

Manifest referitor la politica penală europeană

Din partea European Criminal Policy Initiative

Preambul

Semnatarii, penaliști din 10 țări europene, propun publicului european un manifest asupra unei politici penale în Europa.

Ei au făcut acest demers în explicarea tradiției penale europene, mai exact:

- având conștiința că principiile analizate au reprezentat fundamentul și motorul progresului social în Europa, precum și al procesului de integrare europeană iar, de aceea, Europa viitoare trebuie să asigure prezervarea și dezvoltarea în continuare a acestor idei.
- și cu convingerea că toate regulile de drept penal implică în cea mai mare măsură o legitimare democratică și un stat de drept iar într-o/ și pentru o politica penală trebuie apărută cu siguranță acuratețea principiilor de drept.

Motivația sintetizării acestei tradiții de către semnatarii prezentului Manifest derivă din procesul de integrare europeană, în care dreptul penal și procesul penal a devenit tot mai frecvent și mai puternic obiect al demersului legislativ european.

Normele care au ca scop armonizarea legislațiilor penale ale statelor membre determină în mod considerabil legislația acestora; iar odată cu intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona această tendință a devenit și mai evidentă.

Instituțiile europene folosesc această "cale" în anumite domenii de politică penală, fără ca aceasta să fie recunoscută ca o politică europeană autonomă, iar ca și consecință a acestei abordări, fără a se folosi de concepte de politică penale coerente.

Semnatarii își exprimă convingerea că o politică penală echilibrată presupune ca legiuitorul european, cu ocazia legiferării în domeniul dreptului penal, să observe anumite principii fundamentale ale dreptului penal material, mai jos explicitate, iar legiferarea penală europeană să fie explicit fundamentată pe principiul "good governance". Aceste principii general valabile pentru tradiția penală europeană, așezate fiind în sistemul de drept european, nu devin un corp străin, ci dimpotrivă ele derivă fără excepție din principiile consacrate de reglementările naționale.

I. Principiile fundamentale ale unei politici penale.

1. Principiul unei valori sociale legitim protejate.

Atâta timp cât legiuitorul european pretinde o competență de legiferare în domeniul dreptului penal, el trebuie să își exercite această competență doar dacă prin aceasta se protejează interese fundamentale:

- (1) care decurg din dreptul primar al Uniunii Europene,
- (2) care nu contravin tradițiilor constituționale ale statelor membre sau Cartei drepturilor fundamentale din Uniunea Europeană și care
- (3) sunt lezate într-o măsură ce pot fi calificate ca social-dăunătoare.

În dreptul european această cerință derivă din principiul proporționalității. Doar atunci când o lege penală folosește la protejarea unui anumit interes important, ea poate să urmărească un țel legitim și poate fi proporțională. Întrebarea care sunt aceste interese și în ce manieră incriminarea unui anumit comportament nu apare ca fiind o conduită vătămătoare nejustificată, creează pentru legiuitorul european o obligație de a-i detalia fundamentarea (prin raportare la obligația sa de "good governance").

Scopul asigurării eficacității procesului de unificare nu poate legitima singur utilizarea dreptului penal.

2. Principiul ultima ratio

În Uniunea Europeană persoana este în centru preocupărilor sale și de aceea trebuie ca Uniunea să impună statele membre o obligație de incriminare a unui comportament doar atunci când, pentru protejarea intereselor fundamentale ale Uniunii mai sus enunțate, nu există o altă modalitate mai puțin vătămătoare.

Doar în aceste condiții un act normativ poate fi apreciat ca necesar în înțelesul principiului european al proporționalității, atâta timp cât o sancțiune penală atrage exprimarea unui reproș socio-etic care stigmatizează și care lezează profund drepturile cetățeanului așa cum sunt aceste exprimate și în Carta drepturilor fundamentale în Uniunea Europeană.

În plus, o aplicare inflaționistă a dreptului penal duce spre o pierdere a forței și eficacității sale.

Raportat la imperativul "good governance", Uniunea Europeană este și ea obligată să demonstreze utilizarea dreptului penal ca ultim mijloc în realizarea controlului social.

3. Principiul vinovăției

Obligația de incriminare a anumitor comportamente impusă de Uniunea Europeană statelor membre trebuie să fie condiționată de existența unei reproșabilități personale a autorului pentru comportamentul incriminat („principiul vinovăției” – nulla poena sine culpa).

Această cerință rezultă nu doar din limitarea aplicării dreptului penal doar la acele comportamente care au provocat prejudicii sociale semnificative (a se vedea supra) ci ea are drept scop protejarea completă a demnității umane. Principiul este în concordanță și cu principiul vinovăției recunoscut de Curtea Europeană de Justiție în cazul sancțiunilor administrative și respectă totodată și art. 48 alin. 1 al Cartei Europene care garantează respectarea prezumției de nevinovăție.

Totodată, aceasta înseamnă că legiuitorul european trebuie să justifice în fiecare caz faptul că recomandarea sa cu privire la aplicarea unei sancțiuni penale trebuie să ducă la aplicarea unei sancțiuni conforme cu vinovăția (și în acest sens proporțională).

Principiul vinovăției nu afectează răspunsul la întrebarea, dacă, din perspectivă penală, există o vinovăție în sens de reproșabilitate ce poate fi adusă și persoanelor juridice:

răspunderea penală a persoanei juridice trebuie diferențiată de cea a persoanelor fizice. Pentru răspunderea penală a persoanelor juridice trebuie dezvoltată o reglementare în armonie cu reglementările corespondente existente la nivelul statelor membre.

4. Principiul legalității

Dreptul penal într-un stat de drept este de neconceput fără principiul legalității. Acesta, împreună cu toate implicațiile sale general acceptate, este un principiu general de drept în sensul art. 6 alin 3 din Tratatul de la Lisabona. El este prevăzut totodată de art. 7 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Din perspectiva politicii penale, din acest principiu pot fi extrase trei consecințe esențiale, pe care legiuitorul european va trebui să le respecte întocmai:

a) Consecința 1: Principiul clarității legii penale

Claritatea legii într-un sens european presupune ca orice persoană să poată cunoaște care sunt comportamentele care atrag răspunderea penală. De aceea normele de incriminare trebuie să descrie într-o manieră clară și neechivocă comportamentul care atrage răspunderea penală. Această cerință reclamă în primul rând un grad înalt al comprehensibilității normei. În principiu este necesar ca textul de incriminare să fie înțeles "el însuși independent de alte elemente". În orice ipoteză este necesar să fie previzibile (1) premisele obiective și (2) premisele subiective ale răspunderii penale, precum și (3) consecințele atragerii răspunderii penale.

Chiar dacă exercitarea cu caracter subsidiar a competenței de uniformizare a legislației penale este însoțită inevitabil de libertatea de decizie a statelor membre în ceea ce privește maniera de implementare în legislația națională, actul comunitar având într-o anumită măsură un caracter ambiguu, imperativul clarității, în calitatea sa de principiu de drept al dreptului comunitar și de pilon elementar al oricărui sistem național de drept penal, este relevant și pentru actele comunitare.

Cu cât libertatea de decizie a statului membru în ceea ce privește maniera de implementare a normei comunitare este mai mică, cu atât mai puternic trebuie ca actul normativ european să respecte el însuși imperativul clarității normei penale. În măsura în care un act normativ european are drept scop unificarea (armonizarea totală) a normelor penale din statele membre, acesta trebuie, datorită statutului său de normă penală, să respecte întocmai principiul clarității.

Inclusiv atunci când actul normativ, care obligă statele membre să utilizeze dreptul penal, se referă la alte acte normative comunitare, este necesar ca așa numitele cerințe ale clarității să fie respectate raportat la toate actele normative implicate. În caz contrar este dificilă crearea unei norme naționale de implementare a cărei claritate să fie în concordanță cu acest imperativ.

b) Consecința 2: Principiul neretroactivității și *lex mitior*

Nu este permis ca normele penale să retroactiveze în defavoarea cetățeanului acuzat de comiterea unei fapte

penale. Această consecință a principiului legalității, care provine și din caracterul previzibil al răspunderii penale, are pentru legiuitorul european drept consecință faptul că, acestuia nu îi este permis ca, în cadrul procesului de uniformizare a legislațiilor naționale, să oblige statele membre la adoptarea unor norme care să implice aplicarea retroactivă a legii penale.

O excepție de la acest principiu este de conceput doar atunci când ea operează în favoarea inculpatului. Normele penale care intră în vigoare după comiterea faptei de către inculpat, dar a căror aplicare produce consecințe în beneficiul inculpatului (deoarece conform acestora fapta, în principiu, nu poate fi deloc sau atât de aspru pedepsită), pot fundamenta sentința fără a se încălca principiul neretroactivității legii penale. Principiul legii penale mai favorabile, deși existent în toate statele membre, prezintă diferențe raportat la integrarea acestuia în ierarhia normativă, în special în ceea ce privește statutul său constituțional. În jurisprudența Curții de Justiție Europeană (cauza Berlusconi), precum și prin art. 49 alin. 1 teza 3 din Carta drepturilor fundamentale, i se atribuie acestuia, cel puțin la nivel european, o maximă importanță. În consecință, legiuitorul european este ținut să respecte acest principiu, nefiindu-i în niciun caz permis ca prin intermediul actelor sale, emise în scopul armonizării legislației penale, să impună statelor membre să ia în considerare exclusiv legea din momentul comiterii faptei, deși norma penală a fost modificată în beneficiul inculpatului după comiterea faptei și înaintea judecării agentului în mod definitiv.

c) Consecința 3: Cerința unei legi adoptată de către un parlament (*nulla poena sine lege parlamentaria*)

Folosirea dreptului penal, în calitatea sa de "cea mai ascuțită sabie a statului", trebuie să fie într-o societate democratică pe cât de direct posibil legitimată de către popor. Într-adevăr, atât timp cât Uniunii Europene îi lipsește competența creării unui drept penal supranațional, statele membre (prin parlamentele naționale), în plan formal, rămân singurele cu competențele depline în crearea dreptului penal. Prin faptul că legiuitorul european impune respectarea anumitor obligații normative este redusă în mod implicit libertatea de decizie a legiuitorului național cu privire la conținutul normei penale. De aceea, chiar și actele normative comunitare care au ca scop armonizarea legislațiilor penale naționale necesită o legitimizare democratică suficientă (satisfăcătoare). În măsura în care această libertate de decizie a legiuitorului național este redusă prin impunerea anumitor standarde de către legiuitorul european, nu mai este posibil ca norma penală de armonizare să fie suficient și democratic legitimată doar la nivelul național. De aceea, se impune o legitimitate mai puternică a normei la nivel european printr-o participare mai puternică a Parlamentului European.

Deoarece procedura codeciziei se aplică în acest moment doar în dreptul comunitar (dreptul Comunității Europene) nu și în dreptul Uniunii Europene, acest deficit de democrație este atenuat doar în cazul primului. Prevederea în Tratatul de la Lisabona a aplicării procedurii codeciziei și în cadrul procesului de armonizare a legislațiilor penale naționale este, mai ales sub aspectul legitimizării democratice, salutară.

Pentru a atinge un nivel satisfăcător al legitimității actelor comunitare cu implicații în dreptul penal și pentru realizarea unei largi acceptări a acestor acte normative, trebuie ca, în orice caz, instituțiile europene, participante la procesul de legiferare, (inclusiv după modificarea Tratatului de la Lisabona) să se asigure că parlamentul național este informat la timp și în mod complet cu privire la propunerile europene aflate în procesul de legiferare. Statelor membre li se va acorda suficient timp pentru a putea influența forma finală a actului normativ (inclusiv comportamentul în ceea ce privește votul reprezentantului statului în Consiliu). O colaborare echilibrată a statelor membre cu instituțiile europene, dar și între ele, anterior adoptării unui act normativ, asigură un minim control democratic. Acesta permite și din perspectiva conceptului "good governance" o legislație politico-juridică transparentă și utilă, care poate fi îmbogățită printr-o implicare a organizațiilor reprezentative, precum și a societății civile.

5. Principiul subsidiarității

Actele normative ale Uniunii Europene, cu relevanță în materia dreptului penal, emise în baza unei competențe partajate, se supun, conform regulilor generale din dreptul Comunităților Europene și a dreptului Uniunii Europene, principiului subsidiarității. Drept consecință, legiuitorul european poate fi activ doar atunci când, și în limita în care, măsurile în cauză, pentru a-și pot atinge scopurile:

(1) nu sunt suficiente la nivel național și de aceea

(2) raportat la anvergura lor, precum și la efectele lor, ar putea fi mai bine realizate la nivel european.

Corespunzător, legiuitorul (penal) național are prioritate în fața legiuitorului european, în concordanță cu capacitatea sa de a acționa. Astfel, este facilitată o legiferare în domeniul dreptului penal cât mai aproape de cetățeni.

În mod particular, în domeniul dreptului penal, principiul subsidiarității are o semnificație ce trebuie subliniată. Aici scara de valori protejate penal la nivelul unui stat membru se socotește ca o componentă a identității naționale. Acest aspect este avut în vedere în mod expres de art. 4 alin. 2 din Tratatul asupra Uniunii Europene (versiunea Lisabona).

Testul de subsidiaritate trebuie realizat separat pentru fiecare caz, mai exact pentru fiecare act normativ sau pentru fiecare parte a acestuia. Actele legislative trebuie justificate într-o manieră extensivă, în conformitate cu textele ce consacră principiul subsidiarității (în Tratatul de la Lisabona); fiind necesar a fi menționată și poziția parlamentului național.

În înțelesul unei "good governance" trebuie ca propunerea unui act normativ în domeniul dreptului penal să se bazeze pe o evaluare detaliată (în înțelesul unui control de subsidiaritate) cântărindu-se toate circumstanțele și analizându-se toate celelalte variante de intervenție. O simplă afirmare formală a respectării cerinței subsidiarității, așa cum se întâmplă astăzi, nu este în niciun caz suficientă [deoarece după adoptarea Tratatului de la Lisabona este aplicabil principiul majorității la adoptarea unui act normativ cu caracter penal, iar necesitatea recunoașterii principiului subsidiarității este cu atât mai necesară].

6. Principiul coerenței

Implicațiile importante ale dreptului penal reclamă în mod particular coerența internă a fiecărui sistem național de drept penal. Doar respectând aceste cerințe pot fi scoase la iveală conceptul de justiție și sistemul de valori caracteristice respectivei societăți, fiind asigurată în cele din urmă și acceptarea dreptului penal.

Cu privire la recomandările de drept penal, legiuitorul european trebuie să ia în considerare și să respecte coerența sistemelor naționale de drept penal, subcomponentă a interesului protejat prin art. 4 alin. 2 din Tratatul Uniunii Europene ce protejează identitatea statelor membre (coerența verticală). Aceasta înseamnă în special faptul că prin consacrarea la nivel european a unui nivel minim recomandat al sancțiunilor penale acesta nu trebuie să conducă automat la o sporire, contrară prevederilor din sistemul național, al maximumului pedepsei din legislația unui stat membru. În plus, legiuitorul european trebuie să țină seama și de coerența cu celelalte acte normative europene prin care se completează normele penale europene (coerența orizontală, art. 11 alin. 3 din Tratatul Uniunii Europene (versiunea Lisabona).

În înțelesul principiului "good governance", legiuitorul este obligat ca la emiterea unui act normativ penal să studieze efectele pe care emiterea acestuia le poate avea asupra coerenței sistemului legislativ național precum și asupra ordinii de drept europene și, în baza rezultatelor, să motiveze în mod explicit, din această perspectivă, compatibilitatea sa cu sistemul național.

II. Explicații ale principiilor de politică penală din Manifest

Cât timp principiile anterior menționate pot fi și se doresc a fi liniile directoare ale unei politici criminale raționale, acestea sunt totodată apte să fie scoase în evidență, justificându-se și din perspectiva actelor comunitare cu semnificație în dreptul penal deja propuse sau adoptate. Se explică astfel și relevanța practică și urgența dezideratelor mai sus menționate de noi. În cele ce urmează trebuie evidențiate ipotezele în care există deja eforturi apreciabile în vederea creării unei politici criminale raționale, pe de-o parte, care ar putea constitui un exemplu pentru legislația viitoare cu relevanță penală. Este necesară și relevarea punctelor slabe ale acestora, pe de altă parte, puncte care, în ceea ce ne privește, justifică aducerea unor corective, în sensul cerințelor noastre.

1. Cu privire la cerința unei valori sociale legitim protejate se găsesc numeroase acte comunitare, care sunt fără îndoială în concordanță cu cerințele noastre.

- Protejarea unui interes legitim și deosebit de important este realizat, cu titlu de exemplu, prin **Decizia-cadru cu privire la combaterea traficului de persoane**¹. Este inacceptabil faptul ca într-un spațiu al libertății, al siguranței și al drepturilor, din cauza situației precare în care se poate găsi ființa umană, ea să fie utilizată prin inducere în eroare, constrângere sau chiar violență, pentru

¹ Decizia-cadru 2002/629/JAI, JO Nr. 2002 L 203, p. 1.

exploatarea sexuală sau pentru exploatarea puterii sale de muncă. Victimei îi sunt astfel lezate în mod vădit componente esențiale ale drepturilor sale (integritate corporală, libertatea de voință, dreptul la autodeterminare sexuală, puterea de muncă), drepturi protejate explicit de către Carta Europeană a Drepturilor Omului.

- În același sens și **Convenția cu privire la protejarea intereselor financiare ale Comunității Europene**² (Convenția PIF) împreună cu protocoalele aferente urmăresc o protecție legitimă a unei valori sociale, mai exact prezervarea independenței și eficienței de natură financiară a Comunității Europene (respectiv, în viitor, a Uniunii).

Pe de altă parte, identificarea unui interes legitim ce se vrea a fi protejat ridică serioase probleme raportat la alte acte comunitare:

- Într-adevăr nu poate fi negat faptul că **Decizia-cadru privind combaterea exploatării sexuale a copiilor și pornografia infantilă**³, privește esențialmente o preocupare politico-criminală al cărei caracter legitim este incontestabil - protecția minorilor lezați de aceste acte. Acest scop este depășit atunci când în art. 1 lit. b ii) și iii) se stabilește includerea în acest concept și a reprezentărilor unor persoane adulte având un aspect de copil, pe de-o parte, iar, pe de altă, a reprezentărilor unor minori "virtuali" care - prin intermediul animației computerizate - devin imagini realiste (pornografia minorilor în realitate virtuală). Prin asemenea reprezentări nu va fi lezat în mod direct niciun minor, cât timp persoana astfel reprezentată este fie un adult, fie nu este o persoană reală. Faptul că asemenea reprezentări generează pericole directe pentru minori nu a fost până acum demonstrat. În orice caz, s-ar respecta cerințele noastre, dacă legiuitorul european ar încerca să ofere o justificare corespunzătoare - dacă este necesar, pe baza unor investigații empirice. Doar atunci va putea fi justificată această extindere a incriminării care să respecte și cerința unei valori sociale legitim protejate.
- **Decizia-cadru cu privire la lupta împotriva criminalității organizate**⁴, impune statelor membre incriminarea atât a participării la activitățile ilegale ale unei organizații criminale (art. 2 lit. a) cât și, comparabil cu modelul anglo-saxon, al faptei de "conspiracy"-acordul cu privire la comiterea anumitor infracțiuni determinate (art. 2 lit. b). Cu toate acestea, interesele care ar putea fi lezate prin aceste acțiuni, și deci scopul de protecție legitim, rămân vagi: pentru infracțiunile, pentru a căror comitere s-a realizat acordul sau asocierea, minimul prevăzut de lege trebuie să fie de patru ani. Decizia-cadru nu face nicio referire în ceea ce privește natura acestor infracțiuni. Singurul indiciu oferit este acela că, membrii organizației criminale trebuie să

acționeze cu scopul obținerii în mod direct sau indirect a unui avantaj material. Aceasta indică exclusiv motivația autorului nu și interesul demn de a fi protejat, interes împotriva căruia se îndreaptă acțiunea agentului. Prin aceasta nu se determină într-un mod neechivoc care este scopul urmărit al acestei norme (exceptând acest scop difuz al combaterii criminalității organizate). Astfel, statelor membre nu le este oferită o imagine foarte clară cu privire la ceea ce trebuie să pedepsească. Fără niște explicații suplimentare, prin această conduită a legiuitorului european, principiul fundamental al "good governance" este lezat.

2. Principiul *ultima ratio*, ca o extindere a principiului proporționalității (consacrat formal și la nivel comunitar), aplicabil în dreptul penal, poate fi recunoscut în următoarele ipoteze:

- **Directiva de stabilire a standardelor minime privind sancțiunile și măsurile la adresa angajatorilor de resortisanți din țări terțe aflați în situație de ședere ilegală**⁵, indică din acest punct de vedere o tendință pozitivă: art. 9 din acest act normativ fundamentează o obligație de incriminare pentru cazuri determinate de angajare ilegală. Această obligație nu este corelată doar cu simpla încălcare a interdicției cuprinsă în art. 3 par. 1, și anume aceea de a nu angaja cetățeni ai statelor terțe care nu au reședință legală. Din contră, statele membre trebuie să pedepsească angajarea ilegală, de exemplu atunci când pe lângă interdicția mai sus menționată mai există și una dintre următoarele circumstanțe: o încălcare repetată sau persistentă a prevederilor relevante, angajarea ilegală a unui număr important de persoane aflate în această situație sau respectiv a unui minor, impunerea unor condiții de muncă exploatare sau angajarea unei persoane, cunoscând faptul că aceasta este victima unui trafic de persoane. Pentru încălcări "comune" se consideră că intervenția prin sancțiuni care nu au caracter penal este suficientă. În acest act normativ se remarcă astfel o compatibilitate (deliberată?) cu principiul proporționalității raportat la folosirea dreptului penal și pe cale de consecință respectarea principiului *ultima ratio*.
- **Decizia-cadru referitoare la atacurile privind sistemele informatice**⁶ stabilește obligații de incriminare pentru accesarea ilegală a sistemelor informatice (Hacking, art. 2), afectarea integrității unui sistem informatic (art. 3) precum și pentru diferite forme de afectare a integrității datelor (art. 4). Pentru a nu extinde prea mult sfera faptelor sancționabile penal aceasta exceptează de la aplicarea unei sancțiuni penale așa-numitele cazuri ușoare. Mai mult, în ceea ce privește hacking-ul introducerea unei sancțiuni penale doar pentru tentativă este lăsată la latitudinea statelor membre, deși în celelalte cazuri pedepsirea tentativei este obligatorie. Ar putea exista dubii cu privire la caracterul suficient al acestor

² JO 1995 Nr. C316, p. 49; JO 1996 C313, p. 2; JO Nr.221, p. 12.

³ Decizia-cadru 2004/68/JAI, JO 2004 Nr. L 13, p. 44.

⁴ Decizia-cadru 2008/841/JAI, JO 2008 Nr. L 300, p. 42.

⁵ Directiva 2009/52/CE, JO 2009 Nr. L 168, p. 24.

⁶ Decizia-cadru 2005/222/JAI, JO 2005 Nr. L 69, p. 67.

pași raportat la evitarea unei incriminări mult prea extinse. În orice caz, mecanismele mai sus numite ghidează statele membre înspre direcția corectă, cât timp acestea facilitează compatibilizarea normelor penale europene impuse raportat la scopul acestora cu normele penale specifice fiecărui stat membru. Prin aceasta este respectat și principiul coerenței (infra pct. 6).

- **Decizia-cadru cu privire la stabilirea de dispoziții minimale referitoare la elementele constitutive ale infracțiunilor și a sancțiunilor aplicabile în domeniul traficului de droguri**⁷, cuprinde în art. 2 par. 2 o prevedere conform căreia obligația de incriminare a statelor membre a traficului de droguri nu se aplică în cazul traficului cu cantități mici de droguri, atunci când acestea sunt destinate consumului propriu. Prin aceasta le este oferit statelor membre, cu privire la acest domeniu determinat, o libertate de decizie salutară, care, din perspectiva abordărilor diferite ale statelor membre la nivelul politicii pentru combaterea traficului de droguri și a rolului dreptului penal în combaterea drogurilor, este extrem de valoroasă.

În sens contrar, în baza altor exemple din sfera actelor comunitare mai sus menționate se poate demonstra faptul că principiul *ultima ratio* nu beneficiază până în momentul de față de o atenție autonomă și consistentă, și că nu există cel puțin o preocupare și o prezentare argumentată a acestui principiu, care astfel să corespundă și principiului general "good governance".

- **Decizia-cadru ce completează și modifică decizia anterioară privind lupta împotriva terorismului**⁸ obligă statele membre, să incrimineze provocarea publică la comiterea unei fapte penale de terorism așa numita "recrutare" și "antrenare" pentru scopuri teroriste precum și tentativa și participația la acestea, ca fapte penale care au legătură cu activități teroriste. Totodată trebuie combătută tendința teroriștilor de a folosi în mod abuziv Internet-ul ca "spațiu virtual de antrenament". În orice caz sunt cuprinse acțiuni care se află într-un plan extrem de avansat față de comiterea efectivă a unor acte de terorism. Această decizie internă a Uniunii Europene cu privire la faptele penale anterior descrise conduce statele membre către un drept penal care încearcă să prevină pericole teoretice pentru valorile sociale. Sunt pedepsite comportamente care pur și simplu contribuie la formarea unei atitudini criminale ale altor persoane sau care întrețin o asemenea atitudine (așa numitul drept penal antepreventiv). Aceste anticipare a răspunderii penale și aceasta detașare completă de orice stare de pericol fie ea și abstractă față de valoarea socială, nu este compatibilă cu principiul proporționalității (raportat la o consecință a acestuia și anume principiul *ultima ratio*) în calitatea sa

de principiu director⁹. Câtă vreme o acțiune nu reprezintă o amenințare actuală și suficientă pentru interesul protejat, nu se poate pretinde faptul că răspunderea penală ar fi necesară. În orice caz ar fi trebuit argumentat - în legătură cu principiul fundamental al "good governance" - în ce măsură nu există alte mijloace care ar fi putut constitui remedii eficiente (cum ar fi o supraveghere mai intensă a Internetului sau o implicare activă a administratorilor site-urilor).

- O similară extindere criticabilă a răspunderii penale se realizează prin **Decizia-cadru privind lupta împotriva înșelăciunii și falsificării mijloacelor de plată non-cash**¹⁰, care cuprinde "întregul spectru de activități (trebuie să le acopere), care luate împreună reprezintă amenințări ale criminalității organizate în acest domeniu (justificarea din paragraful 8). Această abordare merge atât de departe încât prin art. 4 se impune statelor membre obligația de a incrimina acele conduite care au drept scop confecționarea sau obținerea unor obiecte care în plan teoretic pot fi folosite la comiterea unor alte fapte din Decizia-cadru. A considera că, chiar și de la un moment mult anterior comiterii vreunei fapte de înșelăciune sau contrafacere, în prezența încă a unui redus pericol potențial, intervenția dreptului penal ar fi justificată, ar pretinde, din perspectiva respectării principiului "good governance", cel puțin existența unei justificări mai clare și nu doar niște referiri generale la criminalitatea organizată.
- Obligația de a incrimina cuprinsă în **Decizia-cadru privind combaterea criminalității organizate**¹¹ nu se limitează la asocieri criminale cu un grad deosebit de organizare, ci, mai mult, potrivit art. 1 alin. 2 este suficientă orice asociere care nu este formată la întâmplare pentru comiterea imediată a unei infracțiuni și care nu prezintă în mod necesar roluri definite formal pentru membrii săi, continuitate a membrilor sau o structură dezvoltată. În consecință, obligația de incriminare impusă statelor membre depășește natura nocivă din punct de vedere social a criminalității organizate, fapt ce poate fi cu greu justificat din perspectiva principiului proporționalității.
- Probleme similare există în legătură cu **Directiva privind protecția mediului înconjurător prin intermediul dreptului penal**¹². Aceasta impune statelor membre să incrimineze anumite conduite determinate, care reprezintă o încălcare a altor acte comunitare. Drept consecință, parțial statele membre au incriminat acțiuni care reprezintă o simplă încălcare a normelor cu privire la formalitățile ce trebuie îndeplinite. Astfel, conform art. 3

⁹ Foarte asemănător, există tendințe de extindere anticipativă a dreptului penal în multe Decizii-cadru, a se vedea de exemplu și art. 2 lit. c din Decizia-cadru 2001/413/JAI cu privire la lupta împotriva înșelăciunii și falsificării mijloacelor de plată non-cash, JO 2001 Nr. L 149, p. 1.

¹⁰ Decizia-cadru 2001/413/JAI, JO 2001 Nr. L 149, p. 1.

¹¹ Decizia-cadru 2008/841/JAI, JO 2008 Nr. L 300, p. 42.

¹² Directiva 2008/99/CE, JO 2008 Nr. L 328, p. 28.

⁷ Decizia-cadru 2004/757/JAI, JO 2004 Nr. L 335, p. 8.

⁸ Decizia-cadru 2008/919/JAI, JO 2008 Nr. L 330, p. 21.

al directivei există o faptă de transfer ilegal al deșeurilor când transportul este realizat fără notificarea tuturor autorităților implicate (art. 2 Nr. 35 lit. a VO (CE) 1013/2006) sau care nu corespund cu anumite formulare (art. 2 Nr. 35 lit. d und g nr. iii der VO (CE) 1013/2006). Incriminarea ilicitului administrativ nu este în concordanță cu principiul proporționalității raportat la corolarul său *ultima ratio*, mai mult, nu vorbim în acest caz despre o lezare a unui interes care să fie necesar a fi protejat prin intermediul dreptului penal.

- **Decizia-cadru cu privire la corupția în domeniul privat**¹³ nu cuprinde o fundamentare satisfăcătoare cu privire la faptul dacă, pentru a evita corupția în acest domeniu, statul nu are la dispoziție și alte mijloace mai puțin represive. Asemenea mijloace la care ne-am putea gândi ar fi o acțiune civilă pentru repararea prejudiciului sau măsuri extensive pentru asigurarea îndeplinirii corectă a obligațiilor (cum este de exemplu implementarea "principiului celor patru ochi"), la controlul cu privire la acordarea unui contract sau schimbarea regulată a personalului în departamentele de comandă. Intervenția dreptului penal în acest domeniu, ca ultim mod de realizare a controlului social, nu se justifică într-un mod satisfăcător pentru respectarea principiului minime intervenții.

3. Principiului vinovăției i se acordă atenție în unele acte comunitare cu relevanță și de aceea putem invoca câteva exemple:

- În mai multe state membre aplicarea unor sancțiuni penale persoanelor juridice nu ar fi compatibilă cu conceptul reproșabilității personale, concept care se află la baza dreptului penal al fiecăruia dintre acestea. De aceea este salutar faptul că, până în acest moment, toate deciziile-cadru care stabilesc standarde cu privire la sancționarea persoanelor juridice, lasă la latitudinea statelor dacă acestea vor îndeplini respectivele standarde prin intermediul dreptului penal. Drept un exemplu concret poate fi invocat art. 6 din **Decizia-cadru privind corupția în domeniul privat**¹⁴. Această restricționare este și pentru viitor dezirabilă.
- Sub acest aspect la fel de salutar este și faptul că anumite instrumente de drept, cum sunt cele din **Decizia-cadru privind lupta împotriva înșelăciunii și falsificării mijloacelor de plată non-cash**¹⁵ (în art. 4 alin. 1) sau cele din **Convenția cu privire la protejarea intereselor financiare ale Comunității Europene**¹⁶ (Convenția PIF) în legătură cu pedepsirea unei înșelăciuni în dauna intereselor financiare ale Comunității Europene (art. 1 alin. 1) care, pentru faptele incriminate, cer ca latură subiectivă, în mod explicit intenția. Oricum Convenția

PIF arată că aceste importante cerințe subiective sunt fragile și pot fi ușor subminate ținând cont de faptul că art. 1 alin. 4 din Convenție permite ca existența intenției să fie dedusă din circumstanțele obiective ale speței. O asemenea afirmare automată a existenței intenției este cu siguranță, raportat la principiul vinovăției, injustă.

În plus, trebuie semnalată îngrijorarea în legătură cu alte acte comunitare, în privința unei diferențieri deficitare a maximului pedepsei pentru comportamente care prezintă același pericol social, aspect care pune în discuție respectarea principiului fundamental al vinovăției.

- **Decizia-cadru privind lupta împotriva terorismului**¹⁷ impune printre altele statelor membre incriminarea inițierii unei grupări teroriste (art. 2 alin. 2 lit. a) sau a sprijinirii conștientă a acestora - de pildă prin finanțare sau prin furnizarea de informații (art. 2 alin. 2 lit. b). Pentru prima faptă se impune ca minimul legal al pedepsei să fie de cel puțin 15 ani iar pentru a doua de cel puțin 8 ani. Cu privire la principiul vinovăției respectiv al proporționalității sancțiunilor cu caracter penal este problematic faptul că inițierea unei grupări teroriste nu trebuie în mod necesar să aibă drept scop comiterea unor fapte grave (cum ar fi lezări ale integrității corporale sau sănătății sau a vieții, luarea de ostatici sau producerea unor arme de distrugere în masă). Mai mult, acestea pot să fie îndreptate înspre amenințarea cu comiterea unor fapte teroriste (art. 1 alin. 3 lit. i).

La "participarea la acțiunile unei grupări teroriste" este necesar ca minimul legal stabilit de state să fie de cel puțin opt ani, indiferent de faptul dacă respectiva grupare s-a format în vederea comiterii unor infracțiuni sau în vederea amenințării cu comiterea unor infracțiuni. Diferența indubitabilă a gradului de pericol a sprijinirii unei grupări teroriste nu se reflectă în planul consecințelor legale, astfel că și din acest punct de vedere corelarea sancțiunii cu gradul de vinovăție nu a fost corect realizată. În legătură cu "inițierea unei grupări teroriste" există dubii și mai puternice cu privire la respectarea principiului vinovăției. Într-adevăr apare ca și rațional faptul că în art. 5 alin. 3, pentru inițierea unei grupări teroriste care are drept scop doar amenințarea cu comiterea unor fapte prevăzute de legea penală, este impusă stabilirea unui minim legal mai redus, de numai opt ani (în loc de 15 ani), cât timp acest tip de comportament relevă existența unui pericol mai puțin grav. Totuși, conform concepției Deciziei-cadru, liderului grupării îi poate fi aplicată o pedeapsă la fel de mare că oricărui membru al grupării formate pentru a amenința cu comiterea unor infracțiuni, cât timp s-a omis reducerea maximului și pentru alte persoane implicate. Faptul că Uniunea Europeană a prevăzut același maxim sau minim al pedepsei pentru

¹³ Decizia-cadru 2003/568/JAI, JO 2003 Nr. L 192, p. 54.

¹⁴ Decizia-cadru 2003/568/JAI, JO 2003 Nr. L 192, p. 54.

¹⁵ Decizia-cadru 2001/413/JAI, JO 2001 Nr. L 149, p. 1.

¹⁶ JO 1995 Nr. C316, p. 49; JO 1996 C313, p. 2; JO Nr. 221, p. 12.

¹⁷ Decizia-cadru 2002/475/JAI JO 2002 Nr. L 164, p. 3 (modificată prin Decizia-cadru 2008/919/JAI, JO 2008 Nr. L 330, p. 21.)

comportamente nocive social diferite, încalcă principiul vinovăției respectiv cerința unei sancțiuni proporționale.

- Noua propunere pentru o **Decizie-cadru privind prevenirea și combaterea traficului de persoane**¹⁸, prevede în art. 3 alin. 1 un minim legal de 6 ani. Acesta trebuie respectat în ceea ce privește faptele prevăzute la art. 1 și 2. Art. 1 cuprinde obligația de incriminare pentru diferite comportamente, iar art. 2 impune statelor membre incriminarea instigării, a complicității și a tentativei. În consecință, Comisia prevede același maxim pentru comiterea efectivă a faptei pe de-o parte și participația și tentativa pe de altă parte. Compatibilitatea cu principiul vinovăției care pretinde ca fiecare participant să fie pedepsit conform gradului personal de răspundere, apare extrem de discutabilă în ceea ce privește complicitatea. Din motive bine întemeiate, în multe sisteme naționale, complicității i se poate aplica, cel puțin facultativ, o pedeapsă mai mică decât cea aplicată autorului.

4. Raportat la formulările cuprinse în acte comunitare cu un conținut cu relevanță în dreptul penal, raportat la respectarea principiului clarității legii penale (așa cum acesta decurge din principiul legalității), se regăsesc câteva abordări pozitive:

- Este îmbucurător faptul că, atunci când sunt impuse standarde penale statelor membre, este vizibil efortul Uniunii Europene de a descrie cât mai clar care sunt comportamentele pe care statele membre trebuie să le incrimineze. Un exemplu în sprijinul acestei afirmații se găsește în art. 3 alin. 1 lit. c din **Decizia-cadru privind combaterea falsificării monedei euro**¹⁹, care impune incriminarea "importului, exportului, transportului, preluării sau obținerii unor valori contrafăcute sau falsificate". Noțiunea de bani este separat explicată în art. 1 alin. 2.

Art. 2 alin. 1 lit. a al **Deciziei-cadru privind combaterea traficului ilegal de droguri**²⁰, cuprinde o reglementare ce respectă principiul clarității textului fiind enumerate acțiunile ce de doresc a fi incriminate, respectiv "obținerea, producerea, extragerea, prepararea, oferirea, distribuirea, vânzarea și livrarea - indiferent la cererea cui -, intermedierea, trimiterea și tranzitul -, transportul, importul sau exportul. Ceea ce este pozitiv la aceasta manieră de reglementare este faptul că legiuitorul european a încercat să definească aceste comportamente relevante penal printr-o multitudine de noțiuni subtile. În orice caz, există și dezavantaje ale unei asemenea abordări, deoarece aceasta implică efortul de a cuprinde toate comportamentele imaginabile în catalogul faptelor cu relevanță penală și de a realiza o separare între modalitățile alternative de comitere a faptei (de exemplu diferența între a oferi și a oferi pentru vânzare respectiv a livra, a transporta sau a trimite, sau a delimita instigarea sau complicitatea de actul de autorat etc.). O altă întrebare

este și aceea dacă această manieră de reglementare (în orice caz acesta nu este un aspect al clarității normei), corespunde unei politici criminale raționale deoarece se realizează o asemenea extindere a ariei de conduite ce trebuie incriminate.

- Trebuie totodată remarcat faptul că organele Uniunii Europene, care, în procesul de armonizare cu standardele aparținând altor organizații internaționale, în cadrul procesului de integrare al Uniunii, au încercat nu rareori să atingă în normele sale un grad mai înalt de claritate. Acest lucru este relevat de exemplu în art. 1 alin. 1 lit. c din **Decizia-cadru privind traficul de persoane**²¹. Acolo este enunțat - la fel ca în Protocolul adițional al Organizației Națiunilor Unite cu privire la acest subiect - "abuzul de autoritate", mai exact "exploatarea situației precare a unei persoane". Aceste comportamente sunt apoi mai în detaliu definite, ele cerând: "ca persoana în cauză să nu aibă nicio alternativă reală sau acceptabilă în afară de aceea de a se supune abuzului". Dacă prin aceasta se va atinge întotdeauna un nivel satisfăcător de claritate este discutabil, însă în orice caz eforturile legiuitorului european trebuie recunoscute în mod explicit.

Exceptând cele mai sus prezentare, există o multitudine de acte comunitare, care sunt criticabile sub aspectul clarității. Câteva exemple:

- Deja menționata **Decizie-cadru privind combaterea exploatării sexuale și a pornografiei infantile**²², se referă în art. 1 lit. b (ii) și la reprezentările unor persoane reale (adultți) cu înfățișare de copil. Dar când un adult are o înfățișare de copil, faptul se detașează de orice categorie juridică, tranziția în ceea ce privește vârsta fiind un proces natural fluent, o persoană de 18 ani putând să arate ca o persoană de 17 ani (ce o fi însemnând și asta?!?). Pentru o interpretare a textului cu niște rezultate previzibile, aceste delimitări sunt neutilizabile în concret și de aceea, având în vedere scopul dreptului penal ele trebuie respinse.
- Art. 1 alin. 2 din **Decizia-cadru privind combaterea anumitor forme și expresii ale rasismului și xenofobiei prin intermediul dreptului penal**²³ oferă statelor membre posibilitatea de a condiționa sancționarea comportamentelor numite anterior, printre altele, de aptitudinea comportamentului de a perturba ordinea publică. Ce înseamnă însă această noțiune rămâne complet nedefinit. Pe cât de apreciabil este faptul că legiuitorul european oferă statelor membre o anumită libertate de decizie, pe atât de problematic este faptul că realizează acest lucru prin oferirea pentru implementare a unor noțiuni juridice complet nedefinite.
- Prin art. 2 alin. 1 din **Decizia-cadru cu privire la corupția în domeniul privat**²⁴, statele membre sunt obligate să incrimineze atât fapta celui care dă cât și a

¹⁸ COMISIE (2009) 136 , p. 14.

¹⁹ Decizia-cadru 2000/383/JAI, JO 2000 Nr. L 140, p. 1.

²⁰ Decizia-cadru 2004/757/JAI, JO 2004 Nr. L 335, p. 8.

²¹ Decizia-cadru 2002/629/JAI, JO 2002 Nr. L 203, p. 1.

²² Decizia-cadru 2004/68/JAI, JO 2004 Nr. L 13, p. 44.

²³ Decizia-cadru 2008/913/JAI, JO 2008 Nr. L 328, p. 55.

²⁴ Decizia-cadru 2003/568/JAI, JO 2003 Nr. L 192, p. 54.

celui care primește, în ipoteza faptelor de corupție din cadrul unor tranzacții comerciale. Ideea centrală este aceea că pentru contraprestația constând în primirea unui avantaj, angajatul unui comerciant își încalcă obligațiile de serviciu. Totuși, conceptul de obligație de serviciu este definit în art. 2 pct. 2 într-o manieră foarte extensivă și ar trebui să includă orice comportament neloial ce constituie o încălcare a obligațiilor statutare, sau a unei obligații cuprinse într-un regulament sau într-un alt act comunitar. În mod evident este vorba despre încălcarea unei obligații de serviciu determinată, însă având ca punct de referință dreptul național. În consecință, cel care oferă în cazul unei fapte de corupție care depășește granițele naționale, trebuie să cunoască și întregul spectru de obligații de serviciu al celui care primește mita, pentru a putea să prevadă riscul că va fi tras la răspundere penală. Aceasta cuprinde și relațiile juridice (inclusiv statutul judecătoresc) cu statul. Claritatea deficitară a conceptului de încălcare a obligației de serviciu provine direct din Decizia-cadru iar statele nu o pot remedia printr-o versiune mai exactă cuprinsă în norma prin care respectiva decizie este implementată. Art. 2 alin. 3 din Decizia-cadru permite într-adevăr statelor membre să reclame ca circumstanță suplimentară existența unei distorsionări a concurenței în legătură cu procurarea de bunuri sau servicii. Prin aceasta nu este însă remediată neclaritatea normei.

- **Directiva cu privire la protecția mediului înconjurător prin mijloace penale**²⁵ descrie comportamentele pe care statele trebuie să le incrimineze prin trimiterea în textul de incriminare la un șir lung de alte acte normative. Din aceasta manieră de reglementare decurge o problemă similară referitoare la claritatea textului. Legiuitorul național este practic constrâns să preia respectivele trimiteri în norma penală națională. Identificarea normelor este astfel îngreunată semnificativ datorită referințelor la acte naționale și la cele de drept european, într-o manieră practic imposibil de utilizat - inclusiv din cauza unor reguli naționale de interpretare diferite precum și din cauza diferențelor în ceea ce privește versiunile în diferite limbi ale actelor comunitare europene. Singura alternativă este aceea de a extrage comportamentele penale individuale din actele la care se face trimitere și de a le cuprinde pe toate acestea în enumerări. Această soluție este pentru legiuitor practică dar foarte improbabilă. Uneori - mai ales atunci când referințele sunt făcute la norme comunitare direct aplicabile (care în normele naționale nu pot fi, pur și simplu, repetate) - enumerarea este chiar și nepermisă din punct de vedere juridic. Chiar și această abordare ar cuprinde riscul de a omite pur și simplu o ipoteză și de a încălca astfel obligația de implementare a actului comunitar.

5. Multe temeri și o multitudine de critici există cu privire la încălcarea principiului subsidiarității, care prezintă importanță pentru dreptul penal din perspectiva exercitării

²⁵ Directiva 2008/99/CE, 2008 Nr. L 328, p. 28.

unei competențe limitate a Uniunii Europene. Întrebarea care se pune este când și în ce limite îi este permis Comunității Europene, respectiv Uniunii Europene, ca în virtutea unei atribuirii de competență prin tratate să realizeze o armonizare a dreptului penal. În actele comunitare cu relevanță penală adoptate până acum, se poate observa cel puțin în parte o respectare a principiului subsidiarității.

- Un motiv special pentru exercitarea unei competențe penale la nivel european poate fi identificat atunci când Comunitatea, respectiv Uniunea, își protejează propriile sale interese financiare sau alte interese supranaționale (de exemplu protejarea monedei Euro împotriva falsificării).
- Principiul subsidiarității este luat puternic în considerare, atunci când este vorba despre forme ale criminalității, care au în general un caracter transfrontalier. În această categorie putând fi incluse - cel puțin pur și simplu tematic - terorismul internațional și delictele privind mediul înconjurător, deoarece în primul caz structurile celor implicați iar în al doilea caz consecințele faptelor nu pot fi restrânse exclusiv la granițele naționale. Faptul că în acest domeniu respectarea principiului subsidiarității este evidentă, nu înseamnă în mod automat că orice modalitate de comitere a unor asemenea delictes sau a tuturor comportamentelor cu care acestea se află în legătură trebuie în mod imperativ reglementate la nivel internațional.
- Un indiciu cu privire la respectarea principiului subsidiarității îl poate constitui și faptul că, statele membre au apelat anterior și la alte foruri internaționale pentru unificarea drepturilor penale naționale. Această constatare se aplică spre exemplu în cazul **Deciziei-cadru privind combaterea traficului de persoane**²⁶, domeniu în care au preexistat eforturi ale ONU²⁷ și ale Consiliului Europei²⁸ în vederea atingerii aceluiași obiectiv. Cu toate acestea indiferent de circumstanțe nu este permisă omiterea verificării respectării principiului subsidiarității pentru fiecare normă penală luată în mod individual.

²⁶ Decizia-cadru 2002/629/JAI, JO 2002 Nr. L 203, p. 1.

²⁷ Protocolul adițional ONU pentru prevenirea, lupta și sancționarea traficului de persoane în special traficul de femei și copii, completându-se Convenția ONU împotriva criminalității organizate transfrontaliere, Rez. 55/25 Adunarea generală ONU din 15.11.2000, intrată în vigoare din 25.12.2003 <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-e.pdf>.

²⁸ A se vedea Recomandarea Nr. R(91)11 a Comitetului de Miniștri a Statelor Membre cu privire la exploatarea sexuală, pornografie, prostituție sau traficul de minori sau de tineri adulți; Recomandarea Nr. R(2000)11 Comitetului de Miniștri a Statelor Membre împotriva traficului de persoane în scopul exploatării sexuale; Recomandarea Nr. R(2001)16 Comitetului de Miniștri a Statelor Membre cu privire la protejarea copiilor împotriva exploatării sexuale.

Totuși respectarea principiului subsidiarității nu constituie regula, fapt dovedit și de următoarele contraexemple:

- Astfel prin **Decizia-cadru privind combaterea anumitor forme și expresii ale rasismului și xenofobiei prin intermediul dreptului penal**²⁹ se cere statelor membre să incrimineze în principiu instigarea la ură pe motive rasiale (art. 1 alin.1 lit. a, b) precum și negarea Holocaustului sau negarea altor delictelor din dreptul penal internațional (art. 1 alin.1 lit. c, d). Faptul că Uniunii Europene i-au fost atribuite în principiu competențe în acest domeniu poate fi dedus din art. 29 par. 1 corelat cu par. 2 din Tratatul Uniunii Europene (în varianta acestuia înainte de Lisabona). Faptul că sunt respectate și limitele competenței impuse de principiul subsidiarității, trebuie probat mai ales în cazul infracțiunilor care au un puternic specific național³⁰. Ca motiv pentru care în acest domeniu ar fi necesare limite legale minime, dincolo de nevoia unei îmbunătățiri a cooperării judiciare internaționale (punctul 4 din Preambul) este și caracterul reprobabil și grav al unui asemenea comportament (punctul 5 din Preambul). Facilitarea cooperării judiciare în materie penală nu poate constitui un scop în sine. Dacă acest argument ar fi general acceptat, aceasta ar goli de orice conținut principiul subsidiarității, deoarece, în mod evident, orice diminuare a diferențelor existente la nivelul sistemelor naționale de drept duce la o facilitare a colaborării și a cooperării judiciare. Nu este cauzat nici un prejudiciu vădit prin faptul că la nivel de cooperare judiciară reciprocă nu se operează cu norme omogene. În cele din urmă, în spatele unui asemenea act stă dorința de a atrage în mod colectiv atenția cu privire la un comportament fără îndoială reprobabil. Pentru asemenea funcții simbol de avertizare dreptul penal nu trebuie folosit în mod abuziv, cât timp asemenea standarde de incriminare nu au nimic în comun cu un principiu al subsidiarității, dacă este luat în seamă în mod serios.
- Raportat la aspecte legate de principiul subsidiarității, art. 4 din decizia-cadru anterior menționată (**Decizia-cadru privind combaterea anumitor forme și expresii ale rasismului și xenofobiei prin intermediul dreptului penal**) și art. 5 alin. 2 similar cu cel mai sus invocat din **Decizia-cadru privind lupta împotriva terorismului**³¹, ambele acte obligă într-o manieră similară statele membre, să sancționeze fapte penale care, în primul act comunitar menționat - sunt comise cu o intenție teroristă, mai aspru pedepsit decât alte fapte similare - cele din al doilea act comunitar - dacă faptele care au fost comise în baza urii rasiale sau xenofobiei, să poată fi, la rândul lor, mai grav pedepsite decât alte asemenea fapte. Într-adevăr acesta este un standard relativ „slab” iar rezultatul ar fi de dorit să fie unul efectiv. Acest standard ar trebui să poată fie preluat și extins la nivelul practicii judiciare naționale.

Din perspectiva principiului subsidiarității poate fi cu greu argumentat (și nici nu o mai facem), de ce legislațiile naționale nu pot reglementa în mod suficient problema aplicării unei sancțiuni, fapt ce determină apariția unui standard european cu privire la această problemă.

- Mai mult este surprinzător faptul că în aproape toate actele normative (cel puțin aparent) se afirmă expres la nivel formal respectarea principiului subsidiarității pur și simplu printr-o propoziție. Un exemplu în acest sens îl poate constitui punctul (7) din Preambulul **Deciziei-cadru privind combaterea criminalității organizate**³²: „De vreme ce obiectivele prezentei decizii-cadru nu pot fi realizate în mod satisfăcător de către statele membre și pot fi deci, în virtutea dimensiunii acțiunii, realizate mai bine la nivelul Comunității, aceasta poate adopta măsuri în conformitate cu principiul subsidiarității”. Justificarea empirică privind imposibilitatea atingerii obiectivelor de către statele membre precum și particularizarea acestor obiective lipsesc complet.

6. În final vom dezvolta faptul dacă cerințele noastre cu privire la respectarea principiului coerenței se regăsesc în acte comunitare concrete. În plus, trebuie subliniat faptul că, în anumite puncte – cel puțin până acum - a fost lăsată o libertate de decizie statului membru, libertate ce a servit la respectarea principiului coerenței (verticale).

- În primul rând contribuie semnificativ la coerența sistemelor de drept naționale, faptul că până acum actorii europeni au evitat să stabilească sau să pretindă introducerea obligatorie a răspunderii penale a persoanei juridice (spre exemplu art. 7 din **Decizia-cadru privind combaterea corupției în domeniul privat**³³; (a se vedea mai sus principiul vinovăției)
- La fel de mult statelor le este acordată o libertate de decizie mai mare în ceea ce privește asigurarea coerenței sistemelor naționale de drept penal, atunci când anumite decizii-cadru nu impun cerințe în ceea ce privește limitele de pedeapsă, neprevăzând în consecință un minim al pedepsei ce trebuie obligatoriu respectat de state, limitându-se doar la a numi câteva cerințe generale ale pedepsei (efectivă, proporțională și caracter disuasiv; privare de libertate pentru formele agravate - a se vedea doar art. 6 din Decizia-cadru privind lupta împotriva înșelăciunii și falsificării mijloacelor de plată non-cash³⁴).
- De regulă, legiuitorul european a fost precaut, încercând să evite o intervenție serioasă în sistemul sancționator al statelor membre. Așa au fost concepute lucrurile în cazul discuțiilor³⁵ prealabile adoptării **Deciziei-cadru privind combaterea complicității la trecerea ilegală a frontierei, a tranzitului ilegal și a stabilirii în mod**

²⁹ Decizia-cadru 2008/913/JAI, JO 2008 Nr. L 328, p. 55

³⁰ Afirmația nu este contestată nici de legiuitorul european, a se vedea punctul 6 din Preambul.

³¹ Decizia-cadru 2002/475/JAI, JO 2002 Nr. L 164, p. 3.

³² Decizia-cadru 2008/841/JAI, JO 2008 Nr. L 300, p. 42.

³³ Decizia-cadru 2003/568/JAI, JO 2003 Nr. L 192, p. 54.

³⁴ Decizia-cadru 2001/413/JAI, JO 2001 Nr. L 149, p. 1.

³⁵ *Wersäll*, in: Asp/Herlitz/Holmqvist (Hrsg.), *Festschrift till Nils Jareborg*, 2002, p. 659 (p. 666).

illegal a rezidenței³⁶, unde în art. 1 alin. 3 pentru o anumită selecție de comportamente se propunea o pedeapsă de 12 ani. Această pedeapsă nu ar fi fost compatibilă cu sistemul sancționator suedez: delictul corespunzător atrăgea conform dreptului suedez o pedeapsă de până la 4 ani. Cea mai mare pedeapsă privativă de libertate era de 10 ani. În baza consultărilor din timpul procedurii de adoptare, maximul legal minim a fost stabilit prin art. 1 alin. 3 la 8 ani. Mai mult, prin art. 1 alin. 4 a fost introdusă o prevedere, care permitea anumitor state, să stabilească aplicarea unei pedepse legale mai reduse, atunci când o asemenea reglementare este esențială pentru prezervarea coerenței sistemului sancționator național. Acesta este un bun exemplu pentru modul în care interesele statului, raportat la asigurarea unui sistem de drept unitar sunt luate în considerare.

Cu toate acestea practica instituțiilor europene este de departe de a releva o considerație particulară față de coerența verticală și orizontală din perspectivă penală și implicit recunoașterea sa ca principiu director al politicii criminale.

- Unde lipsesc anumite clauze, precum cele mai sus descrise, standardele cu privire la sancțiuni ridică probleme deosebite pentru sistemul sancționator național, adeseori riguros determinat. **Decizia-cadru privind lupta împotriva terorismului**³⁷ prevede în art. 5 alin. 3 raportat la anumite acte teroriste un minim legal de 15 ani. Această prevedere pune presiune pe dreptul penal finlandez, care pentru o asemenea faptă prevedea că cea mai mare pedeapsă posibilă este de 12 ani. În consecință decizia-cadru nu a putut fi implementată decât prin utilizarea unui procedeu artificial și străin sistemului penal finlandez adică maximul legal a fost stabilit pentru situații excepționale la 12+3 ani.
- Așa cum deja am menționat există situații în care actele comunitare ale Uniunii Europene prevăd sancțiuni identice pentru comportamente extrem de diferite la nivelul efectului social. În acest sens, **Decizia-cadru privind combaterea traficului de persoane**³⁸ prevede o pedeapsă legală minimă de opt ani pentru infracțiunea de trafic de persoane în forma consumată, când prin aceasta a fost pusă în pericol, cu intenție sau din culpă, viața victimei. Același minim legal este prevăzut și în art. 6 alin. 2 din **Decizia-cadru privind combaterea falsificării în legătură cu introducerea monedei Euro prin sancțiuni penale sau alte mijloace**³⁹, pentru simpla falsificare sau contrafacere⁴⁰. Aceasta arată faptul că actelor cu relevanță penală ale Uniunii încă le lipsește caracterul omogen (coerența orizontală). Statele membre

pot într-adevăr - în ciuda „generozității“ standardului mai sus menționat - să stabilească în mod individual un minim legal mai mare pentru respectiva faptă, pe care o consideră mai gravă. Prin aceasta ei sunt cel puțin parțial constrânși la o sporire discutabilă a nivelurilor de pedeapsă, problematică din perspectiva respectării principiului coerenței (în plan vertical).

- Pentru a ilustra aplicații defectuoase ale principiului coerenței orizontale se poate face referire la **Decizia-cadru privind lupta împotriva terorismului**⁴¹, care referitor la participația la acțiuni ale unei grupări teroriste nu face diferențe în funcție de faptul dacă respectiva grupare are drept obiect comiterea unor infracțiuni grave sau doar amenințarea cu comiterea unor infracțiuni. Mai mult actul comunitar prevede pentru grupările teroriste, care au drept obiectiv doar amenințarea cu comiterea unor fapte grave prevăzute de legea penală, aceeași sancțiune pentru lideri și membri, în timp ce în cazul grupărilor teroriste ce urmăresc atacuri concrete lipsește o asemenea diferențiere a sancțiunii.

7. Așa cum exemplele o arată, legislația europeană a dus doar parțial la rezultate care nu sunt acceptabile sau cazuri care să dea de gândit. Chiar și atunci când granița inacceptabilului în genere nu este depășită, se pot identifica tendințe îngrijorătoare, ce nu pot fi trecute cu vederea: tendința de a incrimina fără ca acțiunile incriminate să fie justificate printr-un scop clar de protecție a unei valori sociale, tendința de a neglija principiul *ultima ratio*, tendința de a impune obligații cu privire la incriminarea anumitor comportamente care conduc la nivel național la existența unor fapte penale insuficient definite, precum și tendința de a reacționa în fața oricărei probleme sociale cu un instrument represiv penal, atribuindu-i-se exclusiv prin acest mecanism o relevanță sporită.

Aceste tendințe controversate se pot vedea și la nivel național și sunt serios amplificate prin procesul de dezvoltare la nivel european. Dacă aceste riscuri nu ar fi fost evidențiate la momentul potrivit, ne exprimăm îngrijorarea că în cele din urmă ne-am putea vedea confrunțați cu un drept penal inacceptabil, care ar contraveni tradițiilor și principiilor liberale fundamentale.

Prof. Dr. Petter Asp, Stockholm University, S

Prof. Dr. Nikolaos Bitzilekis, Aristotle University of Thessaloniki, GR

Lect. univ. Dr. Sergiu Bogdan, Universitatea Babeș-Bolyai, RO

Ass. Prof. Dr. Thomas Elholm, LL.M, University of Southern Denmark, DK

Prof. Dr. Luigi Foffani, Università di Modena e Reggio Emilia, I

³⁶ Decizia-cadru 2002/946/JAI, JO 2002 Nr. L 328, p. 1.

³⁷ Decizia-cadru 2008/919/JAI, JO 2008 Nr. L 330, p. 21.

³⁸ Decizia-cadru 2002/629/JAI, JO Nr. 2002 L 203, p. 1.

³⁹ Decizia-cadru 2000/383/JAI, JO 2000 Nr. 140, p. 1.

⁴⁰ *Weyembergh*, Approximation of criminal laws, the Constitutional Treaty and The Hague Programme, Common Market Law Review 42 (2005), p. 1567 (1586).

⁴¹ Decizia-cadru 2002/475/JAI, JO 2002 Nr. L 164, p. 3 (modificată prin Decizia-cadru 2008/919/JAI, JO 2008 Nr. L 330, p. 21).

Prof. Dr. Dan Frände, University of Helsinki, FIN

Prof. Dr. Helmut Fuchs, Universität Wien, A

Prof. Dr. Maria Kaiafa-Gbandi, Aristotle University of Thessaloniki, GR

Prof. Dr. Jocelyne Leblois-Happe, Université de Strasbourg, F

Prof. Dr. Adán Nieto Martín, Universidad de Castilla-La Mancha, E

Prof. Dr. Cornelius Prittwitz, M.P.A., Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main, D

Prof. Dr. Helmut Satzger, Ludwig-Maximilians-Universität München, D

Prof. Dr. Elisavet Symeonidou-Kastanidou, Aristotle University of Thessaloniki, GR

Ass. Prof. Dr. Ingeborg Zerbes, Universität Wien, A