

Art. 438 alin. (1) CPP prevede **cinci cazuri în care se poate face recurs în casație**, pe care le vom prezenta în cele ce urmează.

5.2. În cursul judecării nu au fost respectate dispozițiile privind competența după materie sau după calitatea persoanei, atunci când judecata a fost efectuată de o instanță inferioară celei legal competente [art. 438 alin. (1) pct. 1 CPP]

129. Acest motiv de casare este singurul caz de încălcare a unei norme de procedură, fiind în legătură cu dispozițiile care reglementează nulitățile și competența organelor judiciare, și **vizează doar faza de judecată**, nu și faza urmăririi penale și a camerei preliminară^[1], Decizia Curții Constituționale nr. 302/2017 nemodificând sfera de aplicare a cazului de recurs în casație prevăzut la pct. 1 al art. 438 alin. (1) CPP^[2].

Astfel, conform dispozițiilor art. 281 alin. (1) lit. b) CPP, determină întotdeauna aplicarea nulității încălcarea dispozițiilor privind **competența materială și competența personală a instanțelor judecătorești**, atunci când judecata a fost efectuată de **o instanță inferioară celei legal competente**, care poate fi invocată în orice stare a procesului. Legiuitorul a înțeles să sancționeze cu nulitatea absolută doar ipoteza în care judecata a avut loc în fața unei instanțe inferioare celei legal competente, nu și a uneia superioare.

Nu intră sub incidența acestui motiv de casare nerespectarea dispozițiilor privind **competența teritorială**.

130. Într-o speță^[3] s-a reținut, în esență, că inculpatul – militar, general corp de armată (în rezervă) – a determinat cu intenție funcționari din cadrul Ministerului Apărării Naționale să încheie fără vinovăție un contract de vânzare-cumpărare a unui aparta-

[1] M. UDROIU, *op. cit.*, p. 687.

[2] I.C.C.J., s. pen., dec. nr. 28/RC/2018, www.scj.ro. În același sens, referitor la recursul în casație promovat de partea civilă I.C.C.J., s. pen., dec. nr. 240/RC/2016, www.scj.ro.

[3] I.C.C.J., s. pen., dec. nr. 384/RC/2016, www.scj.ro.

ment, deși nu deținea un contract de închiriere valabil încheiat pentru acest imobil, iar anterior dobândise în proprietate un alt imobil construit din fondul locativ de stat în temeiul Decretului-lege nr. 61/1990, ascunzând acest aspect ministrului apărării naționale și Comisiei de audit din cadrul Ministerului Apărării Naționale, prin aceasta cauzându-se un prejudiciu Ministerului Apărării Naționale. În dezvoltarea motivelor de recurs, inculpatul a susținut, printre altele, că soluționarea cauzei s-a făcut de către o instanță inferioară celei legal competente, arătând că, potrivit dispozițiilor art. 39 alin. (1) lit. d) CPP, competența de judecată în primă instanță, în raport cu calitatea sa de general în rezervă, revenea Curții Militare de Apel București, și nu Tribunalului București, Secția I penală, instanța care a fost sesizată la data de 26 februarie 2014.

Înalta Curte a reținut că, „potrivit art. 39 alin. (1) lit. d) CPP, competența de judecată în cazul infracțiunilor săvârșite de generali, mareșali sau amirali aparține curții militare de apel. Legea procesuală penală folosește termenul de militar, fără a face distincție între militarii activi sau în rezervă, competența instanțelor militare fiind atrasă de calitatea de militar. În ceea ce privește sintagma «infracțiunile comise de militari», se reține că în art. 174 CP se prevede că prin săvârșirea a unei infracțiuni sau comiterea unei infracțiuni se înțelege săvârșirea oricăreia dintre faptele pe care legea le pedepsește ca infracțiune consumată sau ca tentativă, precum și participarea la comiterea acestora în calitate de coautor, instigator sau complice. Raportând norma de drept procesual penal la dispozițiile art. 174 CP, reiese că militarul a săvârșit o infracțiune când, în sens material, acțiunile sau inacțiunile sale sunt incriminate de o normă de drept penal material, în formă consumată sau tentată, și când, în sens personal, militarul a avut o contribuție care se poate încadra în definițiile legale ale noțiunilor de «autor», «coautor», «instigator» sau «complice», atât timp cât fapta este pedepsită de legea penală. Astfel, competența de judecată aparține instanțelor militare ori de câte ori o persoană aparținând categoriei «cadrelor militare» a comis acțiuni sau inacțiuni ce sunt incriminate de legea penală, în orice formă de participare și indiferent de contribuția concretă pe care acesta a avut-o la comiterea faptei

sau de calitatea celorlalte persoane care au participat la săvârșirea infracțiunii.

Înalta Curte apreciază că, deși legea nu face deosebire între un militar aflat în activitate, în rezervă ori în retragere, acest text de lege trebuie interpretat în sensul că numai calitatea de general în activitate atrage competența Curții Militare de Apel. Dispozițiile art. 13 alin. (6) din O.U.G. nr. 43/2002 prevăd în mod explicit că urmărirea penală în cauzele privind infracțiunile prevăzute la alin. (1)-(3), săvârșite de militarii în activitate, se efectuează de procurori militari din cadrul Direcției Naționale Anticorupție, indiferent de gradul militar pe care îl au persoanele cercetate. De asemenea, potrivit art. 32 din Legea nr. 303/2004 privind statutul judecătorilor și procurorilor, poate fi numită judecător sau procuror militar persoana care îndeplinește condițiile prevăzute de lege pentru intrarea în magistratură, cu avizul conform al Ministerului Apărării Naționale privind îndeplinirea condițiilor legale pentru dobândirea calității de ofițer activ în cadrul acestui minister.

Plecând de la dispozițiile legale anterior evocate, se constată că, în cazul militarilor, legiuitorul a înțeles ca această competență după calitatea persoanei să fie atrasă de funcțiile militare exercitate efectiv. Faptul că militarii aflați în rezervă beneficiază de o parte din drepturile conferite cadrelor militare (nu de plenitudinea acestora) nu constituie un argument suficient pentru a contrazice concluzia anterioară în materia competenței personale.

Față de cele anterior evocate, Înalta Curte constată că noțiunea de militar prevăzută de dispozițiile procedural penale are în vedere cadrul militar activ, fiind excluși din această categorie cadrele militare în rezervă, persoane care nu mai beneficiază de aceleași drepturi și obligații cu militarii aflați în activitate”, motiv pentru care a respins, ca nefondat, recursul în cauză.

5.3. Inculpatul a fost condamnat pentru o faptă care nu este prevăzută de legea penală [art. 438 alin. (1) pct. 7 CPP]

131. Acest motiv de casare are în vedere principiul legalității incriminării, prevăzut expres în art. 1 CP, care dispune că legea penală prevede faptele care constituie infracțiuni. În esență,

cazul de casare prevăzut de art. 438 alin. (1) pct. 7 CPP este o expresie a principiului legalității incriminării, prevăzut atât la nivel constituțional [art. 23 alin. (12) din Constituție], cât și la nivel convențional (art. 7 parag. 1 din Convenția europeană a drepturilor omului).

În acest sens, Înalta Curte de Casație și Justiție a subliniat^[1] că sintagma „nu este prevăzută de legea penală” privește situațiile în care condamnarea se bazează pe ipoteze de incriminare care nu sunt prevăzute de lege, respectiv nu au făcut niciodată obiectul incriminării sau a operat dezincriminarea. Dezincriminarea unei fapte operează, de obicei, prin abrogarea expresă a dispozițiilor de incriminare, însă trebuie apreciată *in concreto*^[2], fiind posibil ca în legea nouă fapta să constituie infracțiune, dar sub o altă denumire, sau să fie absorbită de o altă infracțiune. Suntem în prezența unei dezincriminări nu doar în situația în care legea nouă suprimă o incriminare, aceasta nemaiavând corespicient în respectiva lege, ci și în situația în care, prin prevederile legii noi, se restrânge sfera de incidență a unui anumit text, astfel încât fapta concretă comisă de inculpat nu mai întrunește condițiile impuse de acesta^[3].

Scopul recursului în casație este și acela de a înlătura elemente de nelegalitate ale hotărârii definitive atunci când nu este întrunită trăsătura esențială a tipicității faptei^[4]. Noțiunea de tipicitate se referă atât la elementele obiective, cât și la elemente subiective din structura normei de incriminare. Ambele sunt elemente prin prisma cărora se analizează concordanța între modelul descris de legiuitor în norma de incriminare și fapta concret săvârșită. Pentru a interveni răspunderea penală, trebuie să

[1] I.C.C.J., s. pen., dec. nr. 83/RC/2015, www.scj.ro.

[2] O. GHENICI, *Cazurile de recurs în casație*, în *Dreptul* nr. 4/2017, p. 117-146.

[3] I.C.C.J., compl. DCD, Decizia nr. 4/2015 (M. Of. nr. 244 din 9 aprilie 2015), prin care s-a stabilit că infracțiunea de vătămare corporală din culpă prevăzută de art. 184 alin. (2) teza I și alin. (4) CP 1969, în ipoteza în care fapta a produs o vătămare ce a necesitat între 11 și 90 de zile îngrijiri medicale și nu îndeplinește una dintre condițiile impuse de alin. (1) al art. 196 CP, este dezincriminată începând cu data de 1 februarie 2014.

[4] C.C.R., Decizia nr. 631/2014, §41 (M. Of. nr. 77 din 29 ianuarie 2015).

existe o concordanță între trăsăturile faptei concrete și trăsăturile modelului abstract prevăzut de norma de incriminare, adică, cu alte cuvinte, când au fost realizate toate elementele constitutive ale infracțiunii. Astfel, absența oricărui element constitutiv al infracțiunii lipsește acțiunea penală de temeiul său de drept, putându-se afirma că lipsa de corespondență între trăsăturile faptei concrete și trăsăturile modelului abstract prevăzut de norma de incriminare determină neprevăderea faptei de către legea penală.

Infracțiunea avea o definiție substanțială în Codul penal din 1969 (fapta prevăzută de legea penală, săvârșită cu vinovăție). Așadar, fapta concretă era compusă dintr-o realitate complexă, atât obiectivă, cât și subiectivă. Modelului legal (fapta prevăzută de legea penală) i se suprapunea condiția subiectivă a vinovăției. În Codul penal în vigoare, infracțiunea nu mai este definită în mod formal, ci prin trăsăturile sale esențiale: prevederea în legea penală, caracterul nejustificat și caracterul imputabil al faptei. Aceste trei trăsături esențiale stabilesc modelul abstract al faptei. Așadar, sancționarea unei fapte concrete nu este posibilă decât dacă legiuitorul o incriminează, o descrie într-o normă de incriminare. Din descrierea faptei^[1], unită cu sancțiunea, se va deduce preceptul legii, adică dispoziția legiuitorului de a interzice sau, dimpotrivă, de a ordona un anumit comportament. Norma de incriminare este denumită și ipoteza tipică în raport cu care faptele concrete săvârșite ulterior incriminării vor trebui să se compare. Tipicitatea este tocmai această corespondență, concordanță între trăsăturile faptei concrete și modelul abstract (tip) prevăzut de norma de incriminare.

Această structură a trăsăturilor esențiale este consacrată și de jurisprudența Înaltei Curți în interpretarea art. 438 alin. (1) pct. 7 CPP. Astfel, s-a reținut^[2] că, „instanța de recurs în casație constată că inculpatul B.C. a fost condamnat, în fond, pentru săvârșirea infracțiunilor de ultraj contra bunelor moravuri și tulburarea ordinii și liniștii publice, prevăzută în art. 321 alin. (1) CP 1969, și de violare de domiciliu, prevăzută în art. 192 alin. (2)

[1] G. ANTONIU, în G. ANTONIU (COORD.), *Explicațiile noului Cod penal*, vol. I, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 147.

[2] I.C.C.J., s. pen., dec. nr. 250/RC/2014, www.scj.ro.

CP 969, infracțiuni care în noul Cod penal au fost transpuse cu un conținut normativ sau cu o denumire marginală diferită în art. 371, respectiv în art. 224. Art. 321 alin. (1) CP 1969 anterior incrimina «fapta persoanei care, în public, săvârșește acte sau gesturi, proferează cuvinte ori expresii, sau se dedă la orice alte manifestări prin care se aduce atingere bunelor moravuri sau se produce scandal public ori se tulbură, în alt mod, liniștea și ordinea publică». În actuala reglementare, art. 371 alin. (1) CP incriminează «fapta persoanei care, în public, prin violențe comise împotriva persoanelor sau bunurilor ori prin amenințări sau atingeri grave aduse demnității persoanelor, tulbură ordinea și liniștea publică».

Din analiza comparativă a textelor vechii și noii reglementări a infracțiunii de tulburare a ordinii și liniștii publice, se constată similarități sub aspectul conduitei interzise de norma de incriminare, al condiției ca fapta să fie săvârșită în public și al rezultatului socialmente periculos (o tulburare a ordinii și liniștii publice). Diferența față de incriminarea corespondentă din Codul penal anterior constă în aceea că în noua reglementare sunt precizate clar modalitățile prin care sunt afectate ordinea și liniștea publică, operând astfel o restrângere față de vechea reglementare care, în partea finală a textului, folosea expresia «orice alte manifestări», fapta de tulburare a ordinii și liniștii publice putând fi realizată în următoarele modalități: prin acte de violență îndreptate împotriva persoanelor sau bunurilor ori prin amenințări sau atingeri grave aduse demnității persoanelor. (...) Or, fapta inculpatului B.C. care s-a deplasat către Balta Suhaia, împreună cu un grup mare de cetățeni cărora le-a pus la dispoziție diferite mijloace de transport care au fost folosite pentru a distruge porțile principale de acces în curtea lui D.E., stâlpii din beton care susțineau porțile de fier și gardul împrejmuitor din partea opusă intrării principale, în condițiile în care, în acel moment, locuințele deținute de către D.E. în apropierea Bălții Suhaia erau păzite de forțele de ordine (jandarmi și polițiști), și de a adresa injurii și amenințări la adresa lui D.E., strigându-i să plece din comună și dedându-se la manifestări prin care s-a adus atingere bunelor moravuri, provocând scandal public și tulburând ordinea și liniștea publică, este săvârșită în toate modalitățile de

comitere a faptei prevăzute de noua normă de incriminare. Apărările inculpatului, în sensul că acesta nu a participat la distrugerea bunurilor lui D.E. și la actele de agresiune îndreptate împotriva acestuia, nu au fost reținute de către instanțele de fond și nu pot face obiectul analizei instanței de recurs, având în vedere limitarea acestei căi extraordinare de atac doar la chestiunile de legalitate expres prevăzute de lege. Prin urmare, raportat la modalitatea concretă de săvârșire a faptei de ultraj contra bunelor moravuri și tulburarea ordinii și liniștii publice pentru care a fost condamnat inculpatul, nu se poate reține dezincriminarea acesteia”.

De asemenea, Înalta Curte a admis^[1] în principiu cererea de recurs în casație prin care s-a invocat incidența cazului de casare prevăzut de art. 438 alin. (1) pct. 7 CPP, susținându-se că fapta pentru care a fost trimis în judecată condamnatul [art. 257 CP 1969 raportat la art. 6 și art. 7 alin. (3) din Legea nr. 78/2000 (în forma dinainte de modificarea prin Legea nr. 187/2012 – n.n.)] nu mai constituie infracțiune potrivit legii noi (art. 291 CP) datorită modificării elementelor constitutive ale infracțiunii de trafic de influență^[2]. Pe de altă parte, Înalta Curte a arătat că nu există dezincriminare atunci când, deși norma de incriminare din legea veche nu se mai regăsește în legea nouă, conținutul ei a fost preluat de o altă normă din Codul penal sau din legislația specială ori este acoperit de o incriminare generală existentă.

Acest caz de casare nu poate fi invocat pentru a se obține schimbarea încadrării juridice a faptei sau pentru a se constata incidența unei cauze justificative sau de neimputabilitate; la fel, nu poate fi admis recursul în casație întemeiat pe acest caz dacă instanța supremă constată existența unei concordanțe între situația de fapt reținută în mod definitiv de instanța de apel în baza probelor administrate și elementele de tipicitate care fac obiectul cauzei.

Cazul de casare analizat este aplicabil atât în ipoteza în care soluția pronunțată este de condamnare (cu executare în regim

[1] I.C.C.J., s. pen., dec. nr. 64/RC/2015, www.scj.ro.

[2] O. GHENICI, *Cazurile de recurs în casație...*, p. 117-146; I.C.C.J., s. pen., înch. nr. 17/RC/2014, pronunțată în dosarul nr. 2587/2/2011*, nepublicată.

de detenție sau cu suspendarea sub supraveghere a executării pedepsei), cât și în situația în care față de inculpat s-a dispus renunțarea la aplicarea pedepsei sau amânarea aplicării pedepsei pentru o faptă care nu este tipică^[1]. De asemenea, s-a arătat^[2] că „este greu de crezut că, în concepția legiutorului, înțelesul sintagmei de la art. 16 alin. (1) lit. b) teza I CPP este diferit de cel la care se referă cazul de casare de la art. 438 alin. (1) pct. 7 din același cod. (...) se subsumează noțiunii de neprevvedere în legea penală cazurile în care nu sunt întrunite elementele constitutive ale infracțiunii sub aspect obiectiv, întrucât legea nu mai prevede ca temei distinct de achitare decât lipsa vinovăției prevăzute de lege, singurul temei de achitare pentru lipsa laturii obiective nu poate fi decât cel de la art. 16 alin. (1) lit. b) teza I CPP”.

Acest caz de casare poate fi invocat numai atunci când partea sau procurorul apreciază că fapta concretă reținută prin hotărârea definitivă nu este incriminată sau nu întrunește elementele de tipicitate obiectivă ori subiectivă prevăzute de norma de incriminare. Tot în doctrină^[3] s-a arătat că „nu s-ar putea reține că acest caz de recurs în casație vizează numai elementele care țin de tipicitatea obiectivă, prin raportare la art. 16 alin. (1) lit. b) teza I care folosește sintagma «fapta nu este prevăzută de legea penală», întrucât scopul recursului în casație este și acela de a înlătura elementele de nelegalitate ale hotărârilor definitive atunci când nu este întrunită trăsătura esențială a tipicității faptei”.

Sintagma vizează atât lipsa incriminării (neprevvederea faptei ca infracțiune sau lipsa de tipicitate a faptei în sensul în care aceasta nu corespunde modelului abstract de incriminare), cât și situația în care lipsesc anumite elemente constitutive ale infracțiunii.

Cazul de casare prevăzut de art. 438 alin. (1) pct. 7 CPP este incident doar în acele situații în care condamnarea inculpatului s-a realizat strict pentru o faptă care, la data rămânerii definitive a hotărârii instanței de apel, nu mai era prevăzută ca infracțiune-

[1] M. UDROIU, *op. cit.*, p. 688.

[2] G. TUDOR, în N. VOLONCIU, A.S. UZLĂU (COORD.), *op. cit.*, 2014, p. 1110.

[3] M. UDROIU, *op. cit.*, p. 688.

ne^[1]. Astfel, dezincriminarea va opera numai atunci când fapta comisă de inculpat, potrivit legii noi, nu mai atrage răspunderea penală, respectiv persoana nu mai poate fi constrânsă să răspundă în fața organelor de urmărire penală sau instanțelor de judecată. În acest sens, s-a afirmat că suntem în prezența legii de dezincriminare în două situații: a) atunci când legea nouă suprimă o incriminare, aceasta nemaiaivând un corespondent în legea nouă; b) în ipoteza în care, prin prevederile noii legi, se restrânge sfera de incidență a unui anumit text, astfel încât fapta concretă comisă de inculpat nu mai întrunește condițiile impuse de acesta^[2].

132. La nivelul Înaltei Curți de Casație și Justiție nu există un punct de vedere unitar în legătură cu sintagma „fapta nu este prevăzută de legea penală”. **Într-o orientare**^[3], Înalta Curte **neagă posibilitatea examinării tipicității subiective pe calea recursului în casație**^[4]. Astfel, „în susținerea cazului de casare prevăzut de art. 438 alin. (1) pct. 7 CPP, inculpatul a arătat că a fost condamnat pentru o faptă care nu era prevăzută de legea penală în februarie 2013 (dată la care s-a reținut săvârșirea faptei), respectiv traficului de minori, această infracțiune nefiind incriminată, la acea dată, în forma «profitând de imposibilitatea persoanei vătămate de a se apăra sau de a-și exprima voința ori de starea de vădită vulnerabilitate a acelei persoane». Așadar, a apreciat că nu poate fi condamnat pentru săvârșirea unei fapte într-o formă incriminată începând cu 1 februarie 2014, după intrarea în vigoare a noului Cod penal, întrucât, la data săvârșirii faptei, nu exista posibilitatea comiterii infracțiunii profitând de starea de vulnerabilitate a victimei. Înalta Curte a reținut că, potrivit art. 438 alin. (1) pct. 7 CPP, este supusă casării hotărârea în cazul în care se constată că inculpatul a fost condamnat

[1] I.C.C.J., s. pen., dec. nr. 262/RC/2014, www.scj.ro; M. MAREȘ, *Recurs în casație. Verificări privind legalitatea pedepsei aplicate și prevederea faptei de legea penală*, în P.R. nr. 2/2020, p. 153 și urm.

[2] FL. STRETEANU, *Documentare privind aplicarea în timp a legii penale în condițiile intrării în vigoare a noului Cod penal*, p. 4-5, www.juridice.ro.

[3] I.C.C.J., s. pen., dec. nr. 78/RC/2015, www.scj.ro.

[4] A se vedea și A. SARCHIZIAN, *Tipicitatea subiectivă, obiect al recursului în casație?*, www.juridice.ro, 29 ianuarie 2020.

pentru o faptă care nu este prevăzută de legea penală. În primul rând, este de menționat faptul că dispozițiile prevăzute de art. 438 alin. (1) pct. 7 CPP nu permit o analiză a conținutului mijloacelor de probă, o nouă apreciere a materialului probator și stabilirea unei alte situații de fapt pe baza căreia să se concluzioneze că fapta nu este prevăzută de legea penală, examinarea hotărârii făcându-se exclusiv în drept, statuările în fapt neputând fi cenzurate în niciun fel. În al doilea rând, verificările pe care instanța de recurs în casație le face din perspectiva noțiunii de faptă care nu este prevăzută de legea penală vizează atât incriminarea abstractă, respectiv dacă conduita este prevăzută de vreo normă de incriminare, cât și condițiile de tipicitate obiectivă, respectiv identitatea dintre conduita propriu-zisă și elementele de conținut ale incriminării sub aspectul laturii obiective **[nu însă și în ceea ce privește latura subiectivă, lipsa de tipicitate subiectivă constituind o teză distinctă prevăzută în art. 16 alin. (1) lit. b) CPP și care nu a fost preluată de art. 438 alin. (1) pct. 7 CPP (s.n.)]**.

Pornind de la aceste scurte considerații teoretice care circumscriu efectul devolutiv al recursului în casație, Înalta Curte constată că în cauză, pe baza probatorului administrat, s-au stabilit următoarele: punerea persoanei vătămate minore într-o stare de dependență de inculpat, prin faptul că aceasta se afla într-un oraș străin, nu avea mijloace de întreținere, nu avea alte cunoștințe, constituie elementele infracțiunii de trafic de minori, chiar dacă inculpatul nu a folosit agresiunea pentru a o determina pe aceasta să practice prostituția. Tot printr-o astfel de dependență a persoanei vătămate față de inculpat, pe plan material și afectiv, a fost explicată și revenirea persoanei vătămate asupra declarației inițiale, încercând prin declarațiile ulterioare să îl disculpe pe inculpat; chiar dacă persoana vătămată a consimțit să se prostitueze, în condițiile descrise anterior, potrivit art. 211 alin. (3) CP, consimțământul victimei la infracțiunea de trafic de minori nu constituie o cauză justificativă. Aceasta, deoarece consimțământul nu a fost dat în condiții normale, ci în condiții de vulnerabilitate a persoanei vătămate.

Așa cum s-a arătat, aceste aspecte excedează controlului instanței de recurs în casație, care nu poate, în cadrul acestei căi

extraordinare de atac, să reevalueze aspectele de fapt constatate prin hotărâre definitivă, sfera sa de acțiune fiind limitată la motivele de nelegalitate strict prevăzute în art. 438 alin. (1) CPP. În esență, problema de drept ridicată de apărarea ambilor inculpați constă în aceea că faptele au fost comise în februarie 2013, iar instanțele au reținut o formă care nu era incriminată la data săvârșirii acestora, respectiv «profitând de starea de vădită vulnerabilitate a acelei persoane», care a fost reglementată începând cu data de 1 februarie 2014, data intrării în vigoare a noului Cod penal. La data săvârșirii faptelor era în vigoare art. 13 din Legea nr. 678/2001 privind prevenirea și combaterea traficului de persoane, care incrimina traficul de minori, constând în recrutarea, transportarea, transferarea, găzduirea sau primirea unui minor, în scopul exploatării acestuia, sancționată cu închisoarea de la 5 ani la 15 ani și interzicerea unor drepturi; varianta agravată prevăzută în alin. (2) al aceluiași articol stabilea o pedeapsă cuprinsă între 7 și 18 ani și interzicerea unor drepturi atunci când fapta prevăzută la alin. (1) era săvârșită prin amenințare, violență sau alte forme de constrângere, prin răpire, fraudă ori înșelăciune, abuz de autoritate sau profitând de imposibilitatea minorului de a se apăra ori de a-și exprima voința sau prin oferirea, darea, acceptarea ori primirea de bani sau de alte foloase pentru obținerea consimțământului persoanei care are autoritate asupra minorului. Textul a fost abrogat expres prin art. 94 pct. 2 din Legea nr. 187/2012, fiind preluat cu unele modificări de art. 211 CP care incriminează traficul de minori, text ce trimite, în ceea ce privește forma agravată, la dispozițiile art. 210 alin. (1) CP privind traficul de persoane.

În opinia Înaltei Curți, se constată că, atât în reglementarea în vigoare la data săvârșirii infracțiunii, cât și în prezent, în cazul variantei tip a infracțiunii de trafic de minori, latura obiectivă a infracțiunii este îndeplinită prin simpla realizare a elementului material de la traficul de persoane, respectiv recrutare, transportare, transferare, adăpostire (găzduire) sau primire, fără a fi necesară și realizarea condiției esențiale (respectiv ca fapta să se realizeze prin constrângere, răpire, profitând de imposibilitatea de a se apăra sau de a-și exprima voința etc). Îndeplinirea acestor cerințe esențiale este obligatorie doar în ceea ce privește

variantele agravate a infracțiunii de trafic de minori. Rezultă, așadar, că problema ridicată de apărare constituie, în realitate, doar o chestiune de încadrare juridică, reținerea formei tip sau a celei agravate, și nicidecum una privind lipsa prevederii faptei în legea penală. Ca atare, criticile formulate de către inculpați sunt nefondate, ceea ce se invocă din perspectiva cazului de casare prevăzut de dispozițiile art. 438 alin. (1) pct. 7 CPP fiind, de fapt, greșita încadrare juridică dată faptelor, analiză ce excedează examenului care poate fi făcut în cadrul recursului în casație. Pe de altă parte, apărarea nu ar fi putut fi reținută nici în cazul în care ar fi existat cadrul legal pentru analiza acesteia, în condițiile în care instanțele au asimilat situația de maximă precaritate în care se aflau victimele și de care au profitat inculpații cu o formă de constrângere morală, prevăzută ca agravantă în art. 13 alin. (2) din Legea nr. 678/2001 («alte forme de constrângere»), în vigoare la data săvârșirii faptelor”.

În justificarea acestei orientări, conform căreia în noțiunea de „faptă prevăzută de legea penală” nu poate fi inclusă și condiția privitoare la forma de vinovăție (latura subiectivă), s-a arătat^[1] că, „potrivit dispozițiilor art. 433 CPP, în calea extraordinară a recursului în casație, Înalta Curte de Casație și Justiție este obligată să verifice, în condițiile legii, conformitatea hotărârii atacate cu regulile de drept aplicabile. Drept urmare, orice chestiune de fapt analizată de instanța de fond, respectiv de apel, intră în puterea lucrului judecat și excedează cenzurii instanței investite cu judecarea recursului în casație. Fiind reglementat ca o cale extraordinară de atac ce trebuie să asigure echilibrul între principiul legalității și principiul respectării autorității de lucru judecat, recursul în casație vizează numai legalitatea anumitor hotărâri definitive indicate de lege și numai anumite motive expres și limitativ prevăzute, fără ca pe calea recursului în casație să se poată invoca și, corespunzător, Înalta Curte de Casație și Justiție să poată analiza orice nelegalitate a hotărârilor, ci numai pe acelea pe care legiuitorul le-a considerat importante. Cu atât mai mult, recursul în casație nu are în vedere elementele de fapt ce au fost stabilite cu autoritate de lucru judecat, așa încât Înalta

[1] I.C.C.J., s. pen., dec. nr. 231/RC/2019, www.scj.ro.

Curte de Casație și Justiție nu poate să reevalueze materialul probator și să stabilească o situație de fapt diferită de cea menționată în hotărârile atacate.

Înalta Curte de Casație și Justiție subliniază în prealabil că art. 438 alin. (1) pct. 7 CPP statuează în sensul că hotărârile sunt supuse casării dacă «inculpatul a fost condamnat pentru o faptă care nu este prevăzută de legea penală». Prin urmare, acest caz de casare presupune ca inculpatul să fi fost condamnat, deși nu există o corespondență deplină între fapta săvârșită și configurarea legală a infracțiunii, fie datorită împrejurării că fapta pentru care s-a dispus condamnarea definitivă a inculpatului nu întrunește elementele de tipicitate prevăzute de norma de incriminare, fie datorită dezincriminării faptei (indiferent dacă vizează reglementarea în ansamblul său sau modificarea unor elemente ale conținutului constitutiv). Înalta Curte constată că, în ceea ce îl privește pe inculpatul B, instanța de apel a dispus achitarea pentru două infracțiuni, pentru altele două a dispus încetarea procesului penal, iar în ceea ce îl privește pe inculpatul A. a dispus achitarea pentru două infracțiuni, încetarea procesului penal pentru o infracțiune și a menținut condamnarea pentru infracțiunea de furt calificat a unui bun care face parte din patrimoniul cultural. Or, ceea ce se solicită de apărare pe calea recursului în casație este achitarea pentru infracțiunile pentru care s-a dispus încetarea procesului penal prin raportare la conținutul art. 438 alin. (1) pct. 7 CPP, caz de recurs în casație ce vizează exclusiv o soluție de condamnare, ceea ce în speță nu se regăsește decât în privința inculpatului A. pentru infracțiunea de furt calificat a unui bun care face parte din patrimoniul cultural. Este adevărat că argumentele prezentate de recurenți în motivarea căii de atac extraordinare ar putea fi încadrate la cazul de casare prevăzut de art. 438 alin. (1) pct. 8 CPP, respectiv «în mod greșit s-a dispus încetarea procesului penal», în contextul în care în motivare se arată că în mod greșit s-a constatat intervenită prescripția răspunderii penale pentru săvârșirea unor fapte care, la data săvârșirii lor, nu erau prevăzute de legea penală, solicitându-se achitarea inculpaților. (...)

Criticile vizând netemeinicia hotărârii atacate sub aspectul greșitei stabiliri a situației de fapt ori a eronatei evaluări a

probatoriului nu pot fi cenzurate în actuala procedură, obiectul recursului în casație fiind limitat la chestiuni de drept, respectiv a susținerilor vizând neîntrunirea elementelor de tipicitate obiectivă ale infracțiunilor reținute în sarcina inculpaților B. și A. Punctual, critica recurentului B. vizează lipsa tipicității infracțiunii de tăinuire sub aspectul laturii subiective, or, în jurisprudența Înaltei Curți de Casație și Justiție s-a reținut că verificările pe care instanța de recurs în casație le face din perspectiva noțiunii de faptă care nu este prevăzută de legea penală vizează atât incriminarea abstractă, respectiv dacă conduita este prevăzută de vreo normă de incriminare, cât și condițiile de tipicitate obiectivă, respectiv identitatea dintre conduita propriu-zisă și elementele de conținut ale incriminării sub aspectul laturii obiective [nu însă și în ceea ce privește latura subiectivă, lipsa de tipicitate subiectivă constituind o teză distinctă prevăzută în art. 16 alin. (1) lit. b) CPP și care nu a fost preluată în art. 438 alin. (1) pct. 7 CPP].

În cadrul definiției legale a infracțiunii, exprimată de art. 15 alin. (1) CP, trăsătura esențială ca fapta să fie prevăzută de legea penală este enumerată distinct de aceea ca fapta să fie săvârșită cu vinovăție, nejustificată și imputabilă unei persoane, ceea ce relevă opțiunea legiuitorului ca prin sintagma «faptă prevăzută de legea penală» să se înțeleagă «orice faptă», act de conduită, manifestare de voință exteriorizată care determină o schimbare în realitatea obiectivă, neconvenabilă ordinii sociale și, ca atare, incriminată de norma penală. Aceeași viziune reiese și din modalitatea în care sunt reglementate cazurile care împiedică punerea în mișcare și exercitarea acțiunii penale prevăzute de art. 16 alin. (1) lit. b) CPP, textul legal menționând distinct «fapta nu este prevăzută de legea penală» de «nu a fost săvârșită cu vinovăția prevăzută de lege». Așadar, Înalta Curte de Casație și Justiție poate analiza exclusiv dacă faptele, astfel cum au fost reținute prin decizia recurată, corespund tiparului obiectiv de incriminare^[1] a faptei, fără posibilitatea de a reaprecia asupra elementelor constitutive ale laturii subiective, deoarece aceasta ar presupune în mod necesar analiza probatoriului administrat.

[1] A se vedea și I.C.C.J., s. pen., dec. nr. 445/RC/2018, www.scj.ro.

Calea extraordinară de atac a recursului în casație nu are ca finalitate remedierea unei greșite aprecieri a faptelor și a unei inexacte sau insuficiente stabiliri a adevărului printr-o urmărire penală incompletă sau o cercetare judecătorească nesatisfăcătoare. Instanța de casare nu judecă procesul propriu-zis, respectiv litigiul care are ca temei juridic cauza penală, ci judecă exclusiv dacă, din punct de vedere al dreptului, hotărârea atacată este corespunzătoare. Limitarea obiectului judecării în recursul în casație la cazurile strict prevăzute de lege înseamnă că nu orice presupusă încălcare a legii substanțiale sau a legii de procedură penală constituie temei pentru a casa hotărârea recurată, ci numai acele încălcări de o anumită gravitate, corespunzătoare unuia dintre cazurile de casare prevăzute de lege, fiind, așadar, exclusă rejudecarea unei cauze pentru a treia oară, în parametrii în care a avut loc judecata în fond și apel. Prin urmare, starea de fapt reținută în cauză cu titlu definitiv de către instanța de apel și concordanța acesteia cu probele administrate nu mai poate constitui motiv de cenzură din partea instanței supreme în actuala procedură a recursului în casație”.

Cea de-a doua orientare, pe care o împărtășim, recunoaște **posibilitatea examinării, în cadrul acestui caz de casare, inclusiv a laturii subiective**. Într-o decizie^[1], Înalta Curte a precizat că „recursul în casație nu are ca finalitate remedierea unei greșite aprecieri a faptelor și a unei inexacte sau insuficiente stabiliri a adevărului, generată de o urmărire penală incompletă sau o cercetare judecătorească deficitară/parțială/nesatisfăcătoare. În această procedură nu se judecă raportul juridic dedus judecării în fața primei instanțe ori în apel, ci se judecă exclusiv dacă hotărârea atacată este conformă cu regulile de drept, în cazuri și condiții expres prevăzute de lege. Recursul în casație nu poate fi introdus decât în cazul unor erori de drept, dintre acestea patru fiind cazuri întemeiate pe încălcări ale legii penale (inculpatul a fost condamnat pentru o faptă care nu este prevăzută de legea penală; nu s-a constatat grațierea sau în mod greșit s-a constatat că pedeapsa aplicată inculpatului a fost grațiată; s-au aplicat pedepse în alte limite decât cele prevăzute

[1] I.C.C.J., s. pen., dec. nr. 446/RC/2018, www.scj.ro.

de lege; în mod greșit s-a dispus încetarea procesului penal) și un singur caz având ca temei încălcări ale legii procesuale penale (încălcarea dispozițiilor privind competența după materie sau după calitatea persoanei, atunci când judecata a fost efectuată de o instanță inferioară celei legal competente).

În ceea ce privește cazul de recurs în casație prevăzut de art. 438 alin. (1) pct. 7 CPP (potrivit căruia hotărârile sunt supuse casării atunci când inculpatul a fost condamnat pentru o faptă care nu este prevăzută de legea penală), caz invocat de recurenții-inculpați A., I. și H. în susținerea căii de atac, se constată că acesta nu este incident în cauză. Acest caz de casare se circumscrie situațiilor în care fapta concretă pentru care s-a pronunțat soluția definitivă de condamnare nu întrunește elementele de tipicitate obiectivă **sau subiectivă** (s.n.) prevăzute de norma de incriminare, când instanța a ignorat o normă care conține dispoziții de dezincriminare a faptei, indiferent dacă vizează vechea reglementare, în ansamblul său, sau modificarea unor elemente ale conținutului constitutiv, astfel încât nu se mai realizează o corespondență deplină între fapta săvârșită și noua configurare legală a tipului respectiv de infracțiune. În speță, recurenții-inculpați au susținut că faptele pentru care au fost condamnați nu există, nefiind întrunite condițiile de tipicitate obiectivă și subiectivă prevăzute în normele de incriminare. S-a făcut referire la mijloacele de probă administrate în cauză, arătându-se că starea de fapt reținută prin hotărârea de condamnare este de natură a evidenția lipsa caracterului penal al faptelor pentru care inculpații au fost condamnați. Criticile invocate de recurenții-inculpați nu vizează însă aspecte de legalitate a hotărârii atacate, ce pot fi examinate în calea extraordinară de atac a recursului în casație, ci reprezintă critici ce țin de fondul cauzei, de modalitatea în care instanțele au reținut, pe baza probelor din dosar, vinovăția și participația acestora în săvârșirea infracțiunilor pentru care s-a dispus soluția de condamnare. Or, recursul în casație este o cale extraordinară de atac de reformare numai sub aspect legal, de drept, și nu factual, excluzând rejudecarea unei cauze pentru a treia oară, pe fond, în parametrii în care a avut loc judecata în fond și în apel. În consecință, starea de fapt reținută în cauză și concordanța acesteia cu probele

administrare nu mai pot constitui motive de examinare din partea instanței supreme pe calea recursului în casație. Criticile formulate de recurenții-inculpați nu pot fi primite de către Înalta Curte, prin recursul în casație promovat în cauză aceștia urmărind, în realitate, remedierea unei greșite aprecieri a stării de fapt de către instanța de apel, respectiv a unei greșite interpretări a probelor administrate (iar nu îndreptarea unei erori de drept), ceea ce nu mai este posibil în calea extraordinară de atac a recursului în casație.

Prin raportare la situația de fapt reținută în cauză, s-a arătat că în mod corect s-a constatat de către instanța de apel îndeplinirea elementelor de tipicitate obiectivă și subiectivă ale infracțiunii de abuz în serviciu, având în vedere că, în speța dedusă judecătii, atribuțiile de serviciu încălcate de membrii comisiilor locale și județene de fond funciar își au izvorul în lege, respectiv Legea nr. 18/1991, soluția dispusă în ceea ce îi privește pe recurenții-inculpați fiind în deplin acord cu Decizia Curții Constituționale nr. 405/2016^[1], la care apărarea a făcut referire. În același sens, se reține că decizia pronunțată de instanța de apel îndeplinește exigențele de legalitate impuse de Decizia Curții Constituționale nr. 405/2016, inclusiv prin prisma aplicării principiului *ultima ratio*, așa cum rezultă și din dispozițiile art. 106 din Legea nr. 18/1991, potrivit cărora încălcarea prevederilor acestei legi atrage răspunderea civilă, contravențională sau penală, după caz. De asemenea, nici celelalte critici formulate în calea de atac a recursului în casație, referitoare la latura civilă a cauzei și, respectiv, la pretinsa încălcare a dreptului la un proces echitabil, nu pot fi primite de Înalta Curte, acestea neputând fi circumscrise dispozițiilor art. 438 alin. (1) pct. 7 CPP^o.

Tot astfel, într-o altă speță^[2], Înalta Curte a constatat că „acest caz de casare [cel prevăzut de art. 438 alin. (1) pct. 7 CPP – n.n.] se circumscrie situațiilor în care fapta concretă pentru care s-a pronunțat soluția definitivă de condamnare nu întrunește elementele de tipicitate obiectivă **sau subiectivă** (s.n.) prevăzute de norma de incriminare, când instanța a ignorat o normă care

[1] M. Of. nr. 517 din 8 iulie 2016.

[2] I.C.C.J., s. pen., dec. nr. 433/RC/2018, www.scj.ro.

conține dispoziții de dezincriminare a faptei, indiferent dacă vizează vechea reglementare, în ansamblul său, sau modificarea unor elemente ale conținutului constitutiv al infracțiunii, astfel încât nu se mai realizează o corespondență deplină între fapta săvârșită și noua configurare legală a tipului respectiv de infracțiune. Art. 438 alin. (1) pct. 7 CPP nu poate fi invocat pentru a se obține schimbarea încadrării juridice a faptei sau pentru a se constata incidența unei cauze justificative sau de neimputabilitate, acesta fiind atributul exclusiv al instanțelor de fond și de apel. Această limitare a recursului în casație doar la anumite probleme de drept nu îngreădește accesul la justiție prin încălcarea dreptului la un recurs efectiv (art. 13 din Convenție), atât timp cât inculpaților li s-a oferit posibilitatea de a exercita o cale ordinară de atac efectivă (apelul) în cadrul căreia și-au putut susține apărările. Instanța europeană a subliniat că efectivitatea unei căi de atac nu depinde de certitudinea unei soluții favorabile pentru reclamant, ceea ce interesează pe temeiul art. 13 este însăși existența ei^[1].

133. Recursul în casație întemeiat pe dispozițiile art. 438 alin. (1) pct. 7 CPP constituie un mijloc procesual prin care **poate fi invocată dezincriminarea ca efect al unei decizii a Curții Constituționale de admitere a excepției de neconstituționalitate privind norma de incriminare**, cu respectarea condițiilor privind termenul de exercitare a recursului în casație. În consecință, incidența Deciziei Curții Constituționale nr. 405/2016 privind infracțiunea de abuz în serviciu, în sensul verificării existenței ori a inexistenței încălcării unei legi, ordonanțe sau ordonanțe de urgență, poate fi examinată pe calea recursului în casație, în baza dispozițiilor art. 438 alin. (1) pct. 7 CPP, cu respectarea condițiilor privind termenul de exercitare a căii extraordinare de atac^[2].

În alt dosar, Înalta Curte a reținut că „prin decizia Curții Constituționale (nr. 405/2016 – n.n.) s-a realizat o reconfigurare

[1] C.E.D.O., cauza *Vilvarajah și alții c. Regatului Unit*, Hotărârea din 30 octombrie 1991.

[2] I.C.C.J., s. pen., dec. nr. 179/RC/2017, www.scj.ro.