

## **Lex mitior – tendințe în dreptul comparat**

M.iur. av. Ionuț NEFLIU\*

- I. *Fundamentarea dogmatică a celor două versante ale lex mitior* (pp. 1-8)
- II. *Jurisprudența națională ("dreptul viu") se supune sau scapă lex mitior? Ultimele evoluții ale jurisprudenței CEDO* (pp. 8-10)
- III. *Cele 2 metode de determinare a lex mitior. Critica metodologică a "blocului mai favorabil"* (pp. 10-17)
- IV. *Tipuri de sisteme existente cu privire la impactul lex mitior cu res judicata. 24 de motive pentru care res judicata ar trebui să se armonizeze cu preeminența lex mitior* (pp. 18-26)
- V. *Spania, sancționată succesiv de CEDO pentru violarea lex mitior în perioada de executare a pedepselor, în cazul așa-ziselor „beneficios penitenciarios”* (pp. 28-31)
- VI. *Constituțiile Portugaliei și Italiei, analizate cu jurisprudența aferentă* (pp. 32-39)
- VII. *Curtea Supremă de Casație a Republicii Italiene (Sentința Ercolano, din 24 oct. 2013<sup>1</sup>) - o nouă și molto vivace orientare jurisprudențială în materia lex mitior intermedia, invocată în cadrul unei proceduri premiale* (pp. 39-44)
- VIII. *Privire asupra experienței germane și franceze* (pp. 44-49)
- IX. *Concluzii. Moștenirea lui Dongoroz-parte irenunciabilă* (pp.50-52)

I. Tema *lex mitior* este una captivantă, devreme ce, cu fiecare nouă lege penală sau **procesualpenală** publicată în M.Of. (Codurile sunt niște superlegi, care marchează inclusiv evoluția sau/și, din păcate, involuția culturii juridice), orizontul problematic nu încetează să fie trasat de liniile ciocnirii dogmatice și ale confruntării de opinii pe tărâm politico-juridic între curentul de determinare unitară (globală, integrativă) a *lex mitior* și curentul de determinare diferențiată a *lex mitior* (pe instituții autonome). Practic, școala mai tradițională, integrativă, refuză cu obstinație și imobilism, spre deosebire de școala instituțiilor autonome, mai flexibilă, existența posibilității combinării legii vechi cu legea nouă, împiedicând aplicarea acelei părți din legea nouă (sau veche) mai favorabilă inculpatului<sup>2</sup>, clamând că nu se poate crea, prin voința interpretului ultim care este judecătorul, *una lex tertia*. Oare, așa să fie?...

---

\* M.iur., Avocat definitiv, Baroul București, e-mail: ionefliu[at]gmail.com  
Studiu publicat la 15 iulie 2014.

Avem rugămintea să fim citați astfel:

Ionuț NEFLIU, *Lex mitior-tendințe în dreptul comparat*

[www.cdsp.ro/lex\\_mitior\\_tendinte\\_in\\_dreptul\\_comparat\\_2014.pdf](http://www.cdsp.ro/lex_mitior_tendinte_in_dreptul_comparat_2014.pdf)

<sup>1</sup> Curtea Supremă de Casație a Republicii Italiene, Secțiunile Unite Penale, Sentința nr. 18821 din 24 oct. 2013, depozitată 7 mai 2014.

[http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1399478275SU\\_Ercolano\\_18821\\_2014.pdf](http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1399478275SU_Ercolano_18821_2014.pdf)

Consultat, ultima oară, 30 iunie 2014

<sup>2</sup> Vinicius DE TOLEDO PIZA PELUSO, *Retroatividade Penal Benéfica: A conjugação de leis penais sob a ótica constitucional*, p.4.

Nu putem începe decât cu inspiratul verb cu care prof. dr. Américo Taipa de Carvalho (Portugalia) ipostaziază într-un mod fericit spiritul *lex mitior*: “*Statul de drept material în funcția sa de protecție a persoanei umane, cu succesiva afirmare a libertății ca principiu general fundamental, nu doar că interzice retroactivitatea legilor penale defavorabile, dar de asemenea impune aplicarea retroactivă a legilor mai favorabile. Care va să zică, principiul constituțional al libertății sau favor libertatis este astăzi matricea comună și principiul superior din care derivă atât neretroactivitatea in pejus, cât și retroactivitatea in mellius.*”<sup>3</sup>

Trebuie subliniat că principiile de neretroactivitate a legii penale și de retroactivitate a legii *in mellius* nu pot fi văzute pur și simplu ca „versul” și reversul aceleiași chestiuni și asta pentru că au, din punct de vedere genetic, izvoare diferite<sup>4</sup>: primul decurge din principiile *nullum crimen sine lege* și *nulla poena sine lege*, ceea ce, în final, ilustrează principiul legalității; al doilea principiu, derivând încă și din principiul legalității, nu mai puțin derivă din alte principii, cum este cel al egalității și din principiul necesității pedepselor și măsurilor de siguranță (al strictei necesități-*ultima ratio*)<sup>5</sup>.

Taipa de Carvalho apreciază la rândul-i, diferențiind originile celor două versante ale *lex mitior*, că “*în adevăr, fundamentul originar al interzicerii aplicării retroactive a legii penale a fost politico-juridic, afirmat de către Statul de drept liberal ca o inerentă exigență de garanție față de arbitrariul punitiv al puterii legislative și judiciare, propriu Statului absolut*”<sup>6</sup>, în vreme ce retroactivitatea legii penale este legată de politica penală și de scopurile pedepsei<sup>7</sup>. Retroactivitatea legii penale mai favorabile se justifică prin limitarea puterii punitive a statului, care niciodată nu poate fi mai amplă decât puterea punitivă consacrată de lege *în mai mică măsură* până la momentul aplicării sale<sup>8</sup>.

Acestea fiind zise, este de constatat că art. 15 alin. 2 din Constituția României se mulțumește să consacre incomplet principiul retroactivității legii penale sau contravenționale mai favorabile (*in mitius lex*), un principiu deloc oarecare, o civilitate consacrată în toate constituțiile moderne, cu rol de *garanție a persoanei umane* în fața unui plus injustificat de represiune a Statului, principiu care intră în *dinamica* funcționării

---

[http://www.academia.edu/2428083/Retroatividade\\_Penal\\_Benefica\\_-\\_A\\_conjugacao\\_de\\_leis\\_penais\\_sob\\_a\\_otica\\_constitucional](http://www.academia.edu/2428083/Retroatividade_Penal_Benefica_-_A_conjugacao_de_leis_penais_sob_a_otica_constitucional)

Consultat, ultima oară, 30 iunie 2014

<sup>3</sup> Idem, p.16.

<sup>4</sup> Decizia nr. 240/1997 din 12 mar. a Tribunalului Constituțional Portughez, Secția a II-a, p.8.

<sup>5</sup> Ibidem.

<sup>6</sup> Vinicius DE TOLEDO PISA PELUSO, art. cit., p.3.

<sup>7</sup> Ibidem.

<sup>8</sup> Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Vol. IV, Direitos Fundamentais*, pp. 234-235, citat în Decizia nr. 240/1997 din 12 mar. a Tribunalului Constituțional Portughez, Secția a II-a, p.8.

unui Stat *democratic* de drept<sup>9</sup>. Incomplet, pentru că nu este consacrat *expressis verbis* la nivel constituțional românesc, un principiu corelativ, încă mai important, nesusceptibil de derogabilitate, care nu funcționează ca excepție, mult mai intim legat de principiul legalității de drept penal - principiul **neretroactivității** legii penale mai defavorabile (*in pejus lex*), principiu care se regăsește consfințit în numeroase declarații și tratate internaționale<sup>10</sup>, fiind menit să asigure o protecție efectivă contra urmărilor penale, condamnărilor și sancțiunilor arbitrare<sup>11</sup>. Primul lucru pe care îl proclamă Codul penal portughez (1982) în al său art. 1 alin. 1 este chiar neretroactivitatea legii penale: "*Poate fi sancționată penal numai fapta descrisă și declarată pasibilă de pedeapsă prin lege anterioară săvârșirii sale.*"

Un principiu corelativ sub care se mai poate înfățișa *lex mitior* este și *principiul retroactivității legii penale mai puțin severe*.

În afacerea *Del Rio Prada vs. Spania* (10 iul. 2012), Curtea EDO a avertizat (par.62) că „*jurisdicțiile interne nu ar trebui să aplice retroactiv și în defavoarea celui interesat spiritul modificărilor legislative intervenite după săvârșirea infracțiunii. Aplicarea retroactivă a legilor penale ulterioare nu este admisă decât dacă modificarea legislativă este în favoarea inculpatului.*”

Lacunele Constituției noastre în ce privește *lex mitior* sunt așadar considerabile, devreme ce în loc de 2 versante genetic diferite, avem un singur versant și acela derogabil, care aparține retroactivității *in mitius*. Distanța se impune a fi făcută în clar, prin text constituțional expres, astfel încât să se înlăture parțialitatea consacrării *lex mitior*, întrucât retroactivitatea *in mitius* poate fi limitată<sup>12</sup> de legiuitorul organic ori ordinar, dar neretroactivitatea *in pejus* a legii penale nu poate suferi limitări sau excepții, fiind practic absolut inderogabilă (poate fi totuși o excepție legitimă și convențională, conformă art. 7 par. 2 din Convenția EDO, cazul recentism al tortionarilor staliști,

---

<sup>9</sup> Vincenzo MAIELLO, *Il rango della retroattività della lex mitior nella recente giurisprudenza comunitaria e costituzionale italiana*, Rivista italiana di diritto e procedura penale, Fasc. 4-Ottobre-Dicembre 2008, p.1615.

<sup>10</sup> În art. 8 din Declarația Franceză a Drepturilor Omului și Cetățeanului din 27 aug. 1789, în art. 11 par. 2 din Declarația Universală a Drepturilor Omului din 10 dec. 1948, în art. 7 al Convenției de la Roma de Salvagardare a Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale (Convenția E.D.O.) din 4 nov. 1950, în art. 49 din Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene, în art. 15 din Pactul Internațional referitor la Drepturile Civile și Politice din 19 dec. 1966, în art. 40 par. 2 din Convenția asupra Drepturilor Copilului, în art. 11 și art. 24 din Statutul de la Roma al Curții Penale Internaționale, în art. 9 din Convenția Americană a Drepturilor Omului, în art. 7 par. 2 din Carta Africană a Drepturilor Omului și Popoarelor, în art. 15 din Carta Arabă a Drepturilor Omului, revizuită în 2008.

<sup>11</sup> *Kafkaris vs. Cipru*, 12 feb. 2008, Marea Cameră CEDO, Opinia parțial disidentă a judecătorilor Loucaides și Jočienė, p.74; *Kokkinakis vs. Grecia*, 25 mai 1993.

<sup>12</sup> Mihai Adrian HOTCĂ, *Aplicarea legii penale în conformitate cu normele noului Cod penal*, Revista Dreptul, nr. 5/2014, p.126.

directori de închisori în fosta Republica Populară Română<sup>13</sup>). În Constituția Republicii Italiene (art. 25 alin. 2) sau a Regatului Spaniei (art. 25 alin.1), parțialitatea consacării constă, din contră, din celălalt versant al *lex mitior* față de constituția românească (revizuită în 2003), în sensul că este consacrată constituțional doar *interdicția de neretroactivitate a legii penale mai aspre*<sup>14</sup>. Subliniază just și prof. dr. Giuseppe Bettiol (Italia) că "*principiul neretroactivității legii penale nu se extinde la normele care dezincriminează o anumită faptă penală, norme ce au întotdeauna efect retroactiv.*"<sup>15</sup>

Semn al ignorării cu seninătate a neretroactivității *in pejus*, România a fost condamnată de CEDO (Președinte, jud. Boštjan Zupančič) în cauza *Dragotoniū și Militaru-Pidhorni* (Hot. din 24 mai 2007) pentru violarea art. 7 par. 1 din Convenție, prin aceea că atât Curtea de Apel Timișoara, cât și Curtea Supremă de Justiție au oferit, respectiv au validat, acea interpretare *contra reo* fidelă dreptului penal sovietic, potrivit căreia "*în cursul perioadei actuale de tranziție, care are în mod inevitabil repercusiuni asupra legislației[...] dificultățile vor putea fi soluționate fie prin interpretare analogică-analogia legii sau analogie de drept, fie prin interpretare rațională.*" Această fervoare tovrășească de a născoci orice, până și **teribila analogie**, sub pretexte de tranziție, legislație neclară, luptă contra corupției etc., etc. numai ca inculpatul să fie condamnat, sfidând principiile de drept penal recunoscute de națiunile civilizate (cum ar fi **interzicerea analogiei** în dreptul penal), ține evident de **sovietcultură** și de lipsa unei drepte balanțe, care să se limiteze la **interpretarea strictă** a normei penale.

Principiul *lex mitior* este de asemenea obligatoriu, în mod imperativ, în dreptul internațional umanitar, așa cum reiese din art. 99 par. 1 din Convenția de la Geneva privitoare la tratamentul prizonierilor de război (Convenția de la Geneva III)<sup>16</sup>, legea penală internațională jucând după cum se știe un rol-cheie în a acoperi lacunele sistemelor naționale.<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> Este cazul tortionarului Alexandru Vișinescu, anchetat și trimis în judecată pentru crime împotriva umanității, procesul penal fiind în curs. Este de notat rolul IICCMER (Institutul de Investigare a Crimelor Comunismului și Memoria Exilului Românesc) în documentarea și dovedirea acestor atrocități.

<sup>14</sup> Piergiorgio LAVIANI, *Il differenziato ambito applicativo ai processi in corso della lex mitior in tema di prescrizione del reato: incompatibilità costituzionale alla luce della Cedu?*, *Processo penale e Giustizia*, n. 4/2011, p.82.

[http://www.processopenaleegiustizia.it/file\\_download.php?type=rt&rid=4](http://www.processopenaleegiustizia.it/file_download.php?type=rt&rid=4)

Consultat, ultima oară, 30 iunie 2014

<sup>15</sup> Giuseppe BETTIOL, *Instituições de Direito e Processo Penal*, Coimbra, 1974, p.102.

<sup>16</sup> Art. 99 par. 1 : « *Niciun prizonier nu poate fi judecat sau condamnat pentru un act care nu este interzis de către Puterea contractantă sau de către dreptul internațional, în vigoare la data la care actul s-ar fi comis.*»

<sup>17</sup> Paolo PINTO DE ALBUQUERQUE, *Opinie concurentă în cauza Maktouf și Damjanović versus Bosnia și Herțegovina*, p.41.

În această materie a dispozițiilor legii penale mai favorabile, unde se poate adapta adagiul latin "*Nulla poena sine lege*" în mai circumstanțiatul „*Nulla poena sine lege in mitius*”, se disting două mari principii:

-I. principiul neretroactivității legii penale mai severe (*lex in gravior*), căreia îi este cu desăvârșire interzis să retroactiveze<sup>18</sup>, cu excepția notabilă consacrată de art. 7 alin. 2<sup>19</sup> din Convenția de la Roma, care traduce în termeni convenționali moștenirea lăsată de celebra așa-zisă "*Formulă a lui Radbruch*"<sup>20</sup>;

-II. principiul legii mitigante (*lex in mitius*) care, în regulă generală, trebuie aplicată retroactiv *in bonam partem*, adică în "partea sa bună".

Aceste două principii se află în tensiune cu o pluralitate de principii *fundamentalissime*, diverse ca relevanță politico-juridică, între care un loc cardinal îl ocupă într-un Stat de drept, liberal și democratic, *libertatea persoanei*, principiu proclamat inviolabil de Constituțiile Italiei<sup>21</sup> și României (art. 13 alin. 1, respectiv art. 23 alin. 1) și regăsit în Carta Drepturilor Fundamentale a UE, chiar în debutul Titlului II, denumit "*Libertăți*"<sup>22</sup>- *dreptul la libertate și la siguranță*. Statul de drept este democratic în măsura în care este angajat deplin în protecția drepturilor și libertăților fundamentale, care nu pot fi limitate decât potrivit principiilor necesității, adecvării și proporționalității pentru salvagardarea altor drepturi și interese constituționalmente relevante.

Devreme ce, în virtutea funcției preventive a dreptului penal, o pedeapsă retroactivă, fixată prin lege, nu poate împiedica o acțiune sau o omisiune care deja s-a comis, o lege penală ce retroactivează reflectă intruziunea arbitrară a Statului în drepturile și libertățile cetățenești<sup>23</sup>, putându-se justifica doar dacă este mai favorabilă

---

<sup>18</sup> La neretroactivitatea *in pejus* a legii penale făcea referire și savantul Cesare Beccaria în a sa "*Dei delitti e delle pene*" (1764): "Dacă o pedeapsă crescută peste limita fixată de lege este o pedeapsă justă la care se adaugă o altă pedeapsă; urmează că niciun magistrat, sub nicio pretenție de zel sau de bine public, nu poate mări pedeapsa deja determinată de lege unui cetățean delincvent."

<sup>19</sup> Art. 7 alin. 2 din Convenția de la Roma: "Prezentul articol nu va aduce atingere judecării și pedepsirii unei persoane vinovate de o acțiune sau de o omisiune care, în momentul săvârșirii sale, era considerată infracțiune potrivit principiilor generale de drept recunoscute de națiunile civilizate."

<sup>20</sup> În versiunea sa originală, la baza Formulei lui Radbruch (după numele prof. dr. de drept penal, procedură penală și filosofie juridică Gustav Radbruch, 1878-1949) stă considerația că legea își trage propria validitate nu din forța sa de a se impune, ci din capacitatea sa intrinsecă de a produce certitudinea dreptului; ea nu își datorează capacitatea de coerciție autorității emitente sau forței prin intermediul căreia este aplicată, ci propriului său conținut. Dreptul trebuie să se inspire din principii de echitate și egalitate pentru a nu se ajunge la intolerabilitatea sa- *Gesetzliches Unrecht* (*Injustiție legală*).

<sup>21</sup> Constituția Italiei proclamă și *dreptul la apărare* ca un drept inviolabil (art. 24 alin.2).

<sup>22</sup> Art. 6 CDFUE: "Oricine are dreptul la libertate și siguranță."

<sup>23</sup> Paolo PINTO DE ALBUQUERQUE, Opinie concurentă în cauza *Maktouf și Damjanović versus Bosnia și Herțegovina*, 18 iulie 2013, p.39.

celui care i se aplică. Continuarea aplicării unei legi mai severe, după ce aceasta a fost înlocuită de una mai blândă, înfrânge principiul cardinal al separației puterilor în *Statul democratic de drept*, prin aceea că tribunalele impun o lege mai aspră, în vreme ce legiuitorul deja își va fi schimbat evaluarea asupra gradului de vinovăție a acelei conduite și asupra gradului corespondent de severitate a pedepsei.<sup>24</sup> Respectarea fidelă a principiului legalității nu poate eluda exigența de a respecta în ultima instanță voința politică suverană a legiuitorului, chiar dacă a intervenit o hotărâre judecătorească definitivă.

După cum scria penalistul portughez Levy Maria Jordão în 1853 în vol. „*Commentario aoCodigo Penal Portuguez*”<sup>25</sup>, cu referire la *lex mitior*, “când puterea socială judecă pedepsele legii ca fiind excesive, iar ordinea socială nu este interesată în menținerea lor, stabilind în acest scop noi pedepse, nu se va putea permite ca faptelor, chiar anterioare noilor legi, să li se aplice pedepsele vechii legislații, fără o injustiție flagrantă, fără o contradicție manifestă. Mai mult, adoptând o pedeapsă mai blândă, legislatorul a renunțat la dreptul pe care-l avea de a cere aplicarea pedepsei mai mari.”

Preeminența principiilor *lex mitior* și al neretroactivității *lex in pejus* este consistentă cu Statul de drept a decis pentru prima dată și Curtea Europeană a Drepturilor Omului în cauza schimbătoare de jurisprudență *Scoppola contra Italia* (par. 108, Hot. din 17 sept. 2009), circumscriind neretroactivitatea *lex in pejus* sferei puținelor principii *absolut* inderogabile la nivel supranațional sau național, chiar în situații excepționale sau de stare de război, principii care sunt închise de la orice posibilă apreciere bilanciativă cu alte principii constituționale sau cu contrainterese de egală relevanță. În *Scoppola*, Curtea EDO, reunită în Marea Cameră, a statuat că întreg complexul de garanții din art. 7 al Convenției se referă *numai la normele de drept penal substanțial*, iar nu și la normele de natură procesuală (de exemplu prescripția), art. 7 circumscriind un *drept inderogabil*, așa cum impune art. 15 din Convenția EDO. În tăcerea chiar a textului art. 7 din Convenția de la Roma, Curtea strasbourgheză a recunoscut în *Scoppola* că principiul *lex mitior* funcționează deplin ca una dintre garanțiile principiului legalității<sup>26</sup>.

Hotărârea *Scoppola* abordează delicata problemă a efectivei articulări a principiului enunțat în art. 7 din Convenție, anume dacă acest principiu are o latură exclusiv negativă- aceea interzicere a aplicării retroactive fie a normei de incriminare mai defavorabile, fie a tratamentului sancționator mai defavorabil, sau dacă nu cumva

---

<sup>24</sup> Idem, p.42.

<sup>25</sup> Levy MARIA JORDÃO DE PAIVA MANSO, *Commentario aoCodigo Penal Portuguez*, 2 vols., Lisboa: Imp. de José Baptista Morando, 1853-54, pp.170-171, citat în Dec. nr. 839/2013 din 5 decembrie a Tribunalului Constituțional Portughez, Secția a II-a, pct.8.

<sup>26</sup> Paolo PINTO DE ALBUQUERQUE, Opinie concurentă în cauza *Maktouf și Damjanović versus Bosnia și Herțegovina*, p.43.

conține și un implicit reflex pozitiv, constituit de exigența aplicării legii mai favorabile<sup>27</sup>. Potrivit Curții paneuropene, care s-a orientat nu o dată spre o abordare dinamică și evolutivă a interpretării Convenției de la Roma, merită să asigure garanții concrete și efective, nu doar teoretice și iluzorii, răspunsul este pozitiv: judecătorul național trebuie să aplice acele dispoziții mai favorabile inculpatului, cu corolarul, în ipoteza succesiunii legilor penale în timp, că aplicarea unei pedepse mai defavorabile inculpatului constituie o violare a principiului legalității convenționale<sup>28</sup>. Și în cauza *Morabito versus Italia* (dec. din 27 apr. 2010), Curtea EDO subliniază că „dispozițiile care definesc infracțiuni și pedepse se supun unor reguli speciale în materie de retroactivitate, care includ în plus și principiul retroactivității legii penale mai favorabile inculpatului”<sup>29</sup>.

Aceste principii nu nasc doar un interes, ci putem vorbi așa cum proclamă doctrina italiană, de apariția unui veritabil *drept recunoscut în sediu european* al persoanei acuzate sau condamnate *de a-i nu fi aplicată legea mai defavorabilă*, drept prevalând asupra oricărui interes sau principiu constituțional. În vreme ce neretroactivitatea *in pejus* a normei de drept penal este considerată ca un principiu absolut ce se constituie într- *“un instrument esențial al garantării cetățeanului împotriva arbitrarului legiuitorului, expresie a exigenței calculabilității consecințelor juridico-penale ale propriei conduite, ca și condiție necesară pentru libera autodeterminare individuală”*<sup>30</sup>, principiul *lex mitior*, dimpotrivă, poate e.g. suferi limitări prin legile temporare sau excepționale, care, prin natura și scopul lor, nu interferează cu aplicarea legii penale mai favorabile. În acest sens a apreciat și Curtea Constituțională a Republicii Italiene, în sentința nr. 394/2006 din 18 nov., afirmând că *“legătura dintre principiul retroactivității în mitius și principiul egalității ne arată de altfel și limitele: în sensul că, spre deosebire de principiul neretroactivității normei penale defavorabile - absolut inderogabil-, menționatul principiu [în mitius, N.A.] trebuie reținut ca susceptibil de derogări legitime pe plan constituțional, susținute de justificări obiectiv rezonabile”*<sup>31</sup>.

Având o relevanță supranațională, aplicându-se direct în toate statele membre, este instituit un mecanism tipic de *lex mitior* și în art. 2 alin. 2 din Regulamentul CE nr. 2988/95 din 18 dec. 1995 privind protecția intereselor financiare ale Comunităților Europene: *“Nicio sancțiune administrativă nu poate fi impusă în absența unor dispoziții în acest sens prevăzute într-un act comunitar emis anterior abaterii respective. În cazul modificării ulterioare a dispozițiilor care impun sancțiuni administrative și care sunt incluse în normele comunitare, se aplică retroactiv dispozițiile mai favorabile.”*[este vorba și aici de **norme mai favorabile**, nu de lege în ansamblu mai favorabilă, N.A.]

<sup>27</sup> Curtea Supremă de Casație a Republicii Italiene, Secțiunile Unite Penale, Sentința nr. 18821 din 24 oct. 2013, p.3.

<sup>28</sup> Ibidem.

<sup>29</sup> Idem, p.4.

<sup>30</sup> Corte Costituzionale, Sentenza no. 236/2011.

<sup>31</sup> A se vedea și sentințele CCRI nr. 6/1970 și 74/1980, precum și ordonanța nr. 330/1995.

Reiese și din Reg. CE nr. 2988/95 dimensiunea internațională, garantistică, a dreptului oricărui cetățean european de a beneficia obligatoriu de mecanisme clare, de *lex mitior*, drept ridicat la rangul de principiu fundamental<sup>32</sup> în sfera oricărui domeniu sancționator (nu neapărat legat de dreptul penal, ci și în alte ramuri de drept- drept fiscal, administrativ, disciplinar), dreptul la *lex mitior* fiind prezentat ca un subprincipiu al principiului legalității și în cadrul Manifestului din 2011 pentru o Politică Penală Europeană<sup>33</sup>, semnat de 14 profesori din 10 țări (inclusiv România- Sergiu Bogdan). De asemenea este de evidențiat jurisprudența Curții de Justiție a UE în cauza *Berlusconi*, când Curtea a statuat că retroactivitatea *in mitius aparține tradiției constituționale comune a Statelor membre și prin aceasta face parte integrantă din principiile generale ale dreptului UE*, pe care judecătorul național este obligat să le respecte în sediul aplicării dreptului național care implementează legea comunitară.<sup>34</sup>

II. Urmând o paradigmă de *common law*, termenul de *lex mitior* acoperă în multe dintre opiniile consacrate, inclusiv potrivit reductibilei jurisprudențe CEDO (*Pessino vs. Franța*, 10 oct. 2006; *Dragotoni și Militaru-Pidhorni vs. România*, 24 mai 2007; *Del Rio Prada vs. Spania*, 10 iul. 2012; *Del Rio Prada vs. Spania*, Marea Cameră, 21 oct. 2013)<sup>35</sup>, și legea aplicată de judecător la cazul concret (*id est* hotărârea judecătorească), așadar nu numai textele legale, dar și soluțiile jurisprudențiale sau dreptul viu (*judge-made law*), sub înrâurirea acestui principiu de favoare<sup>36</sup>, trebuie să producă efecte doar dacă erau în mod normal și rațional previzibile la momentul comiterii faptei. În viziunea CEDO, întotdeauna textul legii se combină cu jurisprudența interpretativă însoțitoare și ambele trebuie să corespundă condițiilor calitative de accesibilitate și previzibilitate<sup>37</sup>. Curtea de la Strasbourg nu a obosit să afirme, având

---

<sup>32</sup> Carlo Enrico PALIERO, *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la "Parte Generale" di un Codice Penale dell' Unione Europea*, Rivista italiana de diritto e procedura penale, Milano-Dott.A. Giuffrè Editore, 2000, p.496.

<sup>33</sup> <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201112/20111207ATT33475/20111207ATT33475EN.pdf>

Consultat, ultima oară, 30 iunie 2014

<sup>34</sup> Adriano MARTUFI, *Eccezioni alla retroattività favorevole e diritti fondamentali*, Rivista Diritto e processo penale, n. 4/2013, p.489.

<sup>35</sup> *Pessino vs. Franța*, par. 29: "Noțiunea de drept (*law*) utilizată în articolul 7 corespunde cu cel de lege care figurează în alte articole ale Convenției: ea înglobează dreptul de proveniență atât legislativă, cât și jurisprudențială și implică niște condiții calitative, printre care cele de accesibilitate și de previzibilitate (a se vedea în mod special, *Cantoni vs. Franța*, *Coëme vs. Belgia*, *E.K. vs. Turcia*)."

<sup>36</sup> După cum proclamă și Carta Arabă a Drepturilor Omului, revizuită 2008, în art. 15 par. 2, „în toate circumstanțele trebuie să se aplice legea penală cea mai favorabilă inculpatului”.

<sup>37</sup> *Del Rio Prada vs. Spania*, 10 iul. 2012, par. 51.



sub jurisdicția sa atât state de *common law*, cât și de *civil law*, dar și de *socialist law*, că noțiunea de drept sau lege (*law*) are un sens substanțial, nu doar formal; noțiunea de „*lege*” în înțelesul Convenției de la Roma cuprinde și acele legi, precepte, norme de origine jurisprudențială, întrucât rolul fundamental în stabilirea întinderii exacte a normei penale este realizat explicit prin combinarea a două serii de date: cele legislative (legale) și cele interpretative (jurisprudențiale). În cauza *Kruslin vs. Franța* (24 apr. 1990), s-a statuat că „*a trece cu vederea jurisprudența înseamnă a submina chiar sistemele judiciare ale statelor continentale (cele mai multe, de civil law, N.A.)*”<sup>38</sup>, întrucât într-o „*sferă acoperită de legea scrisă, dreptul reprezintă aplicarea legii așa cum decid curțile de justiție, în lumina, dacă este necesar, a evoluțiilor din practică.*”<sup>39</sup>

„Dreptul viu” capătă relevanță în aria negativă a *lex mitior* dacă o persoană este condamnată, printr-o interpretare jurisprudențială nouă, pentru o faptă care anterior era benignă și permisă la data comiterii ei de către sistemul judiciar în ansamblul său; condamnarea respectivă vine în violarea *lex mitior*, întrucât oricărei persoane, nu numai inculpatului, îi era imposibil la data comiterii faptei să-și adapteze conduita corespunzător unui atare precept, ivit abrupt pe cale jurisprudențială ulterior, nu ca urmare a unei evoluții firești și previzibile. *Lex mitior* este un complement ineluctabil al principiului legalității în dreptul penal, întrucât exige ca și premisă un avertisment prealabil, izvorât din lege sau din altă sursă de juridicitate echivalentă legii.

În România, față de faptul că anumite decizii ale Înaltei Curți de Casație și Justiție, cum sunt cele date în soluționarea unor recursuri în interesul legii, ca și toate deciziile Curții Constituționale a României sunt general obligatorii, iar nu orientative, cum sunt deciziile altor curți supreme (din Italia, Portugalia, e.g.), credem că se poate avansa ipoteza ca acestea să fie considerate ca fiind echivalente legii, în respectul art. 7 din Convenția de la Roma, al cărei interpret suprem, cu autoritate, este Curtea Europeană a Drepturilor Omului.

Deciziile ICCJ date în interesul legii ori date în dezlegarea prealabilă a unei chestiuni de drept, precum și deciziile CCR, se bucură practic de aceeași forță obligatorie și de același caracter prescriptiv specifice legii, publicându-se imediat în Monitorul Oficial, adresându-se imperativ judecătorilor și comunității juridice în ansamblu, astfel încât este conform sensului de justiție și de echitate ca măcar aceste decizii jurisprudențiale să nu eludeze în final exigențele de *lex mitior*, ci, dimpotrivă, să se supună lor, acest aspect înscriindu-se în tendința europeană, **fără întoarcere spre trecut**, ca sistemele judiciare naționale să se apropie de experiența pragmatică, cu accente federaliste, a *common law*-ului de rit american, în procesul mai larg al globalizării.

---

<sup>38</sup> *Kruslin vs. Franța*, 24 apr. 1990, par. 29.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

Astfel, între Dec. CCR nr. 265 din 6 mai 2014, publicată în M.Of. nr. 372/20 mai 2014 și Dec. ÎCCJ- Secția Penală nr. 2/2014 din cauza nr. 2/1/2014/HP/P, pronunțată în 14 apr. 2014 și publicată cu efecte *erga omnes* în M.Of. nr. 319/ 30 apr. 2014, trebuie dată preferință acelei soluții jurisprudențiale mai favorabile în concret inculpatului, mai cu seamă că respectiva decizie a ÎCCJ, în deplină concordanță cu o altă Dec. CCR nr. 1470/ 8 nov. 2014, a apucat să producă acele efecte juridice obligatorii, inerente unei *lex mitior* jurisprudențiale. Odată ce o *lex mitior* de origine jurisprudențială s-a înscris în arcul temporal, fie și o zi, ca o *lex intermedia*, ea produce, cu toată forța juridică inerentă oricărei legi, efecte favorabile pentru inculpat care nu mai pot fi invalidate ulterior, care sunt pe deplin câștigate și îmbracă forma unui drept inviolabil (sub umbrelă convențională), nu doar a unei simple expectative, urmând așadar ca Dec. CCR nr. 265 din 6 mai 2014 să fie irelevantă, dacă se constituie într-o interpretare mai severă și mai defavorabilă (ca să nu mai vorbim de imprevizibilitate) pentru inculpat, în concret, a textelor legale aplicabile. În acest sens, al luării în considerare a Deciziei Înaltei Curți nr. 2/2014 din 14 apr. 2014 sunt și prevederile art. 5 alin. 2 CP Predoiu, potrivit cărora *lex mitior* se aplică și actelor normative ori prevederilor din acestea declarate neconstituționale, dacă în timpul când acestea s-au aflat în vigoare au cuprins dispoziții penale mai favorabile.

III. Sub art. 7 par. 1 din Convenția de la Roma (CEDO), cu privire la determinarea lui *lex mitior* pare a fi consacrată metoda globală, nediferențiată, de comparare în *concreto*, ceea ce înseamnă că găsirea unei *lex mitior* implică o comparare globală a regimului sancționator sub fiecare dintre legile penale aplicabile respectivului acuzat<sup>40</sup>. Argumentul vehiculat de obicei pentru metoda globală de comparare a *lex mitior* este că fiecare regim sancționator își are propria lui rațiune, iar judecătorul nu poate frustra acea unică rațiune mixând diferite texte sau fragmente din legi diferite, creând *una lex tertia* cu un regim sancționator ad-hoc<sup>41</sup>, uzurpând competențe care aparțin în mod exclusiv Parlamentului<sup>42</sup>.

Însă chiar și așa, *lex mitior* nu se epuizează odată cu regimul sancționator, rămânând deschisă opțiunea de a aplica metoda diferențiată de comparare a normelor

<sup>40</sup> Paolo PINTO DE ALBUQUERQUE, Opinie concurentă în cauza *Maktouf și Damjanović versus Bosnia și Herțegovina*, p.44.

<sup>41</sup> Idem, p.45.

<sup>42</sup> Vinicius DE TOLEDO PIZA PELUSO, art.cit., p.5.

penale succesive pentru a găsi o altă *lex mitior* cu privire la descrierea faptei tipice (care poate conduce la schimbarea încadrării juridice) și cu privire la obiectul juridic sau la valorile comunitare apărute de *lex mitior* (e.g., CP Predoiu-art. 270- extinde descrierea faptei de tănuire și, în plus, pretinde că tănuirea nu este o infracțiune de patrimoniu, ci împotriva justiției, astfel încât *lex mitior* cu privire la descrierea faptei și la obiectul juridic al tănuirii este vechiul CP-art. 221-), o altă *lex mitior* cu privire la circumstanțele faptei (care poate conduce la o circumstanțiere mai favorabilă), o altă *lex mitior* cu privire la cauzele justificative sau de exculpare (care poate conduce mai lesne la o soluție de nepedepsire mai favorabilă), o altă *lex mitior* cu privire la prescripția răspunderii penale etc.

În vreme ce onoratul Minister Public din România propune unele 3 criterii ce vor fi avute în vedere, în compararea legilor succesive (condițiile de incriminare a faptei, condițiile de tragere la răspundere și cele de sancționare)<sup>43</sup>, prof. dr. Mihai Adrian Hotcă propune în studiul său 4 criterii de identificare a *lex mitior*<sup>44</sup>:

1. Condițiile de incriminare;
2. Cerințele privind răspunderea penală;
3. Condițiile de sancționare;
4. Consecințele condamnării.

În adevăr aceste 4 criterii sunt justificate pe de o parte de faptul că norma penală are un precept de incriminare (ipoteza normei, descrierea faptei tipice interzise) și un precept de sancționare (dispoziția normei), cele din urmă fiind mai expuse modificărilor legislative datorită evaluărilor politice, inclusiv în perioade electorale, iar de pe altă parte răspunderea penală nu are loc niciodată în abstract și extrajudiciar, ci numai în planul procesului penal, putând să vorbim aici de existența unor norme cu caracter mixt (oricum, cerințele privind răspunderea penală nu pot fi pur teoretice ca și condițiile de incriminare), iar consecințele condamnării se referă și la perioada de executare a pedepselor, cu tot ce influențează cuantumul de pedeapsă efectiv executată, adică remiterile/ computările de pedeapsă, vocația la liberare condiționată, conversia zilelor de muncă în zile de închisoare executate etc. Dar acestea 4 sunt chiar toate criteriile? În opinia noastră, nu, întrucât **condițiile de procedibilitate mai favorabilă cu caracter mixt** (cu conținut sau efect material) sunt condiții diferite față de condițiile de la pct. 2 și 3 sau, în orice caz, ar trebui scoase în relief, fiind condiții care se verifică *pro reo* și **cu**

---

<sup>43</sup> Concluzii formulate de Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție în cauza nr. 2/1/2014/HP/P a Înaltei Curți de Casație și Justiție, p.3

[http://www.mpublic.ro/concluzii\\_hp/2014/autonomie\\_prescriptie.pdf](http://www.mpublic.ro/concluzii_hp/2014/autonomie_prescriptie.pdf)  
Consultat, ultima oară, 30 iunie 2014

<sup>44</sup> Mihai Adrian HOTCĂ, art.cit., p.146.

**precădere, la nivel procesual** (nu pe fondul pricinii), ceea ce este relativ nou în sistemul de drept penal românesc, dar esența civilității de *lex mitior* este tocmai aceasta: *obligă pe interpret să interpreteze tot conținutul material, în favoarea inculpatului, al oricărei norme, interpretarea având ca finalitate ca inculpatul să nu execute mai mult decât însuși legiuitorul a dorit sau a permis, prin evaluări diverse, eterogene, din legi succesive, care intervin eventual chiar ca obstacole de natură procesuală.*

Condițiile de procedibilitate mai favorabilă cu caracter mixt sunt cu titlu exemplificativ: diferitele cauze de nepedepsibilitate, lipsa plângerii prealabile, retragerea plângerii prealabile, împăcarea, lipsa acțiunii penale, lipsa titularului acțiunii penale. De exemplu, *una lex mitior, legea A*, care prevede ulterior cerința plângerii prealabile pentru înșelăciune (e.g. art. 244 CPP Predoiu) face ca și continuarea executării tuturor pedepselor deja aflate în executare pentru înșelăciune să devină ilegală și injustă, dacă persoanele vătămate nu au depus plângere (ori nu au participat procesualmente ca părți vătămate) și nici în condițiile *lex mitior superveniens* nu înțeleg să depună plângere prealabilă.

Școala metodei diferențiate de determinare a *lex mitior* îi cuprinde cu titlu de exemplu pe profesorii dr. români Vintilă Dongoroz, George Antoniu, Mihai Adrian Hotcă, pe prof. dr. portughezi Jorge de Figueiredo Dias și Américo A. Taipa de Carvalho, pe doctrinarul brazilian ex-judecător Alberto Silva Franco, pe prof. dr. italian Francesco Alimena, dar și pe prof. dr. german Günther Jakobs<sup>45</sup>. Pentru Francesco Alimena (prof. interbelic), o dispoziție a legii penale poate fi formată din părți diferite, atât preceptul de incriminare, cât și preceptul de sancționare putând fi constituite din diverse părți, astfel că o parte dintr-un precept poate fi favorabilă, iar cealaltă defavorabilă, judecătorul nelegislând nimic<sup>46</sup> în determinarea legii de favoare, dacă preia părți mai favorabile dintr-o singură lege, veche sau nouă, dar care, adaugăm noi, se integrează în aceeași instituție juridico-penală, de exemplu descrierea faptei (incriminarea) dintr-o lege și pedeapsa din altă lege. Chiar și CP Predoiu face net această departajare, nelipsită de importanță, legalitatea incriminării este reglementată într-un art. distinct (art. 1 CP) față de legalitatea sancțiunilor de drept penal (art. 2 CP). Ar fi o primă consecință logică ce ar decurge din primele două art. ale CP Predoiu: incriminarea și sancțiunea sunt două instituții diferite, ce pot fi evaluate separat în procesul de determinare a *lex mitior*.

Este de remarcat că unele instituții distincte, autonome, au *caracter mixt, hibrid, adică sunt și de drept procesual sau considerate astfel de o parte a doctrinei*, răsfrângându-se imediat asupra procedibilității sau improcedibilității în procesul penal,

---

<sup>45</sup> Vinicius DE TOLEDO PIZA PELUSO, art.cit., p.6.

<sup>46</sup> Ibidem.

așa cum este, *exempli gratia*, prescripția răspunderii penale, care influențează evident atât regimul procesual, cât și regimul sancționator, dispozițiile legale privind prescripția răspunderii penale având natura juridică a unor **dispoziții procesualpenale materiale**, care pot retroactiva nu în tot, ci doar în ce privește conținutul lor de drept material, mai favorabil inculpatului. Din acest punct de vedere, ni se pare salutară și corectă poziția dogmatică a Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție a României, exprimată prin concluziile formulate în cauza nr. 2/1/2014/HP/P: "*Prescripția răspunderii penale reprezintă o instituție autonomă care trebuie analizată separat în procesul de identificare și aplicare a legii penale mai favorabile, în raport de instituția pedepsei*."<sup>47</sup>, poziție agreată și însușită și de ÎCCJ-Secția Penală, prin Dec. nr. 2/2014 privind dezlegarea în principiu a unor chestiuni de drept, publicată **cu efecte erga omnes** în M.Of. nr. 319/ 30 apr. 2014.

Este clar că *lex mitior* desemnează norma concretă sau normele concrete aparținând unei instituții **autonome și omogene** de drept penal, iar nu un ansamblu neprecizat și eterogen de norme sau o întreagă ordine juridică fixată printr-un cod.

Orice cod penal, din punct de vedere metodologic, se împarte întotdeauna în două părți, Partea generală (PG) și Partea specială (PS), ultima având o relevanță politică deosebită, fiind supusă unor frecvente schimbări, spre deosebire de PG, care se bucură de un tratament mai conservator și care prezintă în mod natural o coerență mai mare. Dreptul penal într-o societate democratică nu poate fi pus în bloc<sup>48</sup> și tratat laolaltă, în devălmășie, cu Procesul penal, și nici Partea generală confundată și amestecată tovarășește, *contra reo*, cu Partea specială a Codului penal. Partea generală este partea principiilor (*prinzipiellen Charakter*) postulează și germanul Wolfgang Naucke<sup>49</sup>, pe când partea specială enunță valorile esențiale ale comunității, „*arătând într-un relief pronunțat ceea ce este socotit rău în societate*”<sup>50</sup>. Combinarea unor dispoziții legale din PG cu altele din PS, dar din coduri temporal diferite, devine așadar perfect explicabilă și nu se creează nicio *lex tertia*, este o operațiune firească de interpretare în favoarea inculpatului, care nu-l lasă pe judecător sclav al generalităților,

---

<sup>47</sup> Concluzii formulate de Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție în cauza nr. 2/1/2014/HP/P a Înaltei Curți de Casație și Justiție, p.7.  
[http://www.mpublic.ro/concluzii\\_hp/2014/autonomie\\_prescriptie.pdf](http://www.mpublic.ro/concluzii_hp/2014/autonomie_prescriptie.pdf)  
Consultat, ultima oară, 30 iunie 2014

<sup>48</sup> Facem referire la Dec. nr. 265 din 6 mai 2014 a Curții Constituționale a României.

<sup>49</sup> Wolfgang NAUCKE, *Strafrecht. Eine Einführung*, Frankfurt am Main: Metzner Verlag, 1982, p.194 in José DE FARIA COSTA, *Relações entre a Parte Geral e a Parte Especial do Código Penal*, Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXI, Coimbra, 1995, p.123.

<sup>50</sup> Idem, p.201 în José DE FARIA COSTA, *art. cit.*, p.119.

al evaluărilor în bloc și al prejudecăților, într-un „*ritualism epidermic, fără nicio intenție umană sensibilă*”<sup>51</sup> ...

Nu trebuie uitat că în Codul penal- Partea generală există și norme de drept procesual, după cum în CPP-Partea specială, există și norme cu conținut de drept material (acea reducere cu o treime a limitelor de pedeapsă ale închisorii, în cazul așa-zisei "*recunoașteri de vinovăție*" este o asemenea normă cu conținut de drept material, care poate atrage aplicarea unei eventuale *lex mitior*; așadar *lex mitior* privește și texte din CPP, având o arie mult mai largă decât ceșosul "*mitior* în bloc"). Astfel, recentissim (2013), s-a reținut judicios în contenciosul constituțional portughez că ipoteza aplicării unui regim penal mai favorabil inculpatului poate decurge chiar din aplicarea sau interpretarea unor legi procesualpenale<sup>52</sup>, cum este, adaugăm noi spre exemplificare, și vechiul art. 320<sup>1</sup> din CPP Dongoroz, care conține **dispoziții procesualpenale materiale**. În acest sens, apar pe deplin judicioase și considerațiile Judecătoriei Oradea- Secția Penală din dosarul nr.4473D/2010<sup>53</sup>, potrivit cărora "*prevederile art. 320<sup>1</sup> din CPP au un efect de drept substanțial, astfel că și inculpatul față de care s-a citit actul de sesizare la data apariției legii trebuie să beneficieze de reducerea cu o treime a limitelor de pedeapsă, în temeiul art. 15 alin. 2 din Constituție [...] Astfel, reglementarea din noua lege constituie o cauză legală de reducere obligatorie a pedepsei, impunându-se retroactivitatea sa.*" Mai mult, cu privire la acest tip de proceduri premiale, și Curtea Supremă de Casație Italiană a remarcat în deza-menționata sentință *Ercolano*, nr. 18821 din 24 oct. 2013, că „*cererea de judecată abreviată de fapt cristalizează, în ipoteza considerată, cel mai favorabil tratament sancționator în vigoare la momentul respectiv.*”<sup>54</sup>

S-a remarcat în doctrina portugheză- la care, în regim de drept comparat, nu se poate să nu facem trimitere - că includerea în Partea generală a CP a termenelor de prescripție sau a dispozițiilor normative privind plângerea prealabilă sau acuzația particulară este de natură să provoace o perturbare majoră a omogenității normative a Părții generale (PG) și poate fi privită ca o expresie de eterogenitate a PG<sup>55</sup>. Acel "bloc" la care trimite fără rezervă sau opinie separată Curtea Constituțională Română, prin Dec. nr. 265/ 6 mai 2014, referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 5 din CP Predoiu, este unul volatil, indeterminat, imposibil de aplicat pentru a

<sup>51</sup> Orlando DE CARVALHO, *A Teoria geral de relação jurídica. Seu sentido e limites*, Revista de Direito e de Estudos Sociais, 16 (1969), p.91, citat în José DE FARIA COSTA, *art.cit*, p.124.

<sup>52</sup> Decizia nr. 839/2013 din 5 decembrie a Tribunalului Constituțional Portughez, Secția a II-a, pct.8, pag.5.

<sup>53</sup> Curtea Constituțională a României, Decizia nr. 1470 din 8 nov. 2011, M.Of., Partea I, nr. 853/2.XII.2011, p.5.

<sup>54</sup> Curtea Supremă de Casație a Republicii Italiene, Secțiile Unite Penale, Sentința nr. 18821 din 24 oct. 2013, p.7.

<sup>55</sup> José DE FARIA COSTA, *Relações entre a Parte Geral e a Parte Especial do Código Penal*, Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXI, Coimbra, 1995, pp.130-131.

valorifica favorabilitatea pentru inculpat a două sau mai multor legi penale, bloc creat dintr-o neînțelegere metodologică a diferitelor poziții doctrinare cu privire la natura juridică -materială, procesuală sau mixtă/hibridă, a unor instituții și norme conținute fie în CP, fie în CPP, fie în orice alt *sedes materiae*.

Or, dubiul legitim sau părerile împărțite asupra naturii juridice a unei instituții de drept penal deîndată ce se manifestă, universul normativ în care se inserează, în mod just, instituția evaluată, își pierde din omogenitate<sup>56</sup>; în plus dubiul trebuie să profite inculpatului (*in dubio pro reo*) cu privire la natura juridică a unei norme sau instituții juridice ce poate atrage un tratament penal de favoare. Ceea ce rămâne important este apoi păstrarea coerenței și omogenității fiecărei instituții în parte, întrucât unui inculpat i se pot aplica în concret **numai** anumite instituții autonome, omogene, **numai** anumite dispoziții legale, nu un întreg cod prin metoda "*mitior în bloc*". Chiar și Curtea Constituțională a României a subliniat în Dec. nr. 1470 din 8 nov. 2010 că "*în măsura în care aplicarea concretă a unei norme la o speță dedusă judecății, indiferent de ramura de drept căreia îi aparține, aduce o schimbare cu privire la condițiile de incriminare, de tragere la răspundere penală și de aplicare a pedepselor, aceasta va cădea sub incidența legii mai favorabile*". Așadar, în viziunea acestei decizii recente, orice normă de favoare, care aduce o schimbare *in bonus* poate constitui *una lex mitior*, indiferent de sediul de reglementare...

Cu atât mai mult, întoarcerea cu 180 de grade, prin aserțiunea de mai târziu a aceleiași CCR, din Dec. nr. 265 din 6 mai 2014, potrivit căreia "noul" cod penal român (CP Predoiu) are o viziune "preventivă" față de "represivul" vechi cod (CP Dongoroz), iar voința legiuitorului are în vedere "*un ansamblu de norme ce au fost integrate organic*" în noul cod, astfel că "*nu poate fi încălcată finalitatea urmărită de legiuitor pentru fiecare cod în parte*", ni se pare nu numai de neînțeles, dar și terifiantă pentru o societate care se pretinde democratică. Păi, parcă tocmai fu vorba că am renunțat la **scopul legii penale** (art. 1 CP Dongoroz<sup>57</sup>), pentru că tovărășescul scop al legii penale din acest nefericit art. 1 nu era decât o **marcă incontestabilă a sovietculturii juridico-penale**, prezente atunci ca o cultură-mamă a **justiției politice**<sup>58</sup> din România. Acum, ce facem, tocmai când vorbim de *lex mitior*, apărăm cu "mânie proletară" finalitatea de monolit a codului Predoiu, proslăvind scopul măreț și tovărășesc al acestuia și al întregii legi penale !?... În realitate, atunci când legiuitorul în mod concret determină diferitele limite de pedeapsă din PS, în echilibrul pe care-l găsește se poate

<sup>56</sup> José DE FARIA COSTA, art. cit., p.133.

<sup>57</sup> **Art. 1 Scopul legii penale.** Legea penală apără, împotriva infracțiunilor, România, suveranitatea, independența, unitatea și indivizibilitatea statului, persoana, drepturile și libertățile acesteia, proprietatea, precum și întreaga ordine de drept.

<sup>58</sup> Definiția justiției politice este, potrivit lui Otto Kirchheimer, "*mărirea ariei de acțiune politică prin subsumarea serviciilor Curților de justiție în numele unor scopuri politice.*" (the enlargement of the area of political action by enlisting the services of the courts on behalf of political goals)

detecta o logică materială internă ce străbate toată PS<sup>59</sup>. Or, logica aceasta nu rămâne aceeași, ea evoluează dinamic cu fiecare modificare de tratament penal în PS, ce poate constitui *una lex mitior* pentru inculpat.

Într-o perioadă de tranzitorialitate, nu se vede de ce nu se pot aplica simultan dispozițiile din 3-4 coduri; e.g., pentru un inculpat acuzat de mai multe acte materiale de înșelăciune, nu se poate aplica art. 41 alin. 2 CP Dongoroz, art. 244 CP Predoiu și art. 320<sup>1</sup> CPP Dongoroz? Mai ales dacă aducem în discuție *procedurile premiale* (a se vedea pct. VII din acest studiu), este firesc ca tratamentul sancționator să se determine în temeiul unor dispoziții materiale din mai multe coduri.

Regimul sancționator, care se împarte metodologic, cum am precizat, în regimul de PG (concurusul de infracțiuni, recidiva, infracțiunea continuată etc.) și regimul de PS (incriminarea din Partea specială), nu se confundă nici cu celelalte instituții de drept penal, trebuind să fie tratate distinct, iar de altă parte caracterul mixt nu se poate concilia cu o evaluare "în bloc", eterogenă, abstractă a lui *lex mitior*, ci cu o evaluare autonomă, distinctă, omogenă, concretă, pe instituții de sine-stătătoare, cu conținut material favorabil inculpatului.

Aplicarea în bloc a *lex mitior* riscă să facă *tabula rasa* cu o serie de distincții care trebuie făcute atent de un operator de justiție de un atât de important calibru profesional cum este judecătorul, care ca și un chirurg, *taie în carnea vie a intereselor oamenilor*<sup>60</sup>, fiind -cum am zis- interpretul ultim al dreptului, un chirurg cu mișcări fine, nu doar umila portavoce a legii.

În fine, trebuie să nu **confundăm dreptul penal și natura lui represivă, cu Procesul penal, care nu trebuie să-și propună obiective represive cu orice preț, ci asigurarea unui tratament minimalmente corect** inculpatului prezumat nevinovat, dar și celorlaltor părți sau participanți. Distincțiile sunt inerente oricărei științe, or evaluarea așa-zisă „în bloc” ucide orice cântărire atentă, orice ponderare a fiecărei instituții juridico-penale, a naturii sale juridice, substanțiale, procesuale sau mixte, și a efectelor sale juridice concrete în viața reală, ponderare inerentă oricărei activități de jurisdicție.

Astfel, Tribunalul Constituțional Portughez în Dec. nr. 164/2008 din 5 martie a reținut că "*în adevăr, dacă noua lege alege să facă să depindă procedura de plângerea prealabilă a persoanei vătămate, [transformând o infracțiune publică, urmăribilă din oficiu, într-una semipublică, N.A.], și în consecință, să considere relevantă renunțarea la plângere, rezultatul aplicării sale este echivalent aceluia care decurge dintr-o lege ce*

---

<sup>59</sup> Idem, pp.120-121.

<sup>60</sup> Manuel Augusto DOMINGUES DE ANDRADE, *Sentido e valor da Jurisprudencia*, Boletim da Faculdade de Direito, Vol. XLVIII, Coimbra, 1972, pp. 255-294.



*dezincriminează, în sens propriu, conduita agentului. Și într-un caz și în celălalt, aplicarea legii noi va determina nepedepsirea."*

În lumina Deciziei nr. 164/2008 din 5 martie a TCP, dacă noua lege cere existența plângerii prealabile, inexistența acesteia îngustează sfera de pedepsibilitate doar la acele situații când evaluarea politico-juridică a represiunii penale la cazul concret are un caracter semipublic, fiind pusă la dispoziția părții vătămate (*parte asistentă în dreptul penal portughez*), care poate deduce direct o acuzație particulară judecătii (art. 50 CPP portughez). Portughezii, ca și germanii sau spaniolii etc. cunosc bunăoară instituția din *common law* a procurorului privat (a acuzatorului privat/*nebenkläger/ accesory prosecutor*), în vreme ce CPP Predoiu ignoră cu autosuficiență într-o măsură chiar mai mare decât CPP Dongoroz<sup>61</sup> exigența democratică de a consacra pentru o serie de infracțiuni procurorul privat, Ministerul Public continuând oricum, și în condițiile acuzatorului privat, să dețină monopolul pentru urmărirea penală a celorlalte 98-99% dintre infracțiuni.

În plus, respectarea autonomiei de voință a inculpatului, specifică regimurilor democratice, are sens numai când acestuia i se oferă posibilitatea să își expună opinia în fața instanței privitor la ce instituții de drept penal sau având caracter mixt înțelege să invoce ca fiindu-i favorabile și pe care și le dorește a-i fi aplicate în contextul observării lui *lex mitior*. Dacă acest concept de *lex mitior* a fost creat pentru a fi în concret în favoarea inculpatului, nu poate fi admis ca măcar în situații de dubiu inculpatul să nu poată fi ascultat cu privire la alegerea *lex mitior*. Aducem a fi menționat aici art. 2 alin. 2, teza a II-a, din CP spaniol din 1995 care conține o atare normă cu caracter procesual (*nota bene*, normă procesuală într-un cod penal!), în sensul că "*va fi ascultat inculpatul, în caz de îndoială asupra legii mai favorabile.*" Este vorba de un act obligatoriu, dar care nu îl leagă pe judecător de opinia exprimată<sup>62</sup>.

Un ultim argument în favoarea aplicabilității legii penale pe instituții omogene este dat de faptul că interpretarea efectuată de judecător este, cum scrie doctrinarul brazilian Alberto Silva Franco, *un izvor subtil de creare a dreptului*<sup>63</sup>, neconfundabil cu legiferarea, judecătorul jucând un rol pretorian la cazul concret, dar nu în afara legii, ci bazându-se chiar pe legile succesive și pe evaluările diferite de ordin politic, juridic, social pe care acestea le conțin.

---

<sup>61</sup> Unele plângeri prealabile se adresau direct instanței de judecată, potrivit art. 279 pct. a), în cazul infracțiunilor prevăzute de Codul penal în art. 180, 184 alin. 1, 193, 205, 206, 210, 213 și 220, dacă făptuitorul este cunoscut.

<sup>62</sup> Carmen Guerrero Picó in *Favor rei ed effetti dei mutamenti di giurisprudenza in materia penale*, a cura di Paolo Passaglia, p.67, disponibil online [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/CC\\_SS\\_favor\\_rei\\_20121017.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_favor_rei_20121017.pdf) Consultat, ultima oară, 30 iunie 2014.

<sup>63</sup> Vinicius DE TOLEDO PIZA PELUSO, art.cit., p.6.

IV. Cu privire la soluțiile imaginare în alte sisteme juridice ale națiunilor civilizate la impactul *lex mitior* cu *res judicata* se pot întâlni următoarele orientări:

1. în sensul neaplicării retroactive a *lex mitior* când există deja o hotărâre judecătorească, chiar nedefinitivă, ca în CP german (art. 2 alin. 3) sau în CP elvețian (art. 2);
2. în sensul neaplicării retroactive a *lex mitior* când există deja o hotărâre judecătorească definitivă, ca în CP italian (art. 2 alin. 4), CP bulgar (art. 2 alin.2) sau CP francez (art. 112 alin. 1)<sup>64</sup>;
3. în sensul aplicării retroactive a *lex mitior* chiar când există deja o hotărâre judecătorească definitivă, ca în CP spaniol (art. 2 alin. 2<sup>65</sup>), CP portughez (art. 2 alin. 4)<sup>66</sup>, CP est-timorez (art.3 alin.3)<sup>67</sup>, CP brazilian (art. 2 alin. unic), CP argentinian (art. 2 alin. 2 și art. 3), CP columbian (art. 6 alin.2); este și cazul tradiției introduse de CP Dongoroz, prin art. 15, care admitea, printr-o remarcabilă viziune umanist-liberală, aplicarea facultativă în mod proporțional a *lex mitior* în cazul pedepselor definitive. CP Antoniu (2004) în art. 8 alin. 1<sup>68</sup> reia și el cu mici variații această soluție **profund originală, de umanitate românească**, dar și europeană, de care redactorii CP Predoiu, altminteri

---

<sup>64</sup> Este și cazul CP Predoiu.

<sup>65</sup> **"Codul penal spaniol din 1995, articolul 2. [Neretroactivitatea normelor penale]**

*2. Totuși, vor avea efect retroactiv acele legi penale care îl favorizează pe inculpat, chiar dacă la intrarea în vigoare exista sentință definitivă și subiectul se afla în executarea pedepsei. În caz de îndoială asupra determinării legii mai favorabile, va fi ascultat inculpatul. Faptele comise sub vigența unei legi temporale vor fi judecate potrivit acesteia, dacă nu se dispune în mod expres contrariul."*

<sup>66</sup> Odată cu Reforma din 2007 a CP portughez (Legea nr. 59/2007 din 4 septembrie), legiuitorul portughez a fost foarte clar că **principiul aplicării retroactive a legii penale mai favorabile trebuie să se "întâmples" întotdeauna**, existând sau nu condamnare cu putere de lucru judecat.

<sup>67</sup> Codul penal al Republicii Democratice a Timorului de Est a abrogat art. 1 din Legea 10/2003 care extindea aplicarea CP indonezian pe teritoriul timorez. CP est-timorez a fost aprobat prin Decretul-Lege nr. 19/2009, emis pe 18 martie 2009 de Guvernul RDTE și promulgat de Președintele RDTE pe 30 mar. 2009.

<sup>68</sup> **"CP Antoniu-2004, art.8 Alte situații privind aplicarea legii penale mai favorabile în cazul pedepselor definitive**

*1. Când după rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare și până la executarea completă a detențiunii severe, a închisorii stricte sau a închisorii a intervenit o lege care prevede același fel de pedeapsă, dar cu un maxim special mai mic, iar sancțiunea aplicată este mai mică decât maximul special prevăzut de legea nouă, ținându-se seama infracțiunea săvârșită, de persoana condamnatului, de conduita acestuia după pronunțarea hotărârii sau în timpul executării pedepsei și de timpul cât a executat din pedeapsă, se dispune fie menținerea, fie reducerea pedepsei. Pedeapsa aplicată nu poate fi coborâtă sub limita ce ar rezulta din reducerea acestei pedepse proporțional cu micșorarea maximului special prevăzut pentru infracțiunea săvârșită."*

hispanofili la debut de cod<sup>69</sup>, nici nu vor să audă, în special odată cu suspectul de neconvenționalitate art. 4<sup>70</sup> din legea nr. 187/ 12 nov. 2012 de punere în aplicare a CP Predoiu, articol care retroactivează în defavoarea condamnatului. Ce ne trebuie nouă accente de umanitate și ce nevoie avem de păstrarea tradiției românești de autentică civilitate, a art. 15, în aria de *lex mitior*!

Avem un art. 15 în CP Dongoroz, care poate constitui *lex mitior*, dar să nu-l aplicăm spune art. 4 din legea nr. 187/ 12 nov. 2012! De parcă *lex mitior* ca situație obiectivă de favoare a tratamentului penal al inculpatului, câștigată sub art. 15 din CP Dongoroz, poate rămâne la abuzul noului legiuitor!

Art. 15 din CP Dongoroz reglementa situația în care pedeapsa închisorii pronunțată în mod definitiv, neexecutată sau în curs de executare, era mai mică decât maximumul prevăzut în legea nouă. Reducerea cuantumului de pedeapsă se făcea în acest caz **pe cale judecătorească**, ținându-se seama de infracțiunea săvârșită, de persoana condamnatului, de conduita acestuia după pronunțarea hotărârii etc. Dacă instanța aprecia că nu se impunea menținerea pedepsei, ci dimpotrivă era cazul ca pedeapsa să fie redusă, aceasta nu putea fi coborâtă sub limita ce ar rezulta din reducerea pedepsei proporțional cu micșorarea maximumului special prevăzut pentru infracțiunea săvârșită.<sup>71</sup>

Pentru a nu goli de conținut *lex mitior*, principiul *res judicata* nu trebuie fetișizat<sup>72</sup> sau absolutizat, cum o fac redactorii CP Predoiu, întrucât:

1. așa cum a reținut Marea Cameră a CEDO în *Scoppola vs. Italia* ( 17 sept. 2009) este consistentă cu Statul de drept "*așteptarea ca o curte de justiție să aplice oricărui act pedepsibil pedeapsa pe care legiuitorul*

---

<sup>69</sup> Art. 1 CP Predoiu are 2 alineate, fracturând didactic, după model spaniol, principiul legalității incriminării. Este clar că s-a avut în vedere modelul spaniol, dar consecvența obliga să preluăm de la spanioli/ portughezi și preeminența *lex mitior* în fața *res judicata*.

<sup>70</sup> Art. 4 din legea 187/2012 contravine art. 7 din Convenția de la Roma: "*Pedeapsa aplicată pentru o infracțiune printr-o hotărâre ce a rămas definitivă sub imperiul Codului penal din 1969, care nu depășește maximumul special prevăzut de Codul penal, nu poate fi redusă în urma intrării în vigoare a acestei legi.*"

<sup>71</sup> Vintilă DONGOROZ și colectiv - *Noul Cod penal și Codul penal anterior. Prezentare comparativă*, Editura Politică, București, 1969, p.22. Este dat următorul exemplu: "Dacă un infractor a fost condamnat sub legea veche la 4 ani închisoare pentru o infracțiune al cărei maxim special era de 10 ani, iar legea nouă prevede pentru aceeași infracțiune un maxim special de 5 ani (adică maximumul s-a redus cu 1/2), pedeapsa de 4 ani aplicată de instanță nu poate fi redusă sub 2 ani."

<sup>72</sup> José Inacio DE SOUSA E BRITO, *A retroactividade da lei penal mais favoravel nos casos julgados*, p.10.

Download:

[http://www.google.ro/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.fd.unl.pt%2Fdocentes\\_docs%2Fma%2FJSB\\_MA\\_8369.doc&ei=pm2zU-CiK8a1O8LwgNAF&usq=AFQjCNHGoNqdbuPWXAHSuwUN1HEpQYM3w&bvm=bv.70138588,bs.1,d.bGQ&cad=rja](http://www.google.ro/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.fd.unl.pt%2Fdocentes_docs%2Fma%2FJSB_MA_8369.doc&ei=pm2zU-CiK8a1O8LwgNAF&usq=AFQjCNHGoNqdbuPWXAHSuwUN1HEpQYM3w&bvm=bv.70138588,bs.1,d.bGQ&cad=rja)

o socotește proporțională" (par. 108); or, *lex mitior* este tocmai calea cea mai adecvată de a găsi din cuprinsul mai multor legi succesive liniile directe ale unui tratament sancționator penal proporționat și echilibrat, împăcând cerințele politicii penale (*contra reo*), mai noi ori mai vechi, cu exigențele de libertate oferite de lege în cel mai înalt grad inculpatului (*in favor rei*).

2. cu toții știm că în spatele *res judicata* stă valoarea de securitate juridică și protejarea securității juridice cu privire la actele jurisdicționale, aspecte ce țin de esența Statului de drept. Securitatea juridică are însă o latură obiectivă cu privire la stabilitatea instituțiilor, dar și o dimensiune subiectivă ce privește *definirea judiciară a unei situații juridice a unei persoane*; or, în materie penală, siguranța juridică vizată de lucrul judecat aparține în dimensiune subiectivă exclusiv inculpatului/ condamnatului<sup>73</sup>. În penal nu se pot primi argumentele discutate în Procesul civil pentru a justifica stabilitatea hotărârii judecătorești, întrucât ar fi absurd să se facă a prevala securitatea și stabilitatea situației condamnatului asupra *lex mitior*, prin aceea că un condamnat ar fi sau ar continua să fie în mod injust pedepsit pentru a asigura însăși stabilitatea situației sale de nedreptățit<sup>74</sup>, deși legiuitorul, reputat suveran în Europa, de la Revoluția Engleză încoace (Revoluția Glorioasă de la 1688) și mai ales după cel de-al doilea război mondial, a introdus, fie și în parte, o valorizare juridico-penală mai blândă, mai umană a situației sale juridice de inculpat sau condamnat. Securitatea juridică nu trebuie ipostaziată până în punctul de a întuneca exigențele de egalitate și de justiție care decurg din însăși viața democratică și care cer o acțiune constantă în plan politic<sup>75</sup> din partea Statului de drept democratic.
3. evident că *res judicata* are un rol extrem de important de asigurare a certitudinii dreptului, iar funcția jurisdicțională nu poate fi redusă la „*oficiul de a da simple păreri consultative*”<sup>76</sup>, dar reducerea cuantumului de pedeapsă prin aplicarea eventuală a *lex mitior* atinge într-o măsură minimă lucrul judecat, salvagardând în același timp *umanismul lex mitior*.

---

<sup>73</sup> Decizia nr. 644/1998 din 17 nov. a Secției a II-a a Tribunalului Constituțional Portughez, p. 28, Opinie separată, Judecătorea Maria dos Prazeres Pizarro Beleza.

<sup>74</sup> Decizia Secției a II-a a Tribunalului Constituțional Portughez, nr. 644/1998 din 17 nov., p. 28, Opinie separată, Judecătorea Maria dos Prazeres Pizarro Beleza.

<sup>75</sup> Francesco Carnelutti remarcă tocmai că *res judicata* are un fundament politic, nicidecum logic. A se vedea CARNELUTTI, *Lezioni di diritto procesuale civile*, 1933, vol. II, p.86, n.82

<sup>76</sup> Giovanni LEONE, *Il mito del giudicato*, Intorno alla riforma del codice di procedura penale, Milano-Dott.A. Giuffrè Editore, 1964, p.89.

4. *res judicata* are un fundament politic în certitudinea juridică a cazului concret, dar pentru o organizare armonică în sens democratic, neautoritarist, este necesar nu să se sacrifice integral un interes general dintre cele două, *res judicata* și *lex mitior*, ci ambele să se armonizeze: limitele *judicatei* trebuie să se afle în strânse legături intime cu organizarea democratică a societății<sup>77</sup>. Democrația fiind un regim al celei mai ample protecții a persoanei umane<sup>78</sup>, *lex mitior* nu numai că se pune în serviciul democrației, dar face un mare serviciu și spiritului de justiție, astfel ca *judicata* (lucrul judecat) să rămână pe tot parcursul său bazată pe lege.
5. o națiune organizată democratic se conduce politic de Parlament (care reprezintă conștiința socială) sau de Guvern, nu de către judecători; nu este vina inculpatului că legiuitorul este inconsecvent cu o politică penală care azi e mai blândă, mâine mai aspră sau invers. Inculpatul se poate pune la adăpost de capriciile legiuitorului primar sau delegat doar prin apelul la *lex mitior* sau, în ignorarea principiului legii mai favorabile, poate fi protejat de excesul de pedeapsă printr-o **lege de amnistie și/sau grațiere**, care să îndrepte măcar parțial inegalitățile de tratament<sup>79</sup> promovate fie de legiuitor, fie de judiciar.
6. această preocupare, remarcă prof. dr. Américo Taipa de Carvalho<sup>80</sup>, "*de garantare a siguranței individuale împotriva posibilului arbitrarium judiciar sau legislativ a dus la absolutizarea lucrului judecat penal. Dar, după cum se poate intui și, de pe acum, atragem atenția, nu este vorba de o sacralizare a lucrului judecat penal în serviciul unui îndoielnic "prestigiu al tribunalelor", cum uneori se mai invocă, dar despre o absolutizare motivată de preocuparea de a constitui o frână de apărare a cetățeanului contra tentației de repetare arbitrară a judecății.(...) Astfel, după o primă fază în care, dintr-o explicabilă motivație de reacție contra unui arbitrarium de persecuție penală, se tindea către absolutizarea lucrului judecat, îndată urmează o fază secundă în care, odată depășită acea reacție radicală inițială, se descoperă că rațiunea de garanție politică inerentă atât lucrului judecat, cât și exigenței negative a principiului ne bis in idem, nu se opune cu nimic aplicării retroactive a legii mai favorabile."*

---

<sup>77</sup> Idem, p.86.

<sup>78</sup> Ibidem.

<sup>79</sup> José Inacio DE SOUSA E BRITO, art.cit., p.12.

<sup>80</sup> Américo A. TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais*, 2<sup>a</sup> edição revista, Coimbra Editora, 1997, pp.214-215.

7. *res judicata* nu este o valoare în sine, de preponderență automată și absolută<sup>81</sup>, protecția sa trebuie să se sprijine pe interese substanțiale ce merită să prevaleze, în consonanță cu sensul dominant al ordinii juridice<sup>82</sup>.
8. *res judicata* nu este de același rang<sup>83</sup>, unul constituțional, ca *lex mitior* sau ca principiul libertății persoanei. Există instituții ca *amnistia sau grațierea ori declasificarea unor infracțiuni* în simple contravenții sau simple abateri disciplinare, operațiuni legislative pornite exclusiv din considerațiile de politică penală ale legiuitorului suveran, care și ele ating sau înlătură, în mod justificat, *res judicata*;
9. dacă o sentință este trecută în puterea lucrului judecat, dar ulterior intervin elemente noi care conduc la reținerea unor erori judiciare, ar trebui ca sentința să fie revizuită, astfel încât justiția să primeze față de *res judicata*; în toate cazurile de revizuire din orice CPP, *res judicata* cedează în fața unor exigențe superioare. Oare nu este și *lex mitior* o atare exigență superioară?!
10. din faptul că *lex mitior* este un principiu universal în Constituția României, ce se cere interpretat în acord cu art. 20 din aceeași Constituție, trebuie să decurgă acele consecințe hermeneutice de favorizare a aplicării sale în fața unor interpretări autoritarist-minimaliste, care pun invariabil Statul și *res judicata* în preeminență neargumentată și automată față de libertatea persoanei.
11. din punct de vedere al principiului democratic al separației puterilor, *lex mitior* asumă faptul că pedepsibilitatea atenuată a oricărei conduite penalmente relevante trebuie să depindă și de exercițiul suveran al legiuitorului, nu doar de cel exclusiv al judecătorului, care oricum are ultimul cuvânt și la evaluarea incidenței *lex mitior* față de *res judicata*;
12. stabilind o pedeapsă mai blândă, legiuitorul renunță implicit, irevocabil și retroactiv la dreptul ce-l avea Statul/ societatea de a solicita, potrivit legii vechi, o pedeapsă mai mare (Levy Maria Jordão, *Commentario ao Código Penal Portuguez*, 1853)<sup>84</sup>;
13. art. 5 alin. 4 din Convenția de la Roma (CEDO) proclamă dreptul oricărei persoane de a introduce un recurs în fața unui tribunal, pentru a statua în timp scurt asupra legalității detenției și pentru a ordona liberarea sa dacă detenția este socotită ilegală. Fiind vorba de o schimbare a legii, deci de o chestiune de legalitate, orice persoană

---

<sup>81</sup> Decizia Secției a II-a a Tribunalului Constituțional Portughez, nr. 677/1998 din 02 dec.

<sup>82</sup> Idem.

<sup>83</sup> Ne referim la Constituția României.

<sup>84</sup> Decizia nr. 839/2013 din 5 decembrie a Tribunalului Constituțional Portughez, Secția a II-a, pct.8, pag.4.

condamnată, în înțelesul Convenției, poate cere unei Curți de justiție o prestație jurisdicțională care să înlătore detenția în caz de apariție a unei *lex mitior*, prestație care dacă în final se concretizează în admiterea contestației (la executare) evident că se aduce atingere *res judicata*, dar numai **cantitativ**, în ce privește cuantumurile de pedeapsă, iar nu **calitativ**, cu privire la vinovăție penală ori civilă, circumstanțe stabilite ale faptei, participație etc., **aspecte acoperite definitiv de res judicata**.

14. dacă legiuitorul decide să introducă o transformare, modificare a unei infracțiuni de pericol într-una de rezultat, mai este just să ne cramponăm de *res judicata*, devreme ce acțiunea/ omisiunea inculpatului nu a produs acel rezultat pe care legea nouă îl cere? Oare nu e cazul ca într-o societate democratică, fidelă unei tradiții de umanism în pronunțarea și executarea pedepselor, să prevaleze justiția, echitatea și adevărul, iar nu rigiditatea irațională? Oare nu ar trebui ca într-o societate democratică construită prin lege, atât CP, cât și CPP, să facă loc flexibilității judecătorului de executare de a aplica legea penală de favoare, mai umanistă, în detrimentul unei de neatins, imobile, injustificate și crude *res judicata*<sup>85</sup>, care lasă neatinse efectele unei lege mai aspre?
15. nicio hotărâre judecătorească nu poate obliga mai departe de ce este în mod logic inclus în ea<sup>86</sup>, ea având o premisă de drept<sup>87</sup>, de text legal, premisa majoră, ce poate suferi mutații colosale, la nivel ideologico-normativ; de ex. art. 276 CP Predoiu, "*Presiuni asupra justiției*" a fost socotit pe drept cuvânt de Parlamentul român, ulterior, ca fiind un fruct al unei ideologii străine tradițiilor democratice și umanist-europene<sup>88</sup>, tradiții inerente unei societăți pluraliste, deschise polemicii și criticii.
16. ulterior pronunțării hotărârii judecătorești de condamnare, legiuitorul poate veni fie cu *una lex abrogativa*, fie cu o atenuare de pedeapsă, fie cu o altă descriere a faptei incriminate; toate acestea trebuie să producă imediat efecte asupra pedepselor pronunțate, în sensul diminuării sau înlăturării, dacă este cazul, a restului de pedeapsă. Dacă legiuitorul poate mai mult- *abolitio*, trebuie să convenim că poate și mai

---

<sup>85</sup> Giovanni LEONE, art.cit., p.83.

<sup>86</sup> José Inacio DE SOUSA E BRITO, art.cit., p.7.

<sup>87</sup> Pe lângă premisa de fapt.

<sup>88</sup> Devreme ce în exercitarea dreptului său la apărare, valoarea de adevăr sau minciună este indiferentă inculpatului, care *dispune chiar de dreptul de a minți*, exercitabil evident în scopul de a-l influența pe judecător, procuror, avocat, martor, expert etc., art. 276 intră în răspăr cu esența unui drept constituțional și convențional preeminent cum este dreptul la autoapărare.

puțin - să atenueze orice pedeapsă dată în executare pe baza unei legi mai aspre.

17. *principiul necesității pedepsei* ce decurge din principiul suprem al demnității persoanei umane și din principiul utilizării stricte a dreptului penal doar ca *ultima ratio*<sup>89</sup> se opune ca o pedeapsă să mai fie executată fie și o zi în plus, dacă prin legea penală, ca expresie suverană de politică penală a legiuitorului, este considerată fie absolut nenesesară (*abolitio criminis*), fie parțial nenesesară (apare o atenuare de pedepsibilitate).
18. nu are loc o adevărată revizuire a sentinței dacă *lex mitior* atinge *res judicata*, ci, doar dacă e cazul, se aplică legea nouă la cazul respectiv<sup>90</sup>. Legea nouă nu se aplică unui inculpat prezumat nevinovat, ci unuia a cărui vinovăție nu se mai pune în discuție- asta fiind și esența lui *res judicata*-; ceea ce se pune în discuție este respectarea legii noi și a orientării de politică penală a legiuitorului care a dat naștere acesteia, a respectării sensului *lex mitior* și a naturii sale juridice de *garanție contra unui plus inutil de pedeapsă*, regăsită în numeroase declarații, tratate și convenții europene și internaționale privind drepturile omului.
19. de asemenea, neaplicarea *lex mitior* pedepselor aflate în executare prin forța unor hotărâri trecute în puterea lucrului judecat lezează principiul universal al egalității în fața legii<sup>91</sup>. Principiul egalității obligă să nu subziste inegalitățile ce pot fi eliminate, susține judecătoria portugheză Maria Pizarro Belleza: „*dacă este imposibil a se îndepărta integral inegalitatea și dacă ea nu are remedii în anumite cazuri sau când pedeapsa a fost deja executată, este preferabil să se atenueze rigorile pedepselor în măsura posibilului, pentru că dacă se renunță a se obține acest rezultat prin aplicarea lex mitior, se ajunge a se respecta doar o egalitate iluzorie.*”<sup>92</sup>
20. invocarea *res judicata* nu este suficientă pentru a face legitimă restrângerea aplicării *lex mitior*<sup>93</sup>; trebuie demonstrat faptul că tutela lui *res judicata* impune necesarmente restrângerea unui principiu atât de puternic ca *lex mitior*, astfel încât, în pofida restrângerii, să se păstreze conținutul esențial<sup>94</sup> și cu valoare de universalitate a *lex mitior*; trebuie

---

<sup>89</sup> José Inacio DE SOUSA E BRITO, *art.cit.*, p.7.

<sup>90</sup> Idem, p.11.

<sup>91</sup> Decizia nr. 644/1998 din 17 nov. a Secției a II-a a Tribunalului Constituțional Portughez, p. 31, Opinie separată, Judecătoria Maria dos Prazeres Pizarro Beleza.

<sup>92</sup> Idem.

<sup>93</sup> Decizia nr. 644/1998 din 17 nov. a Secției a II-a a Tribunalului Constituțional Portughez, p.3.

<sup>94</sup> Idem, p. 28, Opinie separată, Judecătoria Maria dos Prazeres Pizarro Beleza.



să se demonstreze adecvarea, necesitatea și proporționalitatea restrângerii.

21. principiul *ne bis in idem* nu poate fi obstacol la *lex mitior*, întrucât constituie un drept subiectiv fundamental, o normă de protecție a individului împotriva Statului, o garanție politică, o securitate juridico-penală individuală în fața lui *jus puniendi*, neinterzicând o nouă judecată pentru aplicarea dispozițiilor de favoare<sup>95</sup> dintr-o lege sau din mai multe legi penale. *Ne bis in idem* nu poate fi interpretat în contra inculpatului, constituind în esența sa, dimpotrivă, o garanție pentru acesta că va fi tratat corect.
22. dacă *res judicata* sau *ne bis in idem* nu ar putea fi înlăturate sau depășite de *lex mitior*, s-ar verifica violarea principiului egalității și a rațiunii de *ultima ratio* a pedepsei, întrucât s-ar putea întâmpla ca indivizi ce au comis împreună aceeași infracțiune, dar au fost condamnați cu decizii trecute sub *res judicata*, una sub imperiul legii vechi, alta sub imperiul legii noi mai favorabile, să aibă finalmente în mod nejustificat pedepse diferite, date de momentele diferite în care au fost judecați<sup>96</sup>. Elementul *alea* nu poate subzista în fața lui *lex mitior*, principiul *lex mitior* fiind gândit tocmai pentru limitarea fortuitului sancționatoriu în domeniul dreptului penal.
23. aplicarea legii penale de favoare, altfel spus, vine să îndepărteze inegalitatea și injustiția ce rezultă din soluția contrară: executarea unei pedepse sau a uneia mai grave nu poate fi admisă sub pretextul marcat de *alea* al trecerii sub *res judicata* a unei hotărâri judecătorești înainte sau după intrarea în vigoare a *lex mitior*<sup>97</sup>.
24. aplicarea legii mai favorabile în armonizare cu *res judicata* nu va arunca sistemul judiciar în haos sau în ruină, întrucât totul este o chestiune de pură voință politică, în măsura în care țări ca Spania, Portugalia, Cuba, Brazilia, Argentina, Columbia, Timorul de Est etc. deja îmbrățișează cu succes un astfel de sistem axat pe flexibilitatea *lex mitior*<sup>98</sup>.

Art. 15 alin. 2 din Constituția României ce consacră *lex mitior* poartă denumirea de „Universalitatea”, ceea ce înseamnă că *lex mitior* este aplicabilă, ca vocație, tuturor persoanelor condamnate, nu neapărat unei categorii de inculpați, nu neapărat doar

---

A se vedea și Dec. nr. 392/1989 a Tribunalului Constituțional Portughez, publicată în Jurnalul Republicii Portugheze, II, 14 Sept. 1989.

<sup>95</sup> Idem.

<sup>96</sup> Decizia nr. 644/1998 din 17 nov. a Secției a II-a a Tribunalului Constituțional Portughez, p.3.

<sup>97</sup> Decizia nr. 644/1998 din 17 nov. a Secției a II-a a Tribunalului Constituțional Portughez, p. 31, Opinie separată, Judecătoarea Maria dos Prazeres Pizarro Beleza.

<sup>98</sup> Idem, p.4.

acelora care nu au primit spre executare, prin hotărâre judecătorească definitivă de condamnare, decât un quantum de pedeapsă mai mare decât maximumul prevăzut de legea nouă, mai favorabilă. Când există concurs de infracțiuni, este normal ca aplicarea *lex mitior* cu privire la o infracțiune concurentă să producă rejudecarea și pronunțarea unei pedepse într-un nou quantum, obligatoriu mai mic, întrucât trebuie valorificat minusul de pedepsibilitate adus de *lex mitior*.

Cu alte cuvinte, în opinia noastră *lex mitior* are potrivit voinței Constituției României *vocație de universalitate* și ocupă un loc supraordonat în ordinea axiologică constituțională românească, ceea ce îi conferă o preeminență deosebită din punct de vedere politico-juridic, atunci când se ciocnește cu alte principii constituționale. De asemenea natura internațională și garantistică a acestui principiu, în acord cu art. 20 din Constituția României, face ca *lex mitior* să dobândească satisfacție deplină în fața oricărui principiu din legislația internă, care ar putea introduce un tratament penal inegal și discriminatoriu.

Având în vedere cele ce preced, este flagrantă inegalitatea de tratament, introdusă în mod nedemocratic, inexplicabil, de către redactorii CP Predoiu, prin **renunțarea** la soluțiile umaniste imaginate generos, atât în CP Dongoroz (art. 15), cât și în CP Antoniu<sup>99</sup> din 2004 (art. 8 alin. 1).

Dacă luăm, *exempli gratia*, situația unui inculpat încă necondamnat și a unui condamnat definitiv pentru același infracțiune X comisă în coautorat, pedepsibili spre minimumul special (limitele legii vechi la infracțiunea X, între 3 și 9 ani, limitele legii noi, între 2 și 10 ani)<sup>100</sup>. Dacă survine așadar legea de mitigare de pedeapsă, inculpatul necondamnat va lua 2 ani de închisoare în loc de 3, beneficiind de parcurgerea cu întârziere a procesului său și a faptului că a "prins" legea nouă, rațiuni cu totul străine de sfera de pedepsibilitate<sup>101</sup> a infracțiunii X (nu e inculpatul încă necondamnat mai puțin coautor, mai puțin vinovat *decât cel deja condamnat pentru aceeași faptă și care execută 3 ani*) și chiar dacă nu ar exista o identitate de infracțiune și nicio identitate de moment al comiterii ei, nu este rațional și nici conform cu principiul egalității<sup>102</sup> ca durata

---

<sup>99</sup> Totuși, prof. univ. dr. George Antoniu exprimă o opinie contrară propriului art. 8 din CP Antoniu, susținând că "*cele mai multe legi penale europene (Franța, Italia, Germania) nu cunosc un asemenea text care reprezintă o imixtiune vădită a legiuitorului în activitatea puterii judecătorești, o abatere de la principiul intangibilității lucrului judecat*". A se vedea George ANTONIU, *Observații cu privire la Anteproiectul unui al doilea nou Cod penal (I)*, Revista de drept penal, nr. 4/2007, p.10.

<sup>100</sup> José Inacio DE SOUSA E BRITO, *art.cit.*, p.9.

<sup>101</sup> Idem.

<sup>102</sup> Mihai Adrian HOTCĂ, *Aplicarea legii penale în conformitate cu normele noului Cod penal*, Revista Dreptul, nr. 5/2014, p.166. Autorul face referire și la Dec. nr. 86/2003 a Curții Constituționale a României, corectă în ce privește constatarea că "*data condamnării lor definitive nu are nicio semnificație în ceea ce privește stabilirea unui tratament juridic diferențiat*", dar pe care o găsim parțial criticabilă, fie și pentru că folosește o sintagmă controversată, amestecând dreptul penal cu procedura penală, aspect tipic regimurilor autoritariste: "*conduita procesuală a infractorilor*".

procesului să influențeze măsura de pedeapsă, în beneficiul acelor inculpați care prin diverse acțiuni au reușit să se constituie într-o opreliște, într-o piedică în calea înfăptuirii justiției<sup>103</sup> și în detrimentul acelor persoane deja condamnate, care au fost poate cooperante, sincere și au recunoscut măcar într-o anumită măsură faptele comise. În acest sens, ne raliem concluziei cu caracter de justețe a prof. dr. Mihai Adrian Hotcă: "...Apreciem că art. 6 alin. 1 n.C.pen. nu sprijină opinia analizării diferențiate a situației unor persoane care au comis același fel de infracțiuni, în funcție de criteriul datei rămânerii definitive a hotărârii de condamnare."<sup>104</sup>

În adevăr, este violator al principiului egalității tratamentul diferențiat la care conduce teza adoptată de redactorii CP Predoiu de a recunoaște limitat supremația *lex mitior* față de *res judicata*, dacă ne imaginăm situația unui inculpat care poate invoca în calea sa de atac apariția intermediară a unei *lex mitior* și situația diversă a unui alt inculpat, care comițând aceeași faptă tot sub imperiul legii vechi și-a văzut calea de atac judecată tot sub legea veche.<sup>105</sup>

Unei legi penale i se poate pretinde mai cu seamă să lase deoparte încrâncenarea autoritaristă și să asigure o *serenitate* în acord cu valorile umaniste și de civilitate, să manifeste în textul ei, prin modul de redactare, o grijă maximă pentru asigurarea unui tratament **egal și nediscriminatoriu**, fără de care ideea de justiție ar deveni superfluă.

---

<sup>103</sup> José Inacio DE SOUSA E BRITO, *art.cit.*, p.9

<sup>104</sup> Mihai Adrian HOTCĂ, *art. cit.*, p.167.

<sup>105</sup> Decizia nr. 240/1997 din 12 mar. a Tribunalului Constituțional Portughez, Secția a II-a, p.10.

## Spania

V. Înainte de Codul penal spaniol din 1995 s-au succedat CP din 1928, CP din 1932, CP din 1944, Revizuirea de CP din 1963, Reforma din 1973, Revizuirile din 1983 și 1989, experiența Spaniei în aplicarea dreptului penal intertemporal fiind una consistentă și, demn de notat, **marcată de preocuparea pentru argumente umanitare** (*humanitatis causa*) în aplicarea retroactivității *in bonam partem*. Astfel, s-au exprimat opinii jurisprudențiale că *"orice motivare este bună dacă se obține umanizarea pedepselor și, în acest sens, trebuie considerat un bun argument retroactivitatea legii penale mai favorabile."*<sup>106</sup>

Prof. dr. Miguel Polaino Navarrete, din Sevilla, consideră că retroactivitatea legii penale de favoare are un rol politic, acela de a sprijini rațiunile de Politică penală ale statului: *"Puține dispoziții din legislația penală se arată mai adecvate exigențelor politico-penale de executare a Justiției penale decât cele stabilite în art. 2 alin. 2 din Codul penal de la 1995.*

*Pe marginea dezbaterii doctrinare în legătură cu rațiunea retroactivității penale favorabile este de semnalat că această rațiune reprezintă unicul criteriu congruent cu exigențele Politicii penale considerate prevalente în momentul efectivei aplicări a legii penale.*

*Nu pot dispozițiile legale să servească de o formă mai autentică Justiției penale decât atunci când, înainte de toate, sunt oneste ele însele. Norma penală, alături în general de sistemul punitiv al Statului, care nu primește cu un neobosit dinamism noile exigențe politico-penale, perceptibile în fiecare moment ca niște co-determinanți ai sancțiunilor penale prevăzute, nu răspunde rațiunii care în mod esențial o legitimează.*

*Politica penală și Justiția penală materială apar astfel în mod nescindabil unite. Limitele vinovăției anterioare se adecvează realelor exigențe de pedepsibilitate, determinate de necesitatea și de meritoriul sancțiunii penale ce corespunde momentului istoric de referință."*<sup>107</sup>

---

<sup>106</sup> Alfonso SERRANO GOMEZ, *Irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables en la Constitución Española*, pp.4-5.

<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292344055283?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content..>

Consultat, ultima oară, 30 iunie 2014

<sup>107</sup> Extras din decizia nr. 644/1998 din 17 nov. a Secției a II-a a Tribunalului Constituțional Portughez, p. 27, Opinie separată, Judecătoarea Maria dos Prazeres Pizarro Beleza.

Constituția Spaniei proclamă cu energie în art. 9 par. 3 că este garantată constituțional neretroactivitatea dispozițiilor sancționatorii defavorabile sau restrictive de drepturi, fiind evident că pe lângă dreptul penal sunt vizate și alte ramuri de drept public, **inclusiv dreptul procesual penal**, care și el este, desigur, restrictiv de drepturi. Art. 25 alin. 1 din Constituție acordă rang constituțional principiului legalității de drept penal, cu corolarul său - neretroactivitatea *lex in pejus* : "*Nimeni nu poate fi condamnat sau sancționat pentru acțiuni sau omisiuni care în momentul producerii lor nu constituiau crimă, delict sau contravenție administrativă, potrivit legii în vigoare în acel moment.*" Versantul retroactivității *in bonam partem* figurează în dispozițiile art. 2 alin. 2 din CP din 1995, după consacrarea în art. 2 alin. 1 a neretroactivității *in pejus* a legii penale.

Postura tradițională a Tribunalului Constituțional Spaniol (TCS) este de a nega caracterul de drept fundamental al retroactivității penale *in bonus*, afirmând că îi lipsește relevanța constituțională directă (dec. TCS nr. 8/1981 din 30 mar.), dar doctrina îl leagă de principiul proporționalității, astfel încât impunerea unei pedepse mai severe poate fi obiect de cenzură a TCS, dacă se consideră că s-a produs o încălcare a principiului proporționalității<sup>108</sup>.

Cu un deznodământ recent (2013) dictat de Marea Cameră a CEDO, Regatul Spaniei a cunoscut o *saga* palpitantă a aplicării *lex mitior* cu privire la beneficiile penitenciare acordabile potrivit CP din 1973, care influențau direct durata pedepsei efectiv executată.

Secția Penală a Tribunalului Suprem Spaniol decisese la 18 iul. 1996 că, în scopul determinării legii penale mai blânde, se va ține cont de sistemul remiterilor de pedeapsă din timpul executării condamnărilor (așa-zisele „*beneficios penitenciarios*”) sub imperiul CP din 1973, pentru a se putea compara pedepsele care trebuie executate fie sub acel cod, fie sub CP din 1995. Beneficiile penitenciare se imputau asupra unei noi sentințe -rezultante, dar independentă de celelalte- și, lucru important, această regulă îmbrăca forma unui drept câștigat, de a executa pedeapsa maximă mai puțin durata acoperită de beneficiile penitenciare.

Prin decizia nr. 197/2006 din 28 feb. 2006, Tribunalul Suprem Spaniol, cu 3 judecători disidenți (având o opinie politico-juridică contrară celorlalți 12 judecători ce formau majoritatea), a virat spre o schimbare radicală de jurisprudență, provocată de **presiunile politice și mediatice**<sup>109</sup>, jurisprudență cunoscută sub numele de „*Doctrina*

---

<sup>108</sup> Carmen Guerrero Picó in *Favor rei ed effetti dei mutamenti di giurisprudenza in materia penale*, a cura di Paolo Passaglia, p.65, disponibil online

[http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/CC\\_SS\\_favor\\_rei\\_20121017.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_favor_rei_20121017.pdf)

Consultat, ultima oară, 30 iunie 2014

<sup>109</sup> Justiția într-un Stat democratic de drept se mai face, se pare, și sub presiune...(N.A.)

*Parot*”. Potrivit menționatei doctrine, Tribunalul Suprem a estimat atunci că reducerile de pedeapsă trebuie să se aplice individual asupra fiecărei pedepse în parte (*pena*) și nu asupra maximumului de 30 de ani din pedeapsa dată în executare (*condena*), maxim prevăzut de dispozițiile art. 70 alin. 2 din CP din 1973. Trioul de judecători disidenți însă, au apreciat că metoda utilizată de majoritate (*id est* argumentarea bazată pe diferența specioasă între *pena* și *condena*) nu era prevăzută de CP din 1973 și constituia o aplicare retroactivă a noului art. 78 din CP din 1995, printr-o interpretare *contra reo*, extensivă, ce răspundea unei politici penale, de executare integrală a pedepselor, străine vechiului cod din 1973, constituind așadar o sursă gravă de inegalități. Mai mult, Tribunalul Suprem, în majoritate, a motivat pe marginea *Doctrinei Parot* că principiul neretroactivității legii penale *in pejus* (art. 9 alin. 3 și art. 25 alin. 1 din Constituție) nu a fost instituit decât pentru lege, nu și pentru jurisprudență, care se poate modifica, dacă sunt date rațiuni suficiente.

*Doctrina Parot*, socotită o doctrină foarte polemică<sup>110</sup>, făcea referire la reducerile de pedeapsă acordate prin diverse beneficii penitenciare<sup>111</sup>, care se pretindea că trebuiau aplicate fiecărei pedepse în mod individual, iar nu asupra limitei maxime a pedepsei închisorii (*id est* 30 de ani). Ea a afectat în principal acele persoane condamnate la pedepse foarte ridicate cu închisoarea, din rândul teroriștilor ETA sau al ucigașilor în serie. Prin aplicarea acestei soluții jurisprudențiale s-a voit la nivelul cel mai înalt al tribunalelor spaniole (Tribunalul Suprem, Tribunalul Constituțional) a se evita ca prizonieri celebri, cum ar fi „etaistul” Henri Parot, să poată fi eliberați după executarea unui număr de ani mai mic de 30, stabiliți ca limită maximă în vechiul CP spaniol din 1973. *Doctrina Parot* a fost însă invalidată succesiv și neechivoc de CEDO prin Hotărârea *Del Rio Prada vs. Spania* din 10 iulie 2012, confirmată apoi de Marea Cameră în 21 oct. 2013, prin care Curtea de la Strasbourg, reamintind că **art. 7 din Convenție interzice în mod necondiționat aplicarea retroactivă a legii penale când aceasta este în dezavantajul inculpatului**, a reținut violarea art. 7 și a art. 5 alin.1 din Convenție în condițiile în care prin *Doctrina Parot* s-a fixat în 28 feb. 2006 un curs nou, ulterior și abrupt, al jurisprudenței, care nu numai că nu a afectat doar executarea pedepsei, ci chiar pedeapsa în ea însăși<sup>112</sup>, dar poate fi privit ca imprevizibil la momentul la care Ines del Rio Prada a fost condamnată succesiv la un total de 3800 de ani de închisoare, pentru diverse atentate și asasinat comise între 1982 și 1987, ea având în minte că va executa limita de maxim 30 de ani, potrivit CP din 1973, din care

---

<sup>110</sup> Jordi GIMENO BEVIA, *El TEDH pone fin a la “Doctrina Parot” en España*, p.1.  
[http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1401896143GIMENO%20BEVIA\\_2014.pdf](http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1401896143GIMENO%20BEVIA_2014.pdf)  
Consultat, ultima oară, 30 iunie 2014

<sup>111</sup> E.g. în Spania, pentru 2 zile de muncă în penitenciar, se remite/ se scade o zi de detenție, potrivit art. 100 din CP 1973.

<sup>112</sup> CEDO a statuat că trebuie făcută distincția, potrivit scopurilor art. 7 din Conv., între măsuri constituind o pedeapsă și măsuri relative la executarea pedepselor (*Grava vs. Italia*, 10 iul. 2003; *Gurguchiani vs. Spania*, 15 dec. 2009).

se vor scădea beneficiile penitenciare, iar nu că beneficiile "se impută" asupra fiecărei pedepse în parte (asupra unui total de 2700 de ani), ajungându-se ca aceste beneficii să nu funcționeze cu un impact efectiv asupra duratei pedepsei de executat.

Chiar a II-a zi după decizia Marii Camere CEDO (21 oct. 2013), pe 22 oct. 2013 *Audiența Națională (Audiencia Nacional)*, care are competență de a judeca acuzațiile de terorism, în unanimitate de 17 judecători, s-a întrunit de urgență și a hotărât punerea imediată în libertate a condamnatei etaiste Rio Prada, întrucât Curtea de la Strasbourg „este o jurisdicție obligatorie la care Statul nostru s-a supus voluntar” și, nu mai puțin, trebuie dată „*observare leală*” deciziei finale a CEDO.<sup>113</sup>

Făcând opinie separată la judecata nr. 40/2012 a Tribunalului Constituțional Spaniol, judecătoarea Adela Asua Batarrita a subliniat că remiterile de pedeapsă pentru munca efectuată în detenție diferă de alte măsuri de modificare a pedepsei<sup>114</sup>, cum ar fi liberările condiționate, și că acordarea acestor remiteri nu este lăsată la latitudinea tribunalelor, care să decidă remiterile pe criteriul bunei conduite sau al pericolozității sociale. Aceste remiteri de pedeapsă sunt obligatorii prin lege, a atenționat judecătoarea Asua Batarrita, încheiind prin concluzia că *doctrina Parot* nu a fost previzibilă și că a produs o violare a mai multor dispoziții constituționale: art. 25 alin. 1 (principiul legalității), art. 17 alin. 1 (dreptul la libertate) și art. 24 alin. 1 (dreptul la o protecție judiciară efectivă).<sup>115</sup>

O parte a doctrinei spaniole, contrară celei majoritare, este de opinie că art. 9 alin. 3 din Constituție, nedistingând între norme substanțiale și norme procesuale, normelor procesuale restrictive de drepturi le este cu desăvârșire interzis să retroactiveze, cum este cazul normelor adjective care disciplinează arestul preventiv, extrădarea ori condițiile de procedibilitate.<sup>116</sup>

Un alt curent recent în doctrină, inițiat de prof. dr. Jesus-Maria Silva Sanchez propune stoparea aplicării nelimitate a *retroactivității in bonus*, susținute de doctrina majoritară, în schimbul unei interpretări teleologice restrictive, care să conducă la a nu mai fi considerată drept *lex mitior* acea dispoziție ulterioară ce nu mai poate fi înțeleasă ca reflexul unei aprecieri distincte a conduitei penalmente culpabile și care permite constatarea că nu mai este menținut același meritoriu al pedepsei sau aceeași necesitate a ei, urmând a se distinge, în acest sens, între norme materialmente

---

<sup>113</sup> Jordi GIMENO BEVIA, *art.cit.*,p.6.

<sup>114</sup> Marea Cameră a Curții EDO, *Cauza del Rio Prada versus Spania*, Strasbourg, 21 oct. 2013, par. 53, pp.21-22.

<sup>115</sup> *Idem*, p. 22.

<sup>116</sup> Carmen Guerrero Picó in *Favor rei ed effetti dei mutamenti di giurisprudenza in materia penale*, a cura di Paolo Passaglia, pp.60-61.

favorabile și norme formal favorabile<sup>117</sup>. Astfel, legea penală bonificantă (*in bonus*) se distinge prin 2 criterii: prin identitate obiectivă și prin succesiunea veritabilă de legi, care să indice în mod clar schimbarea de apreciere a non-valorii acțiunii/ omisiunii incriminate din partea legiuitorului.

## Portugalia

VI. Art. 29 alin. 4 din Constituția Republicii portugheze (CRP), cu titlul “*Aplicarea legii penale*”, oferă un conținut mai detaliat și complet pentru neretroactivitatea *lex gravior*, respectiv pentru retroactivitatea *lex mitior*: “*Nimeni nu poate să sufere o pedeapsă sau o măsură de siguranță mai gravă decât cele prevăzute în momentul respectivei conduite sau în momentul verificării premiselor respective, aplicându-se retroactiv legile penale cu conținut mai favorabil inculpatului.*”, iar art. 29 alin. 6 dă loc revizuirii sentințelor abuzive și dezvăunării persoanelor condamnate în violarea principiului *lex mitior*. “*Cetățenii condamnați pe nedrept au dreptul, în condițiile pe care legea le prescrie, la revizuirea sentinței și la indemnizarea pentru pagubele suferite.*”

În art. 29 CRP, situat în capitolul dedicat drepturilor, libertăților și garanțiilor persoanei, sunt consacrate așadar principiul legalității, principiul neretroactivității legii penale, principiul aplicării retroactive a legii penale mai favorabile, principiul *ne bis in idem* și principiul dreptului la revizuirea sentinței și la indemnizație în caz de condamnare nedreaptă<sup>118</sup>, toate acestea consubstanțiind un indiscutabil principiu general al dreptului penal în spațiul cultural european<sup>119</sup>, principiul *favor rei* sau *favor libertatis*.

Inițial, Tribunalul Constituțional considera că art. 29 alin. 4 CRP “*implică, cel puțin, că lucrul judecat nu înlătură aplicarea retroactivă a legii noi dezincriminante sau care produce efecte în mod substanțial analoage.*”(Dec. nr. 677/1998, Dec. nr. 169/2002, Dec. nr. 572/2003)

Urmare însă a unei intense dezbateri doctrinare asupra justificării politico-juridice a subordonării lucrului judecat față de principiul retroactivității legii penale mai favorabile, legiuitorul ordinar, prin Legea nr. 59/2007 din 4 sept. de modificare a CP, a ales să abandoneze redactarea anterioară a art. 2 alin. 4 CP portughez, dorind să marcheze foarte clar că *principiul aplicării retroactive a legii penale mai favorabile*

---

<sup>117</sup> Antoni Llabrés Fuster, *Artículo 2*, p. 42 in Manuel Gómez Tomillo & colectiv, *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, 2010.

<sup>118</sup> Decizia nr. 644/1998 din 17 nov. a Secției a II-a a Tribunalului Constituțional Portughez, p. 25, Opinie separată a judecătoarei Maria dos Prazeres Pizarro Beleza.

<sup>119</sup> Decizia nr. 56/1984 din 12 iunie a Plenului Tribunalului Constituțional Portughez, opinia parțial discordantă a judecătorului José Manuel Cardoso da Costa.



trebuie să se "întâmples" întotdeauna, indiferent dacă există sau nu condamnare cu putere de lucru judecat format asupra chestiunii juridico-penale dezbătute<sup>120</sup>. A subliniat și Tribunalul Suprem de Justiție al Portugaliei în Decizia de fixare a jurisprudenței nr. 7/2008 din 25 iunie: "*Procesul penal este un proces echitabil și just, nefiind de imaginat într-un Stat de drept posibilitatea ca inculpatului să-i fie aplicată o pedeapsă fără ca asupra acesteia să fi fost prevenit, adică fără să-i fi fost dată cunoașterea oportună a posibilității că s-ar putea vedea condamnat.*"

Fundamentul substanțial al art. 29 alin. 4 CRP (*lex mitior*) este aprecierea că sancțiunea penală trebuie să se poată justifica în momentul efectivei sale aplicări și executări în fața judecăților succesive de valoare sau valorizărilor diferite exprimate în mod succesiv în lege, derivând direct din principiul pe care doctrina portugheză l-a consacrat ca *principiul necesității pedepsei* sau *al tutelei penale* (*principiul de maximă limitare a pedepsei*<sup>121</sup>).

Principiul necesității pedepsei exprimă ideea democratică potrivit căreia trebuie să aibă demnitate penală doar bunurile juridice comunitare a căror violare privește aspectele esențiale ale vieții în societate și care violare atinge ea însăși o înaltă gravitate etică. Din principiul necesității pedepsei, rezultă că legitimitatea sancțiunilor penale depinde de necesitatea, adecvarea și proporționalitatea lor, în sens restrâns, pentru protejarea bunurilor și intereselor constituționalmente tutelate<sup>122</sup>. Practic se poate afirma că garanția aplicării legii penale mai favorabile se limitează în a exprima sau în a traduce, în materia limitelor temporale de aplicare a legii penale, importantissimul *principiu al necesității pedepsei*. În adevăr, dacă, într-un moment ulterior comiterii faptei, pedeapsa se dovedește nenecesară, ea devine și constituționalmente ilegitimă, cântărită sub exigențele *lex mitior*.

Potrivit CP portughez, cu privire la retroactivitatea legii mai favorabile se disting două ipoteze: 1) când fapta, pedepsibilă potrivit legii în vigoare la data comiterii ei, încetează de a mai fi pedepsibilă, pentru că noua lege o dezincriminează (art. 2 alin. 2) și 2) dispozițiile penale în vigoare la data comiterii faptei sunt diferite de cele stabilite prin legi ulterioare (art. 2 alin. 4)<sup>123</sup>.

Când este vorba de a alege care este legea mai favorabilă, "*alegerea trebuie făcută între toate legile ce au fost în vigoare din momentul săvârșirii infracțiunii până la momentul judecării sale. În acest mod, dacă după comiterea faptei penale, intră în*

---

<sup>120</sup> Decizia nr. 839/2013 din 5 dec.a Tribunalului Constituțional Portughez, Secția a II-a, pct.7.

<sup>121</sup> Ibidem.

<sup>122</sup> Ibidem.

<sup>123</sup> Idem, p.24.

vigoare o altă lege mai favorabilă, care este deja abrogată în momentul judecării, va fi, cu toate acestea, ea legea aplicabilă.”<sup>124</sup>

Acordând o anvergură încă și mai largă lui *lex mitior*, în art. 282 alin. 3 al Constituției portugheze se proclamă că deciziile Tribunalului Constituțional Portughez (TCP) de declarare a neconstituționalității unor norme legale nu produc efecte în cazul hotărârilor judecătorești care au aplicat inculpatului o normă penală, disciplinară sau contravențională, cu respectarea lui *lex mitior*. Așadar, *chiar legea găsită neconstituțională supraviețuiește în aplicarea sa, dacă prezintă conținut mai favorabil inculpatului*<sup>125</sup> sau contribuabilului (în cazul legii fiscale sancționatorii, de exemplu). În jurisprudența constituțională<sup>126</sup> s-a apreciat că „în contrapartidă, excepția lucrului judecat poate fi înlăturată de Tribunalul Constituțional cu privire la declararea ca neconstituțională sau nelegală a normelor penale, disciplinare sau contravenționale, când ele au avut *un conținut mai puțin favorabil inculpatului* [...]”. Concluzionând, se stabilește prin art. 282 alin.3 o limitare automată a efectelor declarării neconstituționalității sau nelegalității, în respectul principiului lucrului judecat, limitat fiind acest principiu de *principiul normei penale (sau echivalentul acesteia) mai favorabile*.”

Sub cupola generoasă a lui *lex mitior* este salvardată, în viziune portugheză, nu doar libertatea personală a inculpatului<sup>127</sup> (în planul dreptului penal), nu doar onorabilitatea sa profesională<sup>128</sup> (în planul dreptului disciplinar), dar și acea parte minoră din patrimoniul contravenientului afectată plății amenzii contravenționale<sup>129</sup> (în planul dreptului contravențional), chiar dacă ulterior s-a constatat că *lex mitior* a înfrânt o normă constituțională.

Art. 29 alin. 4 din CRP consacră, cum am precizat *supra*, “*principiul aplicării retroactive a legii penale cu conținut mai favorabil inculpatului*.” A reținut Plenul TCP (decizia nr. 150/1994 din 8 februarie) că norma penală nu poate, așadar, să fie retroactivă, nici ultraactivă, ceea ce constituie o manifestare nucleară, esențială a funcției de garanție a principiului, cerută de ideea de Stat de Drept, întrucât este vorba

---

<sup>124</sup> Cavaleiro DE FERREIRA, *Direito Penal Portugues*, Vol. I, Lisboa, 1983, p.119, citat în Decizia nr. 56/1984 din 12 iunie a Plenului Tribunalului Constituțional Portughez, opinia parțial discordantă a judecătorului Messias Bento.

<sup>125</sup> A se vedea cu referire la art. 5 alin. 2 CP Predoiu, Mihai Adrian HOTCĂ, *Aplicarea legii penale în conformitate cu normele noului Cod penal*, Revista Dreptul, nr. 5/2014, p.135.

Art. 5 alin. 1 : “*În cazul în care de la săvârșirea infracțiunii până la judecarea definitivă a cauzei au intervenit una sau mai multe legi penale, se aplică legea mai favorabilă.*”

Art. 5 alin. 2 : “*Dispozițiile alin. 1 se aplică și actelor normative ori prevederilor din acestea declarate neconstituționale, precum și ordonanțele de urgență aprobate de Parlament cu modificări sau completări ori respinse, dacă în timpul când acestea s-au aflat în vigoare au cuprins dispoziții penale mai favorabile.*”

<sup>126</sup> Decizia Tribunalului Constituțional Portughez, Secția a II-a, nr. 240/1997 din 12 martie, pp.5-6.

<sup>127</sup> José Inacio DE SOUSA E BRITO, *art.cit.*, p.4

<sup>128</sup> Idem.

<sup>129</sup> Idem.

de a evita incriminările persecutorii și legile *ad hoc* – de a evita, per total, arbitrariul *ex post*. Neretroactivitatea legii penale este totuși o neretroactivitate *in pejus* sau *in malam partem*, dar nu *in mellius*, pentru că dacă legea nouă va fi de conținut mai favorabil inculpatului (*lex mitior*), ea deja trebuie a se aplica unor fapte trecute (retroactivitate *in mellius*).<sup>130</sup> Se înțelege perfect acest principiu al aplicării retroactive a legii penale mai favorabile, continuă Plenul TCP, odată ce legiuitorul, de exemplu, elimină incriminările tocmai pentru că a renunțat să considere respectivele conduite ca meritorii de o sancțiune de natură penală. Va fi, de aceea, **injust și inutil** să se pedepsească fapte care, după o nouă cântărire a lucrurilor, nu mai continuă să fie socotite de ilicit penal, așa cum înainte erau: **injust**, pentru că nu ar exista rațiuni care în mod substanțial să justifice o pedepsire; și **inutil**, pentru că nicio necesitate de prevenție nu s-ar mai face simțită.

Prin Dec. nr. 150/1994 din 8 februarie, sus-menționate, ce reia multe din considerațiile reținute în alte decizii - Dec. nr. 227/ 1992 din 17 iunie, în Dec. nr. 228/1992 din 17 iunie și în Dec. nr. 480/1993, Plenul TCP a răspuns afirmativ la chestiunea dacă principiul aplicării retroactive a legii penale cu conținut mai favorabil, *în ideea sa esențială*, își va păstra incidența în cazurile în care un ilicit calificat de lege ca infracțiune fiscală a fost între timp retrogradat într-un simplu ilicit contravențional. Așadar, *în ideea de garanție* a principiului, legea mai favorabilă se aplică și atunci când legea în discuție deja și-a pierdut caracterul penal.

Doctrina portugheză de drept constituțional este în același sens. Profesorii dr. Gomes Canotilho și Vital Moreira<sup>131</sup> scriu: “*Este problematic domeniul aplicării acestor principii...Trebuie totuși să se înțeleagă că aceste principii [lex mitior, N.A.] trebuie, în esență, să fie incidente pentru rațiuni de similaritate în cazul tuturor domeniilor sancționatorii, în special în cazul ilicitului contravențional.*” Aceiași autori afirmă: „*nestabilind Constituția nicio excepție, aplicarea retroactivă a legii penale mai favorabile (dezincriminare, incriminare mai blândă etc.) trebuie să aibă forță, cel puțin în principiu, chiar pentru lucrul judecat, cu consecința reaprecierii chestiunii, trebuind să menționăm de asemenea că, atunci când Constituția obligă la respectarea lucrului judecat, admite o excepție exact în cazul legii penale (sau echivalentului acesteia) mai favorabile.*”

Și prof. dr. Jorge Miranda surprinde<sup>132</sup> atât de superb preeminența *lex in mitius*: “*Atât de mare emfază acordă Constituția noastră legii penale mai favorabile încât o antepune față de lucrul judecat; atât de prețioase sunt pentru Legea Fundamentală*

---

<sup>130</sup> Decizia Plenului Tribunalului Constituțional Portughez nr. 150/1994 din 8 februarie, cu o opinie separată a judecătorului Bravo Serra.

<sup>131</sup> Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1.º vol., 2.ª ed, p.208.

<sup>132</sup> Jorge MIRANDA, *Os principios constitucionais da legalidade e da aplicação da lei mais favoravel em materia criminal*, O Direito, ano 121, 1989, IV, pp. 698-699.

*garanțiile juridico-penale ale cetățenilor încât prevalează asupra garanției lucrului judecat; între libertatea sau siguranța individuală, în concret sau subiectivă și siguranța obiectivă, a comunității, ea dă preferință, într-o atitudine personalistă, primei dintre ele.”*

La fel, doctrina portugheză de drept penal, prin vocea prof. dr. Figueiredo Dias<sup>133</sup>: *“într-o parte a doctrinei italiene se acuză că substituirea categoriei penale a infracțiunilor de către categoria extra-penală a contravențiilor este o limitare inoportună a drepturilor și garanțiilor cetățenilor; trebuie subliniat că au a se permuta în dreptul contravențional garanțiile atribuite constituționalmente dreptului penal, în special cele rezultate din principiile legalității și al aplicabilității legii mai favorabile.”*

Referitor la incidența de favoare a unor dispoziții legale din legea contravențională, potrivit art. 3 alin. 2 din Decretul-Lege nr. 433/1982 din 27 octombrie se lărgeste sfera temporală a aplicării *lex mitior*. *„Dacă legea în vigoare la epoca săvârșirii faptei a fost ulterior modificată, se aplică legea mai favorabilă contravenientului, cu excepția situației când a fost deja condamnat prin hotărâre definitivă sau având autoritate de lucru judecat și aceasta a fost deja executată.”*

Cu alte cuvinte, așa cum a reținut și Curtea de Apel din Lisabona<sup>134</sup> (2006), în domeniul contravențional, spre deosebire de cel penal, limita temporală pentru aplicarea *lex mitior* nu este momentul în care a avut loc trecerea în puterea de lucru judecat<sup>135</sup> (rămânerea definitivă a hotărârii judecătorești), ci momentul în care s-a produs, dacă s-a produs, executarea hotărârii judecătorești, indiferent dacă executarea s-a făcut voluntar sau, dimpotrivă, compulsiv (prin constrângere). Lărgirea temporală a ariei de aplicare a *lex mitior* prin art. 3 alin. 2 din DL nr. 433/1982 se face pentru a acoperi toate acele cazuri în care răspunderea contravențională fixată prin hotărâre definitivă nu s-a epuizat, rămânând amenzi și sancțiuni accesorii încă neexecutate<sup>136</sup>. Acest lucru implică de asemenea că atunci când există o hotărâre definitivă sau având putere de lucru judecat, chiar neexecutată, contravenientul trebuie să beneficieze de aplicarea legii mai favorabile, ceea ce presupune, bineînțeles, revizuirea hotărârii de condamnare încă neexecutate<sup>137</sup>.

---

<sup>133</sup> Jorge DE FIGUEIREDO DIAS, *Jornadas de Direito Criminal*, Centro de Estudos Judiciarios, p.330.

<sup>134</sup> Curtea de Apel din Lisabona, Secția a IV-a Socială (litigii administrative, fiscale și de muncă), Proces nr. 6532/2005-4, Decizie din 17 mai 2006.

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2bf39e7cbf337bc0802571940051c806?OpenDocument>

Consultat, ultima oară, 30 iunie 2014

<sup>135</sup> Nu intrase în vigoare Legea nr. 59/2007 din 4 sept. de modificare a CP.

<sup>136</sup> António DE OLIVEIRA MENDES e José DOS SANTOS CABRAL, in *"Notas ao Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas"*, Almedina, 2003, pág. 30, nota 2 ao artigo 3.º, citați în decizia C.A. Lisabona.

<sup>137</sup> Manuel SIMAS SANTOS e Jorge LOPES DE SOUSA, in *"Contra-Ordenações — Anotação ao Regime Geral"*, 2.ª Edição, 2002, Visilis Editores, pág. 86, nota 5 ao artigo 1º, citați în decizia C.A. Lisabona

În speță, C.A. Lisabona, reținând pe deplin aplicabilă legea nouă ca *lex mitior*, a revizuit hotărârea atacată și a substituit amenda veche, neexecutată încă, cu o amendă nouă, în limitele prevăzute de *lex mitior*, intervenită între timp, și astfel a micșorat quantumul amenzii aplicate contravenientului - Banca Comercială Portugheză S.A., de la 7.000 de euro la doar 1.197,15 euro, păstrând orientarea quantumului de amendă aplicat spre minimul prevăzut de lege. Nu s-a pus în discuție nici vinovăția, nici alte circumstanțe ale faptei, ci s-a dat satisfacție cu serenitate legii mai favorabile. De altfel, judecătorul constituțional Carlos Pamplona de Oliveira (2008) a ținut să-și exprime îndoiala că, în caz de *lex mitior* cu nedezincredințare a faptei, redeschiderea judecății, potrivit art. 371-A) CPP portughez, ar putea permite o (nouă) discuție asupra elementelor constitutive ale infracțiunii, asupra imputării sale inculpatului, asupra gradului de vinovăție sau asupra verificării celorlalte premise ale deciziei de condamnare<sup>138</sup>. În viziune portugheză, *res judicata* rămâne așadar neatinsă în nucleul său, iar *lex mitior* este întotdeauna salvagardată, consacrand valori constituționale superioare lui *res judicata*.

Însărcinat să aplice modificările ulterioare de pedepsibilitate ivite pe orice cale este, potrivit art. 474 CPP portughez, judecătorul de executare.

## Italia

În Constituția Republicii Italiene nu există ca atare principiul *lex mitior*, al retroactivității normei penale de favoare, dar el se regăsește enunțat pe larg, cu toată suita de excepții (e.g. legile excepționale sau temporare înlătură *lex mitior* prin înseși rațiunea și natura lor juridică), în chiar art. 2 din *Codice penale Rocco* (CP din 1930).

Neretroactivitatea *in pejus lex* are în vedere o exigență de tutelă a autodeterminării și în mod direct de salvagardare a libertății personale<sup>139</sup>, sub rațiunea

---

<sup>138</sup> Dec. nr. 265/ 2008 din 7 mai a Secției I a Tribunalului Constituțional Portughez, Opinie concordantă a judecătorului Carlos Pamplona de Oliveira.

<sup>139</sup> Edmondo CACACE, *Fra deroghe alla retroattivita della lex mitior e collocazione delle norme Cedu: ribadendo principi consolidati, aperture non irrelevanti della Corte Costituzionale.*  
Nota a margine della sentenza 236/2011,  
[http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti\\_forum/giurisprudenza/2011/0022\\_not\\_a\\_236\\_2011\\_cacace.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2011/0022_not_a_236_2011_cacace.pdf)

Consultat, ultima oară, 30 iunie 2014

necesității cunoașterii cu anticipație a faptelor incriminate și a urmărilor lor legale pentru a-și putea cineva orienta în consecință propria conduită<sup>140</sup>.

Retroactivitatea *in mitius lex*, în schimb, își are rațiunea în evitarea unor neomogene și injustificate aplicări ale sancțiunilor de drept penal, nefiind admisibil a pedepsi mai aspru comportamente evaluate succesiv de către legiuitorul suveran, la un moment dat, ca fiind mai puțin grave. *Lex in mitius* își trage seva din *principiul egalității*, principiu garantat de art. 3 din Constituția italiană, dar la care legiuitorul sau judecătorul poate aduce derogări, dacă se sprijină pe principiul raționalității stricte sau al justificării rezonabile. Principiul legalității poate să opereze ca o limită a lui *lex mitior* și lui i se adaugă exigența omogenității contextelor factuale și normative în care se succedă temporal normele de drept penal.

Principiul *lex mitior* poate fi derogat doar dacă se trece de un *prag pozitiv de justificare rezonabilă*, nefiind suficient în acest scop ca norma derogatorie să nu fie în mod manifest nerezonabilă.

Cu privire la aplicarea unor noi termene de prescripție, mai favorabile, în faza apelului, Curtea Supremă de Casație a Republicii italiene (CSCRI), Secția a VI-a, a statuat printr-o sentință din 28 mar. 2011 că “*este admisibilă derogarea de la regimul retroactivității normelor care reduc termenele de prescripție a infracțiunii, dacă această derogare este coerentă cu funcția acordată instituției prescripției în cadrul ordinii juridice.*” Excluderea, în sensul art. 10 din legea *ex Cirielli* (Legea nr. 251/2005), a aplicării retroactive a prescripției mai scurte în procesele aflate în apel sau aflate dinaintea Curții de Casație derivă din faptul obiectiv și neechivoc al stadiului avansat în care atari procese se află, precum și din perspectiva de a nu zădărnici activități procesuale deja îndeplinite și cristalizate<sup>141</sup>. Altfel spus, libertatea persoanei implicate în disciplina penală nu are aceeași greutate cu pretinsa cristalizare a pozițiilor procesuale derivând din sentința instanței de fond.<sup>142</sup>

Curtea Constituțională a Republicii Italiene (CCRI) a confirmat și ea prin sentința nr. 393 din 23 oct. 2006 că limitarea aplicabilității noilor termene de prescripție, mai scurte, prin legea *ex Cirielli* (Legea nr. 251/2005), este legitimă în raport cu art. 3 din Constituție (principiul egalității cetățenilor în fața legii și a egalei lor demnități sociale).

---

<sup>140</sup> Corte Costituzionale, Sentenza no. 236/2011.

<sup>141</sup> Elena ZANETTI, *È legittima l'inapplicabilità ai giudizi d'impugnazione della disciplina più favorevole in materia de prescrizione del reato*, Processo penale e Giustizia, n. 4/2011, pp.74-75.

[http://www.processopenaleegiustizia.it/file\\_download.php?type=rt&rid=4](http://www.processopenaleegiustizia.it/file_download.php?type=rt&rid=4)

Consultat, ultima oară, 30 iunie 2014

<sup>142</sup> Piergiorgio LAVIANI, *Il differenziato ambito applicativo ai processi in corso della lex mitior in tema di prescrizione del reato: incompatibilità costituzionale alla luce della Cedu?*, Processo penale e Giustizia, n. 4/2011, p.82.

[http://www.processopenaleegiustizia.it/file\\_download.php?type=rt&rid=4](http://www.processopenaleegiustizia.it/file_download.php?type=rt&rid=4)

Consultat, ultima oară, 30 iunie 2014

Pe de altă parte, CCRI consideră disciplina noilor și celor mai scurte termene de prescripție ca fiind o **normă substanțială** mai favorabilă (*lex mitior*) și ca atare retroactivă; CCRI a întărit că principiul legalității, consfințit în art. 25 alin.2 din Constituția Italiei, privește **doar interdicția de neretroactivitate a normei incriminatoare și a aceleia mai defavorabile inculpatului**, în vreme ce **principiul retroactivității normei mai favorabile nu are rang constituțional**, fiind prevăzut doar de art. 2 alin. 4 din *Codice penale Rocco*<sup>143</sup>.

**Curtea Supremă de Casație a Italiei, Sentința Ercolano din 24 oct. 2013,  
n.18821<sup>144</sup> (prezentare)**

**VII.** Recursul în casație al inculpatului Salvatore Ercolano, ajuns la Prima Secție Penală a Casației Italiene, a fost distribuit, pe baza art. 610 alin. 2 CPP, către Secțiile Unite Penale, la propunerea judecătorului delegat, cu notă din 1 mar. 2012, dată fiind importanța specială a elementelor deduse judecătii.<sup>145</sup>

Chestiunea de drept supusă dezlegării Secțiilor Unite Penale (complet de 8 judecători plus președintele Curții) este următoarea: „Dacă judecătorul de executare în aplicarea principiilor proclamate de Curtea EDO prin sentința din 17 sept. 2009, *Scoppola vs. Italia*, poate înlocui pedeapsa detențiunii pe viață, aplicată în urma judecătii abreviate, cu pedeapsa de ani 30 de închisoare, modificând *res judicata* cu aplicarea, în succesiunea legilor intervenite în materie, a aceleia mai favorabile.”<sup>146</sup>

Este de remarcat că principiul euroconvențional al retroactivității *in mitius* are un câmp de operativitate mai restrâns decât art. 2 alin. 4 CP italian: în vreme ce această ultimă normă consideră *lex mitior* orice dispoziție penală după comiterea faptei, care este cea mai favorabilă inculpatului, norma convențională, în interpretarea dată de Curtea europeană, se limitează doar la normele ce prevăd infracțiuni și la pedepsele

---

<sup>143</sup> Idem, p.77.

<sup>144</sup> Curtea Supremă de Casație a Republicii Italiene, Secțiile Unite Penale, Sentința nr. 18821 din 24 oct. 2013.

[http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1399478275SU\\_Ercolano\\_18821\\_2014.pdf](http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1399478275SU_Ercolano_18821_2014.pdf)

Consultat, ultima oară, 30 iunie 2014

<sup>145</sup> Idem, p.3.

<sup>146</sup> Idem, p.4.

aferente. În adevăr, *lex mitior* din izvoarele internaționale și comunitare nu se referă la **orice dispoziție penală**, ci la legea ulterioară care prevede aplicarea unei pedepse mai blânde.<sup>147</sup>

Curtea de Casație Italiană (CSCRI) remarcă, că la 8 iunie 2011, în contextul *post-Scoppola*, Comitetul de Miniștri al UE s-a declarat satisfăcut de măsurile luate de Statul italian, inclusiv de „efectele directe pe care le acordă tribunalele italiene sentințelor Curții europene și de posibilitățile oferite de procedura incidentelor la executare pentru cei care se găsesc în situații identice cu reclamantul din cauza examinată [Scoppola, N.A.]”. În concluzie, indică CSCRI, "se impune intervenția sistemului judiciar, prin intermediul jurisdicției, pentru eliminarea unei situații de nelegalitate convențională, chiar și sacrificând valoarea intangibilității lucrului judecat".<sup>148</sup>

În cauza dată spre examinare Secțiilor Unite Penale este vorba de disciplina judecătii abreviate- o formă de *procedură premială* în procesul penal adversarial, bazată pe beneficiile/premiile acordate inculpatului pentru o scurtare sau limitare a contradictoriului (*nicidecum pentru lipsa lui*, cum înțelegem noi în România, N.A.), procedură premială care nu este negociatorie, ci cu alegere automată (de genul "contract standard, cu clauze impuse dinainte"). Fiind cu alegere automată, prezintă mare importanță succesivele modificări legislative în materia pedepsei aplicabile, intervenite între data comiterii infracțiunilor și data judecătii, toate modificările trebuind evaluate în funcție de momentul la care s-a formulat cererea de judecată abreviată. Aspectele procesuale caracteristice judecătii abreviate sunt strâns legate de cele substanțiale, care tind la diminuarea sau înlocuirea pedepsei, formând un mecanism complex, care reprezintă indiscutabil un tratament penal de favoare, cu condiția de a extrage favorabilitatea dispozițiilor de natură substanțială la un anumit moment procesual; altfel spus, apare inevitabilă combinarea unor prevederi de drept substanțial cu unele de drept adjectiv, dar asta nu înseamnă *una lex tertia*. Judecătorul nu legislează, nu uzurpă rolul de legiuitor, ci este ținut să găsească o soluție de *lex mitior*, evaluând și norme cu caracter mixt.

Prima *lex intermedia* (art. 30, alin. 1, lit. b) din legea 479/1999) a fost și cea mai favorabilă, a vigoare (a fost în vigoare) între 2 ian. și 23 nov. 2000, iar eficacitatea privilegiată acordată acestei *lex mitior intermedia* are tocmai rolul de a garanta că eventuala lungime a proceselor nu vine în defavoarea inculpatului, care poate vedea aplicându-i-se, în ciuda expectativelor sale legitime, o condamnare mai severă decât cea pe care ar fi suferit-o, dacă procesul s-ar fi consumat înainte, sub acea *lex mitior intermedia*.

---

<sup>147</sup> Idem, p.6.

<sup>148</sup> Idem, pp.7-8.



O II-a *lex intermedia*, art. 7 alin. 2 din Decretul-lege nr. 341/ 24 nov. 2000 conținea o normă pretins interpretativă, potrivit căreia „pedeapsa închisorii pe viață” trebuie înțeleasă ca voind să se refere la „închisoare pe viață fără izolare diurnă” și, în plus, s-a mai inserat un alin. 3, potrivit căruia “pedeapsa închisorii pe viață cu izolare diurnă, în caz de concurs de infracțiuni sau de infracțiune continuată, se înlocuiește cu cea a închisorii pe viață.”

Acest art. 7 a fost declarat neconstituțional prin Sentința nr. 210/2013 din 3 iulie a CCRI, curtea italiană de contencios constituțional reținând că "*legea interpretativă are scopul de a clarifica situații de obiectivă incertitudine a datului normativ*"; or, norma obiect al pretinsei interpretări, anume art. 442 alin. 2, teza ultimă CPP, "*nu evidențiază vreă ambiguitate, nici nu dăduse loc la jurisprudențe contrarii*", fiind mereu interpretată de tribunalele italiene într-un singur sens: "*închisoarea pe viață*" privea atât închisoarea pe viață simplă, fără izolare, cât și pe cea cu izolare diurnă.

Desigur, în viziunea Curții de Casație italiene (CSCRI), *res judicata* prezintă intrinsec rațiuni preeminente de certitudine a dreptului și de stabilitate a ordinii raporturilor juridice. Dar, consideră CSCRI, "*există argumente de o soliditate inegalabilă care se opun executării unei sancțiuni penale ce s-a dovedit, în perioada de executare, ilegală din punct de vedere convențional și constituțional.*"<sup>149</sup>

Astfel, instituția legalității pedepsei este, în adevăr, o temă care în faza de executare trebuie avută în mod constant *sub iudice* și nu trebuie obstaculată de considerațiile așa-zisei "*situații epuizate*" a *res judicata*, ceea ce în mod substanțial nici nu este, neputându-se tolera într-un Stat democratic de drept (*primo*, democratic și *secundo*, Stat de drept, N.A.) să se asiste cu inerție la executarea unor pedepse contrare Convenției EDO și, așadar, și Constituției<sup>150</sup>.

Adaugă CSCRI, că restrângerea libertății personale a condamnatului trebuie să fie legitimă pe parcursul întregului arc al duratei sale, impunându-se o cântărire între valoarea constituțională a intangibilității *res judicata* și alte valori prezidate constituțional, cum este și dreptul fundamental și inviolabil la libertate personală, a cărui tutelă trebuie să prevaleze asupra *res judicata*.<sup>151</sup>

*Judicata* nu poate abdica în fața unor evidente și pregnante pericole în ce privește drepturile fundamentale ale persoanei; nemaipunerea în discuție, efect propriu lucrului judecat, nu poate opera atunci când rămâne vanificat/zădărnicit, datorită unei carențe structurale a ordinii interne, relevată de Curtea EDO, un drept fundamental al persoanei, cum este desigur cel al libertății: se impune, afirmă CSCRI, îndepărtarea

---

<sup>149</sup> Idem, p.13.

<sup>150</sup> Idem, pp. 13-14.

<sup>151</sup> Idem, p.14.

stigmei de injustiție a unei atari situații, în care s-a produs o violare, determinată de aplicarea ilegală a unei norme interne de drept substanțial, interpretată într-un sens neconvențional.<sup>152</sup> Aplicând unui subiect, constată Curtea, "a cărei poziție se poate suprapune substanțial pe cea din cazul *Scoppola*, o pedeapsă cu închisoarea pe viață în loc de cea de ani 30 de detenție, se violează dreptul la aplicarea normei mai favorabile dintre diversele norme ce s-au succedat în timp în materia judecării abreviate, violare care se reverberează cu efecte de actualitate în faza de executare, asupra dreptului fundamental la libertate".<sup>153</sup>

O atare situație trebuie evitată, chiar cu costul punerii în criză a "dogmei" de *res judicata*, căci ar determina o violare manifestă a egalității de tratament între condamnați aflați în poziție identică, opinează CSCRI.

"În fața inerției legiuitorului italian, absolut insensibil la solicitările Judecătorului supranațional în ce privește o tutelă mai activă a drepturilor fundamentale, puterea judecătorească nu poate ignora sau ocoli problema în discuție. Văzând că nu mai subzistă condițiile care să justifice executarea pedepsei în ce-l privește pe condamnat, Curtea de Casație se raportează ea însăși la o dimensiune de legitimitate, utilizând spații de operativitate, chiar dacă acestea sunt **implicit** oferite de cadrul normativ actual", se mai afirmă în sentința *Ercolano*.

Este adevărat că titlul de executare a pedepsei este conținut în sentința irevocabilă de condamnare și, așa cum susține doctrina relevantă, poartă numele de "*norma cazului concret*", cea care face obligatorie realizarea comandai sancționatorii penale, dar nici nu se poate ignora baza juridică pe care se așează sentința de condamnare și, împreună cu ea, felul și cuantumul/ specia și măsura, pedepsei de executat. Dacă baza juridică, *norma cazului concret*, se dovedește *ex post* incompatibilă cu legalitatea convențională, atunci ei trebuie să i se pună capăt. Chiar și în faza *de executivis*, trebuie asigurată legitimitatea pedepsei, fază în care sancțiunea dobândește în concret o funcție educativă, concluzionează CSCRI<sup>154</sup>.

De altfel, ordinea juridică italiană cunoaște ca orice ordine democratică ipoteze de flexibilitate a intangibilității *res judicata*, existând, cum s-a mai zis *supra*, alte valori cărora legiuitorul le asigură primatul. Aceste ipoteze sunt: cazurile de *abolitio criminis*, declararea ca neconstituțională a normei de incriminare sau de sancționare, cazurile în care se schimbă felul pedepsei (e.g. o infracțiune se pedepsește doar cu amendă, după ce anterior se pedepsea cu închisoare sau amendă).

---

<sup>152</sup> Ibidem.

<sup>153</sup> Idem, pp.14-15.

<sup>154</sup> Idem, p.16.

Cât privește instrumentul procesual idoneu a concura la intervenția corectivă asupra lucrului judecat, constată CSCRI că nici art. 630 CPP (care se referă la redeschiderea procesului, deci la dezbateri pe fond), nici art. 625 bis CPP (al recursului extraordinar, care se referă la erori materiale sau de fapt conținute în sentințe pronunțate de Curtea de Casație), nici art. 175 alin.2 CPP (care conține "*repunerea în termen*"- un mecanism apt să remedieze violările Convenției EDO, legate de judecata contumacială) nu se arată adecvate cazului în examen, însă fiind necesară nu redeschiderea procesului cu o judecată pe fond, ci doar o modificare a titlului de executare a pedepsei, pentru a substitui pedeapsa aplicată cu alta conformă CEDO, modificarea titlului nu poate avea loc decât în cadrul aceluși mecanism procedural, în mod corect activat de recurent, anume incidentul la executare (art. 670 CPP)<sup>155</sup>.

Curtea de Casație menționează că *ordinamentul* (sistemul) procesual italian recunoaște jurisdicției executive margini foarte ample de manevră. Judecătorul de executare (JEx.) italian nu are doar puteri de a verifica validitatea și eficacitatea titlului executoriu, nu doar verifică lipsa sau non- executorialitatea titlului, dar poate modifica, în varii moduri, conținutul acestuia, când exigențele ineluctabile ale Justiției o cer. Incidentele pe care le judecă JEx. pot cuprinde toate acele vicii, nu neapărat cuprinse în dispoziții legale exprese, dar care nu pot fi valorificate în alt mod, avându-se în vedere ca fenomenul execuțional să fie în permanență în conformitate cu legea. Astfel, în caz de *abolitio criminis*<sup>156</sup>, JEx. revocă sentința de condamnare sau decretul penal, declarând că fapta nu mai este prevăzută de lege ca infracțiune și adoptând măsurile subsecvente (art. 673 CPP).

Concluzionând, reține suprema curte italiană, „mecanismul de lezare a *res judicata*, în partea privitoare la specia și măsura de pedeapsă aplicată, se activează ca și incident de executare în următoarele condiții:

1. chestiunea controversată să fie aceeași cu cea decisă de Curtea EDO, dar nu pe baza art. 6 din Convenție (proces inechitabil<sup>157</sup>);
2. decizia supranațională care trebuie respectată trebuie să fi relevant un viciu structural al legii interne substanțiale care stabilește pedepsele pentru anumite infracțiuni, ca fiind incoerentă cu principiul retroactivității *in mitius*;

---

<sup>155</sup> Idem, pp. 16-19.

<sup>156</sup> O parte a doctrinei italiene susține că JEx. (*il giudice del'esecuzione*) nu poate să aprecieze și să valorifice un caz de *abolitio criminis* decât dacă judecătorul de fond nu a adus-o în discuție, iar dacă a adus-o, nu a respins-o, în vreme ce altă parte a doctrinei susține libertatea deplină a JEx. de a aprecia orice caz de *abolitio criminis*. A se vedea și Marco GAMBARDILLA, *Eius est abrogare cuius est condere. La retroattività del diritto giurisprudenziale favorevole*, p.7.

<http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1336893731Gambardella.pdf>

Consultat, ultima oară, 30 iunie 2014

<sup>157</sup> Evident, în caz de violare a art. 6 din Convenția EDO, se cere redeschiderea procesului.

3. să existe posibilitatea de a interpreta norma internă în sens convențional sau, dacă acest lucru nu este posibil, norma să fi fost declarată neconstituțională (cum a fost și cazul în speță)<sup>158</sup>;

4. admiterea chestiunii invocate trebuie să fie efectul unei operațiuni substanțial ricognitive, iar nu de redeschidere a procesului ( pur cognitive).”

Amintita executare a unei pedepse relevate ca neconstituțională, care afectează negativ dreptul fundamental la libertate personală, legitimează intervenția JEx., care trebuie să se finalizeze cu reintroducerea într-o dimensiune de legalitate a regimului sancționatoriu, a mai punctat Curtea Supremă de Casație Italiană, anulând fără trimitere ordonanța atacată și dispunând ca pedeapsa închisorii pe viață, aplicată lui E.S. prin sentința Curții de apel cu asesori<sup>159</sup> din Catania din data de 10 iul. 2001 (irevocabilă, din 14 nov. 2003), să fie înlocuită cu cea a detenției de ani 30.

## Germania

**VIII.** Similar cu experiența democratică italiană și spaniolă, reglementând nu retroactivitatea legii de favoare, ci neretroactivitatea legii penale defavorabile, art. 103 par. 2 din Constituția Federală (*Grundgesetz*), reluat de art. 2 alin. 1 din StGB (Codul penal german) ilustrează riguros, mai ales după excesele regimului nazist care a practicat pe scară largă analogia legii, funcția plurivalentă de garanție a legii penale, potrivit următoarelor principii distincte<sup>160</sup>:

1. Principiul rezervei legii (*nulla poena sine lege*);
2. Principiul determinateții incriminării (*nulla poena sine lege certa*);

---

<sup>158</sup> Curtea Supremă de Casație a Republicii Italiene, Secțiile Unite Penale, Sentința nr. 18821 din 24 oct. 2013, pp.22-23.

<sup>159</sup> Potrivit art. 5 CPP, "*Competența Curții cu asesori*", pct. 1 lit. a), Curtea de apel cu asesori este competentă să judece, în complet de 2 judecători profesioniști și 6 judecători- asesori populari, "cauzele privind infracțiuni pentru care legea stabilește pedeapsa închisorii pe viață sau detenția de cel puțin 24 de ani, excluzând infracțiunile, chiar și în formă agravată, de tentativă de omor, răpire, extorcare sau de asociere de tip mafiot, chiar și străină, precum și infracțiunile, chiar și în formă agravată, prevăzute de Decretul Președintelui Republicii nr. 309 din 9 oct.1990".

<sup>160</sup> Maria Teresa Rörig in *Favor rei ed effetti dei mutamenti di giurisprudenza in materia penale*, a cura di Paolo Passaglia, con contributi di C. Bontemps di Sturco, Carmen Guerrero Picó, S. Pasetto, M.T. Rörig, disponibil online

[http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/CC\\_SS\\_favor\\_rei\\_20121017.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_favor_rei_20121017.pdf)

Consultat, ultima oară, 30 iunie 2014

3. **Principiul interzicerii analogiei** (*nulla poena sine lege stricta*), principiu proclamat științific și **asumat moralmente**, în mod curajos, de doctrina italiană de specialitate, chiar în timpul dictaturii lui Mussolini;
4. **Principiul neretroactivității legii penale** (*nulla poena sine lege praevia*).

Principiul rezervei legii (*nulla poena sine lege*) cunoaște o excepție: dreptul consuetudinar poate dobândi o anumită eficacitate dacă este *in favor rei*.

Potrivit experienței germane, săvârșirea infracțiunilor comise se reține în momentul săvârșirii actului de conduită interzis, iar în cazul infracțiunilor omise este relevant pentru comiterea lor momentul în care agentul ar fi trebuit să acționeze; momentul în care se produce rezultatul cauzat de conduită este în schimb irelevant.<sup>161</sup>

Interzicerea retroactivității legii penale mai defavorabile (*lex in pejus*) a suferit anumite excepții în situații punctuale, sub influența teoriei așa-zise a *Formulei lui Radbruch*, în cazul funcționarilor publici urmăriți penal care au servit aparatul de represiune nazist sau comunist<sup>162</sup> (în acest ultim caz, postbelic, aceștia erau denumiți *Mauerschützen* pentru că deschideau focul în plin asupra persoanelor care doreau, prin escaladarea Zidului Berlinului, să treacă din Republica Democrată Germană în Republica Federală Germană).

Legea mai favorabilă în viziune germană se referă la conduitele incriminate în partea specială a StGB, dar și la normele părții generale care le condiționează eficacitatea<sup>163</sup>.

Doctrina și jurisprudența germane lucrează cu două categorii distincte de retroactivități: retroactivitatea falsă (*unechte Rückwirkung*) și retroactivitatea autentică (*echte Rückwirkung*). Se consideră că o normă are efect retroactiv dacă se aplică la fapte, situații, cazuri, încheiate înainte de intrarea în vigoare; în acest caz, noua lege modifică consecințele juridice ale unor raporturi care sunt deja definite. Dimpotrivă, există o retroactivitate falsă când noua lege se aplică la fapte sau acțiuni, care au avut loc în trecut, dar care au dat loc la raporturi care nu sunt încheiate încă. *Retroactivitatea autentică* este văzută de Tribunalul Constituțional German ca violând, în regulă generală, principiul încrederii legitime, derivat la rândul-i din principiul fundamentalism al certitudinii dreptului (*Rechtssicherheit*), în vreme ce retroactivitatea falsă nu este socotită ca ofensând principii constituționale.

Pentru „*infracțiunile de durată*” -aici intrând infracțiunea continuă, cea continuată și cea de obicei- nu are relevanță schimbarea legii penale în timpul continuării ori al continuității sau al derulării obișnuinței delictuale: se aplică legea din momentul încetării

---

<sup>161</sup> Idem, p.21.

<sup>162</sup> Ibidem.

<sup>163</sup> Idem, p.22.

acțiunii criminale. Totuși, în cazul infracțiunii continuate, unde infracțiunile componente au un grad mai ridicat de autonomie față de întreg decât la celelalte, dacă modificarea legislativă privește cuantumul de pedeapsă, aprecierea conduitei are loc separat, *înainte și după* modificarea legislativă, pentru a se evita o aplicare retroactivă defavorabilă<sup>164</sup>. Trebuie notat că infracțiunea continuată este de regulă indiferentă atât la principiul *lex in mitius*, cât și la *non bis in idem* sau la *res judicata*, întrucât descoperirea unor noi acte materiale care se înscriu în continuitatea actelor care deja au atras o condamnare face posibilă fără niciun impediment o nouă judecată. Din păcate, discuția despre infracțiunea continuată devine mai mult teoretică în România odată cu Partea generală severisimă a CP Predoiu (art. 35 alin. 1<sup>165</sup>), care aproape a mutilat fizionomia infracțiunii continuate -creație umanistă a vechii jurisprudențe, cerându-se în art. 35 alin. 1 *unicitate de subiect pasiv*, în logica de a răpi judecătorului libertatea de a personaliza și de a atenua tratamentul penal al unei continuități infracționale, de care se bucura sub prevederile vechiului CP (celebrul art. 41 alin.2).

Potrivit art. 359 pct.5 StPO (*Strafprozessordnung*), revizuirea condamnării în favoarea inculpatului (așa-zisa *Wiederaufnahme zugunsten der Verurteilten*<sup>166</sup>), după o decizie trecută în puterea lucrului judecat, poate avea loc „când se deduc fapte noi sau probe noi care sunt idonee, singure sau împreună cu probele deja administrate, să determine achitarea inculpatului sau, pe baza aplicării unei norme penale mai blânde, pronunțarea unei pedepse mai mici sau a unei decizii mai favorabile în materia măsurilor de siguranță.” Jurisprudența și doctrina germane nu par însă să rețină că o modificare legislativă *in mitius* poate fi considerată, în lumina art. 359 pct. 5 StPO, un fapt nou, dar, eventual, poate fi considerată un fapt nou anularea subsecventă a unui act administrativ sau schimbarea jurisprudenței<sup>167</sup>.

Ca alternativă la oportunitățile oferite de procedura penală sau de către o lege de amnistie pentru a-și vedea pedeapsa înlăturată sau diminuată, inculpatul german mai are la îndemână cererea de grațiere, care se depune la Ministerul Public (MP). Procurorul verifică dacă s-au epuizat căile de atac, dacă există circumstanțe extraordinare justificative și dacă acordarea grațierii cerute atinge doar consecințele condamnării, nu și judecata ca atare<sup>168</sup>. Întrunite condițiile legale, MP promovează cererile de grațiere, iar Președintele Germaniei sau Președintele de Land, în temeiul art. 452 StPO, urmează să se pronunțe asupra lor prin așa-zisele *Gnadenordnungen*

---

<sup>164</sup> Ibidem.

<sup>165</sup> Art. 35 alin. 1 CP Predoiu: "Infracțiunea este continuată când o persoană săvârșește la diferite intervale de timp, dar în realizarea aceleiași rezoluții și împotriva aceluiași subiect pasiv, acțiuni sau inacțiuni care prezintă, fiecare în parte, conținutul aceleiași infracțiuni".

<sup>166</sup> Urs Kindhäuser, *Strafprozessrecht*, 2. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2010, p. 383.

<sup>167</sup> Idem, p.384.

<sup>168</sup> Maria Teresa Rörig in *Favor rei ed effetti dei mutamenti di giurisprudenza in materia penale*, a cura di Paolo Passaglia, precit., p.27.

(Ordine de clemență). Unele ordine de Land prevăd chiar o cale de atac la autoritatea superioară<sup>169</sup>.

## Franța

Sediul materiei atât pentru *lex mitior*, cât și pentru *lex in gravior* este în dreptul penal francez art. 7 și 8 din Declarația Drepturilor Omului și Cetățeanului din 27 aug. 1789, la care se face expres trimitere în preambulul Constituției Republicii Franceze: "*Poporul francez își declară solemn atașamentul față de Drepturile Omului și față de principiile suveranității naționale așa cum au fost stabilite prin Declarația de la 1789...*".

Chiar și în domeniul fiscal, în lipsa unei interdicții constituționale exprese care să interzică legii să conțină norme retroactive, s-a considerat că legea fiscală poate să conțină norme retroactive, atât timp cât acest fapt nu are consecința impunerii de sancțiuni contribuabililor pentru fapte anterioare intrării în vigoare a noilor dispoziții, iar noile dispoziții răspund unui *interes general suficient*, fără a priva de garanții adecvate situațiile protejate constituțional<sup>170</sup>. Așadar dacă legea fiscală franceză urmărește un obiectiv constituțional și răspunde unui interes general suficient, derogarea de a retroactiva este permisă, cu excepția sancțiunilor. Este de remarcat că noțiunea de *interes general suficient* rămâne destul de vagă, greu conciliabilă cu esența de garanție a *lex mitior*.

Ca o particularitate a politicii penale, după ce a refuzat mult timp aplicarea imediată a legilor penale mai blânde în materie economică și financiară (Crim., 23 nov. 1973, 9 ian. 1974), Curtea de Casație Franceză a admis mai întâi retroactivitatea legii mai blânde în materia fraudelor fiscale și vamale (Crim., 9 și 20 nov. 1978), pentru ca mai târziu, urmare a unei intervenții a *Conseil Constitutionnel* de subliniere a valorii constituționale a retroactivității penale mai blânde (19-20 ian. 1981), și Curtea de Casație (Crim., 16 feb. 1987 cu jurisprudența ulterioară) să recunoască, fără nicio excepție, inclusiv în materie economică, aplicabilitatea *lex mitior*<sup>171</sup>.

---

<sup>169</sup> Ibidem.

<sup>170</sup> Charlotte BONTEMPS DI STURCO in *Favor rei ed effetti dei mutamenti di giurisprudenza in materia penale*, a cura di Paolo Passaglia, precitată, p.9.

<sup>171</sup> Mireille DELMAS- MARTY, *Droit pénal des affaires. Tome 1/Partie générale, politique pénale*, Presses Universitaires de France, 3<sup>e</sup> édition refondue, 1990, p. 40.

Art. 2 din *Code civil* prevede că "legea dispune doar pentru viitor; nu are efect retroactiv". Există opinia emisă de *Conseil constitutionnel*<sup>172</sup> (2005) că principiul neretroactivității se referă doar la pedepsele și la sancțiunile cu caracter afflictiv (punitiv), iar nu la modalitățile de executare a pedepselor, cum ar fi supravegherea judiciară sau plasamentul sub supraveghere electronică mobilă (*Conseil constitutionnel*, decision n.2005-527 DC).

S-a emis o opinie în doctrina franceză potrivit căreia prescripția acțiunii penale, ca și prescripția executării pedepsei aparțin de domeniul dreptului procesual, astfel încât se pune problema limitării aplicării imediate a legii procesuale în fața teoriei drepturilor dobândite, care proclamă imposibilitatea de vătămăre a unui drept procedural dobândit (*droit acquis/wohlerworbene Rechte*) al unei persoane. *Dreptul dobândit* este protejat și de principiul încrederii legitime (al buneicredințe) care are în vedere ca destinatarii unei legi să aibă timp să se adapteze noilor dispoziții, dar se deosebește de simplele *expectative*, dar și de noțiunea de *situație dobândită*, întâlnită în asigurările sociale din Confederația Elvețiană<sup>173</sup>.

S-a abordat desigur în Franța chestiunea retroactivității jurisprudenței *in malam partem*, când inculpații sunt condamnați pe baza unei jurisprudențe mai severe decât cea de la epoca săvârșirii faptelor. Evident că orice hotărâre judecătorească, îmbrăcând spre deosebire de legea ipotetică și abstractă o concretete și un caracter categoric, este necesarmente întoarsă spre trecut<sup>174</sup>, având în acest sens un efect declarativ, iar retroactivitatea hotărârii judecătorești nu se constituie într-o excepție, ci privește chiar esența hotărârii judecătorești. Curtea de Casație franceză, Secția Penală, aplică însă în mod absolut efectul retroactiv al schimbărilor de jurisprudență, indiferent că efectele sunt favorabile sau defavorabile, substanțiale sau procedurale. Astfel, în cazul unei tănuiri a unui lucru furat, achiziționat *bona fide*, dar pe care tănuitorul a refuzat să-l restituie, Curtea de Casație a aplicat retroactiv o soluție jurisprudențială favorabilă inculpatului (Cass.Crim. 24 nov. 1977, in Boll.Crim. 371).

Schimbarea jurisprudențială a avut și efecte defavorabile inculpatului, de exemplu în cazul în care jurisprudența tradițională, care susținea că abuzul de încredere nu poate avea ca obiect bunuri imateriale, a fost părăsită pentru a reține,

---

<sup>172</sup> *Decision no. 2005-527 du 08 décembre 2005. Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales*. Disponibilă online:

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2005/2005-527-dc/decision-n-2005-527-dc-du-08-decembre-2005.973.html>

Consultat, ultima oară, 30 iunie 2014

<sup>173</sup> Bernhard PULVER, *Le droit transitoire - parent pauvre de la législation?*, LeGes 2005 (16. Jahrgang)

<http://www.bk.admin.ch/themen/lang/00938/02124/02140/index.html?lang=en>

Consultat, ultima oară, 30 iunie 2014

<sup>174</sup> *Le Temps, la Justice et le Droit: actes du colloque organisé à Limoges les 20 et 21 novembre 2003. Entretiens d'Aguesseau*. Textes réunis par Simone Gaboriau et Hélène Pauliat, p.104.



dimpotrivă, că există o comitere a acestei infracțiuni și atunci când bunurile nerestituite nu îmbrăcau formă materială (Cass.Crim. 14 nov. 2000, in Boll.Crim. 338). Așa cum am mai subliniat anterior, să fie condamnat cineva pe baza unei jurisprudențe mai severe decât cea de la epoca comiterii faptelor pune probleme serioase de respectare a *lex mitior* și de compatibilitate a jurisprudenței mai severe cu exigențele art. 7 par. 1 din Convenția de la Roma, așa cum a fost constant interpretat de Curtea de la Strasbourg, în sensul includerii jurisprudenței printre izvoarele de drept<sup>175</sup>. Cauzele *Pessino vs. Franța* (10 oct. 2006), dar și *Dragotoniș și Militaru-Pidhorni vs. România* (24 mai 2007) sunt ilustrative în sensul exigențelor de neretroactivitate a legii sau jurisprudenței.

În cauza *Pessino vs. Franța* (10 oct. 2006), Curtea de la Strasbourg a constatat că în speță Guvernul francez nu a fost în măsură să indice decizii ale jurisdicțiilor interne, fie ale Curții de Casație, fie ale jurisdicțiilor de fond, care să stabilească anume că, înaintea hotărârii din acea cauză (*Pessino vs. Franța*), judecătorii francezi ar fi reținut explicit că fapta de a continua lucrările de construire, în ciuda suspendării executării lor pronunțate de judecătorul administrativ, ar constitui o faptă penală (par. 34). Mai mult, analiza textelor Codului de urbanism arată că pronunțarea unei suspendări a unui permis de construire nu ar fi trebuit să fie, în ce privește consecințele sale penale, în mod clar asimilabilă unei decizii judiciare ordonând întreruperea lucrărilor (par.35). Rezultă, susține Curtea EDO, că, în lipsa unei interpretări jurisprudențiale accesibile și rațional previzibile, exigențele art. 7 nu ar trebui privite ca respectate în privința inculpatului *M. Dominique Pessino*. Or, lipsa de jurisprudență prealabilă în ce privește asimilarea suspendării executării lucrărilor de construire cu interdicția de construire rezultă din absența precedentelor jurisprudențiale, în special ale Curții de Casație, ce ar fi trebuit furnizate de Guvernul francez, suficient pentru a se considera că exigențele textului art. 7 din Convenția de la Roma nu au fost satisfăcute de Statul francez în speța *Pessino*.

---

<sup>175</sup> Charlotte BONTEMPS DI STURCO in *Favor rei ed effetti dei mutamenti di giurisprudenza in materia penale*, a cura di Paolo Passaglia, precitată, p.27.

## Concluzii

IX. În opinia noastră, la criteriile propuse de prof. dr. Mihai Adrian Hotcă, pot fi adăugate acele **condiții de procedibilitate mai favorabilă cu conținut material**, urmând ca pentru determinarea *lex mitior* să fie avut în vedere orice conținut material, indiferent de *sedes materiae* (*cod/ necod, CP/ CPP, vechi/ nou, lege/ jurisprudență*), astfel că metoda de determinare a *lex mitior* nu poate fi decât cea diferențiată, bazată pe interpretarea unor instituții omogene, care cuprind norme ce degajă un conținut de drept penal material, avându-se în vedere evaluarea separată pe următoarele paliere:

1. Condițiile de procedibilitate mai favorabilă (*procedendo per bonus*) cu conținut material;
2. Condițiile de incriminare;
3. Celelalte cerințe privind răspunderea penală, care nu s-au regăsit la pct. 1;
4. Condițiile de sancționare;
5. Consecințele condamnării.

Acest lucru, inserția pct. 1 din criteriile- *procedendo per bonus*, se impune în lumina jurisprudenței Curții Constituționale a României (Dec. 1470 din 8 nov. 2011), a jurisprudenței Curții EDO, *Scoppola vs. Italia* (17 sept. 2009), dar și a recentissimei Sentințe *Ercolano* a Curții Supreme de Casație a Republicii Italiene (24 oct. 2013) sau a Deciziei nr. 839/2013 (din 5 decembrie) a Tribunalului Constituțional Portughez, toate fiind hotărâri ale unor înalte curți în care s-a subliniat faptul incontestabil că prevederile din dreptul penal adjectiv (procesual) cu conținut mixt, așa-numitele **dispoziții procesualpenale materiale**, pot și trebuie să se constituie drept *una lex mitior* pentru inculpat, mai ales dacă vorbim de acele dispoziții din cadrul *procedurilor penale*, în cadrul cărora inculpatul primește nu numai o sancțiune atenuată, dar și o *procedibilitate mai favorabilă* (e.g. durata procedurii este mult scurtată, costurile procesului scad, condamnarea nu se mai trece în fișa de cazier, încetarea incertitudinii cu privire la quantumul pedepsei profită inculpatului etc.). De asemenea, în același sens al relevanței domeniului procesualistic sau execuțional penal în determinarea *lex mitior*, sunt și concluziile prezentate de Comisia Internațională a Juriștilor către Marea Cameră a Curții EDO în cauza *del Rio Prada versus Spania* (21 oct. 2013): „Principiul neretroactivității ar trebui să se aplice la regulile procesuale sau la regulile guvernând executarea pedepselor care afectează serios drepturile inculpatului sau ale condamnatului.”

Aceste aspecte marchează tendința incontestabilă la nivel european ca *lex mitior* să dobândească mereu noi și suplimentare valențe, un câmp mai larg de operativitate, în acord cu natura sa juridică de principiu cardinal al unei Justiții democratice, cu fața întoarsă protector spre valorile de umanitate (*humanitatis causa*).

De asemenea, există motive suficiente, reliefate și de noi, pentru aplicarea Deciziei Înaltei Curți de Casație și Justiție- Secția Penală nr. 2/2014, pronunțate în 14 apr. 2014 și publicate cu efecte *erga omnes* în M.Of. nr. 319/ 30 apr. 2014, decizie în deplină concordanță cu Dec. nr. 1470/ 2011 a Curții Constituționale Române, în ideea de a salvagarda totuși civilitatea de *lex mitior*, idee care trebuie concretizată și într-o abrogare grabnică a dispozițiilor art. 4 și art. 5 alin. 2 din legea de punere în aplicare a CP Predoiu (legea nr. 187/2012), întrucât acestea contravin principiului legalității și neretroactivității legii penale mai severe, fiind violatoare, în opinia noastră, a art. 7 par. 1 din Convenția de la Roma privind Salvagardarea Drepturilor și Libertăților Fundamentale ale Omului. Art. 4 din legea nr. 187/2012 reglementează nepermis, **retroactiv și în defavoarea condamnatului**, situații juridice deja încheiate și drepturi deja dobândite de condamnați la intrarea în vigoare a noii legi, dispunând că: "*pedeapsa aplicată pentru o infracțiune printr-o hotărâre ce a rămas definitivă sub imperiul Codului penal din 1969, care nu depășește maximul special prevăzut de Codul penal, nu poate fi redusă în urma intrării în vigoare a acestei legi*". Este clar că tocmai art. 15 CP Dongoroz este vizat de aceste dispoziții criticabile ale art. 4, prevederile art. 15 fiind unele la care orice condamnat sub imperiul CP Dongoroz are dreptul să se aștepte a-i fi aplicabile, pe calea contestației la executare, pentru a regăsi în final, culese prin intermediul **principiului democratic al proporționalității**, fructele de *lex mitior*.

Art. 15 CP Dongoroz constituie într-un mod remarcabil o punte de legătură cu **tradiția europeană umanistă**, de *lex mitior*, a dreptului penal, tocmai pentru că păstrează intactă forța principiului democratic al proporționalității și **al necesității pedepsei**, astfel încât păstrarea acestei moșteniri remarcabile a eruditului<sup>176</sup> profesor dr. român Vintilă Dongoroz, este o chestiune irenunciabilă de promovare a tradiției umaniste în domeniul juridic, tradiție care trebuie dusă mai departe, credem, iar nu negată.

Nu în ultimul rând, mai ales acum, pe fundalul *pseudoreforme* Predoiu, când unele instanțe românești îmbrățișează metoda integrativă, severissimă, de "determinare" a *lex mitior*, nu ar fi lipsită de interes dezbateră reală și adoptarea unei **legi de amnistie și grațiere**, care se reduce inegalitățile mari de tratament penal date de asprimea nejustificată a Părții generale a CP Predoiu. E.g. tratamentul penal la infracțiunea continuată și la pluralitatea de infracțiuni este extrem de sever, aglutinându-

---

<sup>176</sup> Tudor AVRIGEANU, *Trăsăturile esențiale ale infracțiunii. Sedes materiae*, Revista de Drept Penal, nr. 1/2010, București, M.Of., p.28.

se ani grei de închisoare, pe baza unor calcule matematice surde și inflexibile (spor obligatoriu de o treime), iar nu pe baza unei *intenții umane sensibile*<sup>177</sup> de a personaliza fie și mai aspru pedeapsa, din partea judecătorului.

Italianii, de exemplu, în preajma intrării în vigoare a monumentalului CPP din 1988 au avut adoptate 3 acte colective de clemență: un decret-lege de amnistie înainte, DL. nr. 865/16 dec. 1986<sup>178</sup> (când au ieșit din închisori, în total prin acte de clemență, 5824 de persoane) și două decrete-lege după, DL. nr. 75/ 12 apr. 1990 și DL. nr. 394/ 22 dec. 1990 (când au fost eliberați, în total prin acte de clemență, 9142 de persoane)<sup>179</sup>.

Când au amenajat intrarea în vigoare a primului **cod democratic al Italiei republicane**, italienii au decis așadar adoptarea unor acte normative de clemență pentru o înnoire a tratamentului penitenciar, printr-o reapreciere a *meritoriului* de pedeapsă (*dacă unele pedepse mai merită executate*), în ideea corectă -credem- de resetare a sistemului penal, în contextul unei democratice noi codificări, care trebuie să aducă un plus de umanizare a societății.

Marele penalist și umanist Francesco Carrara (1805-1888), care considera Statul "*un organism natural, garant al drepturilor individuale de libertate*"<sup>180</sup>, echivala corectarea prin amnistie și grațiere a inegalităților existente cu o "*obligație a justiției*"<sup>181</sup>. Amnistia și grațierea nu mai puțin reprezintă o recunoaștere a insuficienței, față de exigențele Justiției (exprimate de conștiința socială prin vocea vie a Parlamentului), a soluției legale sau jurisprudențiale adoptate la un moment dat<sup>182</sup>.

---

<sup>177</sup> Orlando DE CARVALHO, *A Teoria geral de relação jurídica. Seu sentido e limites*, Revista de Direito e de Estudos Sociais, 16 (1969), p.91, citat în José DE FARIA COSTA, *art.cit.*, p.124.

<sup>178</sup> Amnistia nu se aplica, potrivit art. 2 din DL. al Președintelui Republicii Italiene nr. 865/ 16 dec.1986, următoarelor infracțiuni din CP : delapidarea prin profitarea de eroarea altuia (art. 316), corupția pentru exercitarea funcției (art. 318), corupția pentru un act contrar îndatoririlor de serviciu (art. 319 alin.4), corupția unei persoane însărcinate cu un serviciu public (art. 320), neîndeplinirea contractelor de achiziții publice (art. 355) cu excepția faptelor săvârșite din culpă, mărturia falsă (art. 372) când mărturia poartă asupra faptelor privind exercitarea funcției publice de către martor, evadarea dacă se face prin violență, amenințare sau prin efracție sau dacă se folosesc arme sau dacă evadează un grup de persoane (art. 385 alin. 2).

<sup>179</sup> Flavio PIRAINO, *Amnistia, indulto e popolazione detenuta nell' Italia repubblicana* <http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/law-ways/piraino.htm>  
Consultat, ultima oară, 30 iunie 2014

<sup>180</sup> Aldo MAZZACANE, *Francesco Carrara*, Treccani.it- L'enciclopedia italiana [http://www.treccani.it/enciclopedia/francesco-carrara\\_%28Dizionario-Biografico%29/](http://www.treccani.it/enciclopedia/francesco-carrara_%28Dizionario-Biografico%29/)  
Consultat, ultima oară, 30 iunie 2014

<sup>181</sup> José Inacio DE SOUSA E BRITO, *art.cit.*, p.12.

<sup>182</sup> Idem, pp. 8 și 12.