

Curtea Supremă de Justiție
DECIZIE

02 iulie 2019

mun. Chișinău

Colegiul penal lărgit al Curții Supreme de Justiție
în componență:

Președinte Iurie Diaconu,
Judecători Liliana Catan, Ion Guzun, Dumitru Mardari,
Maria Ghervas,

a judecat în ședința de judecată, fără citarea părților la proces, recursurile ordinare împotriva sentinței Judecătoriei Chișinău din 30 noiembrie 2018 și deciziei Colegiului penal al Curții de Apel Chișinău din 11 martie 2019, declarate de avocatul Răileanu Petru și de inculpatul

Zghibartă Aurel XXXXXX.

Termenul de examinare,
instanța de fond: 04.07.2018 – 30.11.2018,
instanța de apel: 17.12.2018 – 11.03.2019,
instanța de recurs: 23.05.2019 – 02.07.2019.

Asupra recursurilor menționate, Colegiul penal lărgit,

CONSTATĂ :

1. Prin sentința Judecătoriei Chișinău, sediul Centru din 30 noiembrie 2018, Zghibartă Aurel Andrei a fost condamnat în baza art. 190 alin. (2) lit. b) Cod penal la 4 ani închisoare, cu privarea de dreptul de a ocupa funcții în domeniu gestionării banilor pe un termen de 3 ani.

În baza art. 90 Cod penal, executarea pedepsei i-a fost suspendată condiționat, pe un termen de probațiune de 3 ani.

De la inculpat s-a încasat în beneficiul părții vătămate Ghemu Nina ***prejudiciul material în sumă de 600*** euro, echivalentul a 6740 lei, și cel moral în mărime de 3000 lei.

2. Instanța a constatat că inculpatul Zghibarță Aurel, în perioada anului 2016, împreună și prin înțelegere prealabilă cu persoane nestabilite de organul de urmărire penală, a implementat o schemă frauduloasă de acumulare a banilor de tipul piramidelor financiare, care presupune obținerea unor venituri ilicite din atragerea cât mai multor investiții de la persoane fizice, prin inducerea în eroare a mai multor persoane prin prezentarea ca adevărată a unei fapte mincinoase, în privința calității substanțiale ale obiectului, sub pretextul desfășurării unei afaceri, pentru ca ulterior să însușească mijloacele bănești colectate, fără a realiza angajamentele asumate, în așa mod recuperând mijloacele financiare plătite de primii investitori din contul sumelor depuse de ultimii investitori, creându-și în acest sens o structură proprie.

În acest scop, în perioada menționată, Zghibarță Aurel, acționând în numele companiei străine „Kairos Planet”, deși nu era angajat al acesteia, nu avea încheiat vreun contract de prestare a serviciilor pentru compania respectivă sau împuterniciri de a o reprezenta, prin intermediul diferitor măsuri de promovare a produselor companiei „Kairos Planet”, în cadrul unor discuții individuale cu potențialii clienți, a întreprins măsuri concrete în vederea recrutării cât mai multor persoane de pe teritoriul Republicii Moldova, pe care prin diferite metode de influențare și manipulare, i-a indus în eroare cu privire la faptul că în rezultatul activării pachetelor de înregistrare ale companiei „Kairos Planet”, pe care le puteau procura la un preț ce varia de la 125 la 2777 dolari SUA, vor beneficia de posibilitatea legală de a obține câștiguri bănești stabile din darea în chirie a memoriei calculatoarelor personale, astfel încât, în dependență de prețul pachetului procurat, pe conturile create în companie în rezultatul activării pachetelor respective lunar vor fi acumulați bani virtuali, care timp de câteva luni vor acoperi costul investiției și vor avea posibilitatea de a-i extrage de pe conturile deschise în instituțiile financiare, fie de a-i utiliza la efectuarea plăților electronice. În așa mod convingându-i să procure cât mai multe astfel de pachete pentru sine și pentru alte persoane, după care, primind sumele bănești respective, fără a le transfera pe conturile companiei „Kairos Planet” sau ale altei companii, precum și fără a realiza angajamentele asumate, le-a însușit, utilizându-le în scopuri personale sau repartizându-le în continuare persoanelor care făceau parte din structura creată.

Astfel, în perioada lunilor iunie - iulie 2016, aflându-se în mun. Chișinău, Zghibarță Aurel, implementând aceeași schemă de dobândire ilicită, prin inducerea în eroare a mai multor persoane prin prezentarea ca adevărată a unei fapte mincinoase, în privința calității substanțiale ale obiectului, în cadrul mai multor discuții individuale, inducând-o în eroare privind posibilitatea legală de a obține câștiguri bănești stabile din darea în chirie a memoriei calculatoarelor personale, a convins-o pe Ghemu N. să procure un pachet de înregistrare în compania „Kairos Planet” și, fiind conștient despre imposibilitatea îndeplinirii angajamentelor asumate, **a primit de la ea suma de 1577 dolari SUA, echivalentul a 31.222,75 lei, conform cursului oficial al Băncii Naționale a Moldovei, bani pe care i-a însușit,** în schimb ajutând-o să înregistreze la 14.07.2016 pe numele acesteia contul „i.ghemu@mail.ru” pe pagina de internet a companiei „Kairos Planet” pe care,

pentru a crea o aparență a legalității activității desfășurate și în vederea activării contului, i-a organizat transferul sumei de 1577 de unități de așa-numită „valută internă”, cauzând părți vătămăte daune considerabile.

Instanța a reținut că, inculpatul a recunoscut vina parțial și a menționat că schema nu a implementat-o el personal, dânsul fiind în aceeași situație cu partea vătămată. Contul lui și al soției au fost înregistrate puțin mai degrabă cu vreo două săptămâni decât al părții vătămăte. Nu a întreprins măsuri de promovare și recrutare, avea conturile recent create.

Totodată, vina inculpatului este dovedită integral prin probele administrate, inclusiv declarațiile părții vătămăte Ghemu N., că inculpatul a escortat bani cu promisiuni că, suma de bani care va fi încasată de la ea va putea fi ulterior câștigată dublu sau chiar triplu pe parcursul unui an de zile, explicându-i despre sistemul „Kairos Plening”; procesul-verbal din 05.09.2017, privind examinarea contului „i.ghemu@mail.ru” pe pagina de internet a companiei „Kairos Planet”, înregistrat de către Zhibarța A. pe numele lui Ghemu N., cont care a fost activat la 14.07.2016, când în schimbul banilor în sumă de 1577 dolari SUA care au fost transmiși lui Zghibarța A., pe acesta au fost transferate 1577 de unități de așa-numita „valută internă” de pe conturile mai multor persoane, acest fapt punând în evidență rolul inculpatului în organizarea repartizării mijloacelor financiare obținute de la Ghemu N. în interiorul structurii create în cadrul organizației de tip piramidă financiară.

La fel s-a constatat că contul în compania „Kairos” pe numele lui Ghemu N. a fost creat sub contul lui Curagheu T., care, potrivit declarațiilor bănuitului în cadrul confruntării, este mama soției sale. Faptele constatate în rezultatul examinării contului lui Ghemu N. confirmă pe deplin declarațiile făcute de aceasta referitor la circumstanțele înregistrării sale pe pagina de internet a companiei „Kairos Planet”.

Astfel, acțiunile inculpatului urmează a fi încadrate în baza art. 190 alin. (2) lit. b) Codul penal, ca ***dobândirea ilicită a bunurilor altei persoane prin inducere în eroare*** a cet. Ghemu N. ***și prezentarea adevărată a unei fapte mincinoase în privința calității substanțiale ale obiectului***, de două persoane, cu cauzarea de daune considerabile.

Totodată, partea vătămată Ghemu N. a depus acțiune civilă, solicitând încasarea de la inculpat a sumei rămase în mărime de 600 euro, repararea prejudiciului material de 7000 lei, achitat sub formă de dobândă și alte plăți aferente a contractului de credit, încasarea prejudiciului moral și material în sumă de 5000 lei, prejudiciu suferit în urma cheltuielilor pentru asistență juridică, cheltuieli de transport, participare la acțiuni procesuale, timp efectiv consumat, starea morală dăunătoare, stres cauzat de rambursarea creditului, alte împrumuturi contractate și altele.

Referitor la acțiunea civilă, inculpatul a menționat că, după întoarcerea sumei părții vătămăte, ultima a afirmat că nu mai are careva pretenții către el.

Or, *acțiunea civilă urmează a fi admisă parțial, deoarece suma dobânzii și altor plăți aferente este puțin mai mică*, iar prejudiciul moral trebuie apreciat prin prisma art. 1422, 1443 Cod civil, reieșind din suferințele morale pricinuite.

3. Procurorul în Procuratura pentru Combaterea Criminalității Organizate și Cauze Speciale, Ana Drozdov, a declarat apel, solicitând casarea parțială a sentinței și pronunțarea unei noi hotărâri, prin care inculpatului să-i fie aplicată pedeapsa de 4 ani închisoare, cu privarea de dreptul de a ocupa funcții în domeniul gestionării banilor pe un termen de 3 ani.

Apelanta a invocat că instanța de judecată nu a ținut cont de criteriile de individualizare a pedepsei și anume că inculpatul nu a recunoscut vina în cadrul urmăririi penale și nici în instanța de judecată, declarând că recunoaște vina doar parțial și se consideră vinovat de comiterea contravenției prevăzute de art. 263¹ Cod contravențional, de caracterul infracțiunii incriminate, comiterea unei infracțiuni grave, prin intenție directă, de faptul că prin infracțiunea prevăzută de art. 190 alin. (2) lit. b) Cod penal, se aduc atingeri relațiilor sociale cu privire la ocrotirea patrimoniului persoanei, de faptul că legiuitorul a prevăzut ca pedeapsa pentru asemenea fapte – închisoarea, de faptul că nu a restituit prejudiciul material cauzat prin infracțiune părții vătămate.

3.1. A declarat apel și avocatul Petru Răileanu, solicitând casarea sentinței și pronunțarea unei hotărâri, prin care să fie încetat procesul penal, în temeiul art. 391 alin. (2) Cod de procedură penală, cu tragerea inculpatului la răspundere contravențională în baza art. 263¹ Cod contravențional.

Apelantul a invocat că faptele comise de inculpat sunt prevăzute de o normă special, de art. 241¹ din Codul penal, ca practicarea activității financiare fără înregistrare și/sau fără autorizare (licențiere), în modul prevăzut de legislație, dacă aceasta a cauzat daune în proporții mari.

Reieșind din faptul că suma prejudiciului cauzat de inculpat nu constituie proporții deosebit de mari, lipsesc elementele infracțiunii prevăzute de art. 190 alin. (2) lit. b) și lit. c) din Codul penal, iar în acest caz este o componentă specială prevăzută de Codul contravențional în art. 263¹, adică organizarea de structuri financiare, indiferent de denumirea lor, fără înregistrare și fără autorizare în modul prevăzut de legislație, prin care se propune unor persoane să depună ori să colecteze bani sau să se înscrie pe liste, făcându-le să spere câștiguri financiare rezultate din creșterea numărului de persoane recrutate sau înscrise, indiferent cum se realizează această colectare sau înscriere pe liste, în scopul de a obține pentru sine sau pentru un terț un folos material ilicit care se sancționează cu amendă de la 60 la 90 de unități convenționale aplicată persoanei fizice.

4. Potrivit deciziei Colegiului penal al Curții de Apel Chișinău din 11 martie 2019, apelul avocatului Răileanu P. a fost respins ca nefondat.

Apelul declarat de procuror a fost admis, casată sentința în latura pedepsei și pronunțată o nouă hotărâre.

A fost exclusă aplicarea prevederilor art. 90 Cod penal față de Zghibartă Aurel, ultimul urmând să execute pedeapsa închisorii în penitenciar de tip semiînchis, de la reținere.

În rest, sentința a fost menținută.

Instanța de apel a statuat că, probele administrate în cursul urmăririi penale și cercetate în ședința de judecată a instanței de fond și a instanței de apel demonstrează incontestabil vinovăția în comiterea infracțiunii prevăzute de art. 190 alin. (2) lit. b) Cod penal, adică ***dobândirea ilicită a bunurilor altei persoane prin inducere în eroare și prezentarea adevărată a unei a unei fapte mincinoase în privința calității substanțiale ale obiectului***, de două persoane, cu cauzarea de daune considerabile.

Latura obiectivă ***s-a realizat prin*** acțiunea principală de dobândire ilicită a mijloacelor financiare ale părții vătămate Ghemu N. și, respectiv acțiunea adiacentă, exprimată prin următoarele modalități normative, și anume: ***inducerea în eroare*** a acesteia, manifestată prin ***prezentarea ca adevărată a unei fapte mincinoase, în privința părților, precum și prin comportament dolosiv și viclean***.

Urmează a fi respinse, ca nefondate argumentele apărării privind încetarea procesului penal în ordinea art. 391 alin. (2) Cod procedură penală, cu atragerea inculpatului la răspundere contravențională pe art. 263¹ Cod contravențional ***în condițiile, în care cuantumului prejudiciului a fost probat în temeiul probelor cercetate și anume de 1577 dolari SUA***.

Totodată, instanța de fond i-a stabilit inculpatului o pedeapsă prea blândă.

Or, potrivit art. 76, 77 Cod penal, careva circumstanțe atenuante și agravante nu a reținut.

Astfel, luând în considerare că inculpatul ***nu a recunoscut vina*** în cadrul urmăririi penale și nici în instanța de judecată, declarând că recunoaște vina parțial și se consideră vinovat de comiterea contravenției prevăzute de art. 263¹ Cod contravențional, a comis o infracțiune gravă, prin intenție directă, corectarea și reeducarea acestuia va fi posibilă prin izolare de societate.

Justă este și soluția instanței, care a considerat necesar de a admite acțiunea civilă.

5. Avocatul Răileanu Petru a declarat recurs ordinar, solicitând casarea hotărârilor adoptate și pronunțarea unei hotărâri, prin care să fie încetat procesul penal, în temeiul art. 391 alin. (2) Cod de procedură penală cu tragerea inculpatului la răspundere contravențională în baza art. 263¹ Cod contravențional și, respectiv înlăturarea răspunderii contravenționale în legătură cu prescripția răspunderii contravenționale.

Recurentul a invocat că în acest caz este o componentă specială, prevăzută de art. 263¹ Codul contravențional, adică organizarea de structuri financiare, indiferent de denumirea lor, fără înregistrare și fără autorizarea în modul prevăzut de legislație, prin care se propune unor persoane să depună ori să colecteze sau să se înscrie pe liste, făcându-le să spere câștiguri financiare rezultate din creșterea numărului de persoane recrutate sau înscrise, indiferent cum se realizează această colectare sau înscriere pe liste, în scopul de a obține pentru sine sau pentru un terț

folos material ilicit care se sancționează cu amendă de la 60 la 90 de unități convenționale aplicată persoanei fizice.

Mai mult, Curtea Europeană în jurisprudența sa, s-a pronunțat în favoarea folosirii măsurilor neprivative de libertate (cauza *Varga vs Ungaria*, hotărârea din 10 martie 2015, § 104; cauza *Norbert Sikorski vs Polonia* hotărârea din 22 octombrie 2009, §158), statuând că trebuie să se ia în considerare alternativele disponibile detenției și nu aplicarea automată a pedepsei închisorii (*Kyprianou v. Cipru*, hotărârea din 15 decembrie 2005, §108). Or, o pedeapsă mai aspră din numărul celor alternative prevăzute pentru săvârșirea infracțiunii, se stabilește în cazul în care o pedeapsă mai blândă, din numărul celor menționate, nu va asigura atingerea scopului pedepsei.

Instanța de apel este obligată să se pronunțe asupra tuturor motivelor invocate în apel. Nepronunțarea instanței de apel asupra tuturor motivelor invocate echivalează cu nerezolvarea fondului apelului

În drept, recursul este fondat pe prevederile art. 427 alin. (1) pct. 8) Cod de procedură penală - nu au fost întrunite elementele infracțiunii.

5.1. A declarat recurs ordinar și inculpatul, solicitând casarea hotărârilor adoptate, rejudecarea cauzei și pronunțarea unei hotărâri, prin care procesul penal să fie încetat, pe motiv că nu sunt întrunite elementele infracțiunii prevăzute de art. 190 alin. (2) lit. b) Cod penal, ori să-i fie recalificate acțiunile în baza art. 263¹ Cod contravențional, cu liberarea de răspundere contravențională, pe motivul intervenirii termenului de prescripție.

Recurentul a indicat că, potrivit art. 325 alin. (1) Codul de procedură penală, judecarea cauzei se efectuează numai în limitele învinuirii formulate în rechizitoriu.

Astfel, învinuirea indicată în ordonanța de modificare a învinuirii în instanța de judecată, din 18.09.2018, și repetată în sentința de condamnare nu este prevăzută de legea penală.

Or, potrivit dispoziției art. 190 Cod penal, escrocheria este dobândirea ilicită a bunurilor altei persoane prin inducerea în eroare a unei sau a mai multor persoane prin prezentarea ca adevărată a unei fapte mincinoase sau ca mincinoasă a unei fapte adevărate, în privința naturii, calităților substanțiale ale obiectului, părților (în cazul în care identitatea acestora este motivul determinant al încheierii actului juridic) actului juridic nul sau anulabil, ori dacă încheierea acestuia este determinată de comportamentul dolosiv sau viclean care a produs daune considerabile.

În acest context, potrivit art. 308 Cod civil, actul juridic este manifestarea de către persoane fizice și juridice a voinței îndreptate spre naștere, modificarea sau stingerea raporturilor juridice civile.

Astfel, este cert că atât prin învinuirea înaintată, cât și prin probele cercetate în instanță, nu s-a constatat în speță existența actului juridic, care este mijlocul de dobândire a bunurilor altei persoane în cazul comiterii unei escrocherii, fapt ce pune la îndoială învinuirea înaintată.

Hotărârea pronunțată de instanțele inferioară trebuie să fie motivată atât în fapt, cât și în drept, în corespundere cu prevederile legislației în vigoare și să se pronunțe asupra tuturor argumentelor invocate în cererea de apel.

Pe când, instanța s-a expus în mod evaziv asupra solicitării de a fi recalificate acțiunile comise în baza art. 263¹ Codul contravențional, care stabilește răspundere contravențională pentru organizarea de structuri financiare, indiferent de denumirea lor, fără înregistrare și fără autorizare în modul prevăzut de liste, făcându-le să spere câștiguri financiare rezultate din creșterea numărului de persoane recrutate sau înscrise, indiferent cum se realizează această colectare sau înscriere pe liste, în scopul de a obține pentru sine sau pentru un terț un folos material ilicit.

Acțiunile incriminate cad sub incidența acestui articol și nu întrunesc elementele infracțiunii prevăzute de art. 190 Cod penal.

Potrivit prevederilor art. 391 alin. (1) pct. 6) Cod de procedură penală, sentința de încetare a procesului penal se adoptă dacă există circumstanțe care exclud sau condiționează pornirea urmăririi penale și tragerea la răspundere penală.

Totodată, art. 75 alin. (1) și (2) Cod penal enunță că persoanei recunoscute vinovate de săvârșirea unei infracțiuni i se aplică o pedeapsă echitabilă în limitele fixate în Partea specială a prezentului cod și în strictă conformitate cu dispozițiile Părții generale a prezentului cod. La stabilirea categoriei și termenului pedepsei, instanța de judecată ține cont de gravitatea infracțiunii săvârșite, de motivul acesteia, de persoana celui vinovat, de circumstanțele cauzei care atenuază ori agravează răspunderea, de influența pedepsei aplicate asupra corectării și reeducării vinovatului, precum și de condițiile de viață ale familiei acestuia.

În cazul alternativelor de pedeapsă prevăzute pentru infracțiunea săvârșită, pedeapsa cu închisoare are un caracter excepțional și se aplică atunci când gravitatea infracțiunii și personalitatea infractorului fac necesară aplicarea pedepsei cu închisoare, iar o altă pedeapsă este insuficientă și nu și-ar atinge scopul. O pedeapsă mai aspră, din numărul celor alternative prevăzute pentru săvârșirea infracțiunii, se stabilește numai în cazul în care o pedeapsă mai blândă, din numărul celor menționate, nu va asigura atingerea scopului pedepsei. Caracterul excepțional la aplicarea pedepsei cu închisoare urmează a fi argumentat de către instanța de judecată.

În acest context, atât instanța de fond, cât și instanța de apel, aplicând prevederile art. 76 Codul penal, în calitate de circumstanță atenuantă, au reținut lipsa antecedentelor penale, iar circumstanțe agravante prevăzute de art. 77 Cod penal nu au fost stabilite.

Astfel, instanțele nu au luat în considerare că este angajat în câmpul muncii și are domiciliu stabil, iar articolul incriminat prevede ca pedeapsă atât privațiune de libertate, cât și amendă, și în mod nemotivat și neîntemeiat i-au aplicat cea mai aspră pedeapsă din numărul celor alternative, stabilindu-i o pedeapsă inechitabilă.

Prin urmare, instanța de apel neîntemeiat a ajuns la concluzia că corectarea și reeducarea lui poate avea loc doar prin aplicarea unei pedepse cu închisoare.

În drept, recursul este fondat pe prevederile art. 427 alin. (1) pct. 6, 8), 12) Cod de procedură penală.

6. Judecând recursurile ordinare pe baza materialului din dosarul cauzei și argumentelor invocate, Colegiul penal lărgit concluzionează că acestea urmează a fi admise, din următoarele considerente.

Potrivit art. 427 alin. (1) pct. 6) Cod de procedură penală, hotărârile instanței de apel pot fi supuse recursului pentru a repara erorile de drept comise de instanțele de fond și de apel, inclusiv când instanța de apel nu s-a pronunțat asupra tuturor motivelor invocate în apel, hotărârea atacată nu cuprinde motivele pe care se întemeiază soluția, motivarea soluției contrazice dispozitivul hotărârii, acesta este expus neclar, s-au aplicat pedepse individualizate contrar prevederilor legale.

Instanța de recurs verifică doar dacă s-a aplicat corect legea la faptele reținute prin hotărârea atacată și dacă aceste fapte au fost constatate cu respectarea dispozițiilor de drept formal și material.

Sub acest aspect se atestă că instanța de fond și cea de apel au comis următoarele erori de drept.

În primul rând, potrivit art. 384 alin. (3) Cod de procedură penală, sentința instanței de judecată trebuie să fie legală, întemeiată și motivată. Conform art. 101 alin. (1) și (4) Cod de procedură penală, fiecare probă urmează să fie apreciată din punct de vedere al pertinentei, concludenței, utilității și veridicității ei, iar toate probele în ansamblu – din punct de vedere al coroborării lor. Instanța de judecată este obligată să motiveze în hotărâre admisibilitatea sau inadmisibilitatea tuturor probelor administrate. În corespundere cu art. 325 alin. (1) Cod de procedură penală, judecarea cauzei se efectuează numai în limitele învinuirii formulate în rechizitoriu. Modificarea învinuirii în instanța de judecată se admite dacă prin aceasta nu se agravează situația inculpatului și nu se lezează dreptul lui la apărare. În corespundere cu art. 66 alin. (1), (2) pct. 1) Cod de procedură penală, inculpatul are dreptul la apărare și dreptul să știe pentru ce faptă este învinuit. Potrivit art. 8 Cod penal, caracterul infrațional al faptei și pedeapsa pentru aceasta se stabilesc de legea penală în vigoare la momentul săvârșirii faptei. Conform art. 10 Cod penal, legea penală care înlătură caracterul infrațional al faptei, care ușurează pedeapsa ori, în alt mod, ameliorează situația persoanei ce a comis infracțiunea are efect retroactiv, adică se extinde asupra persoanelor care au săvârșit faptele respective până la intrarea în vigoare a acestei legi. Legea penală care înrăutățește situația persoanei vinovate de săvârșirea unei infracțiuni nu are efect retroactiv. Potrivit art. 118 alin. (2) Cod penal, calificarea infracțiunilor în cazul concurenței dintre o parte și un întreg se efectuează în baza normei care cuprinde în întregime toate semnele faptei prejudiciabile săvârșite. În corespundere cu art. 394 alin. (1) pct. 1) și 2) Cod de procedură penală, partea descriptivă a sentinței de condamnare trebuie să cuprindă descrierea faptei criminale, considerată ca fiind dovedită, indicându-se locul, timpul, modul săvârșirii ei, forma și gradul de vinovăție, motivele și consecințele infracțiunii, probele pe care se întemeiază concluziile instanței de judecată și motivele pentru care instanța a respins alte probe.

Conform jurisprudenței naționale, sentința trebuie să corespundă atât după formă, cât și după conținut cerințelor art. 384-397 Cod de procedură penală. Sentința se expune în mod consecvent, astfel ca noua situație să decurgă din cea

anterioară și să aibă legătură logică cu ea, excluzându-se folosirea formulărilor inexacte (*Hotărârea Plenului CSJ nr. 22 din 12.12.2005 privind sentința judecătorească, pct. 3.*).

În pofida acestor prescripții legale, potrivit descriptivului sentinței (*pct. 2. din decizie*), instanța de fond:

a) nu a coroborat noua învinuire formulată inculpatului prin ordonanța din 18.09.2018, conform cărei ultimul a săvârșit infracțiunea prevăzută de art. 190 alin. (2) lit. b) Cod penal, adică: *„dobândirea ilicită a bunurilor altei persoane prin inducerea în eroare și prezentarea ca adevărată a unei fapte mincinoase, în privința calității substanțiale ale obiectului...”* cu prescripțiile din art. 8, 10 și 118 alin. (2) Cod penal, sub aspectul că, în cazul în care infracțiunea de escrocherie nu a fost decriminalizată după modificările operate în art. 190 Cod penal prin Legea nr.179 din 26.07.2018, în vigoare din 17.08.2018, iar redacția nouă a normei în cauză nu înlătură caracterul infracțional al faptei, nu ușurează pedeapsa și nu ameliorează în alt mod situația persoanei ce a comis infracțiunea, adică nu are efect retroactiv, acțiunile făptuitorului urmau a fi încadrate conform legii penale în vigoare la momentul săvârșirii faptei, fiind o normă care cuprinde în întregime toate semnele faptei prejudiciabile săvârșite;

Mai mult, calificativul imputat inculpatului *„în privința calității substanțiale ale obiectului”* este unul incomplet, deci absolut neclar, deoarece reprezintă doar o parte din cel prevăzut în dispoziția normei vizate, cum ar fi: *„în privința calităților substanțiale ale obiectului, actului juridic nul sau anulabil”*.

Pe lângă aceasta, nu a fost elucidată, în niciun fel, esența elementelor *„calitatea substanțială a obiectului..., actului juridic nul sau anulabil”*, inclusiv coroborată cu acțiunile infracționale concrete și împrejurările de fapt incriminate inculpatului;

b) nu a apreciat toate probele și fiecare probă separat, din punct de vedere al pertinentei, concludenței, utilității și veridicității ei, iar toate probele în ansamblu - din punct de vedere al coroborării lor, inclusiv cu circumstanțele concrete, de fapt și de drept, specificate în rechizitoriu, nu a indicat motivele pentru care a respins probele și versiunile aduse în sprijinul apărării

Totodată, nu s-a expus în niciun fel asupra concluziei apărării că în acțiunile inculpatului, coroborate cu circumstanțele concrete de fapt invocate în învinuirea reformulată, sunt prezente elementele prevăzute de art. 263¹ Cod contravențional, care stabilește răspunderea contravențională pentru *organizarea de structuri financiare, indiferent de denumirea lor, fără înregistrare și fără autorizare în modul prevăzut de liste, făcându-le să spere câștiguri financiare rezultate din creșterea numărului de persoane recrutate sau înscrise, indiferent cum se realizează această colectare sau înscriere pe liste, în scopul de a obține pentru sine sau pentru un terț un folos material ilicit;*

c) a constatat în descriptiv, divergent și confuz, inițial că inculpatul: *„...a primit de la ea suma de 1577 dolari SUA, echivalentul a 31.222,75 lei, bani pe care i-a însușit...”*, apoi că: *„...acțiunea civilă urmează a fi admisă parțial, deoarece suma dobânzii și altor plăți aferente este puțin mai mică...”*, iar în dispozitiv a indicat o soluție absolut neclară, inconsecventă și contradictorie că:

„Se încasează de la Zghibarță Aurel în beneficiul lui Ghemu N. prejudiciul material cauzat în mărime de 600 euro...”

Prin urmare, prima instanță nu a judecat fondul cauzei în conformitate cu rigorile prevăzute de lege și a adoptat o hotărâre care nu cuprinde motive legale pe care se întemeiază soluția, motivarea soluției contrazicând dispozitivul hotărârii, acesta fiind expus neclar.

În al doilea rând, potrivit art. 414 alin. (1), (5) și (6) Cod de procedură penală, instanța de apel, judecând apelul, verifică legalitatea și temeinicia hotărârii atacate în baza probelor examinate de prima instanță, conform materialelor din cauza penală, și în baza oricăror probe noi prezentate instanței de apel, și se pronunță asupra tuturor motivelor invocate în apel. Instanța de apel nu este în drept să-și întemeieze concluziile pe probele cercetate de prima instanță dacă ele nu au fost verificate în ședința de judecată a instanței de apel și nu au fost consemnate în procesul-verbal. Conform art. 419 Cod de procedură penală, rejudecarea cauzei de către instanța de apel se desfășoară potrivit regulilor generale pentru examinarea cauzelor în primă instanță. În corespundere cu art. 417 alin. (1) pct. 8) Cod de procedură penală, decizia instanței de apel trebuie să cuprindă temeiurile de fapt și de drept care au dus la admiterea sau respingerea apelului, precum și motivele adoptării soluției date.

Conform jurisprudenței naționale, chestiunile de fapt asupra cărora trebuie să se pronunțe instanța de apel sunt dacă fapta reținută ori numai imputată a fost săvârșită ori nu, dacă fapta a fost comisă de inculpat și în ce împrejurări, Chestiunile de drept pe care urmează să le soluționeze instanța de apel sunt dacă fapta întrunește elementele infracțiunii, dacă infracțiunea a fost corect calificată, dacă normele de drept procesual și penal au fost corect aplicate. În cazul în care se constată încălcări ale prevederilor legale referitoare la chestiunile menționate, hotărârea instanței de fond urmează a fi desființată, cu rejudecarea cauzei (*Hotărârea Plenului CSJ a RM din 12.12.2005, nr.22 Cu privire la practica judecării cauzelor penale în ordine de apel*).

Însă, instanța de apel, nu a respectat prescripțiile de drept nominalizate, deoarece, conform descriptivului deciziei atacate (*pct. 4. din decizie*):

a) nu a reacționat în modul prevăzut de lege asupra erorilor de drept comise de instanța de fond, nominalizate supra, repetându-le întocmai, nu a desființat sentința și nu a rejudecat cauza potrivit regulilor generale, menținând o sentință nemotivată și neîntemeiată legal;

b) reținând că latura obiectivă s-a realizat, prin acțiunea adiacentă exprimată prin: *„inducerea în eroare a acesteia, manifestată prin prezentarea ca adevărată a unei fapte mincinoase, în privința părților, precum și prin comportament dolosiv și viclean...”*, a depășit limitele învinuirii formulate inculpatului, or, asemenea împrejurări de fapt și drept ca *„în privința părților, precum și prin comportament dolosiv și viclean”* nu se regăsesc în ordonanța de modificare a învinuirii din 18.09.2018;

c) a respins solicitarea apărării privind încetarea procesului penal, cu atragerea inculpatului la răspundere contravențională pe art. 263¹ Cod

contravențional pe motivul că: „*cuantumul prejudiciului a fost probat de 1577 dolari SUA*”, adică absolut neclar și neîntemeiat, or, calificarea pe art. 263¹ Cod contravențional nu este condiționată de *cuantumul prejudiciului*;

d) și-a întemeiat concluziile pe probe neverificate în ședința de judecată a instanței de apel și neconsemnate în procesul-verbal al ședinței de judecată, cum ar fi procesul verbal din 12.06.2018 privind examinarea site-ului web al companiei „Kairos Planet” și procesul-verbal din 12.06.2018 privind examinarea sistemului informațional al Serviciului Fiscal de Stat (*f.d. 97, 115*);

e) nu s-a pronunțat asupra tuturor motivelor invocate în apelul apărării, și repetate în recursul ordinar, inclusiv asupra celor reproduse la pct. 3., 5., 5.1. din prezenta decizie, și în felul și esența probatorie în care acestea au fost enunțate;

f) excluzând aplicarea în privința inculpatului a prevederilor art. 90 Cod penal, și-a motivat soluția și prin faptul că inculpatul *nu și-a recunoscut vina*.

Însă, conform art. 66 alin. (2) pct. 2) și 8) Cod de procedură penală, inculpatul are dreptul de a tăcea și a nu mărturisi împotriva sa, să facă declarații sau să refuze de a le face, atrăgându-i-se atenția că dacă refuză să dea declarații nu va suferi nicio consecință defavorabilă, iar dacă va da declarații acestea vor putea fi folosite ca mijloace de probă împotriva sa. Potrivit art. 103 alin. (3), 104 alin. (2) Cod de procedură penală, inculpatul nu poate fi forțat să mărturisească împotriva sau să-și recunoască vinovăția și nu poate fi tras la răspundere pentru refuzul de a face astfel de declarații.

Deci, argumentul că inculpatul nu și-a recunoscut vina, este absolut neîntemeiat. Or, această circumstanță constituie un drept legal al inculpatului și nu face parte din categoria celor agravante, prevăzute în art. 77 Cod penal.

Mai mult, potrivit art. 75 alin. (2) Cod penal, în cazul alternativelor de pedeapsă prevăzute pentru infracțiunea săvârșită, pedeapsa cu închisoare are un caracter excepțional și se aplică atunci când gravitatea infracțiunii și personalitatea infractorului fac necesară aplicarea pedepsei cu închisoare, iar o altă pedeapsă este insuficientă și nu și-ar atinge scopul. O pedeapsă mai aspră, din numărul celor alternative prevăzute pentru săvârșirea infracțiunii, se stabilește numai în cazul în care o pedeapsă mai blândă, din numărul celor menționate, nu va asigura atingerea scopului pedepsei. Totodată, caracterul excepțional la aplicarea pedepsei cu închisoare urmează a fi argumentat de către instanța de judecată.

Împrejurările expuse atestă în mod lucid că instanțele de fond și de apel nu au judecat cauza penală în condițiile legii, deoarece au adoptat hotărâri care nu cuprind motive legale pe care se întemeiază soluția, motivarea soluției contrazicând dispozitivul hotărârii, acesta fiind expus neclar, instanța de apel nu s-a pronunțat asupra tuturor motivelor invocate în apelul apărării, aplicând pedepse individualizate contrar prevederilor legale, și că recursurile ordinare sunt întemeiate.

Conform art. 435 alin. (1) pct. 2) lit. c) Cod de procedură penală, instanța de recurs casează total hotărârea atacată și dispune rejudecarea cauzei de către instanța de apel, în cazul în care eroarea judiciară nu poate fi corectată de către instanța de recurs.

Dat fiind că încălcările normelor procedurale specificate, comise de către instanțele de fond și de apel, constituie erori de drept prevăzute în art. 427 alin. (1) pct. 6), 10) Cod de procedură penală și care nu pot fi corectate de către instanța de recurs, se impune soluția admiterii recursului ordinar, casării totale a deciziei contestate, și dispunerea rejudecării cauzei de către aceeași instanță de apel, în alt complet de judecată.

La rejudecarea cauzei instanța de apel urmează să țină cont de împrejurările expuse, să înlăture erorile menționate, să judece cauza în strictă conformitate cu legea, și să adopte o hotărâre legală și întemeiată.

7. În conformitate cu art. 434, 435 alin. (1) pct. 2) lit. c), alin. (3) Cod de procedură penală, Colegiul penal lărgit,

D E C I D E:

admite recursurile ordinare declarate de avocatul Răileanu Petru și inculpatul Zghibartă Aurel XXXXXX, casează total decizia Colegiului judiciar al Curții de Apel Chișinău din 11 martie 2019, și dispune rejudecarea cauzei de către aceeași instanță de apel, în alt complet de judecată.

Decizia nu este susceptibilă de a fi atacată, pronunțată integral la 26 iulie 2019.

Președinte

Iurie Diaconu

Judecători

Liliana Catan

Ion Guzun

Dumitru Mardari

Maria Ghervas