

2
2016

PRO LEGE
Anul LXIV, Serie Nouă: Anul XXVI



MINISTERUL PUBLIC
PARCHETUL DE PE LĂNGĂ ÎNALȚA
CURTE DE CASAȚIE ȘI JUSTIȚIE

Anul LXIV

Revistă fondată în 1952
Serie Nouă: Anul XXVI, Nr. 2/2016

PRO LEGE

Constantin Sima

Ordonanța de urgență – între
neconstituționalitate și normalitate

Mari-Claudia Ivan | Gheorghe Ivan

Mandatul de arestare preventivă

Remus Jurj-Tudoran

Unele considerații referitoare la
modificarea legislației naționale
în vederea respectării standardelor
Curții Europene a Drepturilor Omului

ISSN: 1224-2411

Revistă fondată în anul 1952

COLEGIUL DE REDACȚIE

- conf. univ. dr. **Constantin Sima**
- prof. univ. dr. **Gheorghe Ivan**
- procuror **Simona Frolu**
- procuror dr. **Remus Jurj-Tudoran**
- procuror **Dorinel Oancea**
- procuror **Liviu Popescu**

SECRETARIATUL TEHNIC DE REDACȚIE

- Consilier **Mădălina-Silviana Savopol**
- Grefier **Adrian Costache**

CONDIȚII DE PUBLICARE

Materialele destinate publicării trebuie să îndeplinească următoarele condiții minimale:

1. Manuscrisele pot fi trimise redacției în format electronic, la adresa *documentare@mpublic.ro* în Microsoft Word, Century sau Times New Roman, cu corp de 14, la două rânduri, opțiunea Justify și cu diacritice. Acestea pot fi, de asemenea, înmânate personal redacției, caz în care manuscrisele trebuie să fie, deopotrivă, în format electronic și tipărite;

2. Cu referire la autor, manuscrisele trebuie să fie însoțite de următoarele informații: nume, titlul didactic sau științific, profesia, funcția, instituția în care își desfășoară activitatea, adresă poștală, număr de telefon/fax, e-mail și, opțional, fotografie în format JPG. Diagramele, schemele, imaginile și tabelele se realizează în Microsoft Word;

3. Manuscrisele vor fi însoțite de un scurt rezumat al articolului, scris atât în limba română, cât și în limba engleză, care să reflecte ideile de bază ale materialului și să conțină *cuvintele cheie* din tezaurul de cuvinte cheie ale domeniului abordat;

4. Articolele, studiile, comentariile înaintate spre publicare trebuie să respecte structura științifică consacrată;

5. Autorul își asumă întreaga responsabilitate pentru ideile exprimate în articol, pentru documentarea invocată și sursele citate. Indicațiile bibliografice trebuie să respecte normele citării. Redacția “*Pro Lege*” nu își asumă responsabilitatea pentru opiniile exprimate de autori în articolele trimise spre publicare. Manuscrisele nu sunt înapoiate autorilor;

6. Redacția “*Pro Lege*” își rezervă dreptul de a accepta spre publicare sau respinge materialele primite, precum și de a face modificări editoriale, fără să afecteze în vreun fel înțelesul și originalitatea textului trimis spre publicare;

7. Persoanele și instituțiile interesate de copierea sau prelucrarea unor articole sau părți de articole, publicate în “*Pro Lege*”, o pot face în condițiile prevăzute de Legea nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe.

Redacția Pro Lege

CUPRINS

AUGUSTIN LAZĂR: <i>Un nou început</i>	9
EDITORIAL	
CONSTANTIN SIMA: <i>Ordonanța de urgență – între neconstituționalitate și normalitate</i>	11
STUDII – ARTICOLE – DISCUȚII – COMENTARIU - ANALIZE	
MARI-CLAUDIA IVAN, GHEORGHE IVAN: <i>Mandatul de arestare preventivă</i>	16
CONSTANTIN SIMA: <i>Prezumția de nevinovăție și calitatea actului de urmărire penală</i>	26
ALEXANDRU ADRIAN ANGHEL: <i>Înlocuirea controlului judiciar cu arestarea preventivă</i>	30
MIRCEA PETRESCU: <i>Acordul de recunoaștere a vinovăției</i>	33
ȘTEFANIA STAN: <i>Determinarea autorității judiciare competente să execute o cerere de asistență judiciară internațională. Vânzare-cumpărare de nou-născuți. Trafic de minori. Aplicarea Convenției suplimentare cu privire la abolirea sclaviei, traficului de sclavi și a instituțiilor și practicilor analoage sclaviei și a Convenției cu privire la drepturile copilului</i>	38
ANTIGONA CAMELIA IORDANA: <i>Diferite forme ale cuplurilor necăsătorite. Încheierea căsătoriei (II)</i>	45
DIN JURISPRUDENȚA ÎNALTEI CURȚI DE CASAȚIE ȘI JUSTIȚIE - COMPLETUL PENTRU DEZLEGAREA UNOR CHESTIUNI DE DREPT ÎN MATERIE PENALĂ	
<i>Minutele deciziilor Completului pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală al Înaltei Curți de Casație și Justiție (martie – iunie 2016)</i>	67

DIN JURISPRUDENȚA CURȚII EUROPENE A DREPTURILOR OMULUI

REMUS JURJ-TUDORAN: <i>Unele considerații referitoare la modificarea legislației naționale în vederea respectării standardelor Curții Europene a Drepturilor Omului în materia dreptului la un proces echitabil, privit din perspectiva securității raporturilor juridice</i>	70
---	-----------

DOCTRINĂ STRĂINĂ

HANS-HEINRICH JESCHECK, THOMAS WEIGEND: <i>Teoria generală a infracțiunii</i>	77
---	-----------

VARIA

GRIGORE VOICU: <i>Ghidul de bune practici în expertiza judiciară civilă în Uniunea Europeană: instrument pentru armonizarea practicii și model european aflat la îndemâna cetățenilor și companiilor din Uniunea Europeană</i>	119
--	------------

DENISA SILIVESTRU: <i>Rolul procurorului în justiția democratică sau cine suntem noi</i>	122
--	------------

GEORGE ION POP: <i>Cum se pune în aplicare legislația Uniunii Europene privind biodiversitatea și traficul de animale sălbatice, plante și derivate ale acestora</i>	128
--	------------

<i>Lege cu privire la executarea măsurilor de îndreptare și siguranță, precum și de internare provizorie (legea bavareză cu privire la internarea în clinicile de psihiatrie medico-legală) (traducere din limba germană)</i>	137
---	------------

RESTITUIRI

TRAIAN ROMULUS SCRIBAN: <i>Lăsați, d-lor politicieni, în pace parchetele și cabinete de instrucție („Curierul judiciar”, anul XXXIX, nr. 21/1930)</i>	171
---	------------

VITRINA CĂRȚII JURIDICE	173
--------------------------------	------------

TABLE OF CONTENTS

AUGUSTIN LAZĂR: <i>A new beginning</i>	9
--	---

EDITORIAL

CONSTANTIN SIMA: <i>Emergency ordinance – between unconstitutionality and normality</i>	11
---	----

STUDIES – ARTICLES – DISCUSSIONS – COMMENTS – ANALYSIS

MARI-CLAUDIA IVAN, GHEORGHE IVAN: <i>The preventive arrest warrant</i>	16
--	----

CONSTANTIN SIMA: <i>The presumption of innocence and the quality of prosecution</i>	26
---	----

ALEXANDRU ADRIAN ANGHEL: <i>Replacing of judicial control with preventive arrest</i>	30
--	----

MIRCEA PETRESCU: <i>The agreement for admission of guilt</i>	33
--	----

ȘTEFANIA STAN: <i>The establishment of judicial authority, competent to execute an international judicial assistance request. Sale-buy of new born. Trafficking in minors. The application of the Supplementary Convention regarding the abolition of slavery, trafficking of slaves and of the institutions and slavery analogous practices and of the Convention regarding the children's rights</i>	38
--	----

ANTIGONA CAMELIA IORDANA: <i>Different forms of unmarried couples. Contracting marriage (II)</i>	45
--	----

FROM THE JURISPRUDENCE OF THE HIGH COURT OF CASSATION AND JUSTICE – THE PANEL FOR SOLVING SOME ISSUES OF LAW IN CRIMINAL MATTER

<i>The minutes of the decisions of the Panel for solving some issues of law in criminal matter of the High Court of Cassation and Justice (March-June 2016)</i>	67
---	----

FROM THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

REMUS JURJ-TUDORAN: <i>Some considerations referring to the modification of national legislation in view of respecting the standards of The European Court of Human Rights in the matter of law in a fair trial, viewed from the perspective of security of judicial reports</i>	70
--	----

FOREIGN DOCTRINE

HANS-HEINRICH JESCHECK, THOMAS WEIGEND: <i>General theory of the offence</i>	77
--	----

MISCELLANEOUS

GRIGORE VOICU: <i>Good practices guide in civil judicial expertise in European Union: instrument for the harmonization of practice and European model available for the citizen and companies from the European Union</i>	119
---	-----

DENISA SILIVESTRU: <i>The role of the prosecutor in the democratic justice or who we are</i>	122
--	-----

GEORGE ION POP: <i>How to enforce EU legislation on biodiversity and wildlife trafficking</i>	128
---	-----

<i>Law with regards to the execution of the correction and safety measures, as well as hospitalization (the Bavarian law with regards to the hospitalization in the forensic psychiatric clinic) (translation from German language)</i>	137
---	-----

RETURNS

TRAIAN ROMULUS SCRIBAN: <i>Leave alone, gentleman politicians, the prosecutor's offices and instruction cabinets ("Judicial courier", year XXXIX, no. 21/1930</i>	171
---	-----

JUDICIAL BOOKS WINDOW	173
------------------------------	-----

TABLE DE MATIÈRES

AUGUSTIN LAZĂR: <i>Un nouveau départ</i>	9
EDITORIAL	
CONSTANTIN SIMA: <i>L'ordonnance d'urgence – entre non constitutionnalité et normalité</i>	11
ETUDES – ARTICLES – DISCUSSIONS – COMMENTAIRES – ANALYSES	
MARI-CLAUDIA IVAN, GHEORGHE IVAN: <i>Le mandat d'arrêt provisoire</i>	16
CONSTANTIN SIMA: <i>La présomption d'innocence et la qualité de l'acte de poursuite pénale</i>	26
ALEXANDRU ADRIAN ANGHEL: <i>Remplacer le contrôle judiciaire avec l'arrêt provisoire</i>	30
MIRCEA PETRESCU: <i>La négociation de plaider</i>	33
ȘTEFANIA STAN: <i>Etablir l'autorité judiciaire compétente à exécuter une demande d'entraide judiciaire internationale. La vente et l'achat de nouveaux-nés. La traite des mineurs. Application de la Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage et de la Convention relative aux droits de l'enfant</i>	38
ANTIGONA CAMELIA IORDANA: <i>Les différentes formes des couples non mariés. Contracter un mariage (II)</i>	45
DE LA JURISPRUDENCE DE LA HAUTE COUR DE CASSATION ET DE JUSTICE – LE POOL DE JUGES A RESOUDRE DES QUESTIONS DE DROIT EN MATIERE PENALE	
<i>Les minutes du Pool de juges à résoudre des questions de droits en matière pénale de la Haute Cour de Cassation et de Justice (mars – juin 2016)</i>	67

DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

REMUS JURJ-TUDORAN: <i>Quelques considérations sur la modification de la législation nationale afin de respecter les standards de la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans la matière du droit à un procès équitable, de la perspective de la sécurité des rapports juridiques</i>	70
---	----

DOCTRINE ETRANGERE

HANS-HEINRICH JESCHECK, THOMAS WEIGEND: <i>La théorie générale de l'infraction</i>	77
--	----

VARIA

GRIGORE VOICU: <i>Le guide de bonnes pratiques dans l'expertise judiciaire civile dans l'Union Européenne: instrument pour harmoniser la pratique et modèle européen à la portée des citoyens et des compagnies de l'Union Européenne</i>	119
DENISA SILIVESTRU: <i>Le rôle du procureur dans la justice démocratique ou qui sommes nous</i>	122
GEORGE ION POP: <i>Comment mettre en œuvre la législation de l'Union Européenne relative à la biodiversité et au trafic d'animaux sauvages, plantes et leurs dérivés</i>	128
<i>La Loi relative à l'exécution des mesures de redressement et de sûreté, ainsi que d'hospitalisation provisoire (la loi bavaroise relative à l'hospitalisation dans les cliniques de psychiatrie médico-légale) (traduction de l'allemand)</i>	137

RESTITUTIONS

TRAIAN ROMULUS SCRIBAN: « <i>Laissez tranquilles, messieurs les politiciens, les parquets et les cabinets d'instruction</i> » ('Le Courrier judiciaire', année XXXIX, no. 21/1930)	171
--	-----

LA VITRINE DU LIVRE JURIDIQUE	173
--------------------------------------	-----

Un nou început

Distinși colegi,

Determinat de imperativul optimizării grabnice a eforturilor noastre instituționale, mai puțin obișnuit, poate, mă adresez vouă, tuturor, cu rugămintea să veniți în întâmpinarea eforturilor noastre de reconstrucție a paradigmei și a politicii editoriale ale *revistei Pro Lege*, care anul acesta împlinește 64 de ani de la apariția primului număr. Fundamental, în portofoliul nostru conceptual și lucrativ dispunem de un pachet de intenții care vizează: redefinirea și consolidarea instituțională a identității editoriale a revistei în spațiul public național și promovarea în mediul judiciar internațional; reconsiderarea modelului editorial al revistei *Pro Lege* în consens cu obiectivele *Strategiei actuale de dezvoltare a sistemului judiciar*; ancorarea formatului editorial al revistei într-o arhitectură publicistică modernă, aptă să răspundă exigențelor specifice ale genului; dezvoltarea contribuției Ministerului Public la definirea conceptuală a problemelor de fond ale sistemului judiciar, adaptat cerințelor societății, capabil să răspundă proactiv provocărilor specifice ale prezentului; dezvoltarea prestigiului intelectual al publicației în comunitatea academică națională, prin publicarea unor materiale care să promoveze știința dreptului, în general, și a dreptului penal, în special; indexarea revistei în mai multe baze de date internaționale recunoscute, precum și menționarea pe site-urile unor biblioteci de prestigiu din străinătate; și, nu în ultimul rând, racordarea performantă a acesteia la sistemul de valori al comunității judiciare europene.

Dragi colegi,

Revista noastră nu poate fi mai bună fără contribuția voastră, constând în trimiterea către redacție a unor valoroase studii, articole și comentarii de doctrină și practică judiciară, în vederea publicării. Altitudinea dovedită a competenței voastre, experiența dobândită în câmpul practicii, în contextul specializărilor formate, vigoarea culturii juridice, afirmată în consolidarea valorilor fundamentale ale dreptului, efortul vostru desfășurat pentru reprezentarea conceptuală a tuturor fațetelor fenomenului juridic sunt – afirm cu întreaga convingere – resursele vitale ale proiectării și angajării *noului concept editorial al revistei Pro Lege*.

Așadar, vrem să construim o publicație juridică demnă de prestigiul nostru profesional, de resursele intelectuale ale tinerei generații de magistrați

procurori, precum și de așteptările corpului social al Cetății, o publicație care să *respire* editorial prin formele consacrate ale unui astfel de profil.

Vă mulțumesc!

Cu statornică prețuire,

Prof. univ. dr. AUGUSTIN LAZĂR

Procuror general

al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție

ORDONAȚA DE URGENȚĂ – ÎNTRE NECONSTITUȚIONALITATE ȘI NORMALITATE

CONSTANTIN SIMA*

Procuror șef serviciu - Parchetul de pe lângă
Înalta Curte de Casație și Justiție
Conf. univ. dr., Facultatea de drept,
Universitatea Titu Maiorescu, București

ABSTRACT

The adoption by the Government of an emergency ordinance to modify and complete the criminal law, was received reservedly by the public opinion, expressing some critics with regards to the capacity of the Government to legislate in criminal matters.

Key words: emergency ordinance, legislative delegation.

1. Considerații prealabile. Observând că un număr important de texte penale și procesual penale, declarate neconstituționale, nu au fost puse de acord cu Legea fundamentală în termenul de 45 de zile prevăzut de art. 147 alin. (1) din Constituția României, fapt ce ar putea determina interpretarea diferită a acestor norme în jurisprudență, Guvernul României a decis să adopte o ordonanță de urgență care să rezolve toate aceste probleme.

La luarea acestei decizii s-a avut în vedere și existența mai multor proceduri de *infringement*, unele în stadii avansate, care puteau duce la condamnarea României de către Curtea de Justiție a Uniunii Europene, cu consecința aplicării unor sancțiuni pecuniare de natură a afecta bugetul de stat și îndeplinirea obiectivelor asumate de Guvernul României¹.

Toate acestea au determinat Guvernul să aprecieze că ne aflăm în fața unei situații extraordinare, a cărei reglementare nu mai poate fi amânată, în

* constantin_sima@mpublic.ro

¹ Ordonanța de urgență nr. 18/18.05.2016 pentru modificarea și completarea Legii nr. 286/2009 privind Codul penal, Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală, precum și pentru completarea art. 31 alin. (1) din Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară, Expunere de motive, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 389 din 23 mai 2016.

sensul art. 115 alin. (4) din Constituția României, astfel că se impune legiferarea de urgență.

În cele ce urmează vom încerca să răspundem la întrebarea dacă au fost întrunite condițiile delegării legislative, așa cum este reglementată de art. 115 din Constituția României, și vom trece în revistă principalele prevederi din ordonanța de urgență.

2. Delegarea legislativă. Acest procedeu de legiferare a fost conceput ca un „substitut” al activității legislative în perioade deosebit de critice, mai ales în cele de război². Competența Guvernului de a emite ordonanțe este o extindere a competenței lui generale prin efectul unei legi de abilitare³.

Delegarea legislativă este un transfer de atribuții legislative în condițiile restrictive prevăzute de Legea fundamentală⁴.

Deși în doctrină se recunoaște faptul că delegarea legislativă compromite câteva principii, cum sunt principiul legalității, principiul delimitării funcției legislative de funcția executivă, principiul monopolului legislativ, principiul instituției delegării în dreptul public și principiul controlului executat *a priori* în cazul unor reglementări de domeniul legii, totuși se acceptă ideea că ordonanțele constituie un rău necesar, care reface unitatea procesului normativ scindat prin existența unui domeniu exclusiv de legiferare și a unui domeniu legiferat⁵.

Condițiile specifice ale ordonanțelor de urgență sunt: existența unei situații extraordinare; imposibilitatea de amânare a reglementării; motivarea urgenței în cuprinsul ordonanței; depunerea acesteia spre dezbatere în procedura de urgență la camera competentă a fi sesizată ca cerință de intrare a ei în vigoare; respectarea motivelor materiale de emiteră a ordonanțelor, prin excluderea domeniului legilor constituționale, a regimului instituțiilor fundamentale ale statului, a drepturilor, libertăților și îndatoririlor fundamentale, a drepturilor electorale, prin interdicția măsurilor de trecere silită a unor bunuri în proprietate publică⁶.

Dacă în privința condițiilor generale și a limitelor materiale ale ordonanțelor de urgență doctrina este, în general, de acord, în privința limitei

² I. Deleanu, *Delegarea legislativă, Ordonanțele de urgență ale Guvernului*, Dreptul nr. 9/2000, p. 9.

³ I. Muraru, M. Constantinescu, *Studii constituționale*, Editura Actami, București, 1998, p. 144.

⁴ I. Deleanu, *op. cit.*, p. 9.

⁵ I. Deleanu, *op. cit.*, p. 10.

⁶ C. L. Popescu, *Domeniile de reglementare nu pot face obiectul ordonanțelor de urgență ale Guvernului*, în Dreptul nr. 4/2006, p. 73.

materiale a ordonanțelor de urgență, constând în drepturile, libertățile și îndatoririle constituționale, aprecierile sunt diferite.

Astfel, într-o opinie se afirmă categoric că domeniile clasice, în care Guvernul a intervenit până acum fără rețineri prin ordonanță de urgență, cum ar fi pedepsele, procedura penală și procedura civilă care afectează drepturile fundamentale, învățământul, sănătatea, fiscalitatea, circulația în străinătate, munca, protecția socială, nivelul de trai, proprietatea – sunt, fără putință de tăgadă, interzise ordonanțelor de urgență, fără a distinge dacă materiile care afectează drepturile, libertățile sau îndatoririle fundamentale aparțin domeniului legii ordinare sau domeniului rezervat legii organice⁷.

Într-o altă opinie se apreciază că dispozițiile art. 115 alin. (6) potrivit cărora ordonanțele de urgență nu pot afecta regimul instituțiilor fundamentale ale statului, drepturile, libertățile și îndatoririle prevăzute de Constituție, trebuie interpretate contextual juridic. Conform unei astfel de interpretări, interdicția reglementării vizează o înrăutățire a regimului juridic al instituțiilor fundamentale, nu și o perfecționare a organizării și funcționării acestora⁸.

Cât privește drepturile, libertățile și îndatoririle prevăzute de Constituție, exercițiul acestora poate fi restrâns prin lege, proporțional și temporar, dacă măsura este necesară într-o societate democratică, fără a se aduce atingere existenței dreptului sau libertății, așa cum rezultă din dispozițiile art. 53 alin. (2) din Constituția României.

Cum ordonanțele de urgență au forța juridică a legii, în condițiile și limitele prevăzute de art. 53 alin.(1) și (2) din Legea fundamentală, acestea pot fi adoptate și în acest domeniu, chiar dacă în situațiile avute în vedere de textul constituțional – apărarea securității naționale, a ordinii, a sănătății ori a moralei publice, a drepturilor și libertăților fundamentale, desfășurarea instrucției penale – au inevitabil consecințe negative pentru cetățeni, dar cu caracter excepțional și pasager⁹.

În ceea ce privește situațiile extraordinare în care pot fi adoptate ordonanțe de urgență, în doctrină s-a precizat că acestea au semnificația unor situații imprevizibile care se abat de la regulile sau așteptările obișnuite, de natură să întrețină și să favorizeze periclitarea interesului public, implicit, din alt motiv, măsuri urgente pentru prevenirea sau înlăturarea pericolului, aplicabile de îndată, cel puțin în parte¹⁰.

⁷ C. L. Popescu, *op. cit.*, p. 89.

⁸ I. Deleanu, *Unele observații cu privire la constituționalitatea ordonanțelor de urgență*, Curierul judiciar, nr. 6/2006, p. 51

⁹ I. Deleanu, *op. cit.*, p. 54

¹⁰ I. Deleanu, *Instituții și proceduri constituționale - în dreptul român și în dreptul comparat*, Editura C.H. Beck, București, 2006, p. 705

Analizând reglementarea constituțională a ordonanței de urgență, toți aceștia conchid că trebuie limitată expres sfera de acțiune a bunului prin ordonanțe de urgență în anumite domenii, care, datorită importanței lor pentru cetățeni, trebuie lăsate exclusiv la dispoziția forului legislativ¹¹.

3. Conținutul actului normativ. Condiția urgenței este justificată de inițiator prin acumularea unui mare număr de decizii ale Curții Constituționale și a unui număr important de directive care au creat o situație extraordinară a cărei reglementare nu mai suportă amânare.

Argumentul este discutabil atâta vreme cât Comisia Juridică a Camerei Deputaților lansase o invitație reprezentanților Autorității Judecătorești, în cursul lunii martie a.c., pentru modificarea și completarea legislației penale, ținând seama de 25 de decizii ale Curții Constituționale care se referă la legislația penală și procedura penală.

Adoptarea de către Guvern a acestui act normativ, care reprezintă o soluție la problemele actuale de legislație penală, pune în evidență necorelarea programului Autorității Executive cu cel al Autorității Legislative.

Inițiatorul Ordonanței de urgență a vizat punerea în conformitate a legii penale și a celei procesual penale cu 13 decizii ale Curții Constituționale și 5 directive ale Parlamentului European și ale Consiliului, vizând participarea procurorului sau a unor părți la unele etape ale procesului penal, procedura soluționării plângerii împotriva soluțiilor procurorului, procedura acordului de recunoaștere a vinovăției, reglementarea unor căi de atac care să permită contestarea luării măsurilor asiguratorii de către judecătorul de cameră preliminară și de către instanța de judecată și clarificarea unor competențe.

În principiu, suntem de acord cu soluțiile legislative și implicit cu deciziile Curții Constituționale, cu o singură excepție: renunțarea la urmărire penală.

Această instituție a fost concepută special pentru a reduce volumul de activitate al instanțelor ori, în condițiile în care renunțările la urmărire penală dispuse de procuror ajung să fie confirmate de Camera preliminară, cu participarea procurorului și a părților, încărcarea instanțelor este aproape aceeași.

Curtea Constituțională nu a avut în vedere că această instituție funcționează de mai bine de 50 ani în Franța, unde procurorul are un incontestabil drept de <<classement sans suite>>, fără ca soluția sa de renunțare la urmărire penală să mai fie verificată de vreo instanță.

¹¹ D. Tofan, E.S. Tănăsescu, în E.S. Tănăsescu, I. Muraru (coordonatori), *Constituția României; Comentariu pe articole*, Editura C.H. Beck, București, 2008, p. 1085

Inițiatorul apreciază că acest act normativ contribuie la stabilitate legislativă, aduce un plus de valoare celor două coduri, crește protecția unor categorii de persoane vulnerabile și consolidează caracterul echitabil al procesului penal prin acordarea garanțiilor procesuale.

Întru totul de acord cu aceste aprecieri, cu condiția ca Parlamentul României să adopte cât mai urgent, în urma dezbaterii, textul ordonanței de urgență, conferindu-i astfel girul autorității legislative.

Adoptarea actelor normative importante de către forul legislativ este o caracteristică a regimurilor democratice stabile ale statelor care promovează și aplică principiile statului de drept.

STUDII – ARTICOLE – DISCUȚII – COMENTARII - ANALIZE

MANDATUL DE ARESTARE PREVENTIVĂ

MARI-CLAUDIA IVAN *

Doctorand – Facultatea de Drept,
Universitatea din București

dr. *GHEORGHE IVAN* **

Cercetător științific asociat – Institutul de
Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”
al Academiei Române

Prof. univ. – Facultatea de Științe Juridice, Sociale
și Politice, Universitatea „Dunărea de Jos” din Galați

Procuror – Parchetul de pe lângă
Înalta Curte de Casație și Justiție

ABSTRACT

Regarding the preventive arrest warrant, the New Criminal Procedure Code took over, with a few modifications, the provisions of the former Criminal Procedure Code (1968).

The authors analyze the institution of the preventive arrest warrant for the defendant, presenting critical aspects and proposing some improvements of the new regulations.

Key words: The New Criminal Procedure Code, preventive arrest, the preventive arrest warrant

Introducere. Art. 230 C.pr.pen.¹ (Legea nr. 135/2010²) a preluat, cu mici modificări, dispozițiile din art. 151 și art. 152 alin. (1) ale Codului de procedură penală anterior (în continuare C.pr.pen. 1968).

* e-mail: mariclaudia_i@yahoo.com

** e-mail: ivan_gheorghe_p@yahoo.com

¹ „Art. 230. Mandatul de arestare preventivă

(1) În baza încheierii prin care s-a dispus arestarea preventivă a inculpatului, judecătorul de drepturi și libertăți de la prima instanță sau, după caz, de la instanța ierarhic superioară emite de îndată mandatul de arestare preventivă.

(2) Dacă, prin aceeași încheiere, s-a dispus arestarea preventivă a mai multor inculpați, se emite câte un mandat pentru fiecare dintre ei.

(3) În mandatul de arestare preventivă se arată:

Recent, a fost modificat alin. (5) al art. 230 C.pr.pen. prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 18/2016³, adăugându-se și ipoteza *evadării persoanei arestate*, la cea a *eliberării în orice mod a persoanei arestate*.

1. *Emiterea mandatului de arestare preventivă.* În baza încheierii prin care s-a dispus arestarea preventivă a inculpatului, judecătorul de drepturi și libertăți de la prima instanță sau, după caz, de la instanța ierarhic superioară

-
- a) instanța din care face parte judecătorul de drepturi și libertăți care a dispus luarea măsurii arestării preventive;
 - b) data emiterii mandatului;
 - c) numele, prenumele și calitatea judecătorului de drepturi și libertăți care a emis mandatul;
 - d) datele de identitate ale inculpatului;
 - e) durata pentru care s-a dispus arestarea preventivă a inculpatului, cu menționarea datei la care încetează;
 - f) arătarea faptei de care este acuzat inculpatul, cu indicarea datei și locului comiterii acesteia, încadrarea juridică, infracțiunea și pedeapsa prevăzută de lege;
 - g) temeiurile concrete care au determinat arestarea preventivă;
 - h) ordinel de a fi arestat inculpatul;
 - i) indicarea locului unde va fi deținut inculpatul arestat preventiv;
 - j) semnătura judecătorului de drepturi și libertăți;
 - k) semnătura inculpatului prezent. În cazul în care acesta refuză să semneze, se va face mențiune corespunzătoare în mandat.

(4) Când mandatul de arestare a fost emis după ascultarea inculpatului, judecătorul care a emis mandatul înmânează un exemplar al mandatului persoanei arestate și organului de poliție.

(4¹) Mandatul de arestare poate fi transmis organelor de poliție și prin fax, poștă electronică sau prin orice mijloc în măsură să producă un document scris în condiții care să permită autorităților destinatar să îi stabilească autenticitatea.

(5) Dacă persoana vătămată a solicitat înștiințarea sa cu privire la eliberarea în orice mod sau evadarea persoanei arestate, judecătorul care a emis mandatul consemnează aceasta într-un proces-verbal, pe care îl predă organului de poliție.

(6) Organul de poliție predă exemplarul original al mandatului de arestare preventivă și procesul-verbal prevăzut la alin. (5) administrației locului de deținere.”

² Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 486 din 15 iulie 2010, cu modificările și completările ulterioare. Noul Cod de procedură penală a intrat în vigoare la data de 1 februarie 2014, potrivit art. 103 din Legea nr. 255/2013 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală și pentru modificarea și completarea unor acte normative care cuprind dispoziții procesual penale (publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 515 din 14 august 2013, cu modificările și completările ulterioare).

³ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 389 din 23 mai 2016. Anterior modificării, alin. (5) al art. 230 C.pr.pen. avea următorul conținut: „Dacă persoana vătămată a solicitat înștiințarea sa cu privire la eliberarea în orice mod a persoanei arestate, judecătorul care a emis mandatul consemnează aceasta într-un proces-verbal, pe care îl predă organului de poliție.”

emite *de îndată* mandatul de arestare preventivă. Observăm că încheierea prin care se dispune arestarea preventivă reprezintă actul procesual, iar mandatul de arestare preventivă reprezintă actul procedural, deoarece prin acesta se execută dispoziția cuprinsă în încheiere.

Dacă, prin aceeași încheiere, s-a dispus arestarea preventivă a mai multor inculpați, se emite *câte un mandat pentru fiecare dintre ei*, acesta fiind, ca atare, *individual*⁴.

2. *Conținutul mandatului de arestare preventivă.* Mandatul de arestare preventivă a inculpatului cuprinde:

a) instanța din care face parte judecătorul de drepturi și libertăți care a dispus luarea măsurii arestării preventive;

b) data emiterii mandatului;

c) numele, prenumele și calitatea judecătorului de drepturi și libertăți care a emis mandatul;

d) datele de identitate ale inculpatului;

e) durata pentru care s-a dispus arestarea preventivă a inculpatului, cu menționarea datei la care încetează;

f) arătarea faptei de care este acuzat inculpatul, cu indicarea datei și locului comiterii acesteia, încadrarea juridică, infracțiunea și pedeapsa prevăzută de lege;

g) temeiurile concrete care au determinat arestarea preventivă;

h) ordinul de a fi arestat inculpatul;

i) indicarea locului unde va fi deținut inculpatul arestat preventiv, care este de regulă arestul inspectoratului de poliție situat în raza instanței din care face parte judecătorul care a dispus luarea măsurii arestării preventive;

j) semnătura judecătorului de drepturi și libertăți;

k) semnătura inculpatului prezent; în cazul în care acesta refuză să semneze, se va face mențiune corespunzătoare în mandat.

De o importanță deosebită sunt mențiunile privind arătarea faptei de care este acuzat inculpatul, cu indicarea datei și locului comiterii acesteia, încadrarea juridică a acesteia, denumirea infracțiunii și pedeapsa prevăzută de lege, precum și indicarea temeiurilor concrete care au determinat arestarea preventivă, întrucât în raport de aceste mențiuni se poate verifica legalitatea și temeinicia emiterii mandatului de arestare preventivă⁵. Totodată, ordinul de a

⁴ Gr. Theodoru, *Tratat de Drept procesual penal*, Editura Hamangiu, București, 2007, p. 453.

⁵ În același sens, V. Dongoroz ș.a., *Explicații teoretice ale Codului de procedură penală român. Partea generală*, vol. V, ediția a II-a, Editura Academiei Române & Editura All Beck, București, 2003, p. 327.

fi arestat inculpatul și indicarea locului unde va fi deținut acesta constituie *ordinul legal al autorității* pentru cei care execută mandatul de arestare preventivă.

În privința *temeiurilor concrete care au determinat arestarea preventivă*, noua lege (ca și cea anterioară) are în vedere cazurile prevăzute în art. 223 C.pr.pen.⁶

Mandatul de arestare preventivă se întocmește în *patru exemplare originale*: unul rămâne la dosarul instanței, unul se atașează la dosarul de urmărire penală, unul se înmânează inculpatului, iar unul se înmânează organului de poliție, pe care ulterior acesta îl predă la locul de deținere.

3. *Executarea mandatului de arestare preventivă*. Noua lege procesual penală, ca și cea anterioară, conține *două reglementări distincte cu privire la executarea mandatului de arestare preventivă*, după cum măsura arestării a fost dispusă în prezența inculpatului sau în lipsa sa.

Deși reglementările privind executarea mandatului de arestare preventivă trebuiau să-și aibă sediul în același articol, ca în Codul de procedură penală anterior, legiuitorul noii legi procesual penale s-a abătut de la această regulă și le-a introdus în două articole distincte. Astfel, *executarea mandatului de arestare preventivă emis în prezența inculpatului* a fost prevăzută în art. 230 alin. (4), (4¹) și (6) C.pr.pen., iar *executarea mandatului de arestare preventivă emis în lipsa inculpatului* a fost prevăzută în art. 231 C.pr.pen.⁷

⁶ A se vedea, pe larg, M.-C. Ivan, Gh. Ivan, *Considerații asupra arestării preventive cu specială referire la cazurile de aplicare*, în „Dreptul” nr. 4/2015, p. 182-217.

⁷ „Art. 231. Executarea mandatului de arestare preventivă emis în lipsa inculpatului

(1) Când măsura arestării preventive a fost dispusă în lipsa inculpatului, două exemplare originale ale mandatului emis se înaintează organului de poliție de la domiciliul sau reședința inculpatului în vederea executării. În cazul în care inculpatul nu are domiciliul sau reședința în România, exemplarele se înaintează organului de poliție în raza teritorială a căruia se află instanța de judecată.

(2) Mandatul de arestare poate fi transmis organului de poliție și prin fax, poștă electronică sau prin orice mijloc în măsură să producă un document scris în condiții care să permită autorităților destinatare să îi stabilească autenticitatea.

(3) În situația în care mandatul de arestare conține erori materiale, dar permite identificarea persoanei și stabilirea măsurii dispuse în raport cu datele de identificare ale persoanei existente în evidențele organelor de poliție și hotărârea instanței de judecată, organul de poliție execută măsura, solicitând în același timp instanței de judecată îndreptarea erorilor materiale sesizate.

(4) Organul de poliție procedează la arestarea persoanei arătate în mandat, căreia îi predă un exemplar al acestuia, într-una din formele prevăzute la alin. (1) sau (2), după care o conduce în cel mult 24 de ore la judecătorul de drepturi și libertăți care a dispus

Când *mandatul de arestare a fost emis după ascultarea inculpatului și acesta este prezent în momentul emiterii*, judecătorul care a emis mandatul înmânează un exemplar al mandatului persoanei arestate și organului de poliție.

Mandatul de arestare poate fi transmis organelor de poliție și prin fax, poștă electronică sau prin orice mijloc în măsură să producă un document scris, în condiții care să permită autorităților destinate să îi stabilească autenticitatea.

Organul de poliție procedează la încătușarea inculpatului și la conducerea acestuia la locul de deținere menționat în mandatul de arestare, unde îl predă, împreună cu exemplarul original al mandatului de arestare preventivă și, eventual, cu procesul-verbal prevăzut la alin. (5) al art. 230 C.pr.pen.

4. *Garantarea securității persoanei vătămate.* Dacă persoana vătămată a solicitat înștiințarea sa cu privire la eliberarea în orice mod sau la evadarea persoanei arestate, judecătorul care a emis mandatul consemnează aceasta într-un proces-verbal, pe care îl predă organului de poliție.

5. *Hotărâri ale Curții Europene a Drepturilor Omului privind conținutul mandatului de arestare preventivă. Cauza Pantea contra României.* Curtea Europeană a Drepturilor Omului (în continuare C.E.D.O. sau Curtea de la Strasbourg) notează că Guvernul României nu a contestat

măsura arestării preventive sau, după caz, la judecătorul de cameră preliminară ori completul la care se află spre soluționare dosarul cauzei.

(5) *În vederea executării mandatului de arestare preventivă, organul de poliție poate pătrunde în domiciliul sau reședința oricărei persoane fizice, fără învoirea acesteia, precum și în sediul oricărei persoane juridice, fără învoirea reprezentantului legal al acesteia, dacă există indicii temeinice din care să rezulte bănuiala rezonabilă că persoana din mandat se află în domiciliul sau reședința respectivă.*

(6) *În cazul în care arestarea preventivă a inculpatului a fost dispusă în lipsă din cauza stării sănătății, din cauză de forță majoră sau stare de necesitate, inculpatul este prezentat, la încetarea acestor motive, judecătorului de drepturi și libertăți care a luat măsura ori, după caz, judecătorului de cameră preliminară sau completului la care se află spre soluționare dosarul cauzei.*

(7) *Judecătorul de drepturi și libertăți procedează la audierea inculpatului conform art. 225 alin. (7) și (8), în prezența avocatului acestuia, și, evaluând declarația inculpatului în contextul probelor administrate și al motivelor avute în vedere la luarea măsurii, dispune prin încheiere, după audierea concluziilor procurorului, confirmarea arestării preventive și a executării mandatului ori, după caz, în condițiile prevăzute de lege, revocarea arestării preventive sau înlocuirea acesteia cu una dintre măsurile preventive prevăzute la art. 202 alin. (4) lit. b) - d) și punerea în libertate a inculpatului, dacă nu este arestat în altă cauză.”*

faptul că arestarea preventivă a reclamantului a fost dispusă cu nerespectarea dispozițiilor dreptului intern în materie, pe de o parte, pentru că nu au existat motive temeinice care să justifice emiterea mandatului de arestare și, pe de altă parte, pentru că procurorul a omis să menționeze, astfel cum prevedeau dispozițiile art. 146 C.pr.pen. 1968, motivele care justificau aprecierea că lăsarea în libertate a reclamantului pune în pericol ordinea publică.

În aceste circumstanțe, C.E.D.O. apreciază că, în cauză, nerespectarea dispozițiilor legale ce reglementează în dreptul intern materia arestării preventive, fapt recunoscut de instanțele judecătorești interne și necontestat de Guvernul României, este, în mod evident, stabilită și atrage încălcarea art. 5 paragr. 1 lit. c) din Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale⁸.

6. Referințe de drept comparat.

6.1. *Codul de procedură penală italian (în continuare C.pr.pen. italian)*. După cum am arătat într-un studiu anterior⁹, *judecătorul pentru anchete preliminare (giudice per le indagini preliminari)* emite o ordonanță de precauție (art. 292 C.pr.pen. italian, modificat, parțial, prin Legea nr. 47 din 16 aprilie 2015¹⁰) și aceasta se pune în executare, din însărcinarea procurorului, de către poliția judiciară, care înmânează acuzatului o copie a ordonanței și-l avertizează despre facultatea de a-și alege un apărător (*difensore di fiducia*)¹¹.

6.2. *Codul de procedură penală francez (în continuare C.pr.pen. francez)*. Potrivit legii procesual penale franceze, numai *judecătorul libertăților și al detenției (le juge des libertés et de la détention)* poate emite un *mandat de deținere (mandat de dépôt)* împotriva persoanei supuse procedurii (*mise en examen*) și care face obiectul unei ordonanțe de arestare preventivă sau de detenție provizorie (*détention provisoire*)¹². Mandatul reprezintă un ordin dat conducătorului stabilimentului penitenciar de a primi

⁸ C.E.D.O., Hotărârea din 3 iunie 2003, §§222-223, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 1150 din 6 decembrie 2004.

⁹ A se vedea M.-C. Ivan, Gh. Ivan, *Admiterea propunerii de arestare preventivă a inculpatului în cursul urmăririi penale*, în „Dreptul” nr. 4/2016, p. 183-185.

¹⁰ Disponibil pe site-ul <http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale> (accesat la 23 iunie 2016).

¹¹ P. Tonini, *Diritto processuale penale*, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano, 2009, p. 300.

¹² Cu privire la ordonanța de arestare preventivă sau de detenție provizorie, a se vedea M.-C. Ivan, Gh. Ivan, *Admiterea propunerii de arestare preventivă a inculpatului în cursul urmăririi penale*, cit. supra, p. 186.

și de a deține persoana menționată în mandat. Așa cum îi arată denumirea, mandatul permite deținerea individului, dar el nu poate să autorizeze căutarea și arestarea, în afară de cazul în care persoana menționată în mandat s-a sustras de la executarea acestuia după ce i-a fost notificat [alin. (1) și (8) ale art. 122 C.pr.pen. francez¹³, modificat prin Legea nr. 2004-204 din 9 martie 2004]. Aceasta presupune ca individul care face obiectul mandatului de deținere să se afle deja la *dispoziția* judecătorului libertăților și al detenției¹⁴.

Ca atare, mandatul de deținere nu poate fi emis decât după interogatoriul acuzatului și numai dacă infracțiunea comisă este sancționată cu pedeapsa criminală sau cu pedeapsa corecțională a închisorii (*emprisonnement*) de 3 ani sau mai mare.

În materie criminală și în materie corecțională, mandatul nu poate fi emis decât pentru executarea unei ordonanței de arestare preventivă sau de încarcerare provizorie, emisă potrivit art. 145 C.pr.pen. francez¹⁵.

Agentul însărcinat cu executarea acestui mandat predă persoana menționată în mandat conducătorului stabilimentului penitenciar, întocmind un act în acest sens (art. 135 C.pr.pen. francez, modificat prin Legea nr. 2000-516 din 15 iunie 2000).

Trebuie să menționăm că, potrivit legii procesual penale franceze, o persoană nu poate fi arestată în lipsă. În vederea luării măsurii arestării preventive, persoana respectivă poate fi condusă imediat în fața judecătorului de instrucție de către un ofițer sau agent al poliției ori de un agent al forței publice în baza unui *mandat de aducere (mandat d'amener)*, folosind dacă este cazul constrângerea prin forță. Organul însărcinat cu executarea lui nu poate pătrunde în domiciliul unui cetățean înainte de ora 6 și nici după ora 21

¹³ Disponibil pe site-ul <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154> (accesat la 23 iunie 2016).

¹⁴ Este posibil, de pildă, ca acuzatul să se prezinte în fața judecătorului de instrucție după ce fusese citat în prealabil; după ce l-a informat, dacă judecătorul de instrucție estimează ca fiind necesară arestarea sa și dacă sunt îndeplinite condițiile legale, emite o ordonanță cu propunerea de plasare în detenție și-l conduce în fața judecătorului libertăților și al detenției. Acesta, după o dezbatere contradictorie, va decide plasarea în detenție printr-o ordonanță motivată și va emite un mandat de deținere, urmând procedura prevăzută în art. 145 C.pr.pen. francez (a se vedea M.-C. Ivan, Gh. Ivan, *Soluționarea propunerii de arestare preventivă a inculpatului în cursul urmăririi penale*, în „Dreptul” nr. 3/2016, p. 175-178). De asemenea, este posibil ca acuzatul să fie adus în fața judecătorului de instrucție în baza unui mandat de aducere (*mandat d'amener*). În sfârșit, este posibil ca acuzatul să fie deja deținut într-o altă cauză (G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, *Procédure pénale*, 20^e edition, Dalloz, Paris, 2006, p. 637).

¹⁵ A se vedea M.-C. Ivan, Gh. Ivan, *Soluționarea propunerii de arestare preventivă a inculpatului în cursul urmăririi penale*, cit. supra, p. 175-178).

[alin. (1) al art. 134 C.pr.pen. francez, modificat prin Legea nr. 2011-267 din 14 martie 2011].

Dacă persoana prevăzută în mandatul de aducere nu poate fi găsită, organul însărcinat cu executarea lui întocmește un proces-verbal de percheziție și de investigații, pe care îl trimite magistratului care a emis mandatul. În acest caz, persoana respectivă este considerată ca una supusă procedurii (*mise en examen*) în vederea aplicării art. 176 C.pr.pen. francez privitor la posibilitatea judecătorului de instrucție de a examina dacă în cauză subzistă elementele constitutive ale unei infracțiuni și de a proceda în consecință – continuarea sau nu a instrucției [alin. (3) al art. 134 C.pr.pen. francez, modificat prin Legea nr. 2011-267 din 14 martie 2011]¹⁶.

Mandatul de aducere permite arestarea persoanei menționate în mandat, dar nu autorizează deținerea ei pe o perioadă mare.

În cazul în care persoana căutată este fugară sau dacă își are reședința în afara teritoriului Franței, judecătorul de instrucție, după ce a primit avizul procurorului Republicii, poate emite contra ei un *mandat de arestare (mandat d'arrêt)* dacă fapta ar putea să atragă pedeapsa închisorii corecționale sau o pedeapsă mai grea [art. 131 C.pr.pen. francez, modificat prin Legea nr. 93-2 din 4 ianuarie 1993]. În celelalte cazuri, se emite de la început un mandat de aducere, care determină la rândul său emiterea unui mandat de deținere după ce s-a dispus arestarea infractorului.

Mandatul de arestare cumulează avantajele pe care le prezintă mandatul de aducere și mandatul de deținere; el permite arestarea individului – ca mandatul de aducere – și deținerea pe o durată mare – ca mandatul de deținere¹⁷.

Mandatul de arestare rămâne valabil și după închiderea fazei instrucției preliminare, când judecătorul de instrucție decide trimiterea cauzei în fața tribunalului corecțional, afară de cazul în care mandatul a fost revocat sau înlocuit¹⁸. În schimb, mandatul de aducere își încetează efectele, însă fără a se aduce atingere posibilității judecătorului de instrucție de a emite un mandat de arestare contra acuzatului [alin. (2) al art. 179 C.pr.pen. francez, modificat prin Legea nr. 2009-1436 din 24 noiembrie 2009]. La fel se procedează cu cele două mandate și în cazul în care judecătorul de instrucție a estimat că fapta pentru care a fost cercetată persoana supusă procedurii constituie o crimă și a ordonat punerea sub acuzare înaintea Curții cu juri

¹⁶ A se vedea, pe larg, Gh. Ivan, *Procesul penal între tradiție și inovație*, în „Dreptul” nr. 7/2011, p. 181-203.

¹⁷ G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, *op. cit.*, p. 638.

¹⁸ *Ibidem*.

[alin. (7) al art. 181 C.pr.pen. francez, modificat prin Legea nr. 2009-1436 din 24 noiembrie 2009].

Persoana arestată în virtutea unui mandat de arestare este condusă în cel mult 24 de ore de la arestare în fața judecătorului de instrucție sau, în lipsa sa, a președintelui tribunalului ori judecătorului desemnat pentru a proceda la interogarea sa și, dacă este cazul, pentru a decide arestarea preventivă, potrivit art. 145 C.pr.pen. francez.

Dacă persoana este arestată la mai mult de 200 km de sediul judecătorului de instrucție care a emis mandatul, ea va fi condusă în cel mult 24 de ore de la arestare în fața judecătorului libertăților și al detenției de la locul arestării¹⁹, care procedează la interogarea persoanei respective după ce i-a adus la cunoștință că are dreptul de a nu face declarații. Îndeplinirea acestei obligații se consemnează într-un proces-verbal.

Judecătorul libertăților și al detenției îl informează fără întârziere pe magistratul care a emis mandatul, acesta solicitând transferul. Dacă transferul nu poate să fie efectuat imediat, judecătorul libertăților și al detenției îi comunică magistratului care a emis mandatul [alin. (1)-(3) ale art. 133 C.pr.pen. francez, modificat prin Legea nr. 2011-1862 din 13 decembrie 2011].

6.3. *Codul de procedură penală german [StPO]²⁰*. În dreptul procesual penal german, mandatul de arestare (*Haftbefehl*) prezintă alte semnificații față de cel consacrat în dreptul nostru.

În primul rând, mandatul de arestare permite arestarea unei persoane, chiar în lipsa ei, în vederea aducerii în fața judecătorului competent pentru a analiza legalitatea măsurii luate și necesitatea menținerii acesteia în conformitate cu § 115 StPO²¹.

În al doilea rând, mandatul de arestare se emite de către judecător după ce a analizat legalitatea arestării provizorii luată față de un acuzat²². În acest sens, legea prevede că reîntemnițarea este impusă de către judecător prin emiterea unui mandat de arestare [§114 alin. (1) StPO].

¹⁹ Anterior modificării Codului de procedură penală francez în anul 2011, persoana arestată era condusă în fața procurorului Republicii.

²⁰ Disponibil pe site-ul <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/> (accesat la 24 iunie 2016).

²¹ A se vedea, pe larg: M. Delmas-Marty, *Procedure penale d'Europa*, Seconda edizione italiana a cura di Mario Chiavario, CEDAM, Milano, 2001, p. 219-220; M.-C. Ivan, Gh. Ivan, *Propunerea de arestare preventivă a inculpatului în cursul urmăririi penale*, în „Dreptul” nr. 8/2015, p. 192-206; M.-C. Ivan, Gh. Ivan, *Soluționarea propunerii de arestare preventivă a inculpatului în cursul urmăririi penale*, cit. supra, p. 178-179.

²² *Ibidem*.

În ambele situații, mandatul de arestare cuprinde următoarele:

- a) numele acuzatului;
- b) fapta de care este suspectat că a comis-o, locul și timpul comiterii ei, încadrarea juridică (*gesetzlichen Merkmale der Straftat*) și pedeapsa prevăzută de lege (*Strafvorschriften*), aplicabilă;
- c) motivul arestării (*Haftgrund*), precum și
- d) elementele de fapt (*Tatsachen*), care dezvăluie suspiciunea puternică a comiterii faptei (*Tatverdacht*) și motivul arestării, cu excepția cazului în care siguranța statului este pusă în pericol [§114 alin. (2) StPO]²³.

Concluzii. Noua reglementare (art. 230 C.pr.pen.) este relativ superioară celei anterioare [art. 151 și art. 152 alin. (1) C.pr.pen. 1968].

Noua lege procesual penală, ca și cea anterioară, reglementează *două situații distincte cu privire la executarea mandatului de arestare preventivă*, după cum măsura arestării a fost dispusă în prezența inculpatului sau în lipsa sa.

Deși dispozițiile privind executarea mandatului de arestare preventivă trebuiau să-și aibă sediul în același articol, ca în Codul de procedură penală anterior, instituția executării mandatului neputând fi fragmentată, legiuitorul noii legi procesual penale s-a abătut de la această regulă și le-a introdus în două articole distincte. Astfel, *executarea mandatului de arestare preventivă emis în prezența inculpatului* a fost prevăzută în art. 230 alin. (4), (4¹) și (6) C.pr.pen., iar *executarea mandatului de arestare preventivă emis în lipsa inculpatului* a fost prevăzută în art. 231 C.pr.pen.

²³ W. Joecks, *Strafprozessordnung, Studienkommentar*, Verlag C.H.Beck, München, 2008, p. 274.

PREZUMȚIA DE NEVINOVĂȚIE ȘI CALITATEA ACTULUI DE URMĂRIRE PENALĂ

CONSTANTIN SIMA*

Procuror șef serviciu - Parchetul de pe lângă
Înalta Curte de Casație și Justiție
Conf. univ. dr., Facultatea de drept,
Universitatea Titu Maiorescu, București

ABSTRACT

The entire activity of the prosecutor has to be developed under the sign of continuous increase of the quality of prosecution. In the following there are going to be presented a few errors found in the current activity of the prosecutor's offices.

Key words: the unification of judicial practice, the agreement for admission of guilt, taking over a case

Unul dintre obiectivele majore ale formării continue pentru anul 2016 este unificarea practicii judiciare.

În realizarea acestui obiectiv se înscriu eforturile constante din ultima vreme având ca obiect unificarea practicii judiciare, aspect pe cât de discutat, pe atât de controversat.

Potrivit art. 6 alin. (2) din Convenția Europeană a drepturilor omului, orice persoană suspectă de o infracțiune este prezumată nevinovată până ce vinovăția sa va fi legal stabilită.

Acest text, reluat ca principiu fundamental constituțional de art. 23 alin. (11) din Constituția României, alături de principiile legalității și al dreptului la apărare și ca principiu fundamental de art. 4 alin. (1) C.pr.pen., reprezintă un imperativ pentru activitatea procurorului: asigurarea calității actului de urmărire penală.

Calitatea actului de urmărire penală, respectarea strictă a principiilor dreptului penal și dreptului procesual penal sunt condiții *sine qua non* ale existenței statului de drept, ambele fiind condiționate, la rândul lor, de asigurarea unui înalt nivel de pregătire profesională procurorului.

Funcționarea Ministerului Public ca structură ierarhică facilitează o rapidă circulație a informației profesionale, care favorizează buna pregătire profesională a procurorului.

* constantin_sima@mpublic.ro

Sistemul ierarhic presupune difuzarea rapidă a bunelor practici, a soluțiilor corecte de jurisprudență și chiar a erorilor care trebuie evitate.

Nu cred că trebuie ca, din teamă, să nu facem cunoscută o greșeală care să poată fi evitată de alți procurori.

Iată de pildă, la întocmirea acordului de recunoaștere a vinovăției, unii procurori nu au verificat atent limitele de pedeapsă aplicabile (Parchetul de pe lângă Judecătoria Cluj Napoca).

În alte cauze, la întocmirea acordului de recunoaștere a vinovăției s-a apreciat greșit modalitatea de executare în contextul în care, fapta fiind comisă în cadrul termenului de încercare, nu se putea aplica decât o pedeapsă în regim de detenție (Parchetul de pe lângă Judecătoria Strehăia) ori nu s-a observat că, pentru acea infracțiune, acțiunea penală se pune în mișcare la plângerea prealabilă a persoanelor sau instituțiilor expres prevăzute de lege, această condiție nefiind îndeplinită (DIICOT: Biroul Teritorial Giurgiu) ori s-a omis aplicarea pedepsei complementare (Parchetul de pe lângă Judecătoria Săveni), ori nu s-a observat că inculpatul era minor și nu putea încheia un astfel de acord (Parchetul de pe lângă Judecătoria Săveni) sau a stabilit o singură pedeapsă pentru două infracțiuni (Parchetul de pe lângă Judecătoria Toplița). Într-o altă cauză urmărirea s-a desfășurat fără aducerea la cunoștință a calității de suspect, ceea ce a dus la restituirea cauzei (Parchetul de pe lângă Tribunalul Iași) și inculpatul nu a fost informat cu privire la data audierii martorilor (Parchetul de pe lângă Tribunalul Vâlcea) ori pur și simplu nu s-a observat că în cauză asistența juridică este obligatorie, potrivit art. 90 alin. (1) lit. a) C.pr.pen. (Parchetul de pe lângă Judecătoria Gura Humorului) sau nu s-a extins urmărirea penală pentru alte fapte reținute în rechizitoriu (Parchetul de pe lângă Judecătoria Iași).

Dar, dincolo de aceste cazuri, care prezintă neglijențe sau erori grosiere, sunt și reale probleme de drept care fac necesară cunoașterea și aplicarea unei jurisprudențe unitare.

Astfel, la Parchetul de pe lângă Curtea de Apel Ploiești a fost preluată o cauză pentru supravegherea sau efectuarea urmăririi penale, punându-se problema dacă această cauză poate fi restituită parchetului ierarhic inferior de la care fusese preluată fără a fi soluționată.

Secția de resurse umane și documentare s-a pronunțat, cu opinie separată a unui procuror, că dacă există o dispoziție legală privind preluarea, nu există o dispoziție legală privind restituirea sau trimiterea, astfel că o cauză odată preluată trebuie soluționată de organul care a preluat-o. Acest punct de vedere a fost aprobat de conducerea Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție.

La Parchetul de pe lângă Tribunalul Bihor a fost preluată o cauză, privind infracțiuni la legea circulației, de la parchetul ierarhic inferior și, constatând că urmărirea penală era completă, procurorul care preluase cauza a dispus trimiterea în judecată fără a mai efectua vreun alt act de urmărire penală.

Camera preliminară a Tribunalului Bihor a restituit cauza, apreciind că prin trimiterea în judecată de către procurorul de la Parchetul de pe lângă Tribunalul Bihor, care nu audiase pe inculpat, pe martori și nu efectuase niciun act de urmărire penală, s-a adus atingere dreptului inculpatului la un proces echitabil.

Parchetul de pe lângă Curtea de Apel Oradea consideră greșită decizia instanței, iar Secția de resurse umane și documentare, ținând seama de faptul că o cauză odată preluată nu mai poate fi restituită de procuror organului de la care a fost preluată, recomandă, prin notă de studiu întocmită pe această problemă, audierea părților de către procurorul ce urmează a da soluția, pentru a evita interpretarea că se încalcă dreptul la un proces echitabil. Rezolvarea acestei probleme este în curs de validare.

Un alt parchet a ridicat problema condițiilor în care pot fi aplicate dispozițiile art. 334 alin. (4) C.pen., câtă vreme nu este definită noțiunea de „vehicul înmatriculat în alt stat, care nu are drept de circulație în România”. Într-o astfel de situație este necesară intervenția legiuitorului, întrucât această noțiune nu a fost explicată satisfăcător nici de organul de specialitate, Direcția Poliției Rutiere din cadrul IGPR, și nici de doctrină. Interpretarea diferențiată a acestui text a condus la soluții total opuse (condamnare, respectiv achitare) în cadrul aceleiași instanțe.

Într-o altă cauză s-a ridicat problema dacă inculpatul poate fi audiat în procedura comisiei rogatorii interne, în condițiile în care o parte a doctrinei tace, iar o altă parte afirmă că, deși este un act procedural, audierea inculpatului, dată fiind importanța și caracterul personal al unui astfel de act de urmărire penală, nu se poate realiza în cadrul comisiei rogatorii interne (Gr. H. Teodoru, I. Neagu).

Secția de resurse umane și documentare a apreciat că atunci când legiuitorul a voit ca un astfel de act să fie efectuat prin comisie rogatorie a afirmat-o în mod expres, cum este cazul comisiei rogatorii internaționale, dar în cazul comisiei rogatorii interne nu există impedimente majore care să facă imposibilă audierea inculpatului de către procurorul care soluționează cauza. Acest punct de vedere a fost însușit de conducerea Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție.

Toate aceste situații pun problema unificării practicii judiciare. Dar pentru a unifica practica judiciară este necesar să o cunoaștem.

În prezent, atât curțile de apel cât și Înalta Curte de Casație și Justiție publică în buletinele lunare 1-2 decizii a căror relevanță este discutabilă.

În aceste condiții de lipsă a practicii, cred că revine procurorilor din toate compartimentele, dar în special din cel judiciar, sarcina să identifice și să transmită Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție practica relevantă.

În prezent, la Secția de resurse umane și documentare se lucrează la un proiect de ordin prin care procurorii din compartimentul judiciar să aibă obligația de a identifica lunar, cel puțin două decizii relevante, pe care să le transmită Secției de resurse umane și documentare, care, după examinarea lor, să le facă cunoscute tuturor colegilor.

Cunoașterea și unificarea practicii judiciare este o condiție a calității actului de urmărire penală, iar calitatea actului de urmărire penală este un imperativ în activitatea Ministerului Public, la care fiecare dintre noi suntem onorați să contribuim.

ÎNLOCUIREA CONTROLULUI JUDICIAR CU ARESTAREA PREVENTIVĂ

ALEXANDRU ADRIAN ANGHEL*

Procuror - Parchetul de pe lângă
Judecătoria Sectorului 6 București

ABSTRACT

The judicial control may be replaced with the preventive arrest in more restrictive conditions than (it can be taken) the measure of preventive arrest, because of the mismatch between art. 215 par. (7) and art. 223 par (1) lett. d) from the Criminal Procedure Code.

Key words: The New Criminal Procedure Code, preventive measures, judicial control, preventive arrest, legislative mismatch.

Conform art. 242 alin. (3) C.pr.pen., măsura preventivă se înlocuiește, din oficiu sau la cerere, cu o măsură preventivă mai grea, dacă sunt îndeplinite condițiile prevăzute de lege pentru luarea acesteia și, în urma evaluării împrejurărilor concrete ale cauzei și a conduitei procesuale a inculpatului, se apreciază că măsura preventivă mai grea este necesară pentru realizarea scopului prevăzut la art. 202 alin. (1) C.pr.pen..

Măsura preventivă a controlului judiciar este prin definiție mai ușoară decât cea a arestării preventive și ar trebui ca, atunci când sunt îndeplinite condițiile legale pentru luarea măsurii arestării preventive, iar inculpatul se află sub control judiciar, cea din urmă măsură să poată fi înlocuită cu arestarea preventivă. Să luăm ipoteza în care inculpatul, aflat sub control judiciar, săvârșește cu intenție o nouă infracțiune, iar nici infracțiunea pentru care s-a dispus controlul judiciar, nici noua infracțiune săvârșită nu sunt din cele prevăzute la art. 223 alin. (2) C.pr.pen. – pentru care s-ar putea dispune direct arestarea preventivă. Potrivit art. 242 alin (3) C.pr.pen., redat mai sus, controlul judiciar ar putea fi înlocuit cu arestarea preventivă, întrucât ar fi întrunite condițiile pentru luarea măsurii arestării preventive, prevăzute la art. 223 alin (1) lit. d) C.pr.pen., text conform căruia arestarea preventivă se poate dispune dacă există suspiciunea rezonabilă că, după punerea în mișcare a acțiunii penale împotriva sa, inculpatul a săvârșit cu intenție o nouă infracțiune, sau pregătește săvârșirea unei noi infracțiuni. Întrucât controlul

* alexandruadriananghel@gmail.com

judiciar se poate dispune numai față de un inculpat, este evident că orice infracțiune săvârșită cât timp inculpatul se află sub control judiciar este săvârșită după punerea în mișcare a acțiunii penale. Așadar, controlul judiciar ar putea fi înlocuit cu arestarea preventivă, fără îndeplinirea altor condiții decât cele deja expuse. Adică nu ar trebui ca noua infracțiune să fie urmărită penal, sau să se fi dispus efectuarea în continuare a urmăririi penale, ori punerea în mișcare a acțiunii penale, fiind suficiente indiciile rezonabile cu privire la săvârșirea acesteia de către inculpat. Această concluzie rezultă cu evidență din împrejurarea că, pentru luarea măsurii arestării preventive potrivit art. 223 alin. (1) lit. d) C.pr.pen., nu sunt necesare neapărat indicii rezonabile cu privire la săvârșirea unei noi infracțiuni, ci sunt suficiente indiciile privitoare la pregătirea săvârșirii unei noi infracțiuni, situație în care este de neconceput calitatea de suspect sau inculpat în raport cu o infracțiune ce încă nu a fost săvârșită. Dacă ne limităm la textele legale analizate mai sus, procedura generală a înlocuirii măsurilor preventive poate fi aplicată și în situația înlocuirii controlului judiciar cu arestarea preventivă.

Totuși, legiuitorul a complicat lucrurile atunci când a prevăzut, în cadrul reglementării controlului judiciar, condițiile în care măsura poate fi înlocuită cu arestarea preventivă. Potrivit art. 215 alin. (7) C.pr.pen., în cazul în care, pe durata controlului judiciar, inculpatul încalcă, cu rea-credință, obligațiile care îi revin sau *există suspiciunea rezonabilă că a săvârșit cu intenție o nouă infracțiune pentru care s-a dispus punerea în mișcare a acțiunii penale împotriva sa*, judecătorul de drepturi și libertăți, judecătorul de cameră preliminară sau instanța de judecată, la cererea procurorului sau din oficiu, poate dispune înlocuirea acestei măsuri cu măsura arestului la domiciliu sau a arestării preventive, **în condițiile prevăzute de lege**. Pe de o parte, reglementarea contrazice condițiile generale de înlocuire a măsurilor preventive, discutate mai sus, întrucât introduce condiția ca pentru noua infracțiune săvârșită sub control judiciar să fie, de asemenea, pusă în mișcare acțiunea penală. Pe de altă parte, prin expresia „*în condițiile prevăzute de lege*”, textul face trimitere la condițiile generale, adică cele care nu prevăd ca pentru noua infracțiune săvârșită să fie pusă în mișcare acțiunea penală. Dacă totuși art. 215 alin. (7) C.pr.pen. se dorește a constitui o derogare de la condițiile generale de înlocuire a măsurilor preventive, el lasă neacoperită atât ipoteza în care inculpatul, aflat sub control judiciar, pregătește săvârșirea unei infracțiuni, caz în care nu se poate discuta de acțiune penală pusă în mișcare,

cât și celelalte cazuri în care inculpatul se află în oricare altă situație din cele prevăzute de art. 223 alin. (1) lit. a) - c) C.pr.pen..

În aplicarea art. 215 alin. (7) C.pr.pen., nu s-ar putea dispune înlocuirea controlului judiciar cu arestarea preventivă în situația în care inculpatul pregătește săvârșirea unei noi infracțiuni, însă s-ar putea dispune arestarea preventivă a unui inculpat care nu se află sub control judiciar și care, după punerea în mișcare a acțiunii penale, pregătește săvârșirea unei noi infracțiuni. Aplicând același raționament, un inculpat nesupus niciunei măsuri preventive poate fi arestat numai în baza unor indicii rezonabile cu privire la săvârșirea unei noi infracțiuni, pe când un inculpat sub control judiciar nu poate fi arestat decât dacă pentru infracțiunea nouă s-a pus în mișcare acțiunea penală. Este greu de înțeles de ce un inculpat față de care s-a dispus controlul judiciar, deci cu privire la care organul judiciar a apreciat că prezintă un pericol fie pentru buna desfășurare a urmăririi penale, fie pentru ordinea publică, să poată fi plasat în arest preventiv în condiții mai restrictive decât un inculpat față de care organul judiciar a considerat inițial că nu se impune luarea unei măsuri preventive.

În condițiile actuale, o cerere de înlocuire a controlului judiciar pentru existența unor indicii rezonabile că inculpatul a săvârșit cu intenție o nouă infracțiune pentru care nu s-a pus în mișcare acțiunea penală, ar putea fi admisă potrivit art. 242 alin. (3) rap. la art. 223 alin. (1) lit d) C.pr.pen., sau ar putea fi respinsă potrivit art. 215 alin. (7) C.pr.pen.. O asemenea chestiune nu poate depinde de alegerea între două texte legale care reglementează în mod diferit aceeași situație.

Este nevoie de o modificare legislativă, care să uniformizeze condițiile de înlocuire a controlului judiciar cu arestarea preventivă, cu cele ale înlocuirii măsurilor preventive în general. Este, de asemenea, nevoie de o intervenție legislativă și pentru lămurirea situațiilor în care controlul judiciar poate fi înlocuit cu arestarea preventivă în urma nerespectării cu rea-credință a obligațiilor impuse, întrucât, potrivit art. 215 alin. (7) C.pr.pen., și această înlocuire are loc *în condițiile legii*, însă nu există niciun caz de arestare legat în mod direct de neîndeplinirea condițiilor impuse în cadrul controlului judiciar.

N.B. – referirile la controlul judiciar trebuie considerate făcute și la controlul judiciar pe cauțiune, iar cele la arestarea preventivă trebuie considerate făcute și la arestul la domiciliu.

ACORDUL DE RECUNOAȘTERE A VINOVĂȚIEI

MIRCEA PETRESCU*

Procuror - Parchetul de pe lângă
Înalta Curte de Casație și Justiție

ABSTRACT

Theoretical and practical considerations referring to the agreement for admission of guilt.

Key words: The New Criminal Procedure Code, the agreement for admission of guilt.

I. Procedura de încheiere a acordului de recunoaștere a vinovăției

Acordul de recunoaștere a vinovăției este o instituție nouă în sistemul judiciar românesc¹ și constituie, în esență, o înțelegere făcută între procuror și inculpat cu privire la felul pedepsei și la modalitatea de executare a acesteia, cauza urmând a fi soluționată într-o procedură simplificată, în scopul reducerii duratei procedurilor judiciare.

1. Inițiativa încheierii acordului aparține procurorului care efectuează sau supraveghează urmărirea penală ori inculpatului, iar nu procurorului ierarhic superior celui de caz.

Potrivit dispozițiilor neechivoce ale art. 478 alin. (1) C.pr.pen., titular al acordului este, din perspectiva organului judiciar, procurorul „de caz”.

Procurorul ierarhic superior celui care efectuează sau supraveghează urmărirea penală nu este îndreptățit nici să inițieze el însuși încheierea unui acord și nici să dispună ca procurorul de caz să o facă.

2. Nu la fel de clară este reglementarea în ceea ce privește numărul avizelor procurorului ierarhic superior și, în situația în care este vorba despre un singur aviz, momentul emiterii acestuia și forma pe

* mirceapetrescu65@yahoo.com

¹ Procedura este cunoscută în alte sisteme sub diverse denumiri, toate conținând referirea la ceea ce este de esența ei, anume caracterul de acord, de înțelegere între procuror și acuzat („Verständigung”, „plea bargaining”), respectiv de natura ei, ca fiind una care se întemeiază pe necontestarea de către inculpat a acuzației (*comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*).

care o îmbracă, precum și cea cu privire la conținutul avizului/avizelor.

a. Într-o primă opinie (avută în vedere, de exemplu, la redactarea modelelor de acte procedurale întocmite sub coordonarea Institutului Național al Magistraturii), este vorba despre un singur aviz, anterior semnării acordului de către procuror și inculpat.

Potrivit acestei opinii, atunci când procurorul, din inițiativa sa ori la cererea inculpatului, intenționează să încheie un acord de recunoaștere a vinovăției, procedează astfel:

- se asigură că inculpatul recunoaște fapta și nu contestă încadrarea juridică a acesteia și convine cu inculpatul asupra soluției, felului, cuantumului și formei de executare a pedepsei și redactează acordul, conform înțelegerii, însă fără a-l semna;

- supune proiectul acordului de recunoaștere a vinovăției avizului procurorului ierarhic superior, care, dacă este de acord cu conținutul acestuia, face o mențiune în acest sens pe înscrisul în care este consemnat acordul (similară celei privind verificarea legalității și temeiniciei rechizitoriului).

În cadrul acestei interpretări, conținutul acordului este stabilit de către procurorul de caz, iar procurorul ierarhic superior lui urmează să încuviințeze sau să respingă încheierea acordului, neputând impune un anumit conținut al acestuia.

b. Într-o altă interpretare, se pornește de la ideea că alineatele (2) și (4) ale art. 478 conțin o aparentă contradicție: dacă alin. (4) se referă la acordul *prealabil* al procurorului ierarhic superior - prin urmare la un act care constituie o condiție anterioară încheierii acordului, în schimb, alin. (2) arată că *efectele* acordului de recunoaștere sunt supuse avizului procurorului ierarhic superior celui care îl încheie: or, prin referirea la efecte, textul pare a viza o procedură ulterioară încheierii acordului.

Potrivit acestei opinii, observând fie și numai așezarea și succesiunea celor două texte, nu se poate considera că alin. (2) s-ar referi la o procedură ulterioară celei reglementate de alin. (4).

Pe de altă parte, sintagma „*efectele acordului*”, care să fie supuse avizului procurorului ierarhic superior celui de caz, are ea însăși un caracter imprecis, de vreme ce acordul nu produce, prin el însuși, vreun „*efect*” asupra situației inculpatului; numai încuviințarea lui de către instanță, urmată de pronunțarea de către aceasta a unei soluții cu privire la acțiunea penală, va avea această aptitudine.

Faptul că, după încheierea acordului, este obligatorie parcurgerea unei proceduri apte să fie finalizată de instanță printr-o soluție de condamnare, de renunțare la aplicarea pedepsei ori de amânare a aplicării acesteia nu poate avea semnificația unui „*efect juridic*”.

De aceea, noțiunea de „*efect*” este inadecvat folosită în cadrul dispoziției menționate.

c. O altă interpretare a art. 478 C.pr.pen. este aceea că textul reglementează două avize, unul prealabil, prevăzut la alin. (4), iar altul ulterior încheierii acordului de recunoaștere a vinovăției, prevăzut la alin. (2).

Potrivii acestei opinii, singura eroare de redactare a textului este plasarea dispozițiilor privind avizul prealabil după cele referitoare la avizul ulterior, intenția legiuitorului fiind aceea de a distinge între momentul stabilirii limitelor încheierii acordului de vinovăție și cel al verificării efectelor produse de acesta.

Un argument în acest sens îl constituie și precizarea că avizul prealabil trebuie să fie „*scris*”, precizare ce nu mai apare în cazul avizului ulterior. Or, cum textul nu poate conduce la interpretarea potrivit căreia pot exista acte de urmărire penală neconsemnate în scris (avizul ulterior), distincția trebuie înțeleasă în sensul că avizul prealabil trebuie materializat într-un înscris separat, în cuprinsul căruia sunt indicate, explicit, limitele încheierii acordului, în timp ce avizul ulterior poate îmbrăca și forma unei mențiuni pe înscrisul în care este consemnat acordul.

În cadrul acestei abordări, ceea ce apare ca fiind important este a defini care sunt limitele acordului cu privire la care se emite avizul prealabil și care sunt efectele, de asemenea supuse avizării conducătorului parchetului.

Astfel, la emiterea avizului prealabil, procurorul ierarhic superior stabilește faptele și persoanele cu privire la care încuviințează încheierea acordului, verifică dacă din probele administrate în cauză rezultă existența faptelor pentru care procurorul dorește încheierea acordului și dacă vinovăția inculpaților implicați în încheierea acordului este dovedită, dacă încadrarea juridică este corectă, precum și îndeplinirea celorlalte condiții formale necesare pentru încheierea acordului. Se stabilesc, astfel, „*limitele*” acordului, în sensul că se fixează cadrul procesual (cu privire la fapte și persoane) în care se încuviințează încheierea acordului și se indică soluțiile (condamnare, amânarea aplicării pedepsei, renunțarea la aplicarea pedepsei, cuantumul minim al pedepsei, modalitatea de executare etc.) considerate acceptabile pentru încheierea acordului.

După emiterea avizului prealabil, procurorul de caz procedează la încheierea acordului stabilind, în conformitate cu prevederile art. 482 C.pr.pen., felul și cuantumul, precum și forma de executare a pedepsei ori soluția de renunțare la aplicarea pedepsei sau de amânare a aplicării pedepsei.

Aceste din urmă aspecte, care fac conținutul propriu-zis al acordului, ar constitui, potrivit acestei abordări, „efectele” acordului. Utilizarea de către legiuitor a noțiunii de „efect” este, desigur, criticabilă, dar faptul că acesta este sensul pe care, în contextul acestor norme, legiuitorul îl atribuie acestui termen pare a fi confirmat și de art. 479 C.pr.pen., potrivit căruia „*acordul de recunoaștere a vinovăției are ca obiect recunoașterea comiterii faptei și acceptarea încadrării juridice pentru care a fost pusă în mișcare acțiunea penală și privește felul și cuantumul pedepsei, precum și forma de executare a acesteia*” (s.n.).

În sensul existenței unei a doua intervenții a procurorului ierarhic superior în procedura acordului de recunoaștere a vinovăției pledează și prevederile art. 484 alin. (1) C.pr.pen.. Potrivit acestui text, dacă acordului de recunoaștere a vinovăției îi lipsește vreuna dintre mențiunile obligatorii sau dacă nu au fost respectate condițiile prevăzute la art. 482 și 483 C.pr.pen., instanța dispune acoperirea omisiunilor în cel mult cinci zile și sesizează în acest sens „*conducătorul parchetului care a emis acordul*”, ceea ce nu s-ar justifica decât dacă acestuia i-ar reveni responsabilitatea verificării acordului și prealabil sesizării instanței, nu doar prealabil încheierii lui.

3. O altă problemă ivită în practică este aceea a procedurii de urmat în cazul în care inculpatul solicită încheierea unui acord de recunoaștere a vinovăției, iar procurorul nu este de acord cu acesta.

În opinia noastră, în acest caz, solicitarea inculpatului se va materializa într-o cerere² formulată în scris de către inculpat ori consemnată într-un proces-verbal de către organul de urmărire penală, cerere pe care procurorul o va respinge prin ordonanță, având în vedere dispozițiile art. 286 alin. (1) C.pr.pen. și lipsa vreunei norme speciale contrare.

Împotriva ordonanței se poate formula plângere, în condițiile art. 336 C.pr.pen. La soluționarea acestei plângeri, procurorul ierarhic superior celui

² Nu există un drept procesual al inculpatului la încheierea acordului, drept căruia să-i corespundă o obligație corelativă a procurorului de a proceda la aceasta: un atare drept nu se regăsește între cele prevăzute la art. 83 C.pr.pen.; potrivit art. 108 alin. (4) C.pr.pen., inculpatul trebuie informat numai cu privire la posibilitatea încheierii unui acord, această vocație fiind supusă acceptării de către procuror a acestei proceduri.

de caz va avea în vedere că, potrivit art. 478 C.pr.pen., singurul titular al acordului, din perspectiva organului de urmărire penală, este procurorul de caz. Prin urmare, cenzurând ordonanța prin care procurorul respinge cererea de încheiere a acordului, conducătorul parchetului este îndreptățit să se raporteze numai la legalitatea motivelor pe care se întemeiază respingerea, fără a putea cenzura aspecte de oportunitate ale încheierii acordului.

**DETERMINAREA AUTORITĂȚII JUDICIARE COMPETENTE SĂ
EXECUTE O CERERE DE ASISTENȚĂ JUDICIARĂ
INTERNAȚIONALĂ. VÂNZARE-CUMPĂRARE DE NOU-NĂSCUȚI.
TRAFIC DE MINORI. APLICAREA CONVENȚIEI SUPLIMENTARE
CU PRIVIRE LA ABOLIREA SCLAVIEI, TRAFICULUI DE SCLAVI ȘI
A INSTITUȚIILOR ȘI PRACTICILOR ANALOAGE SCLAVIEI ȘI A
CONVENȚIEI CU PRIVIRE LA DREPTURILE COPILULUI**

ȘTEFANIA STAN*,
Procuror - Parchetul de pe lângă
Înalta Curte de Casație și Justiție

ABSTRACT

Judicial framing of the new born sale-buy act is that of trafficking in minors, taking advantage of the obvious vulnerability state of those, provided by art. 211 par (1) and (2) of the Criminal Code with the application of art. 20 (1) lett. b) of the Criminal Code and art. 182 lett. b) of the Criminal Code, as the emotional exploitation of minors represents a “servitude” in the sense of the definition given to this practice through the Supplementary Convention regarding the abolition of slavery, trafficking of slaves and of the institutions and slavery analogous practices, adopted on September 7, 1956 by the Plenipotentiary Conference of the United Nations, ratified by Romania through Decree no. 375/1957.

***Key words:* Supplementary Convention regarding the abolition of slavery, trafficking of slaves and of the institutions and slavery analogous practices, The Convention regarding the children’s rights, the New Criminal Code, International Judicial Cooperation in criminal matters, sel-buy of new born, trafficking in persons, servitude**

Art. 7 din Legea nr. 302/2004¹ privind cooperarea judiciară internațională în materie penală, republicată și modificată, prevede că cererile adresate autorităților române în domeniile reglementate de această lege se

* stan_stefania@mpublic.ro

¹ Art. 7 (*Nota autorului: numerotarea articolelor este cea din redactarea legii la data de 30 ianuarie 2015*)

Dreptul aplicabil

Cererile adresate autorităților române în domeniile reglementate de prezenta lege se îndeplinesc potrivit normelor române de drept procesual penal, dacă prin prezenta lege nu se prevede altfel.

îndeplinesc potrivit normelor române de drept procesual penal, dacă prin prezenta lege nu se prevede altfel.

Determinarea autorității de executare a unei cereri de cooperare judiciară internațională este, în consecință, legată de încadrarea juridică pe care fapta descrisă de autoritatea judiciară străină ar primi-o în dreptul român.

* * *

În fapt: Autoritățile judiciare străine cercetau mai multe persoane implicate în vânzarea de nou-născuți de cetățenie română. Cercetările preliminare au relevat că mai multe femei gravide, de cetățenie română, se deplasau în Statul Membru respectiv unde, în cadru spitalicesc, dădeau naștere unor nou-născuți pe care, în schimbul unor sume de bani, îi predau unor terți, cetățeni străini, ce îi înregistrau în documente ca fiind copii biologici, proprii.

În drept :

În Statul Membru respectiv cercetările se efectuau sub aspectul săvârșirii *infracțiunii de trafic de ființe umane săvârșit față de persoane vulnerabile*, ca infracțiune principală.

În România: S-a ivit o dispută asupra încadrării juridice dată faptei sub imperiul noului Cod penal.

Dificultatea de încadrare juridică a faptei a fost indusă de îndeplinirea sau nu a cerinței esențiale a elementului material al laturii obiective, respectiv de identificarea *exploatării* ca scop al activității infracționale, în una dintre modalitățile expres și limitativ descrise în dispozițiile art. 182 C.pen.

* * *

Într-o opinie, s-a susținut că, după intrarea în vigoare a noului Cod penal, fapta nu reprezintă trafic de minori deoarece actualele art. 210 și art. 211 din noul Cod penal sunt mai restrictive decât fostul articol incriminator din Legea nr. 678/2001 privind prevenirea și combaterea traficului de persoane.

Astfel, s-a considerat că, între scopurile activității de vânzare-cumpărare de nou-născuți, nu se identifică vreo modalitate de exploatare dintre cele expres și limitativ prevăzute de art. 182 din noul Cod penal, respectiv:

a) supunerea la executarea unei munci sau îndeplinirea de servicii, în mod forțat;

b) ținerea în stare de sclavie sau alte procedee asemănătoare de lipsire de libertate ori de aservire;

- c) obligarea la practicarea prostituției, la manifestări pornografice în vederea producerii și difuzării de materiale pornografice sau la alte forme de exploatare sexuală;
- d) obligarea la practicarea cerșetoriei;
- e) prelevarea de organe, țesuturi sau celule de origine umană, în mod ilegal.

S-a apreciat că modalitățile de exploatare din vechiul text incriminator erau prevăzute cu titlu exemplificativ, dispozițiile art. 2 pct. 2 lit. e) din Legea nr. 678/2001 prevăzând: „*efectuarea unor alte asemenea activități prin care se încalcă drepturi și libertăți fundamentale ale omului*”. Aceste dispoziții exemplificative nu au fost preluate de actualul art. 182 C.pen.

Această diferență legislativă a condus, în această primă opinie, la concluzia că **în România, după intrarea în vigoare a noului Cod penal, fapta descrisă de autoritățile străine nu poate fi încadrată în dispozițiile legale care incriminează traficul de persoane, respectiv în dispozițiile art. 211 cu referire la art. 210 C.pen., cu aplicarea art. 182 din același cod.**

Conform acestei opinii, competența de soluționare a cererii de asistență judiciară internațională a fost considerată ca aparținând parchetelor și nu direcției specializate².

* * *

Într-o a doua opinie, formulată de subsemnata, încadrarea juridică a faptei, corectă și corespunzătoare situației de fapt expuse, este aceea de *trafic de ființe umane săvârșit prin profitarea de starea de vulnerabilitate a acestora*, prevăzută de **art. 211 alin. (1) și (2)³ cu aplicarea art. 210 alin. (1)**

² În funcție de infracțiunile adiacente, respectiv: falsuri intelectuale, fals privind identitatea, eventual lipsire de libertate în mod ilegal etc.

³ Art. 211

Traficul de minori

(1) Recrutarea, transportarea, transferarea, adăpostirea sau primirea unui minor, în scopul exploatarei acestuia, se pedepsește cu închisoarea de la 3 la 10 ani și interzicerea exercitării unor drepturi.

(2) Pedepsa este închisoarea de la 5 la 12 ani și interzicerea exercitării unor drepturi atunci când:

- a) fapta a fost săvârșită în condițiile art. 210 alin. (1);
- b) fapta a fost săvârșită de către un funcționar public în exercițiul atribuțiilor de serviciu;
- c) fapta a pus în pericol viața minorului;
- d) fapta a fost săvârșită de un membru de familie al minorului;

lit. b) C.pen.⁴ și art. 182 lit. b)⁵ teza finală, în modalitatea „aservirii”, pentru motivele care vor fi prezentate în continuare.

Aservirea, în conformitate cu definiția dată de Noul dicționar explicativ al limbii române, reprezintă o activitate de punere a unei persoane în stare de „serv” (NODEX 2002).

Starea servilă a unei persoane este definită din punct de vedere juridic prin dispozițiile *Convenției suplimentare cu privire la abolirea sclaviei, traficului de sclavi și a instituțiilor și practicilor analoage sclaviei*⁶.

e) fapta a fost săvârșită de către o persoană în a cărei îngrijire, ocrotire, educare, pază sau tratament se afla minorul ori de o persoană care a abuzat de poziția sa recunoscută de încredere sau de autoritate asupra minorului.

(3) Consimțământul persoanei victimă a traficului nu constituie cauză justificativă.

⁴ Art. 210

Traficul de persoane

(1) Recrutarea, transportarea, transferarea, adăpostirea sau primirea unei persoane în scopul exploatării acesteia, săvârșită:

a) prin constrângere, răpire, inducere în eroare sau abuz de autoritate;

b) profitând de imposibilitatea de a se apăra sau de a-și exprima voința ori de starea de vădită vulnerabilitate a acelei persoane;

c) prin oferirea, darea, acceptarea sau primirea de bani ori de alte foloase în schimbul consimțământului persoanei care are autoritate asupra acelei persoane, se pedepsește cu închisoare de la 3 la 10 ani și interzicerea exercitării unor drepturi.

(2) Traficul de persoane săvârșit de un funcționar public în exercițiul atribuțiilor de serviciu se pedepsește cu închisoare de la 5 la 12 ani.

(3) Consimțământul persoanei victimă a traficului nu constituie cauză justificativă.

⁵ Art. 182

Exploatarea unei persoane

Prin exploatarea unei persoane se înțelege:

a) supunerea la executarea unei munci sau îndeplinirea de servicii, în mod forțat;

b) ținerea în stare de sclavie sau alte procedee asemănătoare de lipsire de libertate ori de aservire;

c) obligarea la practicarea prostituției, la manifestări pornografice în vederea producerii și difuzării de materiale pornografice sau la alte forme de exploatare sexuală;

d) obligarea la practicarea cerșetoriei;

e) prelevarea de organe, țesuturi sau celule de origine umană, în mod ilegal.

⁶ Adoptată la 7 septembrie 1956 de Conferința plenipotențiarilor Națiunilor Unite convocată în aplicarea dispozițiilor Rezoluției 608 (XXI) a Consiliului economic și social din 30 aprilie 1956.

Intrată în vigoare la 30 aprilie 1957, conform dispozițiilor art. 13.

România a ratificat Convenția la 13 noiembrie 1957 prin Decretul nr. 375, publicat în „Buletinul Oficial al României”, partea I, nr. 33 din 9 decembrie 1957.

Astfel, conform art. 7 lit. b) din convenția anterior menționată, „**persoană de condiție servilă** este aceea care este încadrată statutului sau condiției care rezultă dintr-una din instituțiile sau practicile vizate în articolul 1 al prezentei Convenții.”

În conformitate cu art. 1 lit. d) al aceleiași convenții, „**instituție sau practică analoage sclaviei**” sunt considerate „*orice instituție sau practică în virtutea căreia un copil sau un adolescent care are mai puțin de 18 ani este dat, fie de către părinți sau de către unul din ei, fie de tutorele său, unei alte persoane contra unei sume de bani sau nu, în vederea exploatării persoanei sau a muncii copilului sau adolescentului” (s.n.).*

Analizând statutul de fapt al nou-născuților ce fac obiectul vânzării-cumpărării în dosarele instrumentate de autoritățile judiciare solicitante, se constată că aceștia **nu** sunt tratați ca ființe umane, subiecți de drepturi și obligații, ci sunt tratați ca mărfuri disponibile pentru tranzacționare, deci bunuri.

Mai mult, ei sunt tratați ca *bunuri* mobile însuflețite, destinate satisfacerii unei necesități precise, psiho-emoționale a cumpărătorilor, izvorând din nevoia acestora din urmă de a se simți părinți și de a beneficia de status-ul și rolul corespunzătoare, în alte condiții decât cele prevăzute de lege.

Identitatea minorilor este falsificată, fără ca ei să poată să aibă cunoștința de acest lucru și fără să poată să-și schimbe această stare.

Drepturile lor fundamentale de a avea o identitate conformă legii imediat după naștere⁷, precum și de a-și păstra identitatea, inclusiv cetățenia, numele și relațiile familiale, fără nicio imixtiune ilegală⁸, le sunt brutal încălcate.

Ca efect al săvârșirii faptelor, minorii își pierd identitatea proprie și dobândesc un pretins statut de copii biologici ai cumpărătorilor, fiind complet abandonați la discreția acestora din urmă.

Cumpărătorii profită de toate emoțiile și sentimentele pe care copiii le proiectează asupra lor, considerându-i părinți biologici, deși situația este o iluzie creată și menținută prin *înșelăciune*.

⁷ Art. 7 din Convenția cu privire la drepturile copilului, adoptată de Adunarea Generală a Organizației Națiunilor Unite la 20 noiembrie 1989, ratificată de România prin Legea nr. 18/1990.

⁸ Art. 8 din Convenția cu privire la drepturile copilului, adoptată de Adunarea Generală a Organizației Națiunilor Unite la 20 noiembrie 1989, ratificată de România prin Legea nr. 18/1990.

Descoperirea adevărului poate avea efecte puternic negative asupra dezvoltării ulterioare psiho-emoționale și psiho-sociale a copiilor, prin afectarea imaginii de sine, a stimei de sine și a încrederii în sine.

Interesul superior al minorilor este în permanență desconsiderat de făptuitori.

Rezultă că minorii au fost dați și, respectiv, luați în vederea unei **constante exploatare a emoțiilor și sentimentelor lor**, fiind destinați exclusiv satisfacerii unei nevoi precise a cumpărătorilor, ceea ce reprezintă o exploatare a *persoanei* acestora, ca practică analogă sclaviei, ce se încadrează în dispozițiile art. 1 lit. d) din Convenția suplimentară cu privire la abolirea sclaviei⁹.

Statutul minorilor ce rezultă în urma aplicării acestei practici este cel de „*persoană de condiție servilă*”, definit prin art. 7 lit. b) al aceleiași convenții.

Fiind dovedit că minorii sunt luați, ținuți și menținuți ca servi în accepțiunea normelor internaționale, exigențele art. 182 lit. b) ultima teză C.pen. sunt satisfăcute, în sensul că minorii, prin efectul activității infracționale, sunt ținuți în stare de **aservire** față de cumpărători.

În consecință, în speță sunt aplicabile dispozițiile prevăzute de art. 182 alin. (1) lit. b) în varianta „*aservirii*”, iar cerința esențială a laturii obiective a infracțiunii de trafic de persoane privind existența unei modalități de exploatare este îndeplinită.

Așa fiind, faptele cercetate de autoritățile străine se încadrează, în România, în dispozițiile art. 211 alin. (1), (2) raportate la art. 210 lit. b) C.pen., **constituind infracțiunea de trafic de minori, săvârșit prin profitarea de starea de vulnerabilitate a acestora.**

În această a doua opinie, competența de soluționare a cererii de asistență judiciară internațională a fost considerată ca aparținând direcției specializate, constatându-se ivit un conflict negativ de competență.

* * *

Analizând cele două opinii și motivările acestora, Ministerul Public a decis în sensul celei de-a doua și, în consecință, cererea a fost

⁹ Convenția suplimentară cu privire la abolirea sclaviei, traficului de sclavi și a instituțiilor și practicilor anologice sclaviei

trimisă spre competență soluționare autorității competente să cerceteze infracțiunile de trafic de persoane.

* * *

O interpretare contrară celei de-a doua opinii, în sensul că faptele expuse de autoritățile străine nu ar fi incriminate de noul Cod penal român, ar conduce la concluzia, absurdă, a imposibilității Statului Român de a asigura protecția persoanelor împotriva practicilor analoage sclaviei pe teritoriul pe care își exercită jurisdicția.

O astfel de imposibilitate ar însemna nu numai încălcarea obligațiilor internaționale asumate prin ratificarea *Convenției suplimentare cu privire la abolirea sclaviei, traficului de sclavi și a instituțiilor și practicilor analoage sclaviei*, ci și a celor asumate prin ratificarea *Convenției cu privire la drepturile copilului* și a *Convenției Europene a Drepturilor Omului*.

Astfel, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a precizat în cauza Siliadin contra Franței (26 iulie 2005) că legislația penală a fiecărui stat trebuie să asigure persoanelor o protecție concretă și efectivă împotriva sclaviei și a practicilor analoage sclaviei, existând în acest sens o obligație pozitivă asumată de state, ce le revine în baza art. 4 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului.

DIFERITE FORME ALE CUPLURILOR NECĂSĂTORITE. ÎNCHEIEREA CĂSĂTORIEI (II)

Dr. *ANTIGONA-CAMELIA IORDANA*
Conf. univ., Facultatea de drept,
Universitatea Titu Maiorescu, București

ABSTRACT

The enforcement of the New Civil Code has changed fundamentally the reports of the family law, fact which determined the author to achieve an incursion in the compared law, pursuing how the family relations are regulated.

Key words: New Civil Code, the judicial nature of marriage, characters of marriage

SECȚIUNEA A III-A NATURA JURIDICĂ A CĂSĂTORIEI

45 În ultimele două secole, natura juridică a căsătoriei a ridicat numeroase probleme legislative și controversate aprinse în doctrina juridică, unde au fost exprimate trei teorii principale: teoria contractuală, teoria instituțională și teoria mixtă contractual-instituțională.¹

Teoria contractuală consideră căsătoria fie un contract civil *sui generis*, fie un act juridic-condiție, fie un act juridic-uniune.²

Conform acestei teorii, căsătoria este un contract și nu un sacrament sau o taină religioasă, cum era considerată de dreptul canonic. Teoria a fost unanim acceptată după adoptarea Constituției franceze din 1791, care prevedea că „legea nu consideră căsătoria decât un contract civil” (art. 7). Codul civil francez din 1804 și cel român din 1865 nu au prevăzut expres natura contractuală a căsătoriei, fiind considerată evidentă. Mai târziu au fost formulate și alte calificări de natură contractuală, ca acela de contract *sui generis* sau un act juridic-condiție ori un act juridic-uniune.³

Această teorie ține seama de acordul de voință, exprimat în mod solemn de ambii soți în fața ofițerului de stare civilă. În acest sens, M.B.

¹ I. Albu, *Dreptul familiei*, Editura didactică și pedagogică, București, 1975, p. 53-54

² A. Corhan, *Dreptul familiei, Teorie și practică*, Editura Lumina Lex, București, 2001, p. 54

³ G. Lupșan, *Dreptul familiei*, Editura Junimea, Iași, 2001, p. 23

Cantacuzino arăta⁴: „Căsătoria, privită în sine ca un act relativ la starea persoanelor și independent de convențiile matrimoniale privitoare la raporturile patrimoniale dintre soți, constituie (orice ar zice unii autori) un contract, deoarece pe de o parte legătura nu se poate forma decât prin acordul de voință dintre soți și deoarece, pe de altă parte, acest acord de voință dă naștere la obligații cu caracter juridic susceptibile de a se traduce în acțiuni. Acest contract însă e relativ nu la bunuri, ci la persoane, sau mai exact nu la patrimoniu, ci la starea persoanelor și, fiindcă starea persoanelor interesează direct organizarea socială, contractul, prin care legătura privitoare la starea persoanelor se încheie, este neapărat un contract solemn, iar solemnitatea lui consistă nu numai în formele prin care acordul dintre părți trebuie să se manifeste, ci în participarea unui agent al societății, fără de care acordul dintre părți nu are tărie”.

La mijlocul secolului al XIX-lea, când în gândirea juridică au apărut o serie de teorii noncontractualiste, concepția tradițională contractuală a intrat într-o adevărată criză.

Teoria instituțională consideră căsătoria o instituție juridică, un statut reglementat de lege. Ea a fost lansată la începutul secolului al XX-lea de juristul francez Ch. Lefèvre, dorindu-se să se fundamenteze, pe plan juridic, concepția referitoare la indisolubilitatea căsătoriei, susținută de Biserică.

Teoria mixtă contractual-instituțională, dominantă în doctrina juridică occidentală contemporană, reunește toate opiniile care dau, într-o formă sau alta, o dublă calificare căsătoriei: de contract și de instituție juridică.⁵ Această teorie răspunde intereselor patrimoniale ale soților, care pot încheia convenții matrimoniale, dar care dobândesc, în același timp, statutul de persoane căsătorite.

După ponderea pe care o atribuie celor două elemente de calificare, unii autori consideră căsătoria ca un contract care dă naștere la o asociație de persoane, alții o consideră, deopotrivă, ca un contract și o instituție juridică, iar după alți autori, natura instituțională a căsătoriei predomină față de natura contractuală.⁶

⁴ M. B. Cantacuzino, *Elementele dreptului civil*, Editura ALL Educațional, București, 1998, p. 656

⁵ G. Marty, P. Raynoud, *Droit civil*, Tome I, vol. 2, Sirey, Paris, 1967, p. 67-69

⁶ V. Georgescu, *Critica dreptului burghez privitor la caracterele căsătoriei și încheierea ei*, în *Căsătoria în dreptul RPR* de Tr. Ionașcu, I. Christian, M. Eliescu, V. Economu, Y. Eminescu, M.I. Eremia, V. Georgescu, I. Rucăreanu, Editura Academiei, București, 1964, p. 102-109

46 Prin prisma jurisprudenței și a deciziilor Curții de Casație franceze, căsătoria este „*uniunea dintre un bărbat și o femeie care se angajează la o comunitate de viață și la educarea copiilor, supusă legilor civile și contractului de căsătorie liber consimțit.*”⁷ Doctrina juridică franceză recentă face următoarele precizări:⁸

Căsătoria este o **oficializare** a relațiilor dintre două persoane, căsătoria este un **contract** încheiat între două persoane. În natura sa, căsătoria poartă amprenta acestor două aspecte:

a) Căsătoria este o **oficializare**, o **celebrare**. «Într-o formă strălucitoare», legea face din căsătorie **un act public**, social, oficial, un eveniment al comunității. **Un act solemn**; celebrarea este o trăsătură dominantă - și triumfătoare prin natura sa - și care răspunde celor 3 funcții:

- solemnizează angajamentul. Căsătoria este înconjurată de un ceremonial care accentuează gravitatea pronunțării consimțământului;
- asigură publicitatea uniunii;
- preconstituie proba autentică a căsătoriei.

b) Căsătoria este un **contract**. Instituția (atât în efectele sale, cât și în organizarea sa) căsătoriei precede fundamental acordul de voință al soților. Este întemeiată pe consimțământul pe care soții, „părți contractante” (C.civ. francez art. 172), îl dau în fața ofițerului de stare civilă. Actul juridic care conduce la formarea căsătoriei este un contract între soți. Fără îndoială, inserat într-o multitudine de formalități proprii, menite să întărească formarea sa. Dacă formalitățile sunt învelișul, voința îi dă vigoarea. Dezacordul contract-instituție este depășit fără nicio contradicție prin recunoașterea necesității dublei apartenențe pozitive și, în plus, nu este important că, prin obiectul său, acest contract este deosebit, unic.⁹ Soții întemeiază o uniune legitimă, o familie.¹⁰

⁷ F.-J. Pausier, *De la contractualisation du droit de la famille en général et du droit du mariage en particulier*, <http://www.fjpausier.com/Repdroit/5/contractualisation.htm> din 11.08.2003, Le mariage: tentative d'une définition, pct.7

⁸ Gé. Cornu, *Droit civil, La famille*, 6^E édition, Montchrestier, Paris, 1998, p. 243 și urm.

⁹ Se deosebește de contractul de căsătorie prin care viitorii soți, dacă doresc, schimbă în fața notarului, înainte de încheierea căsătoriei, regimul lor matrimonial.

¹⁰ Legislația regională a SUA consideră, și ea, căsătoria ca rezultând dintr-un contract civil, dar reprezentând mai mult decât o „simplă afacere” care ține de legislația contractuală. Ea implică valori prețioase, chiar sacre, deosebit de importante, și este reglementată în mare parte de legi regionale. Căsătoria este considerată a fi piatra de temelie a societății americane. Și, din punct de vedere juridic, căsătoria atrage după sine drepturi, datorii, privilegiul și imunități. Ch. L.Blakesley, *Centrul universitar de drept, Statul Louisiana, în Dreptul SUA*, p. 172

47 În România, odată cu intrarea în vigoare a Codului familiei au fost curmate și disputele teoretice în legătură cu natura contractualistă a căsătoriei. Deși Codul familiei (ca de altfel și Codul civil de la 1865) nu a dat o definiție căsătoriei, s-a susținut că aceasta nu putea avea nimic în comun cu „afacerea” matrimonială tipică societății „burgheze”¹¹, natura noncontractuală a căsătoriei devenind un subiect tabu.

Pornind de la o oarecare suprapunere terminologică, ignorându-se cu sau fără bună-știință insistența cu care toți autorii distingeau între contractul de căsătorie ca act juridic (privitor la persoana și starea soților supuse unor cerințe de fond și de formă specifice, ale cărei efecte sunt stricte și legale și căreia, eventual, i se putea rezerva noțiunea de contract „marital”), pe de o parte, și contractul de căsătorie înțeles ca și convenție matrimonială (accesoriu și facultativ convenției „maritale”, reglementând exclusiv aspecte patrimoniale și supus, în linii generale, dispozițiilor de drept comun în materie de contracte), decenii la rând, teza naturii convenționale a căsătoriei a fost criticată și dezavuată, redusă la statutul de alternativă teoretică greșită, deci neviabilă.¹²

În literatura juridică română anterioară adoptării noului Cod civil român, căsătoria a fost considerată un act juridic și o instituție juridică.¹³

3.1. Actul juridic al căsătoriei

48 S-a afirmat că actul juridic al căsătoriei este un act juridic bilateral, solemn și irevocabil de dreptul familiei.¹⁴ Doctrina juridică română consideră¹⁵ că actul juridic al căsătoriei nu poate fi identificat cu un contract civil, deoarece există câteva asemănări, dar există multiple deosebiri esențiale față de contractul civil.

I. *Asemănări* între actul civil al căsătoriei și contractul civil.

- Căsătoria este un act juridic bilateral, așa cum poate fi, de cele mai multe ori, și contractul;

- Încheierea căsătoriei este liberă, în înțeles contractual, orice persoană având libertatea de a se căsători sau nu;

¹¹ „Principiul proprietății private contrazice principiul familiei” afirma K. Marx în „Contribuții la critica filosofiei hegeliene a dreptului” (apud. T.R. Popescu, *Dreptul familiei*, Tratat, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1965, vol. I, p. 21).

¹² E. Florian, *Dreptul familiei*, Editura Limes, Cluj-Napoca, 2003, p. 26-27

¹³ G. Lupșan, *op. cit.*, p. 17

¹⁴ A. Corhan, *op. cit.*, p. 48

¹⁵ I.P. Filipescu, A.I. Filipescu, *Tratat de dreptul familiei*, Ed. a VI-a, Editura ALL BECK, București, 2001, p. 12

- Viitorii soți sunt egali, în înțeles contractual, aceștia consimțind la căsătorie în condiții de egalitate juridică și nu de subordonare a unuia față de celălalt.

Conform prevederilor noului Cod civil, la asemănările anterioare pot fi menționate și altele, precum:

- Viitorii soți sau soții pot încheia sau modifica, în înțeles contractual, printr-o convenție matrimonială, regimul aplicabil bunurilor proprii și comune;

- În înțeles contractual, soții pot desface căsătoria lor prin modalitatea divorțului prin acord extrajudiciar.

II. **Deosebiri** între actul juridic al căsătoriei și contractul civil.¹⁶

- În cazul contractului fiecare parte urmărește un scop diferit de al celeilalte părți - *causa proxima, causa remota* -, pe când în cazul căsătoriei ambele părți urmăresc un scop comun - întemeierea unei familii.

De remarcat că noul C.civ. stipulează în art. 1171 teza 1: “*Contractul este sinalagmatic atunci când obligațiile născute din acesta sunt reciproce și interdependente.*” Condițiile esențiale pentru validitatea unui contract sunt: capacitatea de a contracta; consimțământul valabil al părților; un obiect determinat, posibil și licit; o cauză valabilă a obligațiilor. [conform art. 1179 pct. (1) noul C.civ]

Obiectul contractului trebuie să fie determinat și licit, reprezentând operațiunea juridică convenită de părți, astfel cum aceasta reiese din ansamblul drepturilor și obligațiilor contractuale (art. 1225 noul C.civ.).

Conform art. 1235 și 1236 din noua reglementare, cauza este motivul care determină fiecare parte să încheie contractul, condițiile cauzei fiind: să existe, să fie licită și morală. Se poate observa că ceea ce impune legea este existența unui *obiect determinant și licit* precum și existența unei *cauze licite și morale*, iar nu divergența cauzelor în raport cu fiecare dintre părți.

- Efectele juridice ale contractului sunt determinate de părți, putând îmbrăca cele mai diferite aspecte, în timp ce efectele căsătoriei sunt prestabilite de lege, voința părților neavând decât rolul de a determina aplicarea statutului legal al căsătoriei, fără posibilitatea de a-l modifica în vreun fel.

Cu toate acestea, libertatea contractuală nu era și nu este absolută și vechiul Cod civil, în art. 5, dar și noul Cod civil, în art. 11 pct. (2), stabilește limitele generale (legile care interesează ordinea publică sau bunele moravuri) ale libertății contractuale.

¹⁶ *Ibidem*

Se afirma că acei care se căsătoresc au numai posibilitatea de a accepta ori nu statutul legal al căsătoriei, așa cum este el stabilit de lege. Conform noii reglementări, consimțind la căsătorie, viitorii soți acceptă drepturile și obligațiile personale și aplicarea regimului primar prestabilit de legiuitor, având posibilitatea să aleagă regimul patrimonial aplicabil căsătoriei lor, ca în cazul contractelor numite, supuse unor cerințe particulare de fond și de formă.

- Contractul, fiind încheiat prin voința părților (*mutuus consensus*), poate înceta prin acordul lor de voință în acest sens (*mutuus dissensus*). Conform reglementărilor din Codul familiei, căsătoria nu putea lua sfârșit prin acordul de voință al soților decât dacă erau îndeplinite condițiile prevăzute de acest cod.

Și în această situație, excepțiile erau trecute cu vederea. Acțiunea principiului consensualismului nu se extindea, conform prevederilor vechiului Cod civil, asupra tuturor contractelor: de exemplu, pentru contractele solemne legiuitorul prevăzuse forma *ad validitatem* de exprimare a voinței părților, forma scrisă fiind deseori impusă, chiar și în cazul contractelor consensuale (din rațiuni legate de probațiune). Așadar, faptul că numai căsătoria încheiată în fața ofițerului de stare civilă era producătoare de efecte juridice, acesta fiind obligat să verifice respectarea condițiilor de fond și de formă, era considerată ca o precauție absolut necesară față de efectele *erga omnes* ale actului juridic.

Totodată, în doctrină se afirma că, în cazul contractului cu durată nedeterminată, se admite că acesta poate înceta, în principiu, prin voința unilaterală a uneia din părți, pe când căsătoria nu poate înceta în asemenea mod.

Însă, conform prevederilor art. 373, lit. a) din noul Cod civil, divorțul poate avea loc prin acordul soților, **la cererea ambilor soți sau a unuia dintre soți, acceptată de celălalt soț**. Tot astfel, conform dispozițiilor art. 375 din noul Cod civil, dacă soții *sunt de acord* cu divorțul și *nu au copii minori*, născuți din căsătorie, din afara căsătoriei sau adoptați, *ofițerul de stare civilă* ori *notarul public* de la locul căsătoriei sau al ultimei locuințe comune a soților poate constata desfacerea căsătoriei prin acordul soților. Însă divorțul prin acordul soților poate fi constatat de notarul public și în cazul în care există copii minori, dacă soții convin asupra tuturor aspectelor prevăzute în art. 375. În acest caz, căsătoria, fiind încheiată prin voința părților (*mutuus consensus*), poate înceta prin acordul lor de voință în acest sens (*mutuus dissensus*).

- În cazul contractului, dacă o parte nu-și execută obligațiile, cealaltă parte poate să solicite, după caz, rezoluțiunea sau rezilierea acestuia (art.

1020-1021 C. civ. de la 1865). Căsătoria nu putea fi desfăcută decât pe cale judecătorească și numai în condițiile stabilite de lege (art. 38 C.fam.).

Cu toate acestea, se afirma că acest caracterul judiciar al disoluției căsătoriei este menit să asigure aceeași eficiență *erga omnes* pe care a deținut-o actul căsătoriei.¹⁷

- Nulitatea căsătoriei (așa cum era prevăzută în art. 19 C.fam.) prezenta anumite particularități față de nulitatea contractului.

Însă aceste particularități „nu izolează ermetic nulitatea căsătoriei de nulitatea de drept comun”. Este vorba de una și aceeași instituție adaptată la specificul actului juridic al căsătoriei.¹⁸

- Contractul este, prin excelență, un act juridic prin reprezentare. Căsătoria nu se poate încheia prin reprezentarea viitorilor soți, ea fiind un act juridic personal (art. 16 C.fam., art. 287 pct. (1) din noul C.civ.).

- În principiu, contractul poate fi susceptibil de modalități (condiție și termen), pe când căsătoria nu poate fi afectată de asemenea modalități.

Concluzia unanim împărtășită de literatura juridică română era: căsătoria este un act juridic, însă nu și ceea ce implică ea, pentru că actul juridic este termenul generic care desemnează faptele juridice cu caracter volițional, adică contractele și actele juridice unilaterale. Prin însăși esența sa, căsătoria este un acord de voință între două persoane, realizat în scopul de a da naștere drepturilor și obligațiilor specifice, iar faptul că odată încheiată căsătoria, soții sunt supuși unui regim legal și imperativ, este numai consecința manifestării de voință a părților și nu poate absorbi însuși actul care l-a generat.¹⁹

3.2. Instituția căsătoriei

49 În doctrină²⁰ se susține că instituția căsătoriei reprezintă o realitate juridică, întrucât normele privitoare la căsătorie au un obiect propriu de reglementare, respectiv relațiile sociale referitoare la căsătorie, atât la încheierea acesteia, cât și la efectele, desfacerea și încetarea acesteia.

Noul Cod civil reglementează instituția căsătoriei, astfel:

- art. 271-289 încheierea căsătoriei;
- art. 290-292 formalități ulterioare încheierii căsătoriei;
- art. 293-306 nulitatea căsătoriei;
- art. 306-311 drepturile și îndatoririle personale ale soților;
- art. 312-372 drepturile și obligațiile patrimoniale ale soților;

¹⁷ E. Florian, *Dreptul familiei*, Editura Limes, Cluj-Napoca, 2003, p. 27-28

¹⁸ *Ibidem*

¹⁹ E. Florian, *op. cit.*, 2003, p. 28-29

²⁰ A. Corhan, *op. cit.*, p. 51

- art. 373-404 desfacerea căsătoriei.

Instituția căsătoriei ocupă locul principal în cadrul raporturilor juridice de familie, în jurul ei gravitând celelalte instituții precum filiația, adopția, ocrotirea părintească sau obligația de întreținere.

Căsătoria este ocrotită de lege. Constituția României prevede, în art. 26, că „*autoritățile publice respectă și ocrotesc viața intimă, familială și privată*”, iar noul Cod civil, în art. 258 pct. (2), dispune că: „*Familia are dreptul la ocrotire din partea societății și a statului*”, iar la pct. (3) că „*Statul este obligat să sprijine, prin măsuri economice și sociale, încheierea căsătoriei, precum și dezvoltarea și consolidarea familiei.*”

Din analiza noilor prevederi ale Codului civil român, caracterul contractualist al căsătoriei a devenit evident, actul juridic care stă la baza încheierii căsătoriei fiind un contract între soți.

Controversa doctrinară între căsătoria-contract, căsătoria-instituție, vine din faptul că nu poate fi ignorat aspectul instituțional al acesteia. Într-adevăr, odată voința soților exprimată ofițerul de stare civilă este cel care pronunță căsătoria, în numele legii.

După încheierea căsătoriei, soții sunt supuși unui statut imperativ, denumit în doctrină regim primar, reglementat de legea civilă și de la care soții nu pot deroga sau sustrage. Voința soților nu are aici nicio influență.

Este posibil să privim căsătoria ca având o natură hibridă. Căsătoria este un contract și totodată o instituție, contract dacă îl privim din perspectiva relației care se naște între soți, instituție dacă ne gândim la situația soților vis-à-vis de terți și de societate.

3.3. Starea juridică de căsătorie

50 În literatura de specialitate²¹ este analizată și noțiunea de *stare juridică de căsătorie*, având în vedere faptul că, de-a lungul timpului, conținutul acesteia a evoluat.

În vechiul drept roman, puterea maritală conferită bărbatului punea femeia căsătorită prin convenția *in manum* în situația unei fiice sau nepoate față de soțul ei. În Evul Mediu, căsătoria era de multe ori o „alianță” sau „un pact între două grupuri de părinți, întemeiat pe un schimb de femei”, prin care chiar și case dușmane hotărâu să pună punct ostilităților dintre ele, fata fiind doar un obiect de tranzacție, o miză a puterii și îmbogățirii. Pentru a o obține

²¹ I. Albu, *Căsătoria în dreptul român*, Editura Dacia, Cluj-Napoca, 1988, p. 18-20

de nevastă trebuiau oferite pământuri, bani sau animale. Această putere a soțului a fost menținută chiar dacă efectele ei au fost atenuate.²²

Codul civil român de la 1865 a consacrat puterea maritală, conferind soțului calitatea de cap de familie și punând femeia căsătorită în subordinea lui, lipsind-o de capacitatea civilă, precum minorii și interzișii.²³ Legea din 20 aprilie 1929, pentru ridicarea incapacității juridice a femeii măritate, a început să îmbunătățească situația acesteia. Abia Constituția din 1948 a enunțat egalitatea sexelor, de la acea dată femeia dobândind deplina capacitate civilă.

Evoluția familiei în secolul industrializării se caracterizează prin substituirea crescândă a relațiilor de asociere și prietenie, relațiilor de autoritate. Este vorba de un proces de democratizare a familiei, conform teoriei lui Burgess dezvoltată în 1953 în cartea sa „The family, from institution to companionship”. Legătura juridică dintre soți, numită și legătură conjugală sau legătură matrimonială, constând din drepturile și obligațiile soților, exprimă starea juridică de căsătorie sau statutul legal al soților, ce se caracterizează în dreptul român prin următoarele²⁴:

- ia naștere prin liberul consimțământ al viitorilor soți;
- are caracter de ordine publică;
- este guvernată de principiul egalității în drepturi și obligații a soților;
- dă naștere drepturilor și obligațiilor soților;
- realizează o comuniune de viață între soți, bazată pe prietenia și afecțiunea reciprocă dintre ei;
- în principiu, durata ei este pe viață.

SECȚIUNEA A IV–A CARACTERELE CĂSĂTORIEI

Consecințele care rezultă din definiția căsătoriei dau conținutul caracterelor juridice ale acesteia.

51 1. Căsătoria este, în dreptul român, ***uniunea dintre un bărbat și o femeie***

²² Cu ocazia dezbaterii Codului civil francez, Napoleon Bonaparte, caracterizând situația femeii măritate, spunea că: „*natura a făcut din femeile noastre sclavele noastre! Bărbatul are dreptul de a spune soției sale: Doamnă, azi nu veți ieși din casă! Doamnă, nu veți merge la teatru! Doamnă, nu veți vedea pe cutare sau cutare persoană! Doamnă, aceasta înseamnă că îmi aparțineți, cu trup și suflet, în proprietate!*” R. Savatier, *Le droit, l'amour et la liberté*, Librairie générale de droit et de la jurisprudence, Paris, 1963, p. 82

²³ A. Corhan, *op. cit.*, p. 50

²⁴ *Idem*, p. 50-51

În România, căsătoria nu se poate încheia decât între un bărbat și o femeie. Dat fiind temeiul și imperativul moral al căsătoriei, legiuitorul român a considerat necesar ca, în cuprinsul noului Cod civil²⁵, să prevadă expres această condiție, astfel: art. 258 pct. (4) dispune *“În sensul prezentului Cod civil, prin soți se înțelege bărbatul și femeia uniți prin căsătorie”*, art. 259 pct. (1) *“Căsătoria este uniunea liber consimțită între un bărbat și o femeie, încheiată în condițiile legii”*, art. 271 *“Căsătoria se încheie între bărbat și femeie prin consimțământul personal și liber al acestora.”*

Mai mult, art. 277 din noul C.civ. prevede expres interzicerea sau echivalarea unor forme de conviețuire cu căsătoria.

2. Căsătoria este o uniune liber consimțită

52 Acest caracter rezultă din dispozițiile Constituției, art. 48 alin. (1) și din prevederile art. 258 pct. (1), art. 259 pct. (1) din noul C.civ., care prevăd că familia se întemeiază pe căsătoria liber consimțită între soți.

În secolul trecut, în dreptul român, libertatea consimțământului la căsătorie era îngădită unor categorii sociale sau naționale.²⁶

În prezent, sub rezerva constituționalității acestor norme, care introduc o discriminare nejustificată, există Legea nr. 195/2000 privind constituirea și organizarea clerului militar care, la art. 18 lit. a), dispune: *„Preoților militari le este restrânsă exercitarea unor drepturi și libertăți, astfel: a) căsătoria cu o persoană apatridă sau care nu are exclusiv cetățenie română este condiționată de obținerea aprobării prealabile a conducătorilor instituțiilor în care sunt încadrați.”*²⁷

²⁵ Legiuitorul român nu a considerat necesar ca, în cuprinsul Codului familiei, să prevadă expres această condiție. Au existat numeroase texte ale Codului care, reglementând căsătoria, se refereau în mod distinct la „bărbatul” și „femeia” care s-au căsătorit (art. 1, art. 25).

²⁶ Legea din 10 mai 1938 cu privire la căsătoria membrilor corpului diplomatic impunea viitorului soț, dacă era membru al corpului diplomatic sau consular ori funcționar al Ministerului Afacerilor Externe, obligația de a obține în prealabil autorizația acestui minister pentru încheierea căsătoriei, aprobare ce se dădea și în funcție de avere, onorabilitate, cetățenie. Același tip de îngădire era impus și ofițerilor, prin Legea din 9 aprilie 1931 asupra căsătoriei militarilor, care, sub sancțiunea eliberării din funcție, nu se puteau căsători cu o femeie fără zestre. În perioada celui de al doilea război mondial, în reglementarea relațiilor de familie au apărut și discriminări de ordin rasial, care, prin Legea din 5 august 1940 pentru oprirea căsătoriilor între români de sânge și evrei, limita libertatea consimțământului cu privire la căsătoriile dintre români și evrei. Decretul nr. 80 din 31 martie 1950 a introdus în Codul civil art. 134, conform căruia cetățeanul român nu se putea căsători cu o străină și nici cetățeanul român nu se putea căsători cu un străin fără autorizația Președintelui României.

²⁷ Legea nr. 80/20 iulie 1995 privind statutul cadrelor militare dispunea, la art. 29 lit. f): *“căsătoria unui cadru militar în activitate cu o persoană apatridă sau care nu are exclusiv*

3. Căsătoria este monogamă

53 Acest caracter decurge din fundamentul căsătoriei, și anume afecțiunea reciprocă a soților, caracterul exclusivist al dragostei implicând monogamia, având o consacrare legală expresă, fundamentată pe tradiția poporului român.

În România, căsătoria a fost întotdeauna monogamă. Codul civil de la 1865, în art. 130, prevedea că: „*Nu este iertat a trece în a doua căsătorie fără ca cea dintâi să fie desfăcută*”.

Noul Cod civil consacră expres această regulă fundamentală, atât prin împiedicarea celui căsătorit de a încheia o nouă căsătorie (art. 273), cât și prin desființarea, ca urmare a nulității absolute, a căsătoriei încheiate în prezența acestui impediment legal (art. 293 pct. 1). Codul penal incriminează bigamia, sancționându-l pe acela care, mai înainte de a se fi desfăcut ori încetat căsătoria anterioară, încheie o nouă căsătorie, precum și pe cel care, nefiind căsătorit, încheie căsătoria cu o persoană pe care o știe căsătorită. În egală măsură, fapta ofițerului de stare civilă care, știind că o persoană este căsătorită, procedează la încheierea unei noi căsătorii constituie, după caz, fie complicitate la infracțiunea de bigamie, fie infracțiunea de abuz în serviciu.²⁸

În Europa, SUA și în țările Americii de Sud acest principiu nu cunoaște nici o derogare. Statele interzic bigamia, prin legislația lor, sancționând-o atât civil, cât și penal.²⁹

cetățenia română este condiționată de obținerea aprobării prealabile a ministrului apărării naționale.” Aceste prevederi au fost abrogate prin Legea nr. 81/2007 pentru modificarea Legii nr. 80/1995 privind statutul cadrelor militare. Când a recurs la abrogarea expresă a acestor prevederi, legiuitorul român a scăpat probabil din vedere abrogarea și a prevederilor Legii nr. 195/2000.

²⁸ G. Lupșan, *op. cit.*, p. 27

²⁹ Mai mult, în baza unei tradiții religioase, unele state au mers cu restricțiile și mai departe, interzicând încheierea unui număr prea mare de căsătorii. Astfel, Codul civil grec, derogând de la modelul său german, interzice încheierea celei de a patra căsătorii. O persoană divorțată nu se poate recăsători decât de cel mult două ori succesiv, cu respectarea unor reguli speciale în fiecare caz. (V.D. Zlătescu, *Drept privat comparat*, Editura Oscar Print, București, 1997, p. 207) Poliandria – căsătoria unei femei cu mai mulți bărbați își are origini ancestrale în societățile arhaice matriarhale, fiind întemeiată pe cultul fecundității, pe concepția conform căreia rolul fundamental în actul procreării aparține femeii. Există și astăzi, în Malabar, obiceiul ca o femeie să se căsătorească cu mai mulți frați. În Punjab, la Surintendanti, frații se pot căsători cu 12, 13 femei în comun. S-a spus despre dreptul islamului că „*introduce pe juristul european într-o lume cu totul deosebită de a sa, diferită prin izvoare, prin structură, dar mai ales prin mentalitate*”, rămânând pentru mulți o simplă curiozitate juridică, susținându-se că studiul său este lipsit de sens pentru comparatiști, deoarece reflectă o cultură complet străină lumii occidentale. Însă dreptul musulman guvernează astăzi circa 300 de milioane de oameni, sistemul juridic – islamul – aplicându-se într-o măsură mai mare sau mai

4. Căsătoria se încheie în formele cerute de lege

54 Căsătoria are un caracter solemn. Caracterul solemn al căsătoriei rezultă, printre altele, din împrejurarea că actul juridic al căsătoriei se încheie într-un anumit loc (în principiu, la sediul primăriei), în fața unei autorități de stat (art. 279 noul C.civ, această autoritate este ofițerul de stare civilă), într-o zi fixată dinainte, în prezența efectivă și concomitentă a viitorilor soți, a celor doi martori și cu posibilitatea publicului de a asista la ceremonie.

Prin solemnitatea căsătoriei nu trebuie înțeleasă și publicitatea acesteia, care este o condiție diferită, pe care legiuitorul o cere a fi întrunită alături de cea a solemnității.³⁰

Totodată, solemnitatea căsătoriei nu trebuie confundată cu forma autentică a actului de căsătorie. Deși obligatorie, neîntocmirea actului de căsătorie - ca act de stare civilă - nu atrage nulitatea căsătoriei, deoarece Legea nr. 119/1996 cu privire la actele de stare civilă, republicată³¹, reglementează posibilitatea întocmirii ulterioare a actului de căsătorie în condițiile art. 53 pct. b), atunci când întocmirea actului a fost omisă sau refuzată, deși a fost luat consimțământul soților de către ofițerul de stare civilă.³²

5. Căsătoria are un caracter civil (laic)

55 Dreptul roman a cunoscut atât căsătoria religioasă - *confarraetio* - cât și căsătoria consensuală - *usus, coemptio*. Către sfârșitul Republicii

mică în toate statele arabe, în Pakistan, Bangladesh, Iran, Afganistan sau Indonezia. În lumea musulmană, scopul căsătoriei este procrearea. Pentru ca un bărbat să aibă cât mai mulți copii, el poate avea concomitent un număr de până la patru neveste, privilegiu de care nu se bucură însă, de obicei, decât cei înstăriți. Acestei poligamii concomitente i se adaugă o „poligamie în timp”, rezultată din facilitatea repudierii. (R. Charles, *Le droit musulman*, P.U.P., Paris, 1965, p. 41) Potrivit dreptului islamic, căsătoria este privită drept un contract ce se încheie nu între viitorii soți, ci între părinții acestora, contract al cărui obiect este, pe de o parte, mireasa pe care o dau părinții săi, iar pe de altă parte, o sumă de bani - mahr - pe care o dau cei ai mirelui. Prin urmare, căsătoria poate fi supusă, ca orice contract, unor modalități. În dreptul șiiit este permisă o formă de căsătorie temporară care produce toate efectele unei căsătorii obișnuite, mai puțin cele succesoriale. Soțul șiiit poate lua în căsătorie obișnuită până la patru femei și un număr nelimitat de femei în căsătorie temporară - cu termen - durând de la o oră la câțiva ani. Este o formă de a eluda interdicția de a avea relații extraconjugale. La sunniți este cunoscut repudiul condițional sau la termen, stabilit chiar înainte de căsătorie. Toate acestea dau posibilitatea musulmanului să schimbe cu ușurință mai multe neveste în decursul vieții. Și dreptul african cutumiar cunoaște, la o scară foarte largă, poligamia.

³⁰ I. Albu, *op. cit.*, p. 51

³¹ Republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I. nr. 339/18 mai 2012

³² I.D. Romoșan, *Dreptul familiei, Căsătoria*, Editura Imprimeriei de Vest, Oradea, 2002, p. 36

romane, singura căsătorie era cea consensuală - *usus* -, celelalte două forme fiind căzute în desuetudine. În perioada medievală, căsătoria a avut un caracter exclusiv religios. Constituția Franței din 1791 a proclamat că legea nu consideră căsătoria decât un contract civil, concepție care a fost preluată, câțiva ani mai târziu, de Codul civil francez și, prin influența pe care acesta a exercitat-o, căsătoria civilă a fost consacrată în majoritatea legislațiilor europene³³ și de cultură europeană.³⁴ Căsătoria instituită prin legea franceză reprezintă un act civil, o căsătorie civilă.³⁵ În dreptul francez, coordonarea căsătoriei civile - și, în diversitatea lor, multiplele căsătorii confesionale - este guvernată de trei reguli care conduc, pentru fiecare tip de căsătorie, la două postulate:

I. Celebrarea căsătoriei civile:

- este obligatorie pentru toți cetățenii (fără confesiune sau pentru toate confesiunile);

- este necesar să se încheie prima. În ordine cronologică, ea nu poate preceda o celebrare religioasă, sub amenințarea sancțiunii (art. 433-21 C.pen.);

II. Celebrarea unei căsătorii religioase:

- este facultativă. Legea civilă nu interzice căsătoria religioasă. Celebrarea unei căsătorii religioase este lăsată la libera alegere a soților;

- ca dată, este obligatoriu încheiată a doua. Ceremonia religioasă nu se poate celebra decât după căsătoria civilă.

Conform modelului francez și potrivit dispozițiilor constituționale române care garantează tuturor cetățenilor libertatea conștiinței și libertatea

³³ În prezent, există legislații în care căsătoria are un caracter exclusiv civil (Franța, Belgia, Elveția, Germania, Olanda, Polonia), legislații în care căsătoria are un caracter religios (țările musulmane), legislații în care viitorii soți au dreptul de opțiune între căsătoria religioasă și cea civilă (SUA, Canada, Brazilia, Italia, India etc.), I. Albu, *op. cit.*, p. 51. O situație aparte o reprezintă Grecia. Forma religioasă de celebrare a căsătoriei era singura recunoscută în Grecia, cu consecințe grave: căsătoria între greci fără ceremonia religioasă ortodoxă era inexistentă. (G. Koumantos, *Le nouveau droit de la famille en Grèce*, RHDI, 1982/1983, p. 5) Actele legislative care au modificat, pe fond, Cartea a IV-a a Codului civil grec din 1946 – dreptul familiei – sunt Legile nr. 1250 din 3/7 aprilie 1982 (care a introdus căsătoria civilă) și nr. 1329 din 15/18 februarie 1983 (care a stipulat aplicarea principiului constituțional al egalității bărbaților cu femeile). Reforma a introdus căsătoria civilă alternativ cu forma religioasă, lăsând la aprecierea viitorilor soți ce formă aleg pentru căsătoria lor. Paradoxal, folosirea acestei posibilități de alegere n-a dat rezultatele scontate, de micșorare a numărului de căsătorii religioase nici chiar în marile orașe, dar mai ales în provincie. (N. Rodios, *La nouvelle famille en Grèce în Family, Law and social policy*, Onati International Institute, 1991, p. 119)

³⁴ G. Lupșan, *op. cit.*, p. 28

³⁵ Gé. Cornu, *op. cit.*, p. 245

exercitării cultului religios, în România soții au posibilitatea să procedeze și la celebrarea religioasă a căsătoriei, dar aceasta numai după încheierea căsătoriei în fața autorității de stat (Constituția României, art. 48 pct. 2 teza 2). Celebrarea religioasă nu produce niciun efect juridic, iar uniunea încheiată numai religios nu are valoare juridică.³⁶

Încheierea și înregistrarea căsătoriei sunt de competența exclusivă a autorității de stat. Acest aspect rezultă din cuprinsul dispozițiilor art. 259 pct. (3) din noul C.civ. care prevede că „*Celebrarea religioasă a căsătoriei poate fi făcută numai după încheierea căsătoriei civile*”, precum și cele ale art. 290 C.civ. care reglementează modul de înregistrare, în registrul actelor de stare civilă, a actului de căsătorie.

6. Căsătoria se încheie pe viață

56 În principiu, legătura căsătoriei este menită să dăinuiască între soți pe tot timpul vieții lor.³⁷ Acest caracter al căsătoriei nu are o consacrare expresă în lege.

Căsătoria încetează, potrivit art. 259 pct. (5) din noul C.civ., prin decesul sau prin declararea judecătorească a morții unuia dintre soți și se poate desface prin divorț, în condițiile stabilite de art. 373 din noul C.civ., pe cale judecătorească sau, prin acordul soților, pe cale administrativă sau prin procedură notarială.

Legiuitorul a prevăzut și posibilitatea acoperirii unor cazuri de nulitate absolută, în situații expres prevăzute de acesta [art. 294 pct. (2), art. 295 pct. (2) noul C.civ.].

7. Căsătoria se întemeiază pe deplina egalitate în drepturi dintre bărbat și femeie

57 Egalitatea dintre bărbat și femeie există în toate domeniile vieții sociale, depășind sfera relațiilor de familie.³⁸ Acest caracter este expres

³⁶ I.P. Filipescu, A.I. Filipescu, *op. cit.*, p. 13

³⁷ I.P. Filipescu, A.I. Filipescu, *op. cit.*, p. 13

³⁸ Puterea maritală, nelimitată la început, a fost atenuată în decursul timpului, însă abia în sec. al XX-lea s-a ajuns ca ea să fie înlăturată din cele mai multe legislații, femeia devenind în relațiile de familie egală cu soțul său. Însă, și astăzi există popoare pentru care femeia, fie reprezentă o marfă (vezi dreptul islamic), fie condiția acesteia este cea a unei permanente incapabile sub raport juridic (subordonată fie tatălui, fie soțului, conform versetului 2.228 din Coran, care spune: „*Bărbații au autoritate asupra femeilor în virtutea preferinței pe care Domnul le-a dat-o asupra lor*”). Cât privește condiția femeii pe continentul african, aceasta nu are o existență proprie. Și ea este o eternă incapabilă, trecând de sub tutela tatălui, sub cea a soțului. Soția are în căsătorie numai obligații, din care cea mai însemnată este de a procrea împreună cu soțul. Datorită lipsei de drepturi, soția nu se poate

stipulat în art. 258 pct. (1) din noul C.civ., conform căruia “*Familia se întemeiază pe căsătoria liber consimțită între soți, pe egalitatea acestora, precum și pe dreptul și îndatorirea părinților de a asigura creșterea și educarea copiilor lor*”, ca o consacrare a principiului constituțional [prevăzută de art. 48 alin. (1)] conform căruia „*familia se întemeiază pe căsătoria liber consimțită între soți, pe egalitatea acestora...*”

8. Căsătoria se încheie în scopul întemeierii unei familii

58 Căsătoria este ocrotită de lege, deoarece constituie baza familiei. Întemeierea relațiilor de familie constituie conținutul căsătoriei, cauza necesară și determinantă a acesteia.³⁹

Dacă pct. (1) al art. 259 din noul C.civ. include definiția legală a căsătoriei ca fiind uniunea liber consimțită între un bărbat și o femeie, încheiată în condițiile legii, pct. (2) consacră faptul că „*Bărbatul și femeia au dreptul de a se căsători în scopul de a întemeia o familie*”. Textul este asemănător cu cel al art. 12 din Convenția europeană a drepturilor omului, potrivit căruia începând cu vârsta stabilită de lege, bărbatul și femeia au dreptul de a se căsători și de a întemeia o familie conform legislației naționale ce reglementează exercitarea acestui drept.

Există însă o deosebire între cele două texte: art. 12 din Convenția europeană consacră două drepturi, respectiv *dreptul la căsătorie* și *dreptul de a întemeia o familie*. Chiar dacă cele două drepturi sunt strâns legate, totuși nu sunt condiționate unul de celălalt.⁴⁰ Astfel, este posibil ca „familia” să fie întemeiată pe baza unor uniuni libere sau în baza unor contracte/parteneriate înregistrate, în lipsa încheierii unei căsătorii, dar aducând pe lume copii în cadrul acestor parteneriate. Tot astfel, întemeierea unei familii se poate realiza și prin adoptarea unui copil de către o persoană necăsătorită, astfel că, dreptul de a întemeia o familie nu este condiționat de dreptul la căsătorie, ci - mai curând - de dreptul de a avea copii, deci de a procrea, precum și de dreptul de a adopta copii. Reciproca este însă valabilă: întrucât prin căsătorie se întemeiază întotdeauna o familie, chiar dacă soții nu procrează sau nu adoptă

opune poligamiei, dacă aceasta este dorința soțului. Soțul decide - având o autoritate deosebită - asupra reședinței familiei, asupra sistemului de educație al copiilor, asupra căsătoriei copiilor de ambele sexe, putându-și repudia soția. (Issa Laure, Lade Fatima, *Quelque aspects de la situation juridico-sociale de la famille au Niger. Mariage, rupture*, litografiat, Agence de coopération culturelle, Ecole internationale de Bordeaux, 1980)

³⁹ I.P. Filipescu, A. I. Filipescu, *op. cit.*, p. 13

⁴⁰ M. Avram, L. M. Andrei, *op. cit.*, p. 20

un copil, rezultă că dreptul la căsătorie implică întotdeauna dreptul de a întemeia o familie.⁴¹

Punctul (2) al art. 259 consacră numai dreptul fundamental de a încheia o căsătorie „*în scopul*” întemeierii unei familii, așa încât, întemeierea unei familii constituie cauza determinantă a căsătoriei.

Căsătoria încheiată cu un alt scop decât cel al întemeierii unei familii este sancționată cu nulitatea absolută.

CAPITOLUL II

CONDIȚIILE DE FOND ȘI LIPSA IMPEDIMENTELOR LA CĂSĂTORIE

SECȚIUNEA I

PRECIZĂRI PREALABILE

59 Ca act juridic de o natură specială, căsătoria are o reglementare specială și în materia condițiilor sale de valabilitate, derogatorie de la dreptul comun privitor la condițiile de valabilitate ale actului juridic civil.⁴²

Încheierea unei căsătorii în mod valabil presupune îndeplinirea unor *condiții de fond* și *de formă* prevăzute de lege. Aceste cerințe sunt reglementate în Titlul II, Capitolul II “Încheierea căsătoriei”, Secțiunea 1 “*Condițiile de fond pentru încheierea căsătoriei*” (art. 271-277) și Secțiunea a 2-a „*Formalitățile pentru încheierea căsătoriei*” (art. 278-289) din noul Cod civil.

Prevederile Codului civil se întregesc cu cele din Legea nr. 119/1996 cu privire la actele de stare civilă, cu modificările și completările ulterioare, republicată.

SECȚIUNEA A II -A

CONDIȚIILE DE FOND LA ÎNCHEIEREA CĂSĂTORIEI

2.1. Clasificarea condițiilor de fond și a impedimentelor la căsătorie⁴³

60 Doctrina română a grupat condițiile de fond în *cerințe* legale la căsătorie – adică manifestări, stări de fapt care trebuie să existe în momentul căsătoriei – și *impedimente* la căsătorie sau piedici la căsătorie – adică împrejurări de fapt în prezența cărora căsătoria este oprită.⁴⁴

⁴¹ *Ibidem*

⁴² I. D. Romoșan, *op. cit.*, p. 34

⁴³ I.P. Filipescu, A.I. Filipescu, *op. cit.*, p. 14-15

⁴⁴ E. Florian, *op. cit.*, 2003, p. 29

- **În sens larg, condițiile de fond** cuprind atât pe cele pozitive cât și pe cele negative, opunându-se condițiilor de formă.

- **În sens restrâns, condițiile de fond** - cerințele legale - sunt acele împrejurări care trebuie să existe pentru a se putea încheia căsătoria, ele înfățișându-se sub formă pozitivă. Îndeplinirea condițiilor de fond, în sens restrâns trebuie dovedită de către viitorii soți. Acestea sunt:

- a) diferența de sex;
- b) vârsta legală pentru căsătorie;
- c) consimțământul la căsătorie.

- **În sens larg, impedimentele la căsătorie** reprezintă împrejurări care se opun la încheierea căsătoriei, fie că n-au fost îndeplinite condițiile de fond - în sens restrâns - fie că există impedimente - în sens restrâns - fie au fost încălcate condițiile de formă pentru încheierea căsătoriei.

- **În sens restrâns, impedimentele la căsătorie** sunt acele împrejurări de fapt sau de drept, a căror existență împiedică încheierea căsătoriei, ele înfățișându-se sub forma condițiilor de fond negative. Impedimentele la căsătorie pot fi invocate de un terț împotriva celor ce doresc să se căsătorească, pe calea opoziției la căsătorie sau de către ofițerul de stare civilă prin întocmirea unui proces-verbal. Acestea sunt:

- a) bigamia;
- b) rudenia;
- c) tutela;
- d) alienația și debilitatea mintală;
- e) lipsa aprobării pentru membrii clerului militar.

După *caracterul* lor, condițiile de fond, **în sens larg**, se clasifică în⁴⁵:

a) condiții privitoare la aptitudinea fizică de a încheia o căsătorie. Acestea sunt: diferența de sex, vârsta legală pentru căsătorie, sănătatea fizică a viitorilor soți - cei bolnavi de anumite boli nu se pot căsători;

b) condiții menite să asigure o căsătorie liber consimțită. Acestea sunt: existența consimțământului, caracterele consimțământului;

c) condiții privitoare la aptitudinea morală de a încheia căsătoria, adică bigamia, căsătoria între rude, tutela.

În literatura de specialitate⁴⁶ s-a arătat că această clasificare are un caracter relativ, deoarece unele condiții de fond pot fi încadrate în același timp, în mai multe categorii.

⁴⁵ T. R. Popescu, *Dreptul familiei*, Tratat, vol. I, Editura Didactică și pedagogică, București, 1965, p. 109

⁴⁶ I. Rucăreanu, *Condițiile de fond ale căsătoriei în Căsătorie în dreptul RPR*, T. Ionașcu și colectivul, Editura Academiei, București, 1964, p. 30-31

Din punct de vedere al *persoanelor între care există impedimentul*, acestea pot fi:

- a. *absolute* – care opresc încheierea căsătoriei unei anumite persoane cu orice altă persoană: bigamia, alienația și debilitatea mintală;
- b. *relative* – care opresc încheierea căsătoriei unei anumite persoane cu o anumită altă persoană: tutela, rudenia, lipsa autorizației pentru membrii clerului militar.

După *sanctiunea încalcării impedimentelor în sens larg*, acestea se clasifică în se clasifică în:

- a. *dirimante* - impedimentele în sens larg, sunt dirimante atunci când încălcarea lor atrage sancțiunea nulității căsătoriei.
- b. *prohibitive* – impedimentele prohibitive în sens larg, nu atrag nulitatea căsătoriei, ci doar sancțiuni administrative pentru funcționarul care nu a fost vigilent în a le observa.

În vechea reglementare a Codului familiei exista și clasificarea lor legislativă⁴⁷, condițiile de fond, în sens restrâns, putând fi:

- a. *exprese* – prevăzute ca atare în Codul familiei: vârsta matrimonială; consimțământul; diferența de sex.
- b. *virtuale* – cele care rezultau implicit din scopul urmărit de către legiuitorul Codului familiei, prin dispozițiile referitoare la căsătorie, diferența de sex nefiind specificată *in terminis*.

2.2. Analiza cerințelor legale la căsătorie

2.2.1. Diferența de sex

61 Nici Codul familiei, dar de exemplu, nici legislația franceză⁴⁸ mai veche, nu au considerat necesar, să prevadă expres această condiție, fiind considerată de multă vreme, că e de la sine înțeleasă. Din întreaga reglementare a Codului familiei rezulta că se poate încheia o căsătorie numai între persoane de sex diferit.

În concepția noului Cod civil, diferența de sex este o condiție prevăzută expres, căsătoria putând fi încheiată numai între un bărbat și o femeie. [art. 258 pct. (4), art. 259 pct. (1) și (2) precum și art. 271]

Caracterul heterosexual al căsătoriei este de ordine publică, art. 277 din noul C.civ. dispunând expres interzicerea sau echivalarea unor forme de conviețuire cu căsătoria: „(1) Este **interzisă** căsătoria dintre persoane de

⁴⁷ G. Lupșan, *op. cit.*, p. 31

⁴⁸ Anterioară legiferării căsătoriilor persoanelor de același sex.

*același sex. (2) Căsătoriile dintre persoane de același sex încheiate sau contractate în străinătate fie de cetățeni români, fie de cetățeni străini **nu sunt recunoscute** în România. (3) Parteneriatele civile dintre persoane de sex opus sau de același sex încheiate sau contractate în străinătate fie de cetățeni români, fie de cetățeni străini **nu sunt recunoscute** în România. (4) Dispozițiile legale privind libera circulație pe teritoriul României a cetățenilor statelor membre ale Uniunii Europene și Spațiului Economic European rămân aplicabile.”*

Cu toate acestea, potrivit O.U.G. nr. 102/2005 privind libera circulație pe teritoriul României a cetățenilor statelor membre ale Uniunii Europene și Spațiului Economic European, cu modificările și completările ulterioare, „persoanele aflate în întreținere, precum și **partenerul** beneficiază de drepturile membrilor de familie ai cetățeanului Uniunii Europene privind intrarea și rezidența pe teritoriul României, în condițiile stabilite de această ordonanță de urgență” (art. 3 pct. 2). De asemenea, potrivit art. 2 pct. (7), prin „partener” se înțelege „persoana care conviețuiește cu cetățeanul Uniunii Europene, dacă parteneriatul este înregistrat conform legii din statul membru de origine ori de proveniență sau, în cazul în care parteneriatul nu este înregistrat, relația de conviețuire poate fi dovedită”.⁴⁹

Conform acestei legi speciale, România recunoaște „partenerului” cetățeanului UE, persoană de același sex sau de sex diferit, drepturile ca membru de familie ai acestuia, privind intrarea și rezidența pe teritoriul României, recunoscând astfel parteneriatele înregistrate în state terțe, dar și uniunea liberă notorie.

De altfel, prevederile art. 9 al Cartei fundamentale a drepturilor Uniunii Europene nici nu interzic, dar nici nu impun acordarea statutului de căsătorie uniunilor dintre persoanele de același sex. Acest drept este asemănător celui prevăzut în art. 12 al Convenției europene pentru apărarea drepturilor omului și libertăților fundamentale, însă el este aici mai cuprinzător, incluzând și legislațiile naționale ce prevăd căsătoriile între persoanele de același sex.⁵⁰

⁴⁹ Menționăm că ultima modificare a O.U.G. nr. 102/2005 a intervenit prin Legea nr. 80 din 6 iunie 2011.

⁵⁰ Reamintind afirmațiile (din *Expunerea de motive*) conform cărora noul Cod civil „valorifică experiența reformelor recente în domeniul dreptului civil realizate **de alte state** (ș.a.) ... și **prevederile din instrumente de drept european și internaționale** (ș.a.)”, nu putem să nu amintim faptul că 90% dintre țările U.E. - în celelalte existând discuții avansate - prevăd în Codurile lor civile sau în legi speciale, norme privind situațiile paramatrimoniale, de genul „Uniunilor civile”, al „Parteneriatelor înregistrate” sau al „Contractelor înregistrate” referitoare la cuplurile heterosexuale și/sau homosexuale. Legiuitorul român, fără să se complice, rezolvă într-o manieră „originală” această problemă controversată, în art. 277.

62 În principiu, sexul fiecăruia dintre viitorii soți se stabilește cu ajutorul certificatului de naștere, care conține o rubrică în acest sens.

Încheierea căsătoriei fără îndeplinirea acestei condiții duce la nulitatea absolută, fiind o condiție de esență a căsătoriei.⁵¹

În mod practic, această condiție poate interesa în cazul persoanelor al căror sex nu e suficient diferențiat. Practica judiciară a decis că „hermafroditismul constituie o anomalie genitală definitivă, care împiedică posibilitatea de procreare și raporturile sexuale dintre soți”, iar soluția care se impune este nulitatea absolută a unui astfel de căsătorii.⁵² Instanța judecătorească trebuie să stabilească de la caz la caz, pe baza probelor medicale, dacă o „malformație genitală” constituie sau nu, o lipsă de diferențiere sexuală de natură a împiedica relațiile conjugale dintre soți.⁵³

Acest caracter ridică probleme juridice și în cazul așa-numitului „transsexualism”, precum și în cazul schimbării ulterioare a sexului.

Denumită în unele lucrări medicale „metamorfoză sexuală paranoică”, transsexualismul se caracterizează, în principal, prin dorința obsesivă a unei persoane de a-și schimba sexul, prin sentimentul intim și autentic de a face parte din sexul opus. Într-o altă formulare, transsexualul este cel care fizic aparține unui sex, dar psihic are sentimentul de apartenență la celalalt sex. Această persoană încearcă printr-o intervenție chirurgicală să-și adapteze caracterele fizice, manifestărilor psihice.⁵⁴

S-a pus problema dacă o asemenea persoană se poate căsători. Din punctul de vedere al dreptului, este valabilă căsătoria cu o persoană având sexul corespunzător anatomiei, iar nu imaginației sale. În situația în care, schimbarea de sex a fost înregistrată la serviciul de stare civilă, transsexualul masculin, devenit femeie, nu se poate căsători decât cu un bărbat, iar cel feminin, devenit bărbat după intervenția chirurgicală, nu se poate căsători decât cu o femeie.

După o practică ce refuza schimbarea statutului civil al persoanei datorită caracterului indisponibil al acestuia, jurisprudența franceză se

⁵¹ T.S., sect. civ., dec. nr. 1196/1972 în C.D. 1972, p.199

⁵² T.S., sect. civ., dec. nr. 964/1972, în I. G. Mițuță, *Repertoriu 1969-1975*, p. 16

⁵³ Confruntată cu incertitudinea asupra sexului unui soț care suferea de o malformație, jurisprudența clasică franceză a respins toate acțiunile în nulitatea căsătoriei pentru a preveni incertitudinile, dificultățile și scandalurile privind proba acestui fapt. S-a stabilit că trebuie să se țină seama de indicațiile din actul de stare civilă. I. Dogaru, S. Cercel, *op. cit.*, p. 21

⁵⁴ Gh. Scripcaru, D. Ciucă, V. Astărăstoae, C. Scripcaru, *Bioetica, științele vieții și drepturilor omului*, Editura Polirom, Iași, 1999, p. 138

situează în prezent pe o poziție opusă⁵⁵, având în vedere jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului⁵⁶, și motivând că aplicarea principiului respectării vieții private justifică un statut civil ce corespunde sexului aparent al persoanei. Însă, până la legalizarea căsătoriilor persoanelor de același sex, nu era posibil ca o căsătorie să fie încheiată sau menținută dacă, în urma unei operații de schimbare de sex, un soț avea același sex cu celălalt, chiar dacă actul său de stare civilă nu fusese schimbat. Se impunea ca persoana care și-a schimbat sexul, care a pierdut caracterele sexului său de origine, să-l informeze pe viitorul său soț, această omisiune putând constitui cauză de anulare a căsătoriei. În situația în care o persoană căsătorită dorea să-și schimbe sexul, se punea problema dacă avea nevoie de acordul celuilalt soț sau dacă acesta avea un motiv suficient pentru a divorța. Dacă divorțul era admisibil atunci când operația a fost ascunsă celuilalt soț, lucrurile se complicau dacă acesta aprobase intervenția chirurgicală, pentru că nu mai poate fi vorba de vreo vină sub acest aspect. În literatura franceză de specialitate s-a afirmat că ar trebui admisă o caducitate sau o reziliere a căsătoriei.⁵⁷

În cazul intersexualizării și a transsexualismului este admisibilă acțiunea în stabilirea exactă a sexului ori acțiunea în schimbarea sexului, care sunt acțiuni de stat, nu de rectificarea înregistrării în actele de stare civilă, deoarece nu este vorba de o eroare cu privire la sexul înregistrat, modificarea sexului intervenind ulterior înregistrării.⁵⁸

Deși art. 12 din Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale privește căsătoria tradițională între persoane de sex opus, s-a acceptat extinderea aplicării acestui text și asupra

⁵⁵ Dreptul suedez admite că nu este necesar acordul celuilalt soț, însă recunoaște în favoarea acestuia posibilitatea de a intenta divorțul.

⁵⁶ În speța Ch. G. v/Royaume-Uni o transsexuală operată, a trecut de la sexul masculin la cel feminin. Înainte de a se supune unor tratamente hormonale și chirurgicale, ea se căsătorește cu o femeie, împreună cu care are 4 copii. Ea divorțează ulterior. În petiția sa din 1995, adresată Comisiei, se plânge de nerecunoașterea juridică a noii sale identități sexuale, ca și de statutul juridic al transsexualilor în Regatul Unit. Ea denunță în mod special maniera în care este tratată în domeniul angajării, al securității sociale și al pensiilor, precum și imposibilitatea pentru ea de a se căsători. Ea a invocat art. 8, 12, 13 și 14 ale Convenției. Curtea a reținut că au fost încălcate art. 8 (dreptul la viață privată) și art. 12 (dreptul la căsătorie). CEDH, 11 iulie 2002, Ch. G. v/Royaume-Uni, în V.Berger, *Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului*, IRDO, 2005, p. 441-444

⁵⁷ A. Bénabent, *Droit civil, La Famille*, 10e éd., Litec, Paris, 2001, p. 62

⁵⁸ V. Ciorbea, *Probleme juridice privind stabilirea și schimbarea stării civile a persoanei în situații speciale* (I) în SCJ nr. 3, 1987, p. 236-242 și (II) în SCJ nr. 4/1987, p. 337-341

căsătoriei încheiate de o persoană transsexuală, deoarece procrearea nu reprezintă o condiție - esențială - a căsătoriei.⁵⁹

⁵⁹ G. Lușan, *op. cit.*, p. 26

DIN JURISPRUDENȚA ÎNALTEI CURȚI DE CASAȚIE ȘI JUSTIȚIE - COMPLETUL PENTRU DEZLEGAREA UNOR CHESTIUNI DE DREPT ÎN MATERIE PENALĂ

MINUTELE DECIZIILOR COMPLETULUI PENTRU DEZLEGAREA UNOR CHESTIUNI DE DREPT ÎN MATERIE PENALĂ AL ÎNALTEI CURȚI DE CASAȚIE ȘI JUSTIȚIE (MARTIE – IUNIE 2016)*

Minuta deciziei nr. 7

Ședința din data de 2 martie 2016

Stabilește că, în aplicarea dispozițiilor art. 5 din Codul penal, în cazul pluralității de infracțiuni constând în săvârșirea unor infracțiuni anterior datei de 1 februarie 2014, respectiv a unor infracțiuni comise după intrarea în vigoare a noului Cod penal, pentru infracțiunile săvârșite anterior datei de 1 februarie 2014 se va aplica legea penală mai favorabilă – identificată ca fiind legea veche sau legea nouă – iar pentru infracțiunile săvârșite sub imperiul legii penale noi, precum și pentru tratamentul sancționator al concursului de infracțiuni, se va aplica legea nouă, conform art. 3 din Codul penal și art. 10 din Legea nr. 187/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 286/2009 privind Codul penal.

Minuta deciziei nr. 9

Ședința din data de 12 aprilie 2016

Stabilește că:

1. În aplicarea dispozițiilor art. 371 din Codul penal, în cazul infracțiunii de tulburare a ordinii și liniștii publice, pentru existența infracțiunii, violențele, amenințările sau atingerile grave aduse demnității nu trebuie să fie comise împotriva mai multor persoane, fiind suficient ca violențele, amenințările ori atingerile grave aduse demnității, care tulbură ordinea și liniștea publică, să fie săvârșite, în public, împotriva unei persoane.

2. În ipoteza în care violențele, amenințările sau atingerile grave aduse demnității persoanei, care tulbură ordinea și liniștea publică, au fost comise, în public, împotriva unei singure persoane, nu operează dezincriminarea, nefiind incidente dispozițiile art. 4 din Codul penal.

* <http://www.scj.ro/736/Cautare-jurisprudenta?customQuery%5B0%5D.Key=Department&customQuery%5B0%5D.Value=202>

Minuta deciziei nr. 11

Pronunțată, în ședință publică, astăzi 5 mai 2016

Stabilește că, în aplicarea dispozițiilor art. 5 din Codul penal, conform deciziei Curții Constituționale nr. 265/2014, în cazul pluralității de infracțiuni constând într-o infracțiune pentru care potrivit Codului penal anterior a fost aplicată printr-o hotărâre definitivă o pedeapsă cu suspendarea sub supraveghere a executării pedepsei potrivit art. 86¹ din Codul penal anterior și o infracțiune săvârșită în termenul de încercare, pentru care legea penală mai favorabilă este considerată legea nouă, stabilirea și executarea pedepsei rezultante în urma revocării suspendării sub supraveghere se realizează conform art.96 alin.4 și 5 din Codul penal.

Minuta deciziei nr.12

Pronunțată în ședință publică, astăzi 16 mai 2016

Dispozițiile art. 1391 alin. (1) din Codul civil se interpretează în sensul că, într-o cauză penală având ca obiect o infracțiune de vătămare corporală din culpă, doar victima infracțiunii, care a suferit un prejudiciu, este îndreptățită să obțină o despăgubire pentru restrângerea posibilităților de viață familială și socială.

Dispozițiile art. 1371 alin. (1) din Codul civil se interpretează în sensul că, autorul faptei va fi ținut să răspundă numai pentru partea de prejudiciu pe care a pricinuit-o în cazul în care victima prejudiciului a contribuit și ea cu vinovăție la cauzarea ori la mărirea prejudiciului sau nu l-a evitat, în tot sau în parte, deși putea să o facă.

Minuta deciziei nr. 13

Pronunțată, în ședință publică, astăzi 18 mai 2016

Stabilește că, în aplicarea dispozițiilor art. 6 din Codul penal, în cazul unei infracțiuni în formă continuată care potrivit legii penale noi nu mai îndeplinește condițiile de existență ale infracțiunii continuate, ci condițiile concursului de infracțiuni, instanța se raportează la maximul special prevăzut de legea nouă pentru infracțiunea săvârșită, iar nu la pedeapsa maximă ce ar rezulta prin aplicarea dispozițiilor referitoare la concursul de infracțiuni conform legii penale noi.

Minuta deciziei nr. 16

Ședința din data de 08 iunie 2016

Stabilește că:

1. Acțiunile enumerate în cuprinsul art. 29 alin. (1) lit. a), b) și c) din Legea nr. 656/2002 pentru prevenirea și sancționarea spălării banilor, precum

și pentru instituirea unor măsuri de prevenire și combatere a finanțării terorismului, respectiv schimbarea sau transferul, ascunderea ori disimularea, dobândirea, deținerea sau folosirea sunt modalități alternative ale elementului material al infracțiunii unice de spălare a banilor.

2. Subiectul activ al infracțiunii de spălare a banilor poate fi și subiect activ al infracțiunii din care provin bunurile.

3. Infracțiunea de spălare a banilor este o infracțiune autonomă, nefiind condiționată de existența unei soluții de condamnare pentru infracțiunea din care provin bunurile.

DIN JURISPRUDENȚA CURȚII EUROPENE A DREPTURILOR OMULUI

UNELE CONSIDERAȚII REFERITOARE LA MODIFICAREA LEGISLAȚIEI NAȚIONALE ÎN VEDEREA RESPECTĂRII STANDARDELOR CURȚII EUROPENE A DREPTURILOR OMULUI ÎN MATERIA DREPTULUI LA UN PROCES ECHITABIL, PRIVIT DIN PERSPECTIVA SECURITĂȚII RAPORTURILOR JURIDICE

dr. *REMUS JURJ-TUDORAN**,
Procuror - Parchetul de pe lângă
Înalta Curte de Casație și Justiție

ABSTRACT

Simultaneous, parallel development of two independent procedures having as object the same act, having as result a decision of the criminal section opposed to the decision of the commercial section of the same court, brings prejudice to the judicial security and it is violated the right to a fair trial provided by art. 6 par 1 of the European Convention of Human Rights.

***Key words:* security of judicial reports**

Problema securității raporturilor juridice s-a ridicat în fața Curții Europene a Drepturilor Omului (denumită în continuare CEDO sau Curtea) în *Cauza Lungu și alții împotriva României*¹, în care s-a constatat, prin hotărârea din 21 august 2014, încălcarea art. 6 paragr. 1 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și libertăților fundamentale.

În fapt, împotriva reclamantului, autoritățile române au inițiat două proceduri, una (fiscal) civilă și una penală, vizând același obiect: dreptul de a beneficia de scutiri de taxe și impozite ca urmare a desfășurării, prin intermediul a două societăți comerciale, a unor activități comerciale de import și prelucrare a anvelopelor.

Ca urmare a unei expertize administrate sub controlul instanței civile, s-a stabilit că din totalul de 30.518 pneuri importate și revândute, numai un

* e-mail: jurj_remus@mpublic.ro

¹ CEDO, *Cauza Lungu și alții împotriva României*, nr. 25129/06, Hotărârea din 21 august 2014, publicată în limba română pe site-ul: www.csm1909.ro/csm/linkuri/02_06_2015__74218_ro.doc;

număr de 464 de pneuri au fost revândute fără a fi transformate, obligațiile fiscal aferente fiind în valoare de aproximativ 60 de euro (echivalent). Prin sentința din 17 februarie 2002 a Tribunalului Suceava, definitivă prin decizia din 3 iulie 2003 a Curții de Apel Suceava - Secția comercială, de contencios administrativ și fiscal, instanța a admis parțial contestația și a exonerat societatea administrată de reclamant de plata sumelor pretinse, cu excepția taxelor aferente celor 464 de anvelope transformate.

În cursul urmăririi penale au fost efectuate, la solicitarea organelor de urmărire penală, trei expertize, care au avut concluzii contradictorii: primul raport stabilea că ar fi existat nereguli cu privire la un număr de 162 de anvelope, al doilea raport concluziona că nu existau obligații fiscale neachitate, în timp ce al treilea raport de expertiză a concluzionat că operațiunile de recondiționare și revânzare a anvelopelor nu fuseseră realizate cu respectarea dispozițiilor legale.

În primă instanță, reclamantul a fost condamnat, la data de 24 martie 2013, pentru evaziune fiscală; în apel, Tribunalul Suceava a dispus inițial, prin hotărârea din 20 octombrie 2013, reexaminarea cauzei de către instanța de fond, care prin hotărârea din 15 aprilie 2004 a dispus din nou condamnarea reclamantului.

Prin hotărârea din 14 iunie 2004, Tribunalul Suceava a dispus achitarea reclamantului, motivând că, potrivit art. 44 alin. (3) din vechiul Cod de procedură penală, hotărârea definitivă a instanței civile asupra unei împrejurări ce constituie o chestiune prealabilă în procesul penal are autoritatea de lucru judecat în fața instanței penale.

Decizia Tribunalului Suceava a fost desființată în recurs de Curtea de Apel Suceava, secția penală, care prin decizia din 5 decembrie 2005 a dispus condamnarea reclamantului la 2 ani închisoare, cu suspendarea executării pedepsei și a obligat la acoperirea prejudiciului în valoare de aproximativ 130.000 euro, în echivalent.

Curtea de Apel Suceava a reținut că procedul tehnic utilizat de reclamant nu era conform reglementărilor legale, astfel că societatea administrată de acesta beneficiase în mod nelegal de facilitățile fiscale.

În ceea ce privește argumentele referitoare la autoritatea de lucru judecat a deciziei din 3 iulie 2003, instanța de recurs a apreciat că sunt aplicabile dispozițiile art. 22 din vechiul C.pr.pen., arătând că instanța penală nu este ținută de constatările instanței civile în ceea ce privește determinarea existenței infracțiunii și a vinovăției persoanei.

CEDO, prin hotărârea din 21 octombrie 2014, a constatat că în prezenta cauză, chiar admitând că nu există nici identitate de părți și nici identitate de obiect între cele două proceduri interne, atât procedura fiscală cât

și cea penală vizau aceeași chestiune determinantă pentru soluționarea acesteia, respectiv încadrarea juridică a acelorași operațiuni de transformare și de revânzare a anvelopelor (*mutatis mutandis*, cauza Siegle împotriva României, decizia din 16 martie 2013, paragr. 36).

De asemenea, CEDO a constatat că în acest caz nu este vorba despre casarea unei hotărâri judecătorești irevocabile și care a dobândit autoritate de lucru judecat (în comparație cu cauza Brumărescu împotriva României, pct. 62), însă **derularea simultană și în paralel a două proceduri independente având ca obiect aceleași fapte, care a condus la o nouă apreciere a faptelor respective de către secția penală a Curții de apel, radical opusă hotărârii anterioare a secției comerciale a aceleiași instanțe, a adus atingere principiului securității juridice (*mutatis mutandis*, cauza Siegle, paragr. 38), încălcându-se dreptul reclamantului la un proces echitabil garantat de art. 6 paragr. (1) din Convenție.**

Referitor la adaptarea legislației naționale în vederea respectării standardelor CEDO în materia dreptului la un proces echitabil, privit din perspectiva securității raporturilor juridice din analiza legislației, practicii judiciare și a literaturii de specialitate, constat următoarele:

- principiul securității raporturilor juridice s-a conturat în practica judiciară română și în literatura de specialitate² în strânsă legătură cu principiul legalității consacrat de art. 1 alin. (5) din Constituția României;

- art. 6 garantează dreptul la un proces echitabil asupra drepturilor și obligațiilor cu caracter civil și/sau a temeiniciei oricărei acuzații penale aduse împotriva sa. CEDO interpretează această dispoziție într-un sens extensiv din cauza importanței sale fundamentale pentru funcționarea democrației. În cauza Delcourt împotriva Belgiei³, Curtea notează că „*de fapt, textul articolului 6 folosește expresia mult mai largă, "Determinarea ... oricărei acuzații penale". Astfel, o acuzație penală nu este cu adevărat "determinată", atâta timp cât hotărârea de condamnare sau de achitare nu a devenit definitivă. Procesul penal formează o entitate și trebuie, în mod obișnuit, să se finalizeze într-o decizie executorie. Procedurile efectuate în căile de atac sunt o etapă specială a procesului penal și consecințele acestora se pot dovedi decisive pentru acuzat. Prin urmare, ar fi greu de imaginat că*

² A se vedea I. Predescu, M. Safta, „Principiul securității juridice-fundament al statului de drept. Repere jurisprudențiale”, publicat pe site-ul: www.ccr.ro/ccrold/publications/buletin/8/predescu; C. F. Costas, „Principiul securității juridice”, <http://www.fiscalitatea.ro/principiul-securitatii-juridice-342/>;

³ CEDO, *Cauza Delcourt împotriva Belgiei*, nr. 2689/65, decizia din 17 ianuarie 1970, paragr. 25 alin. (3), publicată pe site-ul: http://tasz.hu/files/tasz/imce/2011/delcourt_v_belgium.pdf

procedurile în casare se află în afara domeniului de aplicare a articolului 6 paragr. 1 (art. 6-1). Într-o societate democratică în sensul Convenției, dreptul la o bună administrare a justiției ocupă un loc atât de important, încât o interpretare restrictivă a articolului 6§1 nu ar corespunde scopului și obiectului acestei dispoziții.” Din această cauză, regula respectării unei securități a raporturilor juridice, deși nu este inclusă în mod expres în textul art. 6 din Convenție, interpretarea extensivă a permis Curții Europene să dezvolte acest principiu în jurisprudența sa.

- în practica Curții Europene a Drepturilor Omului, în cauza *Belasin împotriva României*⁴, Curtea a reamintit că dreptul la un proces echitabil trebuie interpretat în lumina preambulului Convenției care enunță supremația dreptului ca element al patrimoniului comun al statelor contractante. Astfel, unul dintre elementele fundamentale ale supremației dreptului este principiul securității raporturilor juridice, care prevede, printre altele, ca soluția dată de către instanțe în mod definitiv oricărui litigiu să nu mai fie pusă în discuție. Conform acestui principiu, niciuna dintre părți nu este abilitată să solicite reexaminarea unei hotărâri definitive și executorii cu unicul scop de a obține o reanalizare a cauzei și o nouă hotărâre în privința sa. Reexaminarea nu trebuie să devină un apel deghizat, iar simplul fapt că pot exista două puncte de vedere asupra chestiunii respective nu este un motiv suficient de a rejudeca o cauză. Acestui principiu nu i se poate aduce derogare decât dacă o impun motive substanțiale și imperioase⁵.

- în cauza *Beian împotriva României*⁶, pct. 33, CEDO reafirmă că incertitudinea, indiferent dacă este legislativă, administrativă sau jurisdicțională, este un factor important care trebuie luat în calcul pentru a aprecia conduita statului. În cauza *Beian împotriva României*, pct. 38-39, CEDO a constatat că însăși Înalta Curte de Casație se afla la originea acestor divergențe profunde și persistente în timp, iar această practică, ce s-a

⁴ CEDO, *Cauza Belasin împotriva României*, nr. 15402/04, decizia din 15 noiembrie 2007, paragr. 20, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 63 din 3 februarie 2009,

⁵ A se vedea și studiul efectuat la nivelul Curții Supreme de Justiție din Republica Moldova, în iunie 2014, având ca obiect „*Evaluarea compatibilității practicii judiciare naționale în materia securității raporturilor juridice. Monitorizarea respectării principiului securității raporturilor juridice. Compatibilitatea cu prevederile articolului 6 din Convenția Europeană a drepturilor omului și jurisprudența relevantă a Curții Europene a Drepturilor Omului*”, publicat pe site-ul: http://www.justice.gov.md/public/files/file/studii/studii_srsj/DGAG_SRJ_Study_verificat.pdf.

⁶ CEDO, *Cauza Beian împotriva României (nr. 1)*, cererea nr. 30658/05 decizia din 06 decembrie 2007, publicată pe site-ul: www.csm1909.ro/csm/linkuri/15_02_2008__14207_ro.doc;

dezvoltat în cadrul celei mai înalte autorități judiciare a țării, este în sine contrară principiului securității juridice, care este implicat în ansamblul articolelor din Convenție și care constituie unul dintre elementele fundamentale ale statului de drept. (se citează, *mutatis mutandis*, Baranowski împotriva Poloniei, nr. 28.358/95, § 56, CEDO 2000-III). În loc să-și îndeplinească rolul de a stabili o interpretare de urmat, Înalta Curte de Casație a devenit ea însăși o sursă de insecuritate juridică, reducând astfel încrederea publicului în sistemul judiciar (se citează, *mutatis mutandis*, Sovtransavto Holding împotriva Ucrainei, nr. 48.553/99, § 97, CEDO 2002-VII, și Păduraru, citată mai sus, § 98, și, a contrariu, Perez Arias împotriva Spaniei, nr. 32.978/03, § 70, 28 iunie 2007).

Și în practica Curții de Justiție a Uniunii Europene s-a statuat că principiul securității juridice face parte din ordinea juridică comunitară și trebuie respectat, atât de instituțiile comunitare, cât și de statele membre, atunci când acestea își exercită prerogativele conferite de directivele comunitare.⁷ Principiul „*ne bis in idem*” enunțat în art. 50 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene **nu se opune ca un stat membru să impună**, pentru aceleași fapte de nerespectare a obligațiilor declarative în domeniul taxei pe valoare adăugată, în mod succesiv, **o sancțiune fiscală și o sancțiune penală în măsura în care prima sancțiune nu îmbracă un caracter penal, aspect care trebuie verificat de instanța națională**.⁸

În ceea ce privește consecințele care trebuie deduse de instanța națională dintr-un conflict între dispozițiile dreptului național și drepturile garantate de cartă, rezultă dintr-o jurisprudență constantă⁹ că instanța națională care trebuie să aplice, în cadrul competenței sale, dispozițiile dreptului Uniunii are obligația de a asigura efectul deplin al acestor norme, înlăturând, dacă este necesar, din oficiu aplicarea oricărei dispoziții contrare a legislației naționale, chiar ulterioară, fără a fi necesar să solicite sau să aștepte înlăturarea prealabilă a acesteia pe cale legislativă sau prin orice alt procedeu constituțional¹⁰.

⁷ Cauza C-381/97, Belgocodex, Culegere 1998, p. I-8153, paragr. 26,

⁸ Curtea Europeană de Justiție, Marea Cameră, cauza C-617/10. Hotărârea din 26 februarie 2013, publicată pe site-ul: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/HTML/?uri=CELEX:62010CJ0617&from=RO>;

⁹ Curtea de Justiție a Uniunii Europene citează Hotărârea din 9 martie 1978, Simmenthal, 106/77, Rec., p. 629, punctele 21 și 24, Hotărârea din 19 noiembrie 2009, Filipiak, C-314/08, Rep., p. I-11049, punctul 81, precum și Hotărârea din 22 iunie 2010, Melki și Abdeli, C-188/10 și C-189/10, Rep., p. I-5667, punctul 43;

¹⁰ *Ibidem*, paragr. 43;

În concluzie, având în vedere cele expuse, în opinia noastră, decizia CEDO în cauza Lungu și alții împotriva României privește **o situație de fapt nouă**, în care o hotărâre penală este contrară unei hotărâri civile, pe același obiect, obligații fiscale, și **este tratată de CEDO în mod egal, ca și în celelalte situații**, în care hotărârile contrarii sunt fie toate penale, fie toate civile.

Referitor la modificarea legislației, urmare a deciziei CEDO în cauza Lungu și alții împotriva României, în opinia noastră în respectiva cauză erau aplicabile dispozițiile art. 44 din vechiul C.pr.pen., care reglementau chestiunile prealabile, iar nu dispozițiile art. 14 și 22 din vechiul C.pr.pen., care reglementau acțiunea civilă.

Față de vechea reglementare, respectiv art. 44 alin. (3) din vechiul C.pr.pen., care prevedea că *„hotărârea definitivă a instanței civile, asupra unei împrejurări ce constituie o chestiune prealabilă în procesul penal, are autoritate de lucru judecat în fața instanței penale”*, reglementarea din noul Cod de procedură penală a suferit modificări.

Astfel, potrivit art. 52 alin. (3) din noul C.pr.pen. *„hotărârile definitive ale altor instanțe decât cele penale, asupra unei chestiuni prealabile în procesul penal, au autoritate de lucru judecat în fața instanței penale, cu excepția împrejurărilor care privesc existența infracțiunii”*.

Față de cele de mai sus, apreciem că nu este necesară modificarea legislației, fiind o problemă de interpretare dată de instanțe, care poate fi reglată prin deciziile Înaltei Curți de Casație și Justiție fie ca urmare a recursurilor în interesul legii, fie ca urmare a deciziilor date pentru reglarea unor chestiuni de drept.

De altfel, Înalta Curte de Casație și Justiție - Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală, prin decizia nr. 8/2016¹¹ a subliniat că, potrivit practicii Curții Europene a Drepturilor Omului, și respectiv a Curții de Justiție a Uniunii Europene, ambele instanțe europene au analizat caracterul definitiv al deciziei și nu tipul autorității care a pronunțat decizia, recunoscând astfel caracterul definitiv chiar și deciziilor pronunțate de către autorități administrative.

Mai mult, Înalta Curte de Casație și Justiție - Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală, prin aceeași decizie a constatat că există **o jurisprudență coerentă și clară** a Curții Europene a Drepturilor Omului și a Curții de Justiție a Uniunii Europene, cu privire la situațiile derivând din:

¹¹ Î.C.C.J. - Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală, decizia nr. 8/2016, publicată pe site-ul: www.scj.ro;

- 1) aplicarea unor **sanctiuni contravenționale** și, apoi, cercetarea și trimiterea în judecată (în instanța penală) a făptuitorului;
- 2) dispunerea de către Ministerul Public a unei **soluții de neurmărire sau netrimitere în judecată** și, ulterior, infirmarea soluției și trimiterea în judecată a făptuitorului;
- 3) dispunerea unor **decizii de către autoritățile administrative** și, apoi, după caz, urmărirea penală sau chiar trimiterea în judecată a făptuitorului.

DOCTRINĂ STRĂINĂ

TEORIA GENERALĂ A INFRACTIUNII

HANS-HEINRICH JESCHECK, THOMAS WEIGEND*

ABSTRACT

The new Criminal Code has brought essential changes with regards to the general theory of the offence: it was discarded the social danger and returned to the structure of the offence indicated by Professor Traian Pop at the beginning of XX century.

For this reason we have considered useful to publish a translation from the German doctrine, the main source of inspiration of “Cluj School”, of which ideas are at the basis of the New Criminal Code, enforced since 1st February 2014.

§ 7. Dogmatica jurisprudențială și sistemul Dreptului penal. Probleme de bază ale teoriei generale a infracțiunii

Bibliografie:

I. Rolurile dogmaticii și sistemul Dreptului penal

1. **Dogmatica juridico-penală** este disciplina care se ocupă de interpretarea, sistematizarea și elaborarea și dezvoltarea dispozițiilor legale și a opiniilor doctrinei științifice din sectorul Dreptului penal¹. Prin referirile pe care le face la Drept și prin metodele sale se diferențiază de **istoria Dreptului penal** și de **Dreptul penal comparat**, dar și de **politica penală**, a cărei obiect nu este Dreptul **așa cum este**, ci **așa cum ar trebui să fie** pentru a-și atinge obiectivele în mod corespunzător². Dogmatica juridico-penală se bucură de o analiză mai profundă și diferențiată (conform unor critici, în diverse puncte inclusiv excesiv de subtil) și de asemenea a fost și încă este influențată pe plan internațional începând cu Liszt (§3, nm. 12) și Binding (§4, nm. 3) până astăzi. Acest lucru are loc mai ales în sectorul principal, cel al teoriei faptei pasibile de sancțiuni, numită și **teoria generală a infracțiunii**, deoarece prin

* Hans-Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, *Tratat de drept penal*, Ed. Comares, Granada, 2002 (traducere din limba spaniolă: Andreea Zazu)

¹ “Dogma” este un cuvânt grecesc care înseamnă „opinie”, „dispoziție”, „propunere de doctrină”. Dogmatica este știința dogmelor. Referitor la conceptul și rolurile dogmaticii Maiwald, 1989, 120.

² Totuși, cu privire la strânsele relații dintre dogmatica juridico-penală și politica penală cfr. *Infra* nm. 68 urm.

abstractizarea faptelor concrete din Partea specială cuprinde și caracteristici generale ale faptei pasibilă de sancțiune. Dogmatica teoriei generale a infracțiunii este dintotdeauna partea nucleară a tuturor expunerilor Părții generale. Și de asemenea este foarte importantă pentru formarea studenților universitari; deoarece ca regulă generală la examen studentul va fi confruntat cu un studiu de caz, unde i se va cere să emită o sentință cu privire la acesta și, după caz, cum răspund penal persoanele implicate în caz; iar această cerință se poate rezolva doar dacă se dețin cunoștințe solide de dogmatică a Dreptului penal³.

Dogmatica Părții generale, de care se ocupă această carte, nu se supune aceluiași principii ca Partea specială: deoarece Partea specială protejează bunurile juridice și conține norme de comportament, în timp ce Partea generală „este formată mai ales din reguli de valabilitate și impunere”^{3a}.

Unul dintre rolurile cele mai dificile pe care le are dogmatica cu privire la teoria generală a infracțiunii este formarea și evoluția din ce în ce mai fină a unui sistem de Drept penal. Un „sistem” este, ca să mă exprim utilizând cunoscutele formulări ale lui Kant, „unitatea diverselor cunoștințe conform unei idei”⁴, un „tot al cunoștințelor ordonate conform principiilor”⁵. În consecință, dogmatica juridico-penală nu se conformează cu expunerea globală și să trateze succesiv propunerile de doctrină, ci încearcă să structureze toate cunoștințele care formează teoria infracțiunii unui „tot ordonat”, iar din acest mod face vizibil în mod simultan legătura internă a celor mai concrete dogme⁶. Pare ceva abstract și provine din natura lucrurilor

³ Prin importanța pe care o are dogmatic în teoria generală a infracțiunii pentru formarea universitară se explică de ce unele expuneri din Partea generală, cum ar fi cele ale lui Stratenwerth (AT⁸, 1981) și Wessels (AT²⁵, 1993) se limitează la aceasta în punctele esențiale.

^{3a} Tiedemann, Baumann-FS, 1992, 7 (11); Tiedemann expune tb, într-o scurtă prezentare (8/9), evoluția separării PG și PS. Despre relația dintre PG și PS vezi Naucke, Welzel-FS, 1974; Fincke, 1975.

⁴ Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, ediția Wissenschaftliche Buchgesellschaft, pentru Weischedel, t. 2, 1956, 696 (=1781, 832).

⁵ Kant, *Metaphysische Anfangsgrunde der Naturwissenschaft*, ediția n. 4, t. 5, 1957, 11 (=1786, prefața, p. IV).

⁶ Indicații bibliografice cu privire la conceptele sistemului juridic extreme de semnificative în Schunemann, 1984, 1, n. 1 [=În sistemul modern al DP; chestiuni fundamentale, trad. De Silvia Sánchez, Madrid, Tecnos, 1991, 31, n. 1; N de T]. Schunemann numește sistemul o “ordonare logică a cunoștințelor particulare obținute în această știință” (loc. Cit. 1) [=Sistemul modern al DP, 1991, 31; N din T].

faptul că este posibil doar să se înțeleagă în întregul conținut și în întreaga semnificație a Dreptului penal prin expoziția sa (și nu „de intrare”). Totuși, trebuie să menționăm măsura minimă de perspectivă necesară aici, prin intermediul unei prezentări panoramice, ilustrată cu exemple, cu privire la categoriile de bază ale Dreptului penal și problemele sale, plecând de la care s-a dezvoltat mai apoi în detaliu teoria faptei pasibile de sancțiune.

II. Concepte de bază ale sistemului de Drept penal

În dogmatica modernă a Dreptului penal există un acord comun cu privire la faptul că orice comportament pasibil de sancțiune presupune o acțiune tip, antijuridică, de vinovăție și care îndeplinește alte eventuale fapte pasibile de sancțiune. În consecință, orice comportament pasibil de sancțiune prezintă patru elemente comune (acțiune, caracterul tip, caracterul ilegal și vinovăția/ culpa), la care se poate adăuga în unele cazuri și o sancțiune financiară privitoare la caracterul punitiv. Aceste categorii de bază menționate mai sus îi dau materiei juridice, în principiu nepregătită, un grad considerabil de ordine și principii comune⁷. Conținutul concret și relațiile reciproce sunt discutate și, conform diferitelor puncte de vedere științifice de la care se pleacă, au un aspect diferit pentru fiecare, așa cum voi expune în detaliu mai târziu în expunere. Totuși, pentru a crea o bază provizorie de înțelegere vom explica în continuare aceste concepte din momentul formei celei mai elementare și așa cum se utilizează de către majoritatea în știință și practică.

1. Acțiunea

Conform celor menționate, în primul rând trebuie să existe o „**acțiune**” (pentru mai multe detalii cu privire la acest subiect §8). Conform celor mai largi opinii, acțiunea este un comportament uman semnificativ în lumea exterioară care este dominată sau cel puțin se domină de către voință. În consecință, din punct de vedere juridic nu sunt acțiuni cele efectuate de forțele naturii sau de animale, dar nici de o persoană juridică. Nu sunt acțiuni

⁷ Cu privire la aceasta Nauce, 1979, susține formularea unei teorii generale a faptei pasibile de sancțiune, a cărei legitimare să nu se extragă din Dreptul pozitiv, ci căreia, în mod invers, să adere la dreptul pozitiv (p. 32). Conform acestuia, teoria actuală generală a infracțiunii nu îndeplinește aceste exigențe, ci, ca „actualitatea de ieri scrisă” (p. 33), „subliniază caracterul tip, ilegal și de vinovăție ... presupune o anumită situație unică a Statului și dreptului penal” (p. 30.). Și adaugă că este important „să se majoreze generalizarea teoriei actuală până ce devine o generalizare autentică”. Totuși, față de acestea trebuie să menționăm că aceste concepte sistematice, așa cum va arăta textul în continuare, au experimentat o evoluție constantă în ceea ce privește conținutul, adică nu reproduc în absolut situația „de la finalul secolului XX” (p. 33). Structura sistematică definită aici (nm. 23 urm.) pretinde chiar să contribuie la configurarea viitoarei evoluții, fără a renege tradiția.

simplele gânduri sau atitudini intrinseci, dar nici evenimente ale lumii externe care – ca de exemplu mișcările reflexe sau atacurile convulsive – care pur și simplu nu se pot domina de către voința umană.

2. Caracterul tip

Această acțiune trebuie să aibă un **caracter tip**, adică trebuie să coincidă cu una dintre descrierile infracțiunilor, dintre care cele mai importante sunt menționate în Partea specială a CP (pentru mai multe detalii cu privire la acestea §10). În consecință, de exemplu, o persoană care printr-o anumită acțiune „sustrage un bun mobil străin cu scopul de a-l însuși ilegal” comite o acțiune de tip furt (§242). Legătura strictă cu caracterul tip este o consecință a principiului *nullum crimen sine lege* (detaliat în §5). În consecință nu este posibil să se derive acțiuni care se pedepsesc din principii juridice generale și fără un anumit tip deja stabilit, așa cum se întâmplă în unele cazuri juridice de drept civil.

3. Caracterul ilegal

Acțiunea tip trebuie să fie **ilegală**, sau să fie interzisă (pentru mai multe detalii cu privire la acestea §14). Drept regulă generală se găsește împreună cu caracterul tipic deoarece legislatorul va înregistra doar o acțiune unui tip atunci când aceasta este interzisă. Dar acest indiciu poate fi contrazis deoarece un comportament tipic nu este ilegal dacă în cazul concret există o cauză de justificare. Aceste cauze de justificare provin din ordinea juridică. Astfel de exemplu dacă agentul judiciar intră coactiv în casa debitorului, va exista o intrare ilicită cu caracter tip (§123); dar aceasta va fi justificată prin atribuțiile dreptului de execuție (§758 ZPO). Iar dacă tatăl îi dă o palmă fiului din motive educaționale, atunci acesta cauzează fapta cu caracter tip de leziuni (§223); dar dreptul de corecție admis de Dreptul familiei îi furnizează o cauză justificantă. Însă există cauze de justificare în StGB, mai ales dreptul, foarte important, al legitimei apărări (§32) și starea de necesitate justificată (§34). În fața unei acțiuni tip și ilegale se vorbește despre „**injustiție**” penală, concept care cuprinde primele trei categorii.

4. Vinovăția

În ultimul rând, acțiunea tipică și ilegală trebuie să se producă cu **vinovăție**, adică autorul trebuie să fie responsabil de ea, și, așa cum se spune, trebuie să i se poată „reproșa” (pentru mai multe detalii cu privire la acest aspect §19). Pentru acest lucru este necesară imputarea sau capacitatea vinovăției (§§19 și 20) și absența cauzelor de scutire, cum sunt cele care presupus, de exemplu, eroarea interdicției invincibile (§17) sau starea de

necesitate care îl disculpă (§35). Diferența dintre lipsa ilegalității și lipsa vinovăției, între justificare și dezincriminare, constă în faptul că un comportament justificat este recunoscut drept legal de legislator, este permis și va trebui suportat de toți, în timp ce un comportament dezincriminant nu este aprobat și în consecință continuă să fie interzis. Astfel nu se pedepsește, însă ca regulă generală nu trebuie tolerată de persoana care este victimă a unui comportament ilegal.

5. Alte cazuri de pedepsire

O acțiune cu caracter tip, ilegală și vinovată este în general pasibilă de sancțiuni. Însă în mod excepțional, adică în unele cazuri penale concrete, trebuie să se adauge alte cazuri pasibile de sancțiuni pentru a duce la pedepsire. Aceste cazuri sunt numite **condiții obiective ale pedepșirii**, iar **absența cauzelor de excludere a pedepsei** (pentru detalii cu privire la acestea §23). O condiție obiectivă a pedepsei este de exemplu garanția reciprocității cu privire la protecția penală a reprezentanților și simbolurilor străine (§§ 102-104 a.) și o cauză de excludere a pedepsei este de exemplu compensația în cazuri de defăimare în parlament (§36). Lipsa garantării reciprocității nu modifică cu nimic faptul că, de exemplu, daunele produse asupra semnelor de suveranitate străină au caracter tip, sunt ilegale și vinovate, dar nu se pedepsesc. La fel insulta adresată de un deputat altuia este o infracțiune tip, ilegală și vinovată chiar dacă are loc în Parlamentul Federal; dar nu se poate pedepsi.

III. Cu privire la evoluția istorică a teoriei moderne a infracțiunii

1. Descoperirea conceptelor fundamentale

Categoriile de bază descrise - care se numesc și „treptele structurii infracțiunii” (cfr. cu privire la aceasta nm. 76) - s-au dezvoltat încet încet de către știință într-un proces de analiză care a durat zeci de ani. Așa apare pentru prima dată conceptul de acțiune în manualul lui Albert Friedrich Berner (1857)⁸ drept piatră de bază a sistemului infracțiunii. Exigența cu privire la recunoașterea caracterului ilegal obiectiv și independent al vinovăției o formulează puțin după ce marele jurist Rudolph von Jhering⁹ în documentul „Das Schuldmoment im romischen Privatrecht” („Momentul de

⁸ Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, ¹1857, 138 urm. Cu privire la “Teoria sistematică a Dreptului penal al lui Albert Friedrich Berner” cfr. Epilogul lui Schild cu privire la reeditat, apărarea în 1987, în a 18a ediție (1989) a manualului lui Berner (loc. cit. 753).

⁹ 1818-1892. Lucrări principale: Der Geist des romischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner. Entwicklung, 4 volume, 1852-1865; Der Kampf ums Recht, 1872; Der Zweck im Recht, 2 volume, 1877-1883.

vinovăție în Dreptul privat roman”, 1867), deschizând drumul pentru următoarea etapă. Conceptul caracterului tip îl institua Ernst Beling¹⁰ în anul 1906 în monografia sa, celebră și astăzi, „Die Lehre vom Verbrechen” („Teoria infracțiunii”). Pentru desfășurarea teoriei vinovăției, foarte important a fost documentul marelui analist Reinhard Frank¹¹ „Über den Aufbau des Schuldbegriffs” („Cu privire la structura conceptului de vinovăție, 1907). Evoluția sistemului în totalitatea sa s-a bazat în prima jumătate a secolului cu analize intense din partea lui Franz v. Liszt¹² și Ernst Beling, a lui Max Ernst Mayer¹³ și Edmund Mezger¹⁴, cât și Hans Welzel¹⁵, fondatorul teoriei finale a acțiunii (nm. 15).

2. Premiza legiutorului

Conceptele fundamentale ale sistemului infracțiunii au fost cuprinse și în Partea generală a StGB. Aici se folosește de multe ori conceptul de acțiune (cfr. v.gr §§15, 16, 17, 20), care trebuie să includă fapte înșelătoare și imprudente (§15) și bineînțeles omisiunea (§13, dar diferit în §9). În diverse dispoziții se leagă în mod expres cu termenul „caracter tip” (§§13, 16, 22). Legiutorul definește și „fapta ilegală” în sensul StGB declarând că „legea penală este doar cea care realizează caracterul tip” (§11 I, nr. 5); cu acest lucru se dorește să se exprime că ilegalitatea relevantă din punct de vedere juridico-penal întotdeauna presupune realizarea unui caracter tip. De asemenea, diferența dintre cauzele justificante și dezvinovățirea, care încă nu se găseau în vechiul St GB, a fost introdusă în noua Parte generală: astfel §32

¹⁰ 1866-1932. Grundzuge des Strafrechts, 1899, ¹¹1930.

¹¹ 1860-1934. Eseul citat este publicat în Festschrift der Giebener Juristenfakultat zum 300 jährigen Bestehen der Universität Gieben (1907, pp 3 urm.). Comentariile lui Frank “Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich” (1987⁹, ¹⁸1931) au cea mai importantă lucrare la momentul său și încă este foarte valoroasă.

¹² Cfr. Cu privire la Liszt supra §3, nm. 12 și §4 nm. 3, 5; “Lehrbuch des Deutschen Strafrechts”, ¹1881, ²⁶1932 (după moartea sa, din ²³1921 pe seama Eb. Schmidt) este unul dintre cele mai importante manuale germane de Drept penal și a fost tradus în multe limbi (în spaniolă: *Tratat de DP, t. I-III trad. din 18 ed. germană (I) de Q. Saldaña și 20a ed. germană (II-III) de L. Jiménez de Asúa și în plus Q. Saldaña, Madrid, Reus, 1914-17; 2a ed. spaniolă, 1926-1929; 3a ed. Fără dată: N din T.J.*

¹³ 1875-1923. *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*, 1915, ²1923.

¹⁴ 1883-1962. *Lucrarea principală: Strafrecht*, ¹1931, ³1949 (traduc. Spania: *Tratat de DP, t. I-II, trad și note ale Dreptului spaniol a 2a ed. germană de J.A. Rodríguez Muñoz, Madrid, Ed. Rev. Drept Privat, 1a ed. 1935, 2a ed. 1946-47, 3a ed. (cu adăugirile lui A. Quintano Ripollés), 1957; N de T].*

¹⁵ 1904-1977. *Lucrarea principală: Das Deutsche Strafrecht*, 1947, ¹¹1969 [trad. Spaniolă a 1 părți; *Drept Penal german, PG, 12a ed (sic), 3a ed. Spaniolă, trad de J. Bustos și S. Yáñez, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1987, N de T].*

menționează referitor la subiectul care acționează în legitimă apărare, că nu acționează într-un mod ilegal (cfr. tb §34), în timp ce de exemplu autorul unei ilegalități care nu o putea evita, conform terminologiei legii (§17) acționează „fără vină” (cfr. §§ 20, 35). Legiuitorul, când în anumite cazuri conform caracterului legal nu justifică nici nu scuză, ci vorbește doar de faptul că autorul „nu este pasibil de pedeapsă” (§33) sau rămâne „nepedepsit” (§258 VI), atunci consideră că probabil lipsește doar „altă prezumpție a aplicării pedepsei”.

3. Etape ale evoluției istorice a sistematicii infracțiunii

Munca științifico-sistematică merge cu siguranță peste simpla stabilite a acestor concepte de bază elementare. Pe lângă fixarea prezumpțiilor diverselor categorii ale infracțiunii mai ales și menționarea relațiilor pe care le au între ele; și în consecință clarifică ce circumstanțe sunt importante din punct de vedere a caracterului tip, ilegal sau vinovăției, și cum acționează între ele de exemplu acțiunea și caracterul tip sau ilegalitatea și vinovăția. Însă se dorește sistematizarea categoriilor concrete ale infracțiunilor, cât și structurarea multiplelor cauze de justificare conform contextului intern sau considerarea cauzelor de excludere a vinovăției cu un singur punct de referință, care mai apoi se poate utiliza pentru interpretare. De asemenea de exemplu tipurile de acțiune se pot dezvolta până în detaliu drept declarații a ilegalității într-un sistem al teoriei autorului. Toate vor fi obiectul următoarei expunerii și cu privire la aceasta trebuie să fim conștienți că principiile sistematizării pot fi foarte diverse, iar acestea constituie la rândul lor o problemă de bază a dogmaticii Dreptului penal. În continuare și considerând trei proiecte sistematice foarte importante, istoricii de astăzi, care influențează în multe aspecte - și care ulterior trebuie să se referă în profunzimea lor - se vor demonstra cele de mai sus cu privire la anumite caracteristici diferite speciale¹⁶.

a) Sistemul clasic de infracțiune

Sistemul „clasic” al infracțiunii al lui Liszt și Beling, care la începutul secolului s-a transformat în unul dominant, și care încă mai influențează sub multe aspecte în străinătate și ale cărui categorii de bază mai sunt în vigoare și în dogmatica germană actuală, se bazează pe ipoteza că actul ilegal și vinovăția se comportă una cu cealaltă ca parte externă și internă a infracțiunii. În consecință, toate cerințele obiective ale actului pasibil de sancțiune aparțineau

¹⁶ O perspectivă specială de instrucție cu privire la “fazele de formare ale sistemului de drept penal” o oferă Schunemann, 1984, 18 urm. [=Sistemul modern al DP, 1991, 43 urm.; N a T].

caracterului tip și ilegalității, în timp ce vinovăția era concepută cuprinzând toate elementele subiective ale infracțiunii (ceea ce se numea conceptul psihologic al vinovăției). În consecință, premeditarea era analizată din perspectiva acestei teorii ca formă a vinovăției.

b) Sistemul neoclasic

Reducerea acestei teorii a infracțiunii foarte clară și simplă a început cu sistemul „neoclasic”. Cauza restructurării conceptului de infracțiune pe care o efectua acest sistem a stat în recunoașterea faptului că ilegalitatea nu se explică în toate cazurile prin elemente pur obiective și că, la rândul său, nici vinovăția nu se bazează exclusiv pe elemente subiective. De exemplu, infracțiunea de furt (§242 I) necesită ceva mai mult decât sustragerea – obiectivă - a unui obiect străin, care în ceea ce privește privarea sau deposedarea temporară de acel obiect (§2, nm. 26) este ca regulă generală juridico-penală irelevantă; fără elementul voinței-interne a posesiei nu poate fi cuprins în modelul de furt și în infracțiunea ce rezultă din această acțiune. Din acest motiv doctrina a fost obligată să recunoască existența elementelor subiective ale ilegalității¹⁷. Pe de altă parte se poate afirma foarte bine că vinovăția, în cazuri cum ar fi situațiile de stare de necesitate conform §35, depinde de circumstanțe obiective, iar referitor la imprudența inconștientă, care s-ar clasifica drept formă de vinovăție, nu putem spune clar să se poate găsi un element de conștientizare.

În acest fel, conceptul de infracțiune numit astăzi de majoritatea „neoclasic”, element dominant până în 1930 și care mai mult mai bine explicat în manualul lui Mezger (n. 14), a putut păstra separarea dintre in justiția obiectivă și vinovăția subiectivă și să afirme premeditarea drept formă de vinovăție, dar a trebuit să recunoască anumite excepții și să caute pentru acestea o explicație diferită pentru a diferenția in justiția și vinovăția. Această diferență s-a găsit – și acest lucru presupune o evoluție fundamentală - în diversele forme de evaluare: Când se afirmă prezența in justiției se evaluează faptul din punct de vedere al repercusiunilor sociale, iar când se vorbește de constatarea vinovăției se evaluează din punctul de vedere al caracterului reproșabil. Înțelegerea vinovăției drept „reproșabil” este elementul ce caracterizează conceptul normativ de vinovăție, care s-a impus în mod general și doar în ultima perioadă s-a modificat și dezvoltat mai apoi (cfr. nm. 26, 64 s.).

¹⁷ Se consider relevante pentru H.A. Fischer, 1911 și Hegler, ZStW 36 (1915), 19, 184.

c) Teoria finală a acțiunii

Teoria finală a acțiunii ajunge la un model diferit de sistemul de Drept penal, care a marcat analiza dogmaticii penale a primelor două decade după război. Punctul de plecare este un concept de acțiune diferit de conceptele anterioare sistematice și cu un conținut mult mai amplu. Pentru această teorie „esența” acțiunii, care determină întreaga structură sistematică, stă în faptul că, prin anticiparea mentală și selectarea mijloacelor, omul controlează rezultatul îndreptându-se spre un anumit obiectiv, adică „stabilește rezultatul final”. În consecință, există doar o acțiune de a ucide dacă autorul își îndeplinește obiectivul cu cunoștință de cauză și voință, sau dacă omoară din culpă. De aici reiese ca o consecință sistematică că premeditarea, care în sistemul clasic și inclusiv în cel neoclasic s-a înțeles ca forma de vinovăție și din care o componentă necesară este conștientizarea in Justiției, apare acum într-un mod redus la rezultat și se consideră integrat în caracterul tip. Acest lucru presupune o subiectivizare ulterioară a in Justiției și în schimb pentru vinovăție o desubiectivizare crescută și clasificare, și în consecință sistemul finalist este diametral opus celui clasic. Doctrina finalistă – în partea pregătită și influențată de v. Weber¹⁸ și Graf zu Dohna¹⁹ - a fost fundamentată de către Welzel (cfr. n. 15)²⁰. Dar se bazează (cu diverse variații) și pe marele manual al lui Maurach²¹ și pe lucrarea lui Stratenwerth²², cât și numeroase documente specifice atât în doctrina germană cât și în cea străină.

4. Baze istorico-intelectuale filozofice ale evoluției sistemului clasic către cel finalist

Evoluția teoriei infracțiunii în secolul XX, care până aici s-a putut descrie în cele mai simple linii, dar la care încă mai trebuie să ne întoarcem întrucât există multe întrebări concrete în expunerile ulterioare, nu s-a

¹⁸ V. Wber, *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, 1935.

¹⁹ Zu Dohna, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 1936, ⁴1950.

²⁰ O introducere o constituie lucrarea “Das neue Bild des Strafrechtssystems”, ⁴1961 [versiunea spaniolă: *Noul sistem de Drept penal. O introducere în doctrina acțiunii finaliste*, trad de J. Cerezo Mir, Barcelona, Ariel, 1964; N de T]

²¹ Maurach, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ¹1954, ⁴1971 și din ⁵1977/78 cu titlul “Strafrecht, Allgemeiner Teil”, în două volume de Zipf și Gossel [versiuni în spaniolă; Maurach, *Tratat de Drept penal*, t. I-II, trad de la 1a ed, germană și Note de DP spaniol de J. Cordoba Roda, Barcelona, Ariel, 1962; Maurach/Zipf și Muarach/Gossel/Zipf, *Drept Penal, Parte generală*, t. I și II, trad a 7a ed. germană de J. Bofill și E. Aimone, Buenos Aires, Astrea, 1994/95; N din T]

²² Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat*, ¹1971, ³1981 [versiunea spaniolă: *Drept Penal, Partea generală, I: Actul care se pedepsește*, trad. 2a ed de G. Romero, Madrid, Edersa, 1982; N din T]

dezvoltat ca o simplă discuție internă a Dreptului penal, ci pe fundalul filozofiei și istoriei gândirii²³.

Astfel conceptul clasic de infracțiune, mai ales cu privire la caracterizarea pe care o făcuse Liszt, era influențat în mod substanțial de naturalismul propriu istoriei gândirii de la începutul secolului XIX, care dorea supune analizei științei spiritului idealul exactității științelor naturale și dezvoltarea sistemului de Drept penal către componente ale realității măsurabile și empirice verificabile. Aceste criterii pot fi fie facturi obiectivi ai lumii externe sau procese subiective psihico-interne, iar din acest motiv ceea ce se prezenta era exact o împărțire a sistemului de Drept penal între elemente obiective și subiective.

În schimb, sistemul neoclasic era bazat mai ales pe filozofia valorilor neokantiene, foarte influente în primele decade ale secolului nostru (Windelband, Rickert, Lask) și care, îndepărtându-se de naturalism, a dorit să înapoieze un fundament autonom științei spiritului considerând că elementul particular constă în faptul că trebuie să analizeze realitatea în funcție de anumite valori supreme în care se bazează aceste discipline, configurând-o și delimitând-o prin aceleași valori și sistematizând-o din punct de vedere al acestor valori. Plecând de la această perspectivă este normal să se interpreteze actul de ilegalitate și vinovăția din punct de vedere al criteriilor de evaluare a daunelor sau prejudiciilor sociale și caracterului reproșabil așa cum se întâmplă și astăzi în practică, în majoritatea proiectelor sistematice.

Față de cele menționate mai sus, teoria finală a acțiunii se bazează din punct de vedere filozofic pe teorii ontologico-fenomenologice, care încercau să reliefeze anumite legi structurale ale ființei umane și să le transforme în fundamentul științelor care se ocupă de om²⁴. Pentru acest concept este logic să se stabilească un concept de bază antropologic și pre-juridic cum ar fi cel al acțiunii umane în centrul teoriei generale a infracțiunii și construcția plecând de la constituirea ontologică a acțiunii unui sistem, care a fost dat anterior de legiuitor, a structurilor (numite de Welzel) logico-reale (sau logico-obiective), sistem care în opinia apărătorilor trebuie să-l furnizeze dogmaticii juridico-penale perspective permanente și inamovibile.

²³ Drept instrucțiune: Welzel, 1935; Schunemann, 1984, 18 urm. [=Sistemul modern al DP, 1991, 43 urm; N din T]

²⁴ Cu privire la prezumțiile filozofice ale teoriei sale se pronunță în detaliu Welzel în prologul celei de-a 4a ediții (1961) din "Das neue Bild des Strafrechtssystems", pp. IX-XII [=Noul sistem al Dreptului penal, trad. Cerezo, 1964, 11-16; N din T]

5. Sinteza neoclasico-finalistă a teoriei infracțiunii dominantă la acest moment

Opinia care încă predomină în dogmatica recentă își mută proiectele sistematice în cadrul stabilit de sistemul neoclasic și finalist. Expunerile de doctrină modernă, leagă în unele cazuri (dar din ce în ce mai puține) chiar structura infracțiunii concepției neoclasice (Baumann/Weber²⁵) și urmează parțial și teoria finală a acțiunii (Welzel, Maurach/ Zipf, Stratenwerth²⁶). Însă majoritatea autorilor încearcă să efectueze o sinteză „între noile curente pe care le datorăm finalismului și anumite concluzii la care nu se poate renunța din faza anterioară de dezvoltare a științei noastre, determinată de gândirea analitică și teologică”²⁷, sau altfel teoria neoclasică a infracțiunii²⁸.

Această sinteză se caracterizează în majoritatea cazurilor prin respingerea teoriei finale a acțiunii drept teoria acțiunii, dar asumându-și consecința sistematică cea mai importantă, sau transferul înșelăciunii către tipul subiectiv²⁹. Cu privire la acest subiect, respingerea conceptului acțiunii

²⁵ Baumann/Weber, Strafrecht, Allgemeiner Teil, ⁹1985 (cfr., Espec. su§15)

²⁶ Cfr. N. 15, 21 și 22.

²⁷ Gallas, Zum gegenwertigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 (1955), Iurm. (47) [=Teoria infracțiunii la momentul actual, trad. De J. Córdoba Roda, Barcelona, Bosch, 1959, 64; N de T]; acest studiu constituie un document influent și reprezentativ al situației discuțiilor din epoca post-război.

²⁸ În schimb, Schunemann, 1984, 46, n. 98 [=Sistemul modern al DP, 1991, 63 n. 98; N din T] declară că „sistemul dominant la acest moment ... datorează conținutul esențial finalismului”, și din acest motiv nu trebuie „tratată tematic drept o perioadă de sine stătătoare a gândirii sistematice a Dreptului penal”.

²⁹ În acest sens (cu diferențe concrete detaliate), din bibliografia comentariilor și manualelor: Blei, AT¹⁸; Bockelmann/Volk, AT⁴; Dreher/ Trondle⁴⁶; Eser/Burkhardt, StrafR I⁴ [=DP Chestiuni fundamentale ale Teoriei Infracțiunii cu privire la baza sentințelor, trad. De S. Bacigalupo și M. Cancio Meliá, supravegheată de E. Bacigalupo, Madrid, Colex, 1995; N din T]; Jescheck, AT⁴ [versiuni spaniole: Tratat de DP, PG trad 3a ed. și adaosuri ale S. Mir Puig și F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981; trad. 4a ed de J.L. Manzaneres Samaniego, Granada, Comares, 1993; N din T]; LK¹¹- Jescheck, înainte de §13; Lackner²⁰; Otto, AT⁴; Preisedanz; Sch/Sch/Lenkner²⁴; Wessels, AT²³.

*Expresia din text „das Dafurkonnen”, tradusă aici drept „puterea de a evita (și urmată de răspundere), semnifică din punct de vedere literar „a putea cu privire la acesta (la ceva)”, ceea ce nu sună deloc bine în spaniolă, din acest motiv se traduce prin „a fi vinovat (sau responsabil) de ceva”, utilizându-se mai frecvent formula negativă: „ich kann nichts dafur”= „eu nu am nici o vină (sau nu sunt vinovat, responsabil” de asta” (mot-a-mot: eu nu pot - am putut - să fac nimic cu privire la acest lucru). Dar când se expune că pentru un domeniu fundamental sau baza vinovăției este „Dafurkonnen” (sau „dafur konnen”) a autorului, normal că nu se poate traduce cu versiunea vulgară „a fi vinovat autorul”, deoarece ar fi o tautologie; și traducând-o cu varianta mai cultă „autorul este responsabil de asta” clarifică puțin lucrurile. În plus nu trebuie să se uite că structura lingvistică în germană, care duce la idea de vinovăție sau responsabilitate, este puterea („konnen”) subiectului cu privire

finale se fundamentează în mare parte pe o concepție ontologică a acțiunii care nu poate fi obligatorie pentru un sistem de Drept penal fundamentat pe decizii de valoare și unde definirea acțiunii drept control al rezultatelor adresate unui anumit obiectiv nu se ajustează bine actelor imprudente și infracțiunilor prin omisiune. Includerea înșelăciunii în tipul subiectiv se fundamentează independent de conceptul de acțiune cu diverse argumente, dar mai ales cu cel pentru care sensul social al acțiunilor tip nu se poate cuprinde total plecând de la; astfel de exemplu simularea faptelor de fals cu privire la (§263) sau falsificarea unui document (§267) presupun fără multe adăugiri a efectuată de autor. Dar referitor la acest lucru unii autori citați consideră a în același moment cu forma de vinovăție.

Cu privire la sinteza neoclasică-finalistă se poate observa între injustiție și vinovăție susținând că injustiția caracterizează devalorizarea acțiunii (și după caz rezultatul) și în schimbul vinovăției „devalorizarea acțiunii interne” (Gallas, Jescheck, Wessels) sau „puterea de a evita (și în consecință și răspunderea)” *autorului cu privire la caracterul ilegal al caracterului tip. Înțelegerea materială, provenită din sistemul neoclasic, al injustiției drept prejudiciu (sau daună) social și al vinovăției drept caracter reproșabil, care nu contrazice sistemul finalist, se menține în teoriile moderne ale infracțiunii. Și în mod frecvent se explică diferența dintre injustiție și vinovăție afirmând că injustiția exprima un proces de devalorizare asupra faptului și în schimb vinovăția un proces de devalorizare asupra autorului.

6. Sistemul rațional-final sau teologic (funcțional) al Dreptului penal

Aproximativ din 1970 au avut loc încercări discutate de a dezvolta un sistem „rațional-final (sau teologic)” sau „funcțional” al Dreptului penal³⁰.

la ceea ce s-a întâmplat („dafur”), adică, de a putea face, dar și de a putea face sau reuși ceea ce nu s-ar fi produs. Acest lucru face ca această expresie să fie asemănătoare cu alta pe care o utilizează doctrina cu sens echivalent pentru a desemna fundamentul material al vinovăției: „puterea de a acționa altfel” („anders handeln können” sau „das Andershandelnkönnen”), care este un alt mod de a desemna liberul arbitru. Pentru acestea, pentru a indica că „are vina, sau este vinovat sau responsabil” a versiunii expresiei limbajului curent este consecința faptului că subiectul poate pentru a evita comiterea faptei tip și ilegale, s-a optat pentru formula „a putea evita (și în consecință răspunderea)”.

Cu privire la utilizarea în doctrină a acestor concepte cfr, pentru mai multe detalii infra §19, nm. 18 urm. [N din T]

³⁰ Prima expunere sintetică o oferă Schunmann, 1984, 45 urm. [=Sistemul modern al DP, 1991, 63 urm.; N din T] care la rândul său este unul dintre partidarii acestei orientări; dezvoltând-o idem, Rud. Schmitt-FS, 1992, 117. În schimb, respingând din perspectiva finalismului ortodox toate noile intenții, Hirsch, Koln-FS, 1988, 399 urm., care afirmă „că restructurarea sistemului produs de Welzel nu au urmat noile concepții dogmatice

Apărătorii acestei orientări sunt de acord – cu multe diferențe – să respingă punctul de plecare al sistemului finalist și pleacă de la ipoteza că formarea sistemului juridico-penal nu poate fi legată de realitățile ontologice anterioare (acțiune, cauzalitate, structuri logico-reale etc.), ci că se poate ghida doar pe scopurile Dreptului penal.

Cu privire la acest lucru, în această carte³¹ se încearcă să se elaboreze și să se dezvolte și să se avanseze cu un nou conținut punctele de plecare neokantiene (și neohegelieni) ale epocii între războaie, care în sistemele neoclasice nu s-au dezvoltat suficient și au fost dezvoltate în era naziștilor. Avansul constă mai ales în faptul că este înlocuită vaga orientare neokantiană cu valorile culturale printr-un criteriu de sistematizare specific juridico-penal: bazele politico-penale ale teoriei moderne a scopurilor pedepsei. Aici nu se poate anticipa tot ce se derivă în concret pentru dogmatica și sistematica dreptului penal, dar va ilustra conform funcției categoriilor sistematice de bază într-un prim eseu în acest paragraf (nm. 55 urm.). Dar aici este suficient să se menționeze cele două piese centrale ale acestui concept, foarte importante pentru consecințele practice și care s-au impus în parte, dar pe de altă parte fac obiectul unei polemici destul de aprinse.

Prima este teoria imputării conform tipului obiectiv. În timp ce tipul obiectiv - care pentru sistemul clasic consuma conținutul tipului și căruia proiectele neoclasice i-au adăugat doar elemente subiective ale tipului, iar finalismul le-a adăugat - pentru cele trei concepte sistematice în infracțiunile de rezultat (ca §§212, 223, 230 sau 303) era redusă la simpla cauzalitate, în schimb, punctul de plecare teleologic a depins de imputarea unui rezultat tipului obiectiv al „realizării unui pericol nepermis cu scopul de protecție a normei”, înlocuind pentru prima dată categoria științifico-naturală sau logică a cauzalității pentru un grup de reguli orientat către evaluări juridice (pentru mai multe detalii infra §11). Bazele teoretice au fost date din 1930 de către

convingătoare de natură fundamentală” (p. 420); similar idem, 1989, 65; 1993, 35, 49 urm. (împotriva lui Roxin, 1989, 205 s.)

³¹ În mod programatic concepția mea se bazează pentru prima dată pe: *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1970, ²1973 [=Politica penală și sistemul DP, trad. și introd. de F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1972, N din T]. Acest punct de plecare s-a dezvoltat și finalizat în marile studii ale lui Schunemann, 1984, 45 urm. [=Sistemul modern al DP, 1991, 63 urm.; N din T]; idem Rud Schmitt-FS, 1992, 117; Wolter, 140 Jahre GA, 1993, 269.

neokantism și neohegelianism³²; însă dezvoltarea dogmatică a acestor idei a rămas într-un stadiu rudimentar și a fost curând uitată.

O a doua inovație centrală a sistemului rațional-final sau teleologic în forma definită aici, o constituie majorarea „vinovăției” la categoria de „responsabilitate”, cu privire la care vinovăția ca condiție inevitabilă a întregii pedepse i se adaugă întotdeauna necesitatea de prevenție (specială sau generală) a sancțiunii penale (cfr. tb. infra nm. 64 s. și în detaliu în §19 nm. 1 urm.), astfel că vinovăția și nevoile de prevenție se limitează reciproc și doar împreună duc la „răspunderea” personală a subiectului, care arată impunerea pedepsei. Această asociere a categoriei tradiționale a vinovăției cu scopurile de prevenție, importantă pentru numeroase chestiuni de interpretare, se corelează din punct de vedere dogmatic cu teoria scopurilor pedepsei stabilite aici (supra §3 nm. 36 urm.), unde vinovăția și nevoia preventivă se prezintă drept condiții necesare ale pedepsei, dar singure nu sunt suficiente.

Încercările de a duce la o fundamentare rațional-finală (sau teleologică) a sistemului de drept penal a dus în cazul altor autori la proiecte parțiale similare și parțial divergente. Jakobs, în prestigiosul manual³³, întoarce pe dos conceptul maestrului său Welzel, plecând de la faptul că concepte cum ar fi cauzalitatea, puterea, acțiunea etc. nu au un conținut prejudicial pentru Dreptul penal, ci se pot determina conform nevoilor reglementării juridice³⁴. Din punct de vedere metodologic, originalitatea specială a concepției sistematice stă în faptul că formulează dogmatica juridico-penală în concepte și categorii ale teoriei sistemelor sociale (mai ales Luhmann). Iar particularitatea cea mai discutată a conținutului teoriei infracțiunii constă în faptul că pentru aceasta, conform teoriei scopului pedepsei (cu privire la aceasta §3, n. 23, nm. 26 s.), vinovăția este total

³² Articolul meu “Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht” (Honig-FS, 1970, 133 ss.= Grundlagenprobleme, 123 urm.) [=Reflecții cu privire la problematica imputării în DP”, Probleme de bază, 1976, 128 urm; N din T] care aparține primelor încercări de resuscitare a acestei teorii, sunt cuprinse expres în lucrările anterioare ale neokantianului Honig și ale neohegelianului Larenz (loc. cit. 133 urm și respectiv, 123 urm.) [=Probleme de bază, 1976, 140 urm. și 128 urm; N din T] Castaldo, 1992, 4 urm, leagă frazele evoluției sistematice a infracțiunii cu dogmatica imprudenței și prezintă imputarea obiectivă a sistemului rațional-final al Dreptului penal.

³³ Jakobs, Strafrecht-Allgemeiner Teil, ²1991 [=Dreptul Penal, Parte Generală trad. De J. Cuello Contreras și J.L. Serrano Gonzalez de Murillo, Madrid, M. Pons. 1995, N din T]. Ideile sale de bază prezentate pentru prima dată în “Schuld und Pravention”, 1976. În ultima vreme, dezvoltându-se și apărându-se de atacuri critice, idem, ZStW 101 (1989), 516

³⁴ Cu bună dreptate califică Schunemann, 1984, 54 [=Sistemul modern al DP, 1991, 70; N din T]; această poziție drept “o renaștere surprinzătoare a teoriei de formare a conceptelor neocantiene Lask, pe care Welzel a combătut-o atât de vehement și cu succes pe durata a aproape cinci ani.

cuprinsă în conceptul de prevenire generală sau nu este considerată drept ceva obiectiv, ci este „subscrisă” conform criteriului necesar pentru „exercitarea fidelității cu dreptul”, fără a lua în considerare capacitatea autorului.

De asemenea menține o teorie independentă și particulară a faptului pasibil de pedeapsă Schmidhauser³⁵, care înainte a susținut investigarea „elementelor faptului pedepsibil analizând înainte pedeapsa ca o consecință juridică”³⁶. Acest autor dezvoltă un sistem cu o continuă orientare teleologică, în care conceptele centrale sunt ilegalitatea și vinovăția, în timp ce conceptul de acțiune este pe un plan secund. Ilegalitatea este concepută drept „comportamentul voluntar care duce la leziuni unui bun juridic”, iar vinovăția drept „comportament mental (spiritual) care lezează un bun juridic”, sau ca o „atitudine internă ilegală”. Până aici încă se mai menține în opinia majoritară. Însă particularitatea care iese din concepția lui Schmidhauser stă în faptul că descompunea atribuind componente volitive ilegalității și în schimb momentele de analiză (între care se include atât conștiința faptului cât și a in justiției), se atribuie vinovăției. Cu acestea se apropie mai mult de sistemul neoclasic decât doctrina dominantă astăzi, dar astfel ajunge la concluziile de noutate cu privire la unele probleme concrete.

Influența dogmaticii teleologice și „funcțională” crește. Printre autorii marilor expuneri doctrinale trebuie să se includă Rudolphi³⁷, care este aproape de concepția susținută aici; și de asemenea există monografiile importante care demonstrează cât de important este acest punct de plecare³⁸. Totuși nu s-a impus încă un sistem global elaborat pe această bază, care printre altele se datorează eforturilor sistematice teleologice (rațional-finale) se găsesc în fază de dezvoltare. În ceea ce privește restul nu trebuie să se supraevalueze divergențele sistemelor recente ale Dreptului penal, ale cărui apărători au luptat frecvent din punct de vedere științific între ei ca reprezentanți ai „școlilor” contrare; astfel fără prejudicierea tuturor instrumentelor dialectice diferite, toate sistemele sunt într-o singură linie de

³⁵ În tratatul său (Lehrbuch) „Strafrecht, Allgemeiner Teil”, 1970, ²1975; tb. În curs (Studienbuch) „Strafrecht, Allgemeiner Teil”, 1982, ²1984. Pentru mai multe detalii cu privire la conceptul lui Schmidhauser. Roxin, ZStW 83 (1971), 369 urm. Din „Dogmatica Dreptului penal ca știință” („Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft”) se ocupă, mai ales de teoriile Schmidhauser, discipolul său Lander, GA 1990, 435.

³⁶ Schmidhauser, Radbruch-GS, 1968, 276

³⁷ Cfr. Doar Introducerea sa în lucrare, coeditată de “Systematischer Kommentar” zum StGB AT, 5 ed (noiembrie 1990), înainte de §1.

³⁸ Trebuie citat: Wolter, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981; Frisch, Vorsatz und Risiko, 1983; idem, Tatbestandsmabiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges, 1988.

evoluție continuată: Categoriile de bază, în ciuda tuturor variațiilor de conținut, au rămas astfel de la naturalism până astăzi; și fiecare „fază (sau epocă) sistematică” urmărește și avansează eforturile care au urmat. De aici reiese motivul cel mai profund pentru care trebuie să se cunoască evoluția gândirii sistematice de la începutul secolului dacă se dorește să se înțeleagă starea actuală a discuției. Acum, o altă chestiune diferită este dacă trebuie să se dea sau nu problemelor sistematice și luptei pentru sistemul „corect” importanța pe care în mod tradițional au dat-o știința penală germană, chestiune de care ne vom ocupa în continuare.

IV. Rândament și limitele sistematicii tradiționale a dreptului penal: gândirea sistematică și problematica dogmaticii Dreptului penal

Cine se apropie ca student sau profan de Dreptul penal, rămâne deseori perplex într-o anumită măsură în fața mulțimii de intenții de a sistematiza dreptul penal și se întrebă de ce i se dă atâta spațiu în discuțiile științifice. Frecvent se aude părerea că acestea sunt probleme cu caracter academic, pe care practicantul dreptului le poate ușor ocoli. Este posibil să se facă față acestor dubii de principiu și a avea un punct de vedere propriu pentru a judeca principalele chestiuni dogmatico-sistematice, dacă cineva este reprezentat înainte cu o mai mare claritate și referire la cazul că ar fi posibile avantajele și inconvenientele gândirii sistematice în dreptul penal în loc să se accepte fără discuții, așa cum are loc în mod frecvent, sistemul de drept penal în forma sa de manifestare istorică dominantă. Dar aceasta este problema care se analizează în continuare, care are drept scop pregătirea conceptului care în linii de bază se va dezvolta apoi, ponderând punctele pro și cele contra.

1. Avantajele gândirii sistematice

Avocatul de penal spaniol Gimbernat Ordeig a descris astfel cu o impresionantă referire la situația din țările cu un sistem juridic mai puțin dezvoltat, într-un mod sintetic avantajele gândirii dogmatice³⁹; „Dogmatica juridico-penală, semnalând limitele și definind conceptele, face posibilă o aplicare sigură și care se calculează a dreptului penal, și îl sustrage iraționalității, arbitrării și improvizăției. Cu cât mai săracă dezvoltarea unei dogmatici, cu atât mai imprevizibile vor fi deciziile tribunalelor” Și invocă pericolul cazului în care decizia juridică s-ar transforma într-o „chestiune de loterie”: „Și cu cât mai mică ar fi dezvoltarea dogmatică, cu atât ar crește loteria, până ar ajunge într-o situație de aplicare haotică a unui drept penal...”

³⁹ Gimbernat Ordeig, ZStW 82 (1970), 405 [Problemele actuale ale DP și procesual, Salamanca, 1971, 106; N din T], motivând Welzel, Maurach-FS, 1972, 5

Aici se mai invocă o afirmație⁴⁰, că *ex negativo* pretinde să prezinte sub contrast într-o lumină favorabilă avantajele gândirii sistematico-conceptuale: „Unde sunt în loc pasiuni umane - și unde procesul penal nu are loc astfel - rădăcinile cele mai turbulente ale cunoștințelor sunt un sentiment juridic nearticulabil din punct de vedere conceptual.” Aceste texte se pot descompune din punctele de vedere care le corespund în continuare și inclusiv să se completeze cu alte funcții ale gândirii sistematice.

a) Facilitarea examinării cazului

Întâlnirea și structurarea tuturor cazurilor pasibile de pedeapsă într-un sistem dogmatic are în primul rând avantajul practic al simplificării și direcției analizei cazului. Studentul care va trebui să emită o sentință cu privire la pedepsirea unui comportament, dar și avocatul sau judecătorul, pentru a evalua din punct de vedere juridico-penal cazurile care se prezintă, vor proceda în ordinea care este marcată de structura infracțiunii. Adică, dacă are loc o acțiune, se va analiza în primul rând caracterul tip, iar apoi ilegalitatea, vinovăția și celelalte cazuri de pedepsire. Această structurare în anumiți pași de raționament ordonați într-o succesiune logică garantează în primul rând că toate chestiunile importante pentru a judeca pedeapsa se analizează și în realitate; în schimb, dacă ceea ce s-ar face s-ar face „căutând aici și acolo” într-un mod nestructurat sistematic și fără ordine, cu privire la problematica juridică a cazului, ar exista pericolul de a scăpa aspecte decisive și a lua decizii incorecte. În plus, o schemă sistematică a analizei cazului este utilă pentru economia raționamentului: dacă de exemplu rezultă că nu s-a realizat nici un caracter tip, atunci nu mai trebuie analizată ilegalitatea și vinovăția; și dacă are loc o cauză de justificare, poate evita dinainte investigația (deseori dificilă și care durează mult) din cauze legate exclusiv de vinovăție.

b) Ordinea sistemului ca o presupunere a unei aplicări uniforme și diferențiate a Dreptului

Însă chiar folosind facilitarea muncii în practică, doar sistemul face posibilă o ordonare a materiei juridice diferențind-o corespunzător conform obiectului. De exemplu, din clasificarea sistematică a comportamentelor tip care se impun în cauze de justificare și dezvinovățire, care nu se cunoaște în toate sentințele juridice, se derivă o diferență conform criteriilor de evaluare unitare ale vastului număr de cazuri de „acțiune în caz de nevoie”; în schimb, cu un proces asistematic al cazului concret rezultatele vor fi nesigure și oscilante. Astfel, dacă cineva este rănit de un atacator, poate acționa în

⁴⁰ Roxin, Tatarschaft, 1967, 626

legitimă apărare (§32) și va fi justificat chiar când în caz de nevoie ar trebuie săucidă cu o împușcătură agresorul în apărarea sa. Dar dacă făcând acest lucru atinge un terț străin de agresiune, nu se justifică cu privire la rezultat, ci se acționează ilegal și ar fi dezvinovățit doar dacă s-ar îndeplini cerințele §35 [starea de necesitate care scuză]. Acest lucru înseamnă că, spre deosebire de agresor, terțul poate acționa în legitimă apărare față de cel agresat, care față de el presupune o agresiune ilegală (chiar dezvinovățită) și această apărare poate cauza daune justificate. Astfel ordonarea sistematică care distinge cauze de justificare și scuzare face posibilă existența unui mare număr de afirmații materiale, cu decizii satisfăcătoare din punct de vedere politico-penal și care au în vedere diversitatea respectivelor interese. Dacă nu am fi avut sistemul, fiecare situație concretă de necesitate imaginabilă va necesita o reglementare specială cu privire la cazuri și la consecințele juridice. Acestea vor necesita numeroase percepții și vor cauza un număr mare de articole [paragrafe în sistemul german] atât de neatins cât și dezechilibrată și plină de lacune lipsind un principiu sistematic principal. Ordinul sistemului contribuie în special, ca moștră, la uniformitatea și raționamentul aplicării dreptului.

c) **Simplificarea și o mai bună manevrare a Dreptului**

Cu cele stipulate anterior este clar că raționamentul sistemului presupune și o simplificare substanțială a aplicării Dreptului, care îl scutesc pe judecător (și pe student) de munca de orientare care ar fi necesară dacă vasta materie juridică s-ar descompune într-un număr impresionant de percepții concrete neordonate sistematic sau dacă ar fi trebuit chiar să caute soluțiile problemelor extrăgându-le dintr-un grup de decizii care prejudiciază deciziile tribunalelor date în cazuri analoage. Iar acest lucru are un caracter general. Astfel, de exemplu impunerea măsurilor de siguranță este legată întotdeauna în §§63 urm presupunând că există un „fapt ilegal”, care la rândul său este definită în §11 I nr. 5 drept un tip ilegal; de aici reiese și *contrariul* care în acest context nu ia în considerare vinovăția subiectului. Dacă presupunerile măsurilor de siguranță ar trebui descrise individual în fiecare caz fără o ordine sistematică și independent de categoriile tip, ilegalitate și vinovăție, acest lucru va implica complicații extraordinare în aplicarea dreptului.

d) **Contextul sistematic în calitate de ghid pentru elaborarea și dezvoltarea Dreptului**

În cele din urmă, sistematizarea materiei juridice, permițând penetrarea în contextul intern al diverselor norme juridice și în fundamentele sale teleologice, face posibilă o elaborare creatoare și de dezvoltare a dreptului. Un exemplu istoric cunoscut este dezvoltarea vechiului statut de

necesitate supralegală drept o nouă cauză de justificare. Dacă cineva se întreabă ce au în comun toate cauzele de justificare în ciuda tuturor diferențelor, se poate verifica că acestea au drept obiectiv soluționarea unui conflict de interese între două persoane. Să luăm două cauze cunoscute de justificare a Dreptului civil, de exemplu §228 BGB care reglementează conflictul de interese dintre proprietarul unui lucru (sau a unui animal) periculos și persoana atacată și §904 BGB conflictul dintre nevoia unui subiect care se luptă pentru a-și salva interesele de un pericol și cele ale unui proprietar străin de acestea, al cărui bun este utilizat sau prejudiciat în acțiunea de salvare. Aceste conflicte și altele reglementate prin crearea de cauze de justificare sunt soluționate întotdeauna de legiuitor justificând acțiunea care la o ponderare a prejudiciului și beneficiului social implică avantajul cel mai mare. De aici se deduce că baza comună a conținutului comportamentului ilegal sau numita ilegalitate materială, constă în prejudiciul sau nocivitatea socială a unui comportament și care trebuie analizată prin soluționarea conflictului unde beneficiul social va avea o mare mai greutate decât prejudiciul. Acest lucru a dus la dezvoltarea teoriei de ponderare a bunurilor și datoriilor ca principiu sistematic de conducere a cauzelor de justificare, care în final a fost cuprins în RG într-o sentință care a cauzat multă rumoare⁴¹: „În situații cotidiene unde o acțiune care cuprinde ... în caracterul tip extern este unica modalitate de a proteja un bun legal sau de a îndeplini o sarcină impusă sau recunoscută de Drept, întrebarea dacă acțiunea este conformă Dreptului sau dacă nu este interzisă sau ilegală trebuie să se rezolve mergând la evaluarea proporției care se desprinde din Dreptul în vigoare, între bunurile juridice sau datoriile în conflict”. În acest fel, cu mult înainte de reglementarea legală din anul 1975 a fost posibilă justificarea întreruperii sarcinii la indicația medicului (§218 a I, n. 1 și 2), în care se evaluează între viața și sănătatea femeii însărcinate și viața fătului, invocând valoarea superioară a vieții materne. În caz contrar ar fi trebuit pedepsit doctorul pentru avort (§218) deoarece conform Dreptului valabil la acel moment nu exista o cauză justificantă sau de dezvinovățire scrisă. Starea de necesitate „supralegală” justificată s-a extins rapid în jurisprudența tuturor mediilor de viață și a fost prezentată mai clar în §34 din noua Parte generală a StGB în vigoare la 1-1-1975. În acest fel, munca sistematică de a ordona cunoștințele sub o idee principală a contribuit decisiv la dezvoltarea Dreptului în acest sector.

⁴¹ RGSt 61, 242 (254), din 11-3-1927

2. Pericolele gândirii sistematice

Acum, în ciuda avantajelor descrise în ceea ce privește interpretarea Dreptului în cadrul unui sistem care cuprinde întreaga materie juridică nu este o procedură evidentă în sine nici satisfăcătoare în toate cazurile. Apare în mod constat ideea că sistemul poate duce la încălcarea materiei juridice și din acest motiv cea mai adecvată metodă de luare a deciziilor pentru știința Dreptului este discutarea problemelor referindu-se la cazul concret. Din acest motiv este necesar să fie clare dificultățile care pot apărea în ciuda oricărei gândiri sistematice.

a) Uitarea justiției în cazul concret

În primul rând, pentru obținerea soluției la problemele juridice cu privire la deducțiile din contextul sistematic, poate accepta justiția acel caz concret. Să luăm exemplul atât de dezbătut al erorii interzicerii sau cazul în care un subiect nu este conștient de ilegalitatea actului său. Spre 1930 dominantă era știința numită teoria înșelăciunii, conform căreia presupunea cunoașterea și acceptarea circumstanțelor faptului și în plus conștientizarea in justiției; acest „*dolus malus*” era considerat o formă de vinovăție (care aparține părții interne a faptului) (cfr. nm. 13 s). În consecință, cine considera în mod eronat drept acceptat comportamentul altfel interzis din punct de vedere obiectiv, conform acestei concepții, nu putea fi pedepsit pentru o faptă deci poate doar pentru imprudență, dar din lipsa incriminării comiterii imprudenței, ca regulă generală, rămânea nepedepsit inclusiv în cazul de eroare cu privire la cunoașterea caracterului ilegal al faptei.

Față de cele menționate teoria finală a acțiunii, plecând de la bazele sistemului, a dezvoltat așa-numita teorie a vinovăției, care ajunge la un rezultat complet diferit. Având în vedere că pentru acest lucru, datorită structurii ontice a acțiunii umane, acțiunea de constă în faptul că autorul controlează cu cunoștință și voință cauza care a dus la rezultatul cu caracter tip (cfr. nm. 15), conștientizarea ilegalității, care nu are nimic a face cu scopul, nu poate fi un caz de. În caz contrar, ca parte subiectivă a caracterului tip cuprinde doar scopul în sensul descris, în timp ce lipsa conștientizării ilegalității, dacă este inevitabilă, exclud doar vina. În consecință, cine nu își dă seama de faptul că comportamentul său este interzis, acționează în ciuda acestui lucru prin iar, dacă eroarea era conștientă, ar fi pe deplin responsabil de un act de cu vinovăție. Și chiar dacă s-ar accepta o atenuare a vinovăției, pedeapsa trebuie să se aplice întotdeauna în cadrul legal stabilit pentru infracțiunea de, în timp ce teoria înșelăciunii în același caz duce la absolvire sau la o pedeapsă dată imprudenței.

Această „teorie a vinovăției” s-a impus în majoritatea analizelor științifice din ultimii zeci de ani, iar legiuitorul a transformat-o în baza teoriei erorii în noul §17. Și de asemenea duce în multe cazuri la soluții juste. Dacă de exemplu cineva își maltratează copiii (§223 b) sau îi exploatează pe alții cu nerușinare (§302 a), este evident că motivarea subiectului cum că nu a știut că este interzis nu îi schimbă pedeapsa pentru fapta comisă. În schimb, în cazul normelor penale mai puțin cunoscute, care deseori aparțin Dreptului penal accesoriu și cu un fundament etico-social mai puțin pregnant, prin simpla evitare a erorii trebuie pedepsit conform §17 pentru premeditare. Se poate să nu se fi dezbătut suficient acest subiect și să fi fost neglijat, dar nu este deloc satisfăcător să se echivaleze cu evaluarea dogmatică a celui care a încălcat legea conștient. În consecință deducerea sistemului (aici: teoria finalistă) poate duce la rezultate care într-un caz concret nu ar părea juste nici adecvate; dacă de condamnă comportamentul autorului conform situației individuale și fără a fi încadrată în contexte sistematice, s-ar ajunge ușor la o soluție mai adecvată realității (pentru mai multe detalii cu privire la problematica erorii de interdicere, infra §21).

b) Reducerea posibilităților de a rezolva problema

O altă problemă ulterioară a dogmaticii legată de sistem constă în faptul că punctul de plecare sistematic simplifică și facilitează aplicarea Dreptului (cfr. nm. 32, 34), dar în același timp reduce posibilitățile de a rezolva problema și astfel poate împiedica concepții mai bune. Acest lucru se poate ilustra foarte bine cu exemplul delimitării dintre autor și participare, așa cum se expune conform sistemului „clasic” (nm. 12, 17) bazat pe naturalism în științele spiritului (nm. 17). Dacă se pleacă de la baza că toate circumstanțele obiective aparțin cadrului ilegal și se recunosc pe principiul modificării lumii externe, în acest caz nu se poate semnala vreo diferență obiectivă între autor, inducție și complicitate (§§25, 26, 27), deoarece cele trei forme de intervenție sunt la fel de vinovate cu privire la rezultat. Iar atunci trebuie căutată delimitarea în partea subiectivă a faptului; așa cum s-a făcut de la începutul Reichsgericht (Tribunalul Suprem al Reich-ului), care independent de greutatea obiectivă a actului considera că comiterea acțiunii se caracteriza prin „voința autorului” și „participarea voluntară” a celui care intervine. Această teorie, denumită apoi teoria subiectivă a participării, care este dominantă în jurisprudență (chiar dacă cu atenuări substanțiale) se situează în logica punctului de plecare expus sistematic. În schimb, posibilitatea de a delimita comiterea acțiunii și participarea în funcție de obiectivul faptelor și de apariția de exemplu a „dominației” cursului faptei prin distingerea dintre comiterea acțiunii și participare, așa cum se face la

acest moment în teoria doctrinei științifice, care este ceva anterior din punct de vedere al analizei conceptuale a acestei concepții sistematice. Și totuși această posibilitate este mult mai logică conform literei și spiritului legii, în timp ce „voința autorului” este un element fără a conține o realitate psihologică și din acest motiv a provocat o nesiguranță juridică în practică⁴².

c) Deducțiile sistematice care nu se pot caracteriza din punct de vedere politico-penal

Foarte des se poate verifica că o concluzie dedusă din sistem, nu este satisfăcătoare deoarece problema politico-penală al unui anumit grup de cazuri nu este cuprinsă în mod absolut de context plecând de la alte puncte de vedere. De exemplu se poate folosi în cazul erorii cu privire la premeditarea autorului: A îi dă lui B un pistol încărcat cu gaze lacrimogene instigându-l să tragă către picioarele lui C; făcând acest lucru, A presupune că B cunoaște faptul că pistolul este încărcat, dar B nu observă și trage în glumă spre C, care suferă leziuni (§223 a). Aici este clar că B, având în vedere că a acționat fără premeditare, poate fi pedepsit pentru că a cauzat leziuni prin imprudență (§230). Dar în ceea ce privește răspunderea penală a lui A se pune problema dacă se poate pedepsi cineva pentru instigarea provocării unor leziuni intenționate cu o armă de foc (§223 a), chiar dacă subiectul a reprezentat eronată premeditarea autorului care a cauzat leziunile. Pentru cei care susțin sistemul clasic și neoclasice și pentru vechea jurisprudență (BGHSt 4, 355; 5, 47) era ușor de fundamentat: de fapt, conform §§48 și 49 a vechiului StGB participarea presupunea doar un fapt principal cu caracter tip ilegal, dar nevinovat, iar instigarea se considera drept un element integrat al vinovăției (nm. 12-14), se putea pedepsi fără alte analize pentru instigare §223 chiar dacă lipsea intenția autorului.

Dar din sistemul finalist s-a dedus o soluție diferită. Având în vedere că conform acestui concept premeditarea aparține caracterului tip (nm. 15), în cazul nostru lipsește actul principal tipic ilegal cerut de lege drept element al oricărei participări. În consecință se exclude participarea, iar A nu va fi pedepsit, deoarece nu este posibil să fie pedepsit pentru leziuni prin acțiune legată (§25 I: comitere „prin intermediul altei persoane”) sau prin instigare intenționată (§30 I). Acest concept finalist s-a impus din anul 1956 în jurisprudență (BGHSt 9, 370) și a fost aplicată de legiuitorul noii Părți generale, care cere expres în §§26, și 27 pentru instigare și cooperarea că s-a comis un act cu premeditare. În multe cazuri garantează rezultate cu simț

⁴² Cfr. Cu privire la problematic Roxin, Tatherrschaft, ⁵1989, cât și AT II, §25, nm.

deplin: deoarece dacă subiectul dinainte (în cazul nostru: A) cunoaște că persoana instigată de el (aici: B) acționează neintenționat, nu va fi instigatorul unei infracțiuni conform §223 a, ci chiar el va fi pedepsit drept autor (moral) al unor leziuni periculoase.

Dar cel puțin în grupul cazurilor de presupunere eronată a intenției autorului, ales aici drept exemplu, impunitatea lui A, care acum trebuie să se accepte conform Dreptului în vigoare, ne va duce la un rezultat greșit din punct de vedere politico-penal. De fapt, dacă A presupunea că B ar fi știut că pistolul era încărcat, cu siguranță A ar fi pedepsit drept instigator. Dar dacă B, fără ca A să fi știut de acest lucru, n-avea nici cea mai mică idee, răspunderea obiectivă a lui A pentru desfășurarea faptelor este mai mare, și dintr-o perspectivă care nu are legătură cu sistemul nu este convingător ca povara mult mai mare a intervenției împreună cu o dispoziție identică subiectivă să ducă dintr-odată la absolvire de vină. Între motivele acestui rezultat nefericit cu siguranță se află punctele vedere exprimate la a) și b). Însă cauza principală, fără îndoială legată de acelea, stă în faptul că cele două premize, a căror conlucrare provoacă soluția incorectă (sau, așezarea intenției în caracterul tip și cerința unei acțiuni tipic ilegale ca buget al participării), au fost alese pe rând și din motive care nu au nici cea mai mică legătură cu grupul de cazuri eronate cu privire la intenția autorului, și nici nu pot oferi o soluție plauzibilă pentru acest lucru. În consecință, se deduc frecvent din sistem mai multe soluții decât premisele ar putea suporta, și astfel se prefigurează natura politico-penală a concluziilor.

d) Folosirea conceptelor prea abstracte

Un ultim pericol al gândirii sistematice constă în faptul că, încercând să ordoneze în mod transparent toate fenomenele vieții cu puține puncte de vedere de urmat, alegând concepte prea abstracte se uită și se încalcă diverse structurii juridice. Astfel, de exemplu, căutarea unui concept unitar de acțiune, care să se potrivească tuturor formelor de manifestare ale infracțiunii, poate duce la anularea diferențelor fundamentale materiale dintre acțiunea premeditată, acțiunea imprudentă și simpla omisiune și să înceapă de prea sus în alegerea conceptelor. Mult timp au dominat teoriile conform cărora v. gr delimitarea dintre actele de pregătire și tentativa (§22) sau între autor și participare (§§25-27) trebuia să se facă urmând exact aceleași criterii; chiar și astăzi legea nu permite recunoașterea vreunui criteriu de diferențiere, iar jurisprudența continuă să se găsească la începutul dezvoltării de soluții modificatoare adecvate din punct de vedere penal. Însă dacă se trec cu vederea diferențele existente, trebuie alese concepte care se mențin la un nivel

atât de general că aproape nu au capacitatea de exprimare și astfel duc la o considerabilă nesiguranță juridică.

De asemenea stă în predilecția pentru abstractizarea uneia dintre cauzele persistenței recalcitrante ale teoriei subiective a participării (nm. 40). Uitarea tuturor diversităților în materie juridică permite aplicarea unui criteriu aparent egal, dar care este lipsit de conținut. Adevărul este că în strictul grup al infracțiunilor comise cu intenție utilizarea unui criteriu unitar de delimitare neglijează divergențele esențiale în structura tipurilor. Doar o parte din acestea descriu acțiuni interzise cum ar fi leziunile (§223), daunele (§303) etc., în timp ce altele, cum ar fi gestionarea lipsei de loialitate (§266) sau dezvăluirea secretelor private (§293) pedepsesc infracțiunea anumitor sarcini extrapenale. De la configurația diferită a săvârșirii infracțiunilor și a infracțiunilor care reies din exercitarea atribuțiilor⁴³ se derivă diferențe semnificative pentru delimitarea dintre comitere și participare; pentru că doar acolo unde acțiunea constituie caracterul tip poate domina (așa-numitul domeniu al actului) ceea ce este caracteristic săvârșirii acțiunii, în timp ce la infracțiunile legate de desfășurarea sarcinilor săvârșirea acțiunii nu se bazează pe nici un domeniu extern, ci pe vulnerabilitatea sarcinii, iar dacă lipsește, chiar dacă există domeniu fapte se poate aplica doar participării.

Acest exemplu emite o problemă fundamentală științelor spiritului. Bollnow⁴⁴ a semnalat că pericolul tuturor construcțiilor sistematice este de a „construi concret pe golul unui spațiu căruia îi lipsește realitatea”, indicând că trebuie să stai întotdeauna „în gardă” atâta timp cât „punctul de plecare găsit într-un exemplu se poate transfera fără probleme la altul”. Conform acestuia, unde nu există o „rezistență a lucrurilor” sistemul a pierdut deseori „contactul cu realitatea”. Astfel este caracterizat un pericol al tuturor construcțiilor științelor spiritului, căruia îi cedează mult prea frecvent eforturile sistematice din domeniul juridic.

3. Gândirea problematică

Având în vedere evoluțiile eronate pe care le-a cunoscut și gândirea sistematică, trebuie să căutăm o metodă științifică care să plece de la problema concretă și care să ofere posibilitatea de a da o rezolvare corectă și adecvată plecând de aici. Ca tehnică a acestei „gândiri problematice (sau gândiri - problemă)⁴⁵” s-a discutat mult procedura topicii⁴⁶, în epoca de după

⁴³ Pentru mai multe detalii Roxin, *Tatherrschaft*, ⁵1989, 353 urm.

⁴⁴ Bollnow, 1962, 147

⁴⁵ Exprimarea este inexactă în măsura în care și gândirea sistematică se ocupă de probleme și rezolvă probleme concrete. Diferența constă în mod real în faptul că gândirea

război, care a fost menționată de Aristotel, iar mai apoi de Cicero și Vico în retorică care a fost mult analizată mai ales în dreptul Civil. Cu privire la acest lucru, prin topică se înțelege o metodă de soluționare a problemelor prin intermediul „*topoi*”; iar acestea sunt „puncte de vedere aplicabile în mai multe aspecte și acceptate cu caracter general, care se utilizează pentru sau împotriva celui care emite părerea și care pot duce la aflarea adevărului”⁴⁷. Aceste „puncte de vedere” se pot reuni în „cataloge de *topoi*” și se pot analiza cu privire la punctele pro și contra de aplicare în caz concret, până se reușește un consens, un *sensus communis*, referitor la soluție. În aplicarea practică a acestor circumstanțe se va putea produce în următorul mod: față de o anumită problemă, așa cum se întâmplă frecvent în dialogul științific și în analiza deliberărilor judiciare, în primul rând se vor prezenta toate soluțiile și argumentele, iar apoi se vor analiza punctele pentru și împotriva și se va lua o decizie în consens.

Această procedură se folosește în Dreptul penal. Este folosită pentru „primul contact” cu ariile, care la fel se găsesc în dreptul penal, pe care legiuitorul le-a lăsat deschise (cfr. §5, nm, 46-48, 76), cât și înainte de sistematizare, munca concretă de caz a conținutului conceptelor nedeterminate și clauzele generale. De asemenea se conformează controlului soluțiilor care se pot obține din sistem: cel mai bine se recunoaște dacă un rezultat este mai bun sau nu, analizând contextul sistematic, echitatea în ceea ce privește toate aspectele politico-juridice.

Însă topică nu poate înlocui gândirea sistematică. De fapt, această nu numai că renunță la avantajele practice ale acesteia, cum ar fi simplificarea analizei cazului și ordonarea materialelor care se pot verifica și care facilitează aplicarea Dreptului, ci conform punctului său de plecare se opune calculului și uniformității deciziei judiciare din care pentru siguranța juridică a dreptului penal depinde și mai mult de alte arii ale Dreptului. În ultimă instanță, așa cum reiese din critica extrapenală, legătura cu legea științei dreptului este ceea ce face la procedura legată de topică să fie nepotrivită ca metodă generală a aplicării dreptului. „...chestiunea legată de caracterul punctelor de vedere alese în fiecare caz și selectarea dintre acestea o poate

soluției privind topică nu se obține din sistem, ci din analiză și consens cu privire la constituirea cazurilor, Cfr. Canaris, 1969, 136 urm.

⁴⁶ Viehweg a început analiza, Topik und Jurisprudenz, 1953, ⁵1974 [=Topica și jurisprudența, trad. de L. Diez-Picazo, Madrid, Taurus, 1964; N din T]. Din analiză (majoritară pentru civil); Diedrichsen, NJW 1966, 697 urm; Horm, NJW 1967, 601 urm; Kriele, ²1967, 114 urm; Canaris, 1969, 135 urm; Larenz, ⁶1991, 145 urm.

⁴⁷ Astfel interpretarea acestui concept este prezentată pentru prima dată de Aristotel menționează Viehweg, ⁵1974, 10

rezolva doar topica ... invocând „opinia tuturor sau a majorității sau a celor înțelepți” sau *bunul simț*, cu care este în contradicție cu teoria juridică a valabilității sau a surselor de Drept”⁴⁸. În dreptul penal, din cauza interdicției constituționale a aplicării totale a dreptului (conform gândirii topicului) care fundamentează răspunderea penală *per analogiam, praeter legem* sau prin drept vamal (cu privire la acesta supra §5), această chestiune se prezintă mult mai finală, iar imposibilitatea răspunderii la aceasta reiese din motivația pentru care analiza topicii abia a fost cuprinsă în dreptul penal. Mandatul preciziei legii furnizează dinainte preeminența gândiri sistematice. Totuși, de multe ori se prezintă drept folositoare și posibilă până la un anumit grad sinteza dintre gândirea sistematică și problematică (pentru mai multe detalii nm. 79 urm.).

V. Bazele unui proiect de sistem teleologico-politico-penal

1. Cu privire la concepția unui sistem de orientare spre evaluare

Astfel, sistemul este un element la care dreptul penal al unui Stat de Drept nu poate renunța. Când Hellmuth Mayer⁴⁹ spunea: „Ca moștră a istoriei dogmatice, material poate fi cuprinsă de cele mai diverse sisteme de referință. Toate aceste sisteme se pot utiliza doar aplicându-se corespunzător”, dar se poate afirma fără rezerve doar prima frază; cea de-a doua ar fi concretă dacă ar fi vorba doar de ordonarea externă a materiei. Dar având în vedere că, așa cum am văzut, diferitele puncte de plecare sistematice influențează în mod considerabil rezolvarea problemelor dogmatice, și că avantajele și pericolele gândirii sistematice se manifestă drept caracteristici ale unor anumite concepte, întrebarea dacă sistemul este corect, așa cum se afirmă de multe ori, nu este doar un joc cu premize false, ci munca desfășurată în concret în drept.

Trebuie să se plece de la teza că un sistem modern de Drept penal trebuie structurat din punct de vedere teleologic, sau să fie construit conform scopurilor evaluării. Dacă soluția corectă din punct de vedere sistematic apare drept rezultat al unei evaluări anterioare, va fi garantată înainte prin concordanța dintre consecința (congruența) sistematică și corectarea materială dorită, a cărei lipsă a dus la atâtea probleme. Când de exemplu Jescheck⁵⁰ spune „elementele decisive trebuie să fie întotdeauna soluția chestiunii materiale în timp ce exigențele sistematice trebuie să se întoarcă pe planul al doilea”, astfel s-ar corecta defectele descrise la nm. 36 urm a anumitor puncte de plecare sistematice, dar cu costul neglijării sistemului, sacrificând astfel avantajele acestuia. În schimb, când scopurile se transformă direct în elemente

⁴⁸ Canaris, 1969, 149; de asemenea Diederichsen, NJW 1966, 702

⁴⁹ H. Mayer, StuB AT, 1967, 58.

⁵⁰ Jescheck, AT⁴ § 21 I 2.

de configurare ale sistemului, este garantată justiția înainte (nm. 37-39) în măsura în care este posibil într-un sistem de drept; toate grupurile de cazuri urmează legea. Din același motiv sistemul poate da acele soluții (nm. 40) incompatibile cu scopul său. De asemenea este exclusă posibilitatea ca soluțiile să se efectueze ca concluzii ale nevoilor sistematice oarbe din punct de vedere axiologic (nm. 41 urm.), deoarece în acest caz nu se vor acoperi în punctul de plecare sistematic. Este adevărat că inclusiv într-un sistem teleologic pot apărea întotdeauna contradicții de valoare nesatisfăcătoare, dar se pot elimina prin corecții efectuate de sistem - și aici apare progresul științific - sau, când se aplică dispozițiile legale obligatorii, să le prezinte pregătind lucrarea pentru viitoarele modificări legale.

Scopurile acestor direcții care constituie sistemul de drept penal pot fi doar de tip politico-penal, deoarece în mod natural sentințele trebuie să se orienteze spre scopul dreptului penal. Din acest punct de vedere, categoriile de bază ale sistemului tradițional se prezintă drept instrumente de valoare politico-penale, și astfel nu se pot anula pentru un sistem teleologic⁵¹.

a) Acțiunea

În consecință, afirmația că cineva a realizat o acțiune este rezultatul unei evaluări a conținutului constând în faptul că se poate imputa ceva cuiva ca urmare a comportamentului său, a ceva ce a făcut sau nu a făcut. În consecință, unitatea acțiunii nu este definită de ceva preexistent empiric (fie cauzalitate, comportament intenționat sau scopul) și care s-ar afla la fel în baza tuturor comportamentelor care se pedepsesc, ci doar prin identitatea aspectului de valoare: Un bărbat a acționat dacă anumitele efecte implicate sau nu i-ar putea atribui acestuia ca individ, sau ca centru spiritual al acțiunii⁵², și astfel se poate vorbi despre un „a face” sau „a nu face” și de aici o „declarare a personalității” (detaliată în §8 nm. urm). Deși afirmația existenței unei acțiuni nu duce vreo evaluare negativă (nici măcar provizorie, deoarece atât comportamentele benefice din punct de vedere social cât și dăunătoare sunt tot acțiuni), totuși prin această categorie se ajunge la un scop politico-penal: independent de aparența externă și de consecințele cauzale ale prezenței umane evaluând ceva drept non-acțiune este exclus tot ceea ce nu se încadrează dinainte în categoria juridică a ceea ce este permis sau interzis.

b) Caracterul tip

⁵¹ Cfr. Tb. Declarațiile orientate în această direcție, a lui Rudolphi, 1984, 69 urm.

⁵² În acest sens este corect ca Rodig, în proiectul unei teorii bipartite a infracțiunii (Lange-FS, 1976, 56) să vorbească despre in justiția unei “direcții de acțiune adresată (potențialului) autor”. Doar că subvaluează (așa cum am făcut-o și eu) funcția autonomă a caracterului tip.

Prin caracterul tip se evaluează acțiunea din punct de vedere al nevoii abstracte de pedeapsă; adică: independent de persoana subiectului concret și a situației concrete a acțiunii, o acțiune este declarată pasibilă de pedeapsă pentru un anumit caz (sau pentru situațiile și cazurile speciale din viață). Scopul politico-penal al acestei amenințări penale abstracte este de prevenție; alegându-se un anumit comportament la un caracter tip se dorește motivarea individului pentru a omite acțiunea descrisă aici (sau în infracțiunile prin omisiune pentru a avea un comportament corespunzător)⁵³.

Scopul general de prevenție duce către un drum dublu în interpretare. Pe de o parte, orice caracter tip trebuie interpretat conform scopului legii (din punct de vedere teleologic), adică, în așa fel încât se cuprind complet comportamentele dezaprobatе de lege și astfel nu are lacune la momentul motivării general preventive. Dar pe de altă parte, o prevenție generală eficientă presupune o precizie cât mai corectă a legii și fidelă, așa cum se cere de către principiul *nullum crimen sine lege* (art. 103 II GG) inclusiv din punct de vedere constituțional (cu privire la conexiunea istorică existentă între principiul legalității, caracterul tip și prevenția generală cfr §5, nm. 22s). În acest fel caracterul tip se găsește dinainte în tensiune între scopul legii și precizia legii. Cum trebuie rezolvat conflictul dintre ambele scopuri imanente prevenției generale s-a prezentat înainte (supra §5 nm. 28).

Însă nu doar prevenția generală cu tendințele sale ambivalente, ci și principiul vinovăției își imprimă caracterul pe tip. O concluzie esențială a teoriei imputării obiective (nm. 25) constă chiar în excluderea tipului obiectiv, față de pura înțelegere cauzală, prejudicierea bunurilor juridice care are loc ca efect sau consecință a unui *versari in re illicita*⁵⁴, încălcând principiul vinovăției. Astfel necesitatea abstractă a pedepsei sub aspectul prevenției generale și principiul vinovăției sunt criterii politico penale care conduc tipul; și doar prevenția specială este străină interpretării tipului deoarece presupune o infracțiune concretă, care aici nu are nici un rol.

c) Injustiția/ actul ilegal

⁵³ Textul pleacă astfel precizând că opera din care normele de drept penal se adresează cetățenilor. Față de acestea, Schmidhauser, 1988, consideră că destinatarii exclusive sunt organismele de stat care se ocupă de sancționarea infracțiunii. Împotriva lui Schmidhauser, Hoerster, JZ 1989, 10; idem, JZ 1989, 425; împotriva lui Hoerster și Schmidhauser, JZ, 1989, 419.

⁵⁴ = ca și consecință a unui comportament ilegal oricare, care nu se referă la caracterul tip concret.

În categoria in justiției se acuză acțiunea tip concretă, incluzând elementele reale ale respectivei situații, conform criteriilor permisiiei sau interdicției. În acest al treilea „pas al infracțiunii” trebuie să se vorbească despre „injustiție” și nu de un simplu „act ilegal”. Deoarece așa cum caracterul tip cuprinde în el acțiunea (doar acțiunile pot avea caracter tip), in justiția conține acțiunea și caracterul tip: doar acțiunile tipice pot se pot încadra în ilegalitate penală. În schimb, ilegalitatea nu este o categorie specială dreptului penal, ci a întregii ordine juridice: există comportamente care pot fi ilegale pentru dreptul civil sau dreptul administrativ și irelevante cu privire la efectele penale; iar cauzele de justificare provin din toate domeniile dreptului, lucru important pentru criteriile in justiției (nm. 61-63).

58. În ceea ce privește latura politico-penală, procesul cu neresponsabilitate penală se caracterizează prin trei funcții: soluționează conflicte de interese în mod relevant, pentru pedepsirea unuia sau mai multor părți la proces (nr. 59); constituie un punct de legătură pentru măsurile de protecție și alte consecințe juridice (nr. 60); și face conexiunea dintre Dreptul penal cu întreg codul de legi și cuprinde evaluări decisive (nr. 61-63).

59. În primul rând, neresponsabilitatea separă fapta de încadrarea abstractă a caracterului tip: situează fapta în contextul social și conține, din punctul de vedere a ceea ce este permis sau nu (în acest caz, ca și excluderea neresponsabilității penale), o evaluare a conflictelor de interese ce rezultă ca urmare a interacțiunii sociale; de exemplu, între agresor și apărător (§ 32), între salvator și cel care trebuie să își sacrifice bunurile în proprietate și alte bunuri juridice pentru salvarea altora (§§ 904 BGB, 34), între Stat, care efectuează urmărirea penală și cetățeanul suspect (§ 127 StPO) etc. Cel care, într-un asemenea caz de conflict de interese, intervine asupra unui bun juridic în general protejat, fără să aibă o cauză justificată, comite neresponsabilitate; sau, altfel spus, din punct de vedere material: are un comportament intolerabil și nociv din punct de vedere social. Astfel, este adevărat că (la fel ca și în darea caracterului tip) nu s-a specificat nimic definitiv cu privire la pedepsire (dat fiind faptul că încă nu se poate da o cauză de excludere a vinei sau a pedepsirii). Dar, neresponsabilitatea este cuprinsă însă drept o vătămare sau un caracter nociv social concret și intolerabil al unui comportament, pedepsirea tipică (sau normală, sub rezerva excepțiilor indicate) într-un mod mai puțin abstract decât caracterul tip, și astfel, ca și acesta, este marcată de evaluări politico-penale (conform de asemenea cu nr. 61 s.). Când neresponsabilitatea se exclude, acest lucru, de asemenea, pune bazele unei obligații de tolerare a celeilalte părți, care face ca rezistența acesteia să fie cuprinsă într-un caracter tip, care astfel este la rândul lui afectat de

neresponsabilitate și deci, în mod obișnuit (normal) pedepsit, drept pentru care evaluarea politico-penală trebuie să ia întotdeauna în considerare aspectul dublu conform căruia exonerarea penală a unuia are drept consecință răspunderea penală a altuia.

60. În al doilea rând, neresponsabilitatea este importantă din punct de vedere politico-penal, drept presupunerea fundamentală a tuturor măsurilor de protecție (conform § 61 și următoarele); Dat fiind faptul că nocivitatea socială intolerabilă constituie conținutul material al acesteia, este doar necesar să se adauge periculozitatea prelungită a autorului pentru a duce la adoptarea măsurilor de protecție sau corecție din partea Statului. Și, dat fiind faptul că în general, forma și felul de prezentare a neresponsabilității constituie des un indiciu de periculozitate, iată că pentru prima dată, în cadrul neresponsabilității sunt implicate de asemenea evaluări speciale de tip preventiv. În plus, trebuie să menționăm aici deja că atât participarea (§ 26 și 27), precum și acoperirea (§ 257) au legătură cu neresponsabilitatea pentru fapta principală, și că de asemenea, eroarea interzicerii (§ 17) face referire la neresponsabilitate: Așa cum periculozitatea adăugată la neresponsabilitate impune aplicarea de măsuri, la fel și elementele adăugate la cooperarea în cazul de neresponsabilitate sau însăși comiterea neresponsabilității, și anume vina și necesitatea preventivă de pedeapsă, constituie bazele responsabilității subiectului individual, care duce la existența pedepsei.

În al treilea rând și în cele din urmă, Dreptul penal, recunoscând la evaluarea neresponsabilității, unele cauze de justificare a oricărui caracter tip și provenite din toate sferele codului de legi, ia în considerare interesele altor clase ale Dreptului și asigură astfel unitatea și lipsa de contradicții din ordinea juridică. În cauzele de justificare, Dreptul penal protejează interese individuale cu impact comunitar (§ 32 și 34), scopuri de politică familială (cum ar fi în dreptul de educație și corecție ce revine părinților), necesitățile procesului penal (dreptul de arestare și alte numeroase drepturi de intervenție), măsuri de Drept pentru execuția silită (executori judecătorești) și alte numeroase implicări de Drept public.

62 Este adevărat că majoritatea cauzelor de justificare nu sunt reglementate în Dreptul Penal și că acest efect justificativ nu este folosit doar în Dreptul penal (ci, de asemenea, de exemplu, pentru acțiuni nepedepsite, dar care din punct de vedere civil sunt interzise, cum ar fi și depozitățile sau implicările din dreptul general referitor la personalitate). De aici, s-ar putea deduce că scopurile politico-penale sunt nerelevante pentru dogmatica și

caracterul sistematic al cauzelor de justificare. Dar, aceasta ar fi o deducere prematură. Pentru că, pe de o parte, și în sfera caracterului tip, protecția, în cazul necesar al intereselor individuale și colective relevante din punct de vedere social, este o sarcină ce corespunde Dreptului penal; și tot ceea ce se obține luând în considerare cauzele de justificare, este continuarea neresponsabilității. Și, pe de altă parte, nu se poate nega ca acele cauze de justificare să dobândească o mai mare importanță în cazul implicărilor în bunuri juridice protejate din punct de vedere penal, drept pentru care acum se pătrunde într-o sferă de tensiune, tendințe care în parte sunt foarte explozive și opuse, rezultând determinante pentru interpretare. Astfel, de exemplu, drepturile de intervenție procesuale și altele din Dreptul public urmăresc asigurarea îndeplinirii funcțiilor esențiale ale Statului; și garantarea acestora prin intermediul unei interpretări conforme cu acest scop, care să-l protejeze pe funcționar în desfășurarea funcției sale și să împiedice opunerea, constituie, în mod cert, un scop politico-penal legitim. Dar, pe de altă parte, nu este mai puțin importantă protejarea libertății individuale de excesele statului și implicările disproporționate și constituie o sarcină interpretativă de același rang. Fără discuție, obținerea acestui bilanț normativ nu aparține doar de Dreptul penal, ci este determinată și de date preliminare din Dreptul constituțional și administrativ. De aceea, nu se opune luării în considerare a scopurilor politico-penale ca și criteriu al dogmaticii⁵⁵, și doar verifică faptul ca diferitele sfere ale Dreptului nu sunt separate unele de altele, ci se completează și sprijină reciproc.

63 O sistematizare a cauzelor de justificare este posibilă doar în măsura în care acestea se pot explica prin combinarea de diverse principii de ordine socială (principiul ponderării bunurilor, principiul protecției, principiul întâietății Dreptului, principiul de autonomie etc.) (pentru mai multe detalii, conform § 14, nm. 37 și următoarele, și cu privire la norma centrală de implicare pe care o presupune starea de necesitate care o justifică, § 16, nr. 3 și următoarele). Aceste principii, în funcție de concepții politico-penale de bază, diferite pentru fiecare caz, decid cu privire la utilitatea sau caracterul nociv social și astfel, cu privire la ceea ce este drept sau nedrept în cazul unei implicări tipice. De asemenea, modifică principiul *nullum crimen sine lege*, atâta timp cât aici nu este necesară relaționarea acestuia cu modul de redactare, dar da, cu scopurile pe care se bazează principiile de decider. Această modificare se explică prin faptul că, acele cauze de justificare aparțin

⁵⁵ a. Astfel, deci, se pare că este vorba despre critica amplă a lui Runte, 1991, 311 și următoarele.

tuturor sferelor Dreptului și de aceea, nu se supun unor criterii de exactitate atât de stricte cum ar fi regulile exclusiv juridico-penale (pentru mai multe detalii, § 5, nr. 42).

d) Responsabilitatea

64 Categoria penală a ”responsabilității” (despre aceasta, a se vedea *ut supra* nr. 26), tratează despre a ști dacă subiectul individual merită o pedeapsă pentru fapta afectată de neresponsabilitate, pe care a comis-o. Presupunerea cea mai importantă a responsabilității este, după cum se știe, vinovăția subiectului (despre principiul de vinovăție și fundamentarea acestuia, chiar și cea constituțională, după cum rezultă din documente, conform § 3 nr. 46 de mai sus; a se vedea în mod detaliat articolul § 19, nr. 16 și următoarele, *infra*). Astfel, în cazul așa numitei stări de necesitate de a se scuza (§ 35), autorul nu doar acționează în mod anti-juridic, ci și de asemenea **poate acționa** altfel și se comportă în mod vinovat atunci, așa cum rezultă deja din faptul că în cazurile [de mare exigibilitate] din § 35 I 2, trebuie să suporte pericolul și este pedepsit dacă nu o face. În cazul în care nu se dă un astfel de caz excepțional, pedepsirea nu se bazează deci pe lipsa vinovăției, ci se datorează faptului că în respectivele situații extreme, legiuitorul nu consideră că există o necesitate de aplicare a unei pedepse și nici a uneia de tip preventiv sau general, drept pentru care acest motiv este exclus din responsabilitatea penală (pentru mai multe detalii, a se vedea *infra* § 22, nr. 4 și următoarele). La fel se întâmplă și în cazul excesului în legitimă apărare (§ 33) și în alte situații ce încă mai rămân de discutat.

65 Astfel, responsabilitatea apare deci în sfera stabilirii modului de pedepsire, ca și exercitarea dogmatică a teoriei politico-penale a scopurilor pedepsei (*supra* nr. 26) și, ca și normă generală, drept prescrierea adresată judecătorului pentru ca acesta să stabilească o pedeapsă⁵⁶. În această categorie, conceptul fundamental politico-penal nu se aplică la **faptă** (în sensul necesității sale abstracte de pedeapsă sau de o interdicție concretă), ci **infractorului**, în cazul în care acesta se întreabă despre necesitatea individuală a pedepsei.

e) Alte supoziții privind pedepsirea

66 În cele din urmă, supozițiile rămase privind pedepsirea, care au rol doar în câteva precepte penale, conțin o decizie privind necesitatea de

⁵⁶ Rödiger, Lange - FS, 1976, 57, vorbește aici despre ”o normă adresată organului statal competent pentru stabilirea pedepsei, și cu privire la clasa și supozițiile unei intervenții penale față de autor”.

pedepsire din puncte de vedere din afara teoriei privind scopurile pedepsei și care, din considerații străine Dreptului penal (de exemplu, politici sau de Drept public), în mod special se interpun cu obiectivele penale respective (a se vedea, pentru mai multe detalii, § 23, nr. 21 și următoarele). Prin urmare, sunt teme străine în cadrul Dreptului penal și își revendică, spre deosebire de cauzele de justificare (nr. 61-63), alte interese care astfel solicită chiar prioritate în fața scopurilor reale juridico-penale.

67 Pentru a ilustra acest fapt cu exemplele indicate *supra* (nr. 8): un subiect care acționează în mod responsabil, atacă sau denigrează reprezentanți sau simboluri străine, merită să primească o pedeapsă. Circumstanța conform căreia § 104, pe lângă faptul că face să depindă aplicarea pedepsei, să fie asigurată reciprocitatea, rezultă din motive doar de politică externă, mai concret din dorința de a fi protejate, în mod similar, interesele germane în străinătate. Și dacă injuriile în parlament rămân nepedepsite, acest lucru nu se poate explica din puncte de vedere juridico-penal, ci doar prin faptul că se pretinde ca munca de parlamentar și libera exprimare în cadrul colectivelor legislative, să nu fie împiedicate de procese multiple pentru injurii sau de teama de acestea. Prin urmare, în spatele acestei cauze de excludere de la aplicarea pedepsei este un scop juridico-politic.

2. Dogmatica juridico-penală și politica penală

Prin urmare, dacă evaluările politico-penale constituie baza sistemului de Drept penal și interpretarea categoriilor acestuia, atunci, în mod necesar se ridică problema relației dintre dogmatica juridico-penală și politica penală⁵⁷. În general, disciplinele respective sunt prezentate mai degrabă printr-o relație reciprocă antagonică. Aforismul categoric al lui Liszt: ”Dreptul penal este bariera de nedepășit a politicii penale”⁵⁸ continuă până în prezent. Însă, această frază cunoscută apare și la von Liszt, ca și răspuns la întrebarea dacă ”noua construcție îndrăzneată a politicii penale”, introdusă de școala sociologică a Dreptului penal, nu ar trebui să ducă la dărâmare „acestei clădiri disprețuite de concepte alambicate, pe care le denumim Drept penal” și să fie înlocuită cu o singură frază: ”orice ființă umană, care constituie un pericol pentru comunitate, trebuie să fie făcută să devină inofensivă, în

⁵⁷ În mod detaliat în acest sens și cu care coincide sub mai multe aspecte (nu sub toate!) W. Hassemer, 1974.

⁵⁸ A se vedea Liszt (1893), în: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. 2, 1905 (retipărit 1970), 80. Mai multe detalii în acest sens, în înscrisul meu ”Kriminalpolitik und Strafrechtssystem”, 1970, ²1973 [= *Politica penală și sistemul DP*, traducere și introducere realizată de către Muñoz Conde, 1972; N. del T.].

interesul colectivității, atâta timp cât este necesar”. Și atunci, Liszt, din motive proprii ale Statului de Drept liberal, pune în opoziție față de acest concept, ideea corespunzătoare Dreptului penal, ca și ”Carta magna a infractorului” (conform § 5, nr. 3) și ca apărător al cetățeanului în fața ”Leviatanului Statului”. Ceea ce este corect în această idee, cu toată certitudinea, este că tensiunea dintre lupta preventivă împotriva infracțiunii și garantarea liberală a libertății, constituie o problemă care acum nu are o mai puțină importanță decât cea pe care o avea în vremea lui Liszt (conform § 3, indicat în detaliu). Dar, s-a depășit ipoteza conform căreia în această tensiune, se exprimă compromisul dintre politica penală și Dreptul penal; astfel, principiul ”*nullum crimen sine lege*” este un postulat politico-penal nu mai puțin important decât obligația de a lupta împotriva infracțiunii, cu succes; și, nu este doar un element cu caracter preventiv general (nr. 55; § 3, nr. 21 și următoarele; § 5, nr. 55 și următoarele), ci, însăși limitarea juridică a *ius puniendi* constituie de asemenea un obiectiv important al politicii penale a unui Stat de Drept⁵⁹. Prin urmare, din elaborarea sistematică a exigențelor Statului de Drept nu se poate extrage nici un argument în favoarea compromisului dintre Dreptul penal și politica penală sau împotriva sistematizării, conform punctelor de vedere după care se conduce politica penală.

69 Cu toate acestea, se poate ajunge de asemenea la teoria conform căreia gândirea dogmatică penală și cea politico-penală sunt strict separate dacă se ia în considerare – ceea ce este corect ca și punct de plecare, conform nr. 1) - configurarea dorită a Dreptului (Dreptul cum ar trebui să fie), ca și obiect al politicii penale. Astfel, dogmatica și gândirea sistematică vor constitui forme ale hermeneuticii, sau, ale interpretării inteligibile a unui text dat anterior, în timp ce politica penală se va ocupa de dezvoltarea și impunerea de noi concepții privind scopurile juridico-penale⁶⁰. Dar, astfel se exagerează diferența (care evident, există) dintre dogmatică și politica penală. În realitate, aplicarea Dreptului este, cum deja știm (§ 5, nr. 27-32), mai mult decât aplicarea, subsumată procedurii de concluzionare logică, a unei legi ale cărei detalii sunt deja stabilite; mai degrabă este vorba despre concretizarea cadrului de reglementare legală, iar la elaborarea creativă (și anume,

⁵⁹ În schimb, poziția veche a lui Liszt continuă să fie repetată astăzi de către Stratenwerth (într-o recenzie a înscrisului meu ”Kriminalpolitik und Strafrechtssystem” [1970] în: MSchrKrim 1972, 196: a se vedea în acest sens, critica mea în ediția a doua [1973], 45 s. Exact la fel cu cea de aici, în schimb, recenzia lui Heintz, ZStW 8, (1971), 756 și următoarele (759).

⁶⁰ În acest sens, conform lui Zipf, ZStW 89 (1977), 707 și următoarele (708), în recenzia acestuia din ediția a doua a lucrării mele, citată la nr. 58.

dezvoltare și sistematizare) a scopurilor legislative, aceasta este politica penală camuflată în mantaua dogmaticii. Prin urmare, misiunea de interpretare a dogmaticii necesită deja o sistematizare, în ceea ce privesc aspectele teleologice-politico-penale. Ca și consecință, Dreptul așa cum este el, și Dreptul cum ar trebui să fie, nu sunt aspecte contradictorii, în măsura în care, ceea ce trebuie să se elaboreze în mod interpretativ ca și Drept în vigoare, presupune rezultatul reflectării ulterioare asupra concepțiilor și scopurilor legiuitorului. Dogmaticul (fie acesta om de știință sau judecător) trebuie prin urmare să argumenteze din punct de vedere politico-penal, ca și legiuitorul; într-un anumit mod, trebuie să termine de schițat, în toate detaliile, imaginea sau modelul de Drept în vigoare, pe care doar legiuitorul îl poate schița în linii mari⁶¹.

70 Însă, acest lucru nu înseamnă că politica penală dogmatică și cea legislativă au aceleași competențe; această ipoteză ar face ca judecătorul să fie echivalent cu legiuitorul și ar încălca principiile de împărțire a puterilor și de legalitate. De cealaltă parte, dogmatica (incluzând sistematica teoriei generale a infracțiunii) trebuie să exercite politica penală în cadrul legii, adică în cadrul limitelor interpretării acesteia. De aceea, se lovește de interpretarea Dreptului în vigoare, cu cele două bariere pe care le cunoaștem deja (§ 5, nr. 27-32): nu poate înlocui concepțiile și scopurile legiuitorului, cu cele ale sale, și de asemenea, acolo unde în Partea generală, limita se conduce în mod literal după principiul de legalitate, nu poate să încerce să impună scopul legii, împotriva unei redactări opuse acesteia. Ambele lucruri impun o explicație scurtă.

71 Din relația dintre dogmatică și scopurile politico-penale ale legiuitorului, rezultă, de exemplu, că în dezvoltarea principiilor de conducere care decid cu privire la utilitate sau nocivitate socială și astfel, cu privire la ilegalitatea unui comportament (conform nr. 60) în cadrul conflictelor de interese, cele care au caracter decisiv sunt principiile ce se deduc din ordinea judiciară, și nu concepțiile personale de evaluare ale interpretului. Și la fel se întâmplă și în cazul categoriei de responsabilitate, dacă este interpretată și sistematizată conform punctelor de vedere politico-penale ale teoriei privind scopurile pedepsei (conform nr. 64), care nu depinde de părerile omului de știință sau ale judecătorului, cu privire la scopurile pedepsei, ci este necesar să se considere drept bază, obiectivele ce se pot extrage din cauzele de achitare

⁶¹ Pentru mai multe detalii privind relația dintre dogmatică și legislație în Dreptul penal, Maiwald 1989, 120, care subliniază ”că nu există o limită exactă între politica penală, Dreptul constituțional și dogmatica Dreptului penal”.

descrie în mod expres în lege și din aspectele juridico – constituționale ce sunt comunicate după caz.

72 Dar, pe de altă parte, această legătură permite de asemenea dogmaticii, să își argumenteze libertatea de elaborare a noi perspective, din punct de vedere politico-penal; astfel, chiar în Partea generală, legiuitorul a reglementat multe aspecte doar în câteva linii mari, în timp ce pe altele nu le-a reglementat deloc (conform § 5, nr. 46-48, 76), drept pentru care, în acest sens, transformarea principiilor după care se conduce Dreptul penal, a fost lăsată în Dreptul aplicabil, în totalitate, în mâinile dogmaticii. În plus, chiar și principiile după care legislatorul se conduce în mod frecvent, sunt ceva ce acesta, deși nu este o persoană individuală, nu a ajuns să conștientizeze, ci doar se pot obține din interpretarea a mai multe precepte concrete și care trebuie să fie expuse în lumina cunoașterii. În același fel în care, uneori, interpretul poate înțelege mai bine un text literar decât însuși autorul, de asemenea, omul de știință sau judecătorul poate instrui legiuitorul cu privire la principiile care se desprind din normele acestuia, dar pe care cel din urmă nu le-a avut în vedere în mod clar. Astfel, de exemplu, dezvoltarea stării de necesitate supra-legală (nr. 35) a fost un produs al dogmaticii creatoare care, deși se păstra în cadrul legii, a făcut posibilă soluționarea de conflicte sociale pe care legiuitorul nu și le imaginase.

73 Limitele permise din punct de vedere dogmatic sunt depășite atunci când se alege o soluție din motive politico-penale – indiferent de cât de laudabile ar fi – pentru a eluda scopul legislativ considerat eronat. Un cunoscut exemplu în acest sens este rigiditatea pedepsei de privare de libertate pe viață cu care este pedepsit asasinatul (§ 211), pe care instanțele consideră (în mod drept!) că în anumite cazuri este prea dură și eronată din punct de vedere politico-penal. Și, de aceea, legea a fost uneori interpretată (§§ 25 – 27), încadrând doar ca și complicitate, deși asasinatul fusese comis chiar de persoana respectivă, dar pentru a putea aplica astfel un cadru penal mai favorabil (§ 27 II)⁶². Fără îndoială, acest lucru duce la un rezultat de dorit, dar care este incorect din punct de vedere dogmatic, având în vedere faptul că cel "care comite ... el însuși" fapta, este autorul, nu doar conform redactării de la § 25 I, ci și în funcție de sensul autorului ca și caracter specific (conform nr. 45). Transformarea ilegală într-o complicitate presupune, în final, o corectare a deciziei (incorecte) cu privire la cadrul penal adoptat în cap. § 211 de către

⁶² În acest sens, conform cu Roxin *Tatherrschaft*, ⁵1989, 562 și următoarele, 615 și următoarele.

legiuitor, corecție ce îi este interzisă judecătorului. Într-un astfel de caz, dogmaticii îi rămâne doar recursul de a prezenta apel împotriva legiuitorului. Iar soluția adoptată apoi de către BGHSt 30, 105 și următoarele, de a recurge la cadrul penal atenuat din cap. § 49 I 1, dată fiind lipsa de proporționalitate a pedepsei de închisoare pe viață, care depășește măsura vinovăției, este expusă de asemenea la limitări similare; astfel, chiar și în cazul ipotetic în care pedeapsa de închisoare pe viață ar fi neconstituțională, judecătorul nu poate uzurpa locul legiuitorului, stabilind în mod autonom noi cadre penale. Soluția corectă ar fi constat în interpretarea caracterului tip de la capitolul § 211 în mod restrictiv și într-un mod adecvat principiului de vinovăție.

74 Ceva similar se întâmplă și în cazul celei de-a doua legături la care este supusă o dogmatică sistematică orientată în mod politico-penal: limita modului de redactate, care în sfera sa de valabilitate (despre acesta, în cap. § 5, nr. 40 și următoarele) nu se poate depăși atunci când acesta se opune îndeplinirii obiectivelor legale. Astfel se evidențiază în cazul - folosit deja de mai multe ori drept exemplu (§ 5, nr. 41 și *supra* nr. 41-43) – din presupunerea greșită a intenției autorului. Teleologic, într-un caz așa ar fi să nu se aplice achitarea, ci să fie pedepsit pentru participare (a se vedea nr. 43); dar, modul de redactare al legii, care acum implică fără echivoc intenția autorului, interzice acest lucru (a se vedea cap. §5, nr. 41). Oricum ar fi, dogmatica are aici sarcina de a arăta faptul că o altă soluție diferită ar fi cea corectă, conform concepțiilor și scopurilor legiuitorului; dar, nu se poate considera ca și Drept în vigoare, ceea ce prin această dogmatică se consideră a fi corect.

3. Categoriile infracțiunii ca și aspecte de urmărire penală

75 Sistematizarea teoriei infracțiunii așa cum s-a prezentat nu înseamnă o renunțare la categoriile infracționale tradiționale, ci doar o structurare diferită a acestora (deși, dacă vina este înțeleasă drept "responsabilitate", rezultă de asemenea consecințe terminologice ale amplitudinii aspectului evaluării la toată teoria privind scopurile pedepsei). De aceea, afirmația lui Welzel⁶³ este în principiu fiabilă: "La împărțirea infracțiunii în cele trei elemente tip, ilegalitate și vinovăție, este unde eu observ progresul dogmatic cel mai important al ultimelor două – trei generații". Un sistem teleologic-politico-penal nu este mai mult decât o dezvoltarea ulterioară a sintezei neoclasice – finaliste și nu iese din sfera contextului tradiției istorice dogmatice.

⁶³ Welzel, JuS 1966, 421.

76 Cu toate acestea, o diferență metodologică esențială în fața altor proiecte (în care, ca și regulă generală, acest aspect este puțin clar, minim spus) constă⁶⁴ în faptul că un sistem politico-penal nu duce la ”o împărțire” a comportamentului infracțional într-o multitudine de ”elemente” care trebuie să fie ”localizate pe o anumită ”scară” a structurii infracțiunii. Spre deosebire de acest lucru, din punctul de vedere susținut aici, acțiunea infracțională este întotdeauna o unitate inseparabilă, iar semnificația categoriilor infracțiunii nu constă în descompunerea și ruperea întregului, în scop psiho-fizico-social, care doar apoi ar trebui să se regrupeze ca și ”clădirea infracțiunii” pornind de la componentele sale parțiale.

Prin intermediul categoriilor infracționale, ceea ce se exprimă este doar faptul că în fiecare caz și conform unor aspecte diverse de evaluare, există diverse ”momente” ale evenimentului care dobândesc importanță din punct de vedere juridico-penal.

77 Astfel, de exemplu, cazul stării de necesitate de la cap. § 35 este relevant în principal în sensul responsabilității (excluse) și de aceea, este analizat, ca și normă generală, în cadrul acelei categorii. Cu toate acestea, garantarea unui bun juridic (chiar dacă nu ar fi de o valoare mai mare), care, în ciuda a tot, este prezent în acționarea stării de necesitate, și vătămarea socială mai redusă a comportamentului respectiv, pe cale de consecință, face ca, din punct de vedere al evaluării ilegalității, să se accepte împreună cu existența unei cauze de atenuare a neresponsabilității, fapt ce poate avea de asemenea importanță pentru alte contexte juridice - a se vedea aspectele pentru urmărirea penală în cazul participării. De aceea, așa cum se întâmplă în mod frecvent atunci când se lucrează cu un sistem structurat nu pe puncte de vedere de evaluare, ci după ”elemente” materiale, ar fi total greșit să se pretindă că din localizarea stării de necesitate care oferă disculpare în categoria de responsabilitate, rezultă că aceasta nu poate fi luată în considerare anterior – adică, în situația de neresponsabilitate -; dimpotrivă, această stare de necesitate este de asemenea relevantă, deși pentru un alt model, în scopurile neresponsabilității. De asemenea, problema mult discutată referitoare la dacă intenția ”aparține” de neresponsabilitate sau de vină (conform nr. 12, 14, 15, 21, 37-39), constituie, pentru sistemul politico-penal,

⁶⁴ Pentru mai multe detalii, consultați articolul meu privind ”ideea juridică și materia juridică”: ”Rechtsidee und Rechtsstoff”, Radbruch-GS, 1968, 260 și următoarele. Schild coincide în totalitate în monografia acestuia, apropiată de conceptul definit aici: Die ”Merkmale” der Straftat und ihres Begriffs, 1979.

o alternativă propusă în mod greșit, dat fiind faptul că intenția poate fi semnificativă din ambele puncte de vedere, în contexte juridice diverse.

78 De asemenea, punctul de pornire teleologico-politico-penal împiedică faptul ca din repartizarea elementelor ”materiale” concrete la anumite categorii infracționale să se extragă concluzii contrare evaluărilor politico-penale decisive. Astfel, spre exemplu, din perspectiva conceptului respectiv, este inadmisibil să se dezvolte delimitarea dintre asumarea răspunderii ca și autor, și participare, pornind de la diviziunea materială dintre componentele obiective și subiective ale unei infracțiuni (conform nr. 40) sau să se fundamenteze soluționarea problemelor de eroare prin intermediul poziției sistematice a intenției (conform nr. 37-39). Dimpotrivă, încă de la început este posibil doar să se soluționeze acele probleme recurgând la evaluări orientative politico-penale care au pătruns în categoriile infracțiunii. În schimb, este perfect admisibil ca din acele principii de evaluare, pentru care se poate demonstra faptul că se bazează reglementările legale concrete, să se deducă noi soluții în sensul perfecționării Dreptului. Un bun exemplu în acest sens este dezvoltarea stării de necesitate supra-legale, care s-a realizat într-un proces de acest gen (nr. 35).

4. Teoria teleologico-politico-penală a infracțiunii și metoda de elaborare sistematică și conceptuală

79 Din cele prezentate, reiese faptul că pericolele care amenință gândirea sistematică, de a neglija justiția în situația concretă, de a reduce posibilitățile de soluționare a problemei și că deducerea sistematică și conexiunea axiologică merg fiecare pe drumul ei, le exclude deja de la apariția concepției apărută aici, în măsura în care acest lucru este posibil în cadrul principiilor politico-penale oferite de legiuitor (conform nr. 51). Dar, de asemenea, se pot evita dificultățile care apar din conceptualitatea abstractă în mod excesiv, a încercărilor anterioare de sistematizare (nr. 44-46), dacă se urmează calea de sistematizare propusă aici.

80 Oricum, încă de la început trebuie să fie clar că un sistem deductiv închis și provenit din câteva supraconcepțe axiomatice, cum ar fi cel elaborat de teoria științifică modernă, considerat ideal pentru matematică și logică, în sfera științei Dreptului, nu a fost niciodată încercat în mod sigur și nici nu ar putea fi practicat⁶⁵. În acest sens, unele critici ale gândirii sistematice care

⁶⁵ În acest sens, conform lui Engirsch, 1957, 173 și următoarele; Canaris, 1969, 25 s.; Schünemann, 1984, 6 și următoarele. [= Sistemul modern al DP, 1991, 34 și următoarele; N de T.]. Hruschka, JZ 1985, 1 și următoarele, este de părere că doctrina juridico-penală nu

apar în știința Dreptului (în special din partea susținătorilor topicii) au fost adresate împotriva unei proceduri care, încă de la început, nici nu se presupune aici. Dar, oricum ar fi, a se vedea Liszt, unul dintre părinții sistemului ”clasic” până la ultimele opere pe care, propunea pentru știința Dreptului penal, problema sarcinii⁶⁶ de: ”... a concepe infracțiunea și pedeapsa drept generaliză conceptuale, într-o considerație pur tehnico-juridică; și dezvoltarea preceptelor concrete ale legii, incluzându-se până la ultimele concepte de bază și principii, pentru a forma un sistem închis”, Pe de altă parte, Radbruch⁶⁷ vorbește în acest sens de o sistematică privind clasificarea, care ”să provină de la conceptele generice, adăugând elemente de diferențieri, până la concepte – specifice și concepte - specifice din ce în ce mai stricte”; în acest sens, acțiunea funcționează drept un concept – generic (*genus proximum*), cu care au legătură caracterul tip, ilegalitatea și vinovăția, ca și concepte – specifice pentru diferențiere (*differentia specifica*).

81 Acest sistem de concepte definite în mod ferm și legate logic, în realitate, pot ușor să facă, dată fiind calea de încadrare și deducere aparent impusă, să nu se ajungă la rezultatul corect din punct de vedere politico-penal și să se ajungă la pericolele ce s-au menționat mai sus (nr. 36-46), relaționate în mod special cu gândirea sistematică. În schimb, o concepție care sistematizează după aspectele evaluării, acționează în mod preponderent doar asupra caracterelor tip din Partea specială, folosind concepte care să fie definite așa încât conținutul acestora să poată fi delimitat în mod exact prin indicarea detaliată a elementelor care întotdeauna sunt indispensabile. Dar, dacă spre exemplu, neresponsabilitatea este sistematizată din punctul de vedere al vătămării sau caracterului nociv social, iar vinovăția se sistematizează din perspectiva responsabilității orientată către scopurile pedepsei, atunci nu este vorba despre definiții conceptuale, în care să se poată subsuma, ci de aspecte orientative, de criterii axiologice, care trebuie să fie dezvoltate în mod clar în domeniul juridic. Această procedură impune pătrunderea în supozițiile de fapt ale vieții, și elaborarea cu cea mai mare exactitate, a modului în care scopurile juridice, în lumina multitudinii de date

dispune ”de o teorie bine orientată, structurată și care să cuprindă un mediu obiectiv”; în acest scop, consideră „drept barem, geometria și fizica teoretică” (p. 2). Dar, baremul respectiv nu poate fi cel al științei Dreptului!

⁶⁶ A se vedea Liszt, *StrafR*, ^{21/22} 1919, 1 s. [= *Tratat I*, ed. Spaniolă, 2, 1926,6; N de T.]; în ceea ce privește teoria infracțiunii, este fundamentală lucrarea acestuia, ”*Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche*”, *ZStW* 6 (1886), 663 (= *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. I, 1905 [retipărită în 1970], 212 și următoarele.

⁶⁷ Radbruch, *Frank-FS*, t. I, 1930, 158.

reale, pot să ducă la maturizarea rezultatelor și așa foarte valoroase și adaptate circumstanțelor respective. Prin urmare, sistemul respectiv este în mare măsură orientat către consecințe⁶⁸. Și, pentru acesta, lăsând aparte categoriile superioare ale infracțiunii, încadrarea după principii și folosirea de ”concepte concret - generale”⁶⁹, al căror conținut doar apare⁷⁰ din rezultatele schimbătoare ale interpretării scopului general și materia juridică specială respectivă, este mai adecvată decât procedura de deducere conceptuală extinsă.

82 O astfel de metodă este mult mai apropiată de viața reală, mai adecvată cazului și mai flexibilă decât un sistem orientat în mod fix spre definiție. De asemenea, un avantaj esențial în fața sistemului ”închis” afirmat de von Liszt, se bazează pe faptul că punctul de pornire teleologic este deschis către noi situații de fapt din viață. De aceea, în cadrul acestuia nu se poate întâmpla ca o situație a unui fapt de viață, care până în prezent, nu a fost luată în considerare, să nu se încadreze în sistem și să nu poată fi soluționată din punct de vedere juridic, ci chiar o nouă manifestare reală, sub aspectul axiologic decisiv din perspectivă juridică, s-ar putea conduce spre o soluție perfect adaptată. Prin urmare, ne aflăm aici în fața unui sistem ”deschis”, care evită atât unilateralitățile sistemului conceptual de tip vechi, cum ar fi cele ale topicii izolată de sistem, și constituie o sinteză a avantajelor ambelor⁷¹.

83 ”Rezistența lucrului” (*supra* nr. 46), care în general trece neobservat un sistem de definiții abstracte, este, prin urmare, pentru o concepție teleologică-politico-penală, un ghid către o rezolvare corectă.

⁶⁸ În schimb, Luhmann, 1974, 38, este de părere că există ”puține speranțe ca la orientarea spre consecințe, să se poată obține o funcție constitutivă pentru formarea conceptelor și teoriei în dogmatica juridică”. Cu toate acestea, apără în mod restrictiv pentru Dreptul penal, conceptul conform căruia ”posibilitatea de a se orienta ... în procesele juridice de decizie ... către repercusiunile posibile ale acesteia sau acea alternativă de decizie” ar putea avea ”o importanță bine legitimabilă”. Pentru alte aspecte, a se vedea ”tezele lui Luhmann privind dogmatica juridică” Larenz, ⁶1991, 229 și următoarele, care critică, pe bună dreptate, predilecția lui Luhmann pentru gândirea ”clasificatorie - conceptuală” și față de Dreptul civil.

⁶⁹ A se vedea, în acest sens, Roxin, *Tatherrschaft*, ⁵1989, 527 și următoarele (531); în plus, Larenz, ⁶1991, 457 și următoarele.

⁷⁰ Termenul „concret”: din cuvântul de origine latină *concretere* = a apărea, a se naște.

⁷¹ Despre compatibilitatea gândirii sistematice și topică, a se vedea de asemenea Horn, *NJW* 1967, 601 și următoarele (606); pentru mai multe detalii privind necesitatea unui ”sistem deschis”, Schünemann, 1984, 8 și următoarele, [= Sistemul modern al DP, 1991, 37 și următoarele; *N del T.*].

Gustav Radbruch, în ultimii săi ani de viață, a încercat să exprime în mod grafic această descoperire – care contrazicea sistemul său original ideal, învățat de la Liszt – prin aceste cuvinte⁷²: ”Ideea artistică este una dacă este lucrată în marmură, și alta diferită dacă este realizată din bronz ... La fel se întâmplă și în cazul ideilor juridice ... sunt determinate în funcție de esența acestora, pentru și de către materia juridică”. Prin urmare, nu este adevărat că un sistem rațional – final, ca cel apărut aici, să-și dezvolte soluțiile fără a lua în considerare circumstanțele reale^{73(71a)}. Este adevărat că ”o logică reală” sau o ”natură a lucrurilor” nu pot furniza un criteriu de evaluare juridică, dar rezultatul concret nu apare niciodată din puncte de vedere normative orientative ca atare, ci doar din aplicarea particularităților diferitelor supoziții de fapt, drept pentru care, în paragrafele următoare, se vor remarca în mod frecvent soluții diferite, în funcție de grupurile de cazuri⁷⁴⁽⁷²⁾. Toate acestea nu se pot prezenta înainte în mod detaliat, ci aici doar se poate realiza o caracterizare, în ceea ce privește metoda și evaluările decisive, iar celelalte aspecte se vor dezvolta încet încet pe măsură ce se pătrunde în ampla materie juridică. ”Adevărul este totul” (Hegel).

⁷² Radbruch, Laun-FS, 1948, 163.

⁷³ În acest sens, atacurile pe care Küpper, 1990, le îndreaptă asupra unei ”dogmatici juridico-penale normativiste” unilaterale nu afectează punctul de vedere aici menționat. Ceea ce este adevărat este că valabilitatea generală, care depășește granițele Statelor naționale, din perspectivele dogmaticii juridico-penale, se bazează nu atât pe circumstanțe date ontologice sau logico-reale (a se vedea astfel, Hirsch, Spindel – FS, 1992, 43), cât pe consensul cu privire la scopurile politico-penale orientative, elaborat în cadrul schimbului internațional de opinii și în discuția comună cu privire la diversele posibilități de soluționare a problemelor. Faptul că diverse ordini juridice adoptă în cazul lor, decizii axiologice divergente, nu afectează critica acestor soluții, conform stării de cunoaștere dogmatică penală atinsă la nivel internațional.

⁷⁴ În această măsură, se dovedesc a fi în mod efectiv relevante datele și legile empirice; a se vedea lucrarea ”Sozialwissenschaften und Strafrechtsdogmatik” (”științe sociale și dogmatica juridico-penală”) Müller – Dietz, 1971, 105. De asemenea, circumstanța conform căreia nu este rar întâlnit ca legiuitorii diverselor ordini juridice naționale să aleagă soluții dogmatice diferite, poate de asemenea să găsească o justificare în acest sens (dar nu trebuie să fie așa în mod necesar!)

GHIDUL DE BUNE PRACTICI ÎN EXPERTIZA JUDICIARĂ CIVILĂ ÎN UNIUNEA EUROPEANĂ: INSTRUMENT PENTRU ARMONIZAREA PRACTICII ȘI MODEL EUROPEAN AFLAT LA ÎNDEMÂNA CETĂȚENILOR ȘI COMPANIILOR DIN UNIUNEA EUROPEANĂ

GRIGORE VOICU*

Procuror - Parchetul de pe lângă
Înalta Curte de Casație și Justiție

ABSTRACT

The guide contains general principles applicable to all the judicial experts, may they be elected by the Court, by both parties or by one of the parties, with the purpose of informing the judge in connection to the particular technical aspects.

Structured on seven chapters: *Definitions and limits; Conditions in which a person may call to the judicial expertise; Appointment of the expert and The status of the experts*, the guide wants to be a strong and democratic European model, available for all the citizen and companies in the European Union.

Key words: appointed experts, unified European judicial space, judicial experts.

Cooperarea judiciară în materie civilă a fost instituită la nivel comunitar începând cu anul 1999, având ca principal obiectiv asigurarea unei mai strânse conlucrări între statele membre în vederea reducerii la minimum a obstacolelor și diferendelor legate de diversitatea sistemelor juridice.

În materie civilă, cooperarea judiciară vizează stabilirea unei colaborări între autoritățile statelor membre pentru eliminarea eventualelor obstacole dintre diversele sisteme juridice și administrative. Inițial, guvernată doar de convențiile internaționale, cooperarea judiciară în materie civilă a fost inclusă în Tratatul de la Maastricht și, ulterior, în Tratatul de la Amsterdam încheiat în anul 1997 când, este asociată și plasată la nivel comunitar, asociindu-se cu libera circulație a persoanelor.

Concluziile Consiliului European din anul 1999 de la Tampere au reținut că ”*într-un spațiu european de justiție autentic nu ar trebui ca, din*

* e-mail : voicu_grigore@mpublic.ro

cauza incompatibilității sau complexității sistemelor juridice și administrative ale statelor membre, persoanele și întreprinderile să fie împiedicate sau descurajate să-și exercite drepturile". Astfel, statele membre și-au reafirmat angajamentul cu privire la instituirea unui spațiu juridic în care persoanele fizice să se poată adresa instanțelor și autorităților din orice stat membru cu aceeași ușurință ca și în cazul instanțelor și autorităților din propriul stat. Angajamentul menționat anterior a fost reafirmat în anul 2004 (Programul de la Haga), precum și în anul 2009 de către Comisia Europeană (Programul de la Stockholm).

Sub egida Institutului European de Expertiză și Experți (EEEI), munca desfășurată timp mai mulți ani de către judecători, avocați, cadre universitare și experți a fost concretizată în instrumentul "*Ghid european pentru expertiză juridică*" care conține recomandări – cadru ce pot fi adaptate pentru fiecare stat membru și fiecare sistem judiciar în parte, garantând practici de calitate în expertiza judiciară. Ghidul conține recomandări privind cele mai bune practici în ceea ce privește profesia de expert, proceduri, certificare, etică și statut profesional, crearea unei liste europene de experți.

Prin efortul studenților Facultății de Drept din cadrul Universității din Brașov, sub coordonarea domnului conferențiar universitar dr. SILVIU GABRIEL BARBU – judecător detașat în cadrul Ministerului Afacerilor Externe s-a asigurat traducerea în limba română și publicarea pe site-ul www.abcjuridic.ro a Ghidului de bune practici în expertiza judiciară civilă în Uniunea Europeană.

Ghidul conține principiile generale aplicabile tuturor experților juridici, fie că sunt aleși de Curte, de către ambele părți sau de către una din părți, cu scopul de a-l informa pe judecător în legătură cu aspecte tehnice particulare.

Structurat pe șapte capitole: *Definiții și limite; Condițiile în care o persoană poate apela la expertiza judiciară; Numirea expertului; Procedura expertizei; Raportul de expertiză; Remunerația expertului și Statutul experților*, Ghidul se dorește a fi un model european puternic și democratic disponibil tuturor cetățenilor și companiilor din Uniunea Europeană.

Experții numiți și plătiți de părți au obligația să respecte și să urmeze bunele practici definite în Ghid, întrucât sunt obligați prin lege sau prin depunerea unui jurământ (așa cum este prevăzut în Spania sau Regatul Unit), de anumite obligații față de judecător și de curte, care primează față de partea care i-a numit. Atunci când judecătorul nu are posibilitatea de a lua o decizie echilibrată și detaliată (pentru că dovezile disponibile sunt considerate neconcludente sau insuficiente) este necesară opinia expertului în legătură cu

anumite aspecte tehnice sau specifice: financiare, științifice, medicale, artistice, lingvistice etc.

Transparența și eficiența sistemelor justiției într-un spațiu judiciar european unificat și calitatea opiniilor experților ar putea fi îmbunătățite prin crearea de către toate statele membre a unei liste de experți judiciari, accesibilă tuturor cetățenilor precum și prin crearea unei liste de experți europeni, în primul rând pentru litigii transfrontaliere care va permite judecătorilor din statele membre ale Uniunii Europene să găsească cel mai potrivit expert pentru un anumit litigiu. Lista experților ar trebui să fie constituită pe baza unor nomenclatoare armonizate a domeniilor de competență și pe criterii identice.

În finalul Ghidului se regăsește propunerea Codului deontologic al experților judiciari europeni prin care se stabilesc obligațiile tuturor experților judiciari chemați să-și exprime opinia în instanță indiferent de modalitatea de desemnare a acestora: obligațiile expertului judiciar în raport cu instanța de judecată, cu părțile autorităților și alți experți. Codul deontologic face recomandări pentru judecători, pentru legiuitorii statelor membre cât și pentru Uniunea Europeană, având caracter obligatoriu pentru experții care, prin depunerea jurământului în fața instanței sau judecătorului s-ar angaja să respecte acest Cod, aplicabil tuturor experților care ajută judecătorul la soluționarea unui litigiu.

ROLUL PROCURORULUI ÎN JUSTIȚIA DEMOCRATICĂ SAU CINE SUNTEM NOI

DENISA SILIVESTRU

Procuror - Parchetului de pe lângă
Judecătoria Slobozia

ABSTRACT

Coming from a past that made a huge statement for mankind, in order to define humanity by its rights and thus, to ease our path through time, democracy has also burdened us with the most difficult task, and that is interpreting it. In complete awareness, democratic societies did not take this enormous asset for granted but in return, they eased its path through the modern realities and laid the foundations of modern democracy. In doing so, the state has established the three pillars of democracy - the law, the institutions of law and the spirit of democracy. The latter is not to be seen but at the same time is the most visible. This is the burden of eyes, to see beyond them.

Being stated that democracy is the greatest asset of humankind, this study is about the spirit of democracy, and that is rightness. Rightness is given to society by the state under the form of justice and justice has the duty of being perfectly balanced. This study emphasizes that the scales of justice must lean on both sides equally and since justice is represented by magistrates and the magistracy body is rightly and lawfully represented by judges and prosecutors, therefore, there must always be two sides of the scale in order to balance equitably.

Consequently, the prosecutor stands for justice and thus, the prosecutor stands for democracy.

This study is about who we are and what we represent.

Key words: democracy - justice - magistracy - the prosecutor stands for justice

Cu peste 2500 de ani în urmă, în Grecia antică, așadar în **leagănul democrației**, se enunța un principiu care a fost preluat de filosoful **Socrates** în celebrul său citat: „**CUNOAȘTE-TE PE TINE ÎNSUȚI**” (ΓΝΩΘΙ ΣΑΥΤΟΝ).

Dincolo de milenii, a rămas la fel de veridic precum și **ideea statului de drept bazat pe voința societății** – astfel cum a fost adus în ființa publică de reformatorii Dracon, Solon, Clistene – spre **folosul exclusiv al individului** (antropocentric), ca membru al unei societăți dacă nu ideale, ca în **Republica** lui Platon, cel puțin îndreptate către **principii**.

Recent, s-a lansat în acest spațiu public, **în plină democrație**, un zvon deosebit de periculos pentru societate, acela că procurorul nu ar face JUSTIȚIE.

Datoria noastră, a procurorilor, în calitate de *reprezentanți al intereselor generale ale societății, apărători ai ordinii de drept, precum și ai drepturilor și libertăților cetățenilor*, astfel cum ne desemnează Constituția României în *art. 131*, este aceea de a **proteja cetățeanul** de orice element de natură să prejudicieze interesele acestuia. Or, ideea că înaltul acuzator de stat nu face **justiție** este nu numai complet greșit expusă, dar propagată în sferă publică, poate fi catastrofală.

Amintesc pe **Voltaire** care a afirmat, pe bună dreptate, faptul că „*aceia care te determină să crezi absurdități te vor determina să comiți atrocități*”.

Astăzi, democrația este înțeleasă în sensul că oricine își poate exprima părerea despre absolut orice, fără a avea chiar cele mai elementare cunoștințe despre subiectul dezbaterii.

Astfel, admitem faptul că **libertate** înseamnă că și juristul, dar și jurnalistul, precum și zidarul, spre pildă, pot *discuta* despre justiție, dar și despre medicină, de asemenea; cu toții, însă, cu siguranță, nu pot intra în *dezbaterea* unui subiect care nu reprezintă obiect de studiu personal și temeinic; **câtă vreme și medicul și juristul pot greși, în limite omenești, în diagnoza lor, cu atât mai mult vor greși cei fără niciun fel de specializare pe tematica respectivă**. Așadar, precum juristul nu trebuie să emită opinii medicale, este firesc să nu permitem nici medicului emiterea de opinii juridice, spre analogie.

Dacă toate cele de mai sus sunt adevărate, atunci îi revine juristului să definească și să clarifice obiectul său de studiu, dar nu orice fel de studiu, și anume un **studiu aprofundat**, întrucât ne aflăm într-o societate **democratică**, iar studiul unei componente esențiale a unei astfel de societăți nu poate fi decât **principal** și în vederea respectării statului de **drept**. De aceea, **juristul nu poate fi decât un prieten al înțelepciunii**, iar preocuparea sa trebuie să fie de a se eleva în permanență, iar cunoștința sa, urmare a **studiului aprofundat al principiilor**, să fie emisă razant și către societate.

Să arătăm, așadar, originea controversii, apoi **să definim** noțiunile ce ne interesează.

Art. 126 alin. (1) din Constituție (capitolul 6, secțiunea 1), sub denumirea „*instanțele judecătorești*” arată că „*justiția se realizează prin Înalta Curte de Casație și Justiție și prin celelalte instanțe judecătorești stabilite de lege*”.

Aceasta este originea controversii.

În cadrul aceluiași *capitol 6*, se arată că **autoritatea judecătorească** se realizează prin 3 componente: instanțele judecătorești, **Ministerul Public** și respectiv Consiliul Superior al Magistraturii.

La secțiunea 2, art. 131, Constituția stipulează că „în activitatea judiciară, **Ministerul Public reprezintă interesele generale ale societății și apără ordinea de drept, precum și drepturile și libertățile cetățenilor.**”

Despre **Consiliul Superior al Magistraturii**, în *art. 133*, se arată că „**este garantul independenței justiției**”, acesta fiind alcătuit din 19 membri, din care 9 judecători și **5 procurori**, aleși în adunările generale ale **magistraților** și validați de Senatul României. Să precizăm faptul că distribuirea locurilor este influențată de numărul dublu de judecători față de procurori existent în **sistemul judiciar**, dat fiind faptul că judecătorilor le sunt deduse atât cauze civile cât și penale, fiind firesc să fie superiori **numeric**.

Așadar, **procurorii**, potrivit Constituției, participă la realizarea justiției, fiind **magistrați** și parte componentă a **autorității judecătorești**.

Alegând doar argumentul *per a contrario*, dintre alte posibile tipuri de interpretări, **s-a opinat** că procurorul nu ar face **acte de justiție (!)** întrucât justiție ar face **doar** instanțele judecătorești, deși această interpretare nu este prevăzută în mod expres în Constituția României.

Așadar, **actul de urmărire penală, începutul tuturor lucrurilor**, nu este act de justiție ?! Poate cineva să se nască la 30 de ani ? Ori nu este existența parcurgerea tuturor **etapelor** vieții ?

Las juriștii să procedeze la *interpretarea sistematică*, precum și la argumentarea *a fortiori*... Și să **nu confundăm noțiunea de justiție cu aceea de jurisdicție ori etapă procesuală...**

Să ni-l reamintim pe **Platon: APXH 'HMIΣY ΠΑΝΤΟΣ – ÎNCEPUTUL ESTE JUMĂTATEA TUTUROR LUCRURILOR...**

Am prezentat, așadar, originea controverselor și partea procedurală a dreptului, urmând să ne ocupăm de ceea ce există mai presus de orice procedură – și anume **principiile** în vederea cărora au fost edictate atât normele de orice rang și în aplicarea cărora au fost înființate instituțiile statului de drept – adică esența. **Vom vorbi despre esența dreptului.**

România este stat **național (are propria identitate) suveran** (adică *independent în raport de alte state*), **de drept** (în care prevalează dreptatea - prin legile și instituțiile sale) dar și **democratic** (în care, deasupra tuturor, stă **puterea societății**), precum și **social** (în care libertățile și drepturile individuale sunt echilibrate prin raportare la întreg, respectiv la societatea în ansamblu) – *art. 1 din Constituție*.

Fiind consacrate prin Constituție, trăsăturile statului trebuie respectate de toți cetățenii. România este un **stat democratic**, ($\delta\eta\mu\omicron\varsigma$ – *societatea* + $\kappa\rho\alpha\tau\omega$ – *a deține*), așadar, **prin excelență, un stat în care se manifestă domnia societății, care decide atât legile ei, conform principiilor, cât și instituțiile care să o reprezinte potrivit intereselor ei – societatea în ansamblul ei, ca și identitate națională.**

Astfel, în ipoteza în care o prevedere a unui act normativ de orice rang, deci inclusiv a Constituției, nu se raportează la interesul social, **absolut toate actele normative pot fi revizuite, respectiv abrogate, după caz, și înlocuite**, astfel încât să **corespundă interesului comun al societății** – care este **dreptatea**, conform lui Aristotel, în tratatul său *Politica*.

Tot Aristotel spune că **identitatea unei societăți este relativă la ordinea ei de drept (πολιτεία)** – ceea ce, în orașul cetate Atena, presupunea Constituția, celelalte legi, precum și morala societății.

Așadar, supremația este a legii cât timp corespunde dreptății. Iar acest fapt este consacrat prin Constituție. Or, dreptatea este un principiu universal și rezidă tocmai în ceea ce am arătat anterior – interesul comun al societății. Și numai principiile pot sta deasupra oamenilor.

Revenind la controversa privind **emitentul actului de justiție**, va trebui să definim **noțiunea de justiție**. Termenul provine din dreptul roman (*jus*) și are semnificația de **drept / corect / justiție**.

Așadar, **justiția reprezintă dreptate**. De altfel, o altă definiție era de neconceput. **Nu se poate concepe justiția în afara dreptății. Justiția nu poate fi injustă ! – ad absurdum, concluzia ar fi nedemocratică – nu ar fi în interesul societății.**

Limba este părintele, iar nu copilul gândirii, a afirmat dramaturgul Oscar Wilde. Așa cum vorbim, tot astfel gândim. **Cuvântul este esența unei idei** și nu un simplu sunet – terminologic. **La început a fost cuvântul** – pentru a ne învăța să gândim și să cunoaștem – în orice fel de abordare, inclusiv religioasă, așadar, cuvântul este esențial. Deci, să folosim corect cuvintele.

Să înțelegem, mai departe, **conceptul de dreptate**.

După cum a arătat Aristotel în valorosul său tratat de *Politică* (*documentat timp de 10 ani, constituind în același timp prima sursă epistemologică pentru statele democratice – valabilă până în ziua de astăzi*), **oamenii rostesc dreptatea până la o anumită limită, considerând că o rostesc în mod universal; cei ce sunt relativ inegali, cum ar fi în raport cu averea, cred că sunt în mod absolut inegali, în timp ce aceia ce sunt în mod relativ egali, cum ar fi în raport cu libertatea, se consideră în mod absolut**

egali. Aceste disensiuni există și în societățile actuale, nu numai în cele arhaice.

Se pune întrebarea, astfel, din moment ce interesele fiecărui **cetățean** (noțiune documentată și definită, de altfel, pentru prima dată în istoria omenirii, tot de Aristotel, în urmă cu peste 300 de ani înainte de Hristos) sunt individuale, ființa sa fiind individuală, cum poate fi definită în mod universal **dreptatea**?

La nivelul unei țări - social, așadar - dreptatea, înțelegând prin aceasta **ceea ce i se cuvine fiecăruia**, este de fapt **interesul comun**, scopul comun al societății fiind **viața bună a cetățeanului**, conform lui Aristotel – *iar o altă definiție mai adecvată nici nu există – din moment ce conceptul de democrație a fost inventat în Grecia antică, iar principiile statului democratic au rămas neschimbate de atunci și până astăzi.*

Desigur, aceste noțiuni vor fi analizate în detaliu în cadrul unor dezbateri viitoare individuale, iar aici am adus în atenție subiectul ce ne interesează: **în mod neechivoc, procurorul înfăptuiește justiție!**

Pentru că **justiția este transpunerea dreptății la nivelul societății**, prin **normele sale**, prin **instituțiile** desemnate din partea statului să vegheze asupra **binelui public** (*interesul comun*), precum și prin **mentalitatea** din spatele acestor **piloni ai dreptății**.

Normele sunt și trebuie să fie graiul dreptății, iar instituțiile sale trebuie să echilibreze întotdeauna prin cele două talere ale balanței: de o parte judecătorii, iar de cealaltă, cu aceeași greutate, procurorii. Aceasta este justiția democratică.

Să nu uităm că **procurorul este primul diagnostician al justiției – patologicul** ce se pronunță dacă există o boală și decide să trimită cazul mai departe la chirurgie, iar chirurgul decide apoi ce și cum să taie. Atât patologicul, cât și chirurgul sunt medici. Tot astfel procurorul și judecătorul sunt magistrați. Și întrucât **medicii fac medicină**, tot astfel, **magistrații fac justiție**. Nu există magistrați mai importanți și mai puțin importanți – ambele categorii își ocupă rolul în diagnoza stării justiției. Și în aceeași analogie, întrucât lipsa diagnosticului unui patolog și nedirecționarea sau direcționarea tardivă către chirurgie conduc la decesul pacientului, *mutatis mutandis*, **lipsa diagnozei procurorului duce la sucombarea justiției**.

Dacă procurorului, înaltul acuzator de stat, în calitatea sa de **gardian al societății**, i se diminuează rolul și statutul, vom ajunge la negarea dreptății; și negând dreptatea, negăm democrația.

Așadar, înainte să lansăm idei sau să alegem să păstrăm tăcerea, să ne gândim terminologic, apoi la semnificații și nu în ultimul rând, la implicații; părerile pot crea, iar tăcerea poate acredita mentalități – iar o mentalitate greșită este greu de a fi combătută – ca o boală depistată în stadiu terminal.

Să ne cunoaștem pe noi înșine, așadar, iar astfel ne vor cunoaște și ceilalți.

CUM SE PUNE ÎN APLICARE LEGISLAȚIA UNIUNII EUROPENE PRIVIND BIODIVERSITATEA ȘI TRAFICUL DE ANIMALE SĂLBATICE, PLANTE ȘI DERIVATE ALE ACESTORA

GEORGE ION POP *

Procuror - Parchetul de pe lângă
Judecătoria Dej

ABSTRACT

The criminal activity against natural environment is widely during the last decade. The major reasons for that are different. In developing countries we find poverty, lack of education and corruption. In developed countries we have increasing demand for raw materials (wood, timber) and for wildlife products (live animals and birds and parts of them). Therefore, the struggle against this phenomenon should be a priority for states and international organizations.

Key words: wildlife trafficking, illegal logging, CITES, environment, forest, live animals.

Seminarul „*How to enforce EU legislation on biodiversity and wildlife trafficking*” a fost organizat la Madrid între 20-22.04.2016 de către „Academia Europeană de Drept” (ERA), în colaborare cu „Centrul de Studii Juridice” din cadrul Ministerului de Justiție din Spania. Temele principale au fost traficul de animale sălbatice și exploatarea forestieră ilegală, chestiuni care constituie o problemă globală cu impact semnificativ asupra mediului înconjurător, producând în același timp efecte și pe plan economic și social. Participarea la acest seminar mi-a oferit posibilitatea de a-mi face o imagine de ansamblu asupra legislației comunitare în domeniul exploatării forestiere ilegale și al traficului ilicit cu animale și plante sălbatice și derivate ale acestora. Dintre personalitățile care au susținut prelegeri în cadrul seminarului aș dori să le menționez pe Helge Elisabeth Zeitler (Policy Officer, Direcția Generală Mediu, Comisia Europeană), Emily Unwin (Senior Lawyer, Climate and Forests, ClientEarth, Londra), Matthias Keller (Presiding Judge, High Administrative Court, Aachen) sau Nicholas Crampton (former prosecutor, Crown Prosecution Service, Norfolk).

* e-mail: george_pop_ion@yahoo.com

LEGISLAȚIA RELEVANTĂ. În cadrul prelegerilor și dezbaterilor s-a făcut trimitere de către vorbitori și participanți în special la următoarele reglementări:

- Regulamentul Consiliului (EC) nr. 338/1997 din data de 09.12.1996 privind reglementarea comerțului comunitar cu specii de floră și faună protejate, publicat în JOUE din data de 03.03.1997;

- Regulamentul Comisiei (EC) nr. 865/2006 pentru implementarea Regulamentului Consiliului (EC) nr. 338/1997 din data de 09.12.1996, publicat în JOUE din data de 19.06.2006;

- Regulamentul Consiliului și Parlamentului European (EU) nr. 995/2010 din data de 20.10.2010 privind obligarea operatorilor economici care comercializează material lemnos și produse din lemn pe piața comunitară, publicat în JOUE din data de 12.11.2010;

- Regulamentul Comisiei (EU) nr. 607/2010 din data de 06.07.2012 de punere în aplicare a Regulamentului Consiliului și Parlamentului European (EU) nr. 995/2010 din data de 20.10.2010, publicat în JOUE din data de 07.07.2012;

- Regulamentul Consiliului (EC) nr. 2173/2005 din data de 20.12.2005 de stabilire și reglementare a regimului de licențe FLEGT pentru importul de lemn și cherestea pe piața comunitară, publicat în JOUE din data de 30.12.2005;

- Regulamentul Comisiei (EC) nr. 1024/2008 pentru implementarea Regulamentului Consiliului (EC) nr. 2173/2005 din data de 20.12.2005, publicat în JOUE din data de 18.10.2008;

- „Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora” (CITES), semnată la Washington DC la data de 03.03.1973, amendată la Bonn la data de 22.06.1979 și la Gaboronne la data de 31.04.1983.

Aceste reglementări au constituit totodată baza de discuție din cadrul workshop-urilor, în cursul cărora au fost dezbătute și propuse soluții la diferite studii de caz.

IMPACTUL ECONOMIC ȘI SOCIAL AL INFRAȚIUNILOR CONTRA MEDIULUI. Prin „*infrațțiuni contra mediului înconjurător și biodiversității*” înțelegem în principal două tipuri de activitate infracțională – „*wildlife trafficking*” (traficul de viață sălbatică – animale sălbatice, plante și derivate ale acestora) și „*illegal logging*” (exploatarea ilegală a pădurilor – lemn, cherestea și derivate).

Infraționalitatea contra mediului este la nivel mondial o activitate criminală semnificativă, fiind a treia ca importanță din punct de vedere al câștigurilor ilicite după traficul de narcotice și traficul de arme, valoarea

acestor câștiguri situându-se între 8 miliarde și 20 miliarde dolari anual. Pe lângă aceasta, este de notat și impactul devastator pe care îl are asupra mediului înconjurător. Câteva exemple sunt relevante în acest sens. Astfel, populațiile de rinoceri, localizate în state din sudul Africii, au scăzut constant în ultimele decenii, ajungând la circa 20.000 exemplare. Cauza este amploarea vânătorii ilegal al acestora. Dacă în anul 2007 au fost înregistrați 15 rinoceri vânați nelegal, în anul 2014 numărul acestora a crescut exploziv la 1.200 exemplare, specia fiind amenințată cu dispariția. De asemenea, populația de elefanți din vestul Africii a scăzut cu 60% în ultimii 5 ani, de la 110.000 exemplare la 44.000 exemplare. Un alt exemplu sunt tigrii, care la nivel global au scăzut de la 100.000 la nivelul anului 1900 la 3.500 exemplare azi. Explicația principală pentru amploarea pe care a luat-o fenomenul vânătorii ilegal al acestor animale este creșterea cererii de părți ale corpului acestor animale mai ales în zona Asiei de sud și China. Ca un exemplu elocvent, valoarea pe aceste piețe a cornului rinocerului alb este dublul greutateii sale în aur. În general, speciile afectate de aceste fenomene sunt animalele-totem în diferite culturi, precum șerpi, primate mari, corali, pisici, broaște țestoase, șopârle, scoici etc.

Amploarea la nivel mondial și a altor activități infracționale cu impact direct asupra mediului înconjurător este la fel de mare. Astfel, comerțul ilegal cu lemn tropical (foarte valoros), măsurat la nivelul primelor 10 state cele mai mari producătoare la nivel mondial, a ajuns la nivelul anului 2013 la cantitatea de 80 milioane metri cubi. Totodată, activitatea de pescuit ilegal este estimată la valoarea de 11 – 26 miliarde tone anual, reprezentând circa 15% din cantitatea pescuită la nivel mondial.

Cauzele acestor fenomene s-au revelat a fi multiple și, de multe ori, greu de contracarat. Astfel, în statele – sursă, vorbim despre sărăcia omniprezentă în rândul populației, lipsa de educație, slaba autoritate a statului, faptul că lupta împotriva acestui fenomen nu este văzută ca o prioritate, lipsa de resurse ale statului în lupta contra celor care desfășoară astfel de activități. În statele – destinație, vorbim despre cererea în creștere de astfel de produse, lipsa de informare asupra consecințelor acestor activități, controlul insuficient și slaba implicare a autorităților în combaterea acestor fenomene.

Efectele acestor activități criminale sunt concrete și imediate – amenințare directă asupra biodiversității în multe zone ale lumii, factor favorizant al schimbărilor climatice la nivel mondial (mai ales încălzirea globală), dar și amenințare asupra securității alimentare. Este de notat faptul că acest tip de activitate infracțională prosperă mai ales în statele sărace, slabe, măcinate de sărăcie, corupție, crimă organizată și terorism. De exemplu, într-un stat sărac est-african precum Tanzania, turismul în zona

Parcului Național Serengetti procură circa 500 milioane dolari anual, mai mult de jumătate din veniturile din turism ale acestui stat. Dacă fenomenul braconajului de animale mari din această zonă continuă să se dezvolte, aceste venituri se vor reduce foarte mult în următorii ani, cu consecințe dramatice pentru Tanzania.

La nivelul Uniunii Europene, comerțul relativ la ceea ce generic putem numi produse ale vieții sălbatice (animale, pește, lemn, derivate ale acestora) se ridică la circa 100 miliarde dolari anual, reprezentând circa 20% din piața mondială de profil, UE fiind prin urmare un jucător de prim rang în domeniu. Trebuie spus că fenomenul infrafracționalității contra mediului înconjurător se situează clar împotriva principiilor pe care se sprijină acest bloc comunitar – dezvoltare durabilă, supremația legii, pace și stabilitate.

În principal, UE reprezintă un important importator de astfel de produse, valoarea importurilor numai în ceea ce privește animalele sălbatice de pe lista CITES fiind în anul 2013 de 582 milioane euro. Totodată însă, statele UE sunt și rute de tranzit pentru astfel de mărfuri, dar și, într-o oarecare măsură, exportatori pentru astfel de produse.

Statele UE importă din SUA produse medicale naturiste, din statele din nordul și centrul Africii păsări și reptile vii, din China medicamente naturiste (ginseng, aloe, orhidee, alge marine), din statele Americii de Sud și Centrale păsări, reptile vii și derivate (piele și ouă), iar din statele Asiei de Sud reptile vii sau derivate (țestoase, șopârle, cameleoni, șerpi, iguane, geko etc.). Importul ilegal cu astfel de produse a înregistrat o creștere constantă în ultimii ani, ceea ce se observă din cantitățile confiscate de autorități în perioada 2011 – 2014 la frontierele statelor UE – cca. 6.000 reptile vii (șerpi, șopârle, crocodili), 9.600 de derivate ale acestora, dar și 500 păsări vii sau derivate (mai ales păsări de pradă sau papagali).

Ca rută de tranzit, UE este o placă turnantă pentru comerțul ilegal mai ales cu fildeș și coarne de rinocer, din statele Africii centrale sau de sud spre China sau alte state din zona Asiei de sud. Astfel, în perioada 2011 – 2014, la granițele UE au fost confiscate circa 4.500 piese din fildeș și 80 kg fildeș brut.

UE este și un exportator de produse ale vieții sălbatice. Comerțul ilegal cu anumite specii de țipari din Spania spre China (unde este considerat o delicată foarte scumpă) a ajuns la cca. 20 milioane tone în 2014. Această specie de țipar de sticlă este mai valoros în China decât fildeșul.

COMBATAREA FENOMENULUI „WILDLIFE TRAFFICKING”.

Pentru combaterea acestui fenomen au fost luate un mare număr de angajamente la cel mai înalt nivel, în cadrul unor organisme internaționale precum ONU sau G7. Cel mai important în acest sens este CITES

(„Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora”), semnată la Washington DC în anul 1973 și intrată în vigoare în anul 1975. Inițial, au fost 80 state semnatare, la acest moment fiind 182 membri – state și organizații internaționale (inclusiv UE și toate statele UE). Scopul fundamental al acestei convenții este să se asigure că nicio specie de plante/animale nu este amenințată cu dispariția ca efect al exploatării sau comerțului. Sunt vizate pentru a fi protejate cca. 35.000 specii de plante și animale pe cale de dispariție sau amenințate cu dispariția. Particularitatea CITES este că folosește instrumente ale comerțului internațional tip OMC pentru a proteja biodiversitatea în lume. Astfel, comerțul cu plante/animale este permis sau prohibit în diferite grade la nivel global, în funcție de gradul în care respectiva specie este amenințată cu dispariția. În acest sens, acestea sunt clasificate de CITES în trei categorii – Appendix I (cca 900 specii) – specii amenințate cu dispariția, cu rare excepții (scop medical sau științific) comerțul cu acestea fiind strict prohibit; Appendix II (cca 34.000 specii) – specii care nu sunt amenințate cu dispariția, dar comerțul cu acestea trebuie atent monitorizat, pentru a nu ajunge în situația de a fi amenințate; Appendix III (cca 150 specii) – specii asupra cărora o parte a convenției solicită protecția, fiind în pericol, comerțul cu acestea fiind supravegheat. Aceste clasificări sunt permanent actualizate, o specie putând fi trecută dintr-o categorie în alta sau radiată de pe aceste liste, în funcție de evoluțiile înregistrate la momentul respectiv.

Instrumentele CITES sunt: Conferința membrilor, care are loc o dată la 3 ani, procedându-se aici în primul rând la actualizarea anexelor convenției și la adoptarea de rezoluții, obligatorii pentru membri (cu o majoritate de 2/3); Comitetul permanent – organism care aplică deciziile conferințelor și asigură funcționarea efectivă a organizației în intervalul dintre conferințe; Comitetul științific – oferă suport de specialitate membrilor organizației; Secretariatul CITES – prin acesta se derulează comunicarea între membri și activitatea zilnică a organizației.

Obligațiile membrilor CITES sunt în principal următoarele – interzicerea comerțului privind speciile din Appendix I (excepțiile – doar cu documente eliberate de CITES, pentru a fi monitorizate – documente de export din țara de origine și permis de import); autorizarea comerțului cu speciile din Appendix II și III doar în condițiile reglementate de CITES; sancționarea prin legea penală a comerțului ilegal cu astfel de specii de plante/animale; raportarea periodică către Secretariat a modului de implementare a CITES la nivel național/regional.

Care este contribuția UE la CITES? UE a devenit membru al CITES în iulie 2015 (amendamentul Gaboronne), iar separat cele 28 state membre sunt

de asemenea semnatare al convenției. CITES a fost implementată în legislația europeană prin Regulamentul Consiliului nr. 338/97, aplicabil direct în sistemul de drept al tuturor statelor membre. Regulamentul conține 4 anexe (A, B, C și D) similare din punct de vedere al conținutului cu Appendix I, II și III ale CITES. Mai mult, la nivelul Comisiei au fost adoptate Directivele 2009/147/EC și 92/43/EEC, care interzic sau reglementează strict comerțul unui număr de specii de plante/animale strict protejate pe teritoriul Uniunii. La data de 26.02.2016 Comisia a adoptat „*The new Action Plan against Wildlife Trafficking*”, având ca obiective principale luarea de angajamente ferme și clare la nivel european în sensul combaterii fenomenului braconajului și traficului cu specii sălbatice protejate, monitorizarea acțiunilor statelor membre în acest sens și colaborarea mai strânsă, pe plan internațional a UE pentru combaterea acestor fenomene.

Raportat la CITES, conform Regulamentul Consiliului nr. 338/97, fiecare stat membru are o Autoritate de management (care notifică aspectele de punere în aplicare a Regulamentului și la nivelul Secretariatul CITES pe site-ul organizației - www.cites.org), o Autoritate Științifică și organisme de implementare a Regulamentului – Poliția, Ministerul Public, Biroul Național Interpol, autoritățile vamale, serviciile și direcțiile sanitare și sanitar-veterinare.

În practică, la nivelul statelor membre, au fost identificate numeroase probleme în procesul de punere în aplicare a Regulamentul Consiliului nr. 338/97, printre care cele mai des întâlnite sunt – legislația complicată, structurată pe două paliere – la nivel comunitar și la nivel național; reguli stricte în anumite state vs. reguli permissive în alte state; implementarea diferită a legislației comunitare la nivelul statelor membre; reguli diferite la nivelul acestora relativ la regimul sancționator al acestor fenomene (inclusiv la nivelul măsurilor de confiscare specială).

Implementarea Regulamentul Consiliului nr. 338/97 a primit soluții diferite în statele membre. Astfel, în Slovenia aplicarea acestuia este în sarcina unui comitet intersectorial (gubernamental) pentru prevenirea comerțului cu viața sălbatică, în Republica Cehă a Inspectoratului de Mediu la nivel național, în Germania a unui comitet permanent pentru conservarea speciilor și a biodiversității din subordinea „Asociației Federale pentru Conservarea Mediului” (BLANA), iar în Marea Britanie a „National Wildlife Crime Unit – Border Force CITES TEAM”.

COMBATEREA FENOMENULUI „ILLEGAL LOGGING”. Acesta vizează două direcții principale – FLEGT Regulation și EU Timber Regulation (EUTR). FLEGT (Forest Law Enforcement Governance and

Trade) este materializarea EU Action Plan din 2003 a Comisiei Europene în domeniul protecției mediului, vizând exclusiv fenomenul defrișărilor și al comerțului ilegal cu lemn la nivelul UE. Din FLEGT s-au dezvoltat două direcții adiacente – pe de o parte, VPAs (Voluntary Partnership Agreement), inclusiv sistemul de licențe pentru comerțul cu cherestea și, pe de altă parte, EUTR 2010 – un set de pârghii legislative pentru controlul comerțului la nivelul UE cu lemn și cherestea.

Baza legală a FLEGT o constituie 2 acte normative comunitare – Regulamentul Consiliului (EC) nr. 2173/2005 și Regulamentul Comisiei (EC) nr. 1024/2008. Acesta este totodată baza legală pentru VPAs – sistem bilateral de înțelegeri ale UE cu state terțe pentru implementarea și dezvoltarea unui sistem de licențe FLEGT pentru comerțul comunitar cu lemn și derivate ale acestuia. Lista acordurilor VPA este cuprinsă într-o anexă a Regulamentului Consiliului, fiind periodic actualizată. Cu titlu de exemplu, până la acest moment UE a încheiat astfel de acorduri cu state exportatoare de masă lemnoasă din vestul și centrul Africii și Asia de sud-est, precum Camerun, Congo, Ghana, Liberia, Republica Centrafricană sau Indonezia, negociind astfel de acorduri cu state precum Gabon, R.D. Congo, Honduras, Laos, Malaysia, Thailanda, Vietnam, Myanmar, Columbia, Ecuador, Peru etc.

Regulile FLEGT sunt guvernate de câteva principii. În primul rând, sistemul de licențe FLEGT trebuie implementat în fiecare stat membru UE, iar o autoritate competentă la nivel național supraveghează punerea în practică a reglementărilor comunitare privind comerțul cu material lemnos. Art. 4 din Regulamentul Consiliului arată că importurile de material lemnos în UE sunt prohibite din statele terțe în lipsa unei licențe FLEGT, iar sancțiunile trebuie implementate în legislația națională a fiecărui stat, trebuind a avea caracter efectiv, proporțional și descurajant. Licențele FLEGT sunt eliberate pe baza unor declarații ale operatorilor economici de autoritatea națională competentă pe timp limitat (art. 5 din Regulamentul Consiliului). Când există dubii raportat la o cerere de eliberare a unei licențe, autoritatea națională competentă solicită relații suplimentare de la autoritatea competentă din statul exportator pe baza acordului VPA. Din martie 2016 licențele FLEGT sunt emise și în format electronic de autoritățile naționale și arhivate tot în format electronic într-o bază de date unică la nivel comunitar, ceea ce poate conduce în viitor la întărirea modalității de aplicare a sistemului de licențe FLEGT de statele membre.

Cadrul legal al EU Timber Regulation (EUTR) este format din – Regulamentul EU nr. 995/2010; Regulamentul de implementare al Comisiei EU nr. 607/2012 privind autoritățile de implementare la nivelul statelor

membre; Regulamentul de delegare al Comisiei Europene nr. 363/2012 privind regulile procedurale relativ la autoritățile de reglementare.

Principiile fundamentale ale EUTR sunt: lemnul sau cherestea cu licență CITES sau certificat FLEGT sunt singurele recunoscute ca fiind conforme cu legislația europeană în domeniu și, totodată, reglementările EUTR trebuie implementate și aplicate la nivelul fiecărui stat membru. Scopul principal al EUTR îl reprezintă prevenirea recoltării ilegale a lemnului și derivatelor sale și blocarea accesului acestuia pe piața comunitară.

Fiecare stat membru UE are obligația de a aplica EUTR la nivel național, având totodată una sau mai multe autorități naționale responsabile cu aplicarea și implementarea EUTR. Art. 19 din Regulament arată că sancțiunile la nivel național trebuie să fie efective, proporționale și descurajante („effective, proportionate and dissuasive”). Raportat la comerțul cu lemn recoltat ilegal, în Franța sancțiunea administrativă este amenda de la 15.000 euro, iar sancțiunile penale sunt amenda de la 100.000 euro și închisoare până la 2 ani, inclusiv confiscarea materialului lemnos. În Olanda, dacă raportat la această activitate nu este reținută intenția, este sancționată administrativ cu amendă de la 20.000 euro, iar dacă este reținută intenția, este sancționată penal cu detenție de până la 2 ani, confiscarea lemnului și suspendarea licenței.

Între sistemele FLEGT și EUTR există o oarecare conexiune. Astfel, sistemul FLEGT este format din angajamentele bilaterale între UE și state exportatoare de lemn și derivate (VPAs), având ca scop principal întărirea mecanismelor de exploatare legală a lemnului în statele exportatoare. În același timp, sistemul EUTR este un set de reguli comunitare care urmărește ca lemnul și derivatele sale să fie legal exploatare pentru a avea acces pe piața comunitară. În acest sens, doar masa lemnoasă cu licență FLEGT este recunoscută ca fiind legal exploatăată și eligibilă a fi comercializată pe piața comunitară.

CONCLUZII. Infracțiunile împotriva mediului înconjurător reprezintă un fenomen căruia trebuie să i se acorde toată atenția de către autoritățile statale și supra-statale în sensul limitării amplitudinii și efectelor sale. Pe lângă adevărul general valabil în sensul că trebuie depuse toate eforturile pentru a limita și sancționa un comportament care încalcă legea (mai ales cea penală), acest tip de comportament infracțional mai are o particularitate – este un atentat direct și ireversibil la bogăția faunistică și floricolă a lumii, la ecosistemele din diferite zone ale lumii, cu efecte directe și de durată asupra întregii planete. Ca exemplu, defrișarea sălbatică a pădurilor tropicale pentru comercializarea de lemn și derivate, braconajul pe scară largă al animalelor

carnivore și ierbivore mari din savana africană au efecte asupra echilibrului ecologic global, cu consecința unor schimbări climatice dramatice.

Date fiind acestea, la nivelul Uniunii Europene se conștientizează tot mai mult necesitatea de a lupta contra acestor fenomene infracționale, dar și imperativul de a coopera în această luptă, atât în interiorul spațiului comunitar, cât și cu state terțe. Instrumente legislative, atât la nivel comunitar, cât și la nivel internațional, există, așa cum am arătat în acest articol. Totodată, autoritățile publice naționale cu atribuții în combaterea acestor fenomene infracționale (instanțe de judecată, Parchete, Poliție), ori organizații internaționale și regionale precum INTERPOL sau EUROPOL, obțin an de an succese semnificative în lupta cu acest tip de criminalitate, de cele mai multe ori transnațională.

Însă, pentru limitarea semnificativă a acestui fenomen infracțional, este necesar a se acționa în două direcții – pe de o parte, o întărire a cooperării la nivel comunitar între autoritățile naționale cu atribuții în combaterea acestor fenomene (de la schimburi de informații până la acțiuni comune), inclusiv pe linia armonizării legislației naționale cu cea comunitară și a aplicării sale la nivelul fiecărui stat național, iar pe de altă parte întărirea autorității statele în statele exportatoare de astfel de produse ale vieții sălbatice (mai ales din Africa și Asia), de cooperarea efectivă cu aceste autorități depinzând în proporție semnificativă succesul în combaterea acestor fenomene, dat fiind că obiectul acestor activități infracționale se află mai ales în aceste state sărace, slabe și măcinate de fenomene precum corupția sau terorismul.

**LEGE CU PRIVIRE LA EXECUTAREA MĂSURILOR DE
ÎNDRAPTARE ȘI SIGURANȚĂ, PRECUM ȘI DE INTERNARE
PROVIZORIE (LEGEA BAVAREZĂ CU PRIVIRE LA INTERNAREA
ÎN CLINICILE DE PSIHIATRIE MEDICO-LEGALĂ)**

Parlamentului landului Bavaria*

Legislatura 17

08.07.2015 Publicația 17/7478

Hotărâre a Parlamentului landului Bavaria

În cadrul ședinței deschise de astăzi, Parlamentul a hotărât următoarele:

Proiect de lege al guvernului

Publicația 17/4944, 17/7253

Cuprins

Titlul 1

Domeniul de aplicare

Art. 1 Domeniul de aplicare

Titlul 2

Executarea măsurilor de îndreptare și siguranță

Capitolul 1

Prevederi generale

Art. 2 Obiectivele și principiile

Art. 3 Situația persoanei internate

Capitolul 2

Internarea și tratamentul

Art. 4 Internarea

Art. 5 Planul de tratament și planul de executare a măsurilor

Art. 6 Tratarea bolilor psihice

* Traducere din limba germană: Elena Iftime.

Material obținut prin bunăvoința doamnei medic primar legist dr. Carmen Simona Ionescu, Vice-președinte al Asociației Române de Psihiatrie Medico-Legală

Art. 7 Tratarea altor boli

Capitolul 3

Organizarea programului de internare

Art. 8 Ocuparea camerei

Art. 9 Obiectele personale și dispunerea acestora în spațiul ocupat

Art. 10 Dreptul la muncă și educație

Art. 11 Organizarea timpului liber

Art. 12 Programul de vizită

Art. 13 Contactul cu persoanele din exterior

Art. 14 Dreptul la practicarea religiei

Art. 15 Regulamentul interior

Capitolul 4

Atenuarea pedepsei; părăsirea sub supraveghere a clinicii de psihiatrie și aducerea persoanelor în cauză în fața instanței

Art. 16 Atenuarea pedepsei

Art. 17 Dreptul la învoire

Art. 18 Perioadă de probă

Art. 19 Implicarea autorității judecătorești

Art. 20 Dispozițiile și revocarea beneficiilor

Art. 21 Părăsirea sub supraveghere a instituției și aducerea persoanelor în cauză în fața instanței

Capitolul 5

Măsurile de disciplinare și siguranță

Art. 22 Măsurile disciplinare

Art. 23 Condițiile de arestare

Art. 24 Percheziția și investigația

Art. 25 Măsurile speciale de siguranță

Art. 26 Măsurile de constrângere cu caracter medical

Art. 27 Imobilizarea prin forță

Art. 28 Măsurile serviciului de identificare (al poliției)

Capitolul 6

Acordurile financiare

Art. 29 Remunerații, indemnizații, sume în numerar

Art. 30 Ajutorul financiar

Art. 31 Dispunerea de fonduri

Capitolul 7

Dosarele și protecția datelor

Art. 32 Gestionarea dosarelor

Art. 33 Cercetarea dosarelor

Art. 34 Protecția datelor

Capitolul 8

Suspendarea măsurii de internare și externarea

Art. 35 Verificarea premiselor de aplicarea a măsurii de internare

Art. 36 Prelungirea termenului de internare

Titlul 3

Executarea procedurii de internare provizorie

Art. 37 Obiectivele și principiile

Art. 38 Împărțirea spațiului de locuit cu alte persoane

Art. 39 Părăsirea sub supraveghere a instituției, aducerea persoanelor în cauză în fața instanței, transferul temporar al deținutului

Art. 40 Trecerea de la internare provizorie la internare propriu-zisă

Art. 41 Valabilitatea altor prevederi

Titlul 4

Prevederi speciale pentru anumite grupuri de persoane

Art. 42 Femeile însărcinate și mamele de copii nou-născuți

Art. 43 Persoanele ce au copii

Art. 44 Persoanele minore

Titlul 5

Organizarea, inspecția tehnică, comitetele consultative de expertiză medico-legală, costurile

Capitolul 1

Organizarea

Art. 45 Competența instituțiilor privind executarea pedepsei

Art. 46 Transferul competenței pentru executarea pedepsei

Art. 47 Clinicile de psihiatrie medico-legală

Art. 48 Conducerea clinicii de psihiatrie medico-legală

Art. 49 Atribuțiile conducerii clinicii de psihiatrie medico-legală

Art. 50 Inspecția tehnică

Capitolul 2

Comitetele consultative de expertiză medico-legală

Art. 51 Comitetele consultative de expertiză medico-legală

Capitolul 3

Costurile

Art. 52 Costurile internării

Titlul 6

Prevederi finale

Art. 53 Limitarea drepturilor fundamentale

Art. 53a Modificarea altor prevederi

Art. 54 Intrarea în vigoare a unor legi, abrogarea altor legi

Titlul 1

Domeniul de aplicare

Art. 1

Domeniul de aplicare

Această lege reglementează procedura de internare a unor persoane într-un spital de psihiatrie sau într-un centru de dezintoxicare (clinică de psihiatrie medico-legală) pe baza unei hotărâri judecătorești.

Titlul 2

Executarea măsurilor de îmbunătățire și siguranță

Capitolul 1

Prevederi generale

Art. 2

Obiective și principii

(1) ¹Obiectivul internării persoanelor este de a le opri pe acestea de a mai comite infracțiuni în viitor.² Alte obiective ale internării sunt,

1. conform art. 63 al Codului Penal German, vindecarea persoanei internate și îmbunătățirea stării de sănătate, astfel încât aceasta să nu mai constituie un pericol pentru public,

2. conform art. 64 al Codului Penal German, vindecarea viciilor persoanei internate și corectarea atitudinii anormale.

(2) ¹Condițiile din cadrul instituției trebuie să fie cât mai apropiate de condițiile generale de viață, iar persoana internată trebuie să fie consiliată pentru a nu mai comite infracțiuni după externare. ²Se dorește ca persoana internată să se poată integra la nivel familial, social și profesional.

(3) Pentru a se putea implementa măsurile acestei legi, trebuie să se ia în considerare vârsta, identitatea sexuală, originea etnică, starea de sănătate și modul de viață ale persoanei internate.

(4) Clinicile de psihiatrie medico-legală trebuie să colaboreze cu autorități, judecătorii, instituții de știință și cercetare, precum și alte birouri și persoane, cât timp acestea contribuie la îndeplinirea obiectivelor de mai sus.

Art. 3

Drepturile persoanei internate

(1) ¹Persoanei internate trebuie să i se ofere posibilitatea de a alege modalitatea de tratament și de a alege măsuri suplimentare în vederea îndeplinirii obiectivelor și principiilor menționate la articolul 2. ² Persoanei internate trebuie să i se trezească interesul de a contribui la această organizare.

(2) ¹ Conform acestei legi, persoana internată este condamnată la o pedeapsă restrictivă de libertate. ²În cazul în care această lege nu cuprinde reglementări speciale, aceste restricții pot fi impuse asupra persoanei internate doar atunci când acestea sunt indispensabile pentru menținerea siguranței sau pentru prevenirea unor perturbări grave ce pot avea loc în clinica de psihiatrie.

(3) ¹Din multitudinea de măsuri posibile și adecvate, trebuie să se aleagă doar acelea ce vor afecta negativ cel mai puțin persoana internată. ² O măsură implementată nu trebuie să reprezinte un dezavantaj care să funcționeze împotriva obiectivului stabilit. ³ O măsură este valabilă până în momentul în care obiectivul stabilit este atins sau până ce acesta nu mai poate fi atins.

(4) ¹ Pe timpul internării, deciziile luate și aranjamentele stabilite trebuie să i se aducă la cunoștință persoanei în timp util și, dacă starea de sănătate îi permite, acestea să-i fie explicate. ² În cazul în care persoana internată are un reprezentant, acesta va primi o copie care să cuprindă toate deciziile și aranjamentele menționate mai sus.

Capitolul 2

Internarea și tratamentul

Art. 4

Internarea

(1) ¹În momentul în care persoana este internată, acesteia i se vor comunica în scris drepturile și obligațiile valabile pe timpul internării; ea

trebuie să confirme în scris faptul că i s-au comunicat aceste drepturi și obligații.² În cazul în care persoana internată are un reprezentant, acestuia i se va acorda posibilitatea să fie de față când drepturile și obligațiile sunt comunicate.³ Este interzis ca alte persoane internate să fie de față în timpul acestei proceduri.

(2) Persoana internată trebuie să fie examinată imediat de către un medic.

Art. 5

Planul de tratament și de executare a măsurilor

(1) După ce vor lua în considerare toate circumstanțele, se va întocmi în timp util un plan de tratament și de executare a măsurilor, fapt ce este necesar în vederea acordării unui tratament complet persoanei internate.

(2)¹ Planul trebuie să fie ajustat corespunzător cel mult la fiecare 6 luni, în funcție de progresul stării de sănătate a persoanei internate.² În acest caz trebuie să se verifice posibilitățile de acordare de beneficii, de implementare a unui program de învoire, de suspendare a pedepsei, de eliberare condiționată și de externare.³ Dacă se poate prevedea faptul că procedura de eliberare condiționată poate fi pusă în aplicare sau dacă deținutul poate fi externat, trebuie să se noteze detaliile despre măsurile necesare și premergătoare în planul de tratament și de executare.

(3)¹ Planul de tratament și de executare a măsurilor, precum și alte modificări aduse acestuia, trebuie discutat cu persoana internată.² Această discuție poate fi omisă dacă starea de sănătate și progresul terapeutic ale persoanei internate se înrăutățesc.³ Această discuție trebuie reluată dacă starea de sănătate a deținutului permite acest lucru.⁴ În cazul în care persoana internată are un reprezentant, planul va fi discutat și cu acesta.

Art. 6

Tratamentul bolilor psihice

(1) Bolile psihice ale persoanei internate vor fi tratate, conform normelor de medicină recunoscute.

(2)¹ Măsurile medicale nu trebuie să afecteze integritatea fizică a deținutului și au nevoie, în vederea implementării lor, de acordul scris al acestuia.² Persoana internată trebuie să-și dea acordul după ce a primit indicații clare din partea unui medic cu privire la acele măsuri, iar consimțământul reprezintă voința persoanei internate.

(3) Fără acest acord, măsurile de tratament sunt valabile în sensul alineatului 1,

1. atunci când persoana internată nu poate conștientiza severitatea bolii și astfel necesitatea tratamentului, sau când persoana nu poate acționa în conformitate cu această situație,

2. când acestea sunt necesare

a) pentru ca persoana internată să poată fi externată sau

b) pentru a evita un pericol clar pentru viața sau sănătatea persoanei internate

3. și

a) când s-a încercat anterior obținerea acestui consimțământ de la persoana internată, fără a se exercita presiune,

b) când un medic a discutat cu persoana internată despre modul, durata, șansele de reușită și riscurile implementării măsurii respective,

c) când i se comunică persoanei internate despre implementarea acelor măsuri, menționându-se totodată cu cel puțin 48 de ore înainte că, se poate emite o hotărâre judecătorească împotriva executării acelei măsuri, conform articolului 109 al legii cu privire la executarea pedepselor privative de libertate,

d) când măsurile sunt considerate adecvate pentru a atinge obiectivul urmărit prin tratament,

e) când mijloacele blânde utilizate nu au nici un efect,

f) când rezultatul așteptat prin tratament prevalează în fața unei posibile agravări cauzate de lipsa tratamentului sau asupra unei alte afectări cauzate de implementarea măsurii în sine,

g) când modalitatea și durata tratamentului ar fi restricționate precum și

h) când măsurile nu pun în pericol sănătatea sau viața persoanei internate.

(4) ¹În cazul în care persoana internată nu acceptă tratamentul, clinica de psihiatrie medico-legală poate să apeleze la tribunalul special pentru problemele din timpul executării unei pedepse privative de libertate, în virtutea articolului 110 și articolului 138, alineatul 3 din cadrul legii cu privire la executarea pedepselor privative de libertate. ²În cadrul procedurilor legale, se vor lua în considerare articolele 109 - 121 din legea cu privire la executarea pedepselor privative de libertate, fără să mai fie nevoie o cerere din partea persoanei internate. ³Tratamentul nu are voie să depășească 12 săptămâni. ⁴Pentru a se prelungi această perioadă, se vor lua în considerare prevederile aranjamentului inițial. ⁵Măsurile trebuie să fie executate de către un medic care trebuie să le monitorizeze și să verifice la intervale regulate dacă acestea sunt adecvate și necesare. ⁶Trebuie să se țină cont de un testament biologic valid, în conformitate cu articolul 1901a, alineatul 1 din Codul Civil German.

(5) ¹În ceea ce privește măsurile specificate de alineatul 3, nr. 2, litera b, în caz de pericol iminent, se poate face abstracție de alineatul 3, nr.3, literele a – c și față de alineatul 4, propoziția 1. ²Dacă starea de sănătate a persoanei internate permite, se pot explica din nou informațiile de la alineatul 3, nr.3, litera b. ³Procedura de la alineatul 4, propoziția 1, trebuie repetată imediat.

(6) ¹Măsurile de tratament pot fi implementate legal fără aprobarea pacientului, în caz de pericol iminent pentru viața sau sănătatea unei alte persoane, luându-se în considerare prevederile alineatului 3, nr. 3, literele d, e, g și h. ² Alineatul 4, propoziția 5, este valid în acest sens, de asemenea.

Art. 7

Tratarea altor boli

(1) Persoana internată are dreptul să fie examinată medical, să primească servicii medicale preventive, să fie tratată cu medicamente, în conformitate cu articolele 59 – 61, 63 și 64 ale legii bavareze cu privire la executarea pedepselor privative de libertate.

(2) În cazul în care nu se pot implementa măsurile de tratament în cadrul clinicii de psihiatrie medico-legală, pacientul trebuie transferat într-o altă clinică de psihiatrie medico – legală, într-un alt spital adecvat sau către un furnizor de servicii medicale, separat de clinică.

(3) ¹În ceea ce privește tratamentul bolilor ce nu sunt de natură psihică, se va lua în considerare articolul 6, alineatele 2, 3, nr. 3 și alineatul 4, propoziția 5, cu mențiunea ca tratamentul

1. să fie aprobat de un medic și,

2. atunci când pacientul nu-și dă acordul, să fie urmat doar pentru a evita un pericol clar pentru viața persoanei internate sau pentru a evita un pericol grav pentru starea de sănătate a acesteia sau a altei persoane. ²Dreptul de a primi primul ajutor rămâne neafectat în cazul în care un medic nu poate sosi la timp, iar orice întârziere poate pune în pericol viața pacientului. ³Trebuie să se ia în calcul testamentul biologic valid al persoanei internate, conform articolului 1901 a, alineatul 1 din Codul Civil German.

(4) ¹ La decizia medicului, este legal ca persoana internată, fără consimțământul acesteia, să fie examinată corporal și de asemenea să se execute măsuri ce nu necesită o intervenție fizică, să se îndepărteze fire de păr pentru probă, să se recolteze sânge, să se efectueze radiografii fără substanță de contrast, precum și să se recolteze și probe de urină. ² În această privință trebuie să se țină cont că procedurile de examinare și de supraveghere a tratamentului au ca obiectiv protecția sănătății și păstrarea normelor de igienă.

Capitolul 3

Organizarea programului de internare

Art. 8

Ocuparea camerei

¹Persoanei internate trebuie să i se pună la dispoziție o cameră cu un pat sau cu două paturi. ² Nu este legal ca într-o cameră să locuiască mai mult de patru persoane. ³Bărbații și femeile vor locui în camere separate.

Art. 9

Obiectele personale și dispunerea acestora în spațiul ocupat

(1) Persoana internată are voie să poarte propriile haine și propria lenjerie, cât timp acestea sunt spălate și schimbate la intervale regulate de timp.

(2) ¹Persoana internată poate, într-o măsură rezonabilă, să aducă în cameră lucruri proprii. ² Obiectele ce periclitizează obiectivele internării, siguranța sau ordinea din cadrul instituției cu regim de detenție vor fi confiscate.

(3) Obiectele confiscate vor fi păstrate în instituție, persoana internată suportând costurile de întreținere pentru acestea, sau vor fi predate, respectiv trimise prin poștă unei alte persoane desemnate de pacient; în caz contrar, aceste obiecte vor fi îndepărtate din clinica de psihiatrie medico-legală, pacientul suportând costurile.

(4) Persoana internată poate deține medii de stocare de imagini, fișiere audio și date, însă pentru acest lucru este nevoie de aprobare.

(5) Persoana internată poate avea acces la articole de presă într-o măsură rezonabilă, însă numai cu acordul clinicii de psihiatrie medico-legală, cât timp acestea nu reprezintă un detriment pentru atingerea obiectivelor stabilite.

Art. 10

Dreptul la muncă și educație

(1) ¹Clinica de psihiatrie medico-legală trebuie să-i ofere deținutului un loc de muncă sau o ocupație care să fie menținută în funcție de starea de sănătate a pacientului la locul de muncă. ²În acest scop, competențele, deprinderile și înclinațiile deținutului trebuie luate în considerare.

(2) Persoanele internate capabile pot avea acces la învățământ școlar, la formare profesională, la perfecționare profesională sau să participe la alte sesiuni de formare sau perfecționare profesională.

(3) Măsurile menționate la alineatele 1 și 2 pot fi implementate în cadrul unor firme private sau în cadrul altor instituții, în cazul în care pedeapsa este atenuată.

Articolul 11

Organizarea timpului liber

(1) ¹Persoanei internate i se oferă posibilitatea și anumite sugestii pentru a-și organiza timpul liber într-un mod util. ²Clinica de psihiatrie medico-legală trebuie să pună la dispoziție un program de organizare a timpului liber.

(2) Deținutul are voie să petreacă cel puțin o oră pe zi în afara clinicii.

(3) Timpul liber al persoanei internate poate fi limitat doar atunci când siguranța și ordinea din cadrul spitalului de psihiatrie sunt periclitate sau când cheltuielile de securitate și control sunt foarte mari.

Articolul 12

Programul de vizită

(1) ¹Deținutul are voie să primească persoane în vizită. ²Programul de vizită este de cel puțin o oră pe săptămână.

(2) Din motive de securitate sau în vederea respectării regulamentului interior, precum și pentru atingerea obiectivelor internării,

1. vizitele pot fi interzise,

2. vizitatorii pot fi percheziționați sau controlați prin intermediul unor dispozitive tehnice sau unor alte dispozitive auxiliare, iar obiectele interzise vor fi confiscate, sau

3. vizitele pot fi supravegheate.

(3) ¹Vizitele pot fi supravegheate și înregistrate prin mijloace tehnice doar atunci când deținutul și vizitatorul sunt informați de acest lucru înainte. ²Înregistrările trebuie să fie șterse după cel mult o lună.

(4) ¹Convorbirea cu deținutul poate fi supravegheată doar dacă se poate invoca unul din motivele menționate la alineatul 2. ²Nu este voie să se înregistreze convorbirea dintre vizitator/i și deținut.

(5) O vizită poate fi întreruptă dacă vizitatorii sau deținutul, în ciuda faptului ca au fost avertizați, încalcă prevederile acestei legi sau regulamentele ce reies din această lege. ²Se poate renunța la avertisment dacă întreruperea vizitei este urgentă.

(6) Este nevoie de permisiune pentru a fi predate obiecte în timpul programului de vizită.

Art. 13

Contactul cu persoanele din exterior

¹În ceea ce privește corespondența, primirea și expedierea de pachete, convorbirile telefonice, precum și alte forme de telecomunicație, se vor lua în considerare articolele 25 – 31 din legea bavareză cu privire la detenția preventivă într-o clinică de psihiatrie, cu mențiunea ca obiectivele internării, siguranța și ordinea din clinică să nu fie periclitate. ²În ceea ce privește contactul cu persoanele din exterior și vizitele cu anumite persoane, se va lua în calcul articolul 32 din legea menționată mai sus. ³În ceea ce privește înscrisurile înmânate de avocat în timpul unei vizite, precum și corespondența dintre deținut și avocatul său, se va lua în considerare articolul 32, alineatele 3 și 4 din legea menționată mai sus, cu mențiunea că, în cazul în care se observă o suspiciune de abuz a dreptului de corespondență,

1. un înscris poate fi reținut pentru a fi cercetat,
2. atunci când lipsesc datele expeditorului, se poate cerceta dacă este vorba de corespondența dintre cele două părți, se pot lua măsuri de identificare a expeditorului pe baza trăsăturilor scrisului, cât timp nu se poate face uz de mijloace mai blânde,
3. înscrisurile și alte documente, ce sunt înmânate în timpul unei vizite, trebuie să fie predate angajaților clinicii de psihiatrie, în vederea efectuării procedurii de la numărul 1.

⁴În ceea ce privește măsurile menționate la propoziția 3, este interzis să se ia cunoștință de conținutul unui înscris, cu excepția cazului când se observă că înscrisul nu face parte din corespondența dintre deținut și avocat.

Articolul 14

Dreptul la practicarea religiei

(1) ¹Persoana internată are voie să fie consiliată religios de către un preot ce face parte dintr-o comunitate religioasă. ²Dacă deținutul își exprimă dorința, acesta poate fi sprijinit pentru a lua legătura cu un preot din comunitatea sa religioasă.

(2) ¹Persoana internată are voie să dețină texte religioase. ²Într-o măsură rezonabilă, deținutul poate deține obiecte religioase. ³Atât textele, cât și obiectele religioase, pot fi confiscate, în cazuri de abuz.

(3) Persoana internată are dreptul să participe, în cadrul clinicii de psihiatrie, la slujbe și la alte evenimente religioase.

(4) Dreptul deținutului de a participa la evenimente religioase poate fi respins doar dacă obiectivele internării, siguranța și ordinea din cadrul clinicii sau sentimentul religios al preotului sunt afectate.

(5) Alineatele 1 – 4 sunt valide și pentru cei ce aparțin confesiunilor ideologice.

Articolul 15 **Regulamentul interior**

(1) ¹Clinicile de psihiatrie, în relație cu districtul sau cu instituțiile delegate de district (finanțatori) în vederea internării deținuților, emit un regulament intern care specifică în detaliu drepturile și obligațiile persoanelor internate. ²Regulamentul interior trebuie pus la dispoziția persoanei internate într-o manieră adecvată; Articolul 4, alineatul 1, propoziția 1, rămâne neafectat.

(2) Regulamentul interior stabilește cel puțin următoarele:

1. Împărțirea zilelor în ore de lucru, ore de tratament, timp liber și odihnă,
2. Aranjarea obiectelor personale în cameră (articolul 9, alineatul 2),
3. Posibilitățile de utilizare și păstrare a lucrurilor proprii (articolul 9, alineatele 2 și 3),
4. Modul de utilizare a facilităților clinicii de psihiatrie,
5. Măsurile de organizare a timpului liber (articolul 11),
6. Programul de vizită, precum și frecvența și durata vizitelor (articolul 12),
7. Contactul cu persoanele din exterior (articolul 13),
8. Dispunerea de fonduri (articolul 31),
9. Utilizarea dispozitivelor electronice,
10. Permitearea fumatului,
11. Programul de integrare

Capitolul 4 **Atenuarea pedepsei; părăsirea sub supraveghere a clinicii de psihiatrie și aducerea persoanelor în cauză în fața instanței**

Art. 16 **Atenuarea pedepsei**

(1) ¹Pedeapsa trebuie să fie atenuată, atunci când

1. este de așteptat că, în acest fel, tratamentul și reintegrarea socială a deținutului sunt încurajate și
2. după ce se ajunge la concluzia că, în urma tratamentului efectuat până acum, persoana internată nu va abuza de beneficiile ce vin odată cu această atenuare.

²În momentul luării deciziei de a atenua programul de detenție, se va lua în calcul posibilitatea dacă deținutul poate sau nu poate fi externat.

(2) Beneficiile ce vin odată cu atenuarea pedepsei sunt

1. părăsirea clinicii de psihiatrie sau a incintei clinicii pentru o anumită perioadă în timpul zilei sub supravegherea unui angajat (ieșire supravegheată) sau fără însoțire (ieșire nesupravegheată),

2. munca în afara clinicii de psihiatrie sub supravegherea unui angajat al instituției (muncă supravegheată) sau fără supravegherea acestuia (muncă nesupravegheată).

Art. 17

Dreptul la învoire

(1) ¹În cazul în care persoana internată îndeplinește condițiile de la articolul 16, alineatul 1, aceasta poate primi program de învoire. ²Învorea poate dura, în funcție de caz, cel mult două săptămâni și cel mult 6 luni în timpul unui an.

(2) ¹În timpul învoirii, persoana internată poate fi tratată, conform articolului 7, alineatul 1, doar de clinica de psihiatrie competentă; articolul 7, alineatul 2, este valid, de asemenea. ²În cazul în care viața și sănătatea persoanei internate sunt periclitate și aceasta nu poate fi asistată medical în sensul propoziției 1, persoana internată poate primi ajutor medical și de la părți terțe. ³Persoana internată este obligată să informeze cât de repede posibil clinica de psihiatrie despre acest lucru. ⁴Finanțatorul trebuie să-i ramburseze terțului costurile de tratament ce reies de la propoziția 2. ⁵Propozițiile 1, 2 și 4 nu sunt valide dacă persoana internată deține asigurare de sănătate la o altă instituție decât clinica de psihiatrie (articolul 10, alineatul 3).

Art. 18

Perioada de probă

(1) ¹Înainte de externare, deținutul poate primi învoire, conform articolului 17, pentru cel mult 18 luni (perioadă de probă) și să locuiască într-o locuință normală, fără să fie nevoie de acordul autorității de supraveghere, după ce i se comunică acest lucru tribunalului competent pentru problemele apărute în timpul executării unei pedepse privative de libertate, sau în cazul unei internări conform articolului 7 din legea cu privire la tribunalul pentru minori, după ce i s-a comunicat acest lucru judecătorului de minori. ²Se poate prelungi perioada de învoire menționată la propoziția 1 cel mai devreme după 6 luni. ³Costurile în timpul acestei perioade de probă vor fi suportate de clinica de psihiatrie.

(2) ¹Pentru a îndeplini procedura de cazare de probă, finanțatorii pot apela la instituții private. ²Instituțiile private trebuie

1. să dovedească faptul că sunt de încredere și că pot pune la dispoziție experți,
2. să pună la dispoziție o locuință pentru perioada de probă,
3. să îndeplinească cerințele legate de personal, tehnice, arhitecturale și organizatorice, ce sunt necesare pentru a pune la dispoziție locuința,
4. să-i ofere finanțatorului posibilitatea de a controla situația și de a interveni, precum și
5. să respecte prevederile acestei legi cu privire la protecția datelor.

³Drepturile autorității de supraveghere sunt valabile în ceea ce privește instituția privată.

(3) ¹Finanțatorul poate transfera următoarele atribuții suverane instituțiilor private, dacă acest lucru este necesar în timpul perioadei de probă:

1. Tratamente, consultații și măsuri ce intră în atribuțiile clinicii de psihiatrie, conform articolului 6, alineatul 3 nr. 2, litera b, alineatul 6, propoziția 1 și articolului 7, alineatul 3, propoziția 1 și alineatul 4,

2. Limitarea numărului de obiecte personale și confiscarea acestora, conform articolului 9,

3. Limitarea dreptului de vizită, conform articolului 12 și articolului 44, alineatul 5,

4. Controlul corespondenței, respectiv a pachetelor și a convorbirilor telefonice, conform articolului 13 și articolului 44, alineatul 5.

5. Emiterea unui regulament interior, conform articolului 15,

6. Efectuarea de percheziții și investigații, conform articolului 24,

7. Impunerea unor măsuri de securitate speciale, conform articolului 25, în caz de pericol iminent,

8. Impunerea măsurilor de constrângere cu caracter medical, conform articolului 26, în caz de pericol iminent și

9. Imobilizarea prin forță, conform articolului 27, în caz de pericol iminent.

²Pentru ca aceste acțiuni să fie valide, este nevoie de un acord scris. ³

Se va lua în considerare articolul 49, alineatul 2. ⁴Dacă se va face uz de atribuțiile de la propoziția 1, conducerea clinicii competente de psihiatrie trebuie anunțată imediat.

Art. 19

Implicarea autorității judecătorești

(1) Autoritatea judecătorească trebuie să fie anunțată de fiecare dată când deținutului i se oferă dreptul să părăsească nesupravegheat clinica, să

lucreze nesupravegheat, să fie învoit, să primească cazare de probă sau, în ceea ce privește persoanele cu nevoie specială de protecție, când li se pun la dispoziție dispozitive pentru transportul pe terenuri accidentate.

(2) În cazul în care pedeapsa este atenuată, autoritatea judecătorească trebuie informată.

Art. 20

Dispozițiile, revocarea atenuării pedepsei

(1) Pedeapsa poate fi atenuată conform unor prevederi ce au ca scop menținerea siguranței și a sănătății persoanei internate.

(2) Aceste atenuări pot fi revocate, dacă

1. ulterior apar semne clare că o redresare a comportamentului nu mai poate fi posibilă,

2. persoana internată abuzează de aceste circumstanțe sau dacă

3. persoana internată nu respectă prevederile impuse.

Art. 21

Părăsirea sub supraveghere a instituției și aducerea persoanelor în cauză în fața instanței

(1) ¹ Deținutului i se poate da voie să părăsească spitalul din motive întemeiate, cu toate că, astfel, prevederile articolului 16, alineatul 1, nu sunt îndeplinite. ²Clinica de psihiatrie va lua măsurile de securitate necesare.

(2) ¹ Clinica de psihiatrie îl va aduce pe deținut în fața instanței, la cererea acesteia. ²Clinica va oferi tribunalului toate informațiile necesare despre acest fapt.

(3) ¹Costurile celor două proceduri menționate mai sus, ce vor fi efectuate la solicitarea persoanei internate sau care vor fi efectuate în mod preponderent în interesul acesteia, vor fi suportate de aceasta. ²Acest lucru se aplică și atunci când persoanei internate îi revine o cerere de rambursare cu privire la cele două proceduri. ³Se poate face abstracție de impunerea costurilor asupra persoanei internate, dacă acest lucru reprezintă un impediment pentru tratamentul și integrarea ei în societate.

Capitolul 5

Măsurile de disciplinare și siguranță

Art. 22

Măsurile de disciplinare

(1) În cazul în care persoana internată încalcă în mod voit o obligație ce i s-a impus prin această lege, se pot implementa măsuri disciplinare.

(2) Măsurile de disciplinare adecvate sunt

1. admonestarea,
2. sub rezerva dispozițiilor articolului 11, alineatul 2, interzicerea sau limitarea timpului petrecut în afara clinicii,
3. limitarea sau interzicerea fondurilor, conform articolului 31, alineatul 1, până la o lună de zile,
4. limitarea sau interzicerea uzului de aparate de radio sau televizoare până la o săptămână,
5. limitarea sau confiscarea de lucruri utilizate în cadrul unei ocupații în afara clinicii până la o săptămână,
6. limitarea sau excluderea din evenimentele efectuate în comunitate până la o săptămână,
7. privarea dreptului de muncă până la o lună și anularea rambursării specificate în cadrul acestei legi.

(3) Articolul 109, alineatele 2 și 3, articolul 110, alineatul 3, articolul 111, alineatele 1 și 2, precum și articolul 113 din legea bavareză cu privire la executarea pedepselor privative de libertate, vor fi luate în considerare.

Art. 23

Condițiile de arestare

În cazul în care persoana internată se află fără permisiune în afara clinicii psihiatrice, aceasta poate fi arestată și adusă înapoi în clinică de către angajații acesteia.

Art. 24

Percheziții și investigații

(1) ¹Persoana internată, lucrurile și spațiul de locuit/dormit ale acesteia pot fi percheziționate, în vederea asigurării siguranței și ordinii din cadrul clinicii de psihiatrie. ²Cu excepția cazurilor de pericol iminent, deținutul trebuie să fie percheziționat doar de persoane de același sex; acest lucru nu se aplică pentru controlul prin intermediul mijloacelor tehnice sau altor mijloace adiacente. ³Trebuie să se ia în calcul normele de pudoare. ⁴Procedura de percheziție nu trebuie să fie efectuată doar de un singur angajat. ⁵În timpul percheziției, nu e voie să fie de față și alte persoane internate.

(2) ¹Doar în cazurile de pericol iminent sau doar la solicitarea conducerii clinicii, este voie ca deținutul să fie controlat fără haine. ²În acest caz, percheziția va fi efectuată într-un spațiu închis.

(3) ¹Dacă există suspiciunea rezonabilă că persoana internată și-a introdus obiecte în corp, fapt ce poate periclita siguranța și ordinea în cadrul clinicii de psihiatrie, persoana internată poate fi consultată de un medic.

²Alineatul 1, propozițiile 2 – 5 și alineatul 2, propoziția 2, sunt valabile în acest context.

(4) În ceea ce privește cazurile menționate la alineatele 1 – 3, se poate solicita ca anumite persoane internate să fie controlate de fiecare dată când se întorc în clinică sau după fiecare vizită.

Art. 25

Măsuri speciale de siguranță

(1) Se pot lua măsuri speciale de siguranță împotriva unei persoane internate atunci când, analizând comportamentul sau starea de sănătate a acesteia, există riscul ca aceasta să evadeze, să comită acte de violență împotriva altor persoane sau lucruri sau există riscul de suicid sau autovătămare.

(2) Măsurile speciale de siguranță sunt

1. supravegherea continuă, chiar și prin intermediul mijloacelor tehnice,

2. administrarea medicamentelor necesare; articolele 5 și 7 nu sunt afectate,

3. confiscarea obiectelor personale,

4. supravegherea pe timp de noapte,

5. separarea de alte persoane internate,

6. privarea sau limitarea timpului petrecut în afara clinicii,

7. plasarea într-un spațiu special fără obiecte periculoase în jur,

8. limitarea prin forță a libertății de mișcare.

(3) Măsurile menționate la alineatul 2, numerele 3 – 8 se aplică și atunci când pericolul de evadare sau de tulburare a ordinii interioare a clinicii nu mai poate fi altfel prevenit.

(4) Măsurile de la alineatul 2, numărul 8, sunt valide și în timpul părăsirii clinicii sub supraveghere, în timpul transportului deținutului în fața instanței sau în timpul unui transport oarecare, atunci când există pericol de evadare din alte motive decât cele menționate la alineatul 1.

Art. 26

Măsuri de constrângere cu caracter medical

(1) ¹Persoana internată poate fi imobilizată prin mijloace mecanice doar atunci când există riscul de a fi violentă cu alte persoane sau când există riscul de a se automutila sau de a comite suicid. ²Deținutul trebuie să fie controlat și, dacă se găsesc obiecte periculoase asupra lui, acestea trebuie îndepărtate, iar deținutul trebuie să fie mereu supravegheat de un angajat al clinicii.

(2) O astfel de măsură trebuie aplicată doar pentru o perioadă limitată de timp, cel mult pentru 24 de ore.

(3) ¹Deținutul trebuie să fie anunțat de măsura de constrângere de natură medicală. ²În cazul în care deținutul refuză să fie imobilizat, clinica de psihiatrie trebuie să informeze tribunalul pentru ca acesta să ia o decizie judecătorească, conform articolelor 110, 138, paragraful 3 al legii cu privire la executarea pedepselor privative de libertate. ³Dacă situația este urgentă, deținutul poate fi imobilizat înainte ca hotărârea judecătorească să fie emisă. ⁴În astfel de cazuri, se va lua în considerare articolul 115, alineatul 3 din legea cu privire la executarea pedepselor privative de libertate.

Art. 27

Imobilizarea prin forță

(1) Dispozițiile acestei legi cu privire la imobilizarea prin forță a persoanei internate vor fi aplicate atunci când nu mai există o altă cale.

(2) Alte persoane pot fi imobilizate prin forță dacă acestea încearcă să elibereze deținuți, dacă când intră în zonele autorizate ale clinicii sau dacă se află în acele zone fără autorizare.

(3) ¹Persoana în cauză trebuie să fie avertizată înainte de a fi imobilizată. ²Se poate renunța la avertisment doar atunci când circumstanțele nu mai permit acest lucru și procedura de imobilizare trebuie aplicată imediat pentru a se evita comiterea unei infracțiuni sau pentru a se preveni un pericol.

(4) Dreptul de a se implementa imobilizarea prin forță pe baza altor prevederi rămâne neafectat.

Art. 28

Măsurile serviciului de identificare

Pentru ca procedurile de internare, și de menținere a siguranței și ordinii în cadrul clinicii de psihiatrie să fie asigurate, trebuie să se ia următoarele măsuri de identificare:

1. fotografierea deținutului,
2. stabilirea trăsăturilor fizice,
3. măsurătorile,
4. stabilirea trăsăturilor biometrice (degete, mâini, față și voce).

Capitolul 6

Acorduri financiare

Articolul 29

Remunerații, îndemnizații, sume în numerar

(1) Persoana internată primește o remunerație pentru serviciile efectuate în cadrul terapiei ocupaționale.

(2) Dacă persoana internată exercită, din motive terapeutice, orice altă activitate sau dacă participă la activități pedagogice pentru copiii greu educabili, la cursuri de formare profesională, de perfecționare profesională sau la un program de recalificare, aceasta poate primi contribuții financiare.

(3) ¹Persoana internată primește o sumă în numerar pentru sine, în cazul în care nu are alte mijloace. ²În ceea ce privește remunerațiile sau indemnizațiile, se poate impune o imputare. ³Valoarea sumei în numerar și valoarea imputării vor fi stabilite de autoritatea de supraveghere.

Art. 30

Ajutorul financiar

(1) ¹O parte din remunerație, din indemnizații și o parte din banii primiți pentru uzul personal, poate fi utilizată, cu acordul persoanei internate, pentru crearea unui ajutor financiar, cât timp nu există alte obligații legale care să interzică acest lucru. ²Ajutorul financiar are scopul de a asigura cheltuielile pentru traiul zilnic ale persoanei internate și al rudelor/cunoștințelor deținutului cu drept de pensie alimentară pentru primele 4 săptămâni după externare.

(2) ¹Ajutorul financiar trebuie oferit într-o manieră adecvată. ²Banii vor fi plătiți în numerar în momentul externării. ³O parte a ajutorului financiar poate fi plătit atunci când deținutului i se acordă program de învoire sau pentru orice alte cheltuieli ce au ca scop integrarea acestuia în societate.

Art. 31

Disponerea de fonduri

(1) ¹Persoana internată poate dispune lunar de o sumă de bani, cu excepția cazului când obiectivele internării sunt periclitare astfel. ²Persoana internată poate dispune de astfel de fonduri doar cu acordul clinicii de psihiatrie; aceste fonduri nu cuprind sumele de bani acordate pentru activitățile efectuate în afara clinicii de psihiatrie. ³Acordul trebuie dat atunci când disponerea de fonduri este urmarea unei obligații legale.

(2) Sumele de bani ce sunt aduse de persoana internată în clinica de psihiatrie sau care îi primește acolo în timpul internării trebuie să fie păstrate pentru ea la loc sigur de către clinică, cu excepția cazurilor când aceste sume nu sunt administrate de reprezentanți sau dacă nu sunt alocate ajutorului financiar (articolul 30).

Capitolul 7 **Dosarele și protecția datelor**

Art. 32

Gestionarea documentelor

(1) ¹Pentru fiecare persoană internată trebuie să se întocmească un dosar medical unde să fie notate și argumentate toate deciziile și dispozițiile. ²Datele la care face referire articolul 200, alineatul 2 din legea bavareză cu privire la executarea pedepselor privative de libertate, trebuie să fie plasate într-un dosar special. ³Dosarele trebuie protejate prin mijloacele tehnice și organizatorice împotriva accesului sau uzului neautorizat.

(2) Documentele ce conțin trăsături biometrice (art. 28) trebuie să fie păstrate într-un dosar separat decât cel medical.

(3) Dosarele menționate la alineatele 1 și 2 pot fi, de asemenea, administrate electronic.

Art. 33

Cercetarea dosarelor

(1) ¹Clinica de psihiatrie trebuie să-i acorde acces gratuit persoanei internate, la cererea acesteia, la dosarul personal, cât timp nu se aduce un prejudiciu unor interese protejate ale altor persoane sau cât timp interesul persoanei internate pentru inspecția dosarului prevalează în fața lezării intereselor protejate ale altor persoane. Persoanei internate i se poate interzice accesul la dosar dacă starea de sănătate a acesteia nu facilitează o comunicare clară cu angajații clinicii sau dacă informațiile sau procedura de inspecție poate avea dezavantaje grave pentru sănătate sau pentru progresul terapiei.

(2) Persoana internată poate primi contra cost copii ale documentelor; Rândul 1.III.0/1.2 din lista de prețuri ale instituției se aplică în acest caz.

Art. 34

Protecția datelor

¹Articolul 95, alineatul 2, articolul 196, articolul 197, alineatele 3, 4, 5 și 7, articolul 198, articolul 199, propozițiile 1 și 2, articolul 200, articolul 201, alineatul 1, articolul 202, articolul 204 și 205 din legea bavareză cu privire la executarea pedepselor privative de libertate, se aplică cu următoarele precizări:

1. Datele cu caracter personal cu referire la persoanele internate sau la alte persoane pot fi colectate și fără cunoștința acestor persoane sau pot fi colectate prin intermediul unor terți, doar atunci

a) când procedura de colectare a acestor date se dovedește inutilă sau necesită costuri uriașe în momentul în care persoana în cauză este solicitată,

b) când datele pentru evaluarea stării de sănătate a persoanei internate sunt necesare pentru integrarea acesteia în societate, pentru tratamentul acesteia sau pentru asigurarea siguranței și ordinii în cadrul clinicii și

c) când procedura de colectare a datelor personale nu lezează interesele persoanei în cauză.

2. Datele cu caracter personal obținute legal pot fi salvate, prelucrate sau utilizate, cât timp acest lucru este necesar pentru

a) expertiza în cadrul consilierii persoanei internate,

b) punerea în vigoare a pretențiilor emise de clinica de psihiatrie sau a pretențiilor emise împotriva acestei instituții sau împotriva unuia din angajații acesteia sau

c) formarea și perfecționarea profesională a angajaților clinicii de psihiatrie sau pentru verificarea activității acestora și cât timp interesele persoanei în cauză nu sunt lezate.

3. Datele cu caracter personal obținute legal pot fi prelucrate și utilizate pentru stabilirea perioadei de internare în clinică.

4. Datele cu caracter personal pot fi transmise unei instituții publice, conform articolului 197, alineatul 4, din legea bavareză cu privire la executarea pedepselor privative de libertate, cât timp acest lucru este necesar pentru

a) consilierea persoanei internate,

b) stabilirea, verificarea și aprobarea costurilor pentru executarea internării sau

c) deciziile privind atenuarea pedepsei sau programul de învoire.

5. Datele obținute prin măsurile de natură biometrică (art. 28) trebuie să fie șterse la finalul perioadei de internare sau la finalul perioadei de supraveghere a comportamentului, la cererea deținutului.

²Mai mult, se va lua în considerare legea bavareză cu privire la protecția datelor, inclusiv prevederile privind gestionarea datelor personale prin intermediul unui terț (art. 6 din legea de mai sus) și procedura de supraveghere video (art. 21 din legea de mai sus).

Capitolul 8

Suspendarea măsurii de internare și externarea

Art. 35

Verificarea premiselor de aplicare a măsurii de internare

(1) ¹Clinica de psihiatrie trebuie să verifice pe toată perioada internării dacă pedeapsa poate fi suspendată sau dacă deținutul poate fi eliberat. ²Dacă

acest lucru este posibil, clinica de psihiatrie trebuie să anunțe imediat autoritatea judecătorească.

(2) Pentru efectuarea procedurii de externare, clinica de psihiatrie va asigura faptul că persoana internată va beneficia de asistență ambulatorie și de tratament, în special prin intermediul serviciilor de ambulanță medico-legale.

(3) La solicitarea autorității judecătorești, clinica de psihiatrie va emite o expertiză în vederea emiterii unei decizii care să specifice dacă deținutul va rămâne sau nu sub regim de detenție.

Art. 36

Prelungirea termenului de internare

¹Din motive personale și apelând la resursele financiare ale clinicii de psihiatrie, persoana internată poate să rămână în instituție, pe baza unei cereri scrise și irevocabile,

1. până în dimineața celei de-a doua zile lucrătoare după ziua care este trecută pe certificatul de externare sau
2. până în dimineața următoarei zile lucrătoare după expirarea termenului de internare. ²Persoanei internate trebuie să i se comunice posibilitatea întocmirii acestei cereri.

Titlul 3

Executarea procedurii de internare provizorie

Art. 37

Obiectivele și principiile

(1) ¹Procedura de internare provizorie are ca obiectiv evitarea comiterii de infracțiuni. ² Executarea procedurii de internare provizorie se bazează pe o hotărâre judecătorească care stipulează o internare provizorie pentru persoana în cauză. ³Trebuie să se țină cont de siguranța efectuării unei astfel de proceduri. ⁴Trebuie să se combată urmările negative ale impunerii pedepsei de privare de libertate.

(2) Articolul 2, alineatul 2, propoziția 1 și alineatul 3, vor fi luate în considerare.

Art. 38

Împărțirea spațiului de locuit cu alte persoane

Persoana internată provizoriu trebuie să-și dea acordul să împartă spațiul de locuit cu alte persoane sau trebuie să existe un motiv important ca acest lucru să se efectueze.

Art. 39

Părăsirea sub supraveghere a instituției, aducerea persoanelor în cauză în fața instanței și transferul temporar al deținutului

(1) Articolul 21 se va lua în considerare.

(2) Persoanele internate provizoriu pot fi lăsate pentru o perioadă limitată în custodia poliției, organelor de vamă sau autorităților de finanțe, pentru începerea investigațiilor.

(3) ¹Înainte ca deținutului să i se dea voie să părăsească clinica sub supraveghere sau înainte ca deținutul să fie luat temporar sub custodia diverselor organe, instanța și procuratura trebuie să fie anunțate pentru a se pronunța în această privință. ²În caz de pericol iminent, se poate face abstracție de acest lucru; în ceea ce privește acest caz de pericol iminent, instanța și procuratura trebuie anunțate imediat după aceea.

Art. 40

Trecerea de la internarea provizorie la internarea propriu-zisă

¹În cazul unei condamnări la o pedeapsă privativă de libertate sau în cazul unei condamnări a unui minor, în caz de internare într-o clinică psihiatrică cu regim de detenție, condamnare ce nu este suspendată, ca urmare a hotărârii judecătorești definitive, conform prevederilor legii bavareze cu privire la executarea pedepselor privative de libertate, persoanele internate provizoriu trebuie tratate, cât timp acest lucru este posibil înainte de internarea în clinică. ²În cazul în care procedura de internare este cerută printr-o ordonanță în vigoare, procedura a cărei executare nu poate fi suspendată, persoanele internate provizoriu trebuie să fie tratate, în conformitate cu titlurile 2 și 4 ale acestei legi. ³Clinica de psihiatrie va face tot posibilul ca deținutul să fie transferat într-o instituție competentă.

Art. 41

Valabilitatea altor prevederi

Luându-se în considerare obiectivele și principiile procedurii de internare provizorie, următoarele articole vor fi valide:

1. articolul 4, articolele 7 – 9, articolul 10, alineatul 2, articolele 11 – 15, articolele 23 – 28, articolul 29, alineatele 1 și 2, articolele 31 și 36,

2. articolul 3 cu mențiunea că interesul de apărare trebuie să fie luat în considerare în mod adecvat,

3. articolul 6 cu mențiunea că obiectivul principal al internării provizorii este administrarea tratamentului,

4. articolul 10, paragraful 1, cu mențiunea că persoanei internate provizoriu trebuie să i se dea o ocupație,

5. articolul 22 cu mențiunile că măsurile de disciplinare, chiar și în cazul în care se încalcă ordonanțele articolului 126a, alineatul 2, din codul german de procedură penală, în coroborare cu articolul 119 din cadrul aceluiași cod, sunt legale și că ordonarea și executarea unei măsuri de disciplinare nu au voie să reprezinte un impediment pentru apărarea și capacitatea procesuală a deținutului,

6. articolele 33 și 34 cu următoarele mențiuni:

a) Conform condițiilor specificate la articolul 197, alineatul 5, propoziția 1 din legea bavareză cu privire la executarea pedepselor privative de libertate, trebuie să se menționeze dacă o persoană aflată în clinica de psihiatrie este internată acolo provizoriu și de asemenea care este posibila viitoare adresă după externare. Nu se va lua în calcul articolul 197, alineatul 5, propoziția 2 din legea menționată mai sus.

b) În cazul în care procedura este suspendată, dacă redeschiderea procedurii principale este respinsă în mod incontestabil, dacă o cerere este respinsă, conform articolului 413 din codul german de procedură penală, sau în cazul pronunțării achitării, instituțiile cărora li s-a comunicat informația menționată la litera a, trebuie să fie anunțate despre rezultatul procesului. Persoanelor internate provizoriu trebuie să li se spună despre dreptul la petiție în timpul audierii sau în timpul primirii notificărilor ulterioare.

c) Înainte ca procedura de inspecție a dosarului să fie efectuată, conform articolului 331, alineatul 1, instanța și procuratura trebuie anunțate pentru a se pronunța în această privință.

Titlul 4

Prevederi speciale pentru anumite grupuri de persoane

Art. 42

Femeile însărcinate și mamele de copii nou-născuți

În ceea ce privește femeile însărcinate și mamele de nou-născuți, se vor lua în considerare articolul 82, alineatele 1, 2 și 3, propoziția 1 și articolul 85 din legea bavareză cu privire la executarea pedepselor privative de libertate.

Art. 43

Persoanele ce au copii

În ceea ce privește persoanele internate care au copii, se va lua în considerare articolul 86, alineatele 1, 2, propoziția 1 și alineatul 3 din legea bavareză cu privire la executarea pedepselor privative de libertate.

Art. 44

Persoanele tinere

(1) ¹Persoanelor internate pentru infracțiuni comise până la vârsta de 21 de ani trebuie să li se ofere un regim educațional, cu mențiunea ca aceștia să nu fi împlinit deja vârsta de 24 de ani și că fapta lor a fost denunțată după ce au împlinit vârsta de majorat. ² Se va lua în calcul articolul 126, alineatul 2 din legea bavareză cu privire la executarea pedepselor privative de libertate.

(2) Persoanele tinere trebuie să fie, după posibilități, internate în instituții specializate.

(3) Persoanele tinere internate cu obligații școlare vor primi, în cadrul clinicii de psihiatrie, cursuri generale sau de formare profesională, în conformitate cu prevederile în vigoare cu privire la școlile publice, cât timp starea de sănătate îi permite și cât timp există spațiu și se iau măsuri organizatorice speciale pentru asta.

(4) ¹Persoanelor tinere internate li se vor oferi, în funcție de vârstă, programe de muncă, de educație și timp liber, precum și asistență în vederea dezvoltării caracterului acestor persoane. ²Dispoziția pentru acceptarea acestor oferte de către persoanele internate trebuie stimulată și încurajată.

(5) În cazul persoanelor minore internate, corespondența, transportul pachetelor și convorbirile la telefon cu diverse persoane pot fi interzise și întrerupte, cu excepția articolelor 12 și 13, dacă persoanele, în custodia cărora stau minorii, nu sunt de acord cu aceste lucruri.

Titlul 5

Organizarea, inspecția tehnică, comitetele consultative de expertiză medico-legală, costurile

Capitolul 1

Organizarea

Articolul 45

Competența instituțiilor privind executarea pedepselor

(1) ¹Ține de competența regiunilor federale ca pedepsele de internare să fie executate. ² La solicitarea autorităților judecătorești, regiunile vor acționa în această privință.

(2) La nivel local, responsabilitatea este asumată de regiunea,

1. unde persoana ce va fi internată are domiciliul sau reședința obișnuită sau – la cererea persoanei în cauză – unde avea domiciliu sau reședință obișnuită înainte să stea în arest,

2. în custodia căreia se află persoana ce trebuie internată sau

3. ce finanțează clinica de psihiatrie medico-legală.

(3) În concordanță cu autoritatea de supraveghere, Ministerul Justiției, conform alineatelor 1 și 2, reglementează competența clinicilor de psihiatrie medico-legale, în funcție de caracteristicile generale.

(4) ¹În ceea ce privește transferul și internarea într-o altă instituție, se va lua în considerare articolul 1 din legea bavareză cu privire la executarea pedepselor privative de libertate, cu mențiunea că și persoana în cauză poate înainta o cerere de transfer și internare în altă instituție. ²Transferul va fi efectuat prin acordul dintre instituțiile din cele două regiuni. ³Transferurile din sau în Bavaria au nevoie de acordul autorității de supraveghere.

Art. 46

Transferul competenței pentru executarea pedepsei

(1) ¹Regiunile federale pot transfera responsabilitatea executării pedepsei de internare către o parte terță, cu acordul autorității de supraveghere, atunci când se poate asigura mereu că

1. partea terță este o întreprindere comunală sau o societate cu răspundere limitată, ale căror acțiuni vor fi administrate direct sau indirect de către regiune,

2. regiunile își asumă responsabilitatea administrativă, fiscală și de control,

3. clinicile de psihiatrie medico-legală administrate de finanțatori îndeplinesc condițiile structurale, organizatorice și legate de personal pentru executarea legală a pedepsei, inclusiv că vor implementa măsurile de limitare a drepturilor de bază,

4. conducerea clinicii de psihiatrie, reprezentanții acesteia, medicii cu funcție de conducere și persoanele cu o funcție asemănătoare care efectuează un astfel de transfer, sunt angajați în regiunea care se face transferul.

5. privind acțiunile ce intervin în aspecte legate de drepturile fundamentale ale persoanelor internate, dreptul regiunilor de a emite directive, vizavi de persoanele menționate la numărul 4, este garantat și

6. ordinele autorității de supraveghere sau ale regiunilor vor fi executate.

²În cazul unui transfer la o întreprindere comunală, propoziția 1, numerele 2, 4 și 5 precum și numărul 6 nu sunt valide, cu privire la ordinele date de regiunile federale. ³Modificările raporturilor juridice relevante pentru transferul persoanelor au nevoie să primească acordul autorității de supraveghere.

(2) În cazul în care responsabilitatea executării pedepsei este transferată de la o întreprindere comunală la o societate cu răspundere limitată, se va lua în considerare alineatul 1, propozițiile 1 și 3.

Art. 47

Clinicile de psihiatrie medico-legală

(1) ¹Angajații clinicilor de psihiatrie trebuie să dispună de competențe de specialitate. ²Conducerea clinicii de psihiatrie exercită, vizavi de angajați, dreptul de a da ordine. ³Din motive speciale, sarcinile clinicii de psihiatrie pot fi încredințate prin contract și unor persoane externe.

(2) Clinicile de psihiatrie medico-legală trebuie să fie în așa fel organizate, ținându-se cont de aria acesteia, și structurate în așa măsură, încât persoana internată să beneficieze de tratament, să se ia măsuri de reintegrare a persoanei internate și ca deținutul să nu mai reprezinte un pericol pentru societate.

(3) ¹Finanțatorul va controla și evalua în mod regulat condițiile de internare. ²La cererea autorității de supraveghere, finanțatorii vor colecta date cu caracter personal la nivel de land federal sau la nivel național sau îi vor transmite acesteia un raport al calității. ³Autoritatea de supraveghere va stabili cerințele de conținut și frecvența emiterii raportului calității, conform propoziției 2.

Art. 48

Conducerea clinicii de psihiatrie medico-legală

(1) ¹Conducerea clinicii de psihiatrie va fi reprezentată de către un medic specialist de psihiatrie și psihoterapie, cu accent pe psihiatrie medico-legală, sau de un medic ce deține o calificare profesională asemănătoare. ²În cazuri speciale, conducerea unei clinici de psihiatrie medico-legală poate fi reprezentată de un psihoterapeut, preferabil cu o calificare separată de expertiză medico-legală.

(2) ¹Dacă este cazul, finanțatorul va informa în scris autoritatea de supraveghere de o posibilă înlocuire a personalului clinicii de psihiatrie sau a reprezentanților acesteia. ²Procedura de înlocuire menționată la propoziția 1 va avea loc doar cu acordul autorității de supraveghere.

(3) Locurile de muncă din cadrul clinicii de psihiatrie vor fi ocupate prin deciziile finanțatorului, după ce acesta se va consulta cu conducerea clinicii; în cazul de față, conducerea clinicii are drept de propunere a candidaților.

(4) Este nevoie de acordul conducerii clinicii pentru ca persoane din afara clinicii să poată lucra în cadrul acesteia.

Art. 49**Atribuțiile conducerii clinicii de psihiatrie medico-legală**

(1) ¹Conducerea clinicii de psihiatrie poate, cu excepția deciziilor specificate la alineatul 2, să delege atribuții angajaților calificați din cadrul clinicii de psihiatrie. ²Trebuie să se asigure faptul că șeful clinicii de psihiatrie deține dreptul de a da dispoziții acestor angajați și că deciziile luate de angajați vor fi comunicate conducerii.

(2) ¹Următoarele decizii trebuie luate de către în mod expres de către clinica de psihiatrie:

1. să impună restricții, conform articolului 3, alineatul 2, propoziția 2,
2. să impună măsuri de tratament împotriva voinței persoanelor internate (articolul 6, alineatele 3 – 6 și articolul 41, nr. 3),
3. să impună restricții, să interzică, să supravegheze și să păstreze corespondențe, medii de stocare de imagine, de fișiere audio și de date, precum și alte forme de transmitere individuală a informațiilor și pachetelor (articolul 13),
4. să impună restricții, să supravegheze și să întrerupă convorbirile telefonice (articolul 13),
5. să transfere persoanele internate, atât provizoriu cât și pe perioadă nelimitată, dintr-o secție în alta în cadrul aceleiași clinici de psihiatrie sau într-o altă clinică de psihiatrie,
6. să stabilească procedura de atenuare a pedepsei, precum și regulile ce vin odată cu acest proces (articolele 16 – 18 și 20),
7. să impună măsuri de disciplinare (articolul 22),
8. să impună aplicarea procedurilor de percheziție și investigație în mod repetat (articolul 24, alineatul 4),
9. să impună măsuri speciale de siguranță (articolul 25),
10. să impună măsuri de constrângere cu caracter medical (articolul 26),
11. să impună măsuri de supraveghere prin mijloace optice-electronice în spațiile de locuit și de dormit (articolul 34, în coroborare cu articolul 21a din legea bavareză cu privire la protecția datelor),
12. să anunțe autoritatea de supraveghere despre posibilitatea de suspendare a pedepsei sau de încheiere a acesteia (articolul 35, alineatul 1, propoziția 2),
13. să decidă externarea (articolul 36),
14. să interneze copii în clinică (articolul 43),
15. să impună un regim educațional pentru persoanele tinere internate (articolul 44, alineatul 1, propoziția 1).

²Măsurile de tratament menționate la propoziția 1, nr. 2 trebuie să fie luate de către medicul cu cel mai mare rang în instituție împreună cu acordul conducerii clinicii, în cazul menționat la articolul 48, alineatul 1, propoziția 2.

(3) ¹În cazul în care conducerea clinicii nu poate fi contactată la timp, deciziile menționate la alineatul 2 pot fi luate și de către un medic delegat al clinicii sau de către un psihoterapeut delegat al clinicii; alineatul 2, propoziția 2, va fi luat în considerare. ²În caz de pericol iminent, măsurile menționate la alineatul 2, propoziția 1, numerele 1-4, 7-11, pot fi luate și de alți angajați ai instituției; în cazul specificat la alineatul 2, propoziția 1, nr. 2, este nevoie de acordul unui medic; în cazurile specificate la alineatul 2, propoziția 1, numerele 1, 3, 4, 7-11, este nevoie de acordul unui medic sau al unui psihoterapeut. ³Conducerea clinicii de psihiatrie trebuie anunțată imediat după aceea.

Art. 50

Autoritatea de supraveghere

(1) ¹Centrul „Bayern Familie und Soziales” va inspecta modul de executare a pedepsei menționată în această lege. ²Se va lua în considerare ordonanța regională.

(2) ¹Competențele autorităților de supraveghere legală și tehnică pot fi exercitate în mod direct prin intermediul finanțatorilor, conform articolului 46. ²În cadrul în care această procedură este executată de altă persoană decât cea desemnată, conform articolului 95 din Ordonanța Regională, autoritatea de control juridic va prelua drepturile finanțatorului și poate să se folosească de angajați și de aspectele legate construcție și organizare. ³Finanțatorul trebuie să asigure faptul că procedura de delegare menționată mai sus poate fi exercitată oricând în mod liber și că drepturile unor părți terțe nu vor reprezenta un impediment în această situație.

Capitolul 2

Comitete de consultanță medico-legală

Art. 51

Comitete de consultanță medico-legală

¹În cadrul clinicilor de psihiatrie medico-legală trebuie să se înființeze comitete de consultanță. ²Articolul 185, alineatul 2 și articolele 186 – 188 din legea bavareză cu privire la executarea pedepselor privative de liberate, se aplică în acest caz.

Capitolul 3 Costurile

Art. 52 Costurile de internare

(1) Costurile necesare transportului în clinica de psihiatrie și costurile de internare vor fi suportate de landul Bavaria, cât timp un finanțator nu este obligat să ofere îndemnizații sau cât timp un terț nu este obligat să ofere sume de același tip.

(2) ¹Fiecare regiune poate să primească o sumă totală pentru o anumită perioadă de timp (buget), în ceea ce privește clinicile de psihiatrie administrate de aceasta sau de una din întreprinderile regiunii. ²Costurile pentru investițiile necesare pot fi rambursate printr-o singură finanțare sau pot fi cuprinse în buget. ³Autoritatea de control tehnic este autorizată, prin intermediul unui acord cu finanțatorii sau printr-o dispoziție a unui organ administrativ în baza competenței legale, să stabilească detaliile cu privire la buget, precum și cu privire la alocarea costurilor de investiție.

Titlul 6 Prevederi finale

Art. 53 Limitarea drepturilor fundamentale

Prin intermediul acestei legi, drepturile fundamentale la viață, integritate fizică și libertate, precum secretul corespondenței și a telecomunicațiilor (articolul 2, alineatul 2, propozițiile 1 și 2, precum și articolul 10, alineatul 1 din constituție, articolul 102, paragraful 1, articolul 109 și 112, paragraful 1 din constituție) pot fi limitate.

Art. 53a Modificarea altor prevederi legale

(1) Legea care pune în aplicare legea cu privire la tribunalele care judecă procesele între cetățeni și instituții în Bavaria (colecția bavareză de legi și decrete 33 – 1 – A), modificată recent prin articolul 1, nr. 328 al ordonanței din 22 iulie 2014 (Monitorul Oficial, pagina 286), este modificată astfel:

1. Articolului 1 i se va adăuga următorul alineat (3):

„(3) Completele de judecată de la tribunalul din München, complete ce se ocupă de chestiuni legate de dreptul medicilor de a profesa, vor lua decizii și pentru Bavaria de Jos, Palatinatul Superior și Suabia, completele de

judecată de la tribunalul din Nürnberg vor decide și pentru Franconia Superioara și Franconia Inferioară.”

2. Articolul 2 este anulat.

3. Articolul 4 va fi modificat astfel:

a) Alineatul 1 nu va mai fi numerotat. Textul original va fi notat *propoziția 1* și i se va adăuga următoarea propoziție:

„²În Schweinfurt există o filială cu șase senate.”

b) Articolul 2 va fi anulat.

4. Articolul 8, alineatul 2 va fi anulat; alineatul 1 nu va mai fi numerotat.

(2) Legea care pune în aplicare legea cu privire la tribunalele care judecă procesele între cetățeni și instituții din 8 decembrie 2006 (Monitorul Oficial, pagina 942, colecția bavareză de legi și decrete 86 – 7 – A) , modificată recent prin articolul 2, nr. 55 din legea din 12 mai 2015 (Monitorul Oficial, pagina 82), va fi modificată astfel:

1. Secțiunea de cuprins va fi modificată astfel:

a) Titlurile articolelor 4 și 10 vor primi următoarea mențiune:

„(anulat)”.

b) La titlul părții a 7-a, capitolul 2, subcapitolul a 2-a, și la titlul articolului 29, sintagma „autorități de stat pentru minori” va fi înlocuită cu „autoritatea de stat pentru minori”.

c) Se va introduce partea 7a:

„Partea 7a

Prevederi cu privire la cea de-a noua carte din Codul Social

-Reabilitarea persoanelor cu handicap-

Articolul 66a Alocarea de costuri pentru concediul suplimentar”.

d) La titlul părții a 11-a, cuvintele „a legii cu privire la tribunalele pentru minori” va fi tăiată,

e) Titlurile articolelor 95 și 109 vor primi următoarea mențiune:

„(anulat)”.

f) La titlul articolului 118, cuvintele „prevedere tranzitorie” vor fi tăiate.

2. Articolul 12 va fi modificat astfel:

a) Paragraful 1 va fi anulat.

b) Paragraful 2 nu va mai fi numerotat; cuvântul „ele” va fi înlocuit cu „Prevederile articolului 7”.

3. La articolul 23, alineatul 3, propoziția 1, cuvintele „recomandări comune din partea autorităților superioare pentru minori” vor fi înlocuite cu „recomandările autorităților superioare pentru minori”.

4. La titlul părții a 7-a, capitolul 2, subcapitolul 2, și la titlul articolului 29, sintagma „autorități de stat pentru minori” va fi înlocuită cu „autoritatea de stat pentru minori”.

5. Articolul 26, alineatul 1, propoziția 2, va fi anulat; propoziția 1 nu va mai fi numerotată.

6. Articolul 27, alineatul 1, va fi modificat astfel:

a) La numărul 1, la prima jumătate din propoziția 1, cuvintele „de la cele mai înalte autorități de stat pentru minori” vor fi înlocuite cu „de la minister”.

b) La numărul 3, cuvintele „în bună înțelegere cu autoritățile superioare pentru minori” vor fi înlocuite cu „de minister”.

7. Articolul 9 are următoarea precizare:

„Articolul 29

Autoritatea superioară pentru minori

Autoritatea superioară pentru minori este ministerul.”

8. Articolul 60, alineatul 2, va fi anulat; alineatul 1 nu va mai fi numerotat.

9. Se va introduce partea 7a:

„Partea 7a

Prevederi cu privire la cea de-a noua carte din Codul Social

- Reabilitarea persoanelor cu handicap -

Articolul 66a Alocarea de costuri pentru concediul suplimentar”.

(1) ¹ În ceea ce privește angajatorii privați, comunitățile, asociațiile autorităților locale și corporațiile de drept, statul va compensa, la cerere, cheltuielile salariale pentru concediul suplimentar acordat conform articolului 125 din Codul Social, Cartea a 9-a, pentru angajații ce au intrat în câmpul muncii conform articolului 71 din Codul Social, Cartea a 9-a. ²Nu se acceptă să se aloce cheltuieli de salariu în cazurile precizate la articolul 75, alineatul 3 din codul de mai sus.

(2) ¹Biroul pentru integrare va prelucra cererea de alocare a cheltuielilor pentru un an de concediu. ²Cererea trebuie predată până la 31 ianuarie din următorul an calendaristic. „

10. La titlul părții a 11-a, cuvintele „a legii cu privire la tribunalul pentru minori” vor fi șterse.

11. Articolul 95 va fi anulat.

12. Articolul 116, alineatul 3, propoziția 1 va fi anulat; propozițiile 2 și 3 vor deveni propozițiile 1 și 2.

13. Articolul 118 va fi modificat astfel:

a) La titlu, cuvintele „dispoziție tranzitorie” vor fi șterse.

b) Paragraful 1 nu va mai fi numerotat.

c) Paragraful 2 va fi anulat.

(3) Legea cu privire la internarea și consilierea bolnavilor psihic, în versiunea promulgării acesteia la 5 aprilie 1992 (Monitorul Oficial, pagina 60, corectat pagina 851, colecția bavareză de legi și decrete 2128 – 1 - A) , modificată recent prin articolul 10b, alineatul 3, din legea de la 23 iunie 2015 (Monitorul Oficial, pagina 178), va fi modificată astfel:

1. Secțiunea de cuprins va fi modificată astfel:

a) Capitolele 7 și 8 vor fi anulate.

b) Capitolul 9 va deveni capitolul 7.

c) La titlul articolului 31, cuvântul „abrogare” va fi șters.

2. Capitolele 7 și 8 vor fi anulate.

3. Capitolul 9 va deveni capitolul 7.

4. Articolul 31 va fi modificat astfel:

a) La titlul, cuvântul „abrogare” va fi șters.

b) Alineatul 1 nu va mai fi numerotat.

(4) Legea cu privire la organizarea tribunalelor pentru chestiuni legate de ocuparea forței de muncă din landul Bavaria (colecția bavareză de legi și decrete 21 – 1 – A), modificată recent prin articolul 1, nr. 326 al ordonanței din 22 iulie 2014 (Monitorul Oficial, pagina 286), va fi modificată astfel:

1. Titlul va primi următoarea mențiune în paranteză:

„(ArbGOrgG - prescurtarea legii de mai sus)

2. Articolul 5 va fi anulat.

3. Articolul 6 va deveni articolul 4; alineatele 3 și 4 vor fi anulate.

(5) Articolul 98, alineatul 3, propoziția 1 din legea cu privire la executarea internării într-o clinică de psihiatrie cu regim de detenție din 22 mai 2013 (Monitorul Oficial, pagina 275, colecția bavareză de legi și decrete 312 – 0 - J), modificată recent prin legea din 25 iulie 2014 (Monitorul Oficial, pagina 246), va arăta astfel:

¹Cât timp nu vor afecta obiectivele și trăsătura definitivă a terapiei, următoarele articole vor fi luate în considerare pentru executarea pedepsei de internare într-un spital de psihiatrie: articolul 4, 12, 13, alineatul 1, articolele 14 – 21, 23, precum și articolul 24, alineatele 1 și 2, propozițiile 1 – 3 din cadrul legii cu privire la internare și articolul 6, paragrafele 2 – 6, precum și articolul 7, alineatele 3 și 4 din cadrul legii bavareze cu privire la executarea procedurii de internare într-un spital de psihiatrie.”

Art. 54

Intrarea în vigoare a unor legi, abrogarea altor legi

(1) Această lege intră în vigoare la data de 1 august 2015.

(2) După data de 31 iulie 2015, următoarele legi vor fi abrogate:

1. ordonanța bavareză cu privire la o filială a tribunalului care judecă procesele dintre cetățeni și instituții din Schweinfurt, din data de 2 mai 1995 (Monitorul Oficial, pagina 167, colecția bavareză de legi și decrete 33 – 2 - A),

2. ordonanța cu privire la competențele acestui tribunal, din data de 9 aprilie 1954 (colecția bavareză de legi și decrete, 33 – 3 – A),

3. legea cu privire la alocarea de costuri pentru concediul persoanelor cu handicap sever, din data de 18 mai 1951 (colecția bavareză de legi și decrete 811 – 2 – A).

Președintele
prin delegare

Inge Aures
al doilea vicepreședinte

RESTITUIRI

Începând cu acest număr, Redacția Revistei Pro Lege își propune să restituie memoriei colective o parte din contribuția antecesorilor noștri, reputați oameni ai legii, juriști, profesori universitari, magistrați, avocați ș.a., care, prin scrierile lor, ce și-au găsit expresie în paginile revistelor de profil ale vremii, au rămas posterității ca veritabile exemple de gândire juridică, dar nu numai.

Așadar, acestea merită cu prisosință a fi redate și ne face o deosebită plăcere să le găzduim în paginile revistei noastre.

Bucurați-vă de ele!

În acest număr:

LĂSAȚI, D-LOR POLITICIANI, ÎN PACE PARCHETELE ȘI CABINETELE DE INSTRUCȚIE!

Când vine spre cercetare o afacere mai mare, cu persoane mai marcante, începe o adevărată avalanșă de stăruinți la poarta parchetelor și cabinetelor de instrucție, o presiune sub formă prietenească, o constrângere morală, cerându-se fie arestarea, fie, mai ales eliberarea.

- Ai arestat un nevinovat, îți jur pe copiii mei că omul n'a făcut nimic, ai greșit, interpreți rău legea, faptul nu intră în text și așa ți-se înșiră un vocabular lung, azi, mâine, poimâine. La infinit acelaș cântec, pe acelaș ton, rugăminți, strângeri de mână, numai să scape pungașul, excrocul, ucigașul!

Să-l vadă lumea pe stradă, sfideze victimele, să se mire mediul! Nu importă, dacă marele prestigiu al justiției suferă, asta-i indiferent, totul e să se încaseze suma.

Vai dacă te ții dârz, inflexibil, ca piatra.

Le apare cuta între sprincene, figura se schimbă brusc, nervul reține greu deslănțuirea furtunii.

- Lasă

Aici se vede bine, apare ca o cerință imperioasă a colectivității, nevoia creării absolutei independenței morale și materiale a magistratului.

În jurul marilor afaceri e un iarmaroc la ușa cabinetelor de instrucție și la parchete, o răpire a timpului necesar magistratului, o atingere a demnității și independenței sale.

Să n'ai personalitate or individualitate, să fii topit în voința altora, anihilat, șters, monedă fără valoare...

Șoaptele, rugămintele, răsună în piatra palatului și pătrund, trec departe, în mediu.

- Cutare are trecere, du-te la el că închide, eliberează, face totul.

Când te prinde în mulțime, în lumea de imprecinați, e un deliciu ... pentru el. - Te caută, îți șoptește, strânge afabil mâna, se pleacă.

- Are trecere !

Și curentul se formează, iar cei nevoiți or certați cu codul penal îl asaltează, vine cu ei până la ușă, el intră înăuntru, vorbește ceva și iese.

- Am aranjat, se face !

Se face, bine, dar cu ce preț, cu ce scădere a încrederii în justiție ! Cu ce șoapte care pătează aureola sfântă, care plutește deasupra templului magistraturii.

Se bat țărani în preajma alegerilor și se constată slabe incapacități de lucru. Vin două tabere politice. Arestează-i, a fost moarte, de om ! - Nu-l aresta că e un fleac!

Evident, după, ce țărănimea e instigată, de o propagandă criminală, ba că grâul e fără preț, ba gazul s'a scumpit, ba că guvernele fac cutare și cutare lucru, ba că birurile puse pentru salvarea patriei sunt mari, răscolindu-se cugetele cu fel de fel de acuzațiuni, după ce se toarnă deasupra satelor băutura din belșug, culegem azi dosare la instrucție și intervenții, iar mâine cea mai formidabilă revoluțiune, dacă, nu ne vom trezi.

Răsboiul a zmintit fața morală a mulțimii, căci 'e destul să deschizi un ziar ca să constați o diferențiere enormă cu trecutul.

Aerul e îmbâcsit, atmosfera groaznică, sufocantă, contagiunea răului prăpădește și atacă temeliile de fier ale societății.

Primenirea, vine de la magistratură.

Ea stă trează la postul datoriei, în tranșea muncii, în permanentă ofensivă contra rezelor sociale care subminează moralitatea vie a neamului.

Lăsați-o să-și facă datoria cum crede și nu-i turburați liniștea necesară, cu intervențiuni enorme păgubitoare prestigiului justiției naționale a poporului.

Ea e armata păcii, a ordinii și propășirii umane, sămănătoarea vieții morale de mâine.

Ea nu vede oameni, ci fapte!

Vrem ne facem toată datoria în deplină libertate, cu dreptate, cinste și conștiință, pe altarele patriei pentru a forma generația viitorului.

Deci, lăsați-ne în pace !

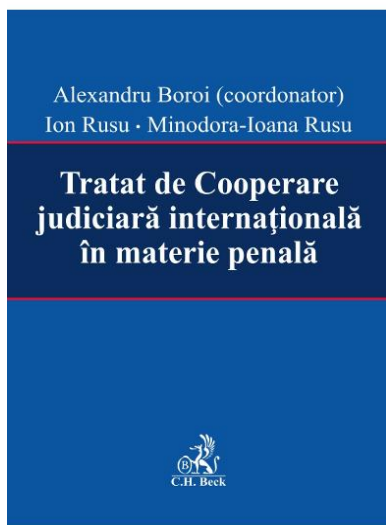
Iași, 15 Mai 1930.

TRAIAN ROMULUS SCRIBAN
Judecător de instrucție Trib. Iași

VITRINA CĂRȚII JURIDICE

SIMONA FROLU*

Procuror - Parchetul de pe lângă
Înalta Curte de Casație și Justiție



Tratatul, avându-i drept autori pe prof. univ. dr. Ioan RUSU și dr. Minodora-Ioana RUSU, sub coordonarea prof. univ. dr. Alexandru BOROI, reprezintă o lucrare complexă în care sunt analizate, rând pe rând, principalele forme de cooperare judiciară internațională în materie penală, beneficiind de interpretare doctrinară și cuprinzând aspecte de practică judiciară națională și europeană.

* * *



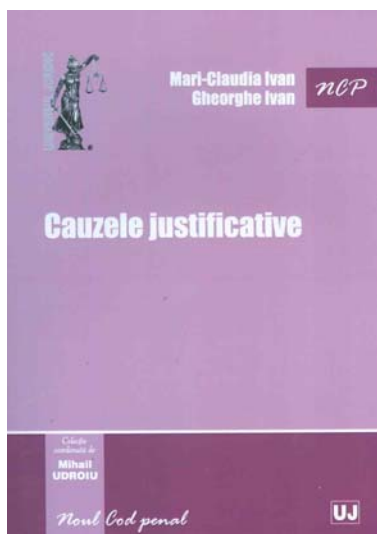
Fenomenul spălării banilor, din punct de vedere juridic, este foarte puțin cercetat în știința penală românească. Lucrarea de față, semnată de dr. Remus JURJ-TUDORAN și prof. univ. dr. Dan DROSU ȘAGUNA, este axată mai mult pe aspecte practice, de investigare a infracțiunii de spălare a banilor din punct de vedere al procurorului, iar în baza acestora pot fi create noi posibilități pentru aplicarea și folosirea reală a datelor științifice, în scopul eficientizării metodelor folosite de autorități.

Ediția a 2-a aduce numeroase elemente noi, unele de mare complexitate. Sunt prezentate soluțiile jurisprudențiale pronunțate de Înalta

* e-mail: frolu_simona@mpublic.ro

Curte de Casație și Justiție (hotărâri preliminare pentru dezlegarea unor probleme de drept sau recursuri în interesul legii) sau de Curtea Constituțională, precum și jurisprudența recentă a instanțelor naționale. De asemenea, lucrarea analizează detaliat aspecte de noutate în cadrul reglementărilor europene (Directiva 2015/849/UE, Directiva 2014/42/UE), dar și implicațiile apariției monedei Bitcoin.

* * *



În lucrarea *Cauzele justificative*, autorii, Mari-Claudia IVAN și prof. univ. dr. Gheorghe IVAN, își încep studiul cu analiza caracterului penal al faptei săvârșite, prin acesta înțelegând însușirea acesteia de a prezenta niște trăsături esențiale, adică chintesența ei de a se regăsi în toate situațiile într-o triadă de realități bine determinate și legate între ele: tipicitate, antijuridicitate și vinovăție. În continuare, autorii analizează cauzele care înlătură caracterul penal al faptei săvârșite, acestea fiind acele stări, situații, cazuri, condiții sau alte împrejurări a căror existență în timpul săvârșirii faptei face ca vreuna dintre trăsăturile esențiale ale infracțiunii să nu se

realizeze. Prin urmare, acestea pot fi cauze care înlătură tipicitatea faptei, cauze care înlătură antijuridicitatea faptei și cauze care înlătură vinovăția. Dintre acestea, le rețin atenția cu preponderență cauzele din cea de-a doua categorie, și anume cauzele justificative, cărora în studiu le dedică, cum este și firesc, un amplu capitol; autorii au în vedere atât cauzele justificative generale, cât și pe cele speciale. Pentru prima dată în literatura noastră de specialitate, autorii identifică și analizează cauzele justificative speciale. După punerea în evidență a aspectelor teoretice, autorii abordează și latura practică a problemicii, cu aspecte de practică judiciară, atât din sfera națională, internă, cât și din perspectiva CEDO, precum și cu unele studii de caz interesante.

Autorii finalizează cercetarea științifică prin prezentarea concluziilor, cu unele opinii aprobative sau critice și propuneri *de lege ferenda*.

* * *



Lucrarea, elaborată de Codruț OLARU, este structurată pe o analiză din punct de vedere practic a majorității infracțiunilor prevăzute de legislația națională în materie antidrog – Legea nr. 143/2000, republicată –, sens în care s-a urmărit selectarea unor cazuri practice complexe, reprezentative pentru acest subdomeniu al criminalității organizate, prin raportare atât la forma de bază a infracțiunii, dar și la formele agravante de manifestare, printr-o analiză a elementelor de drept substanțial și a celor de procedură penală. Cartea grupează exclusiv cauze judecate definitiv de Înalta Curte de Casație și Justiție, corespunzătoare perioadei anilor 2014-2015,

sens în care s-a pus un accent deosebit pe jurisprudența actuală a instanței supreme în materia infracțiunilor privind traficul și consumul ilicit de droguri, cu elemente de analiză particulare, generate de intrarea în vigoare, după data de 1 februarie 2014, a noului Cod penal și a noului Cod de procedură penală.

* * *



Autorul, Bogdan VÎRJAN, avocat și cadru didactic la Universitatea „Titu Maiorescu”, abordează tema evaziunii fiscale dintr-o perspectivă pluridisciplinară - a dreptului penal, finanțistă și economică.

Editată la cinci ani de la prima ediție, lucrarea păstrează structura inițială, fiind pus un accent deosebit pe aspecte controversate de teorie și practică judiciară, fiind realizată o analiză comparativă între reglementările anterioare și cele actuale.

