

Obligația contractuală și răspunderea penală pentru omisiuni

The contractual obligation and criminal responsibility for omissions

Drd. **Cristina NICORICI***
Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept

Abstract

An improper omission can not incur criminal liability in absence of an obligation which stems from law, convention or from a previous action or inaction of the agent that created a state of danger for the protected social value. The voluntary assumption of the obligation to protect or control the source of danger represents, however, much more than a civil contract concluded by two or various parties. As the express regulation of commission by omission of the Romanian Criminal Code is similar to the one provided by the Spanish criminal law, the perspective of the Spanish doctrine and jurisprudence is relevant for the study of this institution.

Keywords: *improper omission; commission by omission; contractual obligation; voluntary assumption of responsibility; civil contract.*

Rezumat

Răspunderea penală pentru omisiunea improprie nu poate fi angajată în absența unei obligații de garant care derivă din lege, din contract sau dintr-o acțiune sau inacțiune anterioară a agentului care a creat o stare de pericol pentru valoarea socială ocrotită. Asumarea voluntară a obligației de protecție sau de control a sursei de pericol reprezintă însă mult mai mult decât un contract civil încheiat între două sau mai multe persoane. Întrucât reglementarea expresă a comisiunii prin omisiune din Codul penal român este asemănătoare cu cea din dreptul penal spaniol, perspectiva doctrinei și a jurisprudenței din Spania este relevantă pentru studiul acestei instituții.

Cuvinte cheie: *omisiune improprie, comisiune prin omisiune, obligație contractuală, asumare voluntară a obligației, contract civil.*

I. INTRODUCERE

Conceptul de comisiune prin omisiune, denumit și omisiune improprie, nu este nou în spațiul juridic românesc, fiind acceptat sub imperiul Codului penal anterior de către doctrină și jurisprudență, chiar dacă nu se bucura de o reglementare expresă. Odată cu consacrarea în noul Cod penal român, în art. 17, a acestei figuri juridice, se impune analiza atentă a doctrinelor europene care au consacrat-o. Dintre toate, spațiul juridic spaniol a influențat în mod decisiv reglementarea română, art. 17 fiind inspirat din art. 11 din Codul penal spaniol. Prin urmare, acest studiu își propune să analizeze unul dintre izvoarele poziției de garant prin perspectiva doctrinei dar și a jurisprudenței spaniole.

După cum s-a arătat în doctrină, când actul de conduită constă într-o omisiune, el nu realizează elementul material al infracțiunii comisive decât dacă există obligația de a nu rămâne în pasivitate în ceea ce privește îndeplinirea unei anumite activități¹. Diferența dintre omisiunea proprie și omisiunea improprie este că în cazul omisiunii improprie agentul are o obligație de garant civilă, administrativă, în tot cazul extrapenală, spre deosebire de omisiunea proprie, care presupune o obligație penală de a acționa stabilită în sarcina agentului. Conform art. 17 din Codul penal român², obligația de a acționa poate

* cristina.nicorici93@e-uvt.ro.

¹ L. Lefterache, *Drept penal. Partea generală*, Editura Hamangiu, București, 2016, p. 156.

² „Art. 17: Săvârșirea infracțiunii comisive prin omisiune

Infracțiunea comisivă care presupune producerea unui rezultat se consideră săvârșită și prin omisiune, când:

a) există o obligație legală sau contractuală de a acționa;

izvorî din lege, din contract, sau dintr-o acțiune sau inacțiune anterioară a agentului care a creat pentru valoarea socială ocrotită o stare de pericol ce a înlesnit producerea rezultatului. După cum se poate observa, reglementarea izvoarelor poziției de garant în Codul penal român, la fel ca în Codul penal spaniol, reprezintă consacarea teoriei formale a obligațiilor juridice determinate, care presupune reglementarea unor izvoare exprese și, teoretic, bine delimitate, cum sunt legea, contractul, conduita anterioară a agentului. Merită menționat chiar în treacăt că, opusă acestei teorii formale, în dreptul penal spaniol (sub influența doctrinei germane) se consideră³ în prezent că ar trebui să prevaleze teoria funcțiilor (Armin Kaufmann), care fundamentează poziția de garant nu pe izvoarele formale, ci pe izvoarele materiale. Teoria funcțiilor (Armin Kaufmann) identifică funcțiile garantului ca fiind următoarele: funcția de protecție, funcția de custodie, funcția de supraveghere a diferitelor surse de pericol⁴. Această teorie pledează pentru o reglementare mai laxă a izvoarelor pozițiilor de garant care ar evita problemele de strictețe pe care teoria formală le aduce. Însă, pe de altă parte, s-a reținut în doctrina română⁵ că o interpretare enumerativă și nu limitativă a surselor poziției de garant ar ridica problema compatibilității acesteia cu principiul legalității incriminării.

Comisiunea prin omisiune are în latura obiectivă trei elemente fundamentale de imputare obiectivă: poziția de garant, producerea unui rezultat și posibilitatea de a îl evita⁶. Asumarea unei poziții de garant, care în general va garanta protecția unui bun juridic determinat sau a unei persoane, dar care va putea asuma de asemenea funcții de supraveghere și de control a unui pericol sau risc se poate face prin contract, caz în care nu ar exista dubii cu privire la izvorul obligației juridice⁷. Deși la prima vedere lucrurile nu par complicate, fiind vorba despre un acord contractual care dă naștere la drepturi și obligații în sarcina părților, în realitate denumirea acestui izvor ca fiind „contract” ne face să gândim termenii de analiză a obligației de a acționa în spectrul dreptului civil, nu tocmai potriviți cu rigoarea și exigențele dreptului penal substanțial, după cum vom vedea în cele ce urmează.

II. ELEMENTELE OBLIGAȚIEI CONTRACTUALE – POZIȚIA CLASICĂ

Ne asumăm zilnic diverse obligații prin contracte civile, dar trebuie reflectat în ce măsură un simplu acord contractual constituie prin el însăși un motiv suficient pentru a atrage răspunderea penală a celui care nu îndeplinește obligația respectivă.

S-a arătat⁸ că obligația de garant nu ar putea să derive din orice relație contractuală, ci doar din acele contracte al căror conținut esențial atribuie uneia dintre părți o poziție de încredere cu datorii de protecție, de custodie sau de îngrijire. Contractul, ca izvor al obligației de garant, presupune asumarea voluntară a unei obligații de protecție a unui bun juridic⁹. Discutăm deci despre comportamentul ce

b) autorul omisiunii, printr-o acțiune sau inacțiune anterioară, a creat pentru valoarea socială protejată o stare de pericol care a înlesnit producerea rezultatului”.

³ M. Á. Núñez Paz, *Los delitos de omisión (Infrațiunile de omisiune)*, tirant lo blanc, Valencia, 2016, p. 29.

⁴ M. Á. Núñez Paz, *op. cit.*, p. 29, nota de subsol 60. Nu este locul aici pentru a prezenta pe larg argumentele uneia sau alteia dintre teorii, dar merită menționat că teoria izvoarelor materiale a apărut ca răspuns la excesivul formalism al izvoarelor clasice, chestiune ce va fi atinsă tangențial în acest studiu, referitor la obligația contractuală. În dreptul penal român, această teorie a fost adusă în dezbaterile doctrinei de F. Streteanu, D. Nițu, *Drept penal. Parte generală*, Editura Universul Juridic, București, 2014.

⁵ M.I. Mărculescu-Michinici, M. Dunea, *Drept penal. Parte generală. Curs teoretic și practic în domeniul licenței (I)*, Editura Hamangiu, București, 2017, pp. 548-549. Pentru o prezentare a poziției doctrinei române în acest sens, a se vedea C. Nicorici, *Izvoarele poziției de garant în perspectiva doctrinei române de drept penal*, în „*Studii și cercetări juridice europene*”, Timișoara, 2019, pp. 615 și urm.

⁶ M.Á. Núñez Paz, *op. cit.*, p. 29.

⁷ D.-M. Luzón Peña, *Omisión impropria o comisión por omisión (Omisiune improprie sau comisiune prin omisiune)*, în „*Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*” (*Revista Fundației Internaționale de Științe Penale*), nr. 6/2017, p. 190.

⁸ C.-A. Domocoș, *Fapta omisivă și reglementarea ei în legea penală română*, Editura Universul Juridic, București, 2010, pp. 296-297, S. Mir Puig, *Derecho penal. Parte general (Drept penal. Parte generală)*, ed. a 8-a, Editorial Rrepertor, Barcelona, 2006, p. 323, H. Welzel, *Derecho penal. Parte general (Drept penal. Parte generală)*, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1956, p. 207.

⁹ M.A. Ulloa, *La omisión, comisión por omisión y posición de garante (Omisiunea, comisiunea prin omisiune și poziția de garant)*, în „*Encuentro*” (*Întâlnire*), nr. 54/2000, p. 37.

trebuie îndeplinit în mod legal, iar obligația de îndeplinire a acestuia rezultă în principiu din acordul bilateral al părților¹⁰.

Contractul este izvor de obligații cu caracter privat, dar nu din orice contract rezultă o obligație juridică cu caracter penal (adică o poziție de garant)¹¹. Același autor oferă exemplul unui contract de vânzare în care cumpărătorul nu plătește prețul și, generându-se situația de insolvență a vânzătorului, acesta se sinucide. Este evident în acest caz că cumpărătorul nu va fi făcut responsabil deși exista un contract între cei doi. Este însă de reflectat care ar fi soluția dacă, prin absurd, părțile ar fi inserat o clauză care prevede că cumpărătorul răspunde de decesul vânzătorului, cauzat de neplata prețului. Consider că o astfel de clauză nu ar putea atrage răspunderea penală, deoarece chiar plata prețului de către cumpărător nu ar fi împiedicat producerea rezultatului, care a fost cauzat de acțiunea vânzătorului de a se sinucide. Dacă însă este inserată în contract obligația cumpărătorului de plată a prețului, cu care vânzătorul urma să își procure sau să își plătească un tratament vital care i-ar fi salvat viața, și cumpărătorul refuză să plătească prețul, iar vânzătorul decedează? Am putea în acest caz să angajăm răspunderea penală a cumpărătorului pentru un omor comis prin omisiune? Dacă privim această clauză strict din perspectiva dreptului civil, s-ar putea aprecia că nu este valabilă, fiind contrară bunelor moravuri. Dacă însă o analizăm din perspectiva asumării voluntare a obligației de protecție, atunci pare că cumpărătorul se găsește în poziție de garant.

Obligația de garant poate fi asumată prin acord bilateral cu una sau mai multe persoane, sau poate fi o asumare unilaterală din partea garantului. Dacă o asumare prin acord bilateral nu ridică probleme referitor la sursa obligației de a acționa, care este reprezentată de acordul părților, asumarea unilaterală a obligației pare o situație mai degrabă atipică. Din punctul de vedere al unor autori¹², în situația asumării unilaterale a unor obligații, discutăm în realitate despre un pact tacit între agent și colectivitate, în vreme ce alți autori resping posibilitatea de asumare unilaterală¹³. Prin urmare, se concluzionează¹⁴ că doar contractele care impun o dependență directă între părți pot fi izvorul unei poziții de garant, sau, cu alte cuvinte, doar acele contracte care, prin natura lor, impun uneia dintre părți o obligație de a acționa exclusivă, de protecție a unui bun juridic și, pe de altă parte, poziționează pe una dintre părți într-o stare de dependență față de îndeplinirea obligației de către cealaltă parte. Poziția de garant rezultă din asumarea efectivă a obligației de a acționa și doar atunci când începe efectiv situația periculoasă pentru care trebuie să intervină poziția de garant¹⁵ (se oferă exemplul ghidului care refuză să meargă mai departe când traseul devine periculos, și căruia nu îi poate fi atrasă răspunderea penală dacă turistul continuă să se aventureze pe acel traseu și decedează sau i se întâmplă un accident).

Obligația contractuală derivată din exercițiul anumitor profesii sau din operarea cu anumite mașinării impun anumitor persoane determinate obligația de a împiedica producerea unui rezultat

¹⁰ M.P. Nvarrete, *Lecciones de Derecho Penal. Parte general (Lección de derecho penal. Parte generală)*, ed. a 2-a, Tecnos, Madrid, 2016, p. 87, apud. S.B. Araújo Rebouças, *Responsabilidad penal por omisión del órgano directivo de la empresa: fundamentos de imputación (Responsabilitatea penală pentru omisiunile organului director al societății: fundamente de imputare)*, teză de doctorat, p. 158, disponibil online la <https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/69079>.

¹¹ P.G. Toledo, *El delito de omisión impropia (Infrațiunea de omisiune improprie)*, Universidad de Chile, Santiago, 2009, p. 127, H.B. Chorres, *La imputación objetiva en la comisión por omisión (Imputarea obiectivă în comisiunea prin omisiune)*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú, 2005, p. 70.

¹² D.-M. Luzón Peña, *op. cit.*, p. 200. Se face distincția între situația medicului de la urgențe care își asumă o obligație generală de ajutor de a primi și îngriji pe cei care apelează la acest serviciu, ceea ce ar presupune o obligație generală, și nu una de garant, pentru că obligația de garant trebuie să fie asumată față de o persoană concretă pentru a fi valabilă, cum ar fi situația în care discutăm despre o persoană incapabilă să solicite ajutor. Așadar, acest autor respinge ideea că neîndeplinirea obligației medicului de la urgențe ar atrage doar răspunderea pentru o infracțiune de lăsare fără ajutor a unei persoane aflate în dificultate. A se vedea, în același sens, P. F. Cabana, *Omisión del deber de socorro. Especial referencia a la negativa al tratamiento médico (Omisiunea obligației de ajutor. Referință specială la refuzul tratamentului medical)*, în „Lecciones de derecho sanitario” (Lección de drept sanitar), Universidade da Coruña, 1999, p. 528.

¹³ S. Mir Puig, *op. cit.*, p. 323.

¹⁴ P.G. Toledo, *op. cit.*, p. 128.

¹⁵ H. Welzel, *op. cit.*, p. 208

periculos¹⁶. Ca exemple de obligație contractuală în doctrina română¹⁷ s-au indicat obligația asumată prin contractul de întreținere (art. 2254 C. civ.), obligațiile asumate printr-un contract având ca obiect supravegherea unui minor sau a unei persoane puse sub interdicție.

III. CHESTIUNI DE DREPT CIVIL ÎN CONTEXTUL RĂSPUNDERII PENALE ÎN TEMEIUL OBLIGAȚIEI CONTRACTUALE DE A ACȚIONA

Când în dreptul civil discutăm despre un contract, una din primele chestiuni la care ne putem gândi este la nulitatea absolută sau relativă a acestuia. Dacă poziția de garant derivă dintr-un contract încheiat între părți, ce se întâmplă atunci când există o cauză de nulitate care afectează valabilitatea contractului, sau a clauzei care stipulează obligația de a acționa? Putem aprecia că obligația nu ar mai fi valabilă, și agentul ar fi absolvit de răspundere penală? În literatura de specialitate spaniolă¹⁸ se apreciază că poziția de garant care izvorăște din contract nu depinde de validitatea acestuia, ci de aceea că garantul își asumă faptic că va proteja un bun juridic determinat. De asemenea, opinia generală în literatura română¹⁹ este că poziția de garant nu ar putea depinde de valabilitatea din punct de vedere civil a contractului. Principalul argument în sprijinul acestei poziții este acela că răspunderea penală nu poate depinde de valabilitatea din punct de vedere civil al unei clauze sau a unui contract; contractul ca izvor al obligației de a acționa trebuie privit în sens material, adică trebuie analizat dacă agentul și-a asumat obligația de protecție și consecințele care decurg din aceasta. De altfel, și în literatura română s-a apreciat²⁰ că nu vârsta copilului este determinantă în identificarea unei poziții de garant, ci posibilitatea lui efectivă de a își asuma această obligație. Pe de altă parte, alți autori apreciază că, deși o interpretare prea strictă a acestui izvor ar duce la un formalism excesiv și poate lăsa nesancționate situații care în mod rezonabil ar trebui incluse sub incidența normei legale, nu ar fi suficientă o formalizare a contractului în termeni de drept privat, ci importantă este asumarea obligației de protecție a unui bun juridic, dar ar trebui să se evite și efectul opus, și, prin urmare, ar trebui să se stabilească că este insuficientă obligația de a acționa dacă contractul este nul din cauza unei anumite formalități²¹. Se apreciază²² că în cazul în care contractul este lovit de nulitate, sau dacă există probleme de interpretare a contractului, ar trebui negată existența unei poziții de garant care să derive dintr-un astfel de contract.

O a doua chestiune care merită analizată este dacă obligația de a acționa rămâne valabilă în situația în care a încetat provizoriu perioada în care agentul trebuia să acționeze. Ne putem gândi la exemplul salvamarului sau al medicului care iese din tură și în fața căruia o persoană are nevoie de ajutor. Dacă colegul salvamarului sau al medicului care trebuia să preia următoarea tură întârzie, consider că acest profesionist are în continuare obligația de a acționa, dacă în fața lui o persoană are nevoie de ajutor. Dacă însă colegul a apărut în timp util, poziția de garant a fost transferată la acesta. Asemănător este exemplul dădacei care trebuie să stea cu copilul până la ora 17, urmând ca apoi să vină părinții să îl supravegheze, însă aceștia întârzie. S-a apreciat²³ în acest caz că dădaca nu este absolvită de răspundere penală, dar numai dacă înțelegem prin izvor contractual nu un contract în sensul pur de drept civil, ci faptul că agentul și-a asumat în mod voluntar o obligație de protecție care nu se supune regulilor din dreptul privat. Pe aceeași idee, dădaca care întârzie să ajungă la domiciliul minorului nu își asumă poziția de garant și, dacă minorului i se face rău, obligația de protecție este în sarcina părinților, care nu îl vor putea lăsa pe copil singur. Putem însă imagina și alte situații interesante. Spre exemplu, ce se întâmplă dacă părinții ajung la ora 16:30 și îi comunică dădacei că nu mai au nevoie de serviciile acesteia, însă aceasta rămâne încă zece

¹⁶ F. Muñoz Conde, M. García Aráan, *Derecho penal. Parte general (Drept penal. Partea generală)*, ed. a 8-a, tirant lo blansh, 2010, p. 245.

¹⁷ I. Nedelcu în *Codul penal. Comentariu pe articole*, de G. Bodoroncea, V. Cioclei, I. Kuglay ș.a., ed. a 2-a, Editura C.H. Beck, București, 2016, p. 93.

¹⁸ E.G. Ordeig, *La omisión en la dogmática penal alemana (Omisiunea în doctrina penală germană)*, în „*Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*” (*Anuarul de drept penal și științe penale*), 1997, p. 6, 10. Santiago Mir Puig, *op. cit.*, p. 323.

¹⁹ C.-A. Domocoș, *op. cit.*, p. 296.

²⁰ F. Streteanu, D. Nițu, *op. cit.*, p. 288.

²¹ M. Á. Núñez Paz, *op. cit.*, p. 57.

²² M. Aráuz Ulloa, *op. cit.*, p. 37.

²³ P. Gómez Toledo, *op. cit.*, p. 129.

minute, timp în care copilului i se face rău? Mai este dacă în poziție de garant, sau aceasta a fost preluată de părinți? Pare că în această situație, poziția de garant a fost preluată de părinți, din momentul în care aceștia i-au comunicat că dădacei că poate pleca. Dar dacă în contractul încheiat între dădacă și părinți era prevăzut expres faptul că în situația în care părinții sunt prezenți, toate obligațiile dădacei încetează? Putem observa cum în acest caz, tendința de a privi problema din perspectiva dreptului civil ne-ar face să răspundem că dădaca nu va mai răspunde penal, pentru că nu va mai fi în poziție de garant. Totuși, consider că în absența unei clauze contractuale care stabilește expres că odată cu prezența părinților încetează orice obligație a dădacei, aceasta va răspunde penal, pentru că și-a asumat voluntar o funcție de protecție a valorii sociale. De altfel, ar fi extrem de imoral ca părinții care nu acționează să răspundă pentru o infracțiune de omor, iar dădaca doar pentru o infracțiune de lăsare fără ajutor a persoanei aflate în dificultate. În măsura în care o astfel de clauză există, atunci consider excesiv să angajăm răspunderea penală a dădacei. Este de observat însă, raportat la aceste exemple, cât de dificil este de analizat când încetează obligația de a acționa izvorâtă dintr-un temei contractual.

O problemă asemănătoare este în ce măsură va răspunde penal agentul în situația în care contractul în care era prevăzută obligația acestuia de a acționa a ajuns la termen. Spre exemplu, a medicul rezident care are un contract de muncă pe perioadă determinată cu spitalul județean, și care a doua zi după ajungerea la termen a acestui contract, intră în spitalul județean echipat cu costumul de spital, va răspunde penal în situația în care apare un pacient cu o urgență, iar acesta nu intervine? Putem oare aprecia că în acest caz, medicul și-a asumat voluntar, eventual chiar unilateral o funcție de protecție a valorii sociale? Înclin spre un răspuns afirmativ, și consider că medicul și-a asumat în mod unilateral o obligație care fundamentează poziția de garant.

De asemenea, mai există situația în care contractul încetează, iar imediat după acest moment intervine o situație care ar presupune intervenția agentului. Spre exemplu, părinții, nervoși, o concediază pe dădacă, sau aceasta, supărată, își prezintă demisia, deci contractul a încetat, iar imediat după acest moment, copilului i se face rău, fiind evident că viața îi este pusă în pericol. Mai există oare în acest caz o obligație de a acționa în sarcina dădacei? În această situație, deși nu tocmai corect din punct de vedere moral, pare că asumarea materială a funcției de protecție a valorii sociale a încetat.

Mai putem imagina și altfel de situații la fel de problematice. Spre exemplu, ce se întâmplă dacă garantul își asumă obligații pe care în realitate nu le poate îndeplini, fiind conștient de acest fapt? Spre exemplu dădaca își asumă prin contract că are pregătire medicală de bază și că poate oferi asistență medicală în cazul copilului cu afecțiuni medicale speciale. După cum s-a arătat în doctrină²⁴, o condiție a poziției de garant este ca agentul să se abțină de la o acțiune aptă să împiedice rezultatul, deși intervenția sa era posibilă. Din moment ce dădaca nu avea pregătirea medicală pentru a interveni, putem spune că omisiunea acesteia (omisiunea de a face ceva ce nu putea să facă) este cauzală? Răspunsul pare a fi negativ. Totuși, din punct de vedere moral pare că dădaca ar trebui să răspundă penal, dar fapta relevantă penal pare a fi mai degrabă acțiunea acesteia de a declara că are pregătire medicală, deci de inducere în eroare, care îi determină pe părinți să nu angajeze o asistentă medicală.

După cum s-a arătat în literatura de specialitate²⁵, îndeplinirea obligației înseamnă respectarea legii, concretizându-se în raporturi juridice penale de conformare, iar neîndeplinirea acestora înseamnă încălcarea legii penale și deci, săvârșirea infracțiunii. Dacă analizăm un contract, se poate face distincția dintre obligații de mijloace și de rezultat. Agentul își asumă oare obligații de mijloace întotdeauna? Nu am putea aprecia că și-a asumat o obligație de rezultat? Spre exemplu, în situația cumpărătorului care nu plătește prețul contractului cu care vânzătorul dorea să își cumpere un medicament vital, obligația de plată a prețului este una de rezultat. În ceea ce privește asumarea unei obligații de mijloace, îndeplinirea acesteia ar trebui analizată prin raportare la standardele corespunzătoare (cum ar fi situația medicului care își asumă că va respecta toate procedurile medicale pentru a salva viața pacientului, nu că va salva viața pacientului).

În dreptul civil, în anumite situații, tăcerea valorează consimțământ. În ce măsură putem însă considera că acceptarea tacită a unei obligații de a acționa este valabilă pentru atragerea răspunderii

²⁴ C.-A. Domocoș, *op. cit.*, p. 343.

²⁵ V. Pașca, *Curs de drept penal. Partea generală*, Editura Universul Juridic, București, 2012, p. 168.

penale? După cum am arătat cu altă ocazie²⁶, chestiunea este puțin discutată în literatura de specialitate. Am arătat atunci exemplul problematic pe care îl oferă un autor²⁷: o petrecere la piscină, iar două colege, A și B, stau pe marginea piscinei. A îi spune lui B că nu știe să înoate, și că în mod normal nu ar sta pe marginea piscinei fiindu-i frică, dar știind că B este campioană la înot și că ar putea să o salveze, are curaj. Ce se întâmplă în situația în care B nu spune nimic, iar zece minute mai târziu A se împiedică și cade în apă, și decedează, deoarece nici B, nici ceilalți invitați la petrecere nu intervin. Am putea oare interpreta tăcerea lui B ca un consimțământ tacit prin care și-a asumat o funcție de protecție a lui A? Pare că totuși o astfel de interpretare ar părea excesivă. Dar ce facem în situația în care celelalte persoane prezente o cunoșteau pe B și știau și aceștia că este campioană la înot, iar motivul pentru care nu au intervenit este tocmai acesta? Pare că și în această situație, deși inacțiunile celorlalți s-au bazat pe informațiile pe care le aveau despre B, totuși răspunderea lui B nu va fi influențată. Însă, dacă B face un pas sau doi înspre piscină, dând impresia tuturor că intenționează să o salveze pe A, dar apoi renunță? S-a apreciat²⁸ că nu există nici un motiv pentru a agrava penal situația unuia care cel puțin încearcă să ajute pe altul, dacă aceasta nu crește pericolul și nici nu scade posibilitatea acordării altor ajutoare²⁹. Acest exemplu însă demonstrează că nu este necesar niciun consimțământ contractual (mai ales că victima nu ar fi într-o stare capabilă să îl dea) pentru a se justifica apariția poziției de garant; ceea ce ar fi necesar ar fi ca omisiunea agentului să împiedice intervenția altor ajutoare în sprijinul victimei.

Transferul sau delegarea poziției de garant generează o nouă poziție de garant tot în temeiul contractului. Însă, se apreciază că transferul obligației de garant nu îl eliberează întotdeauna pe garantul inițial de poziția de garant dacă acesta își păstrează o obligație de supraveghere sau de control a garantului ulterior³⁰. Și în literatura română³¹ s-a apreciat că garantul poate transfera obligația către o altă persoană, exemplul clasic fiind cel al părinților care transferă bonei obligația de îngrijire a copilului.

O altă chestiune interesantă se referă la posibilitatea de a angaja răspunderea penală în baza unor clauze contractuale vagi sau generale, cum ar fi cele în care se stipulează că părțile trebuie să acționeze cu bună-credință una față de cealaltă. Tribunalul Suprem spaniol admite legat de infracțiunea de înșelăciune o poziție de garant bazată pe relațiile de încredere stipulate în mod general într-un contract. Spre exemplu, prin sentința Tribunalului Suprem spaniol din 3 noiembrie 2010, s-a stabilit că este în poziție de garant cel care a generat o situație de încredere care reprezintă un risc pentru patrimoniul celeilalte persoane. De asemenea, prin sentința Tribunalului Suprem spaniol din 16 martie 2010 se discută că buna credință contractuală ar putea fi considerată ca fundamentul unei poziții de garant contractuale³². Tribunalul Suprem spaniol consideră de asemenea că funcția de director de bancă dă naștere unei poziții de garant întemeiată pe un izvor contractual. Prin sentința din 19.11.2012 se stabilește că faptul de a fi director la o bancă îi conferă celui care ocupă o astfel de funcție o poziție de garant inevitabilă, și că această persoană trebuie să vegheze, dat fiind contractul care stabilește relația acestuia cu unitatea bancară, și să fie cât mai responsabil referitor la toate operațiunile desfășurate, pentru ca sub supravegherea sa să nu se comită infracțiuni (în speță se discuta despre folosirea de documente false pentru a obține finanțare³³).

²⁶ C. Nicorici, *Fundamentul teoretic al comisiunii prin omisiune*, în „Caiete de Drept Penal” nr. 1/2019, p. 49-50.

²⁷ L. Alexander, *Criminal Liability for Omissions: An Inventory of Issues*, University of San Diego, School of Law, Public Law and Legal Theory, 2000-2001, disponibil online la http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=270451.

²⁸ C.-A. Domocoș, *op. cit.*, p. 296, S. Mir Puig, *op. cit.*, p. 323.

²⁹ Se consideră așadar că ar fi contraproductiv din punct de vedere al politicii penale să fie sancționat penal cel care comite un accident, oprește pentru a acorda asistență medicală victimei, iar apoi renunță din a acorda acest ajutor. A se vedea S. Mir Puig, *op. cit.*, p. 323.

³⁰ D.-M. Luzón Peña, *op. cit.*, p. 191.

³¹ F. Streteanu, D. Nițu, *op. cit.*, p. 289.

³² Ambele sentințe sunt citate în S. Huerta Tocildo, *La regulación de la comisión por omisión en el art. 11 CP. Balance y problemas no resueltos (Reglementarea comisiunii prin omisiune în art. 11 CP. Echilibru și probleme nerezolvate)*, în „Derecho penal para un estado social y democrático del derecho” (*Drept penal pentru un stat social și democratic*), Universidad de Madrid, 2016, p. 151.

³³ *Idem*, pp. 151-152.

IV. CONCLUZII

În opinia unor autori³⁴ susțin că alături de izvoarele formale clasice cum sunt legea și contractul ar trebui adăugat (sau acestea ar trebui chiar înlocuite de) un criteriu material de asumare faptică și specifică a obligației de garanție, pentru că doar o asumare specifică și faptică a obligației de acțiune poate fundamenta existența acestui rol special asumat de o persoană determinată, care presupune mai mult decât o simplă obligație de solidaritate. Așadar, criteriul exclusiv formal nu este suficient pentru a fundamenta existența unei obligații speciale pentru a împiedica rezultatul relevant penal³⁵. În literatura de specialitate spaniolă³⁶ s-a apreciat ca inadecvată limitarea operată de art. 11 lit. a) din Codul penal spaniol care se referă la contract ca izvor al poziției de garant pentru că, deja de mult timp, doctrina germană vorbește despre folosirea noțiunii mult mai cuprinzătoare de *asumarea voluntară a funcției de protecție a valorii sociale sau de control a sursei de pericol* înțelegând că, nu în puține cazuri, există situații lipsite de o bază contractuală care pot constitui izvoare ale poziției de garant. S-a apreciat așadar că doar un criteriu de asumare specifică poate fundamenta obligația de garant, care presupune mult mai mult decât obligația minimă de solidaritate.

Asumarea faptică a obligației de garant care ar înlocui noțiunea de *obligație contractuală* ar evita toate probleme legate de nulitatea contractului (când teoretic nu ar mai exista nicio obligație) sau de ajungerea acestuia la termen. Criteriul asumării faptice joacă așadar un rol restrictiv în teoria poziției de garant, negând existența unei astfel de obligații în ipoteza în care este indubitabil că există o obligație contractuală (cum este cazul dădacei care întârzie și își încalcă astfel obligația contractuală, dar în sarcina căreia nu se naște o poziție de garant)³⁷. Poziția de garant nu este identică cu o obligație contractuală valabilă, și este decisiv criteriul asumării faptice a acestei poziții care corespunde contractului³⁸.

³⁴ S. B. Araújo Rebouças, *op. cit.*, p. 160.

³⁵ *Idem*, pp. 158-159.

³⁶ S. Huerta Tocildo, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código penal de 1995 (Principalele noutăți în materia infracțiunilor omisive în Codul penal din 1995)*, tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 37, E. Gimbernat Ordeig, *op. cit.*, p. 8, J. Dopico Gómez – Aller, *Comisión por omisión y principio de legalidad. El artículo 11 CP como cláusula interpretativa auténtica (Comisiunea prin omisiune și principiul legalității. Art. 11 CP ca clauză interpretativă autentică)*, în „*Revista de Derecho Penal y Criminología*” (*Revista de drept penal și criminologie*), nr. 2/2004, p. 303, M. Aráuz Ulloa, *op. cit.*, p. 38.

³⁷ P. Gómez Toledo, *op. cit.*, p. 130.

³⁸ H. Welzel, *Derecho Penal Alemán (Drept penal german)*, ed. a 11-a, 2001, p. 295, *apud* P. Gómez Toledo, *op. cit.*, p. 130.