

**Către Curtea Constituțională**  
**Nr. de ieșire 3 din 6 februarie 2017**

**AMICUS CURIAE**

**PRIVIND MODIFICAREA ARTICOLULUI 297 DIN CODUL PENAL PRIN OUG 13/2017**  
**pentru modificarea și completarea Legii nr. 286/2009 privind Codul penal și a Legii nr.**  
**135/2010 privind Codul de procedură penală**

**Ref. dosarele:**

**374D/2017 din 03.02.2017 cu obiectul *O.U.G. nr.13/2017***

**359E/2017 din 02.02.2017 cu obiectul *Cerere de soluționare a conflictului juridic***

***de natură constituțională***

**349E/2017 din 01.02.2017 cu obiectul *Cerere de soluționare a conflictului juridic***

***de natură constituțională***

Domnule Președinte,  
Doamnelor și Domnilor judecători,

Asociația ACCEPT este o organizație neguvernamentală care are ca scop apărarea și promovarea drepturilor omului, așa cum sunt prevăzute în Constituția României și în tratatele internaționale la care România este parte. ACCEPT apară și promovează în special drepturile persoanelor LGBT (lesbiene, gay, bisexuali și transgender) și are ca interes legitim prevenirea și combaterea discriminării pe criteriul orientării sexuale, așa cum reiese din prevederile statutare (articolele 5 și 6 din Statutul ACCEPT) și din activitățile pe care le desfășoară, inclusiv cazuri de litigare strategică desfășurate în fața unor instanțe europene. Ne adresăm Curții Constituționale a României prin intermediul acestui amicus curiae pentru a preciza că modificările propuse prin intermediul Ordonanței de Urgență 13/2017 în ceea ce privește Articolul 297(2) și introducerea unui nou Articol 297(3) afectează în mod grav regimul de sancționare al unor infracțiuni care au motivații discriminatorii, încălcând atât principiul egalității și nediscriminării garantat constituțional, cât și obligațiile pe care România le are în baza angajamentelor internaționale de drepturile omului și a prevederilor din dreptul comunitar, în special Decizia-cadru

2008/913/JAI A Consiliului din 28 noiembrie 2008 privind combaterea anumitor forme și expresii ale rasismului și xenofobiei prin intermediul dreptului penal. Menținerea acestor prevederi pune sub semnul întrebării politica anti-discriminare a statului.

În activitatea pe care o realizăm de 20 ani, am asigurat în mod constant asistență psihologică și consiliere pentru victime ale discriminării sau ale unor infracțiuni care au avut și un substrat homofob. Asigurând secretariatul unei coaliții informale de organizații care susțin diferitele tipuri de victime ale discriminării — cum ar fi persoane de etnie romă, victime ale violenței domestice, persoane cu dizabilități sau persoane care trăiesc cu HIV/SIDA —, am asigurat reprezentare juridică inclusiv pentru cazuri în care discriminarea a avut ca făptuitor nu o persoană fizică oarecare ci, din păcate, un funcționar public. Deși puțin aplicat de magistrați — deoarece substratul de prejudecată sau ură de rasă, etnică, sexuală este greu de recunoscut sau de acceptat de multe ori —, Articolul 297(2) din Codul penal a constituit unul dintre reperele legislative pe care le-am invocat de multe ori în încercarea de a media conflicte cu autoritățile publice. Sancționarea unor forme ale rasismului, xenofobiei, sexismului, homofobiei, a discriminării în general prin intermediul dreptului penal indică angajamentul statului de a asigura egalitatea în drepturi și interzicerea discriminării respectiv asumarea unei obligații afirmative de a asigura o protecție reală victimelor discriminării, cu atât mai mult atunci când făptuitorul se află în exercitarea unei funcții publice.

Aspectele ce țin de lipsa de constituționalitate extrinsecă a Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 13/2017 pentru modificarea și completarea Legii nr. 286/2009 privind Codul penal, precum și a Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală, dată fiind absența unei situații extraordinare sau nemotivarea urgenței demersului legislativ vor fi probabil abordate în detaliu de instituțiile statului în pozițiile ce le vor prezenta Curții. Considerațiile noastre se referă exclusiv la modificarea Art. 297(2) și introducerea Art. 297(3) care, din punctul nostru de vedere, încalcă garanțiile constituționale, standardele de drepturile omului și normele de drept comunitar elaborate în vederea contracarării rasismului, xenofobiei, discriminării și diluează actuala politică pentru combaterea discriminării adoptată de stat.

Încălcarea unor drepturi din motive ce țin de rasă, naționalitate, origine etnică, limbă, religie, sex, orientare sexuală, vârstă, dizabilitate, etc. sunt încălcări directe ale principiilor egalității și nediscriminării, ale respectării drepturilor omului și libertăților fundamentale și ale statului de drept.

În forma introdusă prin OUG 13/2017, Art. 297 este modificat în mod semnificativ:

***(2) Fapta funcționarului public care, în exercitarea serviciului, îngrădește exercitarea unui drept al unei persoane ori creează pentru aceasta o situație de inferioritate pe teme de rasă, naționalitate, origine etnică, limbă, religie, sex, orientare sexuală, apartenență politică, avere, vârstă, dizabilitate, boală cronică necontagioasă sau infecție HIV/SIDA se pedepsește cu închisoare de la o lună la un an sau cu amendă.***

***(3) Dispozițiile alin. (1) și (2) nu se aplică în cazul emiterii, aprobării sau adoptării actelor normative."***

Prin reducerea drastică a cuantumului pedepsei pentru infracțiunea prevăzută în Art. 297(2) de la închisoare de la 2 la 7 ani, la închisoare de la o lună la un an sau amendă, drepturile și libertățile fundamentale, în ciuda garanției lor constituționale, devin teoretice și iluzorii în lipsa unor remedii eficiente, proporționale și disuasive.

Menționăm că prevederile Art. 297(2) nu au făcut obiectul unei decizii a Curții Constituționale (diferit de Art. 297(1) care a făcut obiectul excepției de neconstituționalitate din Decizia Curții Constituționale nr. 405/2016). Nu există o justificare rezonabilă pentru modificarea Art. 297(2) sau pentru introducerea Art. 297(3). Guvernul, ca legiuitor delegat, nu oferă absolut niciun motiv pentru adoptarea acestor prevederi, cu atât mai puțin în ceea ce privește caracterul de urgență al acestora. Considerentele de politică penală ar determina adoptarea și aplicarea unor dispoziții penale legale clare și comprehensive în vederea combaterii rasismului și xenofobiei și nu diluarea standardelor deja existente.

Reducerea limitelor de pedeapsă pentru abuzul în serviciu cu încălcarea unor drepturi din motive ce țin de discriminare indică renunțarea la o obligație pozitivă pe care autoritățile o au, și anume de a contracara în mod eficient faptele penale care vin pe un fond de discriminare, cu atât mai mult atunci când funcționarii publici sunt implicați în restrângerea drepturilor sau libertăților fundamentale în exercițiul drepturilor. Tolerarea de către Statul Român a unor acte săvârșite de reprezentanții funcției publice, în exercitarea mandatului lor, care au ca scop sau efect restrângerea unor drepturi în baza propriilor prejudecăți sau atitudini discriminatorii, nu poate decât să submineze încrederea societății în principiul legalității, în principiul egalității și nediscriminării și în menținerea de către stat a preeminenței dreptului.

Textul adoptat duce la incoerență, contravenind cu politica penală curentă de sancționare a motivației discriminatorii ca agravantă așa cum prevede Art. 77 h) din Codul penal: ”săvârșirea infracțiunii pentru motive legate de rasă, naționalitate, etnie, limbă, religie, gen, orientare sexuală, opinie ori apartenență politică, avere, origine socială, vârstă, dizabilitate, boală cronică necontagioasă sau infecție HIV/SIDA ori pentru alte împrejurări de același fel, considerate de făptuitor drept cauze ale inferiorității unei persoane în raport cu celelalte.”

În cel mai recent caz câștigat de ACCEPT la Curtea Europeană a Drepturilor Omului, *M.C. și A.C. c. România (cererea nr. 12060/12)*, hotărâre din 12 aprilie 2016, definitivă pe 12 iulie 2016, Curtea a constatat că a fost încălcat Art. 3 (sub aspect procedural) din Convenție, coroborat cu Art. 14 din Convenție, date fiind actele de violență comise împotriva participanților la marșul diversității (gay pride) în 2006, care au avut conotații homofobe complet trecute cu vederea de către autorități în cursul anchetei. Deși aplicat în cazul unor forme ale homofobiei manifestate de persoane private și al eșecului autorităților de a investiga și de a sancționa faptele respective, este de subliniat că în cauza M.C și A.C, Curtea de la Strasbourg consideră că ”obligația autorităților de a preveni violența motivată de ură din partea unor persoane particulare și de a ancheta existența oricărui motiv posibil discriminatoriu în spatele unui act de violență poate intra sub incidența obligațiilor pozitive prevăzute la art. 3 și 8 din Convenție, dar poate fi, de asemenea, considerată ca făcând parte din responsabilitățile pozitive ce le revin autorităților în temeiul art. 14 din Convenție de a garanta valorile fundamentale protejate de art. 3 și art. 8, fără discriminare.” (Para. 105)

Redăm pentru Curte și un alt paragraf din hotărârea din cauza *M.C. și A.C. c. Romania*, precizând considerentele în raport cu care statul are obligația de a reacționa în planul său de acțiuni: ”Curtea consideră că, fără o astfel de abordare riguroasă din partea autorităților responsabile cu aplicarea legii, infracțiunile motivate de prejudecăți sunt în mod inevitabil tratate pe picior de egalitate cu cauzele care nu implică astfel de conotații, **iar indiferența rezultată ar fi echivalentă cu încuviințarea oficială sau chiar complicitate la infracțiunile motivate de ură.**” (Para. 124) Dacă infracțiunile motivate de prejudecăți săvârșite de persoane particulare necesită din perspectiva Curții o reacție sporită și un cadru sancționator mai sever, cu atât mai mult se impun sancțiuni sporite atunci când reprezentanți ai statului, în exercitarea atribuțiilor publice, încalcă drepturile și libertățile fundamentale pe un fond discriminator. În prezent se desfășoară etapa de executare a hotărârii CEDO, iar Statul Român dă ca

exemplu de măsuri luate în sensul combaterii infracțiunilor motivate de ură tocmai aceste prevederi pe care Guvernul dorește să le abroge.

Chiar mai problematică este introducerea Articolului 297(3), care prevede renunțarea la incriminarea penală în cazul adoptării unor acte normative care ar duce la împiedicarea exercitării unui drept al unei persoane ori creează pentru aceasta o situație de inferioritate pe temeii de rasă, naționalitate, origine etnică, limbă, religie, sex, orientare sexuală, apartenență politică, avere, vârstă, dizabilitate, boală cronică necontagioasă sau infecție HIV/SIDA. Nu numai că o astfel de prevedere nu răspunde unei nevoi de politică penală, ci ea poate avea ca efect imunitatea în cazurile în care diferiții decidenți ar adopta măsuri cu caracter discriminatoriu. Legile rasiale, eugenia aplicată persoanelor cu dizabilități sau persoanelor din comunitatea LGBT, scoaterea în afara legii a unor minorități religioase, stabilirea de interdicții de către diferitele autorități locale în raport cu minorități marginalizate devin posibile și — deși instituțiile statutului vor putea controla efectele juridice ale unor astfel de acte normative care țin de discriminarea de jure —, persoanele responsabile nu vor putea fi trase la răspundere penală. În trecutul nu foarte îndepărtat au existat proiecte de lege care propuneau interzicerea marșurilor LGBT sau interzicerea cursurilor de educație sexuală în învățământ.

Articolul 297(3) abrogă în mod nejustificat Art. 8(2) b) din Legea privind responsabilitatea ministerială, 115/1999 care sancționează ”emiterea de ordine normative sau instrucțiuni cu caracter discriminatoriu pe temeii de rasă, naționalitate, etnie, limbă, religie, categorie socială, convingeri, vârstă, sex sau orientare sexuală, apartenența politică, avere sau origine socială, de natura să aducă atingere drepturilor omului.”

Decriminalizarea emiterii, aprobării sau adoptării actelor normative care au ca efect îngrădirea exercitării unui drept al unei persoane ori care creează a o situație de inferioritate pe temeii de rasă, naționalitate, origine etnică, limbă, religie, sex, orientare sexuală, apartenență politică, avere, vârstă, dizabilitate, boală cronică necontagioasă sau infecție HIV/SIDA contravine și standardelor de protecție pe care statul le are în baza **Directivei 2012/29/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 25 octombrie 2012 de stabilire a unor norme minime privind drepturile, sprijinirea și protecția victimelor criminalității**. Directiva privind drepturile victimelor criminalității statuează explicit dreptul acestora de a avea asigurat accesul la justiție în mod nediscriminatoriu. Astfel, în paragraful 9, Directiva menționează că ”victimele criminalității ar trebui să fie recunoscute și tratate cu respect,

atenție și profesionalism, fără a fi discriminate în vreun fel pe baza oricărui motiv cum ar fi rasa, culoarea, originea etnică sau socială, trăsăturile genetice, limba, religia sau credința, opiniile politice sau de oricare altă natură, apartenența la o minoritate națională, bunurile de care dispune, nașterea, handicapul, vârsta, genul, identitatea de gen și modalitatea de exprimare a genului, orientarea sexuală, statutul acestora din punctul de vedere al reședinței sau sănătatea. În toate contactele cu o autoritate competentă în contextul procedurilor penale și cu orice serviciu care intră în contact cu victimele, precum un serviciu de sprijinire a victimelor sau de justiție reparatorie, ar trebui să se țină seama de situația personală și de necesitățile imediate, vârsta, genul, eventuala dizabilitate și de maturitatea victimelor criminalității, respectându-se totodată pe deplin integritatea lor fizică, mentală și morală. **Victimele criminalității ar trebui să fie protejate împotriva victimizării secundare și repetate,** precum și împotriva intimidării și a răzbunării, să primească sprijin adecvat pentru a se facilita recuperarea lor și **să beneficieze de un acces suficient la justiție.”**

Sanționarea neadecvată sau decriminalizarea cazurilor de abuz în serviciu care rezultă din atitudini discriminatorii ar însemna a nu recunoaște natura specifică a unor acte care au efecte deosebit de distructive pentru drepturile și libertățile fundamentale și pentru buna funcționare a societății. O astfel de politică penală, așa cum este cea instituită de OUG 13/2017, contravine măsurilor speciale pe care România trebuie să le respecte în baza **Deciziei-cadru 2008/913/JAI a Consiliului din 28 noiembrie 2008 privind combaterea anumitor forme și expresii ale rasismului și xenofobiei prin intermediul dreptului penal.** Prezentând măsurile pe care statele membre trebuie să le ia pentru combaterea anumitor forme și expresii ale rasismului și xenofobiei prin intermediul dreptului penal, Decizia-cadru menționează explicit nevoia ca acestea ”să se prevadă sancțiuni efective, proporționale și cu efect de descurajare pentru persoanele fizice sau juridice care au comis sau sunt răspunzătoare pentru astfel de infracțiuni.”

În cauza *Asociația Accept împotriva Consiliului Național pentru Combaterea Discriminării, C-81/12*, din 25 aprilie 2013, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a avut posibilitatea de a explica ce implică sancțiunile adecvate în cazurile de discriminare în contextul regimului sancționator contravențional, observații care se aplică *mutatis mutandis* și sancțiunilor penale în cazurile de discriminare care și ele trebuie să asigure o protecție juridică efectivă și eficientă în sensul că ”Rigoarea sancțiunilor trebuie să fie adecvată gravității încălcărilor pe care le reprimă, în special prin asigurarea unui efect realmente disuasiv.” (Para. 63) Curtea continuă în analiza sancțiunilor aplicabile în cazul nerespectării

dispozițiilor naționale adoptate conform Articolului 17 din Directiva 2000/78, arătând că acestea trebuie să fie efective, proporționale și disuasive, concluzionând: ”În orice caz, o sancțiune pur simbolică nu poate fi considerată compatibilă cu punerea corectă și eficientă în aplicare a Directivei 2000/78.” (Para. 64) Așa cum indică Curtea de Justiție, regimul sancționator aplicabil faptelor de discriminare care sunt de natură contravențională trebuie să îndeplinească anumite standarde de rigoare, proporționalitate, adecvare, în așa fel încât să se atingă obiectivul de a descuraja fapte similare în viitor. Ca urmare a acestei cauze, instituția națională de egalitate, Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării și-a modificat politica de sancționare a faptelor de discriminare, crescând cuantumul amenzilor contravenționale aplicate. Aceleași considerente sunt aplicabile și sancțiunilor penale care sunt aplicate faptelor penale motivate de prejudecăți, iar reducerea drastică a sancțiunii și decriminalizarea introduse prin Art. 297(2) și (3) duc aceste remedii în derizoriu, indicând o renunțare la politica de protejare a diversității și combatere a discriminării asumată de România.

**Vă solicităm declararea ca neconstituțională a prevederilor OUG 13/2017 în ceea ce privește Art. 297(2) și (3), deoarece acestea nu sunt necesare pentru transpunerea unor obiective juridice, nu sunt justificate ca răspunzând unor nevoi sociale, au fost adoptate fără consultarea grupurilor sau instituțiilor specializate și contravin obligației afirmative pe care Statul Român o are privind asigurarea remediilor eficiente, proporționale și disuasive prin intermediul instrumentelor penale în cazul faptelor de rasism, xenofobie, a altor fapte penale care vin pe un fond de discriminare.**

Cu deosebită considerație,

Florin Buhuceanu

Președinte Executiv

Asociația ACCEPT

