

Câteva observații critice cu privire la Legea nr. 207/ 2021 pentru modificarea și completarea Codului penal



(nu stam bine cu „non – cash – ul” !)

Actul normativ analizat, „pe numele lui adevarat”: „Legea nr. 207/2021 pentru modificarea și completarea Legii nr. 286/2009 privind Codul penal, precum și pentru dispunerea unor masuri de transpunere a Directivei (UE) 2019/713 a Parlamentului European și a Consiliului din 17 aprilie 2019 privind combaterea fraudelor și a contrafacerii în legatura cu mijloacele de plata fara numerar și de înlocuire a Deciziei – cadru 2001/413/JAI a Consiliului”¹ (în continuare Legea nr. 207/2021), a intrat în vigoare la data de 25 iulie 2021. Dupa cum rezulta din lungul Titlu și dupa cum se explica în amanunt în Expunerea de motive a proiectului de act normativ (în continuare Expunere de motive²), acesta și-a asumat „misiunea” de a transpune în legislația autohtona Directiva menționata (Directiva non-cash, dupa cum este denumita în Expunere). Deși termenul referitor la obligația de transpunere a fost depășit cu aproape doua luni³, actul normativ „transpunator” pare realizat în graba, mai mult în logica lui „hai sa ne achitam de o sarcina” decât în cea a lui „hai sa rezolvam o problema”. Pentru verificarea acestei ipoteze, în cele ce urmeaza, nu mi-am propus sa analizez întreaga Lege ci, ma voi referi punctual la completarea art. 180 C.pen. (I) și la corelația dintre aceste completari și modificarea infracțiunii prevazute de art.250 C.pen. – efectuarea de operațiuni financiare în mod fraudulos (II)

I. Completarea art. 180 C.pen. prin Legea nr. 207/2021

În varianta de origine art. 180 C.pen. avea denumirea marginala : „Instrument de plata electronica” și prelua în termeni rearanjați definiția preexistentă în art. 1 pct. 11 din Legea nr. 365/2002. Prin Legea 207/2021 (art. I pct. 1) denumirea marginala a fost modificata în: „Mijloace de plata fara numerar”. La alin. (1), nou introdus, este definit *instrumentul de plata fara numerar*; la alin. (2) este reluata cu modificari nesemnificative definiția *instrumentului de plata electronica* (alin. 1 din textul originar); la alin (3) este definita *moneda electronica*, iar la alin. (4) *moneda virtuala*⁴.

Având în vedere denumirea marginala și noțiunile care i se subsumeaza și apelând la o logica elementara, se înțelege ca avem o categorie generala, respectiv *mijloacele de plata fara numerar*, în care sunt incluse cele doua tipuri de instrumente, precum și cele doua tipuri de monede mai sus indicate. Aceasta logica este infirmata însa de

considerațiile ce apar în Expunerea de motive, unde se arata ca: „*Instrumentele de plata fara numerar vor reprezenta, astfel, denumirea generica* (s.n.) ce va include toate categoriile de instrumente definite în cadrul alin. (2) – (4) ale art. 180 C.pen. Astfel, instrumentul de plata fara numerar include atât instrumentul de plata electronica, cât și moneda virtuala. (...) Denumirea marginala a art. 180 C.pen. se propune a fi „Mijloace de plata fara numerar”, având în vedere, pe de-o parte, titlul Directivei non – cash și, pe de alta parte, faptul ca noile noțiuni sunt specii ale categoriei generale a instrumentelor de plata fara numerar”.⁵

În primul rând, aceste considerații sunt contradictorii în sine. Faptul „ca noile noțiuni sunt specii ale categoriei generale a *instrumentelor de plata fara numerar*” nu poate justifica denumirea marginala a art. 180 C.pen. Dimpotriva, denumirea marginala indica faptul ca *mijloacele de plata fara numerar* ar fi categoria generala, în care se includ celelalte noțiuni. În acest context, afirmația potrivit careia „instrumentul de plata fara numerar include atât instrumentul de plata electronica, cât și moneda virtuala” este total nejustificata.

În al doilea rând, considerațiile din Expunere intra în contradicție cu Directiva non – cash. Este adevarat ca titlul Directivei în cauza se refera la mijloace de plata fara numerar dar, în Directiva, aceste mijloace reprezinta categoria generala, iar instrumentul de plata fara numerar reprezinta „specia”, alaturi de mijloacele digitale de schimb sau moneda virtuala (a se vedea atât considerentele generale, cât și art. 2 din Directiva).

În al treilea rând, considerațiile sunt în contradicție cu modificarile propuse. Daca „intenția legiuitorului” era ca instrumentul de plata fara numerar sa fie categoria generala, atunci denumirea marginala trebuia sa se refere la acest instrument. În plus, pe lângă dispozițiile din alin. (1), care ar fi reprezentat o definiție generala, definițiile celorlalte noțiuni ar fi trebuit sa înceapa cu raportarea la categoria generala. De exemplu, alin. (2) ar fi trebuit sa înceapa în felul urmator: „Prin instrument de plata electronica se înțelege acel instrument de plata fara numerar care permite efectuarea...” etc. În felul în care textul nou a fost redactat, singura concluzie logica, așa cum am anticipat, este ca *mijloacele de plata fara numerar* cuprind *diferite* instrumente și monede, respectiv: instrumentul de plata fara numerar (alin. 1); instrumentul de plata electronica (alin. 2); moneda electronica (alin. 3) și moneda virtuala (alin.4). Exista deci o contradicție flagranta, între intenția inițiatorilor proiectului și textul prin care se concretizeaza aceasta intenție, în actul normativ propus.

În sfârșit, este de remarcat ca modificarile aduse denumirii marginale și conținutului art. 180 C.pen. nu au o reflectare corespunzatoare în denumirea Capitolului IV din Titlul II al părții speciale a Codului penal, care a ramas neschimbata, respectiv: „Fraude comise prin sisteme informatice și *mijloace de plata electronice*”. Aceasta lipsa de corelare nu este singura „paguba colaterala” pe care modificarea dispozițiilor din partea generala o produce asupra dispozițiilor din partea speciala, așa cum se va vedea în continuare.

II. Corelația cu modificarea art. 250 C.pen. – efectuarea de operațiuni financiare în mod fraudulos

Conform art. I pct. 3 din Legea 207/2021, „la art. 250, alineatul (1) se modifica și va avea urmatorul cuprins: (1) Efectuarea unei operațiuni de retragere de numerar, încarcare sau descarcare a unui instrument de moneda electronica ori de transfer de fonduri, *valoare monetara sau moneda virtuala*, prin utilizarea, fara consimțământul titularului, *a unui instrument de plata fara numerar* sau a datelor de identificare care permit utilizarea acestuia, se pedepsește cu închisoarea de la 2 la 7 ani.”

Completările și modificarile aduse textului inițial sunt marcate cu aldine în citatul de mai sus. Astfel, completarea vizeaza introducerea unei noi modalități a elementului material, în sensul ca, pe lângă transferul de fonduri, fapta se poate realiza și prin transferul de *valoare monetara sau moneda virtuala*. Modificarea vizeaza condiția atașata elementului material, prin înlocuirea sintagmei, „a unui instrument de plata electronica”, cu sintagma, „*a unui instrument de plata fara numerar*”. Nu voi analiza în acest context completarea ci, ma voi referi doar la

modificarea condiției atașate elementului material, modificare care are influența și asupra situației premisa a infracțiunii.

Așa cum am precizat deja într-o analiza anterioară, în noua configurație a textului, situația premisa este data de existența unui *instrument de plata fara numerar*, prin utilizarea caruia se realizeaza operațiunile prohibite ce constituie elementul material al infracțiunii⁶. Noțiunea de instrument de plata fara numerar este definita în art. 180 alin. (1) C.pen. (a se vedea nota de subsol nr. 4) Este o definiție confuza rezultata printr-o traducere aproximativa a unui text care, nici în versiunea originara (am consultat-o pe cea franceza), nu este prea clar, respectiv art. 2 lit. a) din Directiva non –cash⁷. Dar nu analiza definiției intereseaza aici. Problema care apare este legata de structura generala a art.180 C.pen. și raportul pe care acest text îl creeaza între noțiunile definite. Astfel, așa cum am anticipat la punctul anterior, se poate observa ca art. 180 C.pen. în noua lui configurație, având ca denumire marginala, *mijloace de plata fara numerar*, definește la alin. (1) instrumentul de plata fara numerar, iar la alin. (2) instrumentul de plata electronica. Rezulta ca în categoria mai larga de *mijloace de plata fara numerar*, avem doua *instrumente de plata* distincte. Altfel spus, în aceasta noua sistematizare propusa de art. 180 C.pen., instrumentul de plata electronica (noțiune ce includea cardul bancar) nu reprezinta un *instrument de plata fara numerar* ci, unul din cele doua *mijloace de plata fara numerar*. În acest context și ținând cont de faptul ca, în noua configurație, textul de la art. 250 alin. (1) se refera la folosirea unui *instrument de plata fara numerar*, ar rezulta ca instrumentul de plata electronica nu ar mai constitui situație premisa a infracțiunii. Prin urmare, folosirea unui card bancar în condițiile prevazute de text nu ar mai reprezenta infracțiune.

O astfel de interpretare ar reduce semnificativ și nejustificat sfera de aplicare a infracțiunii, având în vedere ca, în practica, cele mai multe cauze au avut ca obiect folosirea frauduloasa a cardurilor bancare. Evident ca nu aceasta a fost voința legiuitorului, dar aici s-a ajuns printr-o necorelare atenta a textelor din partea generala și cea speciala a Codului. Concret, având în vedere conținutul și structura art. 180 C.pen., textul de la art. 250 alin. (1) trebuia sa faca referire la sintagma „mijloace de plata fara numerar” ceea ce ar fi „acoperit” atât instrumentul de plata fara numerar cât și instrumentul de plata electronica (la care se raporta vechiul text).

O alta soluție ar fi fost renunțarea la noțiunea de instrument de plata electronica și la definirea ei în art. 180 alin. (2), având în vedere ca definiția instrumentului de plata fara numerar de la 180 alin. (1) acopera, în realitate, și noțiunea de instrument de plata electronica. Aceasta soluție ar fi fost și în concordanța cu Directiva UE 2019/713, care definește și folosește doar noțiunea de instrument de plata fara numerar (art. 2 lit. a) nu și pe cea de instrument de plata electronica⁸.

În sfârșit, o alta soluție ar fi fost cea deja propusa la punctul anterior, în legatura cu redactarea art. 180 C.pen., care presupunea, în primul rând, ca denumirea marginala a articolului sa fie instrumente de plata fara numerar (a se vedea mai sus), ceea ce ar fi transpus în textul de lege intenția manifestata în Expunere, ca instrumentul de plata fara numerar sa includa și instrumentul de plata electronica.

În contextul dat de modificarile efective, va fi interesant de urmarit reacția jurisprudenței la aceasta problema. În opinia mea, noțiunea de instrument de plata fara numerar ar trebui interpretata în sens larg, astfel încât sa cuprinda și instrumentul de plata electronica, în spiritul Directivei menționate⁹. Doar o astfel de interpretare ar permite sancționarea în continuare a unor fapte grave care se comit frecvent (folosirea frauduloasa a cardurilor bancare). Din pacate o asemenea interpretare nu poate invoca „voința legiuitorului” național, cu trimitere la Expunerea de motive, câta vreme exista o contradicție flagranta, între intenția inițiatorilor proiectului și textul prin care se concretizeaza aceasta intenție, în actul normativ propus, dupa cum am stabilit la punctul I. În alte cuvinte, rațiunea legii poate fi desprinsa dintr-o expunere de motive, daca aceasta conține elemente explicative pentru un text neclar. În schimb, daca textul este clar, dar intra în contradicție cu expunerea de motive, aceasta din urma nu mai are nicio valoare explicativa. În practica se aplica Legea, nu Expunerea de motive, iar raportat la principiul legalității noul text incriminator are, în opinia mea, o mare problema.

În concluzie, cel puțin prin prisma modificărilor analizate, ipoteza de la care am plecat se confirmă, în sensul că asistăm la o nouă reglementare „grabită” ce afectează coerența Codului penal și poate semăna confuzie în practica judiciară. Deci, nu stăm bine cu „non – cash – ul” !

1. Publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 720 din 22 iulie 2021.

2. Disponibilă la: <http://www.cdep.ro/proiecte/2021/100/60/2/em188.pdf>

3. „Directiva non-cash prevede, în art. 20alin. (1), ca statele membre ale Uniunii europene au obligația de a o transpune în legislațiile naționale până la data de 31 mai 2021” (a se vedea Expunere p. 1).

4 Art. 180. - Mijloace de plata fara numerar

„(1) Prin instrument de plata fara numerar se înțelege un dispozitiv, un obiect sau o înregistrare, protejat, respectiv protejată, material ori nematerial, respectiv materială ori nematerială, sau o combinație a acestora, altul, respectiv alta decât o monedă cu valoare circulatorie și care, singur, respectiv singura sau împreună cu o procedură sau un set de proceduri, permite deținătorului sau utilizatorului transferul de bani sau valoare monetară, inclusiv prin moneda electronică sau moneda virtuală. (2) Prin instrument de plata electronică se înțelege un instrument care permite efectuarea de retrageri de numerar, încărcarea și descărcarea unui instrument de moneda electronică, precum și transferuri de fonduri, altele decât cele ordonate și executate de către instituții financiare. (3) Prin moneda electronică se înțelege valoarea monetară stocată electronic, inclusiv magnetic, reprezentând o creanță asupra emitentului, emisă la primirea fondurilor în scopul efectuării de operațiuni de plată și care este acceptată de o persoană, alta decât emitentul de moneda electronică. (4) Moneda virtuală înseamnă o reprezentare digitală a valorii care nu este emisă sau garantată de o bancă centrală sau de o autoritate publică, nu este în mod obligatoriu legată de o monedă instituită legal și nu deține statutul legal de monedă sau de bani, dar este acceptată de către persoane fizice sau juridice ca mijloc de schimb și poate fi transferată, stocată și tranzacționată electronic.”

5 Expunere de motive p. 7-8 loc. cit.

6. În acest sens și pentru mai multe amănunte a se vedea V. Cioclei, Drept penal. Partea specială. Infrațiuni contra persoanei și infrațiuni contra patrimoniului, ed. 6, Ed. C.H. Beck, 2021, p. 404.

7. Idem.

8. În același sens, a se vedea V. Cioclei, loc. cit.

9. Ibidem.