. 14 pct. 1 şi art. 479^2 alin. 1 C.p.p. atunci când se referă la acţiunea penală cât şi civilă şi în mod deosebit în proiectul Codului de procedură penală. În art. 18 pct. 1 al proiectului noului Cod de procedură penală se dispune: „(1) Acţiunea civilă exercitată în cadrul procesului penal are ca obiect repararea prejudiciului material sau moral[7] produs prin săvârşirea infracţiunii." Observăm că, prin această formulare, spre deosebire de vechea reglementare, în Proiect se urmăreşte repararea prejudiciului material sau **moral** produs prin săvârşirea infracţiunii, nu numai de la inculpat şi partea responsabilă civilmente ci şi de la alte persoane cum ar fi de pildă statul în anumite situaţii.

2. O a doua problemă abordată ar fi legată de delimitarea sferei instituţiei „restabilirii situaţiei anterioare săvârşirii infracţiunii" de alte cazuri de restabilire a **situaţiei anterioare altor fapte** dat fiind cazurile cât şi fundamentele inclusiv reglementările

[7] Observăm că spre deosebirea de actualul cod în proiect se prevede în mod expres „repararea prejudiciului material sau moral" precizând obiectivul acţiunii civile care include şi dauna morală.

diferite ale acestora. În primul rând ce se înţelege prin situaţie? Potrivit DEX prin „situaţie" se înţelege „totalitatea împrejurărilor care determină la un moment dat condiţiile existenţei unei fiinţe, a unei colectivităţi, a unei activităţii." În ceea ce ne priveşte credem că termenul de situaţie care determină existenţa împrejurărilor unei fiinţe, a unei colectivităţi sau a unei activităţii trebuie analizat din cel puţin trei dimensiuni: spaţiale, temporale şi juridice. Spre deosebire de aceasta măsura restituirii lucrului vizează „situarea unui lucru" care este cu totul altceva faţă de „situaţia anterioară altor fapte"indispensabil legată de fiinţă, colectivitate ceea ce presupune alte raţiuni, fundamente, regim juridic.

În practica judiciară şi chiar în lege se folosesc diferite formulări cu sensuri diferite dar care în opinia noastră izvorăsc din **principiul reparării în natură a pagubei cauzate.** Despăgubirea trebuie să acopere întotdeauna **integral** prejudiciul cauzat pentru a se putea ajunge în acest mod la restabilirea situaţiei anterioare, la înlăturarea în întregime a efectelor păgubitoare cauzate. De pildă potrivit art. 998 C.civ. orice faptă a omului, care cauzează altuia un prejudiciu, **obligă** pe acela din a cărui greşeală s-a ocazionat **a-l repara.** Deci în cazul răspunderii delictuale, partea vătămată printr-un delict devine **creditorul** celui care a cauzat prejudiciul. Or potrivit art. 1073 C.civ. „Creditorul are dreptul de a dobândi **îndeplinirea exactă a obligaţiei**, şi în caz contrar are dreptul la despăgubire." „Obligaţia de a da cuprinde pe aceea **de a preda lucrul** şi de a-l conserva până la predare."[8] Iar conform art. 1019 C.civ. în cazul rezoluţiei contractului creditorul este obligat „a restitui ceea ce a primit". Victima este în drept să ceară repararea în natură de câte ori ea este în fapt cu putinţă şi nu poate

[8] Art. 1074 C.civ..

să o refuze atunci când acest mod de despăgubire este propus de către debitor.[9] După unii autori pentru realizarea acestui scop, mijlocul cel mai adecvat îl constituie, desigur, **repararea în natură,** în care includ şi obligaţia debitorului să predea lucruri de acelaşi fel[10] cu cele distruse ori să repare, pe cheltuiala sa, stricăciunile pricinuite. În opinia noastră acesta este sensul larg al sintagmei „reparare în natură" deoarece include şi repararea prin înlocuirea bunului cu bunuri de acelaşi gen. Socotim că în cadrul modalităţilor de reparare în natură restabilirea situaţiei anterioare săvârşirii infracţiunii prevăzută de art. 170 C.p.p. cât şi restituirea lucrului prevăzută de art. 169 C.p.p. **sunt distincte de celelalte** având reglementări speciale de strictă interpretare aşa cum vom arăta în cele ce urmează.

Alţi autori vorbesc de **principiul restituirii în natură**[11] care ar fi consacrat în art. 41 denumit „Reparaţie echitabilă" din Convenţia Europeană a Drepturilor Omului conform căruia: „În cazul în care Curtea declară că a avut loc o încălcare a Convenţiei sau a protocoalelor sale şi dacă dreptul intern al Înaltei Părţi contractante nu permite decât o înlăturare incompletă a acestei încălcări, Curtea acordă părţii lezate, dacă este cazul o **reparaţie echitabilă**.". „Curtea aminteşte că o hotărâre ce constată o încălcare antrenează, după sine obligaţia juridică ce decurge din Convenţie, de a **pune capăt încălcării şi a înlătura consecinţele**, astfel încât,

[9] Conform art. 160 din Proiectul Codului european al contractelor obligaţia de restituire reciprocă a ceea ce a primit apare în caz de contract inexistent, sau nul, ori anulat, sau ineficace, ori rezolut etc.

[10] **Adriana Corhan**, *Repararea prejudiciului prin echivalent bănesc*, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 1999, p. 25

[11] În Principiile UNIDROIT aplicabile contractelor comerciale internaţionale art. 7.3.6. se vorbeşte de restituirea în natură în cazul rezoluţiunii contractului.

să se **restabilească,** pe cât posibil, **situaţia anterioară**." (par. 19-Brumărescu II)[12] În această cauză, prin Hotărârea a 2-a, Curtea „estimează că, în circumstanţele speţei, **restituirea bunului litigios**, aşa cum ea a fost ordonată de prima instanţă, printr-o hotărâre definitivă, îl plasează pe reclamant, pe cât posibil, într-o **situaţie echivalentă** celei în care s-ar fi aflat dacă cerinţele art. 1 din Protocolul nr. 1 nu ar fi fost ignorate" (par. 22)[13] Astfel se observă cum Curtea europeană operează cu conceptele de „restituire a bunului litigios" precum şi cel de „situaţie echivalentă" respectiv că „restituirea bunului litigios,…., şi îl plasează pe reclamant, pe cât posibil, într-o situaţie echivalentă celei în care s-ar fi aflat dacă cerinţele art. 1 din Protocolul nr. 1 nu ar fi fost ignorate situându-le în sintagma „reparaţie echitabilă". Observăm de asemenea că şi la acest nivel activitatea de reparare este ulterioară constatării şi declarării încălcării legii precum şi o oarecare inconsecvenţă în folosirea expresiilor.

În art. 404^1 C.p.civ. se dispune: „(1) În toate cazurile în care se desfiinţează titlul executoriu sau însăşi executarea silită, cel interesat are dreptul la întoarcerea executării, prin **restabilirea situaţiei anterioare acesteia**. (2) Bunurile asupra cărora s-a făcut executarea se vor **restitui celui îndreptăţit**." În cazul acesta este vorba de o restabilire a situaţiei anterioare executării titlului executoriu, titlu sau actele de executare ce au fost desfiinţate ulterior. În art. 404^2 C.p.civ. se dispune: „(1) În cazul în care instanţa judecătorească a desfiinţat titlul executoriu sau actele de executare, la cererea celui interesat, va dispune, prin aceeaşi hotărâre, şi asupra

[12] **Marin, Voicu, Mihaela Popoacă**, *Dreptul de proprietate şi alte drepturi reale*, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 2002, p. 13 şi 653.
[13] Idem pp.13 şi 654.

restabilirii situaţiei anterioare executării. (2) Dacă instanţa care a desfiinţat hotărârea executată a dispus rejudecarea în fond a procesului şi nu a luat măsura restabilirea situaţiei anterioare executării, această măsură se va putea dispune de instanţa care rejudecă fondul. (3) Dacă nu s-a dispus **restabilirea situaţiei anterioare executării** în condiţiile alin. (1) şi (2), cel îndreptăţit o va putea cere instanţei judecătoreşti competente potrivit legii." Observăm că legiuitorul în aceste articole s-a referit şi a reglementat numai un alt gen de restabilire a situaţiei anterioare respectiv a „restabilirii situaţiei anterioare executării unui titlul executoriu desfiinţat sau a executării silite desfiinţate".[14]

În domeniul prejudiciilor cauzate prin fapte penale, când acţiunea civilă a fost alăturată acţiunii penale, sunt aplicabile dispoziţiile art. 14 pct. 3 din actualul Cod de procedură penală în care se dispune: „**Repararea pagubei** se face potrivit dispoziţiilor legii civile: a**) în natură**, **prin restituirea lucrului,** prin **restabilirea situaţiei anterioare săvârşirii infracţiunii,** prin desfiinţarea totală ori parţială a unui înscris şi prin orice alt mijloc de reparare. b) prin plata unor despăgubiri băneşti, în măsura în care repararea în natură nu este cu putinţă…."[15]. Astfel se observă că legiuitorul a

[14] În Codul civil potrivit art. 1019 - art. 1020 se vorbeşte obligaţia creditorului de a restitui ceea ce a primit.

[15] În Proiectul Codului de procedură penală această reglementare apare în: „art. 24. Rezolvarea acţiunii civile în procesul penal. (1) În caz de condamnare, instanţa se pronunţă prin aceeaşi hotărâre şi asupra acţiunii civile.
(2) Când acţiunea civilă are ca obiect repararea prejudiciului material prin restituirea lucrului, iar aceasta este posibilă, instanţa dispune ca lucrul să fie restituit părţii civile.
(3) Instanţa, chiar dacă nu există constituire de parte civilă, se pronunţă cu privire la desfiinţarea totală sau parţială a unui înscris sau la restabilirea situaţiei anterioare săvârşirii infracţiunii.

prevăzut expres în acest articol dispoziţii clare cu privire la unele ipoteze de reparare a pagubei cauzate prin infracţiune ce se vor completa după caz cu dispoziţiile legii civile. Spre deosebire de prejudiciile cauzate prin alte fapte decât cele penale care constituie infracţiuni, legiuitorul a reglementat distinct modalităţile de reparare a pagubei cauzate prin infracţiune. Potrivit acestor dispoziţii legiuitorul a prevăzut că atunci când acţiunea civilă a fost alăturată acţiunii penale, **repararea pagubei în natură** se face prin:

a) restituirea lucrului;

b) restabilirea[16] situaţiei anterioare săvârşirii infracţiunii;

c) desfiinţarea totală sau parţială a unui înscris;

Referitor la această dispoziţie legală vom face câteva observaţii:

Constatăm că pe bună dreptate legiuitorul a tratat distinct instituţia „**restituirii lucrului"** de instituţia „**restabilirea situaţiei anterioare săvârşirii infracţiunii**" fiind şi în opinia noastră **instituţii diferite cu proceduri diferite**.[17] Astfel socotim că în cazul

(4) Când prin desfiinţarea înscrisului sau prin restabilirea situaţiei anterioare pot fi afectate drepturile terţilor, instanţa disjunge acţiunea şi o trimite la instanţa civilă.

(5) În caz de achitare a inculpatului sau de încetare a procesului penal în baza art. 15 lit. b) teza I, d), e), h) şi i), instanţa lasă nesoluţionată acţiunea civilă."

[16] Observăm că s-a folosit termenul „restabilirea" şi nu „repunerea". De pildă în art. 78 C.mun. legiuitorul foloseşte „repunerea părţilor în situaţia anterioară emiterii actului de concediere".

[17] Din păcate mai sunt cazuri când se uzitează în mod greşit de aceste două instituţii. Astfel socotim că în mod eronat într-o cauză penală prin Ordonanţa nr**. 383/D/P/2006** din data de **27.08.2007 Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casaţie si Justiţie – Direcţia de Investigare a Infracţiunilor de Criminalitate Organizată şi Terorism** invocând ca temei **art. 170 C.p.p. a** dispus**:** „**restabilirea situaţiei anterioare** cu privire la următoarele utilaje atribuite în proprietatea SC RTI SRL prin hotărârea civilă a Curţii Supreme de Justiţie nr. 7378/04.12.2002 şi **restituirea** lor către aceasta …." În această

tâlhăriei, furtului, delapidării, înşelăciunii cu bunuri, etc., în condiţiile legii se poate dispune restituirea lucrului pe când măsura restabilirea situaţiei anterioare săvârşirii infracţiunii se dispune în cazul altor infracţiuni prin care s-a schimbat o **situaţie de fapt şi de drept** cum ar fi în cazul infracţiunilor de tulburare de posesie prevăzută de art. 220 C.p., abandonul de familie prevăzut de art. 305 lit. a) din actualul Cod penal şi altele.

În vederea garantării dreptului de proprietate şi ale celorlalte drepturi ale persoanei legiuitorul a prevăzut în materie procesual penală **măsuri provizorii** prin care se asigură apărarea proprietăţii precum şi situaţia de fapt şi de drept ocrotită de lege. Astfel în art. 169 C.p.p. s-a reglementat procedura **măsurii provizorii a restituirii lucrurilor** ridicate de la **învinuit** sau **inculpat** sau de la **orice persoană care le-a primit spre a le păstra** lucruri care sunt ale persoanei vătămate ori au fost luate pe nedrept din posesia sau deţinerea sa.[18] De asemenea în

speţă printre altele constatăm că măsura restituirii lucrului este inclusă în restabilirea situaţiei anterioare ceea ce este discutabil cu atât mai mult că se precizează că nu este vorba de o situaţie anterioară unei anumite infracţiuni ci se referă la o Decizie civilă a instanţei supreme care a recunoscut doar proprietatea într-un litigiu civil şi nu a soluţionat şi ridicarea lucrului de la cel care îl deţine cu un titlu neanulat.

[18] În Proiectul Codului de procedură penală avizat pe 25.02.2009 de Guvern şi supus spre dezbatere şi aprobare de Parlament această măsură apare reglementată în: „Art. 256. Restituirea lucrurilor. (1) Dacă procurorul sau judecătorul de drepturi şi libertăţi în cursul urmăririi penale, judecătorul de cameră preliminară sau instanţa de judecată, în procedura de cameră preliminară ori în cursul judecăţii, constată, la cerere sau din oficiu, că lucrurile ridicate de la suspect ori inculpat sau de la orice persoană care le-a primit spre a le păstra sunt proprietatea persoanei vătămate ori au fost luate pe nedrept din posesia sau deţinerea acesteia, dispune restituirea acestor lucruri către persoana vătămată.

(2) Orice altă persoană care pretinde un drept asupra lucrurilor ridicate poate cere stabilirea acestui drept şi restituirea. Dispoziţiile art. 251 se aplică în mod corespunzător.

(3) Restituirea lucrurilor ridicate are loc numai dacă prin aceasta nu sunt îngreunate stabilirea situaţiei de fapt şi justa soluţionare a cauzei şi cu

art. 170 din actualul Cod de procedură penală s-a prevăzut distinct procedura restabilirii situaţiei anterioare săvârşirii infracţiunii.[19] Dar măsurile procesuale prevăzute de art. 169 şi art. 170 C.p.p. şi respectiv art. 256 şi art. 257 din Proiectul noului Cod de procedură penală **nu sunt identice** cu măsurile prevăzute în art. 14 pct. 3 lit. a C.p.p. şi respectiv în art. 24 din Proiectul Codului de procedură penală deoarece:

- dispoziţiile art. 14 pct. 3 lit. a din actualul Cod de procedură penală ca şi cele corespunzătoare din Proiect se referă la **repararea** pagubei în natură care presupune în principal o hotărâre definitivă şi irevocabilă;
- dispoziţiile art. 169 şi art. 170 din actualul **Cod de procedură penală** se referă la **măsuri procesuale provizorii**[20] care pot înceta sau se pot transforma în **măsuri definitive prin alte acte**;

3. Cu privire la a treia şi a patra chestiune socotim că ambele măsuri au caracter **provizoriu** şi sunt necesare în a da **eficienţă** actului de justiţie deşi temeiurile de fapt şi de drept diferă.

În opinia noastră măsurile procesuale prevăzute de art. 169 şi art. 170 din actualul Cod de procedură penală şi respectiv art. 256 şi art. 257 din Proiectul noului Cod de procedură penală, se deosebesc de celelalte măsuri de reparare în natură sau de asigurarea reparării în natură caracterizându-se prin:

---

obligaţia pentru cel căruia îi sunt restituite să le păstreze până la rămânerea definitivă a oricărei soluţii pronunţate în procesul penal."

[19] Această instituţie apare în Proiectul Codului de procedură penală în: „Art. 257. Restabilirea situaţiei anterioare. Instanţa de judecată, în cursul judecăţii, poate lua măsuri de restabilire a situaţiei anterioare săvârşirii infracţiunii, când schimbarea acelei situaţii a rezultat în mod vădit din comiterea infracţiunii, iar restabilirea este posibilă."

[20] **I. Neagu**, *Drept procesual penal, Partea generală*, Editura Oscar Print, Bucureşti, 1994, p.290.

A. Ambele măsuri **procesuale sunt provizorii**[21] deoarece:

- a nu le considera măsuri provizorii înseamnă a încălca principiul prezumţiei de nevinovăţie fiind dispuse înaintea unei condamnări sau chiar achitări iar în cazul măsurii dispuse de instanţă ar apărea ca o antepronunţare;
- ambele măsuri sunt reglementate în actualul Cod de Procedură penală şi în Proiectul noului Cod de procedură penală ca „Măsurile asiguratorii, restituirea lucrurilor şi restabilirea situaţiei anterioare săvârşirii infracţiunii", or măsurile asiguratorii sunt măsuri provizorii;
- ambele măsuri procesuale se dispun prin acte procesual penale provizorii care produc efecte până în momentul rămânerii definitive şi irevocabile a soluţiilor date prin hotărârii judecătoreşti sau soluţiilor date de procuror şi neatacate în termenul prevăzut de lege ori când plângerile împotriva acestora au fost respinse definitiv.
- aceasta rezultă şi din art. 109 pct. 5 C.p.p. (şi art. 160 pct. 5 din Proiect[22]) „obiectele ce servesc ca mijloc de probă, dacă nu sunt supuse confiscării, pot fi

[21] Socotim că în Proiectul Codului de procedură penală ar fi indicat să se prevadă în mod expres caracterul provizoriu al acestora. În acest sens ar fi de dorit ca titlul secţiunii „Măsurile asigurătorii, restituirea lucrurilor şi restabilirea situaţiei anterioare săvârşirii infracţiunii" să fie înlocuit cu următorul: „Măsurile asigurătorii şi alte măsuri procesuale provizorii"

[22] În art. 160 pct. 5 din Proiectul Noului Cod de procedură penală se dispune: „5. Obiectele ce servesc ca mijloc de probă, dacă nu sunt supuse confiscării, pot fi restituite chiar **înainte de soluţionarea definitivă** a procesului, persoanei căreia îi aparţin, afară de cazul când prin această restituire s-ar putea stânjeni aflarea adevărului. Organul de urmărire penală sau instanţa de judecată pune în vedere persoanei căreia i-au fost restituite obiectele, că este obligată să le păstreze până la soluţionarea definitivă a cauzei."

restituite persoanei căreia îi aparţin[23], **chiar înainte de soluţionarea definitivă a procesului,** afară de cazul când prin această restituire s-ar putea stânjenii aflarea adevărului." Or soluţia definitivă poate fi contrară restituirii lucrului cum ar fi de pildă în cazul constatării inexistenţei infracţiunii când se dispune restituirea lucrului către inculpatul achitat, ceea ce implică un caracter provizoriu al măsurii restituirii lucrului.

- în art. 169 pct. 2 C.p.p. se prevede că durata obligaţiei de păstrare pentru cel căruia i-au fost restituite, ca fiind până la „rămânerea definitivă a hotărârii" rezultând evident caracterul provizoriu al măsurii. În art. 256 pct. 3 din noul Proiect al Codului de procedură penală se prevede că durata obligaţiei de păstrare pentru cel căruia i-au fost restituite, ca fiind până la „rămânerea definitivă a oricărei soluţii pronunţate în procesul penal". Observăm că în Proiect se propune o reglementare mai clară care pe lângă hotărârile judecătoreşti definitive să includă şi alte soluţii cum ar fi cele date de procuror, judecătorul de drepturi şi libertăţi şi judecătorul de cameră preliminară.

- În cazul achitări sau scoaterii de sub urmărire penală ca urmare a inexistenţei infracţiunii evident că măsurile prevăzute de art. 169 şi art. 170 din actualul Cod de procedură penală şi respectiv art. 256 şi art. 257 din Proiectul noului Cod de procedură penală **încetează** ne mai fiind îndeplinite condiţiile de aplicare şi menţinere a acestora. Potrivit art. 249 alin. 1 şi 2 raportat la art. 245 pct. 1 litera b), c) din actualul Cod de

[23] Observăm că între restituirea lucrului reglementată de art. 109 C.p.p. (art. 160 pct. 5 din noul Proiect al Codului de procedură penală) şi restituirea lucrurilor reglementată de art. 169 C.p.p. (art. 256 din noul Proiect al Codului de procedură penală) este o diferenţă în sensul că în primul caz lucrurile se restituie oricărei persoane căreia îi aparţin iar în cazul al doilea numai persoanei vătămate şi evident părţii civile.

procedură penală procurorul este obligat ca în Ordonanţa de scoatere de sub urmărire penală să dispună cu privire la: „confiscarea lucrurilor care potrivit art. 118 C.p. sunt supuse confiscării speciale şi **a restituirii celorlalte**", inclusiv „măsurile asiguratorii privind reparaţiile civile şi a **restabilirii situaţiei anterioare săvârşirii infracţiunii".** În reglementarea propusă prin noul Proiect al Codului de procedură penală în art. 315 pct. 2 privind conţinutul ordonanţei de clasare se prevede „**(2) Ordonanţa de clasare cuprinde menţiunile prevăzute de art. 286 alin. (2), precum şi dispoziţii privind: a) ridicarea sau menţinerea măsurilor asigurătorii; b) confiscarea sau restituirea lucrurilor ridicate;** …" Din păcate, în Proiect, conţinutul Ordonanţei de clasare nu mai cuprinde dispoziţii cu privire la restabilirea situaţiei anterioare săvârşirii infracţiunii ceea ce în opinia noastră este discutabil. Socotim că prin Ordonanţa de clasare este necesar să se dispună de pildă cu privire la menţinerea sau infirmarea măsurii restabilirea situaţiei anterioare săvârşirii infracţiunii.

- „În cazul **achitării** inculpatului în temeiul art. 10 alin. (1) lit. d) C.p.p., instanţa trebuie să se pronunţe, conform art. 346 alin.(1) şi (2) C.p.p., şi asupra acţiunii civile, în sensul admiterii **sau respingerii** acesteia."[24] Şi de aici rezultă caracterul provizoriu al acestor măsuri până la soluţionare definitivă a cauzei.

- Potrivit art. 348 din actualul Cod de procedură penală denumit „Rezolvarea separată a acţiunii civile" „Instanţa, chiar dacă nu există constituire de parte civilă, se pronunţă asupra reparării pagubei materiale şi a daunelor morale în cazurile prevăzute în art. 17, iar în celelalte cazuri numai cu privire la restituirea lucrului,

[24] C.S.J., s. pen., decizia nr. 3782 din 27 octombrie 1999, în B.J. 1999, p. 299-300.

desfiinţarea totală sau parţială a unui înscris şi restabilirea situaţiei anterioare săvârşirii infracţiunii." Prin aceasta măsurile vremelnice indicate se ridică sau se transformă în măsuri definitive. De asemenea în art. 404 pct. 4 lit. f şi g din Proiect se prevede că în conţinutul dispozitivului hotărârii judecătoreşti să se dispună şi cu privire la: „f) restituirea lucrurilor; g) restabilirea situaţiei anterioare;" prin aceasta măsurile vremelnice pot fi ridicate sau transformate în măsuri definitive.

B. În opinia noastră ambele măsuri **procesuale sunt obligatorii**[25] **de luat** atunci când sunt îndeplinite în condiţiile legii deoarece:

- dacă sunt îndeplinite condiţiile prevăzute de lege, procurorul potrivit obligaţiilor sale constituţionale, prevăzute de art. 131 pct. 1 din Constituţie, de apărare a drepturilor şi libertăţilor cetăţenilor, trebuie să dispună aceste măsuri provizorii, al căror principal scop este în special garantarea şi apărarea dreptului de proprietate şi a dezmembrămintelor acestuia; acest drept al procurorului este şi o obligaţie în acelaşi timp nefiind un drept subiectiv al său deoarece în exercitarea acestuia nu apără un drept al său ci un drept sau interes al altuia garantat de lege.

- art. 169 alin. 1 când prevede măsura restituirii lucrurilor nu foloseşte expresia „poate dispune" ci

[25] În practică au fost soluţii contrare. Astfel într-o speţă s-a apreciat că ridicarea unui autoturism provenit din săvârşirea unei infracţiuni, de la terţul dobânditor de bună-credinţă, în temeiul art. 96 C.p.p., ar fi ilegală, motivându-se că dispoziţiile art. 96 şi cele ale art. 169 alin. 1 C.p.p. nu sunt imperative. S-a mai susţinut că bunul putea fi doar indisponibilizat conform art. 163, ca măsură asiguratorie, iar dobânditorul de bună-credinţă la care bunul rămânea indisponibilizat, invocând acest titlu, va putea pretinde restituirea bunului în temeiul art. 169 alin. 1 şi art. 168. O asemenea interpretare este eronată fără a distinge între ipotezele prevăzute de art. 1910 C.civ. **Ioan Augustin Man**, notă critică la Ordonanţa nr. 320/1994 a Parchetului General, în RD, nr. 7, 1994, p.71-73.

„dispune restituirea acestor lucruri persoanei vătămate”[26]; din modul de redactare al acestui articol rezultă că legiuitorul a instituit un **drept al persoanei vătămate la restituirea lucrurilor** când sunt îndeplinite anumite condiţii expres prevăzute de lege, şi corelativ acestuia o obligaţie a instanţei (judecătorului de drepturi şi libertăţi, judecătorul de cameră preliminară) şi a procurorului de a satisface acest drept când sunt îndeplinite condiţiile prevăzute de lege deci **nu este o facultate discreţionară ci o obligaţie condiţionată a autorităţii.** Apare o problemă, care nu este reglementată expres, atunci când partea vătămată refuză primirea lucrului cum ar fi în ipoteza uzării acestuia de către cel care l-a deţinut ilegal şi preferă despăgubiri băneşti posibil de încasat de la învinuit, inculpat sau partea responsabilă civilmente.[27] Socotim că aceasta ar putea fi apreciată ca o **excepţie de la obligativitatea restituirii lucrului,** fundamentată pe principiul reparării integrale a prejudiciului prin echivalent atunci când repararea în natură nu este posibilă inclusiv principiul disponibilităţii.

---

[26]În Proiectul Codului de procedură penală din punct de vedere al obligativităţii se menţine măsura astfel: „Art. 256. Restituirea lucrurilor (1) Dacă procurorul sau judecătorul de drepturi şi libertăţi, în cursul urmăririi penale, judecătorul de cameră preliminară sau instanţa de judecată, în procedura de cameră preliminară ori în cursul judecăţii, constată, la **cerere sau din oficiu**, că lucrurile ridicate de la suspect ori inculpat sau de la orice persoană care le-a primit spre a le păstra sunt proprietatea persoanei vătămate ori au fost luate pe nedrept din posesia sau deţinerea acesteia, **dispune restituirea acestor lucruri către persoana vătămată.** (2) Orice altă persoană care pretinde un drept asupra lucrurilor ridicate poate cere stabilirea acestui drept şi restituirea. Dispoziţiile art. 263 alin. (9) - (12) se aplică în mod corespunzător. (3) Restituirea lucrurilor ridicate are loc numai dacă prin aceasta nu sunt îngreunate stabilirea situaţiei de fapt şi justa soluţionare a cauzei şi cu obligaţia pentru cel căruia îi sunt restituite să le păstreze până la rămânerea definitivă a oricărei soluţii pronunţate în procesul penal.”

[27] Într-o astfel de ipoteză socotim că bunul uzat refuzat de partea vătămată trebuie confiscat în baza art. 118 lit. d sau e C.p. după caz.

O altă excepţie de la obligativitatea restituirii lucrului o constituie lucrurile interzise la deţinere sau pentru care lipseşte autorizarea prevăzută de lege.

- conform art. 65 pct. 2 din actualul Cod de procedură penală orice persoană care deţine vreun mijloc de probă este obligată să-l înfăţişeze organului de urmărire penală sau instanţei de judecată[28]; potrivit art. 96 C.p.p. organul de urmărire penală sau instanţa de judecată are **obligaţia**[29] să ridice obiectele şi înscrisurile ce pot servi ca mijloc de probă în procesul penal, or obiectul material sau produs al infracţiunii sunt mijloace materiale de probă. În acest scop pentru a da eficienţă acestor dispoziţii legiuitorul a reglementat cu **titlu imperativ măsura ridicării silite de obiecte sau înscrisuri** în art. 99 C.p.p.[30] Potrivit art. 107 pct. 3 din

[28] Această dispoziţie în ipoteza făptuitorului contravine principiului neautoincriminării şi respectiv al sarcinii probei putând fi pe deplin justificată în celelalte cazuri. Astfel potrivit Proiectului numai suspectul sau inculpatul nu este obligat să-şi dovedească nevinovăţia şi are dreptul de a nu contribui la propria acuzare (art. 97 pct. 2 din Proiect). Din păcate în Proiectul Codului de procedură penală nu mai apare de loc dispoziţia referitoare la obligaţia oricărei persoane de a înfăţişa mijloacele de probă organului de urmărire penală sau instanţei de judecată ceea ce afectează posibilitatea aflării adevărului în alte cazuri când nu se aplică principiul neautoincriminării.

[29] În proiectul Codului de procedură penală din punct de vedere al **obligativităţii** se menţine măsura astfel: „Art. 167. Ridicarea de obiecte şi înscrisuri. Organul de urmărire penală sau instanţa de judecată are **obligaţia** să ridice obiectele şi înscrisurile ce pot servi ca mijloc de probă în procesul penal."

[30] În proiectul Codului de procedură penală s-a menţinut măsura ridicării silite în: „Art. 169. Ridicarea silită de obiecte şi înscrisuri. (1) Dacă obiectul sau înscrisul cerut nu este predat de bunăvoie, organul de urmărire penală, prin ordonanţă sau instanţa de judecată, prin încheiere, dispune ridicarea silită. În cursul judecăţii dispoziţia de ridicare silită a obiectelor sau înscrisurilor se comunică procurorului, care ia măsuri de aducere la îndeplinire, prin organul de cercetare penală. (2) Împotriva ordonanţei organului de urmărire penală se poate face plângere de orice persoană interesată. Dispoziţiile art. 251 alin. (1) - (6) se aplică în mod corespunzător."

C.p.p. obiectele care nu pot fi ridicate se **sechestrează**[31] şi se lasă în păstrare fie celui la care se află, fie unui custode.

- în art. 122 alin. 1 din Codul de procedură penală Carol al II-lea măsura restituirii lucrului se putea lua mai înainte de condamnarea definitivă numai „dacă inculpatul consimte şi obiectul nu serveşte ca probă”[32]. Or în Codul de procedură penală din 1948 nu a mai apărut această

[31] În Proiect apare următoarea reglementare: „Art. 158. Identificarea şi păstrarea obiectelor. (1) După identificare, obiectele sau înscrisurile descrise în mandatul de percheziţie se prezintă persoanei de la care sunt ridicate şi persoanelor prezente, pentru a fi recunoscute şi a fi însemnate de către acestea spre neschimbare, după care se etichetează şi se sigilează. (2) Obiectele care nu pot fi însemnate ori pe care nu se pot aplica etichete şi sigilii se împachetează sau se închid, pe cât posibil împreună, după care se aplică sigilii. (3) Obiectele care nu pot fi ridicate **se lasă** în **păstrarea** celui la care se află, sau a unui custode. Persoanei căreia i se lasă spre păstrare obiectele i se pune în vedere că are obligaţia de a le **păstra şi conserva precum** şi de a le pune la dispoziţia organelor de urmărire penală la cererea acestora.” Spre deosebire de vechea reglementare în reglementarea propusă nu se mai vorbeşte explicit de sechestru ci numai de „păstrare şi conservare” fără a preciza dacă aceste două concepte exclud „folosirea” cum ar fi în cazul măsurii sechestrului ceea ce ni se pare discutabil. De pildă fapta de sustragere a unui astfel de bun nu mai constituie infracţiune nefiindu-i aplicabile dispoziţiile art. 244 C.p. deoarece bunul nu a fost sechestrat ceea ce ni se pare că nu este la adăpost de critică.

[32] Acest articol avea următorul conţinut: „**Art. 122.** - Când judecătorul de instrucţie sau instanţa penală constată că obiectele ridicate de la învinuit, complice, tăinuitor, găzduitor sau de la orice persoană care le-a primit spre a le păstra, sunt proprietatea părţii civile, ori au fost luate pe nedrept, din posesia sau deţinerea sa, dispune restituirea acestor obiecte părţii civile după ce hotărârea rămâne definitivă, iar dacă inculpatul consimte şi obiectul nu serveşte ca probă, poate fi restituit şi mai înainte. Orice altă persoană care pretinde că are drept asupra obiectelor ridicate la instrucţie, poate reclama de la judecător restituirea cât timp instrucţia este în curs, şi dacă acesta refuză, se poate adresa tribunalului care statuează asupra cererii în camera de consiliu. Judecătorii invită pe cei interesaţi a da lămuriri. Dacă reclamanţii nu pot justifica pretenţiunea asupra obiectului, sau dacă obiectul, printr-un mijloc legal de transmisiune a proprietăţii, ori prin dare în gaj, a ajuns în posesiunea unei persoane de bună credinţă, neimplicată în proces, sau dacă mai multe persoane pretind acelaşi obiect, rezolvirea cererii se rezervă competenţei instanţei civile.”

condiţionare de consimţământul inculpatului, condiţionare care a fost menţinută abrogată şi prin actualul Cod de procedură penală. Deci în actuala reglementare opoziţia inculpatului la restituirea lucrului ridicat de la el, înaintea condamnării definitive, nu mai este recunoscută şi protejată de legiuitor.

- art. 348 din actualul Cod de procedură penală[33] referindu-se la rezolvarea de către instanţa de fond a acţiunii civile dispune: „Instanţa, chiar dacă nu există constituire de parte civilă, se pronunţă asupra reparării pagubei materiale şi a daunelor morale în cazurile prevăzute în art. 17, iar în celelalte cazuri **numai** cu privire la restituirea lucrurilor, desfiinţarea totală sau parţială a unui înscris şi restabilirea situaţiei anterioare săvârşirii infracţiunii." Deci instanţa în astfel de cazuri **este obligată** să dispună cu privire la **menţinerea** sau nu a măsurilor provizorii luate în cursul procesului de către procuror sau instanţă de restituire a lucrurilor sau de restabilire a situaţiei anterioare săvârşirii infracţiunii.[34] O reglementare asemănătoare este menţinută şi în Proiect.

C. Pe lângă asigurarea reparării în natură a prejudiciului ambele măsuri procesuale îşi au **raţiunea** şi în **prevenirea de noi acte infracţionale şi în**

[33] În Proiectul Codului de procedură penală această reglementare apare în esenţă în art. 24.

[34] „Chiar în lipsa unei constituiri de parte civilă, instanţa este obligată să se pronunţe asupra restabilirii anterioare infracţiunii. Cum fapta inculpatei, de a se împotrivi executării unei hotărâri civile, a avut drept urmare lipsirea părţii vătămate de folosinţa unui teren ce i-a fost atribuit în mod legal, instanţa este ţinută a dispune restabilirea situaţiei anterioare infracţiunii, chiar dacă partea vătămată nu a solicitat expres acest lucru, prin obligarea inculpaţilor să lase părţilor vătămate în proprietate şi liniştită posesie terenul deţinut în baza hotărârii civile definitive şi executorii." Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, Secţia Penală, decizia nr. 3953 din 30 iunie 2004, în **Ana Maria Trancă**, *Acţiunea civilă în procesul penal, Practică judiciară*, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2008, p. 384.

întreruperea săvârşirii infracţiunii continue sau chiar continuate în anumite situaţii deoarece:

- potrivit art. 1 pct. 2 din actualul Cod de procedură penală „Procesul penal trebuie să contribuie la apărarea ordinii de drept, la **apărarea** persoanei, a **drepturilor** şi libertăţilor acesteia, la **prevenirea** infracţiunilor, precum şi la **educarea** cetăţenilor în spiritul respectării legilor." Astfel socotim că în realizarea apărării ordinii de drept, restabilirea situaţiei anterioare **presupune în primul rând întreruperea infracţiunii continuate** şi respectiv a continuării prejudicierii prin săvârşirea continuă a infracţiunii. Sunt anumite stări create şi continuate prin infracţiune cum ar fi în cazul tulburării de posesie (art. 220 C.p.) tulburarea folosinţei locuinţei (art. 320 C.p.), violarea de domiciliu (art. 192 C.p.) lipsirea de libertate în mod ilegal (art. 189 C.p.) şi altele care trebuie curmate imediat. A întârzia înseamnă uneori a favoriza majorarea prejudiciului în cazul infracţiunii continuate sau continui. Socotim că în mod discutabil în art. 170 C.p.p., legiuitorul foloseşte expresia „poate lua măsurile de restabilire a situaţiei anterioare săvârşirii infracţiunii" ceea ce poate da naştere la interpretarea, greşită în opinia noastră, că această măsură ar fi facultativă şi aşa cum am arătat nu poate fi acceptat dacă condiţiile prevăzute de lege sunt îndeplinite. Din păcate şi în Proiectul noului Cod de procedură penală se foloseşte aceeaşi expresie.[35] De

[35] În Proiectul noului Cod de procedură penală se dispunea: „Art. 257. Restabilirea situaţiei anterioare. Judecătorul de drepturi şi libertăţi, în cursul urmăririi penale, judecătorul de cameră preliminară sau instanţa de judecată, în procedura de cameră preliminară ori în cursul judecăţii, **poate lua măsuri de restabilire a situaţiei anterioare săvârşirii infracţiunii**, când schimbarea acelei situaţii a rezultat în mod vădit din comiterea infracţiunii, iar restabilirea este posibilă." În Proiectul noului Cod de procedură penală aprobat de Guvern în 25.02.2009 şi trimis la Parlament s-a dat o altă formulare discutabilă chiar susceptibilă de neconstituţionalitate în opinia

aceea socotim că ar fi de dorit ca sintagma „poate lua" să fie înlocuită cu cuvântul „dispune" în noua reglementare a restabilirii situaţiei anterioare săvârşirii infracţiunii fiind şi o cerinţă de natură constituţională.

- **garanţia** constituţională a **dreptului de proprietate** presupune şi **întreruperea** detenţiei şi folosinţei bunului obiect al infracţiunii de către învinuit sau inculpat, inclusiv a prejudicierii părţii vătămate. De asemenea **principiul prevenirii infracţiunilor** şi al protecţiei proprietăţii obligă la **indisponibilizarea obiectului material** al infracţiuni, lăsarea lui în custodie sau pur şi simplu **restituirea acestuia în condiţiile legii** în scopul prevenirii distrugerii intenţionate, uzării prin folosinţă pe nedrept, înstrăinării, dispariţiei prin furt, sau a oricărei distrugeri din cauze naturale când nu este asigurat. Potrivit art. 95, art. 96 şi art. 99 din actualul Cod de procedură penală, obiectele care au fost folosite sau au fost destinate să servească la săvârşirea unei infracţiuni, precum şi obiectele care sunt produsul infracţiunii, dacă pot servi ca mijloc de probă trebuie **ridicate obligatoriu** în condiţiile art. 107 din actualul Cod de procedură penală. În cazul celor care nu pot fi ridicate se **sechestrează** şi se lasă în păstrare fie celui la care se află, fie unui custode (art. 107 pct. 3 din actualul Cod de

noastră astfel: „Art. 257. Restabilirea situaţiei anterioare. Instanţa de judecată, în cursul judecăţii, **poate lua măsuri de restabilire a situaţiei anterioare săvârşirii infracţiunii**, când schimbarea acelei situaţii a rezultat în **mod vădit** din comiterea infracţiunii, iar restabilirea este posibilă." Astfel această măsură a fost scoasă din faza de urmărire penală şi a rămas numai în faza de judecată deşi condiţia stării de ilegalitate a rămas vădită. Nu înţelegem de ce procurorul, judecătorul de drepturi şi libertăţi şi judecătorul de cameră preliminară nu ar putea să dispună în cursul urmăririi penale, măsuri **de restabilire a situaţiei anterioare săvârşirii infracţiunii**, când schimbarea acelei situaţii a rezultat în **mod vădit** din comiterea infracţiunii, iar restabilirea este posibilă. Credem că o astfel de reglementare este în contradicţie cu obligaţiile constituţionale ale acestora şi cu garanţiile prevăzute de Constituţie.

procedură penală). Evident acest sechestru nu se confundă cu sechestrul asigurator reglementat de art. 163 şi următ. C.p.p. care are alte temeiuri de fapt şi de drept. Conform art. 109 alin. 5 din actualul Cod de procedură penală. „Obiectele ce servesc ca mijloc de probă, dacă nu sunt supuse confiscării, **pot fi restituite persoanei căreia îi aparţin**, chiar **înainte** de soluţionarea definitivă a procesului, afară de cazul când prin această restituire s-ar putea stânjeni aflarea adevărului…”[36]

- În art. 8 din Convenţia Europeană a Drepturilor Omului se dispune: „1. Orice persoană are dreptul la **respectarea vieţii sale private şi de familie, a domiciliului său** şi a corespondenţei sale. 2. Nu este admis **amestecul** unei autorităţi publice în exercitarea acestui drept **decât în măsura** în care acest amestec este prevăzut de lege şi dacă constituie o măsură care, într-o societate democratică, este **necesară** pentru securitatea

[36] Restituirea lucrurilor prevăzută de art. 169 C.p.p. diferă de restituirea lucrurilor prevăzută de art. 109 pct. 5 din actualul Cod de procedură penală. Potrivit art. 169 pct. 1, organul de urmărire penală sau instanţa de judecată, constatând că lucrurile **ridicate de la învinuit, inculpat** sau orice altă persoană care le-a primit spre a le păstra sunt proprietatea părţii vătămate ori au fost luate pe nedrept din posesia sau detenţiunea sa, va dispune restituirea acestora către partea vătămată. În schimb, dispoziţiile art. 109 pct. 5 prevede că obiectele care pot fi de asemenea, ridicate de la învinuit sau inculpat **cât şi de la orice persoană** în posesia căreia se află, pot fi restituite persoanei căreia îi aparţin, deci şi altor persoane decât partea vătămată, dacă se stabileşte că le aparţin. Măsura se justifică prin aceea că obiectele, mijloacele de probă, deci şi obiectele corp delict nu aparţin întotdeauna părţii vătămate, ci pot aparţine şi altor persoane sau chiar învinuitului sau inculpatului, situaţie în care, dacă nu sunt supuse confiscării speciale potrivit legii penale, sau prin restituire nu se stânjeneşte aflarea adevărului, pot fi restituite (chiar prin ridicarea sechestrului pe parcursul desfăşurării procesului penal), inclusiv învinuitului sau inculpatului, dacă aparţin acestora. Prin urmare, nu întotdeauna restituirea vizată de acest text (art. 109 pct. 5) semnifică repararea în natură a pagubei suferite de partea vătămată. În cazurile prevăzute de art. 169 orice altă persoană care pretinde un drept asupra lucrurilor ridicate poate cere, potrivit dispoziţiilor art. 168, stabilirea acestui drept şi restituirea prin plângere la procuror sau instanţă.

naţională, siguranţa publică, bunăstarea economică a ţării, apărarea ordinii şi **prevenirea faptelor penale**, protejarea sănătăţii şi a moralei, ori **protejarea drepturilor şi libertăţilor** altora." Observăm că şi această dispoziţie referitoare la principiul preveniri faptelor penale constituie un temei al obligativităţii celor două măsuri analizate.

D. Ambele măsuri procesuale îşi au **temeiul** şi în **principiul operativităţii** procesului penal şi al soluţionării într-un **termen rezonabil**.

- Este cunoscut că **eficienţa actului de justiţie** depinde atât de aflarea adevărului, cât şi de **operativitatea** acţiunii penale dar şi a acţiunii civile. Dacă produsul infracţiunii a fost consumat, vândut, preţul cheltuit or pur şi simplu a pierit, iar autorul infracţiunii este insolvabil eficienţa actului de justiţie poate fi discutabilă. Pe de altă parte menţinerea schimbării situaţiei anterioare săvârşirii infracţiunii într-o situaţie de prejudiciu material sau moral continuu cauzată în mod vădit prin comiterea infracţiunii este incompatibilă cu un stat de drept,[37] cu rolul justiţiei al organelor judiciare şi cu garantarea drepturilor şi libertăţilor persoanei. De aceea în art. 1 din actualul Cod de procedură penală se dispune: „procesul penal are ca scop **constatarea la timp** şi în mod complet a faptelor care constituie infracţiuni…". Importanţa operativităţii acţiunii penale dar şi a acţiunii civile poate **preveni** săvârşirea de noi infracţiuni dar şi insolvabilitatea debitorului provocată sau nu cu toate consecinţele negative pentru partea vătămată devenită creditor prin fapta prejudiciabilă sau

[37] În art. 28 din Declaraţia Universală a Drepturilor Omului se dispune: „Orice persoană are dreptul la orânduire socială şi internaţională în care drepturile şi libertăţile expuse în prezenta Declaraţie pot fi pe deplin înfăptuite."

pentru alte victime potenţiale. Dar procesul de reparare în natură este dificil de realizat având în vedere multitudinea intereselor în conflict cum ar fi de pildă ale celor care au pierdut bunul sau situaţia anterioară ca şi a celor care au dobândit acestea cu bună sau rea credinţă. Aceasta necesită o analiză atentă a succesiunii faptelor ilicite, a interferenţelor dintre aceste fapte şi efectele lor, determinarea, cu alte cuvinte a raportului de cauzalitate dintre fiecare faptă penală şi prejudiciu sau starea de fapt şi de drept.

- Operativitatea în luarea acestor măsuri procesuale provizorii duce la încrederea în justiţie, dar şi în creşterea respectului faţă de lege cu toate implicaţiile în domeniul prevenirii;

E. Potrivit actualului Cod de procedură penală ambele măsuri procesuale pot fi dispuse de procuror sau instanţă după caz. În Proiectul Codului de procedură penală aprobat de Guvern la 25.02.2009 şi trimis la Parlament, măsura restituirii lucrului este în competenţa procurorului, judecătorului de drepturi şi libertăţi, judecătorului de cameră preliminară precum şi a instanţei după caz. În ceea ce priveşte măsura restabilirii situaţiei anterioare aceasta a fost dată **numai în competenţa instanţei de judecată şi numai în faza de judecată** ceea ce în opinia noastră afectează operativitatea dispunerii şi luării acesteia şi favorizează continuarea încălcării legii până în faza de judecată ceea ce nu este constituţional. De aceea considerăm că reglementarea propusă, în art. 257 din Proiect, măsurii restabilirii situaţiei anterioare săvârşirii infracţiuni în sensul posibilităţii dispunerii acesteia numai de instanţă în faza de judecată este neinspirată şi susceptibilă de neconstituţionalitate referitor la garantarea drepturilor şi libertăţilor.

4. **Condiţiile necesare** pentru a dispune luarea măsurii procesuale a **restituirii lucrurilor** în cadrul procesului penal.

Potrivit art. 169 din actualul Cod de procedură penală „(1) Dacă procurorul sau instanţa de judecată constată că lucrurile ridicate de la **învinuit** ori **inculpat,** sau de la orice persoană care l-a primit **spre a-l păstra**, sunt proprietatea persoanei vătămate ori au fost luate pe nedrept din posesia sau deţinerea sa, dispune restituirea acestor lucruri persoanei vătămate. Orice altă persoană care pretinde un drept asupra lucrurilor ridicate poate cere, potrivit dispoziţiilor art. 168, stabilirea acestui drept şi restituirea. (2) Restituirea lucrurilor ridicate are loc numai dacă prin aceasta nu se stinghereşte aflarea adevărului şi justa soluţionare a cauzei şi cu obligaţia pentru cel căruia îi sunt restituite să le păstreze până la rămânerea definitivă a hotărârii.” Aşa cum am văzut noul Proiect al Codului de procedură penală menţine aceleaşi condiţii pentru luarea acestei măsuri.

Pentru a se putea dispune **luarea măsurii procesuale a restituirii lucrurilor** în temeiul art. 169 din actualul Cod de procedură penală sunt necesare a fi îndeplinite **cumulativ** următoarele condiţii:

a) Să **fie începută urmărirea penală** pentru infracţiuni la săvârşirea cărora au fost **folosite** aceste lucruri sau al căror **produs** infracţional sunt, deoarece aceste lucruri pot fi ridicate numai de la persoana care are calitatea de învinuit (suspect) sau inculpat sau de la orice persoană care l-a primit de la aceştia **spre a le păstra** aşa cum rezultă din text; dacă nu este începută urmărirea penală socotim că nu trebuie ridicate lucrurile cu excepţia celor interzise la deţinere. De asemenea în cazul de infracţiunii flagrante socotim că se poate lua măsura restituirii lucrurilor ridicate de la **învinuit** ori **inculpat,**

sau de la orice persoană care l-a primit de la aceştia **spre a-le păstra** către persoana vătămată.

b) Lucrurile să fie **ridicate potrivit legii de la învinuit sau inculpat, fie ei autori, instigatori, complici, tăinuitori**; socotim că aceasta presupune că lucrurile au fost ridicate de la domiciliile, reşedinţele inculpatului sau învinuitului (suspectului), sau din alte locuri proprietatea, posesia sau deţinerea acestora în care apare prezumţia de însuşire sau posesie or detenţie ilegală; lucrurile pot să fie ridicate potrivit legii şi **de la orice persoană care le-a primit direct sau indirect de la învinuit sau inculpat pentru a le păstra evident** în interesul lor (învinuit sau inculpat), cum ar fi bani sau alte lucruri depuse la bancă, în depozit la alte persoane, la tăinuitori etc. Socotim că în actuala reglementare şi cea propusă în Proiect nu **se pune problema ridicării lucrurilor de la cumpărătorul de bună credinţă**[38] şi ca urmare apare superfluă invocarea în apărare a situaţiei prevăzute de art. 1910 C.civ., deoarece dispoziţiile art. 169 din actualul Cod de procedură penală **nu permit aşa ceva** şi în opinia noastră nici nu ar fi corectă o astfel de soluţie.[39] Dispoziţiile art. 169 din actualul Cod de

[38] A se vedea şi **Valerică Dabu**, **Tudorel Enoiu Boboc**, *Ridicarea de obiecte şi înscrisuri*, în Revista de Drept penal, nr. 3/1998 p. 116.

[39] În sens contrar a se vedea: **Tănase Joiţa**, *Repararea în natură prin restituirea lucrului*, în Revista de Drept Penal, Anul III, nr. 4, Bucureşti 1996, p. 83. „Un aspect particular îmbracă situaţia terţului de bună-credinţă care a dobândit bunul într-un loc public unde obişnuit se vând asemenea lucruri (târg, bâlci etc.), la o licitaţie publică, sau de la un comerciant care obişnuit vinde asemenea bunuri, situaţii vizate în art. 1910 C.civ. Textul instituie în asemenea cazuri o garanţie pentru terţul dobânditor al lucrului căruia bunul nu i se va putea ridica decât dacă va primi de la adevăratul proprietar (parte vătămată) sau de la inculpat, preţul plătit de el. Aceasta se constituie într-un adevărat drept de retenţie în favoarea dobânditorului de bună-credinţă. În astfel de cauze apreciem că terţul va putea cere nu numai preţul plătit pentru bun, ci şi eventuale alte cheltuieli cu întreţinerea acestuia, de exemplu cazul unor animale cumpărate de el dintr-un târg."

procedură penală se referă strict numai la restituirea bunurilor ridicate „de la orice persoană care **l-a primit** spre **a-l păstra**", în calitate de detentor precar, deci **nu** de la dobânditorul cu titlu de cumpărător[40] de bună credinţă[41] care îl primeşte ca proprietar[42] nu ca detentor precar. Ca urmare în actuala reglementare orice ridicare a lucrului de la cumpărătorul de bună credinţă într-o astfel de ipoteză apare ca fiind **contrară** dispoziţiilor art. 169 din Cod de procedură penală care admite ridicarea lucrurilor restituibile, în afară de la învinuit şi inculpat, numai de la „orice persoană care **l-a primit** spre **a-l păstra**" evident pentru învinuit sau inculpat.[43] În cazul

[40] „Este adevărat că, potrivit principiului *rezoluto iure dantis* ce guvernează instituţia nulităţii actului juridic civil, anularea actului iniţial atrage după sine şi anularea actului subsecvent. De la acest principiu există însă excepţie, în cazul în care, deşi se anulează actul principal, nu se mai anulează şi actul secundar (rezolvitur ius accipientis). Practica judecătorească şi doctrina a admis această excepţie, dând eficienţă altor principii care trebuie ocrotite în circuitul civil, printre care şi *ocrotirea bunei-credinţe* legiferată prin art. 1898 alin. 1 C.civ.. Potrivit acestei excepţii, cel care intră cu bună-credinţă în posesia unui bun în temeiul unui act juridic cu titlu oneros, care-i transmite dreptul de proprietate dacă ar fi fost făcut de o persoană îndreptăţită să dispună de acel bun, dobândeşte, de la data intrării în posesia bunului, dreptul de proprietate asupra acestuia."Decizia nr. 750 din 8 octombrie 2004, Curtea de Apel Constanţa - Secţia penală, în *Consiliul Superior al Magistraturii, Jurisprudenţa Naţională 2004-2005*, Editura Brilliance, Colecţia Lex Expert, Bucureşti, 2006, p.694.

[41] În sens contrar a se vedea **Titus Pungă**, *În legătură cu restituirea lucrurilor*, în R.D.P. nr. 2/2001 p. 120-121 În acest articol este criticată Decizia nr. 930 din 13 septembrie 2000 a Curţii de Apel Suceava prin care s-a admis recursul părţii civile împotriva ordonanţei procurorului de restituire a lucrului obiect al infracţiunii către terţul dobânditor prin cumpărare de la inculpat, pe motiv că procurorul a luat măsura restituirii „fără a stabili în prealabil existenţa dreptului de proprietate şi dobândirea lui cu bună credinţă" care trebuie probată, iar o asemenea dovadă „urma să se facă în cursul cercetării judecătoreşti."

[42] În art. 44 pct. 8 teza a doua din Constituţie se dispune: „**Caracterul licit al dobândirii se prezumă**." Or răsturnarea acestei prezumţii se face în cadrul unei alte proceduri.

[43] În doctrină s-a exprimat o opinie contrară în care se susţine că lucrul poate fi ridicat şi de la un cumpărător de bună credinţă cu unele excepţii: a) dacă

cumpărătorului de rea credinţă situaţia comportă discuţii. Astfel când cumpărătorul de rea credinţă cunoştea că bunul este produs al infracţiunii atunci el apare ca tăinuitor şi lucrul poate fi ridicat de la tăinuitor şi restituit părţii vătămate. Credem că aceeaşi situaţie este şi în cazul cumpărătorului de rea credinţă instigator sau complice or participant impropriu în condiţiile art. 31 din actualul Cod penal

c) În principiu lucrurile trebuie să fie **proprietatea persoanei vătămate, posesiunea sau detenţiunea acesteia** ceea ce presupune că trebuie să fie **din lucrurile** de care a fost **deposedată persoana vătămată**.[44] De asemenea **trebuie** să fie un **bun anume determinat, individualizat, cert,** iar nu unul asemănător, generic determinat; proprietatea poate fi dovedită cu facturi, contracte sau alte înscrisuri în care bunul este individualizat.

d) Ca excepţie de la principiul mai sus arătat lucrurile pot fi şi **proprietatea altei persoane** decât persoana vătămată inclusiv ale învinuitului sau inculpatului dar trebuie îndeplinită condiţia luării **pe nedrept** din **posesia** sau **deţinerea** persoanei vătămate; deşi în civil se consideră reparaţie în natură şi înlocuirea

---

s-a îndeplinit termenul de trei ani prevăzut în art. 1909 alin. 2 C.civ. pentru revendicarea unui bun mobil, bunul nu va mai putea fi ridicat de la terţul de bună-credinţă, iar dacă totuşi va fi ridicat, acesta va putea formula plângere contra măsurii în temeiul art. 169 alin. 1 teza finală şi art. 168 C.p.p.; b) chiar şi în ipoteza în care bunul s-a ridicat de la terţul dobânditor de bună-credinţă în termenul de trei ani, dacă partea vătămată renunţă la dreptul de a fi despăgubită sau refuză bunul (între timp a fost uzat ori degradat etc.), bunul se va restitui terţului; **Tănase Joiţa**, *Repararea în natură prin restituirea lucrului*, în Revista de Drept Penal, Anul III, nr.4, Bucureşti 1996, p. 82.

[44] Potrivit art. 169 C.p.p. teza a doua **orice altă persoană** care pretinde un drept asupra lucrurilor ridicate poate cere, potrivit dispoziţiilor art. 168, stabilirea acestui drept şi restituirea. Socotim că pe această cale poate cere stabilirea acestui drept şi restituirea lucrurilor chiar învinuitul sau inculpatul.

bunului în litigiu cu un alt bun generic[45], socotim că această ipoteză nu se regăseşte în dispoziţiile art. 169 C.p.p. care reglementează o măsură provizorie ce se dispune în **situaţii evidente, vădite** vizând numai bunul individualizat cert luat din posesia, deţinerea sau proprietatea persoanei vătămate. Înlocuirea bunului în litigiu cu un alt bun generic este o reparaţie prin echivalent şi nu o restituire a lucrului prevăzută de art. 169 C.p.p..

e) Restituirea lucrurilor ridicate are loc **numai** dacă prin aceasta **nu se stinghereşte aflarea adevărului şi justa soluţionare a cauzei**; de pildă nu se pot restitui corpurile delicte purtătoare de urme ale infracţiunii deoarece dacă ar fi restituite ar apărea riscul distrugerii urmelor şi imposibilităţii efectuării unei expertize a acestora cerută de vreuna dintre părţi.

f) Lucrurile ridicate **să nu fie interzise la deţinere** ori partea vătămată să fie autorizată a deţine astfel de lucruri când sunt supuse regimului autorizării; altfel lucrurile nu ar putea fi restituite în mod legal.

g) Lucrurile se lasă în **custodia** celui căruia i-au fost restituite să le **păstreze până la soluţionarea definitivă a cauzei.** Nu importă dacă lucrurile sunt sau nu sechestrate.

h) O problemă apare atunci când lucrul în litigiu a fost deteriorat şi restituit de procuror sau instanţă

[45] „… repararea în natură adică, repararea prin mijloace naturale, adecvate, fireşti, cum sunt, de exemplu, restituirea, înlocuirea sau reparaţiile tehnice efectuate în vederea înlăturării prejudiciului cauzat." **Ion Albu**, **Victor Ursa**, *Răspunderea civilă pentru daune morale*, Editura Dacia, Cluj-Napoca, 1979, p. 38. „Repararea în natură este activitatea de înlăturare a prejudiciului …. Restituirea bunurilor şi a valorilor sustrase, înlocuirea unor bunuri distruse…" **Adriana Corhan**, *Repararea prejudiciului prin echivalent bănesc*, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 1999, p. 25. În acelaşi sens a se vedea **Gheorghe Vintilă**, **Constantin Furtună**, Editura ALL Beck, Bucureşti, 2002, p.8.

persoanei vătămate. Evident că printr-o astfel de restituire a lucrului deteriorat nu se realizează repararea integrală a prejudiciului. În astfel de cazuri instanţele au decis diferit. Astfel unele au decis[46] că inculpatul să fie obligat la plata echivalentului bunului iar bunul degradat sau distrus, să-i rămână acestuia. Această soluţie este discutabilă, deoarece partea vătămată ar putea să-l repare mai repede pe seama inculpatului şi să se folosească de bun sau ar putea apărea ipoteza în care inculpatul este insolvabil, lucrează la negru, iar lucrul părţii vătămate ce i-a rămas l-a vândut preţul obţinut cheltuindu-l în interes propriu. Alte instanţe au decis[47] ca lucrurile să fie restituite persoanei vătămate în starea în care se găsea, şi au obligat pe inculpat la plata integrală a echivalentului lucrurilor, urmând ca din valoare să se deducă sumele care se vor obţine de persoana vătămată din valorificarea lucrurilor. Credem că potrivit principiului disponibilităţi numai **persoana vătămată în deplină cunoştinţă de cauză poate să ceară instanţei varianta cea mai avantajoasă pentru ea din cele două**.

i) în actuala reglementare cât şi în cea propusă în ultimul Proiect credem că folosirea sintagmei „lucrurile ridicate" reduce aplicarea măsurii restituirii lucrurilor numai la lucrurile mobile ceea ce în opinia noastră nu satisface. Astfel în practică au fost cazuri când s-au vândut cu acte false, la complici, bunuri imobile sau s-au obţinut cu acte false prin hotărâri judecătoreşti „restituirea" unor imobile către falşi urmaşi ai foştilor proprietari. Într-o speţă prin exploatarea unor deficienţe legislative făptuitorul a determinat pe partea vătămată să semneze în faţa notarului un act în care s-a consemnat că anterior ar fi primit un milion de euro cu titlu de

[46] C.S.J., s.p. D. 2171/1988, în R.R.D. nr. 7, 1989, p. 75-76.
[47] C.S.J., s.p. D. 1777/1992, în R.D. nr. 7, 1993, p. 96.

împrumut pe care se obligă să-l restituie în rate pe o perioadă declarată şi dacă nu restituie este de acord să-i fie urmărit un imobil folosit ca hotel. Deşi erau simple declaraţii date de făptuitor şi partea vătămată, notarul a consemnat acestea într-un act denumit impropriu, în opinia noastră, „Contract de împrumut". Ulterior făptuitorul invocând art. 66 din Legea nr. 36/1995[48] a solicitat şi obţinut de la un executor judecătoresc „executarea silită" a aşa zisului contract de împrumut şi vânzarea la licitaţie a hotelului. Executorul judecătoresc a organizat licitaţia adjudecând vânzarea către făptuitor la un preţ modic şi a întocmit procesul-verbal de punere în posesie a acestuia fără să realizeze în fapt punerea în posesie. Partea vătămată a reclamat săvârşirea infracţiunilor de fals, abuz în serviciu şi înşelăciune, a solicitat lăsarea hotelului în custodia sa invocând durata mare a procesului penal şi pierderile din nefolosirea hotelului.

În afară de măsura restituirii lucrului prevăzută de art. 169 C.p.p. se mai poate vorbi de măsuri asemănătoare în condiţiile şi în temeiul altor dispoziţii astfel:

a) obiectelor şi înscrisurilor **predate** sau **ridicate** în urma percheziţiei şi care nu au legătură cu cauza se **restituie** persoanei căreia îi aparţin potrivit art. 109 alin. 4 din actualul Cod de procedură penală şi respectiv art. 160 pct. 4 din Proiect;

b) **restituirea** obiectelor şi înscrisurilor **predate** sau **ridicate cu ocazia cercetării la faţa locului** potrivit

[48] În art. 66 din Legea nr. 36/1995 se dispune: „Art. 66. - Actul autentificat de notarul public care constată o creanţă certă şi lichidă are putere de titlu executoriu la data exigibilităţii acesteia. În lipsa actului original, titlul executoriu îl poate constitui duplicatul sau copia legalizată de pe exemplarul din arhiva notarului public."

art. 131 din actualul Cod de procedură penală şi respectiv art. 194 pct. 1 lit. d din Proiect;

Aceste două instituţii juridice diferă de instituţia reglementată de art. 169 C.p.p. astfel:

- instituţia reglementată de art. 169 din actualul Cod de procedură penală are în principal scopul de a **asigura repararea** în natură a prejudiciului **cauzat** pe când celelalte două instituţii ale restituirii lucrului, mai sus arătate, au scopul de a apăra proprietatea detenţia sau posesia **celor de la care s-au ridicat** în ipotezele prevăzute de art. 109 şi 131 din actualul Cod de procedură penală sau pur şi simplu au fost pierdute de proprietarii, posesorii sau detentorii legali şi găsite în locurile la care se referă cele două articole;
- în ipoteza reglementată de art. 169 din actualul Cod de procedură penală lucrul este ridicat de la învinuit, inculpat sau de la persoana căreia aceştia l-au dat spre păstrare pe când în cazul celorlalte două instituţii juridice prevăzut de art. 109 alin. 4 şi art. 131 C.p.p. ipotezele reglementate se referă la lucrurile predate de făptuitor, sau orice altă persoană ori ridicate silit cu ocazia percheziţiei, inclusiv cele găsite şi ridicate în cadrul cercetării la faţa locului;
- măsura restituirii lucrului potrivit art. 169 din actualul Cod de procedură penală. are caracter vremelnic pe când măsura restituirii lucrului prevăzută de art. 109 alin. 4 şi art. 131 C.p.p. este în principiu cu titlu definitiv;

Aceste deosebiri prezintă interes practic deoarece căile de atac ale măsurilor în cauză diferă cu consecinţe deosebite. Astfel în cazul restituirii lucrurilor prevăzută de art. 169 contestarea măsurii se face pe calea prevăzută de art. 168 din actualul Cod de procedură penală care, într-o opinie, în faza de urmărire penală se epuizează

odată cu epuizarea căilor ierarhice în parchet.[49] Pentru măsurile de restituire prevăzute de art. 109 alin. 4 şi art. 131 din actualul Cod de procedură penală nefiind reglementată o procedură specială a plângerii împotriva acestora se aplică dispoziţiile art. 275-278 C.p.p. privind plângerea împotriva măsurilor şi actelor de urmărire penală.[50] În Proiectul Codului de procedură penală

[49] „Plângerea adresată instanţei împotriva ordonanţei prin care s-a dispus, în cursul urmăririi penale, instituirea sechestrului asigurator sau a rezoluţiei prin care s-a dispus aducerea la îndeplinire a acestei măsuri asiguratorii este inadmisibilă şi în raport cu prevederile art. 168 alin. (1) C.p.p., întrucât din aceste prevederi rezultă că, în contra măsurii asiguratorii luate şi a modului de aducere la îndeplinire a acesteia, învinuitul sau inculpatul, partea responsabilă civilmente, precum şi orice altă persoană interesată se pot plânge numai procurorului, dacă măsura asiguratorie a fost dispusă în cursul urmăririi penale. **O astfel de plângere se soluţionează conform prevederilor art. 278 C.p.p., referitoare la plângerea contra actelor procurorului.**" Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, Secţia penală, sentinţa nr. 86 din 29 ianuarie 2007, în *Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, B.J. Culegere de decizii pe anul 2007*, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2008, p. 821. A se vedea şi Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, încheierea nr. 3405 din 22 iunie 2007 în **George Antoniu şi colaboratori**, *Codul de procedură penală, Texte, Jurisprudenţă, Hotărâri C.E.D.O.*, Ediţia a II-a, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2008, p.308. *şi Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, Buletinul Jurisprudenţei, Culegere de decizii pe anul 2007*, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2008, p. 812. Prin decizia nr. LXXI (71) din 15 octombrie 2007, Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie - Secţiile Unite, prin soluţionarea recursului în interesul legii a acestei probleme s-a dat aceeaşi soluţie. Aceste soluţii ale instanţei supreme contravin Deciziei Curţii Constituţionale nr. 486 din 02 decembrie 1997 publicată în M. Of. nr. 105 din 06.03.1998 în care se dispune: „… art. 278 C.p.p. este constituţional numai în măsura în care nu opreşte persoana nemulţumită de soluţionarea plângerii împotriva măsurilor sau actelor efectuate de procuror ori efectuate pe baza dispoziţiilor date de acesta şi care nu ajung în faţa instanţelor judecătoreşti să se adreseze justiţiei în temeiul art. 21 din Constituţie, ci urmează să se aplice în mod direct. "Prin Legea nr. 281/2003 şi Legea nr. 356/2006 au fost introduse şi modificate în redactarea actuală art. 278 şi art. 278[1] însă din păcate actuala reglementare nu este în concordanţă cu Decizia Curţii Constituţionale nr. 486 din 02 decembrie 1997. Considerăm că are prioritate Decizia Curţii Constituţionale fiind fundamentată pe Constituţie.

[50] A se vedea Deciziei Curţii Constituţionale nr. 486 din 02 decembrie 1997 publicată în M. Of. nr. 105 din 06.03.1998 în care art. 278 din actualul Cod

plângerea împotriva măsurilor de restituire se soluţionează după caz pe cale ierarhică de procuror sau judecătorul de cameră preliminară potrivit art. 335-340. Întrucât art. 338 alin. 1, 2, 3, şi 6 din Proiectul Codului de procedură penală nu permite plângerea împotriva actelor procurorului şi la instanţă socotim că sunt susceptibile de neconstituţionalitate conform art. 21 din Constituţie şi a Deciziei Curţii Constituţionale nr. 486 din 02 decembrie 1997 publicată în M. Of. nr. 105 din 06.03.1998.

5. **Condiţiile necesare** pentru a dispune luarea măsurii procesuale a **restabilirii situaţiei anterioare săvârşirii infracţiunii**.

În art. 170 din actualul Cod de procedură penală se dispune: „Procurorul sau instanţa de judecată poate lua măsuri de restabilire a situaţiei anterioare săvârşirii infracţiunii, când schimbarea acelei situaţii a rezultat în mod vădit din comiterea infracţiunii, iar restabilirea este posibilă."

Pentru a se putea dispune **luarea măsurii procesuale a restabilirii situaţiei anterioare săvârşirii infracţiunii** în temeiul art. 170 din actualul Cod de procedură penală sunt necesare a fi îndeplinite următoarele condiţii **cumulative**:

- „restabilirea situaţiei anterioare infracţiunii" presupune că situaţia prezentă **a fost creată prin infracţiune** dar nu prin orice infracţiune ci printr-o infracţiune pentru care **să fie începută urmărirea penală împotriva celor care au schimbat situaţia anterioară prin acea infracţiune**;

---

procedură penală a fost declarat neconstituţional astfel: „..art. 278 C.p.p. este neconstituţional numai în măsura în care nu opreşte, persoana nemulţumită de soluţionarea plângerii împotriva măsurilor sau actelor efectuate de procuror ori efectuate pe baza dispoziţiilor date de acesta şi care nu ajung în faţa instanţelor judecătoreşti să se adreseze justiţiei în temeiul art. 21 din Constituţie ce urmează să se aplice în mod direct."

- „restabilirea situaţiei anterioare infracţiunii” presupune că situaţia prezentă a fost creată prin infracţiunea în cauză şi nu altă infracţiune sau cu atât mai mult faptă într-un alt dosar;

- „schimbarea acelei situaţii” să fi „rezultat în **mod vădit** din **comiterea infracţiunii**” deci în mod neîndoielnic, şi evident, flagrant pentru oricine;

- în fine potrivit art. 170 din actualul Cod de procedură penală procurorul sau instanţa poate dispune măsura restabilirii situaţiei **anterioare infracţiunii dacă sunt îndeplinite cumulativ condiţiile de mai sus şi numai în situaţia în care restabilirea este posibilă**. Or sintagma „**restabilirea este posibilă”** presupune posibilitate în fapt dar şi în drept respectiv că măsura să **nu contravină altor dispoziţii legale** cum ar fi cele care **garantează proprietatea**, **buna credinţă, protecţia domiciliului legal, exclusivitatea competenţei de restabilire a altei autorităţi sau căi** etc.

- de asemenea sintagma „**restabilirea este posibilă**” presupune că măsura să nu contravină nici art. 1909 şi art. 1910 C.civ.. Potrivit prevederilor **art. 1909 alin. (1) C.civ.** „***lucrurile mişcătoare se prescriu prin faptul posesiunii lor, fără să fie trebuinţă de vreo curgere în timp.***”

6. O altă chestiune ar fi dacă procurorul poate dispune restabilirea situaţiei anterioare sau restituirea lucrului în cazul scoaterii de sub urmărire penală în temeiul art. 18^1 C.p.?

Socotim că în actuala reglementare a Codului de procedură penală nu este nici un impediment legal în acest sens ba din contră aşa cum am arătat sunt dispoziţii legale şi raţiuni juridice care impun şi în această ipoteză luarea acestor măsuri de către procuror sau judecător.

COMUNICAREA SOLUTIEI DISPUSE DE PROCUROR. PROTECTIA DATELOR PERSONALE.

Iulian Crăciunescu
Prim-procuror adjunct al
Parchetului de pe lângă
Judecătoria Sector 2 Bucureşti

As a practical solution, we think that in case the text of the resolution or ordinance of the prosecutor contains such data and the person to which said resolution is notified doesn't show a legitimate interest to find them, it is understood that those data will be excluded from the copy transmitted, while a relevant excerpt of the resolution will be notified as ground of the solution. However, it is possible that the personal data or part of them may already be known to the consignee, (for example, when there exist family relationship or from the file, if the parties were previously engaged in another case), but, in our opinion, the principle to be considered is that of an restrictive interpretation of the legal provisions applied, for preventing possible prejudices to the person whose personal data are revealed.

Una din obligaţiile Ministerului Public, în activitatea pe care o desfăşoară, este de a comunica soluţia adoptată, aşa cum reiese din prevederile Codului de procedură penală.

Astfel, când se dispune o soluţie de neîncepere a urmăririi penale, conform art. 228 alin. 6, modificat prin Legea nr. 356/2006, „*în cazul în care procurorul este de acord cu propunerea, o confirmă prin rezoluţie motivată. Copie de pe rezoluţie se comunică persoanei care a făcut sesizarea, precum şi, după caz, persoanei faţă de care s-au efectuat acte premergătoare*".

De asemenea în situaţiile în care se dispune încetarea urmăririi penale, potrivit art. 246 alin. 1, „*Copie de pe ordonanţa sau rezoluţia prin care procurorul dispune încetarea urmăririi penale se comunică persoanei care a făcut sesizarea, învinuitului sau inculpatului şi, după caz, altor persoane interesate*".

În mod similar se procedează atunci când se dispune scoaterea de sub urmărire penală, potrivit art. 249 alin. 2 şi respectiv scoaterea de sub urmărire penală şi aplicarea unei sancţiuni cu caracter administrativ, potrivit art. 249^1 alin. 3, ambele texte de lege făcând trimitere la dispoziţia de bază, respectiv art. 246.

În ceea ce priveşte conţinutul ordonanţei, dispoziţiile de principiu sunt cele prevăzute de art. 244 C.p.p., conform cărora „Ordonanţa de încetare a urmăririi penale trebuie să cuprindă pe lângă menţiunile arătate în art. 203, **datele privind persoana** şi fapta la care se referă încetarea, precum şi arătarea temeiurilor de fapt şi de drept pe baza cărora se dispune încetarea urmăririi penale".

O dispoziţie similară se regăseşte şi în cuprinsul art. 263 alin. 1 C.p.p., referitor la cuprinsul rechizitoriului, în dispozitiv fiind menţionate datele privind persoana inculpatului.

Este de observat că în codul de procedură penală nu se menţionează, printr-o dispoziţie cu caracter general, ce se înţelege prin sintagma „datele privind persoana",

însă, în diferite texte se indică exhaustiv ce date personale trebuie să cuprindă anumite acte procedurale.

Astfel, conform art. 70 alin. 1, „*învinuitul sau inculpatul, înainte de a fi ascultat, este întrebat cu privire la nume, prenume, poreclă, data şi locul naşterii, numele şi prenumele părinţilor, cetăţenie, studii, situaţia militară, loc de muncă, ocupaţie, adresa la care locuieşte efectiv, antecedente penale şi alte date pentru stabilirea situaţiei sale personale*".

Referire la acest articol se face şi în art. 151 alin. 1 lit. d), unde, cu privire la conţinutul mandatului de arestare, se precizează că trebuie să se arate datele privitoare la persoana inculpatului şi codul numeric personal.

Prin corelarea acestor dispoziţii din partea generală a codului de procedură penală, apreciem că în dispozitivul rezoluţiei motivate sau ordonanţei, prin care se dispune o soluţie de netrimitere în judecată, trebuie să se regăsească cel puţin o parte din datele personale prevăzute de art. 70 C.p.p. - datele de stare civilă în primul rând, precum şi domiciliul sau adresa unde locuieşte efectiv - fiind util să se menţioneze şi codul numeric personal, pentru o certă identificare a persoanei faţă de care se dispune soluţia şi care a avut calitatea de învinuit sau inculpat în cauză.

Necesitatea indicării codului numeric personal este cu atât mai evidentă când se dispune scoaterea de sub urmărire penală şi aplicarea unei amenzi cu caracter administrativ, întrucât urmează să se procedeze la punerea în executare a sancţiunii, prin trimiterea unui extras organului fiscal competent, în condiţiile legii.

Se pune însă problema cum se conciliază prevederile procedurale susmenţionate, care garantează dreptul părţii sau altei persoane interesate, de a lua la

cunoştinţă, în extenso, de soluţie, cu prevederile Legii nr. 677/2001[1], pentru protecţia persoanelor cu privire la prelucrarea datelor cu caracter personal şi libera circulaţie a acestor date, modificată prin Legea nr. 278/2007.

Concordanţa reglementărilor nu este uşor de stabilit, întrucât, în opinia noastră, prevederile acestei legi sunt destul de vagi şi neclare. Vom încerca totuşi să identificăm principiile de bază şi adecvarea dispoziţiilor procedurale la garanţiile instituite, care au ca scop, potrivit art. 1 din Legea nr. 677/2001, garantarea şi protejarea drepturilor şi libertăţilor fundamentale ale persoanelor **fizice, în special a dreptului la viaţă intimă, familială şi privată**, cu privire la prelucrarea datelor cu caracter personal.

Fiind indubitabil că datele personale la care am făcut referire constituie date cu caracter personal, în sensul Legii nr. 677/2001, urmează să analizăm dacă transmiterea datelor personale ale învinuitului sau inculpatului către celelalte părţi sau persoane interesate respectă garanţiile instituite de această lege.

Pornind de la definiţia dată de lege noţiunii de „prelucrare a datelor cu caracter personal", în art. 3 alin. 1 lit. b), apreciem că prin comunicarea soluţiei, cuprinzând datele personale ale învinuitului sau inculpatului, se realizează o prelucrare constând în „dezvăluirea către terţi prin transmitere", noţiunea de „**terţ**" fiind definită în art. 3 alin. 1 lit. g), ca „orice persoană fizică sau juridică, de drept privat ori de drept public, inclusiv autorităţile publice, instituţiile şi structurile teritoriale ale acestora, alta decât persoana vizată, operatorul ori persoana împuternicită sau persoanele care, sub autoritatea directă a operatorului sau

[1] Publicată în Monitorul Oficial nr. 790/12.12.2001

a persoanei împuternicite, sunt autorizate să prelucreze date".

În aceeaşi ordine de idei, interes prezintă şi noţiunea de „**destinatar**", definită drept „orice persoană fizică sau juridică, de drept privat ori de drept public, inclusiv autorităţile publice, instituţiile şi structurile teritoriale ale acestora, căreia îi sunt dezvăluite date, **indiferent dacă este sau nu terţ**; autorităţile publice cărora li se comunică date în cadrul unei competenţe speciale de anchetă nu vor fi considerate destinatari".

Din compararea celor două definiţii reiese că sfera destinatarilor este mai largă decât cea a terţilor, concluzia logică fiind că terţii cărora le sunt transmise date cu caracter personal vor fi incluşi automat în categoria destinatarilor.

Art. 5 din lege prevede condiţiile de legitimitate privind orice prelucrare a datelor personale, stabilindu-se **principiul general al obligativităţii consimţământului persoanei vizate**, dat în mod expres şi neechivoc pentru acea prelucrare.

De la această regulă sunt prevăzute o serie de excepţii, în alineatul 2 lit. a)-g) al aceluiaşi articol, asupra cărora nu insistăm, întrucât nu sunt de interes pentru tema expusă.

Legea cuprinde însă şi **reguli speciale** de prelucrare a datelor cu caracter special, în funcţie fie de **anumite categorii de date,** fie de **domeniul** în care sunt prelucrate datele.

Astfel, o atenţie deosebită este acordată prelucrării datelor cu caracter personal legate de originea rasială sau etnică, de convingerile politice, religioase, filozofice sau de natură similară, de apartenenţa sindicală, precum şi a celor privind starea de sănătate sau

viaţa sexuală, în art. 7 enunţându-se **principiul interdicţiei de prelucrare** a acestora.

Şi în aceste cazuri sunt prevăzute excepţii, în alin. 2, lit. a)-h), dar garanţiile instituite sunt mai complexe decât în cazul prelucrării celorlalte date cu caracter personal.

O altă categorie specială de date cu caracter personal, reglementată de art. 8 din lege, sunt cele care au funcţie de identificare, situaţiile în care prelucrarea poate fi realizată fiind strict limitate, respectiv cu consimţământul persoanei vizate sau **când este expres prevăzută de o dispoziţie legală, atunci când se prelucrează codul numeric personal.**

Ultima categorie specială se referă la prelucrarea datelor cu caracter personal privind starea de sănătate, reglementată de art. 9, fiind stabilite alte două excepţii de la principiul de bază al consimţământului persoanei vizate, constând în protecţia sănătăţii publice, respectiv prevenirea unui pericol iminent, **prevenirea săvârşirii unei fapte penale sau pentru împiedicarea producerii rezultatului unei asemenea fapte ori pentru înlăturarea urmărilor prejudiciabile ale unei asemenea fapte.**

În funcţie de criteriul domeniului în care se realizează prelucrarea datelor cu caracter personal, art. 10 din lege de referă la **faptele penale** sau contravenţii, conform cu care „prelucrarea datelor cu caracter personal referitoare la **săvârşirea de infracţiuni** de către persoana vizată ori la condamnări penale, măsuri de siguranţă sau **sancţiuni administrative** ori contravenţionale, aplicate persoanei vizate, **poate fi efectuată numai de către sau sub controlul autorităţilor publice, în limitele puterilor ce le sunt conferite prin lege şi în condiţiile**

stabilite de legile speciale care reglementează aceste materii".

Am prezentat pe larg dispoziţiile Legii nr. 677/2001, întrucât, în opinia noastră, limitele în care se poate realiza prelucrarea datelor personale, prin transmiterea către terţi a datelor personale ale persoanei vizate (învinuitul sau inculpatul faţă de care s-a dispus soluţia de netrimitere în judecată), trebuie stabilite din ansamblul reglementărilor evocate şi nu numai prin prisma dispoziţiilor art. 10 din lege. Avem în vedere dispoziţia generală din art. 5 alin. 1 al legii, care prevede că „În limitele prevăzute de prezenta lege, aceasta se aplică şi prelucrărilor şi transferului de date cu caracter personal, efectuate în cadrul activităţilor de prevenire, cercetare şi reprimare a infracţiunilor şi de menţinere a ordinii publice, precum şi al altor activităţi desfăşurate în domeniul dreptului penal, în limitele şi cu restricţiile stabilite de lege".

Se poate observa aşadar, că atunci când se dispune comunicarea unei ordonanţe de scoatere de sub urmărire penală sau de scoatere de sub urmărire şi aplicare a unei sancţiuni cu caracter administrativ către partea vătămată, partea civilă sau alte persoane interesate, datele personale transmise acestora se regăsesc în primul rând în dispozitivul acesteia şi sunt **iniţial colectate dintr-un sistem de evidenţă a datelor cu caracter personal**, definit de art. 3 alin. 1 lit. d) ca fiind „orice structură organizată de date cu caracter personal, accesibilă potrivit unor criterii determinate, indiferent dacă această structură este organizată în mod centralizat ori descentralizat sau este repartizată după criterii funcţionale ori geografice".

Printre aceste date se poate afla, aşa cum am menţionat anterior, şi **codul numeric personal**, care este

prelucrat în scopul identificării precise a învinuitului, datele fiind transferate între organul de cercetare penală şi procuror, în timpul urmăririi penale. Însă, datele personale pot fi transferate şi instanţei, în cursul urmăririi penale, atunci când se formulează de procuror o cerere de efectuare a percheziţiei domiciliare sau pot fi furnizate procurorului de serviciile specializate de informaţii, în condiţiile prevăzute de art. 91^1-91^5 C.p.p., care reglementează procedura interceptărilor şi înregistrărilor audio sau video.

Astfel de date personale pot fi transmise parchetului şi de operatorii de telefonie mobilă, atunci când, pe baza informaţiilor privind numerele de telefon apelate, se poate ajunge la descoperirea identităţii autorilor faptelor.

Se constată că în Legea nr. 677/2001 este reglementată expres transmiterea datelor între operatorii implicaţi în realizarea activităţilor în domeniul dreptului penal, precum şi între aceştia şi operatorii care au obligaţia furnizării unor astfel de informaţii confidenţiale, în art. 3 alin. 1 lit. h), în definirea noţiunii destinatarului, precizându-se că reprezintă „orice persoană fizică sau juridică, de drept privat ori de drept public, inclusiv autorităţile publice, instituţiile şi structurile teritoriale ale acestora, căreia îi sunt dezvăluite date, indiferent dacă este sau nu terţ; **autorităţile publice cărora li se comunică date în cadrul unei competenţe speciale de anchetă nu vor fi considerate destinatari**”.

În toate aceste cazuri, procedurile au un grad sporit de confidenţialitate, iar datele personale ale persoanelor cercetate trebuie protejate de autorităţile publice, deoarece nu poate fi permis accesul altor persoane la ceste date, în condiţiile în care învinuitul sau

inculpatul se află sub ocrotirea prezumţiei de nevinovăţie.

Odată cu dispunerea unei soluţii de netrimitere în judecată, prezumţia de nevinovăţie este confirmată, dar nu în mod definitiv, împotriva soluţiei putând fi formulată plângere, conform prevederilor art. 278 alin. 3 C.p.p., iar în cazul redeschiderii urmăririi penale, se poate ajunge ca, deşi se efectuează din nou cercetări, datele personale ale învinuitului sau inculpatului să fie deja cunoscute de persoanele cărora le-a fost comunicată ordonanţa şi care le-ar putea aduce chiar la cunoştinţa mass-media, având convingerea că nu încalcă nicio dispoziţie legală.

Dar date cu caracter personal pot rezulta inclusiv din motivarea rezoluţiei sau ordonanţei, cu referire la domiciliul, numerele de telefon sau **starea de sănătate** a învinuitului sau inculpatului, în acest din urmă caz atunci când s-a dispus efectuarea unei expertize medico-legale neuropsihiatrice, ale cărei concluzii pot fundamenta o soluţie de netrimitere pentru lipsa discernământului, ceea ce impune o motivare concretă în legătură cu diagnosticul stabilit. Aşa cum am menţionat anterior, această categorie specială de date se bucură de o protecţie deosebită prin prevederile legii.

Fiind de necontestat că prin transmiterea către terţi a datelor personale ale persoanei faţă de care s-a dispus o soluţie de netrimitere, se aduce o restrângere a dreptului oricărei persoane la viaţă intimă familială şi privată, urmează să se examineze în continuare dacă ingerinţa autorităţii corespunde Convenţiei Europene a Drepturilor Omului şi exigenţelor constituţionale, particularizate prin dispoziţiile Legii nr. 677/2001, care prevăd în art. 4 caracteristicile datelor cu caracter

personal în cadrul prelucrării, interesând în special raportarea la scopul prelucrării datelor.

Potrivit art. 8 alin. 1 al Convenţiei, „Orice persoană are dreptul la respectarea vieţii sale private şi de familie, domiciliului său şi a corespondenţei sale", iar conform alineatului 2 „Nu este admis amestecul unei autorităţi publice în exercitarea acestui drept decât în măsura în care acest amestec este **prevăzut de lege** şi dacă constituie **o măsură care, într-o societate democratică, este necesară** pentru securitatea naţională, siguranţa publică, bunăstarea economică a ţării, apărarea **ordinii şi prevenirea faptelor penale,** protejarea sănătăţii sau a moralei, ori protejarea drepturilor şi libertăţilor altora".

Conform art. 26 alin. 1 şi 2 din Constituţia României, „Autorităţile publice respectă şi ocrotesc viaţa intimă, familială şi privată. Persoana fizică are dreptul să dispună de ea însăşi, dacă nu încalcă drepturile şi libertăţile altora, **ordinea publică** sau bunele moravuri".

Dispoziţiile constituţionale, reglementând în art. 53 condiţiile restrângerii exercitării unor drepturi sau al unor libertăţi, prevăd în alineatul 1 că se poate realiza „numai prin lege şi numai dacă se impune, după caz, pentru: apărarea securităţii naţionale, a **ordinii,** a sănătăţii ori a moralei **publice**, a **drepturilor şi a libertăţilor cetăţenilor**; **desfăşurarea instrucţiei penale**; prevenirea consecinţelor unei calamităţi naturale, ale unui dezastru ori ale unui sinistru deosebit de grav", iar în alineatul 2 că „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".

Prevederile constituţionale de principiu sunt detaliate în art. 4 alin. 1 lit. b), c) şi e) din Legea nr. 677/2001, stipulându-se că datele cu caracter personal destinate a face obiectul prelucrării trebuie să fie:

- colectate în scopuri determinate, explicite şi legitime;

- adecvate, pertinente şi neexcesive prin raportare la scopul în care sunt colectate şi ulterior prelucrate ;

- stocate într-o formă care să permită identificarea persoanelor vizate strict pe **durata necesară realizării scopurilor în care datele sunt colectate şi în care vor fi ulterior prelucrate**.

Din analiza acestor dispoziţii, rezultă că se circumscrie activităţii Ministerului Public scopul apărării ordinii publice, prevenirii faptelor penale, desfăşurării „instrucţiei" penale şi apărării drepturilor şi libertăţilor cetăţenilor, ceea ce corespunde şi prerogativelor stabilite prin Legea nr. 304/2004, privind organizarea judiciară, republicată şi modificată.

Aşadar ingerinţa autorităţii competente în acest domeniu este permisă numai în vederea îndeplinirii scopurilor menţionate, la care se adaugă condiţia necesităţii şi respectiv a proporţionalităţii.

Dacă în ceea ce priveşte stocarea, prelucrarea şi transferul datelor personale între autorităţile statului şi alţi operatori cu competenţe în domeniu, aşa cum s-a expus anterior, activitatea acestora este evident circumscrisă acestor scopuri, considerăm că situaţia se prezintă în mod diferit în cazul transmiterii către terţi a datelor personale ale persoanelor faţă de care s-a dispus o soluţie de netrimitere în judecată.

Practic, singurul scop care ar putea fi invocat este cel al satisfacerii unui interes legitim al persoanei căreia

îi sunt transmise datele şi, în plus, comunicarea acestora să fie necesară.

Este adevărat că dispoziţiile codului de procedură penală instituie obligaţia comunicării rezoluţiei motivate sau ordonanţei procurorului către părţi sau alte persoane interesate, dar îndeplinirea acestei obligaţii trebuie realizată ţinând cont de dispoziţiile care garantează protecţia dreptului la viaţă intimă, familială şi privată şi în vederea realizării unui echilibru între interesele legitime ale persoanelor, care au calitatea de subiecţi procesuali în cadrul procesului penal sau au tangenţă cu o cauză penală.

Considerăm, în concluzie, că datele personale ale învinuitului sau inculpatului, şi mai ales cele referitoare la categoriile speciale de date prevăzute în art. 7, 8 şi 9 din Legea nr. 677/2001, care se regăsesc fie în dispozitivul, fie în cuprinsul rezoluţiei sau ordonanţei procurorului, nu pot fi transmise terţilor decât în măsura necesităţii de a servi realizării unui interes legitim şi proporţional cu scopul urmărit.

A considera altfel, ar însemna să transmită date cu caracter personal care, în alte condiţii, nu ar putea fi cunoscute, ceea ce ar fi inadmisibil.

În fapt, interesul legitim al persoanei căreia i se comunică soluţia procurorului este de a lua la cunoştinţă cu privire la aspectele vizând rezolvarea sesizării sale şi motivarea soluţiei, pentru a îşi putea exercita dreptul de a formula plângere şi a o argumenta în mod corespunzător.

Ca o soluţie practică, apreciem că în cazul în care în cuprinsul rezoluţiei sau ordonanţei procurorului se regăsesc astfel de date şi se apreciază că persoana căreia i se comunică soluţia nu justifică un interes legitim să le cunoască urmează să fie înlăturate din exemplarul comunicat, urmând să se aducă la cunoştinţă un extras

relevant pentru motivarea soluţiei. Este posibil însă ca datele personale sau o parte dintre acestea să fie deja cunoscute de destinatar, se exemplu când există relaţii de rudenie sau din studierea dosarului instanţei, dacă între părţi au mai intervenit litigii, dar, în opinia noastră, principiul trebuie să fie cel al interpretării restrictive a prevederilor legale în materie, pentru a nu se aduce prejudicii persoanei ale cărei date personale sunt dezvăluite.

De ***lege ferenda***, susţinem că ar fi de dorit corelarea dispoziţiilor legale incidente în acest domeniu, prin completarea dispoziţiilor procedural penale care stabilesc modul de comunicare a soluţiei procurorului, în sensul de a se prevedea explicit că se realizează cu respectarea prevederilor Legii nr. 677/2001 pentru protecţia datelor cu caracter personal şi libera circulaţia a acestor date, aşa cum s-a prevăzut în Legea nr. 298/2008 privind reţinerea datelor generate sau prelucrate de furnizorii de servicii de comunicaţii electronice destinate publicului sau de reţele publice de comunicaţii.

Nota redacţiei: Articolul sus-menţionat atrage atenţia asupra obligativităţii respectării dispoziţiilor legale privind protecţia datelor personale în activitatea judiciară.

Autorul insistă asupra a două idei esenţiale:

a) în activitatea judiciară să se folosească CNP, fapt ce ar elimina erorile de identificare:

b) în viitor să se armonizeze dispoziţiile procesuale cu cele privind protecţia datelor personale.

Apreciem ca binevenite ambele propuneri.

ANALIZA INFRACŢIUNILOR PREVĂZUTE ÎN LEGEA NR. 682/2002 PRIVIND PROTECŢIA MARTORILOR

Ion Ciucu
Procuror la
Parchetul de pe lângă
Tribunalul Covasna

In its art. 3, the Penal Procedure Code regulates the principle of finding the truth, as a basic rule in the penal trial, goal that is obtained with the aid of evidences, amongst which, in art. 78-86^5 are provided the statements of the witnesses. The witness is the person that is aware of a fact or a circumstance that might help for the finding of the truth in the penal trial.

1. Consideraţii introductive privind necesitatea reglementării

Codul de procedură penală reglementează în art. 3 principiul aflării adevărului, ca regulă de bază în procesul penal, deziderat care se înfăptuieşte cu ajutorul mijloacelor de probă, între care, în art. 78 - 86^5 sunt prevăzute şi declaraţiile martorilor.

Martorul este persoana care are cunoştinţă despre vreo faptă sau despre vreo împrejurare de natură să servească la aflarea adevărului în procesul penal.

Declaraţiile martorilor reprezintă unul dintre cele mai vechi mijloace de probaţiune şi unul dintre cele mai folosite în cadrul procesului judiciar.

Uneori, datorită importanţei şi implicaţiilor pe care le au informaţiile furnizate de martori, în jurul lor se creează o stare de pericol, atât pentru ei cât şi pentru membrii familiei sau alte persoane care le sunt apropiate.

Pentru a elimina cât mai mult cu putinţă aceste riscuri referitoare la martori, pentru prima dată în S.U.A. s-a creat şi aplicat instituţia juridică a protecţiei şi asistenţei martorilor[1].

În ţara noastră problema a fost reglementată pentru prima dată prin Legea nr. 682 din 19 decembrie 2002, publicată în Monitorul Oficial nr. 964 din 28 decembrie 2002, privind protecţia martorilor şi intrată în vigoare la 28 ianuarie 2003[2].

Această lege reglementează asigurarea protecţiei şi asistenţei martorilor a căror viaţă, integritate corporală sau libertate este ameninţată ca urmare a deţinerii de către aceştia a unor informaţii ori date cu privire la săvârşirea unor infracţiuni grave, pe care le-au furnizat sau au fost de acord să le furnizeze organelor judiciare şi care au un rol determinant în descoperirea infractorilor şi în soluţionarea unor cauze.

Legea prevede:

- programul de protecţie a martorilor şi organele care îl aplică;

- o cauză de reducere a pedepselor prevăzute de lege pentru persoana care are calitatea de martor şi care a comis o infracţiune gravă;

- infracţiunile care pot fi comise în legătură cu aplicarea programului, fie de către persoanele care au cunoştinţă de anumite date în exercitarea atribuţiilor de serviciu, fie de către martorul protejat.

---

[1] **Petre Buneci**, *Protecţia martorilor*, Revista de drept penal nr. 2/2003 p. 85.

[2] Această lege a fost modificată şi completată prin O.U.G. nr. 157/2005.

În aplicarea legii, prin Hotărârea nr. 760 din 14 mai 2004, Guvernul României a aprobat Regulamentul de aplicare a Legii nr. 682/2002[3].

2. Infracţiunea constând în divulgarea cu intenţie sau din culpă a datelor de identificare ale martorului protejat.

Conţinutul legal.

Potrivit art. 20 alin. 1 din Legea nr. 682/2002 constituie infracţiune fapta de a divulga cu intenţie identitatea reală, domiciliul ori reşedinţa martorului protejat, precum şi alte informaţii care pot duce la identificarea acestuia, dacă sunt de natură să pună în pericol viaţa, integritatea corporală sau sănătatea martorului protejat.

Obiectul juridic special îl formează relaţiile sociale referitoare la protejarea martorului inclus în programul de protecţie.

În situaţiile calificate, când prin comiterea faptei s-a cauzat martorului protejat o vătămare gravă a integrităţii corporale sau a sănătăţii, ori dacă fapta a avut ca urmare moartea sau sinuciderea lui, obiectul juridic special îl constituie relaţiile sociale referitoare la integritatea corporală, sănătatea sau viaţa acestuia.

Obiectul material – în situaţia când s-au cauzat vătămări grave ale integrităţii corporale sau sănătăţii ori s-au produs moartea sau sinuciderea martorului, obiectul material îl formează corpul martorului protejat, împotriva căruia se îndreaptă acţiunea infracţională.

[3] Pentru reglementări europene similare, a se vedea şi **Ciprian Raul Romiţan**, *Protecţia martorilor – programe din Italia, Olanda şi Germania,* în Dreptul nr. 5/2004, p. 153.

Subiectul activ al infracţiunii prevăzute la art. 20 alin. 1 poate fi orice persoană responsabilă penal,care comite fapta.

În cazul faptei prevăzute de art. 20 alin. 2 lit. a) subiectul activ nemijlocit (autorul) este persoana care a luat cunoştinţă de datele referitoare la martorul protejat în exercitarea atribuţiilor sale de serviciu – date pe care apoi le divulgă (subiect activ calificat).

Subiectul pasiv este circumscris de text la persoana care are calitatea de martor protejat.

Latura obiectivă.

Elementul material.

În cazul infracţiunii prevăzute de art. 20 alin. 1 constă în acţiunea făptuitorului de a divulga cu intenţie identitatea reală, domiciliul ori reşedinţa martorului protejat, precum şi alte informaţii care pot duce la identificarea lui.

Acţiunea de divulgare presupune dare în vileag, comunicarea, aducerea la cunoştinţa uneia sau mai multor persoane a datelor de identificare ale martorului protejat[4].

Activitatea de divulgare a datelor se poate face în mod direct, oral, scris (nemijlocit sau prin mijloace de comunicare), prin înfăţişarea unor acte, sau indirect, prin folosirea unor persoane.

Elementul material poate consta şi dintr-o inacţiune, când subiectul activ a lăsat ca alte persoane să ia cunoştinţă de datele şi informaţiile care-l privesc pe martorul protejat.

Divulgarea trebuie să se refere, potrivit textului, la datele şi informaţiile arătate în mod expres, respectiv se divulgă cu intenţie identitatea reală, domiciliul ori

[4] **Eliodor Tanislav**, op. cit., p. 749

reşedinţa martorului protejat (sau alte informaţii care pot duce la identificarea acestuia).

Divulgarea se sancţionează penal numai dacă fapta este de natură să pună în pericol viaţa, integritatea corporală sau sănătatea martorului protejat.

Legea nu cere ca respectiva stare să se fi produs efectiv, ci să se creeze posibilitatea punerii în pericol.

Urmarea imediată constă în atingerea adusă libertăţii martorului protejat, o îngrădire a dreptului lui ca unele date legate de persoana sa să rămână necunoscute pentru alţii.

De asemenea, în cazul formelor agravante se pot produce vătămări grave ale integrităţii corporale sau sănătăţii, ori pot surveni moartea sau sinuciderea victimei.

Legătura de cauzalitate – între activitatea făptuitorului şi urmare trebuie să existe o legătură de la cauză la efect.

Latura subiectivă.

De regulă această infracţiune se comite cu intenţie directă sau indirectă.

Dacă persoana care a luat cunoştinţă de datele martorului în exercitarea atribuţiilor sale de serviciu comite fapta din culpă, pedeapsa va fi mai mică.

Forme.

Pentru fapta comisă cu intenţie actele preparatorii şi tentativa sunt posibile, dar nu sunt incriminate.

Consumarea infracţiunii are loc în momentul când, ca urmare a acţiunii făptuitorului, s-a produs consecinţa cerută de lege (infracţiunea se consumă instantaneu, când s-a produs divulgarea).

Modalităţi.

În cazul formei simple prevăzute de art. 20 alin. 1, infracţiunea se prezintă sub mai multe modalităţi:

divulgarea identităţii reale; divulgarea domiciliului; divulgarea reşedinţei; divulgarea altor informaţii care pot duce la identificarea martorului protejat.

În cazul formelor agravate infracţiunea se manifestă de asemenea sub mai multe modalităţi:

- săvârşirea faptei de către o persoană care a luat cunoştinţă de aceste date în exercitarea atribuţiilor sale de serviciu;

- cauzarea martorului protejat a unei vătămări grave a integrităţii corporale sau a sănătăţii;

- producerea morţii sau sinuciderii victimei.

Sancţiune.

Forma simplă a infracţiunii se pedepseşte cu închisoare de la 1 la 5 ani.

Formele agravate în urma comiterii cărora martorul rămâne în viaţă se pedepsesc cu închisoare de la 5 la 10 ani.

Forma agravată care a dus la moartea sau sinuciderea martorului se pedepseşte cu închisoare de la 15 la 25 ani.

Forma agravată comisă din culpă de cel care a luat cunoştinţă de datele protejate în exercitarea atribuţiilor sale de serviciu se pedepseşte cu închisoare de la 2 la 5 ani.

Aspecte procesuale.

Acţiunea penală se pune în mişcare din oficiu.

Urmărirea penală se efectuează de către organele de poliţie, iar judecata în primă instanţă revine judecătoriei.

3. Infracţiunea de inducere în eroare a organului de urmărire penală sau a instanţei de judecată, comisă de martorul protejat.

Conţinutul legal.

Această infracţiune, prevăzută de art. 21, constă în fapta martorului protejat de a induce în eroare organul de urmărire penală sau instanţa de judecată, prin datele şi informaţiile prezentate.

Obiectul juridic special îl formează relaţiile sociale privind buna înfăptuire a activităţii de justiţie.

Subiectul activ este calificat, în persoana martorului protejat (astfel cum este definit în art. 2 lit. a) din lege), care induce în eroare organul de urmărire penală sau instanţa de judecată, prin datele şi informaţiile prezentate.

Subiectul pasiv este statul, interesat în buna înfăptuire a justiţiei.

În mod imediat pot fi afectate şi interesele şi activităţile organului de urmărire penală sau ale instanţei de judecată.

Latura obiectivă.

Elementul material constă în acţiunea martorului protejat de a induce în eroare organul de urmărire penală sau instanţa de judecată, prin datele şi informaţiile prezentate.

Prin urmare, atunci când este ascultat martorul protejat este de rea-credinţă, este un martor mincinos şi fie face afirmaţii neconforme cu adevărul, fie nu spune tot ce ştie privitor la împrejurările esenţiale pentru cauza judiciară.

În situaţia în care făptuitorul nu a urmărit să inducă în eroare organele judiciare, infracţiunea nu va exista.

Urmarea imediată constă în crearea unei stări de pericol pentru buna desfăşurare a activităţii de înfăptuire a justiţiei, întrucât se poate ajunge la pronunţarea unor soluţii netemeinice sau nelegale.

Legătura de cauzalitate – între fapta comisă şi urmarea imediată, concretizată într-o stare de pericol trebuie să existe un raport de la cauză la efect.

Latura subiectivă – constă în intenţia directă, calificată prin scopul inducerii în eroare a organului de urmărire penală sau a instanţei de judecată.

Forme.

Actele pregătitoare şi tentativa sunt posibile, dar acestea nu cad sub incidenţa legii penale.

Consumarea infracţiunii are loc în momentul în care făptuitorul realizează acţiunea incriminată, respectiv induce în eroare organele judiciare prin declaraţii mincinoase.

Infracţiunea este una formală, de pericol şi nu de rezultat, motiv pentru care ea se va reţine chiar dacă neadevărurile declarate de martor nu au fost luate în considerare la soluţionarea cauzei.

Sancţiune.

Această infracţiune se pedepseşte cu închisoare de la 5 la 10 ani, fiind o mărturie mincinoasă specială, mai sever pedepsită.

Art. 19 din lege prevede o cauză specială de reducere a pedepsei pentru persoana care are calitatea de martor, în sensul art. 2 lit. a) pct. 1 şi 2 şi care a comis o infracţiune gravă, iar înaintea sau în timpul urmăririi penale ori al judecăţii denunţă sau facilitează identificarea şi tragerea la răspundere penală a altor persoane care au săvârşit astfel de infracţiuni (acest martor va beneficia de reducerea la jumătate a limitelor pedepsei prevăzute de lege pentru fapta sa).

Aspecte procesuale.

Acţiunea penală se pune în mişcare din oficiu.

Urmărirea penală este efectuată de către organele de poliţie, iar judecata în primă instanţă revine judecătoriei.

BIBLIOGRAFIE

- Legea nr. 682/2002;
- H.G. nr. 760/2004;
- Eliodor Tanislav, Nicolae Conea, Eliodor Tanislav jr., Infracţiuni prevăzute în legi speciale, Ed. Semne, Bucureşti, 2006;
- Petre Buneci, Protecţia martorilor, Revista de drept penal nr. 2/2003, p. 85;
- Ciprian Raul Romiţan, Protecţia martorilor – programe din Italia, Olanda şi Germania, Dreptul nr. 5/2004, p. 153.

UNELE ASPECTE PRIVIND PROBAŢIUNEA ÎN DREPTUL PENAL ROMÂN

Constantin Sima
Procuror şef serviciu la
Parchetul de pe lângă
Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie

In the doctrine, probation is defined as a measure of social defense by depriving of liberty, in which the delinquent is treated in a free environment and the execution of the penalty is suspended conditionally. The measure does not have a retributive or punitive character and tends to ensure the protection of the society against the relapse, by placing the sentenced person in the most favorable conditions in order to prevent the relapse.

Probaţiunea este definită în doctrină[1] ca o măsură de apărare socială restrictivă de libertate, caracterizată printr-un tratament al delincventului în mediu liber şi prin suspendarea condiţionată a executării pedepsei.

Măsura nu are caracter retributiv sau punitiv şi tinde să asigure protecţia societăţii contra pericolului recidivei prin plasarea celui condamnat în condiţiile cele mai favorabile pentru a evita recidiva.

Probaţiunea s-a născut în secolul XIX în ţările anglo-saxone care au constatat efectele negative ale

[1] **Ch. Germain**, *Eléments de science pénitentiaire,* Paris, Editions Cujas, 1959, p. 135

pedepsei închisorii, considerată multă vreme un adevărat panaceu în lupta cu criminalitatea şi recidiva.

Limitările tratamentului ce putea fi efectuat în mediul închis şi artificial al închisorilor au condus, în mod empiric, la încercări de tratament în libertate, iar succesul a transformat rapid aceste practici într-o adevărată instituţie care într-o parte a lumii a înlocuit pe scară largă pedeapsa privativă de libertate.

Un prim agent de probaţiune este considerat a fi John Augustus (1784-1859), un cizmar din Boston care în anul 1841 a obţinut, la instanţa din localitate, punerea în libertate a unui inculpat, după ce s-a oferit drept garant pentru conduita sa viitoare. De-a lungul a 18 ani a supravegheat comportamentul a circa 2000 de infractori pe care i-a ajutat să se reintegreze în societate.

Această iniţiativă privată a fost confirmată ulterior de Parlamentul statului Massachusetts prin numirea oficială a unui agent de probaţiune pentru oraşul Boston[2].

Sfârşitul secolului XIX şi începutul secolului XX au determinat o expansiune a instituţiei probaţiunii în Europa şi SUA, probaţiunea aplicându-se în mod preponderent infractorilor minori şi tineri, asupra cărora mediul penitenciar ar avea un efect extrem de negativ, existând riscul de a-i transforma în recidivişti înrăiţi.

Prin rezoluţia prin care, în 1951, Consiliul economic şi social al ONU recomanda guvernelor adoptarea probaţiunii, aceasta era prezentată ca o metodă umană şi eficace de tratament al criminalităţii şi în consecinţă de lupta împotriva recidivei.

Se poate spune că probaţiunea este o metodă de tratament a anumitor delincvenţi special selecţionaţi, care

[2] **Ortansa Brezeanu**, *Probaţiunea în dreptul comparat*, Revista de drept penal, nr. 1/2009, p. 58

constă în suspendarea pedepsei, delincventul fiind plasat sub supraveghere personală şi primind asistenţă educativă individualizată.

Statistici efectuate în Franţa în urmă cu o jumătate de veac au pus în evidenţă abuzul de pedepse scurte, pe de o parte şi abuzul de amânări, pe de altă parte.

În cursul unui an s-au înregistrat în jur de 50.000 condamnaţi la pedepse mai mici de un an închisoare.

Aceasta este o perioadă prea scurtă pentru ca asupra condamnatului să poată fi exercitată un tratament eficace şi fără ca întoarcerea lor la viaţă în libertate să poată fi pregătită suficient.

În cadrul acestei categorii se înregistrează cel mai mare procent de recidivă şi se reproşează judecătorilor faptul de a face uz prea des de pedepsele scurte.

În replică, judecătorii afirmă că instanţele nu pot aplica decât pedeapsa prevăzută de lege şi că revine legislativului sarcina de a pune la dispoziţia lor o gamă mai largă de măsuri pentru a-i permite să evite aplicare de sancţiuni inadecvate în anumite cazuri.

Structura juridică a probaţiunii

În lume există mai multe sisteme de probaţiune .

A) Probaţiunea decisă de parchete în stadiul urmăririi penale.

În ţările care admit principiul oportunităţii urmăririi penale procurorul poate renunţa la exerciţiul acţiunii penale pentru motive legitime de politică socială sau penală, fiind abilitat de lege ca odată cu renunţarea să impună anumite obligaţii făptuitorului.

Susţinătorii acestui sistem arată că aceasta îl protejează pe făptuitor de publicitatea procesului penal şi permite debarasarea instanţelor de un anumit număr de cauze de mică importanţă.

Adversarii acestui sistem arată că oricare ar fi condiţiile puse în sarcina beneficiarului probaţiunii, acestea nu sunt legitime decât dacă proba vinovăţiei este legitim dovedită iar stabilirea vinovăţiei nu poate fi lăsată la aprecierea parchetului.

B. Probaţiunea decisă de parchet în stadiul executării.

În cele mai multe state rolul procurorului nu se limitează la exerciţiul acţiunii publice în cadrul atribuţiilor sale intrând şi supravegherea executării pedepselor. Pe acest temei, în Franţa până în 1959 procurorul avea dreptul ca, după pronunţarea de către instanţă a hotărârii, să suspende executarea pedepsei, condamnatul având în schimb obligaţia să se conformeze unor sarcini impuse cu titlu de probă.

C. Probaţiune hotărâtă de instanţă

O primă metodă este aceea de a face din probaţiune o măsură autonomă care este luată cu titlu principal. În cazul eşecului măsurii, condamnatul revine în faţa instanţei care poate pronunţa în acest caz numai condamnarea la o pedeapsă, a cărei natură şi nivel este liberă să le aprecieze.

A doua metodă este a face din probaţiune o măsură complementară de amânare.

Instanţa pronunţă pedeapsa dar hotărăşte amânarea executării sub condiţia punerii la încercare, la probă. Dacă proba eşuează, amânarea este revocată iar condamnatul execută pedeapsa care a fost deja pronunţată.

Probaţiunea este aşadar o modalitate de sancţionare a infractorului, fără privare de libertate şi constă în punerea condamnatului sub supravegherea unui agent de probaţiune pe o anumită perioadă de timp, conform hotărârii instanţei de judecată.

Serviciul de probaţiune în România

În România instituţia probaţiunii văzută ca o alternativă la detenţie, de evitare a mediului penitenciar, are o vechime comparabilă cu instituţia probaţiunii din alte ţări europene.

În Codul penal de la 1968 găsim reglementate mai multe forme de probaţiune (art. 84 alin. 1 C.p.), suspendarea executării pedepsei sub supraveghere (art. 86^1-86^6 C.p.), liberarea condiţionată (art. 59-60 C.p.), executarea pedepsei la locul de muncă (art. 86 C.p.)[3].

Introducerea acestor elemente de probaţiune în legislaţia noastră penală contura la acea vreme o nouă orientare în sistemul sancţionator penal în sensul că autorii unor infracţiuni cu grad de pericol social mai redus sunt lăsaţi în comunitatea în care trăiesc sau muncesc, menţin legăturile cu familia şi responsabilităţile sociale fiind determinaţi să-şi corecteze conduita sub sancţiunea revocării măsurii.

În doctrină se acceptă ideea că activitatea de probaţiune vizează trei direcţii generale: evaluarea personalităţii inculpatului sau condamnatului, supravegherea evoluţiei comportamentului său în comunitate şi facilitarea reintegrării în mediul social[4].

Supravegherea respectării măsurilor şi obligaţiilor ce pot fi impuse condamnatului cu suspendarea executării pedepsei sub supraveghere conform art. 86^3 alin. 1 C.p., precum şi a măsurilor ce pot fi impuse minorului conform art. 103 alin. 3 C.p. se regăseşte în activitatea

[3] **Ortansa Brezeanu,** op. cit, p. 70

[4] **Dalina Groza**, *Probaţiunea ca ansamblu de sancţiuni şi măsuri comunitare. Autoritatea de implementare. Dificultăţi de asimilare a probaţiunii în procedurile penale române*, Caiete de drept penal, nr. 2-3/2007, p. 3

unui organism înfiinţat prin O.G. nr. 92/2000[5] denumit Serviciul de probaţiune.

Serviciul de probaţiune prin consilierii de probaţiune desfăşoară activităţi de supraveghere, asistenţă şi consiliere, precum şi întocmirea de rapoarte de evaluare, potrivit legii.

În ceea ce priveşte supravegherea, potrivit art. 11 alin. (1) din O.G. nr. 92/2000, Serviciul de probaţiune are următoarele atribuţii:

a) supraveghează respectarea de către persoana condamnată măsurilor prevăzute la art. 86^3 alin. 1 lit. a)-d) C.p.;

b) supraveghează executarea obligaţiilor impuse condamnaţilor de către instanţa de judecată, conform art. 86^3 alin. 3 lit. a)-f);

c) supraveghează executarea obligaţiilor impuse minorului de către instanţă, conform art. 103 alin. 3 lit. a)-c) C.p..

Activitatea de asistenţă şi consiliere este desfăşurată de serviciile de probaţiune în conformitate cu art. 3 din actul normativ sus-menţionat, la cererea persoanelor condamnate la pedeapsa închisorii, a căror pedeapsă a fost graţiată total prin lege, precum şi a minorilor care au săvârşit fapte prevăzute de legea penală, faţă de care a fost înlăturată prin lege măsura educativă a internării într-un centru de reeducare.

Activitatea de consiliere are drept scop îndreptarea şi reintegrarea socială a persoanelor condamnate. Astfel, serviciile de probaţiune iniţiază şi derulează programe de reinserţie socială şi după caz, cu identificarea locurilor de muncă disponibile, a locuinţelor, precum şi a unor cursuri de calificare sau recalificare profesională.

[5] Publicată în Monitorul Oficial nr. 423 din 1 septembrie 2000.

Întocmirea referatelor de evaluare se realizează în conformitate cu prevederile art. 11 alin. 1 lit. d) din O.G. nr. 92/2000, faţă de persoanele care au săvârşit infracţiuni, care sunt menţinute în stare de libertate şi faţă de care s-a dispus supravegherea obligaţiilor stabilite de către instanţă.

Acestea pot fi condamnaţii cu suspendarea executării pedepsei sub supraveghere cărora li s-a impus respectarea măsurilor de supraveghere şi a unor obligaţii (art. 86^3 alin. 1 şi 3 C.p.) precum şi minorii faţă de care s-a luat măsura educativă a libertăţii supravegheate şi cărora li s-a impus respectarea obligaţiilor prevăzute în art. 103 alin. 3 şi următoarele care au săvârşit fapte penale şi nu au împlinit 16 ani.

Deşi este conceput cu o arie de utilizare mai restrânsă decât în alte ţări europene, serviciul de probaţiune reprezintă un important progres pentru sistemul nostru judiciar.

În ceea ce priveşte natura juridică a referatului de probaţiune, aceasta nu este în nici un caz mijloc de probă, cum s-a afirmat în doctrină[6], ci un act administrativ care exprimă opinia colectivităţii cu privire la persoană şi modul cum este integrată în societate. Referatul, care în ceea ce priveşte pe minori, înlocuieşte fostele referate de anchetă socială întocmite de birourile de autoritate tutelară de pe lângă primării, are rolul de a oferi organului judiciar un minim de date privind personalitatea infractorului şi posibilitatea de adaptare a sancţiunii la persoana infractorului.

Citarea Serviciului de probaţiune în cazul învinuiţilor sau inculpaţilor minori, conform prevederilor art. 481 C.p.p., este un mijloc de a garanta desfăşurarea procedurilor privind minorii cu respectarea strictă a legii

[6] **Dalina Groza**, op. cit., p. 28

şi nu de a consilia sau susţine psihologic pe minor, acest rol revenind părinţilor sau tutorelui. Din acest motiv legea a lăsat citarea la aprecierea organului de urmărire penală în cursul procedurii, fiind însă obligatorie la prezentarea materialului de urmărire penală.

Cu toate acestea prezenţa Serviciului de probaţiune în unele momente procesuale – prezentarea materialului sau încunoştinţarea în cazul luării unor măsuri preventive, nu conferă acestui organism rol de control procesual, ci întăreşte funcţia acestuia de furnizor de date, informaţii, aprecieri ce pot fundamenta o decizie procesuală adecvată.

ACTELE PREMERGĂTOARE PROCESULUI PENAL

Dóra Marghit Dezsö
Procuror la
Parchetul de pe lângă
Judecătoria Odorheiu Secuiesc

To ensure the observation of the law in the collection of data necessary for starting the prosecution through preliminary acts, art. 66 of the Penal Procedure Code provides that the agencies and organs specialized in collecting, treating and archiving of information are obliged to put immediately at the disposal of the competent prosecution office all data and information they have in connection with the perpetration of the crimes. Likely, in art. 219, para 2 of the Penal Procedure Code, the activity of collecting data necessary for the starting of the penal prosecution passes under the direction and control of the prosecutor who receives the right to give orders in connection with the collection of abovementioned data and information.

Printre principiile de bază ale procesului penal se află şi principiul aflării adevărului, care conform art. 2 C.p.p. trebuie să asigure aflarea adevărului cu privire la faptele şi împrejurările cauzei, precum şi cu privire la persoana făptuitorului. Aflarea adevărului în procesul

penal presupune o activitate de cercetare a unor fapte şi împrejurări concrete care au caracter obiectiv.

Reglementarea probelor şi mijloacelor de probă în Codul de procedură penală demonstrează caracterul unitar al acestei materii care se constituie într-o procedură distinctă cunoscută sub denumirea de procedura probatorie a procesului penal.

Conform art. 63 C.p.p. constituie probă orice element de fapt care serveşte la constatarea existenţei sau inexistenţei unei infracţiuni, la identificarea persoanei care a săvârşit-o şi la cunoaşterea împrejurărilor necesare pentru justa soluţionare a cauzei. Din conţinutul dispoziţiilor art. 63 rezultă că mijloacele de probă sunt acele mijloace prin care se constată elementele de fapt ce pot servi ca probă.

Conform art. 64 C.p.p. sunt mijloace de probă:

- declaraţiile învinuitului sau alte inculpatului,
- declaraţiile părţii vătămate, ale părţii civile şi ale părţii responsabile civilmente,
- declaraţiile martorilor,
- înscrisurile,
- înregistrările audio sau video,
- fotografiile,
- mijloacele materiale de probă,
- constatările tehnico-ştiinţifice,
- constatările medico-legale,
- expertizele.

Mijloacele de probă prevăzute pot fi administrate în toate fazele procesului penal, legea nefăcând nicio distincţie în ceea ce priveşte valoarea lor probantă, după cum au fost administrate în faza de urmărire penală ori în aceea a judecăţii.

În acest sens, printr-o decizie a Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie s-a stabilit că nu există nici un temei

legal pentru a se crea o ordine de preferinţă între declaraţiile succesive ale inculpatului, instanţa fiind îndreptăţită a reţine numai pe acelea pe care le consideră că exprimă adevărul.

Sarcina administrării probelor în procesul penal revine organului de urmărire penală şi instanţei de judecată. Beneficiind de prezumţia de nevinovăţie, învinuitul sau inculpatul nu este obligat şi probeze nevinovăţia sa.

Declanşarea activităţii organelor de urmărire penală este condiţionată de încunoştinţarea acestora despre săvârşirea unei infracţiuni. Mijlocul prin intermediul căruia este informat organul judiciar despre săvârşirea unei infracţiuni poartă denumirea de act de sesizare.

Sesizarea organelor judiciare poate fi externă – plângere, denunţ, sau din oficiu când află pe orice altă cale că s-a săvârşit o infracţiune.

Verificarea unei plângeri, denunţ, a altor moduri de sesizare se poate face prin investigaţii proprii ale organelor de urmărire penală sau ale unor organe de informaţii. De asemenea, astfel de investigaţii se pot efectua şi în vederea verificării existenţei sau inexistentei vreuneia din cazurile prevăzute de art. 10 care ar împiedica începerea urmăririi penale.

Aceste acte de investigaţii trebuie să servească la luarea hotărârii de a începe sau nu urmărirea penală, sunt denumite acte premergătoare.

Actele premergătoare sunt acte procedurale *sui generis*, deci au natură juridică proprie. Sunt efectuate înainte ca procesul penal să fie început dar în scopul începerii acestuia. Sunt efectuate şi fără o reglementare procedurală, dar unele trebuie să respecte legea de procedură penală. Chiar şi actele premergătoare care nu

au o reglementare procedurală, pentru a-şi atinge scopul trebuie consemnate într-un proces-verbal cu valoare de mijloc de probă, care este un act procedural penal. Actele premergătoare trebuie să conducă doar la concluzia că este necesară sau este nejustificată începerea urmăririi penale. Pentru lămurirea cauzei este necesară efectuarea urmăririi penale în acte de cercetare şi nu prin acte premergătoare.

În practică se folosesc ca acte premergătoare şi unele acte de cercetare penală, la efectuarea lor respectându-se reglementarea prevăzută de Codul de procedură penală. Astfel, în cazul unor evenimente se efectuează de urgenţă cercetare la faţa locului întrucât de rezultatul acesteia poate depinde concluzia dacă s-a săvârşit sau nu o infracţiune. Pentru a stabili dacă moartea a fost naturală sau cauzată de o acţiune umană, se pot efectua ca acte premergătoare constatări medico-legale, pentru a stabili dacă un înscris este un fals se efectuează constatări tehnico-ştiinţifice. Când făptuitorul se prezintă evident ca lipsit de discernământ este justificată efectuarea unei expertize medico-legale psihiatrice. Admiterea efectuării acestor acte de cercetare ca acte premergătoare se întemeiază pe prev. art. 224 care nu prevede nicio limită cu privire la actul premergător, dacă actul se efectuează în scopul pentru care au fost reglementate actele premergătoare, respectiv de a servi la luarea măsurii de a începe sau nu urmărirea penală. Face excepţie perchiziţia domiciliară care potrivit art. 100 alin. 6 C.p.p. nu poate fi efectuată înainte de începerea urmăririi penale.

Actele premergătoare fiind doar acte de strângere a datelor în vederea începerii urmării penale este inadmisibil a fi efectuate înainte de începerea urmăririi penale acte care ar implica efectuarea lor în cadrul

urmăririi penale cum sunt: luarea unei măsuri preventive, luarea unei măsuri asiguratorii, de ocrotire sau de siguranţă, ascultarea ca învinuit, punerea în mişcare a acţiunii penale.

Prin Legea nr. 51/1991 privind siguranţa naţională, cadrele Serviciului Român de Informaţii în baza unui mandat emis de magistrat pot efectua în scopul culegerii de informaţii următoarele acte: interceptarea comunicaţiilor, căutarea de informaţii, documente sau înscrisuri, instalarea de obiecte, întreţinerea şi ridicarea acestora în locurile unde acestea au fost depuse.

Potrivit Legii nr. 218/2002 privind organizarea şi funcţionarea Poliţiei Române, organele de poliţie au ca atribuţie principală şi culegerea de informaţii în vederea cunoaşterii, prevenirii şi combaterii infracţiunilor. Sursele de informare, metodele şi mijloacele activităţii de culegere a informaţiilor au caracter confidenţial şi nu trebuie să lezeze drepturile şi libertăţile fundamentale ale cetăţenilor.

Persoanele care pot efectua acte premergătoare sunt organele de urmărire penală şi lucrătorii operativi din Ministerul de Interne, precum şi din celelalte organe de stat cu atribuţii în domeniul siguranţei naţionale, anume desemnate în acest scop pentru fapte care constituie potrivit legii ameninţări la adresa siguranţei naţionale. În art. 224^1 este reglementată activitatea efectuată de investigatorii sub acoperire prin acte premergătoare. Investigatorii sub acoperire sunt lucrători operativi din cadrul Poliţiei Judiciare, precum şi din organele de stat care desfăşoară, potrivit legii, activităţi de informaţii pentru realizarea siguranţei naţionale, lucrând sub o altă identitate decât cea reală cu obligaţia de a culege date şi informaţii despre pregătirea şi săvârşirea unor infracţiuni şi de a le pune la dispoziţia

organelor de urmărire penală. Legea limitează folosirea investigatorilor sub acoperire numai în cazul în care sunt indicii temeinice şi concrete că se pregăteşte săvârşirea unei infracţiuni contra siguranţei naţionale prevăzute de Codul penal sau de legi speciale, precum şi în cazul altor infracţiuni pe care le nominalizează. Datele care urmează a fi strânse privesc existenţa infracţiunii şi identificarea persoanelor faţă de care există presupunerea că au săvârşit o infracţiune. Datele şi informaţiile obţinute de investigatorul sub acoperire pot fi folosite numai în cauza penală şi în legătură cu persoanele la care se referă autorizaţia emisă de procuror.

Potrivit art. 224 alin. 3 C.p.p. constatările finalizate de către organul de urmărire penală cu ocazia efectuării actelor premergătoare se materializează într-un proces-verbal de consemnare a actelor premergătoare şi care se încheie în vederea începerii urmăririi penale. Acest proces-verbal cuprinde date sau informaţii privind actele de investigaţii care au fost întreprinse cu privire la săvârşirea unor infracţiuni.

Acest proces-verbal cuprinde date sau informaţii privind actele de investigaţii care au fost întreprinse cu privire la săvârşirea unei infracţiuni. Ca urmare, pe lângă condiţiile de formă arătate în art. 95 C.p.p.:

- data şi locul unde este încheiat,
- numele, prenumele şi calitatea celui care 1-a încheiat,
- numele, prenumele şi ocupaţia martorilor existenţi când există,
- descrierea amănunţită a celor constatate, precum şi a măsurilor luate,
- numele, prenumele, ocupaţia şi adresa persoanelor la care se referi procesul-verbal, obiecţiile şi explicaţiile acestora,

- menţiunile prevăzute de lege pentru cazurile speciale,

procesul-verbal va cuprinde date privind conţinutul actelor premergătoare efectuate.

Acest proces-verbal nu trebuie confundat nici cu procesul-verbal de constatare ori de sesizare din oficiu şi nici cu cel de începere a urmăririi penale.

Procesul-verbal de consemnare a actelor premergătoare cuprinde consemnarea constatărilor privind efectuarea unor acte premergătoare de către persoanele arătate în art. 224.

Acest proces-verbal care este încheiat înainte de începerea procesului penal, poate fi valorificat pe planul probaţiunii în procesul penal doar în măsura în care este urmat de actul de începere a urmăririi penale.

În ceea ce priveşte valoarea probantă a procesului-verbal de consemnare al actelor premergătoare sunt aplicabile prev. art. 63 alin. 2 C.p.p. după care probele nu au o valoare dinainte stabilită, iar aprecierea fiecărei probe se face de organul de urmărire penală şi de instanţa de judecată în urma examinării tuturor probelor administrate.

Un alt mijloc de probă utilizat în faza actelor premergătoare este cea prevăzută de art. 91^1 alin. 1 C.p.p. care prevede că interceptările şi înregistrările audio sau video se realizează cu autorizarea motivată a judecătorului, la cererea procurorului care efectuează sau supraveghează urmărirea penală, în condiţiile prevăzute de lege, dacă sunt date sau indicii temeinice privind pregătirea sau săvârşirea unei infracţiuni pentru care urmărirea penală se efectuează din oficiu, iar interceptarea şi înregistrarea se impune pentru stabilirea situaţiei de fapt ori pentru că identificarea sau localizarea participanţilor nu poate fi făcută prin alte mijloace ori

cercetarea ar fi mult întârziată. În dispoziţiile alin. 2 al aceluiaşi articol sunt enumerate infracţiunile pentru care pot fi autorizate interceptările şi înregistrările audio sau video.

Din analiza prevederilor art. 91^1 alin. 1 şi 2 C.p.p. care stabilesc în mod strict condiţiile legale de realizare a interceptărilor şi înregistrările audio sau video, rezultă că legalitatea acestora nu este condiţionată de începerea urmăririi penale, ci interceptările şi înregistrările audio sau video pot fi autorizate şi în faza actelor premergătoare. (A se vedea: ÎCCJ, Secţia penală, Decizia nr. 10 din 7 ianuarie 2008).

În acest sens invocăm şi Decizia nr. 484 din 2 aprilie 2009, referitoare la excepţia de neconstituţionalitate a disp. art. 172 alin. 1, art. 224 alin. 1 şi art. 96^1 alin. 6 C.p.p., a Curţii Constituţionale, respectiv s-a invocat faptul că în faza actelor premergătoare apărătorul făptuitorului nu are dreptul să asiste la nici unul din actele care se efectuează până la începerea urmăririi penale şi s-ar încălca art. 6 C.p.p. - dreptul de apărare este garantat învinuitului, inculpatului şi celorlalte părţi în tot cursul procesului penal.

Referitor la excepţia de neconstituţionalitate invocată, Curtea a reţinut următoarele:

Aşa cum rezultă chiar din denumirea lor, actele premergătoare, premerg faza de urmărire penală având un caracter de anterioritate desprins din scopul instituirii lor şi anume acela de a completa informaţiile organelor de urmărire penală, de a verifica informaţiile deţinute şi de a fundamenta convingerea organului de cercetare penală ori procurorului cu privire la oportunitatea începerii ori neînceperii urmăririi penale. În cadrul investigaţiilor prealabile nu pot fi dispuse măsuri procesuale deoarece acestea se pot lua numai cu privire la

învinuit sau inculpat, ceea ce ar implica o urmărire penală începută.

În concluzie, actele premergătoare urmăririi penale sunt acte procedurale cu natura şi funcţionalitate specifice plasate în afara procesului penal.

Aşa fiind, aceasta este raţiunea pentru care legiuitorul nu este ţinut de vreun imperativ constituţional ori convenţional de a institui în sarcina organelor de cercetare şi de urmărire penală de a garanta dreptul la apărare persoanelor audiate în scopul mai sus menţionat, deoarece acestea nu au încă nicio calitate procesuală.

Faptul că aceste acte capătă relevanţă juridică prin consemnarea într-un proces-verbal care constituie mijloc de probă nu este de natură a afecta drepturile invocate cu precădere dreptul la apărare, deoarece partea interesată are la îndemână numeroase garanţii procesuale pentru a contesta temeinicia acestora.

Pentru a asigura respectarea legii în activitatea de strângere a datelor în vederea începerii urmăririi penale prin acte premergătoare, în legea privind organizarea judiciară, în art. 66 se prevede că serviciile şi organele specializate în culegerea, prelucrarea şi arhivarea informaţiilor, au obligaţia de a pune de îndată la dispoziţia parchetului competent toate datele şi informaţiile deţinute în legătură cu săvârşirea infracţiunilor. De asemenea, în art. 219 alin. 2 C.p.p. activitatea de strângere a datelor în vederea începerii urmăririi penale trece sub conducerea şi controlul procurorului care capătă dreptul de a da dispoziţii cu privire la strângerea acestor date şi informaţii.

BIBLIOGRAFI E

- Grigore Gr. Theodoru - Tratat de drept procesual penal, Editura Hamangiu, 2008;

- Dreptul nr. 12/1997, pag. 46-57;
- Legea nr. 51/1991 privind siguranţa naţională a României;
- Legea nr. 218/2002 privind organizarea şi funcţionarea Poliţiei Române;
- Decizia nr. 10 din 7 ianuarie 2008 a Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie;
- Decizia nr. 484 din 2 aprilie 2009 a Curţii Constituţionale;
- Codul de procedură penală adnotat, Editura CH Beck, 2008.

ÎNCĂLCĂRI ALE DREPTULUI LA APĂRARE

Gâlcescu Dan
Procuror la
Parchetul de pe lângă
Judecătoria Miercurea Ciuc

Inclusion of the right to defence in the basic rules of the penal trial imposed, in the view of the law maker, the introduction of a wide range of legal means for obtaining the evidences that help the defence. Therefore, the Penal Procedure Code offers to the parties various possibilities for demonstrating the justness of their opinions or applications submitted to the jurisdictional authorities or for combating the charges or claims brought against them.

Consacrat încă în dreptul roman, în care era înscrisă regula că nimeni nu putea fi judecat, fără a fi apărat[1], dreptul de apărare este considerat ca o cerinţă şi garanţie, necesare pentru realizarea unui echilibru între interesele persoanei şi cele ale societăţii[2].

În Declaraţia Universală a drepturilor Omului, adoptată de Adunarea Generală a Organizaţiei Naţiunilor Unite în anul 1948, a fost inclus, printre drepturile fundamentale ale omului, şi dreptul de apărare.

[1] **M. Franchimont**, **A. Jacobs**, **A. Masset**, *Manuel de procédure pénale*, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de droit, Liège, 1989, p 803.
[2] Pop, I. P, 345.

Art. 14 pct. 3 lit. d din Pactul internaţional cu privire la drepturile civile şi politice[3] se referă la dreptul persoanei de a se apăra ea însăşi sau de a avea asistenţa unui apărător.

Art. 6 al C.E.D.O., garantând dreptul persoanei de a avea acces la o justiţie echitabilă, precizează, între altele, că persoana căreia i se impută săvârşirea unei infracţiuni trebuie să dispună de ,,timpul şi de facilităţile necesare pentru pregătirea apărării sale"[4].

Recunoscând ca legitimă o asemenea consacrare a dreptului de apărare, Constituţia ţării noastre, adoptată în anul 1991 şi revizuită în anul 2003, înscrie, în art. 24, dreptul de apărare printre drepturile fundamentale ale cetăţenilor.

Codul de procedură penală, fiind legea de bază care disciplinează desfăşurarea procesului penal, înscrie, între regulile de bază ale acestei activităţi sociale, garantarea dreptului de apărare. În acest sens, în art. 6, modificat prin Legea nr. 281/2003, se arată: ,,(1) Dreptul de apărare este garantat învinuitului inculpatului şi celorlalte părţi în tot cursul procesului penal. (2) În cursul procesului penal, organele judiciare sunt obligate să asigure părţile de deplina exercitare a drepturilor procesuale în condiţiile prevăzute de lege şi să administreze probele necesare în apărare. (3) Organele judiciare au obligaţia să încunoştinţeze, de îndată şi mai înainte de a-l audia, pe învinuit sau pe inculpat despre fapta pentru care este cercetat, încadrarea juridică a acesteia şi să-i asigure posibilitatea pregătirii şi exercitării apărării. (4) Orice parte are dreptul să fie asistată de apărător în tot cursul procesului penal. (5)

[3] Adoptat la data de 16.12.1996, prin Rezoluţia Adunării Generale a Organizaţiei Naţiunilor Unite.

[4] **I. Deleanu**, *Drept Constituţional şi Instituţii Politice*

Organele judiciare au obligaţia să încunoştinţeze pe învinuit sau pe inculpat, înainte de a i se lua prima declaraţie, despre dreptul de a fi asistat de un apărător, consemnându-se aceasta în procesul-verbal de ascultare, în condiţiile şi în cazurile prevăzute de lege, organele judiciare sunt obligate să ia măsuri pentru asigurarea asistenţei juridice a învinuitului sau inculpatului, dacă acesta nu are apărător ales".

Noua reglementare a acestui principiu fundamental se deosebeşte de cea existentă atât până la adoptarea Legii nr. 32/1990, cât şi până la adoptarea Legii nr. 281/2003, în sensul că au sporit substanţial garanţiile acestui drept fundamental al persoanei.

Aspectele noi ale dreptului de apărare ca principiu fundamental sunt următoarele:

1. obligaţia organelor judiciare de a încunoştinţa pe învinuit sau inculpat, înainte de a i se lua prima declaraţie, despre dreptul de a fi asistat de un apărător, consemnându-se aceasta în procesul-verbal de ascultare;

2. ridicarea la rangul de principiu fundamental a obligaţiei organelor judiciare de a lua măsuri pentru asigurarea asistenţei juridice a învinuitului sau inculpatului, când acesta nu are apărător ales;

3. obligaţiei organelor judiciare de a încunoştinţa, de îndată şi mai înainte de a-l audia pe învinuit sau pe inculpat despre fapta pentru care este cercetat şi încadrarea juridică a acesteia;

4 obligaţiei organelor judiciare de a administra probele necesare în apărare.

Fiind unul din drepturile cetăţeneşti cu cele mai largi implicaţii în activitatea judiciară, dreptul de apărare se impune a fi în continuare perfecţionat, în scopul asigurării valenţelor sale în tot cursul procesului penal.

Înscrierea dreptului de apărare între regulile de bază ale procesului penal a impus, în concepţia legiuitorului, instituirea unei game largi de mijloace legale care să conducă la constatarea împrejurărilor ce susţin apărarea. În consecinţă, în economia dispoziţiilor Codului de procedură penală au fost asigurate părţilor diverse posibilităţi pentru a învedera organelor jurisdicţionale temeinicia susţinerilor şi cererilor prezentate, ori pentru a combate învinuirile ce se aduc, ori pretenţiile formulate.

Considerăm că este cazul să amintim şi punctul de vedere al Curţii Europene a Drepturilor Omului, hotărârea din data de 21 aprilie 1998, dosar nr. 11/1997/975/1997, care a statuat că „... instanţa de judecată are obligaţia să înlăture orice manifestare de superficialitate şi formalism în ceea ce priveşte respectarea dreptului de apărare. Acest drept, prin importanţa pe care o reprezintă, excede chiar sferei intereselor învinuitului şi inculpatului, pentru că acest drept interesează întreg procesul penal şi activitatea judiciară în general". Această hotărâre conturează extrem de elocvent dimensiunile reale ale dreptului de apărare şi obligaţiile organelor judiciare în asigurarea unei efective realizări a acestui drept. Privit prin prisma instrumentelor procesuale, în consonanţă cu cele mai evoluate reglementări în materie, atât pe plan european cât şi la nivel global, prin care este exercitat, dreptul de apărare are un conţinut complex, în care sunt cuprinse aspectele:

- posibilitatea părţilor de a se apăra singure în cursul procesului penal;
- obligaţia organelor judiciare de a avea în vedere din oficiu şi aspectele favorabile părţilor angajate în procesul penal;

- posibilitatea şi, uneori, obligaţia acordării asistentei juridice în cursul procesului penal.

a) Posibilitatea părţilor de a se apăra singure în procesul penal. Pentru aceasta li se recunosc largi drepturi procesuale. De pildă:

- potrivit art. 66 şi art. 70 C.p.p., învinuitul sau inculpatul are dreptul de a cunoaşte învinuirea ce i se aduce şi de a o combate prin probe;

- învinuitul sau inculpatul are dreptul să participe în mod direct la efectuarea unor acte de urmărire penală (cum sunt cercetarea la faţa locului şi reconstituirea) şi la toate actele de judecată (art. 129, art. 130 şi art. 291 C.p.p.); în faza de judecată toate părţile pot să-şi exercite dreptul la apărare în cadrul dezbaterilor (art. 340 C.p.p.). În acest stadiu procesual, inculpatul are ultimul cuvânt tocmai în vederea exercitării unei bune apărări. Având ultimul cuvânt, inculpatul poate să-şi facă apărarea, atât pe latura penală, combătând învinuirea susţinută de procuror şi de partea vătămată, cât şi pe latura civilă, încercând să dovedească netemeinicia pretenţiilor materiale formulate de partea civilă.

- învinuitul are dreptul de a cunoască probele ce-l învinuiesc (art. 250, art. 294 C.p.p.), iar după prezentarea materialului de urmărire penală, de a formula cereri noi sau de a face declaraţii suplimentare. De pildă, în cauzele penale cu inculpaţi, organul de cercetare penală îl cheamă pe inculpat şi-i pune în vedere că are dreptul de a lua cunoştinţă de materialul de urmărire penală, făcându-i-se cunoscută şi încadrarea juridică a faptei săvârşite. Totodată, organul de urmărire penală asigură posibilitatea inculpatului de a lua cunoştinţă de material. De asemenea, chiar în cauzele penale în care nu există inculpat, ci învinuit, atunci când urmărirea penală se efectuează fără punerea în mişcare a acţiunii penale,

organul de cercetare penală, dacă constată că împotriva învinuitului sunt probe suficiente, procedează la o nouă ascultare a acestuia şi-l întreabă dacă are noi mijloace de apărare. Dacă învinuitul nu a propus probe noi sau propunerea nu a fost găsită temeinică şi dacă cererea a fost completată potrivit propunerilor făcute, cercetarea se consideră terminată şi dosarul privind pe învinuit este înaintat procurorului spre a decide potrivit art. 262 C.p.p.. În temeiul art. 257 C.p.p., astfel cum a fost modificat prin Legea nr. 281/2003, în această situaţie, procurorul primind dosarul, cheamă pe învinuit şi îi prezintă materialul de urmărire penală conform dispoziţiilor art. 250 şi urm. C.p.p., care se aplică în mod corespunzător.

Oricare dintre părţile procesului penal are dreptul de a folosi căile de atac prevăzute de lege (art. 362, 385^2, 387, 396 C.p.p.) etc.. Astfel, legea prevede că, în anumite limite, fiecare parte din proces poate ataca, folosind căile ordinare (apelul şi recursul), hotărârile penale nedefinitive, iar în anumite condiţii poate utiliza şi căile extraordinare de atac, în mod nemijlocit (contestaţia în anulare şi revizuirea).

Astfel că ÎCCJ, în decizia penală nr. 1806 din 2008, dosar 213⁄2/2008[5], a stabilit că judecând cererea prin care el însuşi e recuzat, judecătorul respectiv a devenit necompetent să soluţioneze cauza, astfel că hotărârea pronunţată de acesta e lovită de nulitate absolută, potrivit art. 197 alin. 2 Cpp.

b) obligaţia organelor judiciare de a avea în vedere, din oficiu, şi aspectele favorabile părţilor.

Astfel, în ipoteza în care părţile nu acţionează pentru administrarea unor probe care susţin interesele lor, organele judiciare le pot administra din oficiu, luând în considerare toate împrejurările cauzei. Ele au obligaţia de

[5] www.scj.ro

a aduce la cunoştinţa părţilor drepturilor procesuale ce le au şi de a le ajuta în apărările ce şi le fac. în acest context, se poate susţine că drepturile procesuale ale părţilor ar rămâne neexercitate fără îndeplinirea de către organele judiciare a obligaţiei de a le face cunoscute părţilor cărora le sunt acordate.

c) posibilitatea, sau în cazurile prevăzute de lege, obligaţia acordării asistenţei juridice în procesul penal.

Astfel, potrivit art. 171 alin. (1) C.p.p., învinuitul sau inculpatul are dreptul să fie asistat de un apărător în tot cursul urmăririi penale şi al judecăţii, iar organele judiciare penale sunt obligate să-i aducă la cunoştinţă acest drept. Asistenţa juridică este obligatorie când învinuitul sau inculpatul este minor, internat într-un centru de reeducare sau într-un institut medical-educativ, când este reţinut sau arestat, chiar în altă cauză, când faţă de acesta a fost dispusă măsura de siguranţă a internării medicale sau obligarea la tratament medical chiar în altă cauză ori când organul de urmărire penală sau instanţa apreciază că învinuitul ori inculpatul nu şi-ar putea face singur apărarea, precum şi în alte cazuri prevăzute de lege [art. 171 alin. (2) C.p.p., astfel cum a fost modificat prin Legea nr. 281/2003 şi apoi prin Legea nr. 356/2006]. În cursul judecăţii, asistenţa juridică mai este obligatorie şi în cauzele în care legea prevede pentru infracţiunea săvârşită pedeapsa detenţiunii pe viaţă sau pedeapsa închisorii de 5 ani sau mai mare [art. 171 alin. (3) C.p.p.]. De asemenea, asistenţa juridică este obligatorie şi în cazul în care procurorul solicită revocarea măsurilor de siguranţă (internarea medicală, interzicerea unei funcţii sau profesii, interzicerea de a se afla în anumite localităţi), potrivit art. 437 alin. (3) C.p.p..

În situaţia în care asistenţa juridică este obligatorie, dacă învinuitul sau inculpatului nu s-a ales un

apărător, se iau măsuri pentru desemnarea unui apărător din oficiu. Împuternicirea apărătorului desemnat din oficiu încetează la prezentarea apărătorului ales. Dacă la judecarea cauzei, apărătorul lipseşte şi nu poate fi înlocuit, cauza se amână, cu excepţia cauzelor în care absenţa apărătorului este nejustificată şi nu asigură substituirea. Sub acest aspect, în doctrină, s-a subliniat că legislaţia română nu respectă integral prevederile Convenţiei Europene a Drepturilor Omului (art. 6 paragraf 3 lit. c), deoarece, conform art. 191 C.p.p., cheltuielile judiciare avansate de stat, inclusiv cele determinate de apărarea din oficiu, sunt recuperate de la inculpatul condamnat. Or, în aceste condiţii, apărarea din oficiu nu este complet gratuită. Aceeaşi este situaţia şi în cazul serviciilor prestate de interpret, contrar prevederilor art. 6 paragraf 3 lit. e) din convenţie.

Asistenţa juridică reprezintă o garanţie fundamentală a dreptului la apărare. Ea este asigurată de un apărător, persoană cu pregătire juridică care are, prin lege, posibilitatea să apere drepturile şi interesele legitime ale părţilor.

Dreptul la apărare este garantat numai în condiţiile prevăzute de lege, nefiind permisă utilizarea unor mijloace ce ar conduce la distorsionarea adevărului sau la împiedicarea desfăşurării procesului penal. De pildă, art. 172 alin. (4) C.p.p. instituie posibilitatea luării de contact a apărătorului cu reţinutul sau arestatul preventiv, ,,asigurându-i-se confidenţialitatea convorbirilor", ca un drept generic, necondiţionat. Aceasta presupune o consultare efectivă şi nemijlocită a apărătorului de către învinuitul sau inculpatul reţinut sau arestat, fără a fi grefată pe vreun act de urmărire penală, fără nicio excepţie. Raţiunea acestei reglementări rezidă în aceea că măsura reţinerii sau arestării este dată pentru

izolarea inculpatului de societate, nu de propriul său apărător. De aceea, în urma modificărilor din 2003, procurorului nu-i este permis să interzică nici măcar temporar contactul, chiar dacă ar aprecia că acesta ar fi dăunător în mecanismul aflării adevărului, în cazuri determinate. în afară de aceasta contactul trebuie să fie direct şi confidenţial, în sensul că personalul locului de deţinere trebuie să asigure paza, nu şi ascultarea convorbirilor arestatului cu apărătorul său.

Nerespectarea prevederilor legale ce se constituie ca adevărate garanţii ale dreptului la apărare (asistenţă juridică, prezentarea materialului de urmărire penală, ascultarea învinuitului sau inculpatului în diferite etape ale procesului penal, posibilitatea de a participa la toate actele de urmărire penală etc.) poate atrage nulitatea actelor procesuale efectuate în acest mod, cu obligaţia refacerii lor în condiţiile legii (art. 197 C.p.p.), în actuala redactare, după modificările din 2006.

O garanţie a dreptului la apărare, importantă apreciem noi, o instituie art. 6 paragraf 3 lit. a din C.E.D.O., text potrivit căruia: „Orice acuzat are dreptul în special: a) să fie informat, în termenul cel mai scurt, într-o limbă pe care o înţelege şi în mod amănunţit, asupra naturii şi cauzei acuzaţiei aduse împotriva sa”.

Exemplificative în acest sens sunt:

- ÎCCJ, Secţia penală, decizia nr. 2638/14.05.2004[6]: în cazul în care unul dintre inculpaţii neagă săvârşirea faptei, iar altul o recunoaşte, implicându-l pe cel dintâi, apărarea lor nu poate fi asigurată de acelaşi apărător, din cauza contrarietăţii de interese procesuale;

[6] **N. Crişu Magraon**, **C. Crişu**, *Jurisprudenţa în materie penală a Înaltei Curţi de Casaţie, curţi de apel şi tribunale 1990 – 2005*, Ed. Juris Argessis, Curtea de Argeş, 2006

Pentru deplina exercitare a drepturilor lor procesuale, într-un atare caz, dacă aceştia nu angajează, în urma atenţionării lor de către instanţă, al doilea apărător, se impune desemnarea unuia din oficiu pentru unul dintre inculpaţi, care asigură alături de apărătorul ales, asistenţa juridică în condiţiile art. 6 C.p.p.;

- ÎCCJ, Secţia penală, decizia nr. 1555/11.04.2000[7]: în cazul în care dintre mai mulţii inculpaţi cercetaţi pentru coautorat la săvârşirea unei infracţiuni, unul dintre ei susţine că toţi au participat la săvârşirea unei fapte, iar ceilalţi neagă, desemnarea din oficiu a unui apărător pentru toţi inculpaţii este nelegală, între acestea existând contrarietate de interese, situaţie ce echivalează cu lipsa de apărare;

- ÎCCJ, Secţia penală, decizia nr. 5845/09.09.2004[8]: neaducerea la cunoştinţă celui reţinut sau arestat, în prezenţă, a învinuirii ce i se aduce, este sancţionată cu nulitatea absolută, conform art. 192 alin. 2 C.p.p.. Este, de asemenea sancţionată cu nulitatea absolută sesizarea instanţei cu un rechizitoriu neconfirmat de prim procuror sau, după caz, de procurorul ierarhic superior, şi atunci când efectuarea urmăririi penale de către procuror nu este obligatorie potrivit art. 209 alin. 3 C.p.p., ci este efectuată în temeiul prevederilor art. 209 alin. 2 C.p.p.;

- ÎCCJ, Secţia penală, decizia nr. 1813/30.07.1997[9]: judecarea inculpatului minor de către instanţa de recurs în absenta acestuia, deşi s-a făcut dovada că nu s-a putut prezenta la judecată fiind bolnav, şi desemnarea unui apărător din oficiu, deşi inculpatul a cerut un termen pentru angajare apărător în locul celui

[7] Ibidem
[8] Ibidem
[9] Ibidem

ales, decedat în cursul procesului, constituie încălcări ale prevederilor art. 484 alin. 1 şi 171 alin. 2 şi 4 C.p.p.;

- ÎCCJ, Secţia penală, decizia nr. 3064/15.12.1995[10]: când apărătorul inculpatului nu se prezintă, fără justificare, la mai multe termene de judecată, instanţa este îndreptăţită să desemneze în locul său un apărător, din oficiu, deoarece într-o atare situaţie, inculpatul a cărui asistenţă juridică este obligatorie este lipsit de asistenţă juridică, fiind aplicabile prevederile art. 171 alin. 4 C.p.p.;

- ÎCCJ, Secţia penală, decizia nr. 5010/20.11.2001[11]: în situaţia în care după amânarea judecăţii, la cererea inculpatului pentru angajarea unui apărător, într-o cauză în care asistenţa juridică e obligatore, înaintea termenului următor, apărătorul ales depune o cerere de amânare, cu motivarea că nu se poate prezenta la proces fiind bolnav, situaţie dovedită cu un certificat medico-legal ce atestă internarea într-un spital, instanţa trebuie să admită cererea, iar nu să desemneze un apărător din oficiu, cu motivarea că a mai acordat anterior un termen pentru lipsă de apărare;

- ÎCCJ, Secţia penală, decizia nr. 1561/10.03.2006[12]: s-a stabilit că desemnarea de către instanţă a aceluiaşi apărător din oficiu pentru mai mulţi inculpaţi care au săvârşit fapta împreună, nu constituie o încălcare a dreptului la apărare, dacă apărătorul a susţinut pentru fiecare inculpat în parte, motive de apel distincte din care rezultă că între aceştia nu rezultă interese contrare;

[10] Ibidem
[11] Ibidem
[12] www.scj.ro

- ÎCCJ, Secţia penală, decizia nr. 737/26.04.1997[13]: semnătura unei persoane în calitate de apărător pe declaraţia dată cu ocazia arestării, fără a avea delegaţie de apărător, iar asistarea ulterioară, cu ocazia prezentării materialului de urmărire penală, de către o altă persoană, avocat desemnat din oficiu, cu delegaţie depusă la dosar, nu satisface cerinţele asigurării dreptului la apărare în tot cursul procesului penal, existând îndoială cu privire la apărarea efectivă şi reală la data ascultării inculpatului;

- ÎCCJ, Secţia penală, decizia nr. 171/11.01.2005[14]: în cauzele în care în cursul judecăţii asistarea e obligatorie, dacă pedeapsa prev. de lege pentru infracţiunea săvârşită este de 5 ani, atunci neasigurarea asistenţei juridice determină casarea hotărârii pronunţate.

O altă instituţie care se înscrie ca garanţie fundamentală a dreptului de apărare este prezentarea materialului de urmărire penală. Prin intermediul acestei reglementări, învinuitul sau inculpatul are dreptul să ia cunoştinţă de materialul de urmărire penală, putându-şi organiza apărarea în perfectă cunoştinţă de cauză. Astfel:

- Nerespectarea obligaţiei organului de urmărire penală de-a prezenta din nou materialul de urmărire penală dacă s-au efectuat acte noi de cercetare penală, atrage nulitatea relativă, iar nu nulitatea absolută şi ca atare trebuie invocată în cursul efectuării actului, când partea este prezentă sau la primul termen de judecată cu procedura completă, când partea a lipsit la întocmirea actului. (ÎCCJ, secţia penală, decizia 3422/01.06.2005, www.scj.ro).

[13] **N. Crişu Magraon**, **C. Crişu**, op.cit.
[14] Ibidem

- Omisiunea organului de urmărire penală de a asigura în mod gratuit folosirea unui interpret, în cazurile prevăzute în art. 128 C.p.p., atrage nulitatea relativă a actelor efectuate în cursul urmăririi penale, în condiţiile art. 197 alin. (1) şi (4) din acelaşi cod. Prin urmare, încălcarea prevederilor art. 128 C.p.p. poate fi invocată în cursul efectuării actului când partea este prezentă sau la primul termen de judecată cu procedura completă când partea a lipsit la efectuarea actului, invocarea acesteia pentru prima dată în apel fiind tardivă.

Prevederile art. 6 paragraf 3 lit. d) din Convenţia pentru apărarea drepturilor omului şi a libertăţilor fundamentale, referitoare la dreptul la un proces echitabil, sunt respectate dacă inculpatul a avut posibilitatea de a contesta declaraţiile martorilor acuzării şi au fost administrate probele în apărare cerute de acesta. Împrejurarea că unii dintre martorii propuşi de inculpat în apărare nu au fost audiaţi, întrucât, deşi au fost citaţi în mai multe rânduri de către instanţă, au refuzat să se prezinte, iar instanţa a depus toate diligenţele pentru a asigura prezenţa acestor martori, nu constituie o încălcare a dreptului la un proces echitabil (ÎCCJ, secţia penală, decizia nr. 3039/12.05.2006, www.scj.ro).

O altă instituţie care se constituie într-o garanţie a dreptului de apărare o reprezintă ascultarea învinuitului sau inculpatului în diferite etape ale desfăşurării procesului penal. Declaraţiile învinuitului sau inculpatului, precum şi ale celorlalte părţi, pot fi privite nu numai ca mijloace de probă în procesul penal, dar şi ca garanţii ale exercitării apărării. Astfel, în afara declaraţiilor pe care învinuitul sau inculpatul le face pe parcursul urmăririi penale sau judecării cauzei, întâlnim anumite momente procesuale în care acesta trebuie

obligatoriu ascultat, aceasta constituind o importantă garanţie a dreptului de apărare. Exemple:

Condamnarea de către instanţa de apel a inculpatului faţă de care prima instanţă a dispus încetarea procesului penal, fără ca instanţa de apel să procedeze la ascultarea inculpatului prezent, potrivit art. 378 alin. (1^1) C.p.p., atrage casarea deciziei instanţei de apel.

În lumina jurisprudenţei Curţii Europene a Drepturilor Omului şi, în special, a hotărârii din 25 iulie 2000 din cauza Tierce şi alţii împotriva San Marino, inculpatul trebuie ascultat de instanţa de apel, iar în cazul în care nu este prevăzută calea de atac a apelului, de către instanţa de recurs, oricare ar fi soluţia - de condamnare sau de achitare - a instanţei de fond şi oricare ar fi motivul de apel sau de recurs invocat (Î.C.C.J., secţia penală, decizia nr. 2435 din 7 mai 2007, www.scj.ro).

În cursul judecăţii, instanţa are obligaţia de a verifica probele strânse în faza de urmărire penală prin administrarea lor în şedinţă publică, oral, nemijlocit şi în condiţii de contradictorialitate, nerespectarea acestei obligaţii constituind o încălcare a dreptului la un proces echitabil, prevăzut în art. 6 paragraf. 3 lit. d) din Convenţia pentru apărarea drepturilor omului şi a libertăţilor fundamentale.

Motivarea instanţei că martorii şi-au menţinut declaraţiile date la urmărirea penală, astfel încât nu se impune reaudierea lor în prezenta inculpatului, încalcă principiile nemijlocirii, contradictorialităţii, publicităţii şi oralităţii, obligatorii în faza de judecată, precum şi dreptul la apărare al inculpatului (Î.C.C.J, secţia penală, decizia nr. 6827 din 22 noiembrie 2006, www.scj.ro).

Potrivit dispoziţiilor art. 6 paragraf 3 lit. d) din Convenţia pentru apărarea drepturilor omului şi a libertăţilor fundamentale, referitoare la dreptul la un

proces echitabil, orice acuzat are dreptul, între altele, să întrebe sau să solicite audierea martorilor acuzării. În raport cu aceste dispoziţii, dacă martorii acuzării au fost audiaţi numai în cursul urmăririi penale, în lipsa inculpatului, iar în cursul judecăţii aceşti martori nu au fost audiaţi, instanţa neepuizând mijloacele legale pentru aducerea lor spre a fi audiaţi în prezenta inculpatului, nu sunt respectate exigentele dreptului la un proces echitabil, prevăzute în art. 6 paragraf 3 lit. d) din Convenţie.

Prevederile art. 327 alin. (3) C.p.p. - conform cărora dacă ascultarea vreunuia dintre martori nu mai este posibilă, instanţa dispune citarea depoziţiei date de acesta în cursul urmăririi penale şi va ţine seama de ea la judecarea cauzei – sunt aplicabile, în lumina dispoziţiilor art. 6 paragraf 3 lit. d) din Convenţia pentru apărarea drepturilor omului. şi a libertăţilor fundamentale, numai în cazul în care, în ciuda eforturilor rezonabile ale instanţei, martori nu pot fi aduşi în faţa acesteia pentru a fi audiaţi (Î.C.C.J., secţia penală, decizia nr. 5023 din 26 octombrie 2007, www.scj.ro).

În acest sens, în dispoziţiile art. 150, alin. 1, se arată că măsura arestării inculpatului poate fi luată numai după ascultarea acestuia de către procuror şi de către judecător.

În cazul prelungirii duratei arestării inculpatului de către instanţa de judecată, potrivit art. 159. inculpatul este adus în vederea ascultării.

În prevederile art. 237 se arată că organul de cercetare penală îl cheamă pe inculpat, îi comunică fapta pentru care este învinuit şi îi dă explicaţii cu privire la drepturile şi obligaţiile pe care le are. Desigur că, în acest moment, plasat în timpul urmăririi penale, inculpatul este ascultat în vederea exercitării dreptului său de apărare.

Un moment important în care inculpatul este ascultat în cursul judecăţii este prevăzut de art. 341, unde se arată că preşedintele completului de judecată, înainte de a încheia dezbaterile, dă ultimul cuvânt inculpatului personal.

Toate aceste audieri ale inculpatului reprezintă serioase garanţii ale exercitării dreptului său de apărare.

O altă garanţie a dreptului de apărare este constituită din condiţiile cerute de lege pentru valabilitatea unor acte procesuale. Sub acest aspect, evidenţiem dispoziţiile legale, potrivit cărora, în faza de judecată inculpatul arestat trebuie adus în mod obligatoriu la judecată, asistenţa juridică fiind, de asemenea, obligatorie.

Se exemplifică în acest sens decizia nr. 2879/2008 a ÎCCJ[15] în care s-a stabilit că părăsirea sălii de judecată de către inculpatul care era arestat, din proprie iniţiativă exact în momentul în care s-a dat cuvântul în susţinerea apelului formulat în cauză şi rechemarea acestuia doar pentru a i se aduce la cunoştinţă că dosarul a fost luat în pronunţare reprezintă încălcări ale art. 341 şi 342 C.p.p. şi care atrag nulitatea absolută. Atâta vreme cât inculpatul este prezent trebuie ca instanţa să aducă la îndeplinire prevederile art. 341 alin. 1 C.p.p. potrivit căreia înainte de încheierea dezbaterilor trebuie să cheme pe inculpate şi să-i acorde ultimul cuvânt personal.

Astfel:

Prin decizia nr. 1276/2009 a ÎCCJ[16] s-a stabilit că citarea unei persoane aflată în stare de detenţie, fără ca dovada de citare să fie returnată instanţei constituie o încălcare a obligativităţii citării persoanei condamnate.

[15] www.scj.ro
[16] Ibidem

Judecarea apelului în lipsa inculpatului care a comunicat printr-o telegramă instanţei de apel imposibilitatea de a se prezenta la termen din cauza internării în spital, chiar dacă telegrama a fost înregistrată după dezbateri, în condiţiile în care apărătorul desemnat din oficiu nu a pus în discuţie apărările inculpatului privind inexistenţa infracţiunii, constituie o încălcare a prevederilor art. 6 C.p.p. referitoare la dreptul de apărare şi art. 6 din Convenţia pentru apărarea drepturilor omului şi a libertăţilor fundamentale referitoare la dreptul la un proces echitabil, pe care instanţa de apel o putea înlătura prin repunerea cauzei pe rol (Î.C.C.J., secţia penală, decizia nr. 6263 din 27 octombrie 2006, www.scj.ro).

În vederea exercitării în bune condiţii a dreptului de apărare, inculpatului aflat în stare de detenţie trebuie să i se comunice şi copia actului de sesizare a instanţei.

Aducerea la îndeplinire a acestei prevederi a legii este verificată la termenul de judecată, când preşedintele completului se încredinţează că inculpatul arestat a primit copia actului de sesizare a instanţei în termenul prevăzut de lege (este vorba despre un termen maxim de 48 de ore stabilit între momentul primirii dosarului la instanţă şi momentul primului termen de judecată). în vederea asigurării unei eficiente apărări, legea (art. 318 C.p.p.) dispune că, în cazul în care actul nu a fost comunicat, dacă inculpatul cere, judecata se amână, iar preşedintele îi înmânează copia de pe actul de sesizare a instanţei, făcându-se menţiune despre aceasta în încheierea de şedinţă.

De asemenea, judecata se amână la cererea inculpatului trimis în judecată în stare de libertate când comunicarea s-a făcut cu mai puţin de 3 zile înaintea termenului de judecăţii.

Ca o garanţie a dreptului de apărare, legea condiţionează desfăşurarea judecăţii, cu respectarea întocmai a acestui drept. În cazul în care prevederile legale au fost încălcate, activitatea procesuală este invalidată. în acest sens, edificatoare este soluţia admiterii apelului când, potrivit art. 379 pct. 2 lit. b C.p.p., instanţa de apel dispune rejudecarea cauzei de către instanţa a cărei hotărâre a fost desfiinţată, între altele, pentru motivul că judecarea cauzei a avut loc în lipsa unei părţi nelegal citate.

Astfel se înscrie şi sancţiunea nulităţii absolute, prevăzută de art. 197 alin. 2 C.p.p., în cazul în care judecata se desfăşoară fără asistenţa juridică a inculpatului, când este obligatorie, potrivit legii.

Posibilitatea părţilor de a folosi căile de atac ordinare ori extraordinare se înscrie între garanţiile dreptului de apărare, deoarece, în aceste căi de atac părţilor le sunt puse la dispoziţie mijloace eficiente de exercitare a apărării.

În acest sens se are în vedere posibilitatea pe care o are inculpatul de-a invoca contestaţie în anulare pe motiv că la data judecării apelului, precum şi la soluţionarea cauzei în recurs, acesta nu a fost audiat, astfel sunt încălcate dispoziţiile legale care impun ascultarea inculpatului în căile de atac, procedându-se astfel sunt încălcate şi dispoziţiile prevăzute în C.E.D.O., apreciind că nu a avut parte de un proces echitabil.

Se exemplifică în acest sens deciziile de speţă:

- Decizia nr. 190 din 21.01.2008 a ÎCCJ[17] prin care s-a stabilit că în conformitate cu dispoziţiile art. 386 lit. e C.p.p., împotriva hotărârilor penale definitive se poate face contestaţie în anulare, dacă la judecarea recursului sau la judecarea cauzei de către instanţa de

[17] Ibidem

recurs inculpatul prezent nu a fost ascultat, iar ascultarea acestuia este obligatorie potrivit art. 385^{14} alin. 1 ori art. 385^{16} alin. 1 C.p.p.. Dispoziţiile art. 386 lit. e C.p.p. nu sunt însă incidente când inculpatul a invocat dreptul său la tăcere prev de art. 70 alin. 2 C.p.p. în fata instanţei de recurs, instanţa de recurs nu poate proceda la ascultarea inculpatului, fiind obligată să constate incidenţa prevederilor art. 70 alin. 2 C.p.p..

- Prevederile art. 522^1 C.p.p. nu sunt aplicabile în cazul în care persoana condamnată a fost prezentă la judecata în primă instanţă şi, la primele termene, la judecata în apel, chiar dacă a lipsit la termenele ulterioare de judecată în apel şi la toate termenele de judecată în recurs, întrucât a fost arestată în străinătate. Într-un astfel de caz, dreptul la apărare al persoanei condamnate este asigurat, dacă aceasta a fost asistată sau, după caz, reprezentată prin apărător pe parcursul întregului proces penal.

Luând în calcul faptul că dreptul inculpatului ce a fi prezent la judecată este recunoscut în Pactul internaţional relativ la drepturile civile şi politice şi că art. 6 paragraf 3 din Convenţia pentru apărarea drepturilor omului şi a libertăţilor fundamentale recunoaşte celui acuzat „dreptul de a se apăra el însuşi" şi „dreptul de a interoga martorii", Curtea Europeană a Drepturilor Omului a statuat că prezenta inculpatului este în principiu obligatorie la soluţionarea cauzei. Curtea este constantă în a afirma că în cazul procedurii în apel sau în recurs art. 6 din Convenţie se aplică cu mai puţină stricteţe, admiţându-se chiar regularitatea unor asemenea proceduri în care audienta se desfăşoară prezenta celui acuzat (Hotărârea Ekbatani împotriva Suediei din 26 mai 1988). Se admit excepţii de la regula prezenţei inculpatului atunci când asigurarea acestei condiţii ar

conduce la amânarea nejustificată a procedurii, mai ales dacă această situaţie a fost verificată şi constatată şi dacă inculpatul are o culpă în absenţa sa, astfel cum s-a întâmplat şi în cauza privind pe petiţionarul condamnat D.S. la judecata în recurs. (Hotărârea Colozza şi Rubinat împotriva Italiei din 12 februarie 1985) (Î.C.C.J., secţia penală, decizia nr. 2517 din 9 mai 2007, www.scj.ro).

BIBLIOGRAFIE

Gheorghiţă Mateuţ, Tratat de procedură penală. Partea generală, Vol. I, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2007,

Ion Neagu, Drept Procesual Penal, Partea Generală, Tratat, 2007.

I. Deleanu, Drept Constituţional şi Instituţii Politice.

TENTATIVA LA INFRACŢIUNILE OMISIVE

Lect. univ. dr. ***Carmen Adriana Domocoş***
Procuror la
Parchetul de pe lângă
Tribunalul Bihor

In the Romanian doctrine, the prevailing opinion is that in the case of the offence of self omission the attempt is not possible. Some offences of omission suppose the obligation of an immediate acting, while other suppose the obligation of acting within a determined period of time, precisely stipulated by the law. The offence of omission is done immediately after the moment or term when the subject was supposed to act.

According to art. 20 of the Penal Code, attempt means putting into execution of the decision of committing the offence, execution that was interrupted or did not produce its effect. If the obligation imposed by the law must be immediately executed, the offence is consumed by the simple abstention of the agent, and if the order must be executed until a determined time limit, the agent may, at any time until the end of that limit, to obey the norm. Consequently, his abstention during that whole period of time cannot be considered as an act of omission attracting the penal responsibility.

1. Tentativa la infracţiunile omisive proprii

Problema tentativei la infracţiunea omisivă este una foarte controversată, doctrina nefiind unitară în acest sens.

În doctrina română, **opinia majoritară** este aceea că în cazul infracţiunii omisive proprii **tentativa nu este posibilă**. Unele infracţiuni omisive presupun obligaţia de a acţiona de îndată, iar altele presupun obligaţia de a acţiona într-un anumit termen, precis determinat de lege. Consumarea infracţiunii omisive se va produce imediat după momentul ori termenul la care subiectul trebuia să acţioneze[1].

În doctrina românească de drept penal s-a afirmat că datorită unor cauze de ordin material, tentativa nu este posibilă la infracţiunile omisive a căror săvârşire se produce prin inacţiune, adică prin neefectuarea activităţii ordonate de lege. La aceste infracţiuni, sau **obligaţia** impusă de lege **trebuie să fie executată imediat** şi deci neîndeplinirea ei deîndată, infracţiunea se consumă fără a lăsa loc pentru o tentativă, sau **obligaţia are un termen**, şi deci până la expirarea acestui termen, chiar şi în ultima clipă, se poate îndeplini obligaţia cerută, aşa încât nu există un interval care să facă posibilă o tentativă de neîndeplinire.[2]

Potrivit art. 20 C.p., prin **tentativă** se înţelege punerea în executare a hotărârii de a săvârşi infracţiunea, executare ce, a fost întreruptă sau nu şi-a produs efectul. Dacă obligaţia impusă de lege trebuie adusă imediat la îndeplinire, infracţiunea se consumă prin simpla abţinere a agentului, iar dacă ordinul normei trebuie executat până la un anumit termen, agentul poate oricând până la

[1] **G. Antoniu**, *Infracţiunea de omisiune*, Revista Română de Drept nr. 6/1982, p. 32-38.
[2] **V. Dongoroz, S. Kahane şi colectiv**, *Explicaţii…,* vol. I, p.126.

împlinirea termenului să se supună normei; ca urmare, abţinerea sa pe toată această durată nu poate fi considerată ca reprezentând acte de executare a omisiunii, susceptibile de întrerupere sau neizbutire, pentru a atrage răspunderea penală.[3]

În doctrina recentă[4] s-au propus drept exemple infracţiunea de nedenunţare, prevăzută de art. 262 C.p. şi însuşirea bunului găsit, prevăzută de art. 216 C.p..

Prima dintre ele, incriminează omisiunea de a denunţa **de îndată** săvârşirea unor infracţiuni. Fiind vorba despre o faptă prin care se împiedică înfăptuirea justiţiei, nu se poate vorbi despre o tentativă perfectă, executarea neputând fi terminată fără ca **fapta să se consume**. Denunţarea trebuie făcută, de îndată, moment în care se consumă şi infracţiunea în cazul neîndeplinirii obligaţiei. Agentul trebuie să încunoştinţeze organele abilitate imediat ce are posibilitatea, neputându-se imagina nici o executare întreruptă, tocmai datorită faptului că fapta se consumă de îndată. În cazul însuşirii bunului găsit, legea prevede un termen de 10 zile în care făptuitorul trebuie să predea bunul în cauză. Înăuntrul acestui termen, agentul va putea preda bunul oricând, la împlinirea termenului fapta consumându-se. Nu poate exista tentativă, deoarece, predând bunul, cel în cauză nu săvârşeşte nicio infracţiune, iar după trecerea celor 10 zile, fapta este deja consumată. În acest caz, predarea bunului nu mai trebuie făcută de îndată, trecerea unui interval de timp mai mic de 10 zile înainte de predare neavând nici o relevanţă penală.[5]

---

[3] **G. Antoniu***, Tentativa*, Ed. Societăţii Tempus, Bucureşti, 1995, p. 223, **G. Antoniu şi colectiv**, *Noul Cod Penal* (comentat), Vol. I-II, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2006, p. 373-374.

[4] **A Cârstea**, *Unele consideraţii privind tentativa la infracţiunea omisivă* – în Caiete de Drept penal, nr. 2-3/2007, p. 129.

[5] Idem.

Tot în susţinerea acestui punct de vedere, s-a afirmat că obligaţia de a face, de a avea o anumită conduită, este o obligaţie imediată, astfel încât consumarea infracţiunii are loc de îndată ce subiectul nu-şi corelează comportamentul cu ceea ce legea impune.[6]

Până la expirarea termenului impus de lege, nu se poate vorbi despre un început de executare, omisiunea de a îndeplini obligaţia neavând un caracter ilicit, iar prin împlinirea termenului infracţiunea se consumă. Faptul că cel în cauză a lăsat să treacă un interval mai mare de timp, ce se încadrează totuşi în termenul prevăzut de lege, nu poate releva intenţia lui de a nu săvârşi fapta cerută de normă, deoarece conduita pozitivă va avea caracter exonerator de răspundere oricând în acest interval.

Aceste considerente sunt cu atât mai mult valabile în cazul tentativei relativ improprii, deoarece din însuşi modul de reglementare al acesteia se poate deduce că legiuitorul a avut în vedere o faptă pozitivă, o acţiune, deoarece se vorbeşte despre mijloacele folosite şi despre actele de executare, fiind greu de imaginat o situaţie de folosire a unor mijloace în cazul unei omisiuni, ce presupune tocmai o pasivitate[7]. În ceea ce ne priveşte, pentru raţiunile expuse mai sus, împărtăşim punctul de vedere conform căruia infracţiunile de pură omisiune nu sunt susceptibile de tentativă.

2. *Sancţionarea tentativei la infracţiunile omisive proprii*

Sancţionarea tentativei relevă opţiunea legiuitorului de a incrimina aşa-zisele fapte încercate,

[6] Ramiro V. Mancaş, citat de **A. Cârstea**, în *op. cit.*, p. 129-130.
[7] **A. Cârstea**, *op cit.*, p. 130.

datorită pericolului social pe care acestea îl prezintă şi a ameninţării că se vor finaliza prin producerea rezultatului, dar şi pentru că relevă aceeaşi atitudine de dispreţ faţă de cerinţele legii ca şi fapta consumată[8]. Tentativa, ca act de executare care nu s-a consumat, reprezintă numai o parte, numai un segment din drumul pe care îl parcurge manifestarea exterioară de la luarea rezoluţiei de a comite fapta ilicită şi până la consumarea acesteia. Fapta nu se consumă datorită unor împrejurări exterioare voinţei autorului, cu excepţia celor două cauze de nepedepsire[9]. Nu poate fi imaginată situaţia în care autorul îşi pune în executare hotărârea de a săvârşi fapta cu intenţia ca aceasta să nu se consume şi să rămână în formă tentată.

Tocmai de aceea, la fel ca şi o faptă consumată, **tentativa presupune mai multe etape:** etapa internă, actele de pregătire şi actele de executare, lipsind doar producerea urmării prevăzute de lege. Aici apare un alt argument împotriva existenţei, şi deci a sancţionării tentativei la infracţiunile omisive proprii; dacă în cazul tentativei la faptele comisive, aceasta presupune o punere în executare a unor fapte pozitive care implică o acţiune a făptuitorului, o conduită pozitivă, în cazul infracţiunilor omisive acest lucru nu se mai întâmplă. Tentativa la infracţiunea comisivă presupune nu doar o atitudine din partea făptuitorului, ci şi o modificare a lumii exterioare, o schimbare datorată unei energii fizice[10]. În schimb, **în cazul faptei omisive,** prin săvârşirea de acte de executare se înţelege o inacţiune a făptuitorului, fără a presupune o conduită vizibilă, exterioară din partea acestuia. În acesta constă dificultatea delimitării omisiunii ca stare normală

[8] **G. Antoniu**, *Tentativa,* Ed. Societăţii Tempus, Bucureşti, 1995, p. 11.
[9] Idem.
[10] **A. Cârstea**, *op. cit.,* p 130.

a agentului de omisiunea ce semnifică punerea în executare a rezoluţiei infracţionale. Acest moment nu va mai fi marcat printr-o schimbare de conduită, fiind un reper de natură internă, psihică a agentului, foarte greu, dacă nu imposibil de determinat cu exactitate, chiar şi de către acesta.

3. ***Concepţia privind tentativa la infracţiunile omisive în dreptul comparat***

Problema a fost observată şi în **doctrina italiană**, care reţine ca obiecţie la posibilitatea existenţei tentativei la infracţiunea omisivă faptul că, fiind vorba despre o omisiune, acesta nu este perceptibilă, nu este exteriorizată pentru cei din jur, astfel încât de cele mai multe ori rămâne inaccesibilă celorlalţi[11]. Executarea rezoluţiei delictuoase presupune manifestarea exterioară prin care agentul aduce la îndeplinire rezoluţia adoptată, fiind deci excluse infracţiunile omisive ce constau în neefectuarea unor activităţi cerute de lege. Tocmai această exteriorizare a voinţei de a săvârşi fapta este greu de stabilit, deoarece ea constă într-o inacţiune, ori, din moment ce fapta nu s-a consumat, nu se pot determina cu certitudine acte de executare cu relevanţă de faptă tentată, neputându-se stabili momentul începutului şi sfârşitului acestor acte.

Ca şi în cazul faptei consumate, tentativa presupune aceleaşi etape ale infracţiunii, lipsind însă producerea urmării cerute de lege. Nu lipseşte deci etapa internă, care constă în apariţia ideii infracţionale, deliberarea şi luarea hotărârii de a săvârşi fapta. În cazul faptelor omisive proprii este greu de delimitat această etapă internă de cea a trecerii la actele de executare,

[11] G. Fiandaca, E. Musco citaţi de **A. Cârstea**, în *op. cit*, p. 131.

tocmai pentru că aceste acte presupun tot o stare de pasivitate nesusceptibilă de exteriorizare[12].

În **doctrina franceză** se afirmă că dreptul nu sancţionează gândul criminal, ci doar acţiunea. Necesitatea exteriorizării voinţei criminale ca premisă pentru sancţionare se justifică atât datorită dificultăţii, de a dovedi existenţa acesteia, în lipsa oricărei exteriorizări ea fiind un fapt intern, psihologic, dar şi din cauză că simplele tentaţii criminale care au fost abandonate, cel mai adesea nu tulbură ordinea socială[13].

În cazul infracţiunilor omisive, prin **punere în executare** se înţelege nu o modificare a lumii înconjurătoare ca şi în cazul faptelor comisive, ci o nemodificare a acesteia, o lăsare a lucrurilor aşa cum sunt ele. Nemodificarea exterioară face imposibil de stabilit momentul începutului actelor de executare[14]. La fel ca şi doctrina română, **doctrina italiană şi cea spaniolă** resping ideea reţinerii tentativei la faptele omisive proprii. Cea mai vehementă în acest sens s-a dovedit a fi **doctrina engleză**, care exclude *de plano* posibilitatea reţinerii unei astfel de tentative[15]. De altfel, în sistemul de *common law* numărul infracţiunilor omisive proprii este foarte redus.

Există însă şi **opinii contrare.** Opiniile s-au exprimat doar în legătură cu acele fapte omisive în cazul cărora este prevăzut un termen, o perioadă pentru a acţiona potrivit cerinţei impuse de lege. Nu se pune problema tentativei în cazul faptelor pentru care se cere ca agentul să acţioneze de îndată, acestea asemănându-se cu infracţiunile de promptă executare la care de

[12] **A. Cârstea**, *op. cit.,* p 131.
[13] **J. Pradel***, Droit pénal général*, Dalloz, Paris, 2004, p. 341-342.
[14] C. Satelli, E. Romano di Falco, citaţi de **A. Cârstea**, în *op. cit*, p. 131.
[15] L. Moreillon, citat de **A. Cârstea**, în *op. cit*, p. 131.

asemenea nu este posibilă tentativa. În situaţia în care legea nu prevede un moment până la care trebuie săvârşită acţiunea, acest moment trebuie apreciat în mod rezonabil în funcţie de circumstanţe[16].

Infracţiunile formale sau de pericol sunt caracterizate de atitudinea pasivă a agentului, fie că este vorba despre forma consumată sau despre forma tentată a acesteia. S-a considerat că aceste fapte nu sunt susceptibile de a fi comise în formă tentată, inacţiunea făptuitorului echivalând practic cu consumarea faptei; vor putea fi comise în formă tentată acele fapte omisive proprii în cazul cărora elementul constitutiv presupune survenirea unui anume rezultat[17].

În situaţia în care, deşi punerea în executare constând într-o inacţiune a început, aceasta putând să fie după caz întreruptă sau terminată, şi totuşi rezultatul prevăzut de norma de incriminare nu se produce, vom fi în prezenţa unei **tentative**. S-a considerat că tentativa este posibilă şi în cazul acelor fapte omisive proprii ce presupun o anumită durată de timp, pe parcursul căreia actul de executare trebuie să se desfăşoare. Este cazul infracţiunilor în cuprinsul cărora legiuitorul prevede un anumit termen în care făptuitorul trebuie să aibă conduita cerută de lege.[18]

În **doctrina franceză** s-a reţinut posibilitatea existenţei unei **tentative imperfecte** în cazul faptelor omisive proprii. O întrerupere a actelor de executare ce constau într-o omisiune ar fi posibilă prin apariţia unui obstacol material neprevăzut ce se interpune între voinţa autorului şi producerea rezultatului. Pot fi imaginate procedee artificiale care să împiedice producerea

[16] A.J. Machielse, citat de **A. Cârstea**, în *op. cit*, p. 131.
[17] L. Moreillon, citat de **A. Cârstea**, în *op. cit*, p. 132.
[18] **A. Cârstea**, *op. cit*, p. 132.

rezultatului, un obstacol străin voinţei făptuitorului care să întrerupă această executare prin omisiune.[19]

S-a considerat că un exemplu în acest sens l-ar constitui infracţiunea de **gestiune frauduloasă prin omisiune** prezentată anterior, în situaţia în care agentul omite să administreze sau să conserve bunurile celui interesat cu intenţia de a-i pricinui o pagubă, însă o terţă persoană în temeiul gestiunii de afaceri, intervine şi împiedică producerea prejudiciului. Obstacolul străin, elementul material, ce intervine între voinţa autorului şi producerea rezultatului este tocmai acţiunea terţei persoane care face ca fapta să rămână la stadiul de tentativă[20].

În **doctrina olandeză**, autorii care admit posibilitatea reţinerii tentativei la infracţiunea omisivă proprie aduc mai multe argumente. Tentativa presupune un astfel de comportament din partea agentului, încât acesta să denote voinţa sa de a desăvârşi fapta, de a o duce până la capăt. S-ar putea spune că de îndată ce acţiunea cerută de norma de incriminare este posibilă, neîndeplinirea ei echivalează cu o tentativă din partea autorului, iar prin curgerea timpului se ajunge la consumarea infracţiunii[21]. S-a remarcat că opinia este contrazisă chiar de textul de incriminare, începutul intervalului de timp în care poate avea loc conduita cerută de lege, nu relevă, prin ea însăşi, voinţa autorului de a comite fapta, ci eventual dacă este coroborată cu alte împrejurări, în tot acest interval agentul având posibilitatea să acţioneze[22].

[19] E. Novoa Monreal, citat de **A. Cârstea**, în *op. cit*, p. 134.
[20] **A. Cârstea**, *op. cit*, p. 134.
[21] L. Moreillon, citat de **A. Cârstea**, *op. cit*, p. 132
[22] **A. Cârstea**, *op. cit*, p. 132.

Potrivit unei alte **opinii** exprimate în **literatura** de specialitate **olandeză,** tentativa presupune un comportament din partea agentului, din care să rezulte fără îndoială că cel în cauză nu va săvârşi acţiunea cerută de lege. Dacă terţe persoane îl obligă pe agent, înainte de consumarea infracţiunii, să aibă conduita cerută de lege, vom fi în prezenţa unei tentative la infracţiunea omisivă[23]. De cele mai multe ori subiectul, nerealizând conduita cerută de lege, nu rămâne în stare de pasivitate, ci săvârşeşte o altă acţiune. Momentul extern omisiunii constă în acţiunea pozitivă pe care subiectul o săvârşeşte în timp ce se abţine de la ceea ce legea îl obligă să facă, acest moment extern purtând denumirea de *aliud agere*[24]. Nerealizând conduita cerută, agentul poate acţiona într-o altă manieră, ce nu este însă: prevăzută de normă, nefiind deci cerută o totală inactivitate din partea acestuia.

Potrivit opiniei expuse mai sus, va exista **tentativă** în situaţia în care din conduita exterioară a agentului rezultă faptul că acesta nu va realiza conduita cerută de lege. Un exemplu în acest sens este cel al militarului care fuge de la unitate cu voinţa fermă de a nu se mai întoarce vreodată, dar este găsit şi adus înapoi înăuntrul termenului de 24 de ore prevăzut de lege, nefăcându-se astfel vinovat de fapta prevăzută de **art. 331 C.p.**[25].

Un **alt exemplu** este cel al subiectului care, găsind o sumă mare de bani, şi-o însuşeşte, după care pleacă pe o insulă unde nu există autorităţi cărora ar putea să le predea bunul şi nici un mijloc de transport cu care ar putea să se întoarcă înăuntrul termenului de 10

[23] A.J. Machielse, citat de **A. Cârstea**, *op. cit*, p. 132.
[24] **D. I. Lămăşanu**, *Teorii asupra comportamentului omisiv*, în Revista de Drept Penal, nr. 2/2001, p. 45.
[25] **A. Cârstea**, *op. cit*, p. 133.

zile pentru a restitui suma găsită. Totuşi, dacă înainte de expirarea celor 10 zile, subiectul în cauză este găsit de o unitate de poliţie care se deplasează pe insulă şi care îl obligă să restituie banii, s-a considerat că am fi în prezenţa unei **tentative**. S-a considerat că este clară intenţia agentului de a nu mai restitui vreodată banii şi totuşi aceştia sunt recuperaţi la timp împotriva voinţei lui[26]. Nu putem fi de acord cu acest punct de vedere, întrucât este adevărat că infracţiunea omisivă în discuţie se consumă numai după expirarea celor 10 zile prevăzute de lege, iar descoperirea agentului de către organele judiciare înăuntrul acestui termen nu implică şi sancţionarea lui pentru tentativa la infracţiunea omisivă, deoarece acesta poate pretinde că avea intenţia de a restitui suma găsită în interiorul celor 10 zile, creând în acest fel un **dubiu** asupra existenţei încercării de a comite infracţiunea şi de a o consuma, ori este bine ştiut că în procesul penal *in dubio pro reo* şi, prin urmare, acesta nu va putea fi sancţionat pentru o pretinsă tentativă la infracţiunea de însuşire a bunului găsit.

Potrivit unei alte opinii exprimate în **doctrina italiană**, **tentativa** se configurează atunci când subiectul nu se limitează să nu acţioneze, ci săvârşeşte şi acte pozitive directe spre neîndeplinirea acţiunii impuse[27].

S-a propus pentru ilustrare exemplul funcţionarului care săvârşeşte un abuz în serviciu prin neîndeplinirea unui act; nu numai că acesta nu îndeplineşte actul, dar ia măsuri pentru a zădărnici orice încercare a celui îndreptăţit de a-şi realiza interesul legitim. Dacă superiorul funcţionarului în cauză, intervine şi îndeplineşte el însuşi actul respectiv, fapta rămâne la stadiul de **tentativă,** cu condiţia să nu se fi

[26] Idem.
[27] G. Fiandaca, E. Musco citaţi de **A. Cârstea**, în *op. cit*, p. 133.

produs o vătămare a intereselor celui îndreptăţit la actul respectiv, pentru că în cazul producerii unei vătămări**, infracţiunea se consumă**.

Tot în doctrina italiană este reţinută posibilitatea existenţei unei **tentative perfecte** în cazul infracţiunilor omisive proprii şi în situaţia în care din împrejurări ce nu ţin de voinţa autorului, nu se produce rezultatul prevăzut de lege. Nu se va putea reţine o astfel de tentativă în cazul infracţiunilor de pericol cum ar fi cea a lăsării fără ajutor, prevăzută de art. 315 C.p., sau în cazul infracţiunilor ce împiedică înfăptuirea justiţiei cum ar fi nedenunţarea, deoarece în cazul acestora neîndeplinirea acţiunii coincide cu producerea urmării prevăzute de lege[28].

S-a susţinut că va fi posibilă reţinerea unei astfel de tentative, în cazul faptelor a căror normă de incriminare, prevede necesitatea producerii unui rezultat pentru ca fapta să se consume. De exemplu, s-a arătat că înşelăciunea în convenţii poate fi comisă prin menţinerea în eroare a părţii co-contractante, ceea ce presupune o **inacţiune,** fiind vorba, despre **dolul prin reticenţă** din dreptul civil. Pentru ca fapta să se consume, legea prevede necesitatea producerii unei pagube. Dacă această pagubă nu se produce, vom fi în prezenţa unei tentative la înşelăciune, **tentativa** fiind **perfectă**, deoarece actul de executare a fost finalizat. Situaţia este similară în cazul abuzului în serviciu contra intereselor persoanelor, în situaţia în care funcţionarul în cauză nu îndeplineşte actul în cauză în termenul prevăzut de lege şi totuşi urmarea vătămării intereselor legale nu se produce[29].

[28] **A. Cârstea**, *op. cit*, p. 133.
[29] **A. Cârstea**, *op. cit*, p. 133-134.

S-a considerat **în doctrina elveţiană**[30] că şi fapta de gestiune frauduloasă prevăzută şi în dreptul nostru de art. 214 C.p., poate fi comisă prin **omisiune**, act de executare ce ar consta în neglijarea în mod voluntar a intereselor pecuniare ale altuia, fapt ce duce la deprecierea patrimoniului acestuia. Vom fi în prezenţa unei **tentative perfecte**, în situaţia în care agentul, cu rea-credinţă, omite să conserve bunurile celui interesat şi totuşi, din diferite motive, nu cauzează nicio pagubă patrimoniului acestuia.

S-a susţinut în mod îndreptăţit că un **impediment** pentru reţinerea **tentativei omisive** îl constituie **imposibilitatea de a stabili cu exactitate momentul de punere în executare a rezoluţiei infracţionale**, deoarece actul de executare constă într-o inacţiune.

În **doctrina străină** au fost exprimate mai multe **păreri** cu privire la acest moment. Potrivit unei opinii, pentru determinarea momentului de punere în executare a rezoluţiei infracţionale omisive, nu are importanţă voinţa agentului, ci momentul în care inacţiunea sa are ca efect punerea în pericol a valorii protejate[31]. Această opinie nu ţine seama de un principiu fundamental al dreptului penal, şi anume cel al răspunderii penale subiective, neputând exista un început de executare din moment ce agentul nu conştientizează pericolul pentru valoarea protejată. Într-o altă opinie, tentativa prin omisiune trebuie să fie admisă de îndată ce agentul pierde şi ultima ocazie ce i-ar fi permis să evite lezarea valorii protejate[32].

S-a considerat că putem vorbi despre **tentativă la faptele omisive** din momentul primei acţiuni posibile, adică din momentul în care agentul are posibilitatea de a

[30] L. Moreillon, citat de **A. Cârstea**, în *op. cit*, p. 134.
[31] L. Moreillon**, citat** de **A. Cârstea**, în *op. cit*, p. 134.
[32] Idem.

acţiona pentru a înlătura rezultatul pe care are îndatorirea să îl evite, conştientizând totodată acest lucru, până în momentul ultimei acţiuni posibile, când deşi pericolul pentru valoarea juridică protejată este unul imediat, acesta mai poate fi totuşi evitat[33].

Aceste situaţii în care **tentativa la infracţiunea omisivă proprie** ar putea fi reţinută au doar o **importanţă teoretică,** deoarece în aceste cazuri tentativa nu va fi sancţionată, întrucât legea nu prevede aceasta.

4. ***Concepţia doctrinei penale române cu privire la tentativa la infracţiunile omisive proprii***

S-a remarcat în doctrina penală română faptul că potrivit **art. 19 alin. (3) Cod penal român,** fapta constând într-o inacţiune, constituie infracţiune fie că este săvârşită cu intenţie, fie din culpă, afară de cazul în care legea sancţionează doar săvârşirea ei cu intenţie. Această precizare restrânge şi mai mult sfera faptelor omisive proprii, în cazul cărora s-ar putea pune problema reţinerii tentativei. Aceasta deoarece, în cazul faptelor din culpă se admite, în mod unanim, că nu este posibilă tentativa. În cazul faptelor din culpă rezultatul produs nu a fost, în reprezentarea agentului, acesta nu a încercat realizarea lui, ci fie l-a prevăzut, dar a considerat fără temei că nu se va produce, fie nu l-a prevăzut, deşi putea şi trebuia să îl prevadă[34]. Aşadar, se pune problema existenţei tentativei doar la faptele omisive intenţionate, la faptele omisive comise din culpă **tentativa** fiind **exclusă prin concepţie.**

Doctrina românească interbelică s-a exprimat în acelaşi sens; s-a arătat că la infracţiunile omisive fiind că aceste infracţiuni se săvârşesc prin nefacerea a ceea ce

[33] C. R. Conde, citat de **A. Cârstea**, în *op. cit*, p. 134-135.
[34] **G. Antoniu**, *Tentativa…*, p. 220.

trebuie făcut, tentativa nu este posibilă tocmai datorită elementului sau conţinutului obiectiv. În cazul acestor infracţiuni, îndatorirea de a face sau este imediată şi deci nefacerea, chiar în acel moment, a ceea ce trebuie făcut atrage consumarea, sau îndatorirea de a face are un termen şi deci, până în ultima clipă a acestui termen, cel îndatorat are încă putinţa de a-şi îndeplini acea îndatorire, iar odată expirată ultima clipă, faptul s-a consumat; de aceea, o **tentativă de a nu face nu este posibilă**[35].

5. ***Problema tentativei în cazul infracţiunilor continue omisive***

În ceea ce priveşte **infracţiunile omisive continue**, **în literatura juridică română** s-au exprimat puncte de vedere divergente în legătură cu posibilitatea existenţei tentativei. Potrivit unei păreri,[36] infracţiunile continue nu ar fi susceptibile de tentativă, deoarece consumarea infracţiunii nefiind posibilă fără o oarecare prelungire în timp a acţiunii constitutive, până în momentul consumării fapta este întotdeauna licită. Potrivit unui alt punct de vedere, nu există temeiuri pentru a exclude infracţiunile continue din categoria faptelor care pot îmbrăca forma tentativei[37]. Într-adevăr, chiar admiţând că pentru consumarea infracţiunilor continue ar fi întotdeauna necesar ca acţiunea constitutivă să se prelungească un oarecare timp, este evident că odată ce se stabileşte intenţia făptuitorului de a prelungi acţiunea începută, toate elementele tentativei sunt realizate.

[35] **V. Dongoroz**, *Drept penal…*, p. 221.
[36] **V. Papadopol, D. Pavel**, *Formele unităţii infracţionale în dreptul penal român,* Casa de Editură şi Presă Şansă, Bucureşti, 1992, p. 87.
[37] **V. Papadopol, D. Pavel**, *op. cit.,* p. 87-88.

Majoritatea autorilor care se preocupă de determinarea faptelor ce nu sunt susceptibile de tentativă nu includ în categoria acestora şi infracţiunile continue.[38] Este adevărat că lucrurile stau aşa cum se susţine în cazul infracţiunilor continue comisive, în sensul că în cazul acestora tentativa este posibilă; în ceea ce priveşte, însă, infracţiunile omisive continue, doctrina românească este unanimă în a considera că acestea nu pot îmbrăca forma tentativei.

6. *Tentativa în cazul infracţiunilor omisive improprii*

Infracţiunile omisive improprii sunt, de regulă, infracţiuni formale sau de pericol şi de aceea **nu sunt susceptibile de tentativă**, asemenea infracţiunilor omisive proprii; această regulă se impune cu atât mai mult în cazul infracţiunilor omisive improprii săvârşite **din culpă.** Infracţiunile de care ne ocupăm **se consumă** în chiar momentul omisiunii de a îndeplini obligaţiile prevăzute de lege sau al îndeplinirii lor defectuoase, moment în care se creează şi starea de pericol pentru valorile ocrotite de lege[39].

În cazul în care infracţiunile omisive improprii se săvârşesc **în formă agravată**, ele devin infracţiuni materiale, de rezultat, caz în care se consumă în momentul producerii rezultatului prevăzut de lege, rezultat care poate consta, de exemplu, în tulburarea activităţii de transport pe căile ferate, într-un accident de cale ferată sau într-o catastrofă de cale ferată, cum este cazul infracţiunilor incriminate de art. 273 şi art. 274 C.p..

---

[38] **V. Papadopol, D. Pavel**, *op. cit.*, p. 88.

[39] **M**. **Basarab, V. Paşca şi colectiv**, *Codul penal comentat, vol. II. Partea specială,* Editura Hamangiu, Bucureşti, 2008*,* p. 745, p. 748.

7. *Tentativa la infracţiunile comisive săvârşite prin omisiune*

Diviziunea infracţiunilor din punct de vedere al modului de realizare a elementului material în **infracţiuni comisive**, **omisive pure** şi **comisive prin omisiune** are importanţă din perspectiva instituţiilor tentativei şi participaţiei penale.[40]

Infracţiunile pur omisive nu pot avea tentativă, aşa cum am mai arătat; la aceste infracţiuni tentativa este exclusă prin concepţie. Astfel, în ceea ce priveşte ordinul imperativ al legii sunt numai două alternative: sau nu se execută acest ordin şi atunci avem o infracţiune consumată sau se execută şi atunci nu există infracţiune; soluţie intermediară nu există, deoarece executarea ordinului respectiv are loc până în ultimul moment posibil (moment determinat de lege sau de natura lucrului) şi amânarea executării până la ultimul moment al posibilităţii sale nu constituie tentativă; până la acest moment extrem nu se poate şti dacă executarea se va realiza sau nu, iar în momentul când executarea ordinului nu se mai poate amâna, ştiindu-se cu certitudine că executarea nu a avut loc, atunci infracţiunea omisivă este consumată (săvârşită).[41]

În ceea ce priveşte **infracţiunile comisive săvârşite prin omisiune**, opinia unanimă este aceea a **posibilităţii** reţinerii **tentativei.** Aceasta deoarece la origine ele sunt infracţiuni comisive, iar în cazul acestora tentativa este posibilă. În cazul infracţiunilor comisive prin omisiune subiectul încalcă preceptul normei prin care se interzice o acţiune (normă prohibitivă), iar subiectul realizează aceasta prin omisiune. În asemenea situaţii actele omisive sunt susceptibile de omisiune

[40] **T. Pop**, *Drept penal comparat*…, p. 227.
[41] Idem.

întocmai ca şi actele comisive. Abţinerea făptuitorului în acest caz constituie o modalitate de exprimare a voinţei sale de a produce rezultatul interzis de lege.[42]

În doctrina română se afirmă că din punct de vedere normativ **faptele comisive săvârşite prin omisiune** nu au caracter omisiv, ci comisiv, omisiunea fiind doar o modalitate faptică de realizare a comisiunii. Infracţiunile omisive improprii sunt considerate complementare infracţiunilor comisive pentru că sunt pedepsite ca şi când ele ar rezulta dintr-o acţiune pozitivă.[43] Datorită considerentelor enunţate, conduita omisivă ca mod de realizare a comisiunii nu va fi supusă regulii de la art. 19 alin. (3) Cod penal român, ci va urma regimul prevăzut pentru activitatea comisivă incriminată şi al cărei mod de realizare este[44]. Rezultă de aici că potrivit art. 19 alin. (2) Cod penal român fapta comisivă prin omisiune săvârşită din culpă constituie infracţiune numai atunci când legea prevede în mod expres aceasta. Această precizare are importanţă deoarece, după cum am mai arătat, în cazul faptelor din culpă fie ele şi omisive improprii nu se poate reţine tentativa.

Infracţiunea omisivă improprie este condiţionată de existenţa unui **rezultat,** ea corespunzând infracţiunilor de rezultat. În cazul acestor infracţiuni apare obligaţia de prevenire a rezultatului, obligaţie ce revine agentului; prin starea sa de pasivitate, acesta lasă loc să intervină altor energii pe care avea îndatorirea să le împiedice şi se produce rezultatul.[45]

Exemplul doctrinar clasic de infracţiune comisivă săvârşită prin omisiune este cel al mamei care cu intenţie

[42] **G. Antoniu şi colectiv**, *Noul Cod*..., p. 374.
[43] E. Novoa Monreal, citat de **A. Cârstea**, în *op. cit*., p. 135.
[44] G. Antoniu, citat de **A. Cârstea**, în *op. cit.,* p. 135.
[45] G. Antoniu, citat de **A. Cârstea**, în *op. cit.,* p. 135.

nu îşi hrăneşte copilul, lăsându-l să moară prin inaniţie. Fapta va constitui tentativă de omor în situaţia în care o terţă persoană intervine şi împiedică producerea rezultatului, întrerupând actele de executare; de exemplu, o rudă intervine şi hrăneşte copilul în cauză. În acest caz, stabilirea momentului de punere în executare a rezoluţiei infracţionale este facilă, chiar dacă executarea presupune o inacţiune, deoarece începerea executării este marcată de trecerea de la o atitudine activă, mama hrănindu-şi anterior copilul la o atitudine pasivă.

În situaţia în care agentul acţionează prin mijloace inapte să împiedice rezultatul, acţiunea sa echivalează cu abţinerea şi fapta omisivă subzistă. Aşa de pildă, mama va răspunde pentru moartea copilului dacă se stabileşte că în urma unei accidentări grave copilul a leşinat, iar mama a recurs la simple medicamente pe care le avea în casă în locul internării în spital, deşi după cum s-a constatat ulterior cu ocazia expertizei, o intervenţie medicală imediată i-ar fi salvat viaţa copilului[46]. În acest caz fapta a fost comisă din culpă, neputându-se pune problema reţinerii tentativei. O eventuală tentativă s-ar putea reţine în cazul în care părintele, deşi observă că boala copilului său se agravează, evoluând în timp nu îi asigură acestuia tratamentul medical necesar. Dacă o terţă persoană intervine şi internează copilul în cauză, părintele vă răspunde pentru tentativă de omor dacă se constată ca victima ar fi murit în lipsa îngrijirilor medicale.

8. *Punctul de vedere al dreptului comparat cu privire la tentativa la infracţiunile comisive prin omisiune*

[46] M.K. Guiu, citată de **A. Cârstea**, în *op. cit.,* p. 135.

În dreptul comparat a fost admisă posibilitatea reţinerii unei astfel de tentative în cazul faptelor a căror normă de incriminare prevede necesitatea producerii unui rezultat pentru ca fapta să se consume. De exemplu, înşelăciunea în convenţii se consideră că poate fi comisă prin menţinerea în eroare a părţii co-contractante, ceea ce presupune o inacţiune, fiind vorba despre dolul prin reticenţă din dreptul civil. Pentru ca fapta să se consume, legea prevede necesitatea producerii unei pagube; dacă această pagubă nu se produce, vom fi în prezenţa unei tentative la înşelăciune, tentativa fiind perfectă, deoarece actul de executare a fost finalizat[47].

În doctrina elveţiană este dat exemplul celui care vinde un vapor a cărui cocă este degradată, acesta înşelând victima şi prezentându-i vasul pe chei, în apă, astfel încât să nu se poată constata starea de degradare. Pentru reţinerea unei astfel de tentative, autorul citat prezintă criteriile ce trebuie avute în vedere, făcând referire la regulile de drept civil şi comercial aplicabile în domeniu, cum ar fi obligaţia de informare, precum şi raporturile dintre părţi în faza precontractuală. Regulile vor fi diferite, după cum o astfel de convenţie se încheie între un comerciant şi un necomerciant[48].

9. *Delimitare tentativei la o infracţiune comisivă prin omisiune de infracţiunea omisivă proprie consumată*

Ca şi în cazul faptelor omisive proprii, nerealizând fapta necesară pentru împiedicarea producerii rezultatului, subiectul de cele mai multe ori adoptă o altă conduită. Această conduită poate releva **intenţia agentului de a nu acţiona**. În **dreptul american** este dat

[47] L Moreillon, citat de **A. Cârstea**, în *op. cit.,* p. 133.
[48] Idem.

exemplul şoferului care, deşi observă că a cauzat un accident, nu opreşte autovehiculul[49]. Persoana accidentată, în lipsă de îngrijiri, decedează. Dacă persoana ar fi decedat pe loc sau dacă şoferul nu ar fi observat că a accidentat-o, acesta ar fi răspuns pentru ucidere din culpă. Însă, şoferul observă că persoana este accidentată şi decide să părăsească locul accidentului, deşi avea obligaţia de a o ajuta, deoarece el este cel ce a cauzat starea de pericol pentru viaţa victimei. Dacă victima moare, şoferul va răspunde pentru omor ca **faptă comisivă săvârşită prin omisiune**, iar dacă o altă persoană duce victima la spital, iar acesta supravieţuieşte, suntem în prezenţa unei **tentative de omor**. Similară este situaţia căpitanului de vas care decide să nu oprească pentru a-l ridica pe pasagerul ce căzuse peste bord. În ambele cazuri, conduita pe care o adoptă subiecţii relevă voinţa lor de a nu împiedica rezultatul pe care au îndatorirea să îl prevină.[50]

În **doctrina spaniolă** fapta şoferului ce loveşte o persoană din culpă, iar apoi, observând acest lucru, nu opreşte pentru a-i da primul ajutor a primit două calificări: omor săvârşit prin omisiune improprie şi lăsare fără ajutor[51]. În doctrina noastră s-a afirmat însă că infracţiunea de lăsare fără ajutor nu poate fi comisă de către cel care a pus victima în situaţia prevăzută de art. 315 C.p., ci numai de o terţă persoană care a găsit-o pe victimă şi omite să îi acorde ajutor sau să anunţe autoritatea.[52]

Dacă în ceea ce priveşte delimitarea tentativei de omor, ca faptă comisivă săvârşită prin omisiune, de fapta

[49] **W. R. LaFave, A.W. Scott Jr**, *Criminal Law*, Second Edition, West Publishing Co., St. Paul, Minessota, 1986, p. 202-210.
[50] **A. Cârstea**, *op. cit.*, p. 136.
[51] E.Gimbernart Ordeig, citat de **A. Cârstea**, în *op. cit.*, p. 137
[52] T. Toader, citat de **A. Cârstea**, în *op. cit.*, p. 137.

prevăzută la art. 315 C.p. (lăsarea fără ajutor) lucrurile sunt clare, s-a observat că situaţia se schimbă în ceea ce priveşte fapta prevăzută de art. 314 C.p. care incriminează punerea în primejdie a unei persoane în neputinţă de a se îngriji. Şi aceasta deoarece **modalitatea omisivă de săvârşire a faptei**, lăsarea fără ajutor, în orice mod a unui copil sau a unei persoane care nu are putinţa de a se îngriji de către acela care o are sub pază sau îngrijire, punându-i în pericol iminent viaţa se aseamănă foarte mult cu **tentativa la omorul omisiv impropriu**. S-a observat că legiuitorul român de la 1968, definind subiectul activ al acestei fapte, adică cel ce are în pază sau îngrijire victima, enumeră unele din ipotezele teoriei poziţiei de garant despre care am vorbit.[53] În practica judiciară românească, ca victime ale infracţiunii de la art. 314 C.p. au fost reţinute fie copiii, cum de altfel prevede şi textul legal, fie bolnavii ce nu au putut fi trataţi deoarece nu aparţineau nici unui spital.

S-a considerat că **delimitarea** în cauză **dintre tentativa de omor şi infracţiunea consumată** prevăzută de **art. 314 C.p.** se poate face pe baza laturii subiective plecând de la **scopul urmărit de agent** prin punerea în executare a rezoluţiei infracţionale ce presupune în ambele cazuri o inacţiune. Astfel, în cazul tentativei la omor autorul urmăreşte tocmai moartea victimei, pe când în cazul lăsării fără ajutor acesta nu doreşte acest lucru, ci cel mult îl prevede, dar nu îl acceptă[54]. Această ipoteză pare a fi susţinută şi de părerea potrivit căreia omorul comisiv prin omisiune va putea fi reţinut în concurs cu fapta de punere în primejdie numai dacă a fost săvârşit din culpă[55]. În situaţia în care cel lăsat fără ajutor moare,

[53] **A. Cârstea**, *op. cit.,* p. 137.
[54] Idem.
[55] L. Moreillon, citat de **A. Cârstea**, în *op. cit.,* p. 137

omorul comisiv săvârşit prin omisiune va absorbi fapta de la art. 314 C.p.; această opinie a fost susţinută şi în literatura franceză unde a fost relevată **distincţia dintre conştientizarea rezultatului şi voinţa producerii rezultatului**[56]. Se afirmă că fapta de la art. 223-1 Cod penal francez, similară celei de la art. 314 din Codul nostru penal este una de pericol, agentul nedorind moartea victimei, ci doar conştientizând pericolul în care aceasta este pusă, **starea de pericol** fiind un **element constitutiv al infracţiunii**. Această ipoteză este contrazisă de o decizie a Curţii de Casaţie franceze din martie 1999 în care se afirmă că elementul intenţional infracţiunii (de punere în pericol) rezultă din caracterul deliberat al violării unei obligaţii particulare de prudenţă sau de securitate impusă de lege. Ar rezulta forma de vinovăţie a intenţiei, deoarece agentul nesocoteşte în cunoştinţă de cauză o obligaţie impusă de lege. S-a remarcat că decizia redată este contrară opiniei anterioare ce susţinea că în cazul lăsării fără ajutor se poate reţine cel mult o culpă cu prevedere în ceea ce priveşte moartea victimei; astfel, decizia Curţii de Casaţie citată face practic imposibilă aplicarea art. 223-1 Cod penal francez, deoarece acesta se confundă cu tentativa la omor.[57]

În literatura noastră de specialitate s-a afirmat că dacă lăsarea fără ajutor a cauzat efectiv o vătămare a sănătăţii sau integrităţii corporale a persoanei lăsate în grijă, atunci va exista un **concurs de infracţiuni** ce va fi sancţionat în consecinţă. Această opinie exclude, de asemenea, posibilitatea existenţei unei tentative la infracţiunea omisivă, o astfel de tentativă echivalând

[56] V. Malabat, citat de **A. Cârstea**, în *op. cit*., p. 137
[57] **A. Cârstea**, *op. cit.,* p. 138.

practic cu fapta de la art. 314 C.p.[58]. În acelaşi sens s-a decis şi în **practica judiciară de la noi**, instanţa statuând într-o speţă că participarea aceleiaşi persoane ca subiect activ al ambelor infracţiuni este exclusă.[59] Subscriem şi noi la această soluţie.

În toate cazurile, omorul prin omisiune se deosebeşte de omorul prin comisiune din punct de vedere al **tentativei** a cărei existenţă ar fi imposibilă în cazul omisiunii, deoarece începerea executării actului material constitutiv al infracţiunii care este necesar pentru existenţa legală a tentativei ar lipsi aici, iar simpla abţinere nu ar putea fi considerată drept începerea executării omorului, cel puţin în general.

10. *Desistarea şi împiedicarea producerii rezultatului în cazul comisiunii prin omisiune*

Având în vedere că în cazul faptelor omisive improprii opinia majoritară este cea a admiterii posibilităţii existenţei tentativei, se impune analiza **formelor tentativei**, precum şi a **cazurilor de nepedepsire**. În acest sens s-a arătat că în cazul faptelor omisive **desistarea** va consta într-o acţiune a subiectului ce iese astfel din pasivitate prevenind rezultatul, spre deosebire de faptele comisive unde desistarea constă tocmai într-o trecere de la o stare activă la una pasivă[60]. Pentru a diferenţia desistarea de împiedicarea producerii rezultatului, trebuie avută în vedere opinia potrivit căreia tentativa se desfăşoară de-a lungul perioadei de timp ce se scurge între prima şi ultima acţiune aptă să înlăture rezultatul. În exemplul şoferului ce loveşte un pieton şi

[58] **V. Dongoroz, S. Kahane şi colectiv,** citaţi de **A. Cârstea**, în *op. cit.,* p. 137.
[59] Trib. jud. Alba, dec. pen. nr. 385/1989, publicată în Revista Română de Drept nr. 7/1989, p. 68.
[60] C.R. Conde, citat de **A. Cârstea**, în *op. cit.,* p. 138.

părăseşte locul accidentului, pe măsură ce acesta se îndepărtează de locul faptei creşte pericolul pentru valoarea socială protejată, în speţă pentru viaţa pietonului şi în mod proporţional scad posibilităţile de a-l salva pe cel în cauză. Momentul de început al tentativei este cel în care şoferul decide să nu oprească, **tentativa** devenind **terminată** atunci când acesta decide să nu se întoarcă la locul accidentului, conştientizând că pierde şi ultima posibilitate de a o salva pe victimă[61]. Pentru ca fapta să nu se consume este necesar în acest caz ca pietonul să fie salvat de terţi. S-a considerat că va fi vorba despre o **tentativă neterminată** şi deci o **desistare**, în situaţia în care potrivit poziţiei subiective a celui obligat să acţioneze, acesta consideră că printr-o acţiune a sa va putea încă să evite rezultatul. În exemplul dat, şoferul se întoarce la locul accidentului considerând că datorită perioadei scurte de timp ce s-a scurs şi în raport de gravitatea loviturii, o va putea salva pe victimă. **Împiedicarea producerii rezultatului** se va reţine atunci când şoferul se întoarce la locul accidentului în ultimul moment, conştientizând că o acţiune a sa ulterioară acestui moment nu ar mai putea împiedica consumarea faptei. Desigur că în ambele cazuri este necesar ca pietonul să supravieţuiască în urma acţiunii de salvare a şoferului.[62]

În cazul mamei care hotărăşte să nu îşi mai hrănească copilul, moartea acestuia urmând să se producă prin inaniţie, s-a propus următoarea ipoteză. Aceasta îşi dă seama de implicaţiile faptei sale şi cheamă medicul, cerându-i să facă tot ce-i stă în putinţă pentru a-i salva copilul, însă în ciuda eforturilor depuse, acesta decedează. Se consideră de către unii autori că încadrarea

[61] Idem.
[62] **A. Cârstea,** *op. cit.,* p. 139.

juridică ce trebuie dată unei astfel de fapte este cea de ucidere din culpă[63]. Se observă că în cazul desistării şi împiedicării producerii rezultatului se are în vedere concepţia subiectivă a agentului cu privire la stadiul în care se află actele de executare. Este totuşi posibil ca agentul să se înşele, crezând ca a finalizat actul de executare, iar în realitate tentativa este una neterminată sau să creadă că actul de executare nu este dus până la capăt, când de fapt tentativa este perfectă. În doctrina noastră s-a opinat că într-un asemenea caz pentru stabilirea răspunderii penale a agentului nu va fi suficientă numai evaluarea obiectivă a actului de executare, ci va trebui constatată şi poziţia subiectivă a agentului.[64]

În cazul tentativei imperfecte sau neterminate, agentul nu realizează complet acţiunea tipică descrisă în norma de incriminare, nu duce până la capăt executarea. **Tentativa perfectă** este caracterizată de finalizarea actului de executare, neurmată de producerea rezultatului. Se citează cazul celui care are îndatorirea de a efectua verificarea şi reparaţiile necesare unui avion de pasageri, după fiecare zbor. Momentul de început al tentativei este cel de după primul zbor, când agentul nu face revizia necesară. Urmează un număr de curse ale avionului, perioadă în care mecanicul în cauză, deşi observă unele defecţiuni ale acestuia, consideră potrivit experienţei sale că nu se va produce o catastrofă. În această perioadă putem vorbi despre o tentativă neterminată sau despre o desistare, după caz. Dacă în urma pasivităţii mecanicului apare o defecţiune gravă a avionului care nu îi va permite să ducă la bun sfârşit următorul zbor şi totuşi persoana responsabilă nu

[63] C.R. Conde, citat de **A. Cârstea**, în *op. cit.,* p. 139.
[64] G. Antoniu, citat de **A. Cârstea**, în *op. cit.,* p. 139.

intervine, tentativa este una terminată. Tentativa perfectă presupune pierderea ultimei oportunităţi de a acţiona a subiectului înaintea producerii rezultatului, autorul asumându-şi practic riscul producerii rezultatului[65]. Fapta nu se va consuma în exemplul dat, dacă o terţă persoană observă defecţiunea avionului şi nu îi permite să decoleze.

[65] C.R. Conde, citat de **A. Cârstea**, în *op. cit.,* p. 139

INFRACŢIUNILE PREVĂZUTE ÎN NOUL COD SILVIC. INCRIMINAREA TĂIERII ILEGALE DE ARBORI ÎN VIRTUTEA MODIFICĂRILOR ADUSE PRIN LEGEA NR. 46/2008; PROBLEME IVITE ÎN PRACTICA JUDICIARĂ PRIVIND APLICABILITATEA ART. 13 C.P.

Antal Levente Péter
Procuror stagiar la
Parchetului de pe lângă
Judecătoria Gheorgheni

The most favourable law. Art. 13, para. 1 of the Penal Code provides: „in case that from the perpetration of the offence until the final judgment of the case there will be more penal laws in force, the most favourable law will be applied". As defined in the doctrine, the application of the most favourable law is the climax of the combined application of two fundamental principles: the principle of the legality of the incrimination and indictment and the principle of the minimum intervention.

1. **Legea mai favorabilă.** Art. 13 alin. 1 C.p. prevede: „În cazul în care de la săvârşirea infracţiunii până la judecarea definitivă a cauzei au intervenit una sau mai multe legi penale, se aplică legea cea mai favorabilă". Aşa cum s-a exprimat în doctrină, aplicarea legii penale mai favorabile este corolarul aplicării conjugate a două principii fundamentale: principiul

legalităţii incriminării şi pedepsei şi principiul minimei intervenţii[1].

2. Legea mai favorabilă sau dezincriminare în cazul infracţiunilor silvice? La prima vedere, cele două noţiuni de drept penal sunt uşor de delimitat. Însă, în realitate în multe situaţii cele două instituţii pot fi confundate. De exemplu, art. 98 alin. ultim din Legea nr. 26/1996 incrimina tentativa în cazul săvârşirii furtului de arbori doborâţi sau rupţi de fenomene naturale etc. din fondul forestier naţional sau de pe terenurile de vegetaţie forestieră prev. de art. 6, însă art. 110 din Legea nr. 46/2008 (Codul Silvic) nu mai prevede incriminarea tentativei. (De altfel mi se pare criticabilă opţiunea legiuitorului de a păstra sancţionarea tentativei la tăierea de arbori, şi de a nu mai păstra la furtul de arbori, întrucât e foarte greu de imaginat o ipoteză în care cineva să fie trimis în judecată pentru tentativă la tăiere de arbori. Cum se poate dovedi că cineva care a pus în executare actul de a tăia arbori, dar nu a reuşit, ar fi creat o pagubă mai mare decât 5 ori preţul mediu al unui metru cub de masă lemnoasă pe picior? De aceea, în practică nici nu ne întâlnim cu săvârşirea acestei infracţiuni în formă de tentativă, cred că organele silvice stau şi ei şi aşteaptă în asemenea situaţii ca infractorul să taie cât vrea şi după aceea să-l sancţioneze, deşi primordial ar fi salvarea pădurii, prevenţia. În schimb, tentativa la infracţiunea de furt de arbori este o realitate care se găseşte în practică).

Revenind la ipoteza noastă în care cineva este învinuit de tentativă la infracţiunea de furt de arbori, se pune întrebarea dacă acesta va beneficia de dispoziţiile art. 12 C.p. sau art. 13 C.p.. Întrebarea nu este numai

[1] **Florin Streteanu**, *Drept penal. Partea generală*, Editura Rosetti, Bucureşti, 2003, p. 238

teoretică, întrucât dacă persoana respectivă a fost condamnată definitiv înainte de intrarea în vigoare a Legii 46/2008, dacă considerăm că neprevederea sancţionării tentativei din această lege constituie o dezincriminare, atunci va fi achitată, instanţa de executare procedând în conformitate cu art. 458 C.p.p., dar dacă considerăm că este o lege favorabilă, nu va mai avea nici un efect asupra persoanei condamnate, nefiind incidente dispoziţiile art. 14, art. 15 C.p.

Acest aspect depinde de criteriul pe baza căruia se apreciază că o faptă prevăzută de legea veche nu mai este prevăzută de legea nouă. În acest sens, au fost formulate două soluţii[2]:

a. Aprecierea *in concreto* potrivit căreia suntem în prezenta legii de dezincriminare atunci când sub legea nouă fapta concretă comisă de inculpat nu mai atrage răspunderea penală. Deci, potrivit acestui criteriu am fi în prezenţa legii de dezincriminare ori de câte ori prin prevederile noii legi se restrânge sfera de incidenţă a unui anumit text, astfel încât fapta concretă comisă de inculpat nu mai întruneşte condiţiile impuse de acesta.

b. Aprecierea *in abstracto* potrivit căreia există dezincriminare doar atunci când o faptă prevăzută de legea veche nu se mai regăseşte sub nicio formă în legea nouă. În acest caz aprecierea nu se mai raportează la fapta concret săvârşită de inculpat ci la specia în care aceasta se încadrează.

Ambele soluţii erau promovate în practica judiciară, nu neapărat în cazul infracţiunilor silvice. Autorul care tratează aceste probleme înclină spre aprecierea *in abstracto*, argumentând că aceasta a fost

[2] **Florin Streteanu**, idem. p. 234-235

intenţia legiuitorului, întrucât a consacrat două ipoteze distincte de împiedicare a acţiunii penale: fapta nu este prevăzută de legea penală (art. 10 lit. b C.p.p.); faptei îi lipseşte unul dintre elementele constitutive ale infracţiunii (art. 10 lit. d C.p.p.)[3].

Desigur, în ipoteza în care în exemplul nostru inculpatul a săvârşit tentativa la infracţiunea de furt de arbori înainte de rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare, indiferent dacă considerăm că a intervenit o dezincriminare sau o lege mai favorabilă, soluţia va fi aceeaşi: scoaterea de sub urmărire penală sau achitarea inculpatului, numai temeiul legal poate fi diferit: art. 10 lit. b sau d C.p.p..

3. Condiţiile de aplicare a legii penale mai favorabile, raportate la infracţiunea de tăiere de arbori fără drept.

Pentru a fi aplicată legea penală mai favorabilă, se cer întrunite următoarele condiţii[4]: succesiunea de legi penale să intervină între momentul comiterii faptei şi momentul judecării definitive a infractorului; toate legile succesive să incrimineze fapta comisă; legile succesive incriminează sau sancţionează diferit fapta comisă.

Dintre acestea în cazul infracţiunii de tăiere de arbori fără drept prev. de art. 108 din Codul Silvic se pun anumite probleme **la prima condiţie.** Acest art. 108 alin. 1 lit. b din Codul Silvic incriminând fapta de tăiere de arbori şi în cazul în care valoarea prejudiciului produs este mai mic decât limita prevăzută la lit. a), dar fapta a fost săvârşită de cel puţin două ori în interval de un an, iar valoarea cumulată a prejudiciului produs depăşeşte limita prevăzută la lit. a), de fapt instituie o infracţiune de

[3] Ibidem, p. 235
[4] Ibidem, p. 241

obicei. În practica judiciară se consideră că art. 13 C.p. în cazul infracţiunilor continue, continuate sau de obicei este aplicabil numai dacă acestea s-au epuizat înainte de momentul intrării în vigoare a legii noi, altfel fapta în întregul ei va cădea sub incidenţa legii penale noi[5]. Această orientare contravine jurisprudenţei Curţii Europene a Drepturilor Omului, care în cauza Puhk contra Estoniei[6] a considerat că există o încălcare a prevederilor art. 7 prin aplicarea retroactivă a legii noi, care nu mai era favorabilă acuzatului, prin condamnarea inculpatului pentru o infracţiune de evaziune fiscală săvârşită în formă continuă, avându-se în vedere numai condiţiile prevăzute de legea în vigoare în momentul epuizări infracţiunii.

Însă raţionamentul Curţii în cazul infracţiunilor de obicei nu este aplicabil, cel puţin aşa se consideră în literatura de specialitate[7], pe motiv că particularitatea infracţiunii de obicei este că actele identice realizate în cadrul acesteia, luate fiecare în parte, nu constituie infracţiune. Aşadar, în cazul infracţiunii prev. de 108 alin. 1 lit. b din Codul Silvic aplicarea art. 13 C.p. numai în cazul epuizării infracţiunii înainte de intrarea în vigoare a legii noi nu încalcă art. 7 din Convenţia Europeană a Drepturilor Omului.

În legătură cu **a doua condiţie** de aplicare a legii penale mai favorabile, şi anume ca **toate legile succesive să incrimineze fapta comisă,** se consideră că dacă

[5] **Constantin Mitrache, Cristian Mitrache**, *Drept penal român. Partea generală*, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2007, p. 93, Decizia de îndrumare a Tribunalului Suprem nr. 1/1987

[6] CEDO, hotărârea din 10 februarie 2004, cauza Puhk contra Estoniei, par. 24-34

[7] **Mihail Udroiu, Ovidiu Predescu**, *Protecţia europeană a drepturilor omului şi dreptul procesual român,* Editura CH Beck, Bucureşti, 2008, p. 156-157

fiecare dintre textele de incriminare conţine elemente care nu se regăsesc în celălalt, de exemplu două agravante diferite, nu există o continuitate a incriminării şi în acest caz la determinarea legii mai favorabile va fi avut în vedere varianta agravată din legea veche cu forma simplă din legea nouă[8]. Aceeaşi soluţie se regăseşte în practica judiciară[9], iar în cazul infracţiunilor silvice în asemenea situaţii soluţia trebuie să fie aceeaşi. De exemplu art. 108 alin. 3 din noul Cod Silvic prevede o variantă agravantă, şi anume săvârşirea infracţiunii cu ştirea sau cu acordul personalului silvic, care nu se regăseşte în Legea 26/1996, prin urmare dacă fapta săvârşită înainte de intrarea în vigoare a noului Cod Silvic s-ar încadra la aceste dispoziţii, în determinarea legii mai favorabile acestea nu vor fi avute în vedere.

În ceea ce priveşte a **treia condiţie,** şi anume ca **legile succesive incriminează sau sancţionează diferit fapta comisă,** se pun probleme când fapta de tăiere de arbori fără drept a fost săvârşită în formă de bază, întrucât pedepsele sunt aceleaşi atât în noul Cod Silvic, cât şi în cel vechi. în asemenea situaţie se consideră de către unii autori că încadrarea juridică a faptei se va face potrivit legii noi[10], argument fiind că această soluţie facilitează aplicarea normelor care ar interveni ulterior cu privire la executarea sancţiunilor, cum ar fi legi de graţiere şi care, de regulă, fac referire la legea nouă.

Această soluţie este majoritară şi în practica judiciară, unde pot fi identificate multe decizii care au schimbat încadrarea juridică din infracţiunile prevăzute de art. 97, 98 din vechiul Cod Silvic în infracţiunile

[8] **Florin Streteanu**, idem. p. 242
[9] T.S. s. pen., Dec. nr. 1401/1969, T.S., s. p., dec. nr. 799/1970
[10] **Viorel Paşca**, *Prolegomene în studiul dreptului penal*, Ed. Lumina Lex, 2000, p. 168, **Florin Streteanu,** idem. p. 244

prevăzute de art. 108, 110 din noul Cod Silvic"[11]. Se mai găsesc şi decizii în sens contrar[12].

Această opinie este criticabilă, întrucât uită de această condiţie privind aplicabilitatea legii penale mai favorabile, şi anume incriminarea sau sancţionarea diferită. Art. 13 C.p. este aplicabil doar în situaţia în care dintre legile succesive intervenite între săvârşirea infracţiunii şi între condamnarea definitivă una este mai favorabilă. Art. 13 C.p. reprezintă o excepţie faţă de principiul activităţii introdus de art. 10 C.p., care constituie regula generală, de aceea ori de câte ori nu sunt întrunite condiţiile de aplicare a art. 13, vor fi aplicabile dispoziţiile art. 10. Deci ori de câte ori fapta de tăiere de arbori fără drept a fost săvârşită cât timp era în vigoare Legea nr. 26/1996 şi nu există diferenţe de incriminare sau sancţionare între dispoziţiile celor două legi, consider că încadrarea juridică se va face la dispoziţiile acestei legi.

4. Criteriile de determinare a legii penale mai favorabile analizate în cazul infracţiunii de tăiere de arbori fără drept.

Examinând dispoziţiile Legii nr. 26/1996 şi cele ale Legii nr. 46/2008 (Codul Silvic), constatam că unele dispoziţii sunt favorabile din vechea lege, iar altele din legea nouă.

Este în afara oricărei discuţii că nu putem combina dispoziţiile mai favorabile din legile succesive, creând o aşa numită *lex tertia*[13].

Pentru determinarea legii penale mai favorabile se va folosi criteriul aprecierii *in concreto*[14], ceea ce

[11] Dec. pen. 275/R/27.05.2008 C. Ap. Târgu-Mureş, dec. pen. 377/R/26.09.2008 a C. Ap. Târgu-Mureş
[12] Dec. pen. 550/R/10.12.2008 a C. Ap. Târgu-Mureş
[13] **Constantin Mitrache, Cristian Mitrache**, idem, p. 97
[14] **Florin Streteanu**, idem. p. 246

înseamnă că nu este suficientă compararea *in abstracto* a dispoziţiilor din legile succesive, ci trebuie comparate efectele pe care aplicarea lor în cazul dat le are cu privire la situaţia inculpatului. Deci, se va recurge la o operaţiune imaginară de aplicare a fiecăreia dintre legile succesive cu privire la fapta comisă de inculpat, adică se va încadra fapta potrivit fiecărei legi vi se va da eficientă dispoziţiilor de sancţionare, iar apoi se vor compara rezultatele astfel obţinute.

În doctrină s-a încercat sistematizarea situaţiilor în care se pune problema aplicării legii penale mai favorabile, grupând în următoarele categorii[15]:

1) modificarea condiţiilor de incriminare.

De exemplu, la infracţiunea de tăiere de arbori fără drept, se observă că legea veche este mai favorabilă întrucât cuprinde doar tăierea sau scoaterea din rădăcini de arbori, în timp ce legea nouă cuprinde şi alte modalităţi de realizare ale laturii obiective, cum ar fi ruperea, distrugerea, degradarea arborilor.

Tot la acest criteriu, în cazul infracţiuni de tăiere de arbori fără drept în varianta comiterii în forma infracţiunii de obicei, reglementată de art. 108 alin. 1 lit. b din noua lege şi de art. 97 alin. 1 din Legea nr. 26/1996, elementele constitutive ale infracţiunii se realizează mai greu în noul Cod Silvic, având în vedere că acesta cere ca fapta să fie săvârşită de cel puţin două ori într-un interval de un an, iar valoarea cumulată a prejudiciului depăşeşte limita prev. la lit. a, spre deosebire de vechea lege la care intervalul prevăzut este de doi ani şi nu impune o limită minimă a valorii prejudiciului. Deci, referitor la acest aspect noul Cod Silvic este legea mai favorabilă.

[15] **Constantin Mitrache, Cristian Mitrache**, idem, p. 97

La modificarea condiţiilor de incriminare pot fi menţionate şi prevederile art. 120 din Legea nr. 46/2008, care consideră că infracţiunile prev. de art. 108-113 din aceeaşi lege prezintă gradul de pericol social a1 unei infracţiuni în orice situaţie, înlăturând aplicarea art. 18^1 C.p.. Această dispoziţie legală nu are corespondent în Legea nr. 26/1996, deci legea veche este mai favorabilă ori de câte ori ar fi aplicabile dispoziţiile art. 18^1 C.p..

2) modificarea condiţiilor de tragere la răspundere.

Această categorie se referă la instituţii cum ar fi plângerea prealabilă, prescripţia, cauze de nepedepsire etc., care nu s-au modificat prin noul Cod Silvic.

3) modificarea regimului sancţionator.

În ceea ce priveşte limitele de pedeapsă, dacă infracţiunea se comite în forma de bază prev. de art. 97 alin. 1 din Legea nr. 26/1996 şi art. 108 alin. 1 lit. a, b din noul Cod Silvic, pedeapsa este aceeaşi, dar dacă ne aflăm în ipoteza comiterii infracţiunii în formele agravate ale infracţiunii, pedepsele sunt mai mari în cazul noii legi, deci vechiul Cod Silvic este mai favorabil.

Oricum, determinarea legii favorabile se apreciază *in concreto*, de aceea aceste criterii trebuiesc utilizate combinat.

5. Efectele Deciziei nr. 12/2008 a Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie dată în recurs în interesul legii

Înalta Curte, prin Decizia nr. 12/2008, a hotărât că modificarea, în sensul majorării preţului mediu a1 unui metru cub de masă lemnoasă pe picior, intervenită ulterior comiterii faptei, conduce, în cam1 infracţiunilor ce aduc atingere fondului forestier, la lipsa unuia dintre elementele constitutive ale infracţiunii, ceea ce atrage incidenta dispoziţiilor art. 10 lit. d) C.p.p..

Această decizie este criticabilă din următoarele motive:

- calcularea prejudiciului în cazul infracţiunilor silvice se face în funcţie de preţul mediu al unui metru cub de masă lemnoasă pe picior, conform art. 2 alin. 3 din O.U.G. nr. 85/2007, de aceea este ilogic ca schimbarea acestui preţ să conducă la neîntrunirea elementelor constitutive ale infracţiunii. Pentru a înlătura această situaţie, unele organe de urmărire sau instanţe procedează la dispunerea recalculării prejudiciului de către organele silvice, în funcţie de preţul majorat, ceea ce, de regulă, va conduce la stabilirea unui prejudiciu care va intra sub incidenţa legii penale.

- Înalta Curte motivează această decizie tocmai prin aplicarea art. 13 C.p.. Curtea compară dispoziţiile art. 97, 98, 102 şi 104 din vechiul Cod Silvic cu dispoziţiile art. 108 din noul Cod Silvic şi constată că spre deosebire de noile reglementari silvice care se referă în mod explicit la evaluarea prejudiciului în raport cu „preţul mediu al unui metru cub de masă lemnoasă pe picior la data constatării faptei", dispoziţiile corespunzătoare ale art. 97, 98, 102 şi 104 din Codul silvic anterior nu conţineau o astfel de precizare. De aceea vechiul Cod Silvic este o lege mai favorabilă în ceea ce priveşte evaluarea pagubei şi atrage aplicarea art. 13 C.p.. Această argumentaţie ar putea fi acceptată dacă s-ar referi numai la situaţia în care infracţiunea a fost săvârşită sub imperiul vechiului Cod Silvic şi până la judecarea definitivă a intrat în vigoare noul Cod Silvic. Însă Curtea decide în mod general, vizând şi situaţiile în care infracţiunea s-a săvârşit în momentul în care era în vigoare noul Cod Silvic. Cu alte cuvinte, modifică prevederile noului Cod Silvic care prevede expres „preţul mediu a1 unui metru cub de masă lemnoasă pe picior la

data constatării faptei", sau constată aplicabilitatea în mod ultraactiv unei legi abrogate.

- această decizie conduce la situaţii inechitabile, în sensul că dacă două persoane comit infracţiunea de tăiere de arbori fără drept, cel care va fi judecat mai devreme va fi condamnat, celălalt va fi achitat. Se poate obiecta că această problemă se pune de multe ori în cazul aplicării legii penale mai favorabile, dar aici e o situaţie specială întrucât preţul mediu a1 unui metru cub de masă lemnoasă pe picior se modifică periodic şi tot timpul se măreşte. Deci, cu un pic de exagerare se poate spune că în cazul săvârşirii în formă de bază a infracţiunii de tăiere de arbori fără drept, dacă inculpatul reuşeşte să tergiverseze judecata, până la urmă va fi achitat.

Desigur, deciziile Înaltei Curţi date în recurs în interesul legii sunt obligatorii, indiferent dacă suntem de acord cu ele sau nu.

În ceea ce priveşte alegerea temeiului legal privind soluţiile de scoatere de sub urmărire penală sau de achitare în asemenea cazuri, Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie în mod corect stabileşte că sunt aplicabile prevederile art. 10 lit. d C.p.p., întrucât modificarea unui element de care depinde caracterul infracţional al faptei nu înseamnă că fapta nu mai este prevăzută de legea penală ci lipseşte unul dintre elementele constitutive ale infracţiunii.

INTERCEPTAREA ILEGALĂ A UNEI TRANSMISII DE DATE INFORMATICE

Ovidiu Tudor Naghi
Prim procuror adjunct al
Parchetului de pe lângă
Tribunalul Bihor

According to art. 43 of the Law no. 161/2003, illegal interception of a computer data transmission which is not public and which is aimed to, comes from or is carried out within a computer system is punished with prison from 2 to 7 years. With the same punishment is sanctioned the illegal interception of an electromagnetic emission coming from a digital system containing computer data that are not public.

I. Consideraţii introductive

Apariţia internet-ului, pornind de la crearea în anul 1969, în cadrul unui proiect ştiinţific din Statele Unite ale Americii, a unei reţele numite *ARPAnet* care lega universităţile din Los Angeles, Santa Barbara şi Utah cu Stanford Research Institute cu scopul de a permite conectarea de la distanţă la un calculator aflat într-o altă arie geografică, a fost determinant în istorie. Reţeaua s-a dezvoltat extraordinar în timp scurt, devenind cunoscută ca cyberspaţiu (*cyberspace*). De la 4 noduri (calculatoare interconectate) în anul 1969 s-a ajuns la peste 3,2 milioane în 1994 şi aproape 20 de milioane în 1997, iar acum există sute de milioane de utilizatori în întreaga lume. Internet-ul reprezintă cel mai mare proiect informatic de interconectare umană creat

vreodată, cu o evoluţie spectaculoasă iar câteva zeci de milioane de utilizatori sunt conectaţi în fiecare moment la internet.

Cele mai multe calculatoare sunt folosite azi în interconectare, în reţele locale şi de arie largă, ceea ce conferă informaticii un rol determinant în asigurarea legăturilor ştiintifice, de afaceri, bancare sau de altă natură între persoane şi instituţii. Societatea modernă informatizată reprezintă deja o realitate, în care se ignoră frontierele şi se trece peste orice constrângeri de ordin spaţial sau temporal.

În perioada actuală guvernele, firmele din sectorul public şi privat, organismele financiare naţionale şi internaţionale, educaţia, cultura şi cercetarea ştiinţifică beneficiază de aceste forme eficiente de conducere, informare şi comunicare şi se bazează din ce în ce mai mult pe infrastructura informatică.

Dezvoltarea uluitoare a internetului a determinat folosirea acestuia de către unele persoane în scopuri ilicite, aceste acţiuni fiind bazate pe caracteristicile cyberspaţiului.

În aceste circumstanţe, securitatea informatică a devenit una din componentele majore ale internet-ului. Astfel a apărut necesitatea asigurării confidenţialităţii, integrităţii şi autenticităţii informaţiilor.

Viteza şi eficienţa comunicatiilor instantanee de documente şi mesaje, utilizarea serviciilor de poştă electronică Web, transfer electronic de fonduri etc. se bazează pe un sentiment, uneori fals, de securitate a comunicaţiilor, care poate afecta drepturi fundamentale şi interese legitime.

Sistemele informatice sunt ameninţate atât din interior cât şi din exterior de factori umani, care fac diferite erori de operare sau persoane care se preocupă de

penetrarea sistemelor informatice dar şi de factori tehnici care permit fisuri de securitate sau anumite erori ale software-elor de prelucrare sau de comunicare ori anumite defecte ale echipamentelor de calcul sau de comunicaţii.

De asemenea, lipsa unei pregătiri adecvate a administratorilor, operatorilor sau utilizatorilor de sisteme pot amplifica posibilitatea apariţiei unor breşe de securitate. Sistemele sunt vulnerabile la penetrări neautorizate, la distrugeri sau modificări accidentale sau voite de date ori programe. Aceste sisteme pot deservi elemente vitale pentru societate cum ar fi: sisteme militare, bancare, sisteme de transport, burse de valori, oferind în acelasi timp un cadru de comportament antisocial sau chiar de terorism.

Apariţia în anul 1981 a virusului Elk Cloner, care era răspândit prin intermediul dischetelor care conţineau sistemul de operare al calculatorului, creat de Richard Skrenta, un elev de 15 ani din Pittsburgh, Statele Unite ale Americii, a marcat începutul criminalităţii informatice. Apoi au fost create variante noi şi din ce în ce mai creative care, odată preluate de calculator, pot determina inclusiv pierderi sau transferuri de date şi informaţii.

Din preambulul Convenţiei Europene din 23/11/2001 privind criminalitatea informatică[1] rezultă că Statele membre ale Consiliului Europei şi celelalte state semnatare au adoptat această convenţie „pentru a preveni actele îndreptate împotriva confidenţialităţii, integrităţii şi disponibilităţii sistemelor informatice, a reţelelor şi a

[1] Convenţia Consiliului Europei privind criminalitatea informatică, adoptată la Budapesta la 23 noiembrie 2001 a fost ratificată de România prin Legea nr. 64 din 24/03/2004, publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 343 din 20/04/2004.

datelor, precum şi a utilizării frauduloase a unor asemenea sisteme, reţele şi date, prin asigurarea incriminării unor asemenea conduite, aşa cum sunt ele descrise în prezenta convenţie, şi prin adoptarea unor măsuri suficiente pentru a permite combaterea eficace a acestor infracţiuni, menite să faciliteze descoperirea, investigarea şi urmărirea penală a acestora atât la nivel naţional, cât şi internaţional, precum şi prin prevederea unor dispoziţii materiale necesare asigurării unei cooperări internaţionale rapide şi sigure".

II. Sediul materiei

În ţara noastră principala reglementare în domeniu o constituie Titlul III al Cărţii I (Prevenirea şi combaterea criminalităţii informatice, art. 34-67) din Legea nr. 161/2003[2] privind unele măsuri pentru asigurarea transparenţei şi exercitarea demnităţilor publice a funcţiilor publice şi în mediul de afaceri, prevenirea şi sancţionarea corupţiei.

Din expunerea de motive a legii reţinem că scopul acestui act normativ este prevenirea şi combaterea criminalităţii informatice, prin măsuri specifice de prevenire, descoperire şi sancţionare a infracţiunilor săvârşite prin intermediul sistemelor informatice, asigurându-se respectarea drepturilor omului şi protecţia datelor personale (art. 34).

Legea incriminează ca infracţiuni o serie de conduite şi activităţi ilicite în domeniul informatic.

Printre acestea se regăseşte şi infracţiunea de interceptare ilegală a unei transmisii de date informatice.

Conform art. 43 din Legea nr. 161/2003 - Interceptarea, fără drept, a unei transmisii de date

[2] Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 279 din 21.04.2003;

informatice care nu este publică şi care este destinată unui sistem informatic, provine dintr-un asemenea sistem sau se efectuează în cadrul unui sistem informatic se pedepseşte cu închisoare de la 2 la 7 ani. Cu aceeaşi pedeapsă se sancţionează şi interceptarea, fără drept, a unei emisii electromagnetice provenite dintr-un sistem informatic ce conţine date informatice care nu sunt publice.

Noţiunea de ***sistem informatic*** a fost definită de lege. Potrivit art. 35 alin. 1 lit. a) din Legea nr. 161/2003 prin sistem informatic se înţelege orice dispozitiv sau ansamblu de dispozitive interconectate sau aflate în relaţie funcţională, dintre care unul sau mai multe asigură prelucrarea automată a datelor, cu ajutorul unui program informatic.

Prin *prelucrare automată a datelor* se înţelege procesul prin care datele dintr-un sistem informatic sunt prelucrate prin intermediul unui program informatic iar prin *program informatic* se înţelege un ansamblu de instrucţiuni care pot fi executate de un sistem informatic în vederea obţinerii unui rezultat determinat.

Prin *date informatice*, în accepţiunea legii, se înţelege orice reprezentare a unor fapte, informaţii sau concepte într-o formă care poate fi prelucrată printr-un sistem informatic. În această categorie se include şi orice program informatic care poate determina realizarea unei funcţii de către un sistem informatic[3].

III. Obiectul ocrotirii penale

Libertatea individuală, dreptul la intimitate, la viaţă privată, dreptul la liberă exprimare presupun şi posibilitatea persoanei de a comunica liber cu alte persoane prin intermediul mijloacelor electronice de

[3] Art. 35 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 161/2003

transmitere la distanţă. „Acest aspect al libertăţii trebuie asigurat persoanei nu numai pentru a-i da sentimentul plenitudinii libertăţii şi a-i ocroti interesele ci şi pentru desfăşurarea normală a relaţiilor ce se stabilesc între oameni în cadrul societăţii”[4].

Infracţiunile informatice „lezează mai multe relaţii sociale, precum: patrimoniul organizaţiei, instituţiei, persoanei, relaţiile privind protecţia acestui patrimoniu, şi cele privind încrederea publică în măsurile de siguranţă ale integrităţii datelor, cele privind concurenţa etc.”[5].

Obiectul juridic generic al infracţiunilor contra confidenţialităţii şi integrităţii datelor şi sistemelor informatice îl constituie ansamblul de relaţii sociale referitoare la ocrotirea şi apărarea datelor şi sistemelor informatice.

În literatura de specialitate s-a arătat că obiectul juridic al infracţiunii îl constituie „securitatea informaţiilor şi toate relaţiile sociale ce se nasc în jurul acestei valori”[6].

Obiectul juridic special este reprezentat de relaţiile sociale care privesc confidenţialitatea datelor informatice a căror normală derulare nu ar putea avea loc fără asigurarea şi respectarea libertăţii persoanei de a comunica cu alţii prin mijloace electronice.

Aceste relaţii sociale sunt puse în pericol prin interceptarea, fără drept, a unei transmisii de date informatice care nu este publică ori a unei emisii

---

[4] **Daniela Gărăiman,** *Dreptul şi informatica,* Editura All Beck, Bucureşti, 2003, pag. 307

[5] **Mirela Gorunescu**, **Sorin Corlăţean**, *Delictele informatice potrivit noului Cod penal*, Revista de drept penal, Anul XIV, nr. 1/2007, Bucureşti, pag. 52-53;

[6] **Ioana Vasiu**, *Criminalitatea informatică*, Ed. Nemira, Bucureşti, 2001, pag. 53;

electromagnetice provenite dintr-un sistem informatic ce conţine date informatice care nu sunt publice. „Obiectul juridic special al infractiunii este reprezentat de relatiile sociale referitoare la telecomunicatii şi comunicaţiile informatice, în general, respectiv la comunicaţiile de date (informatice) care nu sunt publice, în special”[7].

Apreciem că obiectul juridic al infracţiunii este constituit de dreptul la viaţă privată garantat de art. 18 din Convenţia europeană a drepturilor omului precum şi de secretul corespondenţei garantat de art. 28 din Constituţia Romaniei, text de lege potrivit căruia „Secretul scrisorilor, al telegramelor, al altor trimiteri poştale, al convorbirilor telefonice şi al celorlalte mijloace legale de comunicare este inviolabil”. Având în vedere aceste texte trebuie remarcat şi că infracţiunea de interceptare ilegală a unei transmisii de date informatice prezintă unele similitudini cu infracţiunea de violare a secretului corespondenţei, prevăzută de art. 195 C.p..

„Interesul juridic protejat este acela al proprietarului sau utilizatorului de drept al sistemului informatic, pentru ca acesta să fie în măsură să funcţioneze corect, la potenţialul său real”[8].

IV. Obiectul material

În principiu, în cazul infracţiunilor de pericol, respectiv a infracţiunilor care sunt îndreptate împotriva unui drept personal cu caracter nepatrimonial, cum este cazul acestei infracţiuni, de regulă, nu există obiect material.

[7] **Maxim Dobrinoiu**, *Infracţiuni în domeniul informatic*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2006, pag. 161;

[8] **Eliodor Tanislav, Nicolae Conea, Eliodor Tanislav jr**., *Infracţiuni prevăzute în legi speciale*, Ed. Semne, Bucureşti, 2006, pag. 518;

Totuşi infracţiunea de interceptare ilegală a unei transmisii de date informatice are întotdeauna obiect material. Obiectul material al infracţiunii este reprezentat de fluxul de pachete informatice (succesiunea de biţi „0" şi „1", adică succesiunea de impulsuri electrice rezultată din variaţia controlată a tensiunii), care sunt transportate de la un echipament de calcul către altul sau în interiorul aceluiaşi sistem informatic şi spre care se îndreaptă interesul făptuitorului.

În doctrină s-a arătat că „obiectul material al infracţiunii îl constituie chiar sistemul informatic atacat, mai exact transmisia de date informatice generată de acel sistem sau care este destinată unui astfel de sistem"[9].

În mod particular, obiectul material poate fi chiar suportul tehnic prin care se realizează comunicaţiile de date între echipamente, pornind de la port-urile de ieşire ale staţiilor de lucru (conectorii plăcilor de reţea sau telefonici ai modem-urilor) şi continuând cu cablurile de transport (de reţea sau telefonice), casetele de conexiuni (în care se găsesc comutatoarele de reţea – switch-urile), distribuitorii de reţea, router-ele etc.).

Obiectul material este constituit de suportul fizic prin intermediul căruia se realizează accesul, indiferent că transferul de informaţii se realizează prin intermediul unor reţele de cabluri sau de tip WLAN.

De asemenea, în literatura de specialitate s-a precizat că obiectul material nu face parte din structura infracţiunii[10].

În cazul formei agravate prevăzute de alin. (2), obiectul material este constituit din energia (emisia)

---

[9] **Ionel Georgescu,** *Infracţiunile informatice prevăzute de Legea nr. 161/2003*, Buletinul Documentar nr. 3/2005 al P.N.A., preluat de pe http://www.pna.ro/text_doctrina.jsp?id=46

[10] **Horia Diaconescu**, *Drept penal. Partea specială*, vol. II, ediţia a II-a, Ed. All Beck, Bucuresti, 2005, p.445.

electromagnetică, ce radiază sau se găseste în formă reziduală ori necontrolată (necontrolabilă) în imediata vecinătate a echipamentelor electronice care alcătuiesc sistemul informatic vizat. „Astfel, emisia electromagnetică din jurul unui echipament (imprimantă, monitor, cablu etc.) nu va putea fi considerată drept obiect material dacă, în momentul acţiunii de interceptare (captare), acesta nu era conectat la un sistem informatic în condiţiile alin. (2)”[11]. În acest caz interceptarea „este cunoscută sub numele de interceptarea cablurilor şi a semnalelor emise (Wiretapping Eavesdroping on Emanations)”[12].

V. Subiecţii infracţiunii

Subiect activ nemijlocit al infracţiunii poate fi orice persoană care întruneşte condiţiile generale pentru a răspunde penal.

De regulă subiect activ este o persoană fizică dar nu este exclusă tragerea la răspundere penală şi a unei persoane juridice.

Persoana fizică care comite o infracţiune informatică este o persoană care are anumite cunoştinţe şi aptitudini în domeniu. În speţă ea trebuie să folosească anumite echipamente electronice specifice, apte să realizeze interceptări în domeniul informatic precum şi programe software care să permită rularea unor aplicaţii speciale.

Participanţii la comiterea acestor infracţiuni sunt, în principiu, experţi în domeniul informaticii şi au

[11] **Maxim Dobrinoiu**, *Infracţiuni în domeniul informatic*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2006, pag. 162;

[12] **Gheorghe Alecu, Alexei Barbăneagră,** *Reglementarea penală şi investigarea criminalistică a infracţiunilor din domeniul informatic*, Ed. Pinguin Book, Bucureşti, 2006, pag. 176

denumiri specifice. Printre acestea sunt foarte cunoscute conceptele de *hacker, cracker, phreaks, carderi*.

Hacker-ul a fost caracterizat ca fiind „un programator pasionat şi talentat care adoră să exploreze detaliile sistemelor programabile şi să extindă posibilităţile acestora spre deosebire de majoritatea utilizatorilor care preferă să înveţe doar minimul necesar”[13].

Cracker-ul este un „hacker răuvoitor a cărui bucurie este de a pătrunde prin efracţie în computerele altora sau în sistemele lor de comunicaţii pentru a distruge şi altera orice întâlneşte în cale”[14].

Phreaks sunt persoane care accesează ilegal sistemele de calculatoare prin folosirea tehnologiilor de comunicaţii pentru explorare, căutare de informaţii sau curiozitate fără a urmări obţinerea vreunui folos material sau de altă natură. Uneori aceştia sunt autori ai unor farse sau rearanjează pagini web. Aceste persoane săvârşesc cu precădere interceptări ilegale ale fluxurilor din traficul informaţional.

Carderii reprezintă o categorie de indivizi care sparg site-uri ce conţin date şi numere de cărţi de credit. Apoi acestea sunt folosite ulterior pentru comiterea altor infracţiuni, în special fraude informatice.

Subiect activ poate fi şi o persoană juridică, cu limitările şi în condiţiile prevăzute în art. 19^1 C.p.. Astfel, persoanele juridice, cu excepţia statului, a autorităţilor şi a instituţiilor publice care desfăşoară o activitate care nu poate face obiectul domeniului privat, răspund penal pentru infracţiunile săvârşite în realizarea obiectului de

[13] **Monica Şerbănescu, Ilie Botoş, Dumitru Zamfir,** *Law & Crime.Net*, Ed. Tritonic, Bucureşti, 2003, pag. 148

[14] **John Browning,** *Info&Tehnology* – The Economist Books, Ed. Nemira, Bucureşti, 1999, pag. 109

activitate sau în interesul ori în numele persoanei juridice, dacă fapta a fost comisă cu forma de vinovăţie prevăzută de lege.

Participaţia este posibilă în toate formele sale: coautorat, instigare sau complicitate.

Subiectul pasiv al infracţiunii este persoana fizică sau juridică deţinătoare în mod legal a sistemului informatic accesat ilicit.

Uneori subiectul activ poate fi colectiv, dacă sistemul informatic fiind interconectat accesarea ilegală afectează şi alte sisteme aflate în reţea.

Există situaţii în care pot exista mai mulţi subiecţi pasivi, din care unul principal iar unul, sau chiar mai mulţi, secundar sau adiacent.

Subiect pasiv secundar poate fi deţinătorul datelor informatice interceptate dar şi persoana fizică sau juridică vizată în mod direct de datele interceptate.

Atât subiectul activ cât şi cel pasiv al infracţiunii nu au o calitate specială în sensul dreptului penal, nu sunt subiecţi calificaţi, dar ei au calificative ocazionale, respectiv cunoştinţe informatice speciale în cazul subiectului activ sau calitatea de posesor al unui sistem informatic sau a unor date în cazul subiectului pasiv.

VI. Latura obiectivă

Latura obiectivă ce face parte din conţinutul constitutiv al infracţiunii de interceptare ilegală a unei transmisii de date informatice este alcătuită din elementul material, două cerinţe esenţiale, urmarea imediată şi legătura de cauzalitate.

Elementul material (*actus reus*) al infracţiunii constă într-o acţiune de interceptare a unei transmisii de date informatice.

Datele informatice pot face obiectul unor transferuri, a unor comunicări care se realizează între două calculatoare aflate într-un sistem intern sau între sisteme sau reţele diferite aflate la distanţă.

Potrivit legii, prin date referitoare la traficul informaţional se înţelege orice date informatice referitoare la o comunicare realizată printr-un sistem informatic şi produse de acesta, care reprezintă o parte din lanţul de comunicare, indicând originea, destinaţia, ruta, ora, data, mărimea, volumul şi durata comunicării, precum şi tipul serviciului utilizat pentru comunicare[15].

Din Raportul explicativ al Convenţiei europene asupra criminalităţii cibernetice[16] se arată că prin termenul de „interceptare ilegală" se înţelege „violarea confidenţialităţii comunicaţiilor", fie că este vorba despre transferul unor date prin mijloace computerizate, fie că este vorba despre un transfer de date prin intermediul unui post telefonic, fax, e-mail - toate acestea intrând sub sfera de atribuţie a art. 8 din Convenţia Europeană a Drepturilor Omului.

În sens tehnic prin „interceptare" se înţelege „acţiunea de a capta, cu ajutorul unui dispozitiv electronic special fabricat în acest scop, sau a unui computer, impulsurile electrice sau electromagnetice care tranzitează în interiorul unui sistem informatic sau se manifestă ca efect al funcţionării acestuia, ori se află pe

[15] Art. 35 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 161/2003

[16] Convenţia Consiliului Europei privind criminalitatea informatică, adoptată la Budapesta la 23 noiembrie 2001 a fost ratificată de România prin Legea nr. 64 din 24/03/2004, publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 343 din 20/04/2004.

traseul de legătură dintre două sau mai multe sisteme informatice care comunică”[17].

Interceptarea presupune „ascultarea” fluxului comunicaţiilor şi obţinerea conţinutului datelor informatice, care se poate realiza **direct**, prin acţiunea făptuitorului asupra componentelor externe ale sistemului informatic (cabluri, linii de comunicaţii, servere, routere, computere etc.).

Spre exemplu, comunicaţia între două computere dintr-o reţea locală LAN (Local Area Network) a unei instituţii poate fi interceptată de către un intrus după ce acesta se conectează efectiv la traseul de cablu al reţelei vizate, prin secţionarea firelor şi legarea acestora (în paralel) cu cablul conectat la propriul calculator pentru a putea recepţiona fluxul de date informatice.

De asemenea, se pot amplasa dispozitive speciale sau se pot folosi programe informatice special destinate interceptării traficului cu mesaje.

Interceptarea care are loc indirect, de la distanţă „ia forma captării radiaţiilor ori câmpurilor electromagnetice prezente pe o anumită distanţă determinată ştiinţific în jurul oricărui dispozitiv tranzitat de impulsuri electrice sau electromagnetice. Un exemplu este modalitatea prin care se captează, cu ajutorul unui dispozitiv special, radiaţiile electromagnetice din jurul monitorului computerului ţintă, pe care le „traduce” transformându-le în impulsuri electrice şi, mai apoi, în caractere alfanumerice”[18].

În literatura de specialitate s-a arătat că „acţiunile care pot fi executate sunt de două feluri:

---

[17] **Maxim Dobrinoiu** în **Vasile Dobrinoiu, Nicolae Conea, Ciprian Raul Romitan, Camil Tanasescu, Norel Neagu, Maxim Dobrinoiu**, *Drept penal. Partea specială*, vol. II, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2004, p. 531

[18] Idem, pag. 532

a. „atacuri pasive", în cadrul cărora intrusul „observă" informaţia care trece prin canal, fără să interfereze cu fluxul sau conţinutul mesajelor;

b. „atacuri active", în care intrusul se angajează fie în furtul mesajelor, fie în modificarea, reluarea sau inserarea de mesaje false"[19].

Interceptarea de la distanţă este asimilată unui atac informatic şi se poate realiza prin mai multe moduri.

1. În primul rând este vorba de interceptarea pachetelor, acţiune cunoscută ca „spionaj în reţea" (network snooping) sau „supraveghere ascunsă" (promiscous monitoring).

Fluxul de date informatice pe internet se prezintă sub forma unor pachete. Fiecare pachet trimis prin internet poate tranzita un număr mai mic sau mai mare de calculatoare şi reţele înainte de a ajunge la destinaţie. Cele mai interesante pachete de date pentru hackeri sunt cele cu mesaje de login, transmisii ale identificatorilor numerici ai cărţilor de credit, pachete e-mail etc., care călătoresc între diferite locaţii din internet şi pe care hackerii le pot intercepta prin intermediul unui interceptor de pachete. După ce interceptează un pachet, hackerul îl poate deschide şi poate fura numele host-ului, al utilizatorului, precum şi parola asociată pachetului, beneficiind de date care nu îi sunt destinate şi care pot fi eventual folosite apoi pentru comiterea altor infracţiuni informatice.

2. Atacul hacker TCP/IP cu predicţia numărului de secvenţe, foloseşte modalitatea de adresare a calculatoarelor în reţea şi schimburile de pachete pentru a obţine acces într-o reţea. Hacker-ul efectuează atacul TCP/IP cu predicţia numărului de secventă în două etape.

[19] **Victor-Valeriu Patriciu**, *Criptografia şi securitatea reţelelor de calculatoare*, Ed. Tehnică, Bucureşti, 1994, pag. 22.

În prima etapă, hackerul determină adresa IP a serverului, fie prin interceptarea pachetelor din Internet încercând în ordine unele numere de host, fie prin conectarea la un site printr-un browser Web şi urmărirea adresei de IP a site-ului în bara de stare. Hacker-ul va simula un număr de adresă IP pentru a accesa sistemul ca un utilizator intern. Apoi va trece la monitorizarea numerelor de secvenţă ale pachetelor transferate de la un calculator la altul în reţea. După supravegherea transmisiunilor, hackerul va încerca să anticipeze următorul număr de secvenţă pe care îl va genera serverul, iar apoi „simulează" acel număr, plasându-se efectiv între utilizator şi server. Hackerul va genera pachete cu numere de secvenţă şi adresele IP corecte care îi vor permite interceptarea transmisiunilor cu utilizatorul.

După realizarea accesului intern la sistem prin predicţia numărului de secvenţă, hackerul poate accesa orice informaţie transmisă serverului de către sistemul de comunicatie, inclusiv fişierele-parolă, nume de login, date confidenţiale sau orice alte informaţii transmise prin reţea[20].

3. Atacurile active prin desincronizare - o conexiune TCP[21] impune un schimb sincronizat de pachete, dacă numerele de secvenţă ale pachetelor nu sunt cele aşteptate de către calculatorul receptor acesta va refuza pachetul şi va aştepta pachetul cu numărul corect. Pentru a ataca un sistem folosind atacurile prin desincronizare, hacker-ul induce sau forţează ambele extremităţi ale unei conexiuni TCP într-o stare desincronizată astfel, încât aceste sisteme să nu mai efectueze schimbul de date. Apoi hacker-ul foloseşte un

[20] **L. Klandler,** *Anti-Hacker*, Ed. All Educational, Bucureşti, 1998, pag. 248 şi urm.;
[21] Protocolul de control al transportului

host terţ pentru a intercepta pachetele reale şi pentru a crea pachete de înlocuire acceptabile.

Determinarea prin postsincronizare presupune că hacker-ul poate asculta orice pachet schimbat între două sisteme care formează o conexiune TCP iar după interceptarea fiecărui pachet, hacker-ul poate falsifica orice tip de pachet IP. Pachetul falsificat al hacker-ului îi permite să se dea drept client sau server.

4. Deturnarea prin postsincronizare – dacă la un moment dat hackerul poate intercepta orice pachet schimbat între două sisteme care formează o conexiune TCP el poate falsifica orice tip de pachet IP şi să înlocuiască originalul. Pachetul falsificat al hackerului îi permite să se dea drept client sau drept server iar mai multe pachete falsificate permit hackerului să folosească ambele identităţi. Atunci acesta va putea determina toate transmisiunile client-server să devină transmisiuni client-hacker, respectiv server-hacker.

5. *Spoofing* este „o acţiune de deghizare prin care se realizează electronic o înfăţişare similară calculatorului victimă, valorificată prin acces care în mod firesc ar fi refuzat”[22].

6. Furtuna TCP ACK – în cazul unui atac TCP activ, primul pachet TCP ACK include propriul număr de secvenţă al serverului. Calculatorul-client nu va accepta acest pachet de conformare. Clientul îşi generează propriul pachet de confirmare care determină serverul să genereze un alt pachet de confirmare, creând ceea ce se numeşte un ciclu infinit pentru fiecare pachet de date transmise. Deoarece pachetele de confirmare nu transportă date, emiţătorul pachetului ACK nu le retransmite pachetul dacă receptorul îl pierde. Dacă un

[22] **Monica Şerbănescu, Ilie Botoş, Dumitru Zamfir** – *Law & Crime.Net*, Ed. Tritonic, Bucureşti, 2003, pag. 110

sistem pierde un pachet în ciclul de furtună ACK, ciclul se încheie.

7. Interceptarea prin utilizarea unor aplicaţii specializate numite *sniffere* care sunt capabile să monitorizeze traficul pachetelor într-o reţea şi să salveze datele de interes în cadrul unor fişiere de tip log. În general, sniffer-ele sunt utilizate de administratorii de reţea pentru realizarea analizei de trafic în cadrul unei reţele în scop tehnic, de mentenanţă sau sunt folosite de către administratorii reţelelor unor instituţii pentru monitorizarea comunicaţiilor ale angajaţilor. Acestea pot fi folosite însă şi pentru desfăşurarea de activităţi ilegale.

O altă metodă de interceptare indirectă sau de la distanţă o constituie folosirea programelor tip keylogger, adware, spyware. Programele de tip adware şi spyware se încarcă automat în calculator în momentul vizitării unei anumite pagini Web. Scopul lor este de a înregistra „traseul online" şi transmite înapoi celor care le-au trimis date şi informaţii despre preferinţele utilizatorului în materie de pagini Web, continut, tematică etc.[23].

Un program keylogger este o aplicatie specializată care înregistrează fiecare tastă pe care o apasă un utilizator şi trimite informaţiile către persoana care a instalat programul. Acest software poate extrage informaţii extrem de folositoare pentru un hacker, cum ar fi numărul cărţii de credit, rapoarte ale unor firme, informaţii secrete dintr-o instituţie sau date cu caracter financiar.

În mod surprinzător s-a constatat că şi banala tastatură poate fi de mare ajutor pentru un atac. Înregistrarea sunetelor produse de tastatură poate fi folosită pentru descifrarea textului scris de utilizator,

[23] **L. Bird**, *Internet - Ghid complet de utilizare*, Ed. Corint, Bucureşti, 2004, p. 329

indiferent dacă este o parolă, o scrisoare de dragoste sau un secret de stat. Experţii în computere au înregistrat timp de 10 minute sunetele produse de tastatură. Fişierul audio rezultat a fost introdus într-un computer şi decriptat cu ajutorul unui software special. Au fost recuperate cu exactitate – 96 % din caracterele scrise de utilizator[24].

Legea prevede în alin. (2) o modalitate asimilată de săvârşire a infracţiunii, respectiv interceptarea, fără drept, a unei emisii electromagnetice provenite dintr-un sistem informatic ce conţine date informatice care nu sunt publice.

Aceasta presupune captarea emisiilor parazite ori a câmpurilor electromagnetice prezente (pe o anumită distantă determinată ştiinţific) în jurul oricărui dispozitiv tranzitat de impulsuri electrice sau electromagnetice. Astăzi este de notorietate modalitatea modernă prin care persoane interesate captează, cu ajutorul unor dispozitive speciale, radiaţiile electromagnetice existente în imediata vecinătate a monitorului computerului ţintă, pe care le „traduc" transformându-le în impulsuri electrice şi, mai apoi, în caractere alfanumerice. Tehnologia de protecţie a sistemelor de calcul împotriva captării emisiilor se numeste TEMPEST[25].

Securitatea radiaţiilor – toate echipamentele care funcţionează pe bază de energie electrică produc energie electrică, emisă prin semnale electromagnetice necontrolabile, transmisibile prin aer, ca undele radio, sau de-a lungul firelor sau materialelor conductibile, ca orice curent electric. Astfel de radiaţii de la calculatoare sau de la cablurile de comunicaţii pot fi purtătoare de

[24] http://www.berkeley.edu
[25] Transient ElectroMagnetic Pulse Emanation STandardizing, eng.

informaţii, ce pot fi extrase de către persoane interesate din afară, după o analiză mai aprofundată[26].

Aceste sunt cele mai frecvente modalităţi de realizare a elementului material al infracţiunii. Există şi alte acţiuni, complexitatea lor fiind în corespondenţă cu progresul tehnologic din domeniu.

Cerinţe esenţiale.

Latura obiectivă a infracţiunii presupune îndeplinirea a două cerinţe esenţiale:

1. Pentru realizarea elementului material al infracţiunii este necesar ca accesul la un sistem informatic să se realizeze „fără drept".

Sintagma diferă de conceptul utilizat de teoria generală a dreptului penal şi a fost definită de lege.

Astfel, acţionează fără drept persoana care se află în una din următoarele situaţii:

a) nu este autorizată, în temeiul legii sau al unui contract; Persoanele care operează în bazele de date cu personalul unei instituţii o fac în baza autorizării primite de la conducerea instituţiei, deoarece ele respectă legislaţia muncii şi pe cea privitoare la datele personale.

b) depăşeşte limitele autorizării; Depăşirea limitelor autorizării poate însemna accesul la resurse din Intranetul companiei/instituţiei aflate la nivele de acces superioare cele permise utilizatorului.

c) nu are permisiunea, din partea persoanei fizice sau juridice competente, potrivit legii, să o acorde, de a folosi, administra sau controla un sistem informatic ori de a desfăşura cercetări ştiinţifice sau de a efectua orice altă operaţiune într-un sistem informatic[27].

[26] **D. Oprea** – *Protecţia şi securitatea informaţiilor*, Ed. Polirom, Iaşi, 2003, pag. 207

[27] Art. 35 alin. (2) din Legea nr. 161/2003

Interceptarea va fi legitimă dacă persoana care efectuează interceptarea are dreptul de a dispune de datele comunicate, dacă acţionează la comanda sau cu autorizaţia participanţilor sau a destinatarului transmisiei, dacă datele sunt destinate uzului propriu sau publicului sau dacă, pe fondul unei dispoziţii legale specifice, supravegherea este autorizată în interesul siguranţei naţionale sau este autorizată în condiţiile prevăzute de Codul de procedură penală, în cursul unui proces penal.

2. Pentru existenţa elementului material al laturii obiective, în ambele ipoteze de incriminare, mai este necesar şi ca datele informatice interceptate să nu fie publice.

Apreciem că inserarea acestei cerinţe în textul de incriminare nu ar fi fost necesară întrucât o acţiune de interceptare fără drept plasează deja activitatea făptuitorului în sfera ilicitului. De asemenea, momentul în care anumite date pot deveni publice ar trebui să fie decis de către persoanele între care se poartă transmiterea iar dacă caracterul public ar semnifica că datele pot fi consultate de orice persoană într-un loc accesibil publicului această împrejurare tot nu ar da drept vreunei persoane să ia cunoştinţă despre ele în cadrul unei comunicaţii datorită dreptului la inviolabilitatea comunicării. Astfel fiind, dacă inserarea acestei cerinţe nu poate afecta în mod teoretic existenţa infracţiunii, ea poate da naştere la confuzii în aprecierea unei fapte ca intrând în sfera ilicitului penal.

Urmarea imediată reprezintă starea de pericol pentru valoarea socială apărată respectiv confidenţialitatea datelor şi securitatea sistemelor informatice şi constă în crearea unei stări de instabilitate sau nesiguranţă a sistemului informatic şi a resurselor sale precum şi a datelor informatice.

În doctrină[28] s-a exprimat opinia că urmarea imediată constă în atingerea adusă intereselor persoanelor care efectuează, în mod legal, transmisii de date informatice.

„Din punct de vedere fizic, urmarea constă în interferenţa cu căile prin care se realizează comunicaţiile de date. Spre exemplu, branşarea la cablurile de fibră optică ce leagă un sistem „client" de unul „server" într-o reţea"[29].

Legătura de cauzalitate

Între activitatea făptuitorului şi urmarea produsă trebuie să existe o legătură de cauzalitate. Aceasta rezultă întotdeauna din materialitatea faptei (*ex re*), în condiţiile în care infracţiunea analizată face parte din categoria infracţiunilor de pericol. Prin urmare legătura de cauzalitate va fi întotdeauna evidentă şi nu trebuie dovedită.

În literatura de specialitate se arată că[30], deşi identificarea raportului de cauzalitate nu ar trebui să pună probleme deosebite organelor judiciare, totuşi, avându-se în vedere specificitatea mediului digital şi ingeniozitatea celor care pot fi autori ai acestei infracţiuni informatice se cere o atenţie mai mare decât în cazul altor infracţiuni.

VII. Latura subiectivă

Forma de vinovăţie (*mens rea*) prin care se poate comite infracţiunea, în ambele modalităţi de incriminare, este intenţia directă sau indirectă.

---

[28] **Alexandru Boroi, Gheorghe Nistoreanu,** *Drept penal. Partea specială*, ediţia a III-a, Ed. All Beck, Bucureşti, 2005, p. 656

[29] **Maxim Dobrinoiu,** *Infracţiuni în domeniul informatic*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2006, pag. 177;

[30] **I. Vasiu, L. Vasiu**, *Prevenirea criminalităţii informatice*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2006, pag.81

În literatura de specialitate s-a exprimat şi părerea că interceptarea ilegală a unei transmisii de date informatice se comite numai cu intenţie directă, deoarece este imposibil ca făptuitorul, prevăzând rezultatul acţiunii sale, să intercepteze o comunicaţie de date într-un sistem informatic fără să urmărească acest lucru, acceptând numai posibilitatea producerii acelui rezultat[31].

În realitate infracţiunea poate fi comisă şi cu intenţie indirectă, ca orice infracţiune comisivă de executare lentă. Infracţiunea este comisivă proprie întrucât nu poate fi comisă decât printr-o acţiune.

Infracţiunea poate fi comisă din culpă. Dacă făptuitorul a acţionat din culpă nu se va putea dispune tragerea sa la răspundere penală, această modalitate a intenţiei nefiind sancţionată de legiuitor.

Mobilul şi **scopul** nu afectează existenţa elementului subiectiv a infracţiunii. Acestea vor fi avute însă în vedere la stabilirea gradului de pericol social concret al faptei comise şi la individualizarea pedepsei.

VIII. Forme. Modalităţi. Sancţiuni

Forme

Accesul ilegal la un sistem informatic este o infracţiune comisivă astfel că poate avea un *iter criminis* şi este deci susceptibilă de forme imperfecte.

Actele pregătitoare, în principiu, nu sunt incriminate. Acest aspect se referă la ipoteza în care accesul ilegal se derulează la locul în care se află calculatorul.

În situaţia accesului de la distanţă, modalitatea cea mai frecventă de comitere a infracţiunii, actele pregătitoare sunt incriminate ca infracţiune de sine stătătoare întrucât conform art. 46 alin. 2 din lege

[31] **Maxim Dobrinoiu**, *op. cit.*, vol. II, p. 532

constituie infracţiune deţinerea, fără drept, a unui dispozitiv sau program informatic conceput sau adaptat în scopul săvârşirii uneia din infracţiunile prevăzute la art. 42-45, a unei parole, cod de acces sau alte asemenea date informatice care permit accesul total sau parţial la un sistem informatic, în scopul săvârşirii uneia din infracţiunile prevăzute la art. 42-45.

Tentativa la această infracţiune este posibilă şi se pedepseşte potrivit art. 47 din lege.

Consumarea

Interceptarea ilegală a unei transmisii de date informatice este o infracţiune de pericol şi se consumă în momentul realizării acţiunii incriminate, respectiv în momentul în momentul interceptării fără drept a unei transmisii de date informatice, ori a unei emisii electromagnetice, urmarea imediată fiind inerentă comiterii şi rezultând din materialitatea faptei.

Infracţiunea este susceptibilă de a fi comisă în formă continuă sau continuată. În atare situaţie epuizarea va interveni la data încetării acţiunii ilicite sau la data comiterii ultimei acţiuni.

Modalităţi.

Infracţiunea analizată are două modalităţi normative de comitere, corespunzător variantelor de incriminare.

În practică infracţiunea poate fi comisă prin multiple modalităţi faptice, specifice, determinate de împrejurările în care se comite acţiunea incriminată, şi de care se va ţine seama la individualizarea pedepsei.

Sancţiuni.

Pedeapsa principală pentru persoana fizică pentru infracţiunea de interceptare ilegală a unei transmisii de date informatice, în ambele ipoteze de incriminare, este închisoarea de la 2 la 7 ani.

Persoana juridică poate fi sancţionată penal cu o pedeapsă cu amenda cuprinsă între 5.000 şi 600.000 lei.

IX. Aspecte procesuale

Acţiunea penală se exercită din oficiu. Urmărirea penală se efectuează de procurori din Direcţia de Investigare a Infracţiunilor de Criminalitate Organizată şi Terorism din cadrul Ministerului Public, numai dacă fapta este comisă de un grup infracţional organizat.

În lipsa vreunor prevederi derogatorii, competenţa de judecată în primă instanţă revine judecătoriei.

CONSIDERAŢII PRIVIND MĂSURA PROCESUALĂ A LUĂRII MĂSURII DE SIGURANŢĂ A INTERNĂRII MEDICALE

Daniela Magdea
Procuror la
Parchetul de pe lângă
Judecătoria Sălişte

Security measure of medical hospitalization is provided in the text of the art.114 of the Penal Code. The peculiarity of this measure consists of the nature of the case that creates the situation of risk, of the kind and intensity of the risk against which the measure is taken and of the spatial way in which the situation of risk is combated.

The measure of medical hospitalization refers to a situation of risk generated by the abnormal psycho-physical condition of the perpetrator which alters severely his life and existence, as such a perpetrator is not able to realize normally and to be master of his actions or inactions.

Măsura de siguranţă a internării medicale este prevăzută în cuprinsul art. 114 C.p., specificul acestei măsuri rezultând din natura cauzei care creează starea de pericol, din felul şi intensitatea pericolului împotriva căruia este îndreptată măsura şi din modul special prin care este combătută starea de pericol.

Măsura internării medicale priveşte o stare de pericol generată de condiţia psiho-fizică anormală a făptuitorului, ce-i alterează grav viaţa şi existenţa, el nemaiputându-şi da seama în mod normal de acţiunile sau inacţiunile sale şi nemaiputând fi stăpân pe acestea.

Desigur, nu orice persoană bolnavă mintal sau toxicomană prezintă o stare de pericol gravă. Când însă o astfel de persoană a săvârşit o faptă prevăzută de legea penală, starea de pericol primeşte o altă valenţă, iar temerea că fapte prevăzute de legea penală ar mai putea fi săvârşite de către o asemenea persoană, devine justificată. Această temere constă în aceea că, dacă persoana respectivă nu va fi internată, ar putea săvârşi şi alte fapte prevăzute de legea penală şi deci prezenţa sa în stare liberă în societate constituie un serios pericol social şi care nu poate fi înlăturat altfel decât prin îndepărtarea bolnavului mintal sau a toxicomanului din rândul oamenilor liberi şi internarea într-un spital.

Măsura de siguranţă a internării medicale este îndreptată împotriva stării de pericol pe care o prezintă făptuitorul bolnav mintal sau toxicoman şi îşi atinge finalitatea prin scoaterea persoanei periculoase din mediul social în care evoluase şi internarea sa în instituţii specializate.

Măsura de siguranţă a internării medicale, privită ca sancţiune de drept penal, constă în privarea de libertate, impusă judiciar şi executată în condiţii speciale. Privarea de libertate se efectuează prin internare într-un institut medical de specialitate, bolnavul mintal sau toxicomanul considerat periculos pentru societate fiind obligat pe cale judiciară să se lase condus şi menţinut în unitatea spitalicească la care s-a dispus internarea şi orice încercare de rezistenţă sau sustragere de la această obligaţie atrage obligatoriu şi inevitabil folosirea

mijloacelor de constrângere. De asemenea cel internat medical va fi obligat să se supună tratamentului medical prescris pe toată durata internării, iar aceste obligaţii operează chiar dacă persoana faţă de care s-a luat măsura de siguranţă a internării medicale este total lipsită de capacitatea de a înţelege şi de a-şi dirija normal voinţa.

Specific măsurii de siguranţă a internării medicale este că aceasta se ia pe durată nedeterminată, încetarea măsurii depinzând fie de însănătoşirea celui internat, fie de o asemenea ameliorare care ar putea justifica înlocuirea internării medicale cu măsura obligării la tratament medical.

Măsura de siguranţă a internării medicale se ia indiferent dacă starea de boală sau de intoxicare a existat în momentul săvârşirii faptei sau a intervenit ulterior săvârşirii acesteia.

Dacă se stabileşte că persoana considerată periculoasă din cauza bolii mintale sau toxicomaniei nu a săvârşit fapta ce i s-a reţinut în sarcină, luarea măsurii de siguranţă a internării medicale nu mai poate fi dispusă, deoarece făptuitorul din momentul iniţial nu s-a aflat în sfera de incidenţă a legii penale, iar starea sa de pericol nu a fost relevată printr-o faptă socotită de legea penală ca socialmente periculoasă. Vor fi însă sesizate organele competente să examineze şi să dispună dacă este sau nu cazul să se procedeze la internarea obligatorie a bolnavului mintal sau toxicomanului.

Semnificativ este faptul că, potrivit alineatului (2) al art. 114 C.p., măsura de siguranţă a internării medicale poate fi luată şi în mod provizoriu, în cursul urmăririi penale sau al judecăţii. În situaţia intervenţiei vreunei cauze de încetare a urmăririi penale sau de scoatere de sub urmărire, măsura luată provizoriu încetează, iar

organul de urmărire penală sesizează organele administrative competente.

În situaţia în care după pronunţarea hotărârii de condamnare rămasă definitivă sau în timpul executării intervine boala mintală a făptuitorului, se procedează la amânarea sau la întreruperea executării şi se dispune internarea medicală, în cazul în care deţinutul este periculos.

Potrivit art. 5 din Convenţia pentru apărarea drepturilor omului şi a libertăţilor fundamentale, orice persoană are dreptul la libertate şi la siguranţă şi nimeni nu poate fi lipsit de libertatea sa. Printre cazurile de lipsire de libertate prevăzute de convenţie se numără şi „detenţia legală a unei persoane susceptibile să transmită o boală contagioasă, a unui alienat, a unui alcoolic, a unui toxicoman sau a unui vagabond" (litera „e" a art. 5). Semnificativă este hotărârea C.E.D.O. în cauza Erkalo contra Olandei, hotărâre în care Curtea Europeană reaminteşte la modul imperativ că legislaţiile naţionale sunt ţinute nu numai să respecte regulile procedurale proprii dar să se şi conformeze scopului urmărit prin prevederile art. 5 din Convenţie, şi anume ocrotirea individului contra oricărui abuz al autorităţii. Astfel, Curtea ne spune că este de competenţa instanţelor naţionale să interpreteze dreptul intern, iar soluţiile pronunţate de instanţele naţionale trebuie să îndeplinească exigenţele prevăzute în cuprinsul art. 5 paragraful 1 din Convenţie, în sensul împiedicării oricărei privări de libertate, ca urmare a unui act arbitrar din partea autorităţii.

În cauza Erkalo contra Olandei amintită mai sus, Curtea a stabilit că privarea de libertate a reclamantului într-un institut psihiatric, timp de 82 de zile după expirarea termenului legal şi fără să existe o hotărâre de

judecată, a adus un serios prejudiciu reclamantului a cărui deţinere a fost prelungită în mod arbitrar de autorităţi. Deţinerea acestuia până la pronunţarea instanţei de judecată cu privire la prelungirea internării, a fost apreciată de Curte ca fiind incompatibilă faţă de scopul urmărit prin prevederile art. 5 din Convenţia Europeană, a cărui violare s-a produs în speţa arătată.

România s-a raliat acestui punct de vedere al Curţii Europene a Drepturilor Omului, iar practica judiciară a instanţelor este unitară în sensul că nu se poate lua măsura internării medicale fără a se fi pronunţat asupra vinovăţiei sau nevinovăţiei inculpatului şi fără a se fi pronunţat o soluţie de condamnare, achitare sau încetare a procesului penal. În acelaşi spirit s-a statuat că instanţa hotărând asupra confirmării măsurii internării medicale, dispusă provizoriu de procuror în cursul urmăririi penale, este obligată să asculte concluziile apărătorului, iar dacă cel internat nu are apărător, instanţa este obligată să-i asigure unul din oficiu, sub sancţiunea că în situaţia în care judecata a avut loc în absenţa apărătorului, hotărârea ce se pronunţă va fi supusă casării în baza dispoziţiilor art. 385^{9}, alineat (1), punct 6 C.p.p..

Tot ca şi o garanţie a respectării dreptului la libertate şi la siguranţă impus de Convenţia pentru apărarea drepturilor omului şi libertăţilor fundamentale, apare şi obligativitatea obţinerii avizului Comisiei Medicale competente să avizeze internarea bolnavilor mintal şi toxicomanilor periculoşi, nefiind suficientă adeverinţa eliberată de medicul curant din cadrul secţiei de psihiatrie a spitalului la care cel în cauza se află în tratament.

Concluzionăm, îmbrăţişând punctul de vedere al Curţii Europene a Drepturilor Omului, potrivit jurisprudenţei căreia „o persoană nu poate fi considerată

ca fiind un alienat şi privată de libertate, decât după îndeplinirea cumulativă a 3 condiţii, şi anume: boala mintală să fi fost stabilită prin probe, boala mintală să aibă un caracter sau o amploare care să justifice internarea şi nu în ultimul rând, internarea sa nu se poate prelungi fără justificarea persistenţei bolii".

Nota redacţiei: Reglementarea măsurilor de siguranţă în dreptul penal român se situează de multă vreme la nivelul exigenţelor CEDO.

Măsurile de siguranţă nu au caracter represiv.

Pentru luarea măsurilor de siguranţă este necesar:

a) să se fi săvârşit o faptă prevăzută de legea penală;

b) făptuitorul să fie bolnav mintal ori toxicoman şi să se afle într-o stare care prezintă pericol pentru societate. Această stare nu se stabileşte prin orice fel de probe, ci prin expertiză medico-legală psihiatrică.

Măsura poate înceta dacă a dispărut starea care a determinat-o, la solicitarea instituţiei medicale, a persoanei în cauză sau a procurorului.

Măsura luată în mod provizoriu de procuror devine definitivă prin confirmarea ei de către instanţă. (C.S.).

NECESITATEA REINCRIMINĂRII INSULTEI ŞI CALOMNIEI

Conf. univ. dr. ***Ioan Lascu***
Prim procuror al
Parchetului de pe lângă
Judecătoria Mediaş

The Constitutional Court decided that the decriminalization of the 2 penal offences violates the principle of the free access to justice, recognized by art. 21 of the Constitution, the right to a fair trial and the right to an effective appeal provided in art.6 and 13 respectively of the European *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms,* as well as the principle of equality of rights provided in art.16 of the Constitution. The Constitutional Court concludes that the free access to justice does not suppose the mere possibility to address Courts but also to take benefice of adequate means for the protection of the violated right, in proportion with the social gravity and risk of the injury produced (…).

În prezent, în Capitolul II din Codul penal al României în vigoare, intitulat „*Infracţiuni contra demnităţii*" sunt incriminate două infracţiuni, respectiv insulta (art. 205 C.p.) şi calomnia (art. 206 C.p.), infracţiuni care pot fi săvârşite de orice persoană fizică, inclusiv de persoanele fizice care lucrează în media.

În contrast cu convenţiile internaţionale şi legislaţia altor ţări, noul Cod penal al României[1], în Capitolul VII intitulat „*Delicte contra demnităţii*”, a incriminat numai infracţiunea de calomnie, fapta de insultă fiind dezincriminată.

Între timp dispoziţiile actualului Cod penal care incriminau infracţiunile de insultă şi calomnie au fost abrogate prin art. 56 din Legea nr. 278/2006 de modificare a Codului penal[2].

Prin Decizia nr. 62/2007 adoptată de Curtea Constituţională[3], cu majoritatea de voturi, constată că abrogarea art. 205, 206 şi 207 C.p. este neconstituţională. Drept urmare, aceste incriminări au reintrat *sine die* în vigoare.

Curtea Constituţională a considerat că prin dezincriminarea celor 2 fapte penale se încalcă principiul liberului acces la justiţie, consacrat prin art. 21 din Constituţie, dreptul la un proces echitabil şi dreptul la un recurs efectiv, prevăzut în art. 6 şi respectiv art. 13 din Convenţia Europeană, pentru apărarea drepturilor omului şi a libertăţilor fundamentale, precum şi principiul egalităţii în drepturi prevăzut de art. 16 din Constituţie. Curtea Constituţională reţine că liberul acces la justiţie nu înseamnă numai posibilitatea de a te adresa instanţelor judecătoreşti, ci şi de a beneficia de mijloace adecvate ocrotirii dreptului încălcat, corespunzător gravităţii şi periculozităţii sociale a vătămării ce s-a produs (…). Or, înlăturarea mijloacelor penale de ocrotire a demnităţii ca valoare supremă în statul de drept, determină încălcarea

[1] Publicat în „Monitorul Oficial” al României, Partea I, nr. 575, din 29 iunie 2004.
[2] Publicată în „Monitorul Oficial” al României, Partea I, nr. 601 din 12 iulie 2006.
[3] Publicată în „Monitorul Oficial” al României, Partea I, nr. 104 din 12 februarie 2007.

caracterului efectiv al accesului la justiţie în această materie.

În opinia separată la Decizia Curţii Constituţionale (judecătorii I.V. şi K.G.) se afirmă:

„*Având în vedere aceste prerogative, aparţinând exclusiv legiuitorului, apreciem că în prezent nu se impune apărarea prin mijloace de drept penal a demnităţii, reputaţiei şi a dreptului persoanei la propria imagine şi în consecinţă, dezincriminarea faptelor de insultă şi calomnie nu contravine nici unei norme constituţionale, constituind doar o problemă de oportunitate şi de justificare practică*".

Nu putem împărtăşi o asemenea motivaţie, deoarece obligativitatea constituţională a unui drept fundamental nu poate fi la discreţia legiuitorului, deoarece s-ar situa în afara Constituţiei.

Alături de legislaţiile altor state democratice, a jurisprudenţei Curţii Constituţionale şi unii autori[4], apreciem ca utilă incriminarea infracţiunilor de insultă şi calomnie.

Aceste fapte penale ocrotesc relaţiile sociale privind demnitatea şi onoarea, ca valori supreme în statul de drept. Însăşi Declaraţia Universală a Drepturilor Omului şi-a fixat ca deziderat „*recunoaşterea demnităţii inerente tuturor membrilor familiei umane şi a drepturilor egale şi inalienabile, constituie fundamentul libertăţii, dreptăţii şi păcii în lume*".

Ca urmare, chiar în art. 1 al Declaraţiei Universale a Drepturilor Omului se consfinţeşte acest deziderat, astfel: „*Toate fiinţele umane se nasc libere şi egale în demnitate şi în drepturi. Ele sunt înzestrate cu*

[4] **V. Dabu**, *Constituţionalitatea abrogării dispoziţiilor care incriminează insulta şi calomnia*, în Revista „Dreptul" nr. 6/2007, p.188.

raţiune şi conştiinţă şi trebuie să se comporte unele faţă de altele în spiritul fraternităţii".

În democraţiile avansate apărarea şi respectarea drepturilor, libertăţilor şi în mod deosebit a demnităţii umane, fără nicio deosebire, este recunoscută ca o îndatorire fundamentală a oamenilor, a societăţii, precum şi a statului.

Spre exemplu, în art. 11 din Convenţia americană pentru drepturile omului (1969) se dispune:

„*1. Fiecare are dreptul să i se respecte onoarea şi să i se recunoască demnitatea.*

2. Nimeni nu poate fi supus unei intervenţii arbitrare sau abuzive în viaţa privată, în familia, casa sau corespondenţa sa, sau unor atacuri nelegale la adresa onoarei şi a reputaţiei sale.

3. Fiecare are dreptul la protecţia legii împotriva unor asemenea intervenţii sau atacuri."

Aşadar, dreptul persoanei la protecţie prin lege a demnităţii şi onoarei sale este recunoscut nu numai prin legislaţia altor state, dar şi prin acte juridice internaţionale.

Şi convenţiile europene impun statelor semnatare armonizarea legislaţiei în vederea apărării şi garantării demnităţii umane, a onoarei şi reputaţiei.

Aceste valori umane supreme: demnitate, onoare şi reputaţie trebuie să fie protejate prin lege nu numai faţă de intervenţii arbitrare şi abuzive, dar şi de atacuri nelegale.

Onoarea, reputaţia şi demnitatea şi în mod deosebit *dreptul la propria imagine,* sunt atribute ale fiinţei omeneşti, fiind de esenţa acesteia şi totodată

condiţii indispensabile ale unei corecte convieţuiri sociale, ce necesită protecţie juridică[5].

Literatura juridică în materie vorbeşte de o *imagine favorabilă* sau de o *imagine nefavorabilă,* ori de o *imagine dezirabilă sau indezirabilă,* în funcţie de consecinţele acesteia sub toate aspectele[6]. Imaginea publică, viaţa intimă, privată şi familială este esenţială nu numai pentru oamenii politici, demnitari, funcţionari publici etc., ci şi pentru oricare altă persoană. Pentru a reacţiona contra tuturor actelor şi faptelor prin care se aduc atingeri acestor valori fundamentale, legiuitorul le-a incriminat în cadrul infracţiunilor de calomnie şi insultă.

Indiferent de modul în care sunt comise şi de calitatea persoanelor care le comit – simpli cetăţeni, oameni politici, ziarişti etc. – faptele care formează conţinutul acestor infracţiuni lezează grav personalitatea umană, demnitatea, onoarea şi reputaţia celor agresaţi. Dacă asemenea fapte nu ar fi descurajate prin mijloace de drept penal, ele ar conduce la reacţia *de facto* a celor ofensaţi şi la conflicte permanente, de natură să facă imposibilă convieţuirea socială, care presupune respect faţă de fiecare membru al comunităţii şi preţuirea în justă măsură a reputaţiei fiecăruia.

De aceea, valorile menţionate, trebuie ocrotite de Codul penal pentru că au statut constituţional, demnitatea omului fiind consacrată în art. 1 alin. 3 din Constituţia României, ca una din valorile supreme:

Art. 1 alin. 3 din Constituţie prevede „*România este stat de drept, democratic şi social, în care demnitatea omului, drepturile şi libertăţile cetăţenilor,*

[5] **V. Dabu**, **A.M. Guşanu**, *Imaginea. Dreptul la o imagine corectă*, în Revista „Pro lege", nr. 2/2006, p.167-197.
[6] **V. Dabu**, op. cit., p.192.

libera dezvoltare a personalităţii umane, dreptatea şi pluralismul politic reprezintă valori supreme".

Or, este evident că prin abrogarea dispoziţiilor art. 205 şi 206 C.p., garantarea demnităţii, onoarei şi reputaţiei persoanei nu se mai realizează prin mijloace penale şi cu cheltuielile statului (protecţie gratuită).

Pe de altă parte, mijloacele legislaţiei civile de apărare a demnităţii omului sunt insuficiente pentru a garanta faţă de actele şi faptele acelora care dispunând de sume mari de bani pot plăti despăgubiri civile sau o eventuală amendă civilă fără a fi afectaţi şi fără a se realiza efectul preventiv scontat ori sancţionator al acestor măsuri.

Astfel fiind, prin dezincriminarea infracţiunilor de insultă şi calomnie, demnitatea, onoarea şi reputaţia persoanelor nu beneficiază de nici o altă ocrotire juridică reală şi adecvată.

Nu se poate reţine opinia unor autori că ocrotirea se poate realiza prin posibilitatea recunoscută de instanţele judecătoreşti persoanelor vătămate prin infracţiunile de insultă şi calomnie, de a obţine daune morale în cadrul unui proces civil, deoarece o asemenea formă juridică de ocrotire nu este reglementată în Codul civil, ci este instituită pe cale jurisprudenţială[7].

Abrogarea articolelor privind insulta şi calomnia încalcă şi principiul liberului acces la justiţie, consacrat prin art. 21 din Constituţie, dreptul la un proces echitabil şi dreptul la un recurs efectiv, prevăzute în art. 6 şi respectiv 13 din Convenţia (europeană) pentru apărarea drepturilor omului şi a libertăţilor fundamentale, precum şi a art. 16 din Constituţie, care consacră principiul egalităţii în drepturi.

[7] A se vedea şi **Sebastian Rădulețu**, *Libertatea de exprimare şi limitele ei*, Revista „Curierul Juridic" nr. 5/2007, p.80-96.

Dezincriminarea infracţiunii de insultă contravine şi prevederilor art. 50 din Constituţie care garantează protecţia specială a persoanelor cu handicap; prin infracţiunea de insultă se sancţionează şi fapta celui care „*atribuie unei persoane cu defect, boală sau infirmitate care, reale de ar fi, nu ar trebui relevate*", ori prin abrogarea art. 205 C.p. persoanele cu handicap sunt lipsite de protecţie penală care este gratuită.

Obligaţia constituţională de prevenire a unor infracţiuni grave sau foarte grave, se realizează şi prin temerea indusă de incriminarea insultei şi calomniei, temere care de multe ori stopează actul insultător sau calomniator ce ar putea degenera în fapte penale mai grave printr-o ripostă neproporţională.

Apărarea demnităţii umane prin dispoziţiile art. 205-207 C.p. se realizează nu numai prin caracterul constrângător al sancţiunii ci şi prin: caracterul preventiv, educativ şi reparator şi în mod deosebit, prin gratuitatea, oficialitatea şi calitatea administrării probelor, care asigură efectivitatea accesului la justiţie pentru toţi, indiferent de posibilităţile materiale.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului a statuat în mod constant în jurisprudenţa sa că efectul esenţial al dispoziţiei cuprinse în art. 13 din Convenţia (europeană) că recurgerea la un proces ce abilitează instanţa naţională să ofere o „*reparaţie adecvată*" procesul trebuie să fie efectiv atât în reglementările legale, cât şi în practica de aplicare a acestora. Or, înlăturarea mijloacelor penale de ocrotire a demnităţii, ca valoare supremă în statul de drept, determină încălcarea caracterului efectiv al accesului la justiţie în această materie.

Parlamentul nu-şi poate exercita competenţa de incriminare şi dezincriminare a unor fapte antisociale

decât cu respectarea normelor şi principiilor consacrate prin Constituţie.

Curtea Constituţională, prin decizia menţionată a mai constatat că abrogarea art. 205 şi 206 C.p. contravine dispoziţiilor art. 30 alin. 8 din Constituţie în cazurile în care infracţiunile de insultă şi calomnie sunt săvârşite prin presă.

Textul menţionat prevede că „*delictele de presă se stabilesc prin lege*". În absenţa oricărei distincţii, rezultă că delictele de presă se pot stabili prin lege specială – de exemplu, printr-o lege a presei cum este în Franţa – sau prin legea penală comună, care este Codul penal. Limitele libertăţii de exprimare prevăzute în Constituţie concordă întru totul cu noţiunea de libertate, care nu este şi nu poate fi înţeleasă ca un drept absolut.

Concepţiile juridico-filozofice promovate de societăţile democratice admit că libertatea unei persoane se termină acolo unde începe libertatea altei persoane. În acest sens art. 57 din Constituţie prevede expres obligaţia cetăţenilor români, cetăţenilor străini şi apatrizi de a-şi exercita drepturile constituţionale cu bună credinţă, fără să încalce drepturile şi libertăţile celorlalţi, iar în art. 30 alin. 6 din Constituţie se precizează *expresis verbis* că „*libertatea de exprimare nu poate prejudicia demnitatea, onoarea, viaţa particulară a persoanei şi nici dreptul la propria imagine*".

Pe cale de consecinţă, din ansamblul prevederilor interne şi internaţionale incidente rezultă că nu există nici o incompatibilitate între principiul libertăţii de exprimare şi incriminarea insultei şi calomniei, care să impună dezincriminarea acestor infracţiuni. Majoritatea ţărilor europene (Franţa, Germania, Spania, Italia, Elveţia etc.) continuă să pedepsească insulta şi calomnia. Aşa fiind,

încercarea legiuitorului de a se alinia la legislaţia europeană, este lipsită de suport în realitate.

Dezincriminarea insultei şi calomniei şi prin aceasta, lipsirea de protecţia legii penale a unor valori supreme, este nu numai lipsită de un model european, dar contravine şi normelor internaţionale şi principiului proporţionalităţii. Astfel, potrivit art. 10 alin. 2 din Convenţia Europeană a Drepturilor Omului, „*exercitarea acestor libertăţi (libertatea de opinie şi libertatea de a primi şi de a comunica informaţii, în calitate de componente ale libertăţii de exprimare) ce comportă îndatoriri şi responsabilităţi poate fi supusă unor formalităţi, condiţii, restrângeri sau sancţiuni prevăzute de lege, care constituie măsuri necesare, într-o societate democratică...*"

Jurisprudenţa Curţii Constituţionale este constantă în acest sens. Spre exemplu, printr-o decizie[8] statuează că: „*Libertatea de exprimare, astfel cum este garantată de art. 30 alin. (1) din Constituţie, permite cetăţenilor să participe la viaţa publică, socială şi culturală, manifestându-şi public gândurile, opiniile, credinţele şi creaţiile de orice fel. Dar această libertate nu poate fi absolută şi ca atare este supusă unor restrângeri care trebuie să fie expres prevăzute de lege şi necesare pentru ocrotirea unor valori politice, economice, sociale şi umane. Sub acest aspect Curtea reţine că dispoziţiile constituţionale ale art. 30 alin. (1) presupun corelarea lor cu prevederile art. 26 alin. 2 şi cu cele ale art. 53 din Legea fundamentală în sensul că exerciţiul libertăţii de exprimare poate comporta anumite restrângeri şi condiţionări, potrivit legii, tocmai pentru*

[8] Decizia nr. 36/2001, publicată în „Monitorul Oficial" al României, nr. 150 din 27 martie 2001.

că drepturile şi libertăţile garantate de Constituţie cetăţenilor, interesele acestora…să nu fie afectate."

Consecinţa acestei stări de lucruri este posibilitatea ca libertatea de exprimare să fie restrânsă ori de câte ori ne-am afla în prezenţa unei ipoteze avute în vedere de textul constituţional.

Aceste formalităţi, condiţii, restrângeri, pot constitui măsuri de restricţionare a libertăţii de exprimare necesare într-o societate democratică.

PUNEREA ÎN EXECUTARE A MANDATULUI DE ADUCERE ÎN LUMINA NOULUI COD DE PROCEDURĂ PENALĂ

Ionel Grigorie
Procuror la
Parchetul de pe lângă
Curtea de Apel Craiova

According to art.183, para.1 of the Penal Procedure Code a person can be brought by force before the prosecution or before the court, in accordance with the provisions of art.176, in case it did not respond to the previous summons, and its hearing or presence is necessary.

Capitolul II din Titlul V al Codului de procedură penală „Citarea, comunicarea actelor procedurale, mandatul de aducere" reglementează condiţiile în care se emite şi pune în executare mandatul de aducere.

Potrivit art. 183 alin. 1 C.p.p. o persoană poate fi adusă în faţa organului de urmărire penală sau a instanţei de judecată pe baza unui mandat de aducere, întocmit potrivit dispoziţiilor art. 176, dacă fiind anterior citată nu s-a prezentat, iar ascultarea ori prezenţa ei este necesară.

Învinuitul sau inculpatul poate fi adus cu mandat de aducere chiar înainte de a fi fost chemat prin citaţie, dacă organul de urmărire penală sau instanţa constată motivat că în interesul rezolvării cauzei se impune această măsură.

În alineatul 3^1 al art. 184 C.p.p.[1] se menţionează „dacă învinuitul sau inculpatul refuză să se supună mandatului sau încearcă să fugă va fi constrâns la aceasta". Mandatul de aducere se execută prin organele de poliţie, jandarmeriei sau poliţiei comunitare.

Noul Cod de procedură penală elaborat de Ministerul Justiţiei şi Libertăţilor Cetăţeneşti conţine prevederi noi în ceea ce priveşte emiterea mandatului de aducere şi punerea în executare a acestuia.

Mandatul de aducere are faţă de persoana care urmează să fie adusă caracterul de citaţie specială[2] în actuala reglementare cât timp nu este permis organului ce execută mandatul să pătrundă într-o locuinţă pentru a proceda la punerea în executare a acestuia, iar măsura de constrângere constă în obligaţia persoanei de a se lăsa condusă în faţa organelor judiciare.

În opinia unor autori introducerea alineatului 3^1 al art. 184 din Codul de procedură penală, „reprezintă un exces de precizare şi ca orice lucru făcut în exces, este mai degrabă de natură să dăuneze decât să ajute la rezolvarea problemelor"[3].

Principalele discuţii în doctrina şi practica judiciară în ceea ce priveşte punerea în executare a mandatului de aducere, s-au axat în principal pe următoarele probleme:

- dacă organul de executare poate să procedeze la executarea mandatului prin constrângere, luându-se în calcul şi pătrunderea în domiciliul sau reşedinţa persoanei fără consimţământul acesteia? Dar atunci când

[1] Alin. 3^1 al art. 184 a fost introdus în art. I pct. 121 din Legea nr. 281/2003

[2] **Vintilă Dongoroz, Siegfried Kahane, Nicoleta Iliescu,** *Explicaţii teoretice ale Codului de procedură penală român,* Vol. V, pag. 376, Ed. Academiei Române, Bucureşti, 2003.

[3] **Gigel Potrivitu**, *Discuţii în legătură cu mandatul de aducere*, Revista Dreptul nr. 2/2006, pag.212

aceasta se află în domiciliul sau reşedinţa unei alte persoane?

- care sunt limitele constrângerii în cazul în care cel indicat în mandatul de aducere refuză să se supună sau încearcă să se sustragă?

Într-o altă opinie „o posibilitate care ar conduce la asigurarea prezenţei învinuitului, inculpatului, martorului, etc., în faţa organelor de urmărire penală ori a instanţei de judecată, rămâne aceea de a se elabora o lege în temeiul art. 53 din Constituţia României, care va trebui să prevadă o altă excepţie de la regula generală privind inviolabilitatea domiciliului”[44].

Potrivit art. 53 din Constituţia României „Exerciţiul unor drepturi sau a unor libertăţi, poate fi restrâns numai prin lege şi numai dacă se impune după caz, pentru apărarea securităţii naţionale, a ordinii, a sănătăţii ori a moralei publice, a drepturilor şi libertăţilor cetăţenilor, desfăşurarea instrucţiei penale, prevenirea consecinţelor de calamităţi naturale, ale unui seism deosebit de grav”.

Consacrarea principiului constituţional al inviolabilităţii domiciliului (art. 27 din Constituţia României) are ca scop protejarea cetăţenilor faţă de orice abuzuri din partea autorităţilor şi reglementarea strictă a excepţiilor de la acest principiu ce se referă la înlăturarea unei primejdii privind viaţa integritatea fizică sau bunurile unei persoane, apărarea securităţii naţionale, a ordinii publice şi prevenirea răspândirii unei epidemii.

Noul cod de procedură penală instituie în art. 266 două tipuri de mandate de aducere emise în cursul urmăririi penale cu forţă juridică diferită.

[4] **Ion Rusu**, *Executarea mandatului de aducere. Opinii critice. Propuneri de lege ferenda*, Revista Dreptul nr. 6/2004, pag.191.

Primul mandat de aducere este emis de către procuror în cursul urmăririi penale faţă de o persoană care fiind anterior citată, nu s-a prezentat în mod nejustificat, iar ascultarea ori prezenţa ei este necesară sau dacă nu a fost posibilă comunicarea corespunzătoare a citaţiei şi împrejurările indică fără echivoc că persoana se sustrage de la primirea citaţiei.

Suspectul sau inculpatul poate fi adus cu mandat de aducere, chiar înainte de a fi fost chemat prin citaţie, dacă această măsură se impune în interesul rezolvării cauzei.

Al doilea tip de mandat de aducere, se emite în cursul urmăririi penale când pentru executarea acestuia este necesară pătrunderea într-un domiciliu sau sediu, de către judecătorul de drepturi şi libertăţi de la instanţa căreia i-ar reveni competenţa să judece cauza în primă instanţă sau de la instanţa corespunzătoare în grad a acesteia, la cererea procurorului.

Considerăm că dispoziţiile din noul cod de procedură penală, potrivit cărora în cursul urmăririi penale judecătorul de drepturi şi libertăţi sau în cursul judecăţii instanţa emite mandatul de aducere, iar în baza acestui organele de ordine publică şi siguranţă naţională pot pătrunde în locuinţa sau sediul oricărei persoane în care există indicii că se află cel căutat, se încadrează în excepţia de la inviolabilitatea domiciliului prev. de art. 27 alin. 1 lit. a din Constituţia României.

Potrivit articolului menţionat anterior, domiciliul şi reşedinţa sunt inviolabile. Nimeni nu poate pătrunde sau rămâne în reşedinţa unei persoane fără învoirea acesteia, cu excepţia executării situaţiei în care se execută un mandat de arestare sau o hotărâre judecătorească.

Judecătorul de drepturi şi libertăţi se pronunţă în cursul urmăririi penale asupra cererii procurorului privind emiterea mandatului de aducere prin încheiere motivată, iar încheierea este în accepţiunea codului de procedură penală o hotărâre judecătorească.

Prin această nouă reglementare sunt respectate şi dispoziţiile art. 5 din Convenţia Europeană a Drepturilor Omului ce reglementează situaţiile în care o persoană poate să fie lipsită de libertatea sa, respectiv dacă a făcut obiectul unei arestări legale sau al unei deţineri legale pentru nesupunere la o hotărâre, pronunţată conform legii de către un tribunal ori în vederea garantării executării unei obligaţii prevăzute de lege.

Mandatul de aducere reprezintă în fapt un mijloc de restrângere a libertăţii persoanei, chiar dacă pentru o perioadă limitată de timp.

Pătrunderea în locuinţa sau în sediul oricărei persoane, în care se află indicii că se află cel căutat, este condiţionată potrivit art. 267 alin. 2 din noul cod de procedură penală, de refuzul persoanei de a coopera, împiedicarea executării mandatului sau pentru orice alt motiv temeinic justificat şi proporţional cu scopul urmărit.

Principiul proporţionalităţii consacrat în practica Curţii Europene a Drepturilor Omului este determinat de necesitatea existenţei unui echilibru între restrângerea dreptului la libertate al persoanei şi interesul public ţinându-se seama de scopul urmărit, persoana faţă de care se ia măsura şi circumstanţele cauzei.

În actuala reglementare dacă învinuitul sau inculpatul refuză să se supună mandatului sau încearcă să fugă, va fi constrâns la aceasta.

În noul cod de procedură penală, măsura constrângerii se referă la persoana indicată în mandat ce

refuză să însoţească organul de executare sau încearcă să fugă, fiind lărgită astfel sfera de aplicare a măsurii de constrângere.

Folosirea, aşadar a măsurii de constrângere, este posibilă faţă de orice persoană faţă de care se emite mandat de aducere, nu numai faţă de învinuit sau inculpat.

Se pune problema conformităţii cu Convenţia în cazul în care organele de poliţie procedează la constrângerea învinuitului/inculpatului la respectarea mandatului de aducere atunci când acest mandat a fost emis de organul de urmărire penală care nu reprezintă un tribunal în sensul Convenţiei[5].

Din acest motiv apreciem că dispoziţiile din Noul Cod de Procedură penală sunt contrare Convenţiei în măsura în care nu fac o diferenţiere în ceea ce priveşte executarea mandatului prin constrângerea persoanei în funcţie de organul judiciar ce a emis mandatul, respectiv organul de urmărire penală, judecătorul de drepturi şi libertăţi şi instanţa de judecată.

Mandatul de aducere emis de judecătorul de drepturi şi libertăţi sau de instanţa de judecată conferă persoanei ce execută mandatul dreptul de a folosi constrângerea pentru a aduce persoana indicată în mandat în faţa organului judiciar.

Pe de altă parte noul cod de procedură penală nu a reglementat în mod clar noţiunea de „constrângere", ce trebuie înţeleasă ca un mijloc de aducere a persoanei în faţa organului judiciar împotriva voinţei sale.

Conform art. 34 alin 1 din Legea nr. 218/2002 privind organizarea şi funcţionarea Poliţiei Române, pentru descurajarea, împiedicarea şi neutralizarea

[5] *Jurispridenţa CEDO - studii şi comentarii* - coordonatori Dragoş Bogdan, Mihai Selegean, Institutul Naţional al Magistraturii, 2005

acţiunilor agresive ale persoanelor care tulbură ordinea şi liniştea publică, acţiuni ce nu au putut fi înlăturate sau anihilate prin utilizarea altor mijloace, poliţiştii pot folosi scuturi de protecţie, căşti cu vizor, bastoane din cauciuc, bastoane cu energie electrostatică, dispozitive cu substanţe iritant-lacrimogene şi paralizante, jeturi de apă, arme cu glonţ din cauciuc şi cătuşe, câini de serviciu, precum şi alte mijloace de imobilizare care nu pun în pericol viaţa sau nu produc o vătămare corporală gravă.

Interpretarea logico-juridică a dispoziţiilor privind emiterea şi punerea în executare a mandatului de aducere, conduce la concluzia că organele de ordine publică şi siguranţă naţională pot folosi mijloacele de constrângere prev. de art. 34 alin. 1 din Legea nr. 218/2002 privind organizarea şi funcţionarea Poliţiei Române, numai atunci când opunerea sau nesupunerea la executarea mandatului este de natură să pună în pericol integritatea corporală sau viaţa poliţistului.

Apreciem că pătrunderea în locuinţa sau sediul unei persoane în baza mandatului de aducere emis de judecătorul de drepturi şi libertăţi este un act procedural fără finalitate, câtă vreme persoana respectivă nu ar fi constrânsă să se prezinte în faţa organului judiciar.

Necesitatea aducerii acesteia în faţa organelor judiciare rezultă din însăşi scopul procesului penal „Constatarea la timp şi în mod complet a faptelor care constituie infracţiuni astfel ca orice persoană care a săvârşit o infracţiune să fie pedepsită şi nicio persoană nevinovată să nu fie trasă la răspundere penală” (art. 1 C.p.p.)

II. JURISPRUDENŢA CEDO
- STUDII ŞI COMENTARII -

DREPTUL LA TĂCERE PRIN PRISMA JURISPRUDEŢEI CEDO

Dan Andrei Popescu
Procuror şi
Marius Ioan Menchiu
Procuror stagiar la
Parchetul de pe lângă
Judecătoria Alba Iulia

In the case Allan vs. Great Britain, the Court showed that the right against self-incrimination serves, in principle, to guarantee the right to silence to a suspect. This liberty would be compromised in case the authorities would use subterfuges in order to obtain from the suspects self-incriminating declarations they could not obtain in a normal hearing during the penal prosecution and that will be used later, as evidences in the trial.

1. Dreptul la tăcere şi privilegiul împotriva autoincriminării.

Analizând jurisprudenţa CEDO referitoare la dreptul la un proces echitabil, garantat de art. 6 din Convenţie se poate lesne observa că cele două noţiuni se află într-o strânsă legătură cu prezumţia de nevinovăţie, funcţionând şi ca o garanţie contra abuzului de putere

provenit din partea autorităţilor statului, în scopul evitării erorilor judiciare[1].

În cauza Funke contra Franţei[2], Curtea a inclus pentru prima dată privilegiul împotriva autoincriminării şi dreptul de a păstra tăcerea între garanţiile implicite ale dreptului la un proces echitabil. În această speţă, reclamantul, suspectat de evaziune fiscală, fusese condamnat pentru refuzul de a coopera cu autorităţile vamale, care îi solicitau să le pună la dispoziţie date despre conturile pe care le deţinea în străinătate. Curtea a considerat că dispoziţiile legii penale franceze nu pot justifica o încălcare a dreptului unei persoane acuzate de săvârşirea unei infracţiuni de a păstra tăcerea şi de a nu se autoincrimina.

În cauza Allan contra Marii Britanii[3], Curtea a arătat că privilegiul împotriva autoincriminării presupune ca în cauzele penale organele de urmărire penală să-şi întemeieze acuzarea fără a recurge la mijloace de probă obţinute prin constrângere sau presiune (chiar legală)[4].

Pentru a aprecia dacă o procedură penală a adus atingere substanţei dreptului unei persoane de a nu se autoincrimina, Curtea Europeană a analizat în principal următoarele elemente:

- natura şi intensitatea constrângerii pentru obţinerea mijloacelor de probă;

- importanţa pentru interesul public a descoperirii şi sancţionării unei persoane vinovate de săvârşirea unei infracţiuni;

---

[1] CEDO, hotărârea Marii Camere din 11 iulie 2006, în cauza Jalloh contra Germaniei, parag. 102; CEDO, hotărârea din 3 mai 2001, în cauza J.B. contra Elveţiei , parag.68;

[2] CEDO, hotărârea din 25 februarie1993;

[3] CEDO, hotărârea din 5 noiembrie 2002, par. 44;

[4] CEDO, hotărârea din 8 februarie 1996, în cauza Murray contra Marii Britanii, par. 45;

- existenţa unor garanţii suficiente în cadrul procedurilor;

- modul în care sunt utilizate mijloacele de probă obţinute[5].

În cauza Allan contra marii Britanii, Curtea a arătat că dreptul de a nu se autoincrimina serveşte, în principiu, pentru a garanta dreptul la tăcere al unui suspect. Această libertate ar fi compromisă în cazul în care autorităţile ar utiliza subterfugii pentru a obţine declaraţii incriminatoare de la suspecţi, pe care nu le-au putut obţine într-o audiere normală în faza de urmărire penală şi care sunt utilizate ulterior ca probe în proces.

Pornind de la noţiunea de „acuzaţie" în materie penală, care prin prisma jurisprudenţei Curţii Europene a dobândit un sens autonom, instanţa europeană a considerat că şi martorul se bucură de acest drept dacă prin declaraţiile pe care le dă în faţa autorităţilor s-ar putea autoincrimina[6].

În cauza J.B. contra Elveţiei,[7] Curtea a arătat că dreptul de a nu se autoincrimina reprezintă o garanţie de care se bucură o persoană acuzată de săvârşirea unei infracţiuni atât în cazul procedurilor judiciare desfăşurate în faţa organelor de poliţie sau a procurorului, cât şi a procedurilor în faţa instanţei de judecată.

În cauza Weh contra Austriei[8] s-a relevat faptul că privilegiul împotriva autoincriminării nu are un caracter absolut, acesta neputând fi extins la utilizarea de probe relevante obţinute prin constrângere de la persoana suspectată că ar fi săvârşit o infracţiune, dacă acestea au

[5] CEDO, hotărârea din 21 decembrie 2000, în cauza Heaney şi McGuiness contra Irlandei, parag. 51-55;
[6] CEDO, hotărârea din 20 octombrie 1997, în cauza Serves contra Franţei, parag. 42-47;
[7] CEDO, hotărârea din 3 mai 2001, parag. 64;
[8] CEDO, hotărârea din 8 aprilie 2004, parag. 46;

o existenţă obiectivă, independentă de voinţa acuzatului. Ar putea fi menţionate în acest sens, obiectele ridicate în urma unei percheziţii, prelevarea de probe de ţesuturi, sânge, urină etc., în vederea efectuării unor analize ADN.[9]

Faţă de cele de mai sus, se desprinde concluzia că art. 6 par. 1 din Convenţia Europeană garantează (implicit) două drepturi parţial distincte: dreptul de a păstra tăcerea şi dreptul a nu contribui la propria incriminare.

Dreptul de a păstra tăcerea este mai restrâns, referindu-se numai la comunicarea orală, pe când dreptul a nu se autoincrimina este mai larg, întrucât nu se limitează doar la exprimarea verbală, ci protejează persoana acuzată de săvârşirea unei infracţiuni şi împotriva obligării de a furniza documente sau alte probe incriminatoare.[10]

Pe de altă parte, sfera de aplicare a dreptului la tăcere este mai largă decât dreptul de a nu se autoincrimina, întrucât nu protejează persoanele doar împotriva obligării de a face declaraţii în detrimentul lor, ci chiar împotriva obligării de a face orice fel de declaraţii.[11]

2. Dreptul de a păstra tăcerea

Curtea Europeană a stabilit că posibilitatea organelor judiciare de a trage concluzii defavorabile acuzatului, în sensul stabilirii vinovăţiei acestuia, pornind de la refuzul de a da declaraţii, trebuie privită cu extrem de multă rezervă. Astfel, fundamentarea unei hotărâri de

[9] CEDO, hotărârea din 17 decembrie 1996, în cauza Saunders contra Marii Britanii, parag.69;
[10] A. se vedea **M. Udroiu** şi **O. Predescu**, *Protecţia europeană a drepturilor omului şi procesul penal român*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2008, pag. 670;
[11] Ibidem, pag. 670;

condamnare exclusiv sau în mare parte pe refuzul acuzatului de a răspunde la întrebări, încalcă principiul prezumţiei de nevinovăţie şi a dreptului la tăcere. Cu toate acestea, sunt cazuri care în mod evident ar impune anumite explicaţii din partea acuzatului, atunci când din materialul probator ar rezulta vinovăţia acestuia, iar o explicaţie ar fi absolut necesară.

Astfel, în cauza Murray contra Marii Britanii,[12] Curtea a considerat că trebuie stabilit în fiecare caz în parte, dacă probele aduse sunt suficiente pentru a fi necesar un răspuns din partea acuzatului. Instanţele naţionale nu pot aprecia că acuzatul este vinovat doar pentru că a ales să păstreze tăcerea. Numai în cazul în care probele administrate împotriva sa ar impune o explicaţie din partea acestuia, pe care ar fi în măsură să o dea, absenţa unei explicaţii ar putea duce la concluzia că nu există nicio explicaţie şi că acuzatul este vinovat. Însă, dacă procurorul prin mijloacele de probă administrare, nu a stabilit în mod convingător acuzaţiile, absenţa oricărei explicaţii nu ar putea conduce la stabilirea vinovăţiei celui acuzat.[13]

3. Dreptul român şi dreptul la tăcere.

În sistemul de drept român, dreptul la tăcere cunoaşte o reglementare adecvată în codul de procedură penală, însă nu şi privilegiul împotriva autoincriminării, doctrina fiind unanimă în a aprecia că legislaţia română vizează numai dreptul la tăcere.[14]

Astfel, potrivit art. 70 alin. 2 C.p.p., *învinuitului sau inculpatului i se aduce la cunoştinţă fapta care*

[12] CEDO, hotărârea din 08.02.1996, parag. 46-51, **R. Chiriţă**, *Dreptul la tăcere şi privilegiul contra autoincriminării*, în C.D.P. nr. 4/2006, p. 57-63;
[13] A se vedea **M. Udroiu** şi **O. Predescu**, *op. cit*., pag. 669.
[14] Ibidem, pag.669

formează obiectul cauzei, încadrarea juridică a acesteia, dreptul de a avea un apărător, precum şi dreptul de a nu face nicio declaraţie, atrăgându-i-se totodată atenţia că ceea ce declară poate fi folosit şi împotriva sa. Dacă învinuitul sau inculpatul dă o declaraţie, i se pune în vedere să declare tot ce ştie cu privire la faptă şi la învinuirea ce i se aduce în legătură cu aceasta.

Dreptul de a nu da nicio declaraţie este stipulat şi în domeniul măsurilor preventive:

Potrivit art. 143 alin. 3 C.p.p., *procurorul sau organul de cercetare penală va aduce la cunoştinţă învinuitului sau inculpatului că are dreptul să-şi angajeze apărător. De asemenea, i se aduce la cunoştinţă că are dreptul de a nu face nicio declaraţie, atrăgându-i-se atenţia că ceea ce declară poate fi folosit împotriva sa.*

Potrivit art. 322 C.p.p., preşedintele completului de judecată, după citirea actului de sesizare înştiinţează pe inculpat cu privire la dreptul de a nu face nicio declaraţie, atrăgându-i atenţia că ceea ce declară poate fi folosit şi împotriva sa.

Art. 325 alin. 2 C.p.p., prevede că în cursul cercetării judecătoreşti, în cazul în care inculpatul refuză să dea declaraţii, instanţa dispune citirea declaraţiilor pe care le-a dat anterior.

Se poate observa ca legiuitorul român face referire la privilegiul împotriva autoincriminării în legătură cu una din formele în care se manifestă dreptul la tăcere: dreptul învinuitului sau inculpatului de a nu face nicio declaraţie.[15]

Dreptul la tăcere nu include şi dreptul persoanei de a nu da informaţii cu privire la identitatea sa: ”dreptul la anonimat”. În acest sens, art. 70 alin. 1 C.p.p. prevede

[15] Ibidem, p.670

că *învinuitul sau inculpatul, înainte de a fi ascultat, este întrebat cu privire la nume, prenume, poreclă, data şi locul naşterii, numele şi prenumele părinţilor, cetăţenie, studii, situaţia militară, loc de muncă, ocupaţie, adresa la care locuieşte efectiv, antecedente penale şi alte date pentru stabilirea situaţiei sale personale.*

Garanţia dreptului de a nu da nicio declaraţie este însoţită de procedura avertismentului[16], ce presupune obligaţia autorităţilor de a atrage atenţia învinuitului sau inculpatului că ceea ce declară poate fi folosit şi împotriva sa.

Aceasta procedura este derivată din jurisprudenţa instanţelor americane, fiind cunoscută sub denumirea de *avertismentul Miranda* sau *regulile Miranda.*

În doctrină s-a exprimat opinia că sancţiunea neaducerii la cunoştinţa martorului, a învinuitului sau a inculpatului a dreptului la tăcere şi a privilegiului împotriva autoincriminării o reprezintă excluderea mijlocului de probă nelegal obţinut, potrivit art. 64 alin. 2 C.p.p., atât în cazul audierii în cursul urmăririi penale cât şi în cazul audierii în faza de judecată.

Considerăm că aplicarea acestei sancţiuni în toate cazurile este excesivă, astfel că în acele situaţii în care din ansamblul actelor de procedura desfăşurate pe parcursul procesului penal rezultă că învinuitului sau inculpatului i s-a dat posibilitatea reală să-şi formuleze apărările într-o procedură contradictorie în faţa instanţei, pot fi luate în considerare la stabilirea vinovăţiei persoanei acuzate de săvârşirea unei infracţiuni şi depoziţiile luate în condiţiile în care acestuia nu i s-a adus la cunoştinţă faptul că are dreptul de a nu face nicio

[16] A se vedea **D. Ionescu**, *Procedura avertismentului. Consecinţe în materia validităţii declaraţiilor acuzatului în procesul penal*, în C.D.P. nr. 2/2006, p.61-62

declaraţie, iar tot ceea ce declară poate fi folosit şi împotriva sa.

Pentru considerentele expuse mai sus, nu suntem de acord cu punctul de vedere exprimat în doctrină, conform căruia „sancţiunea excluderii mijloacelor de probă trebuie să se aplice şi faţă de probele legal administrate, pornind de la informaţii obţinute din probe nelegal administrate, fiind, astfel, aplicat dictonul *efectului la distanţă* sau *fructele pomului otrăvit*[17].

În practica instanţelor s-a reţinut că incriminarea prin OUG nr. 195/2002 a faptei de a părăsi locul accidentului, nu constituie o încălcare a privilegiului împotriva autoincriminării. În speţa soluţionată de Î.C.C.J, s-a considerat că rămânerea la locul accidentului a inculpatului acuzat de tâlhărie (sustragerea prin violenţă a unui autoturism), conducerea fără permis şi părăsirea locului accidentului, nu ar echivala cu o autodenunţare sau autoincriminare pentru primele două infracţiuni.[18]

[17] A se vedea **M. Udroiu** şi **O. Predescu** , *op.* cit., p.672.
[18] A se vedea ÎCCJ, secţia penală, decizia nr. 1877/2003.

COORDONATORUL PUBLICAŢIEI
Procuror şef serviciu
CONSTANTIN SIMA

Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie
Bd. Libertăţii nr.12 - 14, sector 5, Bucureşti
Telefon: 021/319.38.36 sau 021/319.38.56/2214
e-mail: Constantin_Sima@mpublic.ro

Tehnoredactare computerizată
Costache Adrian
documentare@mpublic.ro

ISSN-1224-241