

Legitima apărare - caracterul injust al atacului

Dr. Diana-Elena RĂDUCAN-MOREGA

Universitatea „Titu Maiorescu” București,
Facultatea de Drept și Științe Economice, Târgu-Jiu, România
Avocat, Baroul Gorj
diana_morega@yahoo.com

Rezumat: *Lucrarea de față urmărește o analiză minuțioasă a caracterului injust al atacului; abordarea fiind una ce vizează toate palierele juridice: legislație, doctrină și practică judiciară. În partea de debut, se încearcă stabilirea, cât mai fidelă, a noțiunii de „lipsă a temeiului juridic”, studiul continuând cu problema admisibilității sau inadmisibilității stării de legitimă apărare în cazul încăierărilor, ori cu cea privitoare la capacitatea psihică a atacatorului, pentru ca în partea de final atenția să fie captată de delicata și controversata chestiune, dacă împotriva unui atac injust al unui funcționar public se poate acționa în legitimă apărare. Legislația avută în vedere este cea română, respectiv noile coduri penale; dar pentru o perspectivă cât mai amplă și clară asupra problematicii abordate, este folosită și metoda comparativă, fiind analizate dispoziții analoge din Codul penal al Republicii Moldova, ori din Convenția Europeană a Drepturilor Omului; poziția Curții Europene a Drepturilor Omului ocupând un loc central în cadrul argumentării noastre.*

Cuvinte cheie: *legitimă-apărare; condiții; atac; injust; temei juridic.*

Introducere

Instituția legitimei apărări, ca de altfel toate cauzele justificative sau de neimputabilitate, se prezintă sub forma unor sisteme complexe de condiții interdependente, în prezența cărora, fapta săvârșită, deși prevăzută de legea penală, nu constituie infracțiune.

Pentru existența legitimei apărări este necesar să fie îndeplinite, cumulativ, atât condițiile principale referitoare la existența atacului, a pericolului și a apărării, cât și o serie de condiții subsecvente, specifice fiecăreia dintre cele trei. Astfel, atacul, pentru a justifica o apărare în condițiile legii [1], trebuie să fie material, direct, imediat și injust.

Este considerat injust (*contra jus*) orice atac îndreptat împotriva valorilor sociale enumerate în art. 19 alin. (2) N.C.p., dacă a fost comis cu încălcarea normelor juridice.

1. Lipsa temeiului juridic

Atacul este considerat injust dacă persoana care recurge la comportarea agresivă împotriva altei persoane sau a drepturilor acesteia ori împotriva unui interes general, nu are nici un *temei juridic, legal sau de fapt*, care să permită sau să justifice această comportare [2].

Considerăm, alături de majoritatea autorilor de drept penal [3], că **atacul, pentru a fi injust, nu trebuie să întrunească în mod necesar elementele unei infracțiuni** [4], fiind suficient ca **agresiunea să fie contrară legii (*contra jus*)**. Practica a confirmat că o faptă săvârșită în stare de legitimă apărare poate fi îndreptată împotriva unui atac injust, care nu este totuși infracțiune. În acest sens, s-a apreciat [5] că se află în legitimă apărare acela care, prin violență, împiedică o persoană să se sinucidă, deși încercarea de sinucidere nu este prevăzută de lege ca infracțiune. Cu toate acestea, dreptul la viață este protejat de stat, independent de voința subiectului și încercarea de sinucidere nu poate fi considerată decât un atac injust, deși neinfractional, asupra unei valori protejate.

Din cele expuse rezultă că acest caracter injust al atacului, trebuie considerat ca existent când "...este lipsit de orice justificare în drept", [6] altfel spus, când acesta se materializează în acțiuni sau inacțiuni legalmente interzise sau prohibite, deci, **când constituie o încălcare a normelor dreptului obiectiv, dar și atunci când este îndreptat împotriva unor drepturi subiective, recunoscute ca atare de lege** și proteguate împotriva oricăror leziuni, indiferent dacă această recunoaștere ori protecție rezultă, explicit sau implicit, dintr-o normă juridică (de drept obiectiv), ori dintr-un principiu fundamental al sistemului de drept sau din vreunul din principiile ce guvernează diversele ramuri ale acestuia. Pe cale de consecință, urmează a se deduce că afirmația potrivit căreia atacul este considerat injust, când nu are nici un *temei de fapt* "care să

permite sau să justifice această comportare" [7] trebuie tratată cu precauție, în sensul că acel "temei de fapt" trebuie întotdeauna raportat la drept, în accepțiunea prezentată. Pentru a se stabili că o faptă este injustă, "*contra jus*", deci împotriva dreptului sau împotriva a ceea ce este considerat drept în societate, în scopul ca această constatare să capete relevanță juridică penală, nu există - după părerea noastră - un alt criteriu în afara dreptului, indiferent dacă este vorba de normele sau principiile dreptului obiectiv, ori de drepturile subiective ale persoanelor fizice sau juridice. Astfel fiind, dacă atacul este imoral, spre exemplu, această situație de fapt nu justifică legitimitatea apărării, deoarece chiar dacă, în sensul său cel mai general, atacul este injust, în sensul juridic el poate să nu fie *contra - jus*. Prin urmare, afirmația că atacul poate fi considerat injust, atunci când este lipsit de un "temei de fapt", trebuie obligatoriu corelată cu lipsa unui temei juridic. Lipsa unui "temei de fapt", tratată separat, în sensul propriu al expresiei, ar putea să ne ducă cu gândul la atacuri gratuite, fără un scop precis și, în continuare, la ideea iresponsabilității agresorului, situație în care nu se mai poate pune problema caracterului just sau injust al atacului.

Deci, **atacul injust nu trebuie să constituie neapărat o infracțiune**, putând consta în **orice acțiune sau inacțiune injustă, de natură să creeze pericol pentru valorile ocrotite**.

Practica demonstrează că există situații în care **lipsa temeiului juridic al atacului** poate consta nu numai în **inexistența dreptului**, ci, și în cazul în care **există acest drept, modalitatea sau mijloacele de obținere sau exercitare ale acestuia sunt contrare legii** [8].

"Chiar atunci când agresorul exercită un drept al său, acțiunea poate fi injustă, dacă pentru realizarea acestui drept agresorul trebuia să recurgă la intervenția și oficiul unei autorități. Astfel, este injust faptul creditorului care atacă pe debitor, pentru a-l constrânge să-i plătească datoria" [9]. De asemenea, „dacă proprietarul unor bunuri, deținute fără drept de o altă persoană, vrea să reintre în posesia lor prin violență, săvârșește un atac injust, urmând a se face distincție între *atacul care pune în pericol persoana* ce deține bunurile pe nedrept - situație în care va exista legitimă apărare - și *atacul care nu pune în pericol decât drepturile celui atacat*", caz în care nu ar exista legitimă apărare "fiindcă atacul nu pune în pericol un interes legitim al celui atacat, el deținând bunurile proprietarului agresor fără drept" [10].

De asemenea, pot constitui atacuri injuste, și dărâmarea unor construcții sau tăierea unor arbori din curtea proprie - acțiuni legale - dar care, prin modul defectuos de realizare, pun în pericol grav casa ori dependențele vecinului, dobândind, astfel, caracter injust; ori prinderea unui hoț în flagrant - faptă admisă de lege - dar care, dacă se prelungește în timp, în mod nejustificat, va dobândi caracter infracțional, constituind infracțiunea de lipsire de libertate în mod ilegal, prevăzută de art. 205 N.C.p.

În aceeași ordine de idei, apărarea vădit exagerată - depășirea limitelor unei apărări proporționale - din partea persoanei care încearcă să respingă un atac injust, poate deveni sursa unui pericol grav pentru agresorul inițial și deci, să se transforme, la rândul său, într-un atac injust (ex.: persoana inițial atacată, pentru a înlătura acțiunea de lovire a agresorului, se pregătește să tragă un foc de armă spre agresor) [11].

Spre deosebire de legea penală română, Codul penal al Republicii Moldova [12], nu prevede printre atribuțiile atacului și pe acela de a fi injust. Cu toate acestea, doctrina moldavă de specialitate [13] aduce în discuție acest aspect într-un mod implicit, subliniind faptul că atacul trebuie să fie generat, obligatoriu, de o persoană, pentru a crea starea de legitimă apărare; deoarece, în cazul în care atacul ar veni din partea unui animal, apărarea s-ar realiza sub auspiciile stării de necesitate. Deci, deși nu se discută într-o manieră explicită despre condiția ca atacul să fie injust, aceasta este asumată tacit, recunoscându-i-se rolul esențial pe care îl deține, în diferențierea dintre cele două instituții: legitima apărare și starea de necesitate.

Având în vedere toate aceste considerente, din care reiese, fără echivoc, importanța deosebită a **caracterului injust al legitimei apărări**, care o definește alături de celelalte atribute, apreciem că **se impune în mod imperativ, ca de lege ferenda, Codul penal al Republicii Moldova să prevadă și condiția ca atacul să fie injust**.

2. Poziția psihică a agresorului

Tot cu privire la caracterul injust al atacului, s-a pus problema dacă legea are sau nu în vedere **poziția psihică a agresorului**, dacă cere sau nu ca acesta să aibă capacitatea psihofizică de a-și da seama că fapta sa constituie o agresiune, părerile fiind împărțite din acest punct de vedere.

Într-o **primă opinie** [14], care, dacă până de curând părea a fi istoricește depășită, din cauza modificărilor aduse prin Noul Cod penal, revine în actualitate, [15] (deci *istoria se repetă*), se susține că **injustul se determină în mod obiectiv**, independent de orice relație cu capacitatea psihică a agresorului, pe considerentul că o cauză de "iresponsabilitate subiectivă" nu înlătură caracterul obiectiv al actelor agresive, ceea ce interesează fiind faptul real că cel atacat se găsește în fața unei agresiuni, care îi pune în pericol grav și nelegitim persoana sau drepturile.

Potrivit acestui punct de vedere, în care injustă este orice faptă umană contrară normelor de drept, *atât persoanele alienate mintal, cât și minorii* [16] *fără discernământ, pot săvârși atacuri injuste și, ca atare, împotriva lor se poate riposta în legitimă apărare.*

Într-o **a doua opinie** [17], căreia ne raliem și care este împărtășită de majoritatea autorilor, **atacul este injust numai în măsura în care agresorul își dă seama de acest caracter al acțiunii sau inacțiunii sale, necesitând a fi examinat atât din punctul de vedere al celui agresat, cât și din punctul de vedere al agresorului.** Astfel, se consideră că cel care trece la apărare trebuie "să aibă certitudinea că se află în fața unui atac din partea unei persoane responsabile. **Dacă știe că cel care-l atacă este iresponsabil, se va afla în fața stării de necesitate, iar dacă nu știe, din cauza erorii de fapt** în care se găsește, **se va afla în stare de legitimă apărare.** Distincția se impune, fiindcă în primul caz se cere ca cel aflat în pericol să nu se fi putut salva altfel decât comițând fapta prevăzută legea penală, ceea ce nu este necesar în cazul legitimei apărări" [18].

Argumentul principal al acestei opinii constă în faptul că **atacul provenit de la o persoană care nu are semnificația juridică a faptei sale, nu are cum să îmbrace caracterul de just sau injust.**

Pe de altă parte, *dacă nu s-ar ține cont de starea psihică specială a individului care atacă*, s-ar crea **o situație profund inechitabilă, chiar între om și animal**, deoarece, *din punct de vedere al protecției juridice, animalul* - care în caz de atac suportă o ripostă în condițiile stării de necesitate, - *ar deține o poziție privilegiată în raport cu persoana lipsită de discernământ*, care ar urma să suporte o reacție mult mai virulentă pe tărâmul legitimei apărări.

Un atac din partea unei persoane care răspunde din punct de vedere penal împotriva unui iresponsabil, deși va crea o stare de legitimă apărare, impunitatea persoanei alienate se va face pe temeiul iresponsabilității și nu al legitimei apărări [19].

3. Legitima apărare în cazul încăierărilor

O altă problemă care s-a pus în teoria și practica judiciară este aceea a **admisibilității sau inadmisibilității stării de legitimă apărare în cazul încăierărilor**, în care **atacurile** nu se succed, ci **sunt concomitente**, astfel încât *nu se poate determina antecedenta causală și nici să se stabilească partea care a declanșat atacul*, creând starea de pericol care să justifice o apărare legitimă. Într-o *primă opinie*, promovată îndeosebi în *practica judiciară* [20], se susține că *nu se poate reține existența stării de legitimă apărare* tocmai datorită faptului că persoanele respective se atacă reciproc și simultan. *O altă opinie*, susținută de *doctrina penală* [21], *admite că există posibilitatea reținerii legitimei apărări* din moment ce fiecare atac întrunește condițiile cerute de lege pentru o apărare legitimă. Cu toate acestea, din cauza caracterului simultan și reciproc al atacurilor inițiale, fiecare participant la încăierare va urma să răspundă penal pentru acestea, *doar atacurile subsecvente având caracter de legitimă apărare reciprocă.*

Având în vedere aceste poziții doctrinare și jurisprudențiale și pornind și de la definiția [22] dată încăierării - infracțiune prevăzută și pedepsită de art. 198 N.C.p. - care constă în ciocnirea violentă, de regulă, între două grupuri sau tabere adverse, și care se caracterizează printr-un complex de acte de violență, de îmbrânceli și loviri reciproce, aplicate la întâmplare, încât, este greu, din cauza îmbulzelii, a aglomerării de persoane, să se determine acțiunile fiecărui participant în parte; considerăm că această chestiune poate fi relativ ușor de soluționat din punct de vedere teoretic și mai anevoios în practică, unde lucrurile sunt mult mai complicate și complexe și, mai ales, *mult mai greu de dovedit.*

Pentru aceste considerente, opinăm că *soluția propusă de practica judiciară*, în sensul **incompatibilității dintre legitima apărare și încăierare**, ni se pare mai justificată, mai motivată în raport de situațiile de fapt specifice acesteia și de prevederile legale aplicabile, în special cele privitoare la însăși elementele constitutive ale infracțiunii de încăierare. Astfel, *elementul material al laturii obiective a încăierării* - denumită și *rix* - constă în *acțiunea de a participa, a lua parte la o încăierare* între mai multe persoane și *săvârșirea de acte de violență* de către toți participanții. Caracteristic și inerent încăierării sunt lovirile, îmbrâncelile, ruperea hainelor *fără să poată fi stabilite acțiunile comise de către fiecare participant* [23].

Deci, multitudinea de acțiuni aparținând mai multor persoane, *acțiuni care se împletesc în așa fel încât sunt greu de delimitat și nu se poate determina fiecare acțiune în parte*, [24] caracterizează elementul material și definește încăierarea ca infracțiune distinctă.

Date fiind *aceste caracteristici definitorii ale încăierării* - fără de care aceasta nu poate fi concepută și exista juridic - *este imposibil să se stabilească faptele fiecărui participant și, deci, a atacului inițial care ar legitima apărarea.* Această imposibilitate de stabilire a acțiunilor fiecărui participant, în materialitatea lor, apreciem că este de esența încăierării și o fac incompatibilă cu legitima apărare.

Atacul poate deveni injust și prin depășirea limitelor unei apărări proporționale cu gravitatea atacului inițial și cu împrejurările în care acesta a avut loc, situație în care apărarea devine un atac injust, neconform legii și atrage răspunderea penală a făptuitorului. Așa cum s-a arătat în literatura juridică [25], dacă agresorul nu poate invoca starea de legitimă apărare în cazul unei apărări proporționale, pentru că nu înfruntă un atac injust, în situația unei riposte făcute prin depășirea limitelor legitimei apărări, agresorul se vede la rândul său expus unui atac injust, care legitimează actul de apărare. Cu alte cuvinte **stării de legitimă apărare inițiale i se suprapune o a doua stare de legitimă apărare**, în care poziția subiecților este inversată: *atacuri corelative* [26]. De asemenea, s-a pus problema **dacă în cazul unei provocări din partea celui agresat, acesta mai poate invoca beneficiul legitimei apărări**.

Considerăm că *în cazul depășirii limitelor legitimei apărări, agresorul inițial poate invoca starea de legitimă apărare*, și cu atât mai mult *existența acestei stări o poate invoca și provocatorul*, a cărui faptă nu constituie un atac în sensul legii penale, care să justifice o apărare legitimă [27]. Prin urmare, *dacă riposta celui provocat întrunește condițiile atacului, poate justifica reacția de apărare legitimă a provocatorului*, în favoarea celui care răspunde la provocare prin atac putând să se rețină așa - numita *scuză a provocării*, prevăzută de art. 75 alin. (1) lit. a). N.C.p.

4. Admisibilitatea legitimei apărări împotriva unui atac injust al funcționarului public

Lumea juridică s-a preocupat îndelung și de chestiunea dacă în fața unui atac injust, din partea unui organ al autorității publice, este posibilă o ripostă în condițiile stării de legitimă apărare. Deși părerile au fost împărțite, opinia dominantă [28] este că **un atac injust al unui funcționar public dă dreptul celui împotriva căruia este îndreptat să riposteze**, urmând a beneficia de efectele legitimei apărări. Istoricul disputei [29] asupra acestei chestiuni prezintă mai puțină importanță astăzi, câtă vreme sistemul legislativ promovează un stat de drept, pus în slujba intereselor generale ale societății, dar și în slujba cetățeanului, care are libertatea de a se opune oricăror atacuri injuste, și cu atât mai mult dacă vin din partea reprezentanților autorității publice, deoarece principala lor îndatorire legală este tocmai de a respecta și a asigura respectarea drepturilor cetățenilor și a persoanelor în general.

Dacă în *fază incipientă* [30] de recunoaștere legală a dreptului la ripostă împotriva unui act ilegal al funcționarului public [31], *unica modalitate* de realizare a acestuia era *sesizarea instanțelor competente* [32], *riposta directă, fizică* fiind considerată *o rebeliune, o negare a ordinii sociale* [33], deci ilegală la rândul său; astăzi acest drept la apărare este recunoscut de majoritatea legislațiilor contemporane.

Convenția Europeană a Drepturilor Omului în art. 1, *Obligația de a respecta drepturile omului*, prevede că: „Înaltele Părți Contractante recunosc oricărei persoane aflate sub jurisdicția lor drepturile și libertățile definite în Titlul I al prezentei Convenții” [34]; articol în temeiul căruia **Curtea Europeană** a statuat că „**responsabilitatea unui stat poate fi angajată pentru actele tuturor organelor, agenților sau funcționarilor săi**, cu motivarea că, așa după cum se admite în general în dreptul internațional, nu interesează rangul acestora, pentru că actele persoanelor care acționează în cadrul funcțiilor lor oficiale sunt, în orice caz, imputabile statului căruia ele aparțin. În special obligațiile care incumbă statelor pe temeiul Convenției pot să fie încălcate de persoane care exercită funcții oficiale ce le-au fost încredințate” [35]. Tot Curtea, cu ocazia judecării unor cauze - **pe temeiul art. 2 para. 2 (autorizarea cauzării morții prin utilizarea forței) CEDO** - a stabilit, cu statut de principii, o serie de reguli care trebuie avute în vedere de statele contractante și de agenții lor în asemenea situații. Astfel, *statelor le revine obligația pozitivă să creeze un cadru juridic adecvat pentru a oferi un nivel de protecție a dreptului la viață impus de o societate democratică*, [36] *crearea unui sistem de garanții adecvate și efective împotriva arbitrarului și abuzului de forță de orice fel*, [37] *operațiunile ce pot presupune moartea unor persoane trebuie pregătite și controlate de autorități, încât recurgerea la forță să fie redusă la minim, în măsura posibilului*, [38] *recurgerea la forță trebuie să fie absolut necesară*, [39] *recurgerea la forță se admite doar dacă se bazează pe convingerea neîndoielnică și rezonabilă cu privire la existența unei situații periculoase* [40]. **Curtea realizează un control strict** ori de câte ori sunt invocate asemenea **excepții de la dreptul la viață**.

Întorcându-ne la doctrină, I. Tanoviceanu, susținea, referindu-se la **atacul injust: "...legea nu distinge din partea cui vine: a unui particular ori a vreunui funcționar public și unde legea nu distinge, nici noi nu trebuie să distingem"** [41] sau, altfel spus, legea ține seama de legitimitatea intrinsecă a actului și nu de calitatea celui care îndeplinește acest act. Deși funcționarul este prezumat a cunoaște mai bine legea pe care o aplică, "când cetățeanul cunoaște cu siguranță ilegalitatea actului funcționarului, el are dreptul să se împotrivescă pe riscul și pericolul său", fiind "în interesul public ca cetățeanul să aibă dreptul de rezistență, și la caz de trebuință pe acela de legitimă apărare" [42]. De asemenea, același profesor, I. Tanoviceanu considera, pe bună dreptate, că **atacul funcționarului public**

este cu atât mai injust (comparativ cu atacul provenind de la un particular), **cu cât acesta săvârșește, concomitent, și o abatere de la datorია sa de funcționar**, acesta fiind plătit și însărcinat de cetățeni să-i apere de atacurile injuste, iar nu pentru ca el însuși să comită astfel de atacuri.

Atacul injust al funcționarului public generează stare de legitimă apărare, [43] iar reacția celui agresat nu poate fi considerată infracțiune, nici chiar infracțiunea specială de ultraj - cu sau fără violență - deoarece apărarea nu contestă autoritatea sau legitimitatea acestuia, ci fapta injustă a funcționarului abuziv care, încălcând în mod deliberat legea, se situează el însuși în afara autorității al cărei reprezentant este.

Dacă este admisă starea de legitimă apărare împotriva agresiunilor injuste ale reprezentanților autorității, în principiu, implicit se află în legitimă apărare și cel care intervine pentru apărarea persoanei altuia, a drepturilor acesteia ori pentru apărarea unui interes general împotriva unui asemenea atac [44].

Cu privire la aprecierea caracterului just sau injust al actelor autorității s-au analizat și propus diverse variante de soluționare, inclusiv variante intermediare [45]; în doctrina penală română [46] fiind acreditată și însușită teoria susținută de profesorul V. Dongoroz, [47] potrivit căreia „**poate să existe legitimă apărare contra unui atac injust, venit din partea unui organ sau unei autorități publice atunci când atacul este vădit ilegal, arbitrar și făcut fără paza formelor legale**”.

Deși suntem tentați să apreciem acest atribut: vădit - inspirat din doctrina italiană și propus în doctrina franceză ca soluție intermediară în aprecierea injusteții actelor autorității (termenul uzitat fiind un sinonim al celui de *vădit*, respectiv: *manifest*) [48] - a fi o *adăugare la lege*, deci *nejustificat*, din cauza faptului că legiuitorul nu a înțeles să-l prevadă în mod expres, nici măcar excepțional; *considerăm totuși că este firesc, ca împotriva actelor autorității să nu se riposteze cu ușurință, cu lejeritate deoarece aceasta ar echivala cu o sfidare, o încălcare a legii însași.*

Pentru același considerent, apreciem că este întemeiată și opinia [49] potrivit căreia atacul săvârșit de organul autorității având o aparență de legalitate, (dar care, de fapt, este un act ilegal), nu trebuie să legitimeze apărarea dacă există o altă cale de atac, cum ar fi posibilitatea plângerii la organele ierarhic superioare, sesizarea instanțelor judecătorești, etc., deoarece, în practică, persoanele nu au posibilitatea de a verifica imediat și în profunzime dacă acele acte ale autorității sunt legale sau nu (precum în cazul unui mandat de arestare care prezintă anumite neregularități, ce pot atrage anularea sa [50]). De aceea, suntem de acord că "ceea ce dă caracterul de arbitrar actelor funcționarilor publici și deci legitimează rezistența nu poate fi decât abuzul săvârșit prin acte efectuate fără observarea și în disprețul formelor prescrise de lege sau cu vădită incompetență" [51]. Tot în susținerea acestui punct de vedere s-a mai spus [52] că, în măsura în care există posibilitatea plângerii la organele superioare, atacul respectiv nu va justifica o apărare legitimă, altfel s-ar ajunge să se admită că victima unei erori judiciare, ar fi în stare de legitimă apărare, dacă omoară un gardian pentru a-și redobândi libertatea.

Calitatea de subiect activ calificat, de reprezentant al autorității determină prevederea atacului injust săvârșit de acesta ca infracțiune specifică sau ca formă agravantă a variantei tip, tocmai din cauza importanței deosebite a valorilor sociale astfel periclitate, ce constituie obiectul juridic generic al acestor fapte, precum *relațiile sociale privind înfăptuirea justiției*, relațiile sociale privind *corectitudinea funcționarului public în îndeplinirea obligațiilor de serviciu*, relațiile sociale privind *egalitatea în drepturi și nediscriminarea persoanelor*, etc.

În toate cazurile, stabilirea caracterului just sau injust al atacului constituie o problemă de fapt, însă doar prin raportarea la ceea ce este just, la ceea ce dreptul îngăduie sau interzice. În această operațiune trebuie să se țină seama de o serie de elemente, precum: cauza atacului, de starea psihică a agresorului, precum și a celui agresat, importanța valorii sociale împotriva căreia a fost îndreptat atacul, de relațiile anterioare dintre agresor și persoana atacată, etc. [53].

Unele **acțiuni sau inacțiuni prevăzute sau permise** - implicit sau explicit - de lege, **nu sunt considerate atacuri injuste**. Astfel, *agresivitatea manifestată în anumite dispute sportive (box, judo, karate etc.) - în limitele regulamentelor - nu constituie un atac injust*, tocmai datorită faptului că este prevăzută și permisă de aceste regulamente, cunoscute și acceptate de toți jucătorii [54]. Transgresarea limitelor acestora, însă, este injustă și dă naștere stării de legitimă apărare (e.g.: lovirea adversarului în afara ringului de box).

Sunt considerate, de asemenea, atacuri juste, reținerea unei persoane care a săvârșit o infracțiune flagrantă, arestarea preventivă în cazurile și în condițiile prevăzute de lege, efectuarea percheziției domiciliare cu respectarea normelor Codului de procedură penală, etc.

Deci, **atacul este considerat întotdeauna just dacă este săvârșit în baza unui drept sau a unor dispoziții legale, în limitele și condițiile prevăzute de acestea.**

Concluzii

Cunoașterea cât mai fidelă a tuturor condițiilor impuse de lege legitimei apărări, dar și a celorlalte cauze justificative și de neimputabilitate reprezintă un deziderat atât pentru juriști în vederea înfăptuirii unei justiții corecte, dar și pentru toate persoanele, la modul generic, pentru a-și putea apăra legitim valorile ocrotite și a nu se transforma din victime în agresori.

Atacul este injust în măsura în care *nu are nici un temei juridic*; nefiind însă necesar ca acesta să conștă într-o infracțiune. Lipsa temeiului juridic al atacului nu privește doar *inexistența dreptului* de a avea sau nu o anumită conduită, ci și în cazul când acest drept există, *modalitatea sau mijloacele de exercitare* ale acestuia *sunt contrare legii*.

Caracterul injust, unul dintre cele mai importante atribute ale atacului constituie și *principala diferență dintre legitima apărare și starea de necesitate*. Catalogarea atacului ca injust se poate realiza doar în măsura în care *atacatorul are capacitatea psihică să discearnă* acest aspect. Dacă cel agresat *nu cunoaște că atacatorul este iresponsabil* se va afla pe tărâmul *legitimei apărări*, în timp ce *cunoașterea iresponsabilității agresorului* va determina aplicarea *stării de necesitate*.

Răspunsul la întrebarea *dacă atacul injust al unui funcționar public poate legitima o apărare în condițiile art. 19 N.C.p. este indiscutabil afirmativ*, sens în care am evidențiat că majoritatea legislațiilor moderne - inclusiv Convenția Europeană a Drepturilor Omului, prevăd astfel de dispoziții.

În cazul încăierărilor, concluzia este cea a inadmisibilității legitimei apărări din cauza caracteristicilor acestora, a multitudinii de atacuri concomitente și a imposibilității practice de a se stabili faptele fiecărui participant; deci a atacului inițial care ar legitima apărarea.

Studiului comparativ întreprins cu *legislația moldavă*, ne-a permis observarea critică a *lipsei prevederii caracterului injust al atacului*, motiv pentru care, având în vedere și importanța sa deosebită pentru instituția legitimei apărări, am propus, *de lege ferenda*, includerea acestuia printre cerințele atacului și în Codul penal al Republicii Moldova.

Referințe

- [1] A se vedea Art. 19 alin. (2) din Noul Cod penal, <http://legeaz.net/noul-cod-penal/art-19>;
- [2] D.E. Răducan-Morega, „Atacul - condiție esențială a legitimei apărări și în cazul infracțiunilor privind frontiera de stat” - Criminalitatea transfrontalieră la granița dintre prezent și viitor”, Editura ET. D.K.K., Debrețin, 2009, p. 249. În același sens, a se vedea și: I. Tanoviceanu, *Tratat de drept și procedură penală*, vol. I., ed. a 2-a, Ed. Curierul judiciar, București, 1924, p. 898 - 899, V. Dongoroz, S. Kahane, I. Oancea, I. Fodor, N. Iliescu, C. Bulai, R. Stănoiu, *Explicații teoretice ale Codului penal român. Partea generală*, vol. I, Ed. Academiei, București, 1969; p. 352, V. Dobrinioiu, Gh. Nistoreanu, I. Pascu, Al. Boroș, I. Molnar, V. Lazăr, *Drept penal, partea generală*, Ed. Europa Nova, București, 1997, p. 292, M.A. Hotca, *Codul Penal. Comentarii și explicații*, C.H. Beck, București, 2007, p. 517; F. Streteanu, *Drept penal. Partea generală*, vol. I, Ed. Rosetti, București, 2003, p. 412;
- [3] V. Dongoroz și colab., op. cit., p. 352, T. Vasiliu, G. Antoniu, Șt., Daneș, Gh. Dăringă, D. Lucinescu, V. Papadopol, D. Pavel, D. Popescu, V. Rămureanu, *Codul penal comentat și adnotat, partea generală*, Ed. Științifică, București, 1972, p. 333, F. Streteanu, op. cit., p. 415, M.A. Hotca, op. cit., p. 520, M. Udrioiu, *Fișe de drept penal, Partea generală, Noul Cod penal, ed. a II-a*; Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 126;
- [4] Pentru detalii privind noțiunea de „infracțiune”, a se vedea E.G. Simionescu, *The concept of offense in the new criminal code*, AGORA International Journal of Juridical Sciences, nr. 3/2013, Oradea, pp. 169-179; E.G. Simionescu, *Drept penal. Partea generală*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 2014, pp. 64-75.
- [5] V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, UTET, Torino, 1933, p. 290, 300 apud V.A. Ionescu, *Legitima apărare și starea de necesitate*, Ed. Științifică, București, 1972, p. 80;
- [6] I. Oancea, *Drept penal, partea generală*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1971, p. 248;
- [7] V. Dongoroz și colab., op. cit., loc. cit.;
- [8] D.E. Răducan-Morega, op. cit., p. 249; în același sens: M. Udrioiu, op. cit., p. 125,
- [9] I. Tanoviceanu, op. cit., p. 899;
- [10] V.A. Ionescu, op. cit., p. 77;
- [11] V. Dongoroz și colab., op. cit., p. 352;
- [12] Art. 36 alin. (2) Cod penal al Republicii Moldova, <http://lex.justice.md/md/331268/>;
- [13] Stela Botnaru, A. Savga, V. Grosu, M. Grama, *Drept penal. Partea generală*. Vol. I, Ed. Cartier Juridic, Chișinău, 2005, p. 299-300;
- [14] N.T. Buzea, *Infracțiunea penală și culpabilitatea*, Ed. Sabin Solomon, Alba Iulia, 1944, p. 368, R. Garraud, *Précis de droit criminel*, Paris, Sirey, 1912, p. 246, para. 115, <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k4156089/f3.image>, consideră că "Dreptul de apărare poate exista chiar dacă dreptul de a pedepsi nu există. Astfel, dacă un copil sau un nebun ne atacă, noi avem dreptul de a ne apăra împotriva lor, chiar

dacă societatea nu are dreptul de a-i pedepsi, pentru că sunt inconștienți."

- [15] F. Streteanu, op. cit., p. 414, G. Antoniu, *Vinovăția penală*, p. 282, apud F. Streteanu, op. cit., loc. cit., Al. Mariș, Al. Cheptea, *Legitima apărare. Aspecte subiective*, în: Probleme actuale ale științelor socio-umane în condițiile integrării europene. Materialele conferinței teoretico-științifice internaționale, Chișinău, 2006, pp. 878 - 884, p. 880;
- [16] A se vedea detalii cu privire la termenul „minor”, în: E.G. Simionescu, *Minorul - subiect de drept penal*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 2014, pp. 10-19;
- [17] V.A. Ionescu, op. cit., pp. 77 - 78, V. Dongoroz și colab., op. cit., p. 352; M.A. Hotca, op. cit., pp. 518 - 519, C. Mitrache, C. Mitrache, *Drept penal român. Partea generală*, Universul Juridic, București, 2009, p. 147, M. Udriou, op. cit., p. 126;
- [18] Matei Basarab, *Drept penal. Partea generală*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1983, p. 145;
- [19] A se vedea și: M.A. Hotca, op. cit., p. 519;
- [20] Decizia nr. 1455/1961 a Trib. Supr., Col. pen., (nepublicată) apud V.A. Ionescu, op. cit., p. 84;
- [21] V. Dongoroz și colab., op. cit., p. 358, V.A. Ionescu, op. cit., p. 84, M.A. Hotca, op. cit., p. 521;
- [22] O. Loghin, T. Toader, *Drept penal român. Partea specială.*, ed. a III-a, Ed. „Șansa” SRL, București, 1998, p. 578;
- [23] H. Diaconescu, *Drept penal. Partea specială.*, Vol. I, Ed. Themis, Craiova, 2000, p. 320;
- [24] T. Toader, *Drept penal român. Partea specială.*, ed. a V-a, Ed. Hamangiu, București, 2010, p. 472;
- [25] V.A. Ionescu, op. cit., p. 83;
- [26] V. Dongoroz și colab., op. cit., p. 358;
- [27] În același sens: R. Garraud, op. cit., p. 247 - 248;
- [28] I. Tanoviceanu, op. cit., p. 902, V.A. Ionescu, op. cit., p. 87, V. Dongoroz, op. cit., p. 361, T. Vasiliu și colab., op. cit., p. 333, C. Bulai în C. Bulai, A. Filipaș, C. Mitrache, *Instituții de drept penal*, Ed. Trei, București, 2001, p. 158, V. Dobrinioiu și colab., op. cit., p. 293, C. Mitrache, C. Mitrache, op. cit., pp. 146 -147, M.A. Hotca, op. cit., p. 519, F. Streteanu, op. cit., p. 413;
- [29] În acest sens: I. Tanoviceanu, op. cit., p. 900 și urm;
- [30] *Declarația Drepturilor Omului și ale Cetățeanului*, de la 1789, http://www.dadalos.org/rom/menschenrechte/grundkurs_2/Materialien/dokument_4.htm, prevedea în art. 7 că: “Nici un om nu poate fi acuzat, arestat, nici deținut decât în cazurile stabilite prin lege și după formele prescrise de ea. Cei care solicită, dau, execută sau fac să se execute ordine arbitrare trebuie pedepsiți; dar orice cetățean somat sau arestat în virtutea legii trebuie să se supună imediat; dacă opune rezistentă, el se face vinovat.”, iar în art. 15 că: “Societatea are dreptul să ceară socoteală oricărui funcționar public pentru modul în care își îndeplinește funcția.”
- [31] Pentru detalii privind conceptul de „funcționar public”, a se vedea E.G. Simionescu, P. Dungan, *Funcționarul public și răspunderea penală în noul Cod penal și în legile speciale*, Editura Hamangiu, București, 2016, pp. 22-39;
- [32] A se vedea soluțiile date în cauzele jurisprudenței franceze mai vechi, menționate de R. Garraud, op. cit., p. 246;
- [33] Citări ale lui R. Garraud din pledoariile cauzelor amintite, R. Garraud, op. cit., p. 247;
- [34] Convenția Europeană a Drepturilor Omului, http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf;
- [35] Cauza *Wille c. Liechtenstein*, Decizia din 28 octombrie 1999, citată de C. Bîrsan, *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2010, p. 22;
- [36] Cauza *Makaratzis c. Greciei*, Decizia din 20 decembrie 2004, para.71, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-67820#{%22itemid%22:\[%22001-67820%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-67820#{%22itemid%22:[%22001-67820%22]});
- [37] Ibidem, para 58;
- [38] Cauza *McCann și alții c. Regatului Unit al Marii Britanii*, Decizia din 27 septembrie 1995, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57943#{%22itemid%22:\[%22001-57943%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57943#{%22itemid%22:[%22001-57943%22]}), para.194;
- [39] Ibidem, para. 200;
- [40] Idem;
- [41] I. Tanoviceanu, op. cit., p. 902;
- [42] Ibidem;
- [43] În acest sens, a se vedea și: T. Vasiliu și colab., op. cit., p. 333, V. Dobrinioiu, Gh. Nistoreanu și colab., op. cit., p. 293, M.A. Hotca, op. cit., p. 519;
- [44] A se vedea cazurile din jurisprudența Angliei și Belgiei, citate în acest sens de I. Tanoviceanu, op. cit., p. 903 - 906;
- [45] A se vedea, în acest sens: I. Tanoviceanu, op. cit., p. 906, V.A. Ionescu, op. cit., p. 87;
- [46] V. Dongoroz, op. cit., p. 361, V.A. Ionescu, op. cit., p. 88, F. Streteanu, op. cit., p. 413, C. Mitrache, C. Mitrache, op. cit., p. 146 - 147;
- [47] V. Dongoroz, op. cit., loc. cit.;
- [48] V.A. Ionescu, op. cit., p. 87;
- [49] Ibidem, p. 88;
- [50] În acest sens și F. Streteanu, op. cit., p. 413;
- [51] I. Tanovioceanu, op. cit., p. 908;
- [52] A se vedea distincțiile făcute de I. Tanovioceanu, op. cit., p. 926 privind existența sau inexistența legitimei apărări în cazul celui care ucide gardianul pentru a fugi din închisoarea în care se afla pe nedrept;
- [53] A se vedea: T. Vasiliu și colab., op. cit., p. 333;

- [54] În același sens, a se vedea și dezvoltările din: *Juridical aspects of the exercises of a right or of the fulfillment of obligations*, de E.G. Simionescu, în: Annals of the „Constantin Brâncuși” University of Târgu Jiu, Letter and Social Science Series, Issue 2/2014, p. 35-41.