

Individualizarea judiciară a pedepselor și principiul proporționalității

Lector univ. drd. Flaviu Ciopec

Facultatea de Drept și Științe Administrative
Universitatea de Vest din Timișoara

Abstract: Essentially, respecting the principle of proportionality implies that the judge shall fulfill the requirements of repressive justice, i.e. shall find the balance between the severity of penalties and the actual seriousness of offences. Finding that balance is a highly complex issue. The present study attempts at identifying the manner in which the said principle operates in Romanian legal practice, based on a few coordinates to be found in the case-law of the ECHR in Strasbourg and the CJEC in Luxembourg.

Key-words: sentencing • proportionality • margin of appreciation • the test of necessity applied to penalties • lawful interference • standard of adequate penalty • judge

Realizarea scopului prevenției sub ambele sale forme (generală și specială) marchează eficacitatea pedepsei. Cu toate acestea, nu orice pedeapsă eficientă pentru îndeplinirea scopului preventiv poate fi considerată și legitimă. Amputarea mâinilor în cazul infracțiunii de furt sau sterilizarea violatorilor¹ deși par a fi eficiente pentru realizarea prevenției nu sunt justificate pe de o parte pentru că nu sunt necesare, iar pe de altă parte pentru că nu sunt adecvate. Nu sunt necesare pentru că în mod evident asemenea pedepse nu respectă principiul minimeii intervenții a dreptului penal, respectiv ca acesta să nu intervină decât atunci când nu există alte mijloace mai puțin represive apte să producă același rezultat. Nu sunt adecvate pentru că pedeapsa trebuie să urmărească nu numai apărarea socială, ci să prevină și reacțiile disproporționate ce ar putea fi aplicate infracțiunilor. Sub acest aspect se vorbește de principiul de proporționalizare a pedepselor.

Principiul are două dimensiuni. Pe de o parte el funcționează ca o garanție pentru societate în sensul de a constitui o protecție a cetățenilor față de comportamentele delictuale. Pedeapsa asigură această garanție în sensul că anulează avantajele pe care infractorii le

¹ A se vedea Legea franceză nr. 2010-242 din 10 martie 2010 cu privire la posibilitatea castrării chimice a violatorilor, disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr.

procură prin încălcarea ei. Se restabilește astfel echilibrul rupt prin infracțiune și stimulează pe bunul cetățean să persevereze în respectarea legii. Pentru a se produce acest efect nu este necesar doar să existe *orice* pedeapsă, ci trebuie ca aceasta să corespundă și să se adecveze așteptărilor grupului social. O pedeapsă prost individualizată la nivel legal va fi contrazisă permanent de expectativele sociale, unul din indicatorii anomaliei fiind tocmai rebeliunea jurisprudenței împotriva codului.

Pe de altă parte, pedeapsa, prin definirea condițiilor în care poate fi aplicată, asigură o protecție a individului împotriva tendințelor abuzive manifestate de mecanismul statal represiv. Ideea de a impune, în calitate de drept fundamental, limitarea reacției represive este un câștig important al dreptului penal ce încearcă să se delimiteze de aplicarea unor pedepse arbitrare și disproporționate.

Ideea de proporționalizare nu reprezintă decât supraviețuirea mascată, în plină dominație a principiului de apărare socială, a principiului retributiv. Ce este în esența sa retribuționismul decât stabilirea unei relații comparabile între delict și pedeapsă după principiul *poena est aestimatio delicti* ? Ceea ce reproșează retribuționiștii utilitariștilor este că instrumentalizează persoana în sensul că o folosesc în scopuri preventive, mergând până la pedepsirea inocentului dacă necesitățile de apărare socială o cer. Omul ar deveni instrumentul de reeducare al celorlalți indivizi, adică un instrument folosit în scopuri de politică penală; el nu ar mai fi pedepsit pentru ceea ce merită, ci pentru a-i intimida pe ceilalți. De aceea pedeapsa nu poate fi nelimitată în interesul apărării sociale, ci trebuie subordonată dreptului, întrucât scopul nu scuză *orice* mijloace.

O pedeapsă justă este deci o pedeapsă proporționată al cărei quantum să fie stabilit în funcție de gravitatea delictului și de vinovăția autorului. Sub acest aspect nu există un contrast ireductibil între apărarea socială și retribuție deoarece pedeapsa văzută ca justă răsplată este cel mai bun mijloc de apărare al societății². A proceda altfel înseamnă a ajunge la rezultate greu conciliabile. Astfel, hoțul recidivist care a sustras bunuri de valoare redusă, va trebui condamnat blând (amendă), dacă se are în vedere fapta comisă și rezultatul produs, dar va trebui sancționat sever, cu privare efectivă de libertate, dacă se are în vedere persistența sa infracțională și va trebui supus unei pedepse suspendate sub supraveghere dacă se constată că recidiva se datorează mediului social nociv în care a trăit. Expresia *motivul atenuază, caracterul agravează* nu pare a fi corectă întrucât presupune o evaluare distinctă a celor două elemente, ceea ce echivalează cu a trata simplist ceea ce este complex.

1. Poziția Curții Europene a Drepturilor Omului în materia proporționalității pedepselor

Există o dimensiune europeană a principiului proporționalității, așa cum acesta a fost modelat de jurisprudența evolutivă a Curții europene a drepturilor omului de la Strasbourg și a Curții europene de justiție de la Luxemburg.

² George Antoniu – Contribuții la studiul esenței, scopului și funcțiilor pedepsei, Revista de drept penal nr. 2/1998, Monitorul Oficial, București, pag. 17.

Curtea de la Strasbourg a statuat, în jurisprudența sa, asupra necesității existenței unui just echilibru între interesul public și cel individual, respectiv a raportului rezonabil ce trebuie să existe între mijloacele de acțiune aflate la dispoziția fiecărui stat parte la Convenție și scopul vizat de aceasta, salvagardarea drepturilor omului. Traducerea acestui obiectiv în termenii analizei ce ne interesează înseamnă identificarea răspunsului la întrebarea: este posibil un control european al Curții în privința modului în care legea penală națională și deciziile date în aplicarea ei (inclusiv hotărârile judecătorești penale) afectează drepturile omului recunoscute de Convenție?

Răspunsul nu este simplu. Principial, Curtea nu s-a declarat competentă să se substituie autorităților naționale în această problemă, recunoscând că acestea din urmă sunt mult mai bine poziționate, decât judecătorul internațional, pentru a se pronunța asupra chestiunii. Există în consecință o marjă națională de apreciere de care se bucură autoritățile din fiecare stat, motivat de faptul că incriminarea sau pedepsirea unor fapte presupun judecări de valoare, imposibil de cuantificat în mod unitar la nivel european. Nu există un consens general în privința ierarhiei valorilor și nici a naturii și gradului de protecție ce trebuie asigurat acestora.

Cu toate acestea, Curtea a demarat o operă de verificare a proporționalității, dar nu într-o manieră directă, ci subiacentă. Astfel, plecând de la prevederile art. 14 din Convenție (interzicerea discriminării), s-a încercat identificarea criteriilor pe baza cărora se poate stabili dacă există sau nu discriminare de tratament într-o situație concretă. În esență, un individ sau un grup este discriminat dacă, fără un motiv justificat, este mai puțin bine tratat decât un altul aflat într-o situație similară. Prin urmare, trebuie urmărite două componente: existența unei diferențe de tratament și absența unei justificări obiective și rezonabile.

Consecventă misiunii sale de a elimina riscul arbitrariului și aprecierii subiective, Curtea a elaborat o grilă de analiză a ceea ce înseamnă o justificare obiectivă și rezonabilă a unei ingerințe statale asupra exercițiului unui drept al omului. În concret, trebuie să fie îndeplinite trei condiții:

- ingerința să fie prevăzută de lege și aplicată conform legii
- ingerința să urmărească realizarea unui scop legitim
- ingerința să fie necesară într-o societate democratică

Condiția prevederii în lege și aplicării conform legii a măsurii. Pentru ca ingerința statului să fie legitimă trebuie să aibă corespondent într-o lege internă, atât sub aspect material, cât și sub aspect procedural. Noțiunea de lege nu se interpretează numai în sensul formal, ci cuprinde orice act juridic ce creează, în mod valabil, drepturi și obligații *erga omnes*. Orice act juridic, chiar dacă este adoptat sub aspectul formal al unei legi, nu este automat lege în sensul vizat mai sus, decât dacă respectă două exigențe: accesibilitatea și previzibilitatea³. Un act juridic este *accesibil* dacă orice persoană poate avea acces la textul destinat a fi aplicabil într-o situație dată. Metoda clasică pentru asigurarea accesibilității este publicarea actului într-un jurnal oficial. Un act juridic este *previzibil* dacă este formulat în termeni suficient de clari și preciși, astfel încât orice persoană să îi poată anticipa efectele și

³ Radu Chiriță – Convenția europeană a drepturilor omului. Comentarii și explicații, vol. II, Editura C.H. Beck, București, 2007, pag. 8-14.

să-și poată ordona comportamentul după prescripția conținută în act. Previzibilitatea presupune și ca actul să instituie garanții împotriva aplicării arbitrare (de ex. posibilitatea de a contesta modul de aplicare al actului). În rezumat, un act juridic poate conține o ingerință legitimă în exercițiul unui drept fundamental, dacă textul prevede expres condițiile, situațiile și consecințele în care aceasta este aplicabilă.

Condiția scopului legitim. Situațiile ce fundamentează o ingerință legitimă, când interesul public permite relativizarea caracterului inviolabil al drepturilor fundamentale, sunt enumerate în diverse texte (art. 8-11 din Convenție) și anume: securitatea națională, siguranța publică, apărarea ordinii și prevenirii faptelor penale, protejarea sănătății sau a moralei, protejarea drepturilor și libertăților terților, bunăstarea economică a țării. Domeniul penal apare în această enumerare ca unul din scopurile pentru care sacrificarea drepturilor omului poate fi legitimă.

Condiția necesității ingerinței. Este condiția cea mai importantă și cea mai responsabilă de conturarea teoriei ingerinței legitime. Necesitatea într-o societate democratică se situează între nivelul *indispensabil*, ce nu este impus, întrucât există o anumită marjă de apreciere în luarea măsurii ce constituie ingerința și nivelul *acceptabil*⁴, ce nu este suficient, întrucât ingerința trebuie să aibă la bază o nevoie socială imperioasă, să fie proporțională cu scopul urmărit și să fie compatibilă cu spiritul unei democrații⁵. Necesitatea într-o societate democratică este, deci, o noțiune complexă, ce se poate descompune pentru o mai bună înțelegere în trei componente. Le vom analiza pe fiecare separat.

Ce înseamnă nevoie socială imperioasă ? Nevoia socială comandă o ingerință numai dacă protecția ei nu se poate realiza altfel decât prin sacrificarea dreptului fundamental, fie pentru că intră în conflict cu un interes public, fie cu un interes privat. Condiția nu se confundă cu exigența existenței unui scop legitim întrucât cel din urmă este un imperativ abstract, în timp ce nevoia socială trebuie să fie concretă și dovedită. Astfel, deși este legitim să fie pedepsit furtul în general, este perfect posibil ca în concret o faptă de furt să nu fie sancționată pentru că nu există necesitatea aplicării unei pedepsei (art. 18 și 18¹ cod penal). Pentru proba necesității trebuie să existe motive pertinente și fiabile care să justifice ingerința.

Ce înseamnă proporționalitatea dintre măsură și scopul urmărit ? Proporționalitatea implică existența unui just echilibru între interesele aflate în conflict: cel public și cel privat. Linia de echilibru presupune preocuparea ca nici unul dintre interese să nu beneficieze de o protecție totală, prin negarea absolută a protecției celuilalt. În orice moment trebuie să existe un anumit procent activ de protecție pentru fiecare interes în parte, chiar dacă procentele nu sunt egale. În acest sens, este și avertismentul art. 53 alin. 2 din Constituția noastră, conform căruia măsura restrictivă nu poate aduce atingere însăși existenței dreptului sau libertății. Cu titlu de exemplu⁶, o lipsă de proporționalitate se poate constata în situația în care:

- s-a omis a se lua o măsură alternativă mai puțin restrictivă, deși aceasta era disponibilă fără a afecta suplimentar interesul protejat
- mai multe ingerințe se cumulează, deși sunt luate în baza aceleiași stări de fapt
- ingerința creează consecințe ireversibile

⁴ Clasa de attribute ar putea la fel de bine include: admisibil, normal, util, rezonabil, oportun etc.

⁵ Radu Chiriță – *op. cit.*, pag. 84-85.

⁶ Radu Chiriță – *op. cit.*, pag. 88.

- ingerința se aplică automat, fără a se mai analiza motivele aplicării măsurii
- ingerința are caracter absolut, prevalând complet asupra celorlalte componente implicate în speță.

Ce înseamnă spiritul democratic ? Democrația implică spirit de deschidere, toleranță, pluralism, respectarea statului de drept și interzicerea discriminării. Măsurile ce constituie ingerințe în exercițiul drepturilor fundamentale trebuie să se aplice în absența arbitrariului, cu respectarea egalității de tratament și în ideea conservării statului de drept. Principiul legalității și egalității sunt două repere esențiale în acest punct.

În concluzie, pe baza grilei de mai sus, Curtea devine competentă să cenzureze puterea discreționară a autorităților naționale în privința domeniului penal. Curtea a avut mai multe ocazii să se pronunțe asupra proporționalității unor pedepse aplicate conform dreptului național în raport cu Convenția. Pedepsa cu moartea, în special datorită preludiului ce o însoțește conform reglementărilor din câteva sisteme juridice, așa numitul „coridor al morții”, a fost apreciată ca fiind o pedeapsă inumană ce nu trece testul proporționalității⁷. La fel, pedeapsa detenției aplicate pe o durată nedeterminată unui tânăr, pedeapsă prevăzută de dreptul englez și care pare a fi tot atât de lungă cât însăși viața condamnatului, nu poate fi justificată pe considerente decurgând din necesitatea protejării publicului⁸. Într-o cauză în care o persoană de 17 ani a fost condamnată la detențiune pe viață pentru o infracțiune relativ minoră, Curtea a afirmat⁹ că are serioase rezerve cu privire la compatibilitatea acestei sancțiuni cu art. 3 din Convenție. În același plan, Tribunalul Constituțional german a decis că executarea pedepsei detențiunii pe viață distruge personalitatea și demnitatea condamnatului, astfel încât ea nu poate fi decât în mod excepțional executată integral¹⁰.

În rezumat, deși se pare că jurisprudența evolutivă a Curții ar permite un control european asupra pedepselor, în realitate se poate observa că testul de proporționalitate nu a vizat în nicio situație sensul impus de justiția retributivă, adică raportul între gravitatea faptei și severitatea pedepsei, ci doar în privința respectului ce trebuie acordat persoanei. Altfel a spune, acest control este mai mult unul prin prisma principiului umanismului și mai puțin din perspectiva unei relații de echivalență între infracțiune și pedeapsă.

2. Poziția Curții Europene de Justiție în materia proporționalității pedepselor

Dacă instanța de la Strasbourg s-a arătat prudentă în a înțelege principiul de proporționalitate în sens cantitativ, nu același lucru se poate spune despre Curtea de la Luxemburg. Aceasta, având ca misiune protecția construcției europene, în sensul de a asigura loialitatea juridică a statelor față de Uniune, a dezvoltat un control supranațional în domeniul acțiunilor ce ar putea vătăma în special piața comună.

Conform art. 5 din Tratatul Uniunii Europene (consolidat cu Tratatul de la Lisabona) (ex art. 5 TCE): exercitarea competențelor Uniunii este reglementată de principii

⁷ Cauza *Soering c. Marea Britanie*, hotărârea din 7 iulie 1989 §100, disponibilă pe www.echr.coe.int.

⁸ Cauza *Singh c. Marea Britanie*, hotărârea din 21 februarie 1996 § 61; Cauza *Hussain c. Marea Britanie*, hotărârea din 21 februarie 1996 § 53, disponibile pe www.echr.coe.int.

⁹ Cauza *Weeks c. Marea Britanie*, hotărârea din 2 martie 1987 §47, disponibilă pe www.echr.coe.int.

¹⁰ Florin Stretanu– Tratat de drept penal. Partea generală, vol. I, Editura C.H.Beck, București, 2008, pag. 97.

subsidiarității și proporționalității. În temeiul principiului atribuirii, Uniunea acționează numai în limitele competențelor care i-au fost atribuite de statele membre prin tratate pentru realizarea obiectivelor stabilite prin aceste tratate. Orice competență care nu este atribuită Uniunii prin tratate aparține statelor membre. În temeiul principiului subsidiarității, în domeniile care nu sunt de competența sa exclusivă, Uniunea intervine numai dacă și în măsura în care obiectivele acțiunii preconizate nu pot fi realizate în mod satisfăcător de statele membre nici la nivel central, nici la nivel regional și local, dar datorită dimensiunilor și efectelor acțiunii preconizate, pot fi realizate mai bine la nivelul Uniunii. În temeiul principiului proporționalității, acțiunea Uniunii, în conținut și formă, nu depășește ceea ce este *necesar* pentru realizarea obiectivelor tratatelor.

Deși textul se referă explicit numai la acțiunea Uniunii, Curtea de Justiție Europeană a validat opozabilitatea principiului proporționalității și în raport cu statele membre¹¹. În consecință, dacă obiectivul aplicării pedepselor de către statele membre ale Uniunii este relevant pentru interesul comun european, atunci Curtea se consideră competentă să supravegheze maniera în care statele se achită de obligațiile ce le revin conform dreptului comunitar. În această perspectivă, instanța de la Luxemburg a dezvoltat, similar celei de la Strasbourg, un model propriu de analiză, denumit standardul pedepselor adecvate (*appropriate penalties*).

Dacă Uniunea, prin actorii săi, definește scopurile ce trebuie atinse, autorităților naționale le revine opțiunea de a alege modalitățile și mijloacele pentru a le transpune în practică. Puterea discreționară națională nu este însă nelimitată. Conform art. 4 alin. 3 din TUE (ex art. 10 din TCE), în temeiul principiului cooperării loiale, Uniunea și statele membre se respectă și se ajută reciproc în îndeplinirea misiunilor care decurg din tratate. Statele membre adoptă orice măsură generală sau specială pentru asigurarea îndeplinirii obligațiilor care decurg din tratate sau care rezultă din actele instituțiilor Uniunii și se abțin de la orice măsură care ar putea pune în pericol realizarea obiectivelor Uniunii.

Dacă stabilirea și alegerea pedepselor rămâne în marja de apreciere a statelor membre, acestea, acționând în temeiul principiului loialității, vor fi ținute să asigure o protecție penală în contra încălcărilor dreptului comunitar, într-o manieră cel puțin similară, atât sub aspect substanțial, cât și procedural, cu cea existentă la nivel național, pentru situații de aceeași natură și importanță, astfel încât sancțiunile aplicate să fie efective, proporționate și disuasive¹².

Pedepsele sunt *efective* dacă sunt stabilite în așa fel încât nu există instrumente care să facă imposibilă sau excesiv de dificilă aplicarea în concret a acestora. Acest caracter decurge din principiul efectivității, conform căruia, o dispoziție națională de drept procedural este inacceptabilă dacă face imposibilă sau dificilă aplicarea dreptului comunitar¹³. Pedepsele sunt *disuasive* atunci când sunt în măsură să descurajeze un individ să violeze normele comunitare. Ceea ce prezintă relevanță aici nu sunt numai natura și limitele pedepsei, cât mai ales probabilitatea ca aceasta să fie aplicată. În fine, o pedeapsă este *proporționată* atunci când

¹¹ Raluca Bercea – Drept comunitar. Principii, Editura C.H. Beck, București, 2007, pag. 345.

¹² A se vede jurisprudența din cauzele C-66/88 *Comisia c. Greciei* (1989) §23-24, C-341/94 *Allain* (1996) §24 și C-167/01 *Inspire Art* (2003) §62 disponibile pe www.eur-lex.europa.eu.

¹³ Raluca Bercea – *op. cit.*, pag. 228.

este adecvată pentru atingerea unor scopuri legitime și are caracter necesar, fiind mijlocul cel mai puțin oneros dintre alternativele posibile.

Chestiunea dacă o dispoziție din dreptul penal național conține o pedeapsă efectivă, disuasivă și proporțională, în sensul definit mai sus, trebuie analizată prin prisma poziției pe care respectiva dispoziție o are în legislația națională ca întreg, inclusiv în practica organelor de aplicare a legii. Instanța de la Luxemburg procedează la o analiză a modului în care sancțiunea din dreptul intern se raportează la comportamentul incriminat, efectuând un control de proporționalitate al cuantumului acestor sancțiuni, în măsura să le facă compatibile cu dreptul comunitar. În consecință, statele membre nu mai sunt libere să acționeze în domeniul penal, ci trebuie țină seama de poziția Curții. Potrivit art. 267 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (ex art. 234 TCE) Curtea nu poate să statueze direct asupra compatibilității dreptului național cu dreptul comunitar și nici să furnizeze o interpretare a dreptului național, căci s-ar substitui judecătorului național. Însă, ea poate și trebuie să furnizeze instanțelor naționale o interpretare a dreptului comunitar de asemenea manieră încât acestea să fie în măsură să statueze asupra compatibilității dreptului național cu cel comunitar pentru justa soluționare a cauzei pendinte. Judecătorului român în calitate de judecător comunitar îi revine sarcina de a realiza opera de proporționalitate.

3. Principiul proporționalității pedepselor în dreptul intern

În dreptul intern, testul de proporționalitate¹⁴ se poate face în baza art. 53 din Constituție, conform căruia: „Exercițiul unor drepturi sau al unor libertăți poate fi restrâns numai prin lege și numai dacă se impune, după caz, pentru: apărarea securității naționale, a ordinii, a sănătății ori a moralei publice, a drepturilor și a libertăților cetățenilor; desfășurarea instrucției penale; prevenirea consecințelor unei calamități naturale, ale unui dezastru ori ale unui sinistru deosebit de grav. Restrângerea poate fi dispusă numai dacă este necesară într-o societate democratică. Măsura trebuie să fie proporțională cu situația care a determinat-o, să fie aplicată în mod nediscriminatoriu și fără a aduce atingere existenței dreptului sau a libertății”.

Legea noastră fundamentală conține toate elementele analizate mai sus, pentru efectivitatea controlului, respectiv restrângerea exercițiului numai prin lege, dacă se urmărește un scop legitim și dacă este necesară într-o societate democratică. În raport de dispozițiile Convenției europene, există o serie de dispoziții diferite în legea constituțională, legitime cât timp acestea au caracter mai favorabil, în temeiul art. 20 alin. 2 din Constituție. Astfel, printre scopurile legitime nu apare în mod explicit și necesitatea de a reacționa împotriva infracțiunilor (domeniul penal). Aceasta înseamnă că nu ar fi posibil un control al limitării drepturilor fundamentale în cadrul testului de proporționalitate între mijloacele utilizate (sancționarea prin pedepse) și scopul urmărit (prevenirea infracțiunilor)? Credem că răspunsul este unul pozitiv, întrucât în absența unui text intern expres este aplicabil textul convențional, în baza art. 20 alin. 2 din Constituție. A doua distincție vizează condiția ca restrângerea să nu aducă atingere însuși dreptului sau a libertății, condiție ce nu se regăsește în Convenție și care

¹⁴ Marius Andreescu – *Principiul proporționalității în dreptul constituțional*, Editura C.H. Beck, București, 2007, pag. 298-311.

marchează limitele principiului de proporționalitate. Chiar dacă nu trebuie să existe un echilibru perfect între măsură și scopul urmărit, fiind admisibilă principial și o predominanță a unui element asupra celuilalt (proporția nu înseamnă egalitate), este repudiată ideea ca unul să-l surclaseze pe celălalt. Sub acest aspect, indiferent de scopul urmărit (terorismul de exemplu) pedepsele nu se vor putea aplica *antedelictum*, pe baza unei judecăți sumare, în mod automat, fără cercetarea condițiilor răspunderii penale, pe durată nedeterminată sau fără posibilitatea exercitării unui control asupra modului lor de aplicare.

În privința pedepselor, art. 53 se traduce prin ceea ce înseamnă principiul minimei intervenții, adică restrângerea pe cât posibil a recurgerii la mijloacele penale de protecție a valorilor sociale, atunci când imperativul apărării acestora valori poate fi realizat prin mijloace aparținând altor ramuri de drept (civil, contravențional, disciplinar)¹⁵. Acest principiu important al dreptului penal decurge, aa cum a stabilit doctrina, din principiul proporționalității¹⁶. Dacă asigurarea protecției valorii sociale se poate realiza prin mijloace mai puțin restrictive în privința drepturilor și libertăților fundamentale, recurgerea la sancțiuni penale, mult mai restrictive, nu poate apare decât ca disproporționată. În conformitate cu art. 53, stabilirea unei pedepse, pentru protecția penală a unei valori sociale, nu este necesară într-o societate democratică și nu este proporțională cu situația care reclamă protecție, atât timp cât există mijloace oferite de alte ramuri ale dreptului ce pot oferi o protecție eficientă. În consecință, politica penală a statului nu poate fi de competența exclusivă a Parlamentului, întru-un stat de drept fiind necesar a se identifica criteriile care să limiteze sfera de intervenție a dreptului penal. Ar fi deci posibil și un control al respectării respectivelor criterii de către stat la momentul penalizării anumitor comportamente.

Această situație nu ar trebui să îngrijoreze, întrucât deși poate crea o anumită insecuritate juridică, aceasta nu este de natură să dăuneze cetățeanului, ci eventual autorităților. Cum principiul legalității, care implică exigența de securitate juridică, este conceput ca o garanție pentru cetățean și nicidecum pentru autorități, nu există reale motive de panică¹⁷.

În majoritatea cazurilor, curțile constituționale europene s-au arătat reticente în a cenzura pe baza principiului constituțional al proporționalității (sau a principiului minimei intervenții), recursul discreționar al legislatorului la mecanismele penale de protecție sau eventualele derapaje cantitative în privința pedepselor. Nici Curtea noastră constituțională nu face excepție. În repetate rânduri aceasta a refuzat să analizeze prin prisma art. 53 modul în care s-a realizat individualizarea legală a pedepsei în cazul mai multor infracțiuni (corupție, evaziune fiscală, etc.) motivând că această compatibilitate nu este de competența sa. Principial, cât timp stabilirea și aplicarea unei pedepse reprezintă în mod evident o limitare a dreptului la libertate (închisoarea) sau proprietate (amenda) testul ar trebui să fie posibil. Curtea refuză această logică arătând că o recunoaștere a unei competențe în domeniu ar echivala cu un drept de apreciere identic cu al legislatorului pozitiv (parlamentul), ceea ce nu ar fi în intenția legii fundamentale.

¹⁵ Florin Streteanu – *op. cit.*, pag. 77.

¹⁶ Florin Streteanu – *op. cit.*, pag. 78.

¹⁷ Geneviève Tillement – *Le control de la nécessité des incriminations par le juge pénal*, Droit pénal nr. 12/2003 *apud* Florin Streteanu – *op. cit.*, pag. 87.

Un argument ar putea fi adus în sprijinul poziției Curții în sensul că invocarea unei excepții de neconstituționalitate într-un proces penal, având ca obiect alegația că pedeapsa prevăzută de lege pentru infracțiunea pendinte judecătii ar fi disproporționată în raport cu art. 53, nu este admisibilă, întrucât nu se poate spune că are legătură cu cauza (art. 29 din Legea nr. 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale¹⁸). Aceasta pentru că pedeapsa nu este certă în aplicarea ei, cât timp, până la momentul rămânerii definitive a hotărârii de condamnare, răspunderea penală și consecința ei pedeapsa, nu afectează prezumția de nevinovăție. Atât timp cât nu este sigur dacă inculpatul va suporta sau nu pedeapsa pretins disproporționată, pertinenta unei asemenea dezbateri este discutabilă. Controlul *riscului* de a fi supus unei limitări nejustificate a unui drept sau al unei libertăți nu credem că intră în competența Curții. Altfel, ar însemna că nu se urmărește protecția unor drepturi concrete și efective, ci a unora teoretice și iluzorii. Un indicator despre această stare de lucruri este faptul că, după cum se cunoaște, controlul *a posteriori* de neconstituționalitate nu poate fi angajat decât dacă există un litigiu în fața unei instanțe judecătorești sau arbitrale, adică un conflict de drepturi concret.

Totuși, dacă Parlamentul ar adopta o lege penală cuprinzând pedepse vădit disproporționate, testul de proporționalitate ar fi posibil pe calea controlului *a priori* a legii anterior promulgării, când Parlamentul va putea fi obligat să reexamineze legea pentru a o pune de acord cu decizia Curții Constituționale (art. 18 alin. 3 din Legea nr. 47/1992). În această ipoteză, sesizarea Curții nefiind legată de existența unui interes imediat, direct și concret o analiză devine juridic posibilă.

Ce poate face judecătorul penal ? Există posibilitatea juridică ca acesta să refuze aplicarea unei pedepse pe motiv că penalizarea în cauză nu este necesară ? Credem că sunt posibile ambele răspunsuri.

Dacă interpretăm refuzul în sensul că, deși suntem în prezența unei valori sociale asociate cu protecție penală, atingerea în concret a acesteia este minimă, judecătorul poate decide că nu se justifică aplicarea unei pedepse. Aceasta este ipoteza de art. 18¹ cod penal, când pe baza unor criterii fixate în lege, judecătorul va putea aplica o sancțiune cu caracter administrativ. În asemenea situații, judecătorul are competența de a constata că fapta concretă nu prezintă gradul de pericol social al unei infracțiuni sau de a înlocui răspunderea penală.

Dacă interpretăm în sensul că, judecătorul penal ar fi îndreptățit să exercite *proprio motu* un control de proporționalitate al pedepsei și constatând că restrângerea impusă de legea penală nu este conformă cu exigențele principiului minime intervenții, să refuze aplicarea legii, răspunsul pare mai degrabă negativ. Principiul constituțional al separației puterilor în stat se opune încercării judecătorului cauzei de a se substitui legislatorului în aprecierea oportunității unei anumite incriminări sau dimensiunii unei penalități. Cu toate acestea, Curtea de Casație franceză a găsit o modalitate eficientă de a înlătura texte de incriminare ce nu își justifică existența, pe calea analizei de convenționalitate. Uzând de criteriul necesității într-o societate democratică, Curtea a refuzat să aplice un text ce interzicea difuzarea informațiilor referitoare la constituirile de parte civilă înainte de soluționarea cauzei¹⁹ și o normă ce

¹⁸ Republicată în Monitorul Oficial nr. 643 din 16 iulie 2004.

¹⁹ Curtea de Casație franceză, secția penală, decizia din 16 ianuarie 2001 disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr.

interzicea publicarea de sondaje în săptămâna premergătoare alegerilor²⁰. Deși practica instanței supreme franceze nu a depășit domeniul infracțiunilor de presă este de presupus că ea se va extinde și în cazul altor incriminări care instituie limitări ale unui drept garantat de Convenție. Cum judecătorul penal român este și judecătorul Convenției, examenul de convenționalitate nefiind rezervat exclusiv Curții Constituționale, înlăturarea unui text de incriminare/penalizare poate fi realizată fără riscul că ar tulbura sistemul puterilor din stat. Un asemenea curaj s-ar impune tocmai pentru a nu exista ulterior o condamnare a României în fața instanței de la Strasbourg tocmai pentru ignorarea proporționalității²¹.

²⁰ Curtea de Casație franceză, secția penală, decizia din 4 septembrie 2001 disponibilă pe www.legifrance.gouv.fr.

²¹ *Cumpănă și Mazăre c. România*, decizia din 17 decembrie 2004, publicată în Monitorul Oficial nr. 501 din 14 iunie 2004, §113-118.