

ARTICOLE

INTERESUL SUPERIOR AL COPILULUI CA FACTOR DE INDIVIDUALIZARE A PEDEPSEI APLICATE UNEI PERSOANE CONDAMNATE: EXPERIENȚA SUD-AFRICANĂ

Meda COUZENS*

Abstract: The best interests of the child as a sentencing factor: the South African experience. *This article contains a case summary and some comments on the seminal judgment delivered by the Constitutional Court of South Africa in S v M (Centre For Child Law As Amicus Curiae). This decision has brought revolutionary changes to the sentencing process of primary caregivers of minor children, so as to bring it in line with the constitutional obligations of the state to protect the right of the child to family care and the best interests of the child. The purpose of the article is to discuss critically the reasoning of the Court in S v M and to share with the Romanian audience the contribution of the South African courts to the development of a child-centred approach to the sentencing of primary caregivers of minor children. The article proceeds with a brief presentation of the best interests of the child in light of the United Nations Convention on the Rights of the Child, 1989 (to which both Romania and South Africa are parties), followed by a brief discussion on the status and the role of the best interests of the child in the South African law. Further, a detailed summary of the majority and minority decisions in S v M is provided, followed by some critical comments regarding the judgment. A special attention is given to the impact of the constitutionalisation of the best interests of the child on the reasoning of the Court, and to the balancing exercise between the best interests of the child and the right of other members of the society to be protected against crime. The author further reflects on the relevance of the above decision for the Romanian legal researchers and practitioners, in light of the Romanian laws and policies. It is concluded that an innovative interpretation of the current Romanian legislation may lead to a similarly child-centred approach to sentencing as the one reflected in S v M. It is also stressed that more clarity is needed in the Romanian context in terms of the role of the best interests of the child (especially with regard to its constitutional status) and its potential legal limitations.*

Keywords: children, the best interests of the child, parents, sentencing

Cuvinte cheie: copii, interesul superior al copilului, parinte, individualizarea pedepselor

Cuprins:

1. *Introducere*
2. *Interesul superior al copilului și Convenția ONU cu privire la drepturile copilului*
3. *Interesul superior al copilului în legea sud-africană*
4. *S vs. M (Centre For Child Law As Amicus Curiae)*
 - 4.1 *Opinia majoritară*
 - 4.1.1 *Obligațiile instanței care aplică o pedeapsă unei persoane ce are copii minori în întreținere*
 - 4.1.2 *Modul în care criteriile de mai sus au fost luate în considerare în prezenta cauză*
 - 4.1.3 *Ce decizie ar trebui instanța să ia în acest caz?*
 - 4.2 *Opinia separată*
- 5 *Comentariu*
- 6 *Reflecții asupra relevanței cazului S v M pentru dezvoltarea drepturilor copilului în România*
- 7 *Concluzii*

1. Introducere

Convenția cu privire la drepturile copilului adoptată de Organizația Națiunile Unite în 1989 (intrată în vigoare în 1990) a marcat un moment revoluționar în evoluția drepturilor copilului. Convenția este un document internațional cu forța juridică obligatorie pentru statele care l-au ratificat¹ și este edificată pe baza a patru principii: nediscriminarea, interesul superior al copilului, supraviețuirea și dezvoltarea copilului precum și participarea copilului în decizii care îl privesc.² Convenția reprezintă un pas esențial făcut de comunitatea internațională în sensul recunoașterii copiilor ca titulari de drepturi fundamentale, iar nu doar ca recipienți pasivi ai protecției oferite de adulți. Convenția a produs efecte pozitive asupra legislației referitoare la drepturile copiilor în statele părți³. Multe dintre drepturile prevăzute în Convenția ONU sunt reflectate în constituțiile naționale, rezultând așadar în garantarea unui statut constituțional acestor drepturi.

O deosebită importanță pentru argumentele prezentate în acest articol o are constituționalizarea principiului interesului superior al copilului, prevăzut în art. 3 al Convenției ONU. Articolul 3 alin. 1 prevede:

În toate acțiunile care privesc copiii, întreprinse de instituțiile de asistență socială publică sau private, de instanțele judecătorești, autoritățile administrative sau de organele legislative, interesele copilului vor prevala.

Un element de dificultate în aplicarea principiului interesului superior al copilului este stabilirea cu exactitate a sferei sale de aplicare, îndeosebi a tipurilor de acțiuni care privesc copilul sau copiii și la care trebuie aplicat acest principiu. Deseori instanțele sunt chemate să decidă, de exemplu, în chestiuni legate de divorț, încredințarea copiilor ori adopții. Luarea în considerare a interesului superior al copilului în deciziile legate de dreptul familiei este puțin contestată. Mai dificilă este stabilirea rolului pe care interesul superior al copilului trebuie să îl joace în contextul deciziilor care exced dreptului familiei.

Acest articol conține câteva reflecții asupra deciziei *S v M* (Centre For Child Law As *Amicus Curiae*)⁴, pronunțate de Curtea Constituțională din Africa de Sud în care această instanță a stabilit că dreptul la îngrijire părintească sau în familie și interesul superior al copilului trebuie luate în considerare în procesul de individualizare a pedepsei aplicate condamnatului care are în îngrijire exclusivă unul sau mai mulți copii. Această discuție este utilă având în vedere interesul recent al comunității internaționale în asigurarea protecției drepturilor copiilor ai căror părinți se află în stare de detenție. Prin Rezoluția 63/241 din 2009, intitulată „Drepturile copilului”, Adunarea Generală a ONU a cerut statelor să ia în considerare impactul pe care detenția părinților îl are asupra copiilor și a invitat statele părți să ia în considerare cu prioritate aplicarea unor sentințe neprivative de libertate în cazul condamnaților care asigură în mod exclusiv sau primordial întreținerea copilului⁵. La 30 septembrie 2011, Comitetul ONU pentru drepturile copilului a organizat o dezbatere generală cu tema „Copiii ai căror părinți se află în stare de detenție”⁶. La data scrierii acestui articol, Comitetul ONU era încă în curs de redactare a rezumatului discuțiilor din 30 septembrie, însă este de așteptat ca acest organism internațional să facă o serie de recomandări statelor părți, unele dintre ele bazate probabil pe abordarea din *S v M*, o decizie care a primit atenție internațională⁷.

Înainte de a trece la analiza deciziei amintite, articolul conține o scurtă prezentare a principiului „interesul superior al copilului”, așa cum este acesta prevăzut în Convenția cu privire la drepturile copilului, și o trecere în revistă a reglementării constituționale a interesului superior al copilului în Africa de Sud. În partea finală, articolul conține câteva reflecții asupra deciziei din *S v M* în speranța ca acestea vor genera mai multe dezbateri în literatura de specialitate și în practica românească.

2. Interesul superior al copilului și Convenția ONU cu privire la drepturile copilului

Articolul 3 alin. 1 al Convenției ONU – citat mai sus – are o formulare generală și cere ca interesului superior al copilului să i se dea prioritate în toate acțiunile care privesc copiii. Decizia de a redacta textul art. 3 alin.1 în termeni generali, chiar vagi, a

fost una deliberată. Deși au avut opțiunea de a limita aplicarea interesului superior la decizii privind dezvoltarea fizică, mentală, morală, spirituală și socială a copilului, statele părți au ales o formulare generală, care cere luarea în considerare a interesului superior al copilului „în toate acțiunile care privesc copiii”⁸, deci inclusiv în activitățile specifice actului de judecată.

Una dintre dificultățile în aplicarea principiului interesului superior al copilului, așa cum acesta este formulat în Convenția ONU, este definirea sintagmei „toate acțiunile care privesc copiii”. Aplicabilitatea acestui principiu în cazul acțiunilor care privesc copiii în mod direct nu este contestată și este în mod clar acoperită de textul art. 3 alin. 1⁹. Copiii nu trăiesc însă izolați de ceilalți membri ai societății, ei fiind afectați și de acțiuni care nu îi privesc în mod direct, imediat și exclusiv¹⁰. Luarea în considerare a interesului superior al copilului în cazul acestor decizii care privesc copiii în mod indirect este dificilă, pentru că totalitatea acțiunilor care îi afectează pe copii ca membri ai societății este greu de stabilit. Luarea în considerare a interesului superior al copilului este complicată și mai mult de faptul că Convenția ONU se referă – în art. 3 alin.1 – la toate acțiunile care privesc „copiii” (a se remarca folosirea pluralului). Folosirea pluralului este semnificativă în sensul că presupune aplicarea principiului interesului superior atât în cazul deciziilor care privesc copiii în mod individual, cât și în cazul deciziilor care privesc grupuri de copii sau copiii ca grup social ori clasă¹¹. S-a remarcat pe drept cuvânt ca puține acțiuni întreprinse de autorități nu afectează copiii, și drept consecință interesul superior ar trebui să influențeze un număr semnificativ de acțiuni.¹² Într-una dintre lucrările sale, profesorul Freeman sprijină această poziție, motivând că interesul superior ar trebui să joace un rol cât se poate de extins, fără însă a se aplica la absolut toate deciziile¹³.

Numeroase discuții au fost purtate în literatura de specialitate în legătura cu valoarea legală a interesului superior al copilului. În timpul redactării Convenției ONU, unele delegații au indicat că în unele situații interesele copilului/copiilor ar putea veni în conflict cu interesele societății sau cu cele ale justiției, și că uneori alte interese legitime vor căpăta prioritate¹⁴. Textul final al Convenției ONU arată ca deși interesul superior al copilului este un factor primordial în toate acțiunile privind copiii, nu este totuși factorul determinant în toate deciziile care îi privesc.¹⁵

Comitetul pentru drepturile copilului a interpretat principiul interesului superior al copilului într-o manieră extinsă¹⁶. Astfel, în Comentariul General Nr. 5 referitor la măsurile generale de implementare a Convenției¹⁷, Comitetul a indicat că art. 3 al Convenției ONU cere statelor, printre altele, să ia în considerare interesul superior al copilului în toate deciziile care ar putea avea efect asupra copiilor, atât în mod direct, cât și indirect¹⁸. Comitetul a indicat că interesul superior al copilului nu trebuie luat în considerare numai în domeniul dreptului familiei, unde interesul superior era aplicat

în mod tradițional, ci și în adoptarea politicilor sociale, economice și bugetare la nivel național¹⁹. La nivel internațional, organizații precum Banca Mondială, Fondul Monetar Internațional și WTO trebuie să se asigure că activitățile lor de cooperare internațională și de dezvoltare economică dau prioritate interesului superior al copiilor²⁰. Natura atribuțiilor Comitetului – respectiv faptul că acest comitet nu are competența de a primi și de a analiza plângeri individuale²¹ – a împiedicat până în prezent Comitetul să fie cu mult mai specific în privința interesului superior al copilului.

3. Interesul superior al copilului în legea sud-africană

La fel ca și România, Africa de Sud a ratificat Convenția cu privire la drepturile copilului. În urma ratificării, statul a făcut numeroase eforturi să armonizeze legile naționale cu prevederile Convenției²². Parte a acestui efort este și constituționalizarea drepturilor copilului²³. Secțiunea 28 a Constituției Republicii Africa de Sud în vigoare din 1996 enumeră drepturile constituționale specifice copilului²⁴ și prevede că „interesul superior al copilului are o importanță primordială în orice chestiune care privește copilul”²⁵. O consecință importantă a statutului constituțional al principiului interesului superior al copilului este aceea că, în temeiul secțiunii 8(1) a Constituției,²⁶ organele legislative, executive și judecătorești, precum și celelalte organe de stat sunt obligate să țină seama de interesul superior al copilului în activitățile specifice pe care le desfășoară.

Drepturile prevăzute în Constituția Africii de Sud pot fi invocate direct în instanțe. Legile sau actele organelor sau instituțiilor statului care încalcă Constituția sunt invalidate de instanțe, în măsura în care acestea contravin Constituției²⁷. Instanțele au puterea de a adopta orice dispoziție „justă și echitabilă” ce urmărește înlăturarea încălcării Constituției²⁸. Drept urmare, părțile interesate pot ataca în instanță constituționalitatea legilor sau actelor guvernamentale pe motiv că statul a violat prevederile constituționale privitoare la drepturile fundamentale, inclusiv cele privitoare la drepturile copiilor și la interesul lor superior²⁹.

Interesul superior, așa cum acesta este formulat în Constituția sud-africană, îndeplinește trei funcții – de instrument de interpretare a celorlalte drepturi constituționale recunoscute copiilor; de stabilire a conținutului și a limitelor drepturilor constituționale ale altor persoane;³⁰ și de drept fundamental propriu-zis³¹. Formularea categorică a interesului superior al copilului – în sensul că acesta are o importanță primordială în toate chestiunile privitoare la copil – a ridicat întrebări în legătură cu valoarea legală a secțiunii 28(2). Chestiunea centrală este dacă interesului copilului trebuie să i se dea prioritate în toate cazurile în care drepturile și interesele copilului vin în conflict cu alte drepturi și interese legitime. Deși calificarea interesului superior ca drept fundamental propriu-zis nu este la adăpost de orice critică³², avantajul acesteia este că a îngăduit instanțelor să dezvolte o abordare standard care permite limitarea

legitimă a interesului superior al copilului în anumite împrejurări³³. La fel ca orice alt drept fundamental, interesul superior al copilului poate fi limitat în conformitate cu secțiunea 36 a Constituției. În esență, aceasta cere ca limitarea să aibă loc printr-o lege cu aplicabilitate generală și să urmărească un interes legitim, luând în considerare factori precum natura dreptului, importanța scopului urmărit prin limitarea dreptului, gradul limitării, relația dintre limitare și scopul acesteia și existența altor mijloace mai puțin restrictive pentru a promova interesul legitim ce motivează limitarea.

În mod tradițional, interesul superior al copilului a fost avut în vedere în domeniul dreptului familiei și anume în litigii privind încredințarea, dreptul de vizită, întreținerea și adopția minorilor³⁴. Ca urmare a constituționalizării drepturilor copilului, interesul superior al copilului trebuie să primească o importanță primordială în orice chestiune care privește copilul – de drept public sau drept privat³⁵, după cum se va vedea în analiza cazului de mai jos.

4. *S v M (Centre For Child Law As Amicus Curiae)*³⁶

În cazul *S v M*, Curtea Constituțională a Africii de Sud a trebuit să decidă asupra rolului dreptului copilului la îngrijire părintească și a principiului interesului superior al copilului în procesul de individualizare a pedepsei aplicate unei persoane care are în întreținere unul sau mai mulți copii minori³⁷.

La data judecării cauzei de către Curtea Constituțională, inculpata M avea 35 de ani și era mama a trei copii minori cu vârstele de 16, 12 și 8 ani, care se aflau în întreținerea sa exclusivă. În anul 1996, inculpata a fost condamnată pentru săvârșirea unei infracțiuni de înșelăciune la trei ani închisoare, executarea pedepsei fiind suspendată pe durata unui termen de încercare de cinci ani. În anul 1999, inculpata a fost trimisă din nou în judecată pentru comiterea unor noi infracțiuni de înșelăciune. În anul 2002, M a fost condamnată de instanța de fond pentru săvârșirea a 38 de înșelăciuni și a 4 furturi³⁸. Înainte de individualizarea pedepsei, instanța de fond a cerut întocmirea unui raport care să stabilească dacă inculpatei i se poate acorda suspendarea condiționată sub supraveghere, ca alternativă la pedeapsa închisorii. În ciuda raportului care a indicat că M poate fi plasată sub supraveghere, instanța de fond a aplicat o pedeapsă a închisorii de patru ani, cu executare. M a formulat apel împotriva sentinței; instanța de apel a menținut pedeapsa închisorii de patru ani însă a aplicat o prevedere legală care permitea suspendarea restului neexecutat după executarea a opt luni de detenție³⁹. M a atacat și această decizie invocând neconformitatea deciziilor instanțelor cu prevederile constituționale privind protecția drepturilor copilului. În 2007 apelul său a fost judecat de către Curtea Constituțională.

Curtea a trebuit să decidă următoarele aspecte: ce obligații impune interesul superior al copilului unei instanțe care aplică o pedeapsa unei persoane ce are în îngrijire copii minori; dacă aceste obligații au fost respectate în cazul lui M; iar dacă aceste obligații nu au fost respectate, ce decizie ar trebui să ia Curtea⁴⁰.

Instanța a numit un curator pentru a reprezenta interesele copiilor, iar Centrul pentru Drepturile Copilului (Centre for Child Law (afiliat Universității din Pretoria)) a intervenit ca *amicus curiae*. Apelanta, curatorul și *amicus* au susținut că principiul constituțional al interesului superior al copilului obligă instanța să ia în considerare în mod expres și independent⁴¹ efectul pe care o pedeapsă cu privare de libertate l-ar avea asupra minorilor aflați în îngrijirea exclusivă a inculpatei⁴². În speță, luarea în considerare a interesului superior al copiilor inculpatei ar fi condus la suspendarea condiționată a pedepsei. Guvernul a susținut că criteriile pe care instanțele le aplica în mod curent la individualizarea pedepsei iau în considerare interesul superior al copiilor ca element al circumstanțelor personale ale inculpatului⁴³.

Instanța a acordat pe rând atenție celor trei aspecte principale identificate mai sus, care vor fi prezentate în continuare.

4.1 Opinia majoritară

4.1.1 Obligațiile instanței care aplică o pedeapsă unei persoane ce are copii minori în îngrijire

Elementele care trebuie luate în considerare la aplicarea unei pedepse sunt tipul sau natura infracțiunii comise, circumstanțele personale ale inculpatului și interesele comunității⁴⁴. Instanța a trebuit să stabilească dacă aceste criterii satisfac interesul superior al copilului și în ce măsură secțiunea 28 a Constituției aduce un element adițional criteriilor amintite mai sus⁴⁵. Secțiunea 28(2) din Constituție prevede că interesul superior al copilului are prioritate în toate deciziile privitoare la copil. Această formulare tranșantă, care proclamă prioritatea interesului superior al copilului în toate deciziile privitoare la copil, a ridicat probleme în practică vis-a-vis de rolul interesului superior al copilului⁴⁶.

Instanța a remarcat că interesul superior al copilului ghidează hotărârile instanțelor (și are deci valoare de principiu)⁴⁷ și în același timp dă naștere, analizat împreună cu restul secțiunii 28, unor drepturi care pot fi revendicate în instanță⁴⁸. Constituționalizarea drepturilor copilului obligă statul și organele sale (inclusiv instanțele judecătorești) să acorde respectul convenit și să ia în considerare drepturile copiilor în îndeplinirea atribuțiilor lor legale⁴⁹. Curtea a indicat că pentru a da satisfacție deplină interesului superior este necesar ca procesul de individualizare a pedepsei aplicate persoanelor care asigură îngrijirea de zi cu zi a minorilor să fie adaptat normelor

constituției – inclusiv interesului superior al copilului.⁵⁰ Constituționalizarea drepturilor copiilor impune ca minorii să nu fie tratați ca anexe ale părinților iar greșelile părinților nu trebuie să se reflecte asupra copiilor⁵¹.

Pentru a se dezvolta normal, copiii au nevoie de un mediu adecvat. Recunoașterea drepturilor legale nu poate crea în sine un mediu ideal în care copiii să se dezvolte optim, însă legea poate să împiedice instituțiile statutului să creeze situații de risc pentru copii. În speță, detenția mamei ar fi expus copiii la pierderea îngrijirii părintești, o intruziune în secțiunea 28(1)(b), care protejează *inter alia* dreptul la îngrijirea părintească și de familie. Prin urmare, secțiunea 28 cere statului să prevină, în măsura posibilului, întreruperea vieții de familie și a îngrijirii părintești⁵².

Instanța a atras atenția asupra faptului că formularea foarte generală a interesului superior al copilului creează riscul „de a promite totul în general și de a da foarte puțin în particular”⁵³. Deși criticată, formularea vagă a interesului superior al copilului este un aspect pozitiv pentru a da flexibilitate prevederii constituționale și a permite evaluarea interesului superior al copilului în fiecare caz în parte⁵⁴. Instanța a remarcat că aplicarea unor criterii rigide pentru stabilirea interesului superior al copilului de dragul certitudinii legale și fără a acorda atenție situației particulare a copilului este contrară interesului superior al acestuia⁵⁵.

Una dintre dificultățile majore în aplicarea interesului superior al copilului este stabilirea forței sale juridice, în special atunci când luarea unei decizii depinde de soluționarea unui potențial conflict între interesele sau drepturile copilului și cele ale altor persoane. Aceasta dificultate izvorăște din formularea categorică a interesului superior al copilului, în sensul că acesta are o importanță primordială în orice decizie care privește copilul⁵⁶. Interpretarea literală a expresiei „în orice decizie care privește copilul” ar duce la concluzia că interesul superior al copilului ar trebui să primeze în toate legile și orice decizie publică din moment ce foarte puține măsuri nu îi privesc pe copii, direct sau indirect⁵⁷. Faptul că sfera de aplicare a interesului superior al copilului este atât de largă nu trebuie să ducă la concluzia că interesul superior va primi prioritate în raport cu oricare alte interese și în toate circumstanțele. Curtea a avertizat că aplicarea excesivă a interesului superior al copilului ar duce la devalorizarea acestui principiu⁵⁸ și la transformarea sa dintr-un instrument de protecție într-o frază retorică⁵⁹.

Instanța a trebuit să stabilească, așadar, în ce măsură se poate da satisfacție interesului superior al copilului (care cere menținerea copilului într-un mediu familial) fără a ignora alte interese constituționale legitime⁶⁰. Amintind jurisprudența anterioară⁶¹, instanța a indicat că interesul superior al copilului nu are valoare absolută. La fel ca alte prevederi privitoare la drepturile fundamentale, aplicarea interesului superior poate fi limitată în condițiile legii, luând în considerare relația dintre interesul superior și alte drepturi constituționale⁶².

Așadar, Curtea a trebuit să stabilească obligațiile instanțelor atunci când inculpatul condamnat pentru săvârșirea unei infracțiuni este o persoană care are în îngrijire unul sau mai multi copii minori. Instanța a indicat ca decizia pe care o pronunță are valoare de precedent judiciar doar în cazurile în care inculpatul este persoana cu care copilul locuiește și care asigură îngrijirea de zi cu zi a copilului, ca de exemplu asigurarea hranei, creșterea și educarea copilului⁶³. Instanța a indicat în mod expres că decizia nu se aplică persoanei care are obligații de întreținere, dacă aceasta nu este în același timp și persoana care asigură în mod curent îngrijirea copilului⁶⁴.

Curtea a respins argumentul că instanțele iau deja în considerare situația copiilor și îndatoririle părintești ale inculpatului atunci când evaluează circumstanțele personale ale acestuia⁶⁵, și a hotărât că instanțele trebuie să acorde o atenție specială și expresă interesului copiilor. Pentru aceasta este necesar ca instanțele să fie bine informate astfel încât să fie în măsură să cântărească interesele tuturor celor afectați și, în limitele premise de lege, să impună pedeapsa care afectează cel mai puțin copiii⁶⁶. Încălcarea drepturilor copilului nu rezultă din aplicare *per se* a unei pedepse cu privarea de libertate, ci din aplicarea acesteia fără a avea suficiente informații și fără a acorda suficientă atenție intereselor copilului. O atenție specială trebuie acordată intereselor minorilor nu în scopul de a permite părinților vinovați de săvârșirea de infracțiuni să evite aplicarea unei pedepse adecvate, ci cu scopul de a evita pe cât este posibil o situație care dăunează copilului⁶⁷.

Pentru a promova o abordare consecventă a aplicării pedepselor în cazul persoanelor care au în îngrijire copii minori, instanța a formulat următoarele principii generale: instanțele trebuie să stabilească dacă inculpatul are copii minori spre creștere și educare; care va fi impactul unei sentințe cu privire de libertate asupra copiilor; dacă pedeapsa care se impune este o pedeapsă cu privarea de libertate, instanțele trebuie să stabilească dacă se impune luarea de măsuri pentru a asigura îngrijirea copilului pe timpul detenției inculpatului; în cazul în care instanța poate impune fie o pedeapsa cu privarea de libertate, fie o pedeapsă fără executare în stare de detenție, opțiunea trebuie să se facă ținând seama de interesul superior al copilului⁶⁸.

Instanța a remarcat că criteriile de aplicare a pedepsei indicate mai sus sunt compatibile cu obligațiile statului de a asigura protecția societății împotriva săvârșirii de infracțiuni⁶⁹. Fiecare caz se va judeca pe baza situației de fapt, aplicând principiul proporționalității. Instanțele vor cântări două valori în conflict, respectiv necesitatea de a asigura menținerea îngrijirii copilului în familie⁷⁰ și obligația statului de a pedepsi săvârșirea infracțiunilor⁷¹. Luarea în considerare a copiilor ca factor independent la stabilirea pedepsei aplicabile va avea loc doar atunci când conform precedentelor existente instanța poate opta între o pedeapsă cu privarea de libertate și una cu executare în libertate⁷². Cu alte cuvinte, instanța nu va aplica o pedeapsă cu executare în stare de libertate în cazul în care acest lucru nu este posibil în condițiile legii.

Precedentele aplicate de către instanțe la momentul judecării prezentei cauze prevedeau luarea în considerare a situației copiilor, însă îngăduiau acest lucru doar prin prisma gravității efectelor despărțirii de copii asupra părintelui condamnat⁷³. Copiii au un drept constituțional de a fi îngrijiți în familie⁷⁴. Instanțele sunt obligate să țină cont de prevederile din Constituție referitoare la drepturile fundamentale în procesul de soluționare a cauzelor⁷⁵. Așadar, dreptul copilului de a fi îngrijit în familie și interesul superior al copilului trebuie aplicate și în procesul de individualizare a pedepsei, urmând ca efectele privării de libertate a părintelui să fie evaluate și din perspectiva copilului⁷⁶. Deși instanțele nu vor putea în toate cazurile să protejeze copiii împotriva efectelor negative ale privării de libertate a părinților, ele au obligația constituțională de a lua în considerare interesele copiilor la momentul individualizării pedepsei⁷⁷ și de a reduce pe cât posibil efectele negative ale detenției asupra acestora⁷⁸.

4.1.2 Modul în care criteriile de mai sus au fost luate în considerare în prezenta cauză

Instanța a trecut apoi la evaluarea modului în care interesul superior al copiilor și dreptul lor de a fi crescuți într-un mediu familial au fost luate în considerare la aplicarea pedepsei în cazul curent. Curtea a indicat că instanța de fond nu a evaluat calitatea alternativelor de îngrijire a minorilor în cazul condamnării la pedeapsa închisoarei a inculpatei, nu a luat în considerare efectele separării minorilor (în cazul în care aceștia vor trebui plasați la persoane/instituții diferite) și efectele pe care schimbarea domiciliului le are asupra educației lor și a altor activități. Instanța de fond nu a cerut și nu a avut la dispoziție vreun raport de asistență socială sau alte mijloace prin care să obțină informații despre impactul unei pedepse cu privarea de libertate asupra minorilor⁷⁹. Lipsa acestor informații nu putea permite instanței luarea unei decizii în deplină cunoștință de cauză cu privire la situația minorilor aflați în întreținerea exclusivă a mamei⁸⁰. Pentru aceste motive, apelul inculpatei a fost admis.

4.1.3 Ce decizie ar trebui instanța să ia în acest caz?

Curtea a optat pentru reținerea cauzei spre rejudecare și aplicarea pedepsei⁸¹. Pentru că inculpata era recidivistă, a comis infracțiunile de-a lungul unui interval mare de timp și în timpul suspendării pedepsei anterioare, iar infracțiunile au fost săvârșite cu intenție și prin abuzarea încrederii victimelor, instanța a decis să mențină pedeapsa închisorii de patru ani⁸². Instanța a suspendat restul neexecutat al pedepsei (inculpata a petrecut trei luni în arest preventiv) și a emis un ordin de punere a inculpatei sub supraveghere corecțională⁸³.

Curtea a indicat că în ciuda faptului că inculpata a fost un exemplu necorespunzător pentru copiii săi, ea este totuși cea mai potrivită persoană să asigure îngrijirea copiilor⁸⁴. Probele depuse la dosar indică faptul că inculpata este singura persoană care se ocupă de întreținerea copiilor,⁸⁵ că le conferă acestora securitate emoțională și că starea sa de detenție i-ar afecta pe copii din punct de vedere emoțional, fizic, material, educațional și social⁸⁶. Starea de detenție a inculpatei ar duce la îndepărtarea copiilor din mediul lor și la schimbarea școlilor; ar crea dificultăți în privința transportului la școală și ar conduce la separarea celor trei frați⁸⁷. Societatea comercială pe care o deține inculpata și-ar înceta existența în absența acesteia, aspect care ar duce la imposibilitatea de plată a ratelor la casă și la vânzarea silită a casei, ce va rezulta în evacuarea copiilor. De asemenea, în perioada detenției, inculpata nu va putea produce venituri pentru întreținerea copiilor⁸⁸.

Deși importanți, factorii de mai sus nu au fost decisivi în aplicarea unei pedepse cu executare în stare de libertate. La aceștia se adaugă alți factori care sugerează că o pedeapsă fără privare de libertate este în interesul general⁸⁹. Astfel, inculpata și-a luat angajamentul să repare dauna produsă⁹⁰, va presta servicii comunitare și va continua să desfășoare o activitate ce produce beneficii societății⁹¹. De asemenea, este în interesul societății să se reducă numărul de persoane aflate în regim de detenție și care pot fi reeducate în societate, ca de exemplu inculpata⁹².

4.2 Opinia separată

Decizia Curții nu a fost unanimă, trei judecători făcând opinie separată. Cei trei judecători au fost de acord cu raționamentul juridic pe care s-a bazat decizia majoritară, însă au avut un punct de vedere diferit în ceea ce privește aplicarea acesteia la situația de fapt⁹³. Judecătorii aflați în minoritate au precizat că factorii care trebuie luați în considerare la aplicarea unei pedepse fără privare de libertate sunt vârsta și nevoile speciale ale copiilor aflați în întreținere, caracterul inculpatului, gravitatea și caracterul repetat al infracțiunilor săvârșite și conduita reprobabilă a inculpatului⁹⁴.

Aplicând aceste criterii la situația de fapt, judecătorii au indicat că săvârșirea repetată de infracțiuni de același tip în timpul cât inculpata se afla în libertate (ca urmare a suspendării pedepsei anterioare) și faptul că minorii erau adolescenți duc la concluzia că se impunea o pedeapsă cu privarea de libertate⁹⁵. Aceiași judecători s-au referit pe larg la interesele societății și la importanța acestora în procesul de individualizare a pedepsei⁹⁶. Conform acestora, este în interesul societății ca statul să mențină încrederea publicului în sistemul de justiție penală. În contextul numărului crescut de infracțiuni împotriva patrimoniului, este important ca instanța să ia în considerare necesitatea aplicării stricte a pedepsei și să stimuleze folosirea de metode care să ducă la descurajarea

săvârșirii de noi infracțiuni⁹⁷. Instanțele trebuie să creeze condițiile necesare pentru ca poliția și sistemul judiciar să ia măsurile necesare pentru protecția economiei și a intereselor individuale⁹⁸. Deși instanțele au obligația să adopte o poziție care pune copilul pe prim plan și trebuie să analizeze interesele copilului în mod judicios, pe baza situației de fapt, o pedeapsă cu privarea de libertate s-ar fi impus⁹⁹.

5. Comentariu

Hotărârea Curții Constituționale în cauza *S v M* este de o importanță majoră pentru practica judiciară în Africa de Sud prin aceea că stabilește principiul conform căruia drepturile copiilor și interesul lor superior trebuie luate în considerare la aplicarea pedepsei persoanelor care au în îngrijire copii minori. O deosebită însemnătate are faptul că instanța a luat în considerare drepturile copilului într-o cauză în care minorii nu erau părți¹⁰⁰. Instanța a recunoscut că deși neimplicați în mod direct, copiii ar fi afectați de decizia instanței cu privire la individualizarea pedepsei mamei - privarea de libertate a acesteia ducând la pierderea cel puțin temporară a îngrijirii părintești, asigurată în exclusivitate de către inculpată.

Principiile stabilite în *S v M* se aplica numai în cazurile în care persoana căreia i se aplică pedeapsa asigură îngrijirea de zi cu zi a copilului¹⁰¹. Trebuie subliniat că principiile stabilite în *S v M* se aplică nu doar în cazul părinților biologici, ci a oricărei alte persoane care asigură îngrijirea de zi cu zi a unui sau a mai multor minori. Hotărârea răspunde în acest fel realităților sociale din Africa de Sud, unde mulți copii nu trăiesc cu părinții biologici, ci se află în îngrijirea membrilor familiei extinse.

Instanțele sunt conștiente de însemnătatea menținerii unui echilibru între interesele copiilor și cele ale societății în procesul de individualizare a pedepsei. Jurisprudența recentă a Curții Constituționale indică faptul că unul dintre factorii importanți luați în considerare în aplicarea pedepsei este disponibilitatea celuilalt părinte de a prelua îndatoririle privitoare la îngrijirea copilului/copiilor¹⁰². Când celălalt părinte poate asigura îngrijirea copiilor, instanțele nu par dispuse să dispună o pedeapsă neprivativă de libertate pentru că impactul asupra copiilor este atenuat de prezența celuilalt părinte.

Odată stabilit că decizia de individualizarea a pedepsei îi afectează pe copii, instanța a fost obligată să aplice prevederile secțiunii 28(2) a Constituției și să țină cont de interesul superior al copilului¹⁰³. Această abordare indică faptul că Curtea este în favoarea unei interpretări generoase a prevederii privind interesul superior, astfel încât acesta să se aplice la cât mai multe decizii posibile¹⁰⁴. Cu toate acestea, instanța a remarcat pericolul extinderii exagerate a aplicării interesului superior al copilului¹⁰⁵, care ar duce la devalorizarea principiului și la transformarea sa într-un simplu exercițiu

de formalism juridic sau administrativ. Din păcate, instanța nu a oferit mai multă claritate în privința a ce ar putea constitui aplicarea excesivă a interesului superior al copilului¹⁰⁶. Așadar, întrebări încă planează, de exemplu, asupra luării în considerare a interesului superior în procesul legislativ, în privința actelor administrative ori a deciziilor care nu privesc în mod exclusiv și primordial copiii¹⁰⁷.

S v M confirmă jurisprudența anterioară a Curții în sensul că formularea categorică din secțiunea 28(2) a Constituției nu trebuie interpretată în sensul că interesul superior al copilului va primi prioritate în toate cazurile. Impactul interesului superior poate fi limitat în mod justificat potrivit clauzei constituționale care se referă la limitarea drepturilor fundamentale¹⁰⁸. O asemenea abordare s-a dezvoltat pornind de la ideea că secțiunea 28(2) nu are doar valoare de principiu, ci este și un drept de sine stătător, care poate fi limitat în condițiile legii¹⁰⁹. Această poziție este în acord cu art. 3 alin. 1 al Convenției ONU, care statuează că interesul superior al copilului este *unul dintre* factorii primordialii, iar nu *factorul* primordial. Această formulare admite, așadar, existența unor situații în care alte interese legitime ar putea să aibă prioritate în raport cu interesele copilului.

Luarea în considerare a interesului superior al copilului în procesul de individualizare a pedepsei subliniază conflictul între interesul superior al copilului și interesul societății de a pedepsi comiterea de infracțiuni. În cele mai multe cazuri este în interesul copiilor să rămână în îngrijirea părinților. După cum a arătat Curtea în acest caz, luarea în considerare a intereselor copiilor nu înseamnă ignorarea intereselor societății. Luarea în considerare a interesului superior al copilului va opera în contextul principiului legalității. Instanțele vor putea impune numai pedepsele prevăzute de lege, și nu li se poate cere aplicarea unei pedepse care nu este prevăzută pentru fapta comisă de inculpat.

Situațiile în care o pedeapsă privativă de libertate este singura pedeapsă posibilă sau adecvată nu sunt excluse, iar jurisprudența Curții dovedește acest lucru¹¹⁰. Chiar și atunci când instanța decide aplicarea unei pedepse privative de libertate, interesul superior al copilului va avea anumite consecințe. În asemenea cazuri, instanțele trebuie să obțină informații complete cu privire la impactul asupra copiilor a unei pedepse cu executare în regim de detenție aplicate părintelui. Ele trebuie să se asigure că pe timpul detenției părintelui, copiii vor beneficia de îngrijirea necesară. În acest sens, instanțele au cerut serviciilor sociale să monitorizeze situația copiilor și să se asigure că aceștia sunt îngrijiți în mod adecvat¹¹¹ sau au dispus menținerea legăturilor personale între minori și părintele deținut¹¹².

Impactul interesului superior al copilului în procesul de individualizare a pedepsei este cel mai semnificativ atunci când instanța are de ales între pedepse alternative privative și neprivative de libertate. În acest caz, o pedeapsă neprivativă de libertate va fi alegerea cea mai potrivită. Opinia separată indică faptul că planează

încă un dubiu asupra impactului social al acestui mod de individualizare al pedepsei. În special, rezerve au fost exprimate în opinia separată cu privire la crearea unei percepții că persoanele care au copii minori în îngrijire vor fi tratate cu indulgență de sistemul penal. În decizia majoritară s-a arătat însă că luarea în considerare a interesului superior al copilului în procesul de individualizare al pedepsei nu este o favoare acordată părintelui, ci este rezultatul impactului pe care constituționalizarea drepturilor copilului îl are asupra activității instanțelor. O pedeapsă neprivativă de libertate nu este în mod necesar una mai ușoară. Pe lângă condițiile impuse de instanțe, părinții vor fi obligați de împrejurări să explice copiilor motivul condamnării lor, iar aceasta constituie o lecție de viață pentru copii și părinți. Instanța a mai subliniat că pedepsele cu executare în libertate, atunci când acestea sunt corect aplicate, promovează inclusiv interesele societății prin evitarea supra-aglomerării închisorilor, prin menținerea condamnatului în forța de muncă activă și îngăduindu-i acestuia să contribuie la viața economică și socială, precum și prin evitarea cheltuielilor legate de plasarea copiilor în grija statului.

Decizia în *S v M* a revolutionat sistemul de individualizare a pedepselor aplicate condamnaților care au copii minori în îngrijire. Premisele care au îngăduit instanței dezvoltarea normelor legale în direcția amintită sunt înrădăcinate în sistemul de drept sud-african. Astfel, drepturile constituționale, incluzând dreptul copilului de a beneficia de îngrijire într-un mediu familial și interesul superior al copilului, trebuie respectate de instanțe în procesul de judecată¹¹³. În al doilea rând, controlul de constituționalitate în Africa de Sud privește nu numai conformitatea actelor normative cu Constituția, dar și verificarea caracterului constituțional al conduitei/ activităților organelor și instituțiilor statului, inclusiv a instanțelor. Această competență largă a îngăduit Curții Constituționale să stabilească dacă în procesul de individualizare a pedepsei instanțele sesizate anterior au ținut cont de normele constituționale privind drepturile copiilor și interesul lor superior.

6. Reflecții asupra relevanței cazului *S v M* pentru dezvoltarea drepturilor copilului în România

În pofida elementelor care disting sistemul de drept românesc de cel sud-african¹¹⁴, elementul comun esențial este angajamentul luat prin ratificarea de către cele două țări a Convenției ONU cu privire la drepturile copilului de a respecta și proteja interesul superior al copilului în toate deciziile care îl privesc. *S v M* arată că Curtea Constituțională a Africii de Sud, prin interpretarea largă a prevederii constituționale care protejează interesul superior al copilului, a hotărât că instanțele trebuie să țină cont de acest principiu în activitatea de soluționare a oricăror cauze care îi afectează pe copii, inclusiv la individualizarea pedepsei celor care au copii în îngrijire.

S v M ridică cel puțin două întrebări pentru cercetătorul și pentru instanțele românești: dacă interesul superior al copilului are statut constituțional în România și dacă instanțele românești au obligația de a lua în considerare drepturile copiilor și interesul lor superior în procesul de aplicare a pedepsei persoanelor care au în îngrijire minori.

Răspunsul la prima întrebare are importanță în special pentru legiuitor, care este chemat să emită legi care să se conformeze prevederilor constituționale. O lectură sumară a art. 49 al Constituției României, care prevede că „copiii și tinerii se bucură de un regim special de protecție și de asistență în realizarea drepturilor lor”, arată că interesul superior al copilului nu este prevăzut în mod expres de Constituția României. Jurisprudența Curții Constituționale a României indică însă că Curtea, în interpretarea normelor constituționale, acordă prioritate prevederilor internaționale în materia drepturilor fundamentale, atunci când acestea sunt mai favorabile¹¹⁵. Se poate susține că art.3 alin. 1 al Convenției ONU cu privire la drepturile copilului – care recunoaște principiul interesului superior al copilului – trebuie folosit de către Curtea Constituțională ca instrument de interpretare a art. 49 alin. 1 al Constituției, astfel încât textul amintit să reflecte obligația statului de a respecta principiul interesului superior al copilului. Un pas în această direcție s-a făcut prin Decizia CC 38 din 1995¹¹⁶, unde Curtea Constituțională a indicat, cu referire la Convenția ONU cu privire la drepturile copilului, că:

Prevederile convenției se impun legiuitorului, deoarece potrivit art.20 din Constituție, reglementările constituționale referitoare la drepturile omului vor fi aplicate în concordanță cu Declarația Universală a Drepturilor Omului, cu pactele și tratatele la care România este parte, dispozițiile cărora au prioritate față de legea internă. În spiritul acestor acte internaționale, potrivit art.45 din Constituție copiii și tinerii se bucură de un regim special de protecție și asistență pentru realizarea drepturilor lor.

Lipsa statutului constituțional expres al interesului superior al copilului în legea românească este însă atenuată prin Legea 272/2004¹¹⁷, care prevede în art. 2 alin 1. că „[p]rezența lege, orice alte reglementări adoptate în domeniul respectării și promovării drepturilor copilului, precum și orice act juridic emis sau, după caz, încheiat în acest domeniu se subordonează cu prioritate interesului superior al copilului”. O analiză mai aprofundată a statutului constituțional al principiului interesului superior al copilului este însă necesară, discuția de mai sus având doar scopul declanșării unui dialog pe această temă.

Cea de-a doua întrebare care se ridică din *S v M* se referă la existența unei obligații legale a instanțelor românești de a lua în considerare dreptul la viața de familie și interesul superior al copilului în aplicarea pedepsei persoanei care are unul sau mai mulți copii în întreținere. Situația familială a inculpatului, inclusiv îndatoririle sale legate de minorul/minorii aflați în îngrijire, constituie unul dintre factorii luați în considerare în prezent de către instanțe în individualizarea pedepselor. Instanțele trebuie să țină cont

de gravitatea infracțiunii și de pericolozitatea infractorului, care se apreciază, printre altele, și în funcție de situația sa familială¹¹⁸. De asemenea, când pentru infracțiunea săvârșită legea prevede pedepse alternative, instanțele trebuie să țină cont de situația familială și în alegerea uneia dintre pedepsele alternative¹¹⁹. Se observă că deși legea cere luarea în considerare a situației familiale a inculpatului, nu se cere în mod expres luarea în considerare a drepturilor și a interesului superior ale copilului. Există, așadar, riscul ca în analiza situației familiale drepturile și interesele copilului să fie marginalizate. Elementul de noutate adus de *S v M* în legea sud-africană este acela de a impune instanțelor analiza separată și explicită a situației copiilor, iar nu doar ca membri ai unității familiale. Se poate susține că o asemenea obligație se impune și instanțelor românești prin art. 2 alin. 3 al Legii 272/2004 care prevede că principiul interesului superior al copilului prevalează, printre altele, în deciziile care privesc copiii, soluționate de instanțele judecătorești. În opinia autorului, o hotărâre de condamnare a unei persoane care are în îngrijire un copil minor este fără îndoială o decizie care îl privește pe copil, în sensul articolului de mai sus. Dacă această abordare este împărtășită, se poate susține mai departe ca neluarea în considerare a drepturilor și interesului superior al minorilor constituie motivul de recurs prevăzut în art. 385/9 alin. 1 pct. 14 al Codului de procedură penală, respectiv acela că instanța de fond a aplicat o pedeapsă greșit individualizată în raport cu prevederile art. 74 al Codului penal.

Construcția propusă mai sus nu este la adăpost de critică. În primul rând, ea cere instanțelor să extindă rolul lor activ dincolo de soluționarea acțiunii penale și a acțiunii civile care constituie obiectul procesului penal. Instanțele ar putea fi reticente să adopte o asemenea poziție, temându-se de încălcarea principiului legalității. După cum se va arăta în continuare, deși instanțele nu sunt complet lipsite de mijloace pentru a obține informații cu privire la situația copiilor, este puțin probabil că instanțele vor merge la fel de departe ca instanțele sud-africane în a dispune ca serviciile de protecție a copiilor să vegheze asupra situației copiilor sau în a dispune facilitarea contactului dintre copii și părinți pe durata detenției acestuia din urmă.

Deși autoritatea tutelară sau serviciile de protecție a copilului nu sunt chemate în instanță pentru a da informații asupra situației copiilor și a consecințelor detenției părintelui asupra lor, instanța are la dispoziție mijloace procedurale de informare în această privință. În cazul amânării sau a întreruperii executării pedepsei cu închisoarea sau detențiunea pe viață¹²⁰, deși textul legal nu prevede întocmirea unui raport de anchetă socială, acest raport este cerut de către instanțe ca material probator al circumstanțelor care motivează cererea condamnatului. La fel s-ar putea proceda când este vorba de analiza situației minorilor inculpatului și a impactului pe care o pedeapsă privativă de libertate îl are asupra lor. O altă posibilitate este aceea de a apela la serviciile de protecție a victimelor și reintegrare socială a infractorilor. Potrivit art.11

alin. 1 lit. g al Ordonanței Guvernului Nr. 92/2000 modificată, serviciile de mai sus pot întocmi referate de evaluare a inculpaților, la cererea organelor de urmărire penală sau a instanțelor. Instanțele pot, așadar, solicita serviciilor amintite redactarea unui raport detaliat care să conțină informații despre situația copiilor și impactul pe care eventuala detenție a inculpatului îl va avea asupra lor. Rolul important al serviciilor de probațiune în individualizarea pedepselor este reflectat în politica penală recentă a guvernului. În mai 2011, Ministerul Justiției a inițiat proiectul Legii privind organizarea și funcționarea sistemului de probațiune. Conform art. 32 lit. b al proiectului amintit, serviciul de probațiune „sprijină instanța de judecată în procesul de individualizare a pedepselor și măsurilor educative”. Articolul 38 alin.1 propune ca procurorul sau instanța să poată cere serviciului de probațiune întocmirea unui referat de evaluare a inculpatului, care să conțină, printre altele, informații cu privire la responsabilitățile familiale ale inculpatului (art. 39 alin. 1). Așadar, atât legea actuală cât și proiectul de lege prevăd posibilitatea implicării serviciilor de probațiune în procesul de individualizare a pedepsei aplicate inculpaților care au minori în îngrijire. Mai dificilă va fi situația în care instanța decide executarea de către inculpat a pedepsei în regim de detenție, însă constată că minorii au nevoie de îngrijire pe perioada executării pedepsei de către părinte. Rămâne de văzut în ce măsură instanțele consideră că este de datoria lor să se asigure că minorii au îngrijirea adecvată pe perioada detenției părintelui lor. În opinia autorului, instanțele ar putea, de exemplu, să sesizeze autoritatea tutelară sau serviciile de protecție socială, aducând la cunoștința acestora condamnarea inculpatului și cerându-le să evalueze situația copiilor și să ia măsuri ca aceștia să nu fie privați de îngrijirea necesară pe perioada detenției părintelui. În acest fel, principiul celerității procesului penal nu va fi afectat și se înlătură riscul ca situația copiilor să ajungă la cunoștința serviciilor sociale mult după condamnarea părintelui.

Desigur, luarea în considerare a principiului interesului superior al copilului la individualizarea pedepsei aplicate persoanei care are în îngrijire unul sau mai mulți minori ridică problema riscului „deturnării” acestui principiu de către adulți, în vederea obținerii unui tratament penal mai favorabil. Instanțele din Africa de Sud sunt destul de conservatoare în aplicarea precedentului stabilit în *S v M*, optând pentru executarea pedepsei în regim de detenție atunci când aceasta se impune, în cazul în care celălalt părinte poate prelua îngrijirea copilului/copiilor¹²¹. Problema mai abstractă ridicată de rolul principiului interesului superior la individualizarea pedepsei este aceea a rezolvării conflictului dintre interesul superior al copilului, care de cele mai multe ori va cere menținerea în libertate a inculpatului, și interesele societății, care în unele cazuri impun sancționarea aspră a inculpatului. În dreptul sud-african, instanțele au considerat că interesul superior al copilului, este, printre altele, un drept de sine stătător care poate fi limitat în conformitate cu secțiunea 36 a Constituției Republicii Africa de Sud. În dreptul românesc, interesul superior al copilului este ferm recunoscut de Legea 272/2004 ca

principiu aplicabil deciziilor care privesc minorii. În ce măsură poate fi interesul superior al copilului restricționat este o chestiune care necesită atenția instanțelor și a cercetătorilor în drept.

În final, trebuie menționat ca luarea în considerare a interesului superior al copilului la aplicarea pedepsei unei persoane care are unul sau mai mulți copii în îngrijire nu este neapărat o noutate în dreptul românesc. În *Sabou și Pîrcălab împotriva României*¹²², primul reclamant a susținut, printre altele, că interzicerea automată a drepturilor sale părintești ca pedeapsă accesorie la pedeapsa închisorii conform vechiului Cod penal a constituit o încălcare a articolului 8 al Convenției europene a drepturilor omului și a libertăților fundamentale¹²³. Invocând jurisprudența anterioară, Curtea a arătat ca în cauzele privitoare la interzicerea drepturilor părintești „examinarea elementelor care servesc cel mai bine intereselor copilului este întotdeauna de o importanță fundamentală...”, că interesul copilului trebuie considerat ca fiind primordial și că doar un comportament deosebit de nedemn poate determina ca o persoană să fie privată de drepturile sale părintești în interesul superior al copilului¹²⁴.

Deși cazul *Sabou și Pîrcălab împotriva României* a marcat un progres un progres în privința drepturilor copilului¹²⁵, hotărârea nu s-a bazat pe o analiză detaliată a drepturilor copilului, făcând referire la acestea mai degrabă prin prisma atingerii aduse drepturilor părintelui. În *S v M* și jurisprudența similară, pe de altă parte, drepturile copilului și interesul său superior au căpătat mai multă atenție. Chiar dacă în unele cazuri executarea pedepsei în regim de detenție nu poate fi evitată, abordarea din *S v M* obligă instanțele la reducerea impactului negativ al hotărârilor judecătorești asupra copiilor. Cazul *Sabou și Pîrcălab împotriva României* este important însă prin aceea că a recunoscut importanța interesului superior al copilului în procesul aplicării unei pedepse persoanei care exercită drepturile părintești. CEDO a subliniat de asemenea importanța contribuției instanțelor în stabilirea a ce este în interesul superior al copilului al cărui părinte este pe punctul de a fi condamnat. CEDO a stabilit că impunerea de drept a pedepsei accesorii a interzicerii drepturilor părintești, fără ca instanțele să mențină vreun control asupra aplicării acestei pedepse, constituie o încălcare a articolului 8 al Convenției.

Un ultim aspect care merită atenție în *S v M* este contribuția organizațiilor non-guvernamentale la promovarea și protecția drepturilor copilului. După cum s-a indicat anterior, Centrul pentru drepturile copilului (the Centre for Child Law) care funcționează în cadrul Facultății de Drept a Universității din Pretoria a intervenit în acest caz în calitate de *amicus curiae*. Argumentele prezentate de *amicus* au contribuit în mod semnificativ la adoptarea unei decizii care acordă o poziție centrală drepturilor și interesului superior al copilului. Africa de Sud are o societate civilă activă și multe organizații non-profit se angajează în litigii strategice pentru promovarea și respectarea

drepturilor constituționale. Pentru copii, acest aspect are importanță crucială. Copiii sunt puțin informați cu privire la conținutul drepturilor lor constituționale și nu au mijloacele financiare să se angajeze în litigii împotriva statului. Mediul legal flexibil îngăduie însă organizațiilor non-guvernamentale fie să promoveze litigii în numele celor care nu își pot apăra singuri drepturile¹²⁶, inclusiv copiii, sau să intervină ca *amicus* pentru a informa instanțele cu privire la aspecte de specialitate ale acestor organizații. Succese notabile au fost obținute de organizații non-guvernamentale, de exemplu, în declararea neconstituționalității dispozițiilor unei legi care prevedea un regim sancționator sever pentru minorii cu vârste cuprinse între 16 și 18¹²⁷, obligarea statului la distribuirea gratuită de medicamente care previn transmiterea virusului imuno-deficitar dobândit de la mama la nou-născut,¹²⁸ îmbunătățirea tratamentului aplicat minorilor neacompaniați¹²⁹, și îmbunătățirea standardului de îngrijire în școlile de reeducare pentru minorii care au săvârșit infracțiuni¹³⁰.

7. Concluzii

România și Africa de Sud sunt state părți la Convenția ONU cu privire la drepturile copilului, având așadar ca aspirație comună respectarea angajamentului de a proteja drepturile copilului pe plan național. Unul dintre principiile fundamentale ale Convenției este acela al interesului superior al copilului, care conform art. 3 alin. 1 al Convenției este un factor primordial în luarea de decizii care privesc copilul. Hotărârea Curții Constituționale a Africii de Sud în *S v M* reflectă contribuția instanțelor sud-africane la asigurarea unui impact cât mai vast principiului interesului superior al copilului în toate deciziile care îi privesc pe copii.

În *S v M*, Curtea a examinat implicațiile dreptului copiilor la îngrijire într-un mediu familial și al interesului lor superior în procesul de aplicare a pedepsei unei persoanei care are copii minori în întreținere. Instanța a decis că acestea trebuie luate în considerare de către instanțe în mod independent, și nu doar ca elemente care conturează circumstanțele personale ale inculpatului. Aceasta necesită ca instanța să fie bine informată cu privire la situația copiilor și la impactul unei pedepse privative de libertate asupra lor. Instanța a hotărât ca atunci când este posibil, trebuie aplicată o pedeapsă neprivativă de libertate, astfel încât copiii să nu fie privați de îngrijirea părintească. Instanța a arătat însă că în unele situații detenția persoanei ce asigură îngrijirea copilului nu va putea fi evitată. În aceste situații, instanțele trebuie să ia măsuri de atenuare a efectelor detenției asupra copiilor. O varietate de măsuri poate fi folosită în acest scop, de la supravegherea de către serviciile sociale la facilitarea menținerii legăturilor personale dintre copii și persoana deținută și facilitarea reîntregirii familiei.

S v M ridică câteva întrebări interesante pentru doctrina și jurisprudența românească. În primul rând, *S v M* invită la reflecție asupra rolului interesului superior al copilului în legea română și indică potențialul acestui principiu de a fi utilizat în afara sferei sale tradiționale de aplicare, respectiv dreptul familiei. O altă problemă majoră ridicată de *S v M* este aceea a posibilității de limitare a impactului obligației de a da prioritate interesului superior al copilului în cazul în care drepturile și interesele acestuia se afla în conflict cu alte interese legitime. Instanțele din Africa de Sud au considerat că interesul superior al copilului poate fi limitat prin aplicarea clauzei generale de limitare a drepturilor fundamentale. O asemenea abordare s-ar putea să nu fie aplicabilă în contextul legal românesc, având în vedere că interesul superior al copilului are valoare de principiu legal și nu acela de drept fundamental. O limitare a aplicării acestui principiu pare a fi conținută în Legea 272/2004, care arată că interesul superior al copilului va prevala în „domeniul respectării și promovării drepturilor copilului”¹³¹ și în „demersurile și deciziile care privesc copiii”¹³². Așadar, sfera de aplicare a principiului interesului superior va depinde de interpretarea textelor amintite de către instanțele și autoritățile publice românești. Evident, o interpretare restrictivă va duce la restrângerea sferei de aplicare a acestui principiu și îi va diminua impactul. Este de amintit că la nivel internațional, se pledează pentru o aplicare generoasă a principiului interesului superior al copilului, astfel încât un număr cât mai mare de decizii care privesc copiii să cadă în sfera sa de aplicare¹³³.

În continuare, raționamentul din *S v M* invita la o examinare critică a dispozițiilor legale cu privire la individualizarea pedepselor aplicate persoanelor care exercită îngrijirea de zi cu zi a copiilor, pentru a stabili în ce măsură aceste prevederi se conformează cu angajamentul statului de a acorda o protecție prioritară drepturilor și intereselor copiilor. În opinia autorului, deși imperfectă, schema legislativă actuală permite instanțelor cel puțin să obțină informații în legătură cu situația copiilor inculpatului și a impactului unei potențiale condamnări a acestuia la o pedeapsă privativă de libertate. Pe de altă parte, este însă incert în ce măsură instanțele își vor asuma un rol în atenuarea consecințelor negative ale detenției asupra copiilor.

Acest articol este departe de a clarifica probleme legale identificate, iar autorul nu și-a propus să dea răspunsuri categorice acestora. Mai degrabă, intenția care a stat la baza acestui articol a fost de a genera interes și discuții în privința rolului drepturilor copilului și a principiului interesului său superior în sistemul românesc de drept.

- * Senior Lecturer, Faculty of Law, University of KwaZulu-Natal, Durban, South Africa;
Couzensm@ukzn.ac.za. Autoarea dorește să mulțumească doamnei Maria Erika Rusu și doamnei conf.univ. dr. Eugenia Florescu pentru comentariile constructive pe marginea acestui articol.
- ¹ Toate țările au ratificat Convenția ONU, cu excepția USA și Somalia. România a ratificat Convenția în 1991, iar Africa de Sud în 1995.
- ² Committee on the Rights of the Child *Guidelines for the submission of initial reports*, 1991, paragraful 13.
- ³ UNICEF, Innocenti Research Centre, *Law Reform and Implementation of the Convention on the Rights of the Child* (2007) http://www.unicef.org/southafrica/resources_8172.html (vizitat 5 septembrie 2011).
- ⁴ 2008 (3) SA 232 (CC).
- ⁵ UN General Assembly, Resolution adopted by the General Assembly 63/241. *Rights of the Child* (2009) paragraful 47(a) <http://www.un.org/en/ga/63/resolutions.shtml> (vizitat 22 noiembrie 2011).
<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/discussion2011.htm> (vizitat 21 noiembrie 2011).
- ⁶ <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/discussion2011.htm> (vizitat 21 noiembrie 2011).
- ⁷ Chesa Baudin: "Children of Incarcerated Parents: A Child's Constitutional Right to a Family Relationship" în *The Journal of Criminal Law and Criminology*, nr. 1/ 2011; Ann Skelton, Prezentare adresată Comitetului ONU pentru drepturile copilului cu ocazia zilei de discuții generale intitulate "Copii cu părinți încarcerați", care a avut loc la 30 septembrie 2011 (<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/discussion2011.htm> vizitat 21 noiembrie 2011).
- ⁸ Philip Alston: "The best interests principle: Towards a reconciliation of culture and human rights" 1994 (8) *International Journal of Law, Policy and the Family*, nr. 8/1994, pg.10; Michael Freeman: "Article 3: The Best Interests of the Child" in Alen, Vande Lanotte, Verhellen, Ang, Berghmans and Verheyde (ed) *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child* ed. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007, pg. 26-27.
- ⁹ Decizii ca de exemplu cele privind încredințarea minorului, adopția, legăturile personale cu minorul.
- ¹⁰ De exemplu, o hotărâre de a amplasa o șosea aglomerată prin mijlocul unui sat sau o decizie privind concentrația admisă de gaze poluante emise de automobile îi afectează pe copii, deși în nici unul din aceste cazuri copiii nu sunt ținta procesului decizional.
- ¹¹ Vezi Philip Alston, *op. cit.*, pg. 14-15.
- ¹² Michael Freeman *op. cit.*, pg. 46.
- ¹³ *Ibidem*.
- ¹⁴ *Ibidem* pg. 61.
- ¹⁵ Distincția este mai ușor de observant în textul original în limba engleză, conform căruia principiul interesului superior al copilului este "a primary consideration" și nu "the primary consideration". Vezi și Michael Freeman *op. cit.*, pg. 60.
- ¹⁶ Vezi de asemenea Michael Freeman *op.cit.*, pg. 46.
- ¹⁷ CRC Committee, *General Comment No. 5 (2003) General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44, para. 6)* CRC/GC/2003/5 <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/comments.htm> (vizitat 5 septembrie 2011).
- ¹⁸ *Ibidem* paragraful 12.
- ¹⁹ *Ibidem* paragraful 51
- ²⁰ *Ibidem* paragraful 64.
- ²¹ Aceasta situație va putea fi rectificată în curând, odată cu adoptarea celui de-al treilea Protocol Opțional la Convenția ONU cu privire la drepturile copilului. Acest Protocol va permite Comitetului pentru drepturile copilului să primească plângeri individuale împotriva statelor părți, pentru încălcarea drepturilor garantate în Convenție.
- ²² De exemplu, Children's Act 38 din 2005, Child Justice Act 75 din 2008.

- ²³ Capitolul 2 al Constituției Africii de Sud este intitulat "Bill of Rights". Conține 27 de drepturi substanțiale și 6 prevederi operaționale care ghidează aplicarea acestor drepturi.
- ²⁴ Secțiunea 28.
- ²⁵ Secțiunea 28(2). Traducerea aparține autorului. Textul original al secțiunii 28(2) prevede "A child's best interests are of paramount importance in every matter concerning the child".
- ²⁶ Secțiunea 8(1).
- ²⁷ Toate instanțele superioare au competență constituțională (instanțele de nivel inferior se numesc magistrates' courts și au competență similară cu a judecătorilor). Aceste instanțe includ High Courts, Supreme Court of Appeal și Constitutional Court. O decizie de neconstituționalitate a unei legi poate fi pronunțată de către High Court sau de către Supreme Court of Appeal, dar trebuie confirmată de către Curtea Constituțională înainte de a produce efecte legale.
- ²⁸ Secțiunea 38 coroborată cu secțiunea 172(1).
- ²⁹ În multe decizii instanțele au folosit interesul superior al copilului pentru a stabili dacă acțiunile sau inacțiunile guvernului constituționale. Vezi, de exemplu, *Du Toit and Another v Minister of Welfare and Population Development and Others (Lesbian and Gay Equality Project as Amicus Curiae)* 2003 (2) SA 198 (CC) cu privire la adopția copiilor de cupluri de același sex; *Minister for Welfare and Population Development v Fitzpatrick and Others* 2000 (7) BCLR 713 (CC) cu privire la legalitatea adopțiilor internaționale când Africa de Sud este țară de origine; *Director of Public Prosecutions, Transvaal v Minister of Justice and Constitutional Development, and Others* 2009 (4) SA 222 (CC) cu privire la ascultarea minorilor în procedurile judiciare.
- ³⁰ De exemplu, situațiile în care drepturile părinților sunt limitate pentru a da prioritate intereselor sau drepturilor copiilor.
- ³¹ Adrian Friedman, Angelo Pantazis și Skelton Ann "Children" în Stu Woolman, Teunis le Roux și Jason Brickhill (ed): *Constitutional Law of South Africa* ed a 2-a, ed. Juta, Claremont, 2009 pg. 47-1.
- ³² Pentru o abordare critică, vezi Meda Couzens: "The best interests of the child and its collective connotations in the South African law" în *Tydskrif vir Hedendaagse Romeinse-Hollandse Reg*, nr. 2/2010 pg. 266.
- ³³ De exemplu, *Sonderup v Tondelli and Another* 2001 1 SA 1171 (CC); *De Reuck v Director of Public Prosecutions (Witwatersrand Local Division) and Others* 2003 (12) BCLR 1333 (CC).
- ³⁴ Ann Skelton: "Severing the Umbilical Cord: A subtle jurisprudential shift regarding children and their primary caregivers" în *Constitutional Court Review*, nr. 1/2008 pg. 359.
- ³⁵ *Ibidem*.
- ³⁶ 2008 (3) SA 232 (CC). Pentru alte articole care discută decizia amintită, vezi Ann Skelton, *op. cit. supra n.* 36; Enid Coetzee: "Can the application of the human rights of the child in a criminal case result in a therapeutic outcome?" în *Potchefstroom Electronic Law Journal*, nr. 3/2010; Deon Erasmus: "There is something you are missing: What about the children?": Separating the rights of children from those of their caregivers" în *South African Public Law*, nr. 25/2010.
- ³⁷ *S v M*, paragraful 1.
- ³⁸ Prejudiciul total s-a ridicat la cca 29 000 ranzi sud-africani (aproximativ 2 500 euro).
- ³⁹ *S v M*, paragraful 3.
- ⁴⁰ *S v M*, paragraful 5.
- ⁴¹ Este insuficient, de exemplu, ca în procesul individualizării pedepsei să se ia la cunoștință că inculpatul are copii minori în întreținere, fără ca impactul asupra copiilor a unei sentințe cu privarea de libertate să fie explorat în detaliu.
- ⁴² *S v M*, paragraful 7.
- ⁴³ *S v M*, paragrafele 8 și 29.

- ⁴⁴ *S v M*, paragraful 10 indicând *S v Zinn* 1969 (2) SA 537 (A) ca precedent.
- ⁴⁵ *S v M*, paragraful 11.
- ⁴⁶ *S v M*, paragraful 13.
- ⁴⁷ Ann Skelton, *op. cit. supra n. 36*, pg. 355.
- ⁴⁸ *S v M*, paragraful 14.
- ⁴⁹ *S v M*, paragraful 15. Vezi și secțiunile 7(2) și 8(1) din Constituție.
- ⁵⁰ *S v M*, paragraful 16
- ⁵¹ *S v M*, paragraful 18.
- ⁵² *S v M*, paragraful 20.
- ⁵³ *S v M*, paragraful 23.
- ⁵⁴ *S v M*, paragraful 24.
- ⁵⁵ *S v M*, paragraful 24.
- ⁵⁶ *S v M*, paragraful 25.
- ⁵⁷ *S v M*, paragraful 25.
- ⁵⁸ Se poate intui că instanța se teme în primul rând de aplicarea interesului superior al copilului în decizii care au puțină legătura ori relevanță pentru copii.
- ⁵⁹ *S v M*, paragraful 25.
- ⁶⁰ *Ibidem*.
- ⁶¹ Vezi *Minister for Welfare and Population Development v Fitzpatrick and Others* 2000 (7) BCLR 713 (CC); *Sonderup v Tondelli and Another* 2001 1 SA 1171 (CC); *De Reuck v Director of Public Prosecutions (Witwatersrand Local Division) and Others* 2003 (12) BCLR 1333 (CC).
- ⁶² *S v M*, paragraful 26
- ⁶³ *S v M*, paragraful 28.
- ⁶⁴ *S v M*, paragraful 28.
- ⁶⁵ *S v M*, paragraful 29.
- ⁶⁶ *S v M*, paragraful 33.
- ⁶⁷ *S v M*, paragraful 35.
- ⁶⁸ *S v M*, paragraful 36
- ⁶⁹ *S v M*, paragraful 37.
- ⁷⁰ *S v M*, paragraful 38.
- ⁷¹ *S v M*, paragraful 39.
- ⁷² *Ibidem*.
- ⁷³ *S v M*, paragraful 41.
- ⁷⁴ Secțiunea 28(1)(b).
- ⁷⁵ Secțiunea 8(1).
- ⁷⁶ *S v M*, para. 41-42.
- ⁷⁷ *Ibidem*.
- ⁷⁸ *S v M*, paragraful 42.
- ⁷⁹ *S v M*, paragraful 46.
- ⁸⁰ *S v M*, paragraful 48.
- ⁸¹ Raportul curatorului *ad litem*, două rapoarte ale asistenților sociali (unul depus de către stat și altul de către curator).
- ⁸² *S v M*, paragraful 65.
- ⁸³ *S v M*, paragraful 66.
- ⁸⁴ *S v M*, paragraful 70.

- ⁸⁵ Inculpata primea ocazional ajutor din partea familiei sale.
- ⁸⁶ *S v M*, paragraful 67.
- ⁸⁷ *Ibidem.*
- ⁸⁸ *S v M*, paragraful 68.
- ⁸⁹ *S v M*, paragraful 71.
- ⁹⁰ *S v M*, paragraful 72.
- ⁹¹ *S v M*, paragraful 73.
- ⁹² *S v M*, paragraful 75.
- ⁹³ *S v M*, paragraful 106.
- ⁹⁴ *S v M*, paragraful 110.
- ⁹⁵ *S v M*, paragraful 110.
- ⁹⁶ *S v M*, paragraful 116.
- ⁹⁷ *Ibidem.*
- ⁹⁸ *Ibidem.*
- ⁹⁹ *S v M*, paragraful 122.
- ¹⁰⁰ A se compara, de exemplu, situația din *S v M* cu cazurile în care se pune problema aplicării interesului superior în procesul de individualizare a pedepsei unui minor în conflict cu legea penală.
- ¹⁰¹ Interesant este că judecătorii aflați în minoritate au găsit că acest aspect pledează pentru privarea de libertate pentru că minorii erau deja aproape de adolescență (vârstele erau de 16, 12 și respectiv 8).
- ¹⁰² În *S v S* (Centre for Child Law as *Amicus Curiae*) 2011 (7) BCLR 740 (CC), inculpata în vârstă de 33 de ani, căsătorită și mamă a doi copii minori a fost condamnată de instanța de fond la 5 ani închisoare pentru săvârșirea unei tentative la înșelăciune și a unor infracțiuni de fals. Conform sentinței, după o perioadă de detenție, inculpata va deveni eligibilă pentru lăsarea în libertate sub supraveghere până la executarea completă a pedepsei. Inculpata a declarat apel împotriva sentinței, motivând că în aplicarea pedepsei nu s-a ținut cont de principiile stabilite în *S v M*, care ar fi impus alegerea unei pedepse cu lăsarea în libertate. Curtea Constituțională (în opinia majoritară) a respins apelul, făcând o distincție între situația de *S v M* și cazul current. Astfel, inculpata în *S v M* avea grija exclusivă a copiilor săi, pe cand în cazul current inculpata era casatorită iar soțul s-a arătat disponibil să aibă grija copiilor pe durata detenției inculpatei. Pentru a atenua efectele detenției asupra celor doi copii minori, instanța a dispus ca un asistent social să viziteze regulat familia, pentru a se asigura că copiii sunt îngrijiți adecvat (paragraful 66).
- ¹⁰³ Instanța a analizat în detaliu cum *in casu* o pedeapsă a închisorii ar afecta copiii inculpatei, menționând în acest context pericolul de a pierde locuința ca urmare a neplății ratelor bancare, lipsa mijloacelor de întreținere, reducerea calității îngrijirii de care copiii ar beneficia în cazul privării de libertate a mamei, faptul că copiii se aflau la o vârstă la care îndrumarea părintelui este foarte importantă.
- ¹⁰⁴ Vezi și Michael Freeman *op. cit.*
- ¹⁰⁵ Instanța a menționat că este greu de imaginat vreo acțiune guvernamentală care nu afectează copiii, fie în mod direct sau indirect (paragraful 25).
- ¹⁰⁶ Meda Couzens *op.cit.*
- ¹⁰⁷ De exemplu, amplasarea unui drum, a unui cinema, sau a unui birt.
- ¹⁰⁸ Secțiunea 36.
- ¹⁰⁹ Vezi *supra* n. 33 și 34.
- ¹¹⁰ În *S v S* (Centre for Child Law as *Amicus Curiae*) 2011 (7) BCLR 740 (CC), Curtea Constituțională a hotărât că aplicarea pedepsei cu închisoare pentru săvârșirea infracțiunilor de fals și tentativă la înșelăciune de către inculpata recidivistă, care locuia cu soțul și era mamă a doi copii minori (8 și 5 ani la data emiterii hotărârii) nu a adus atingere drepturilor copiilor. În acest caz, soțul inculpatei (și tatăl copiilor) a indicat

că va asuma îngrijirea copiilor câtă vreme inculpata va fi privată de libertate. În *S v Howells* 1999 (1) SACR 675 (C), instanța a hotărât că inculpata – divorțată și mamă a trei copii minori – poate fi condamnată numai la pedeapsa închisorii, având în vedere starea de recidivă, și scopul comiterii infracțiunii. Instanța a luat în considerare interesul copiilor și dreptul lor de a fi crescuți într-un mediu familial. Instanța a luat la cunostință cu regret faptul că minorii vor fi luați în grija statului, o situație care nu era de dorit. Cu toate acestea, instanța a considerat că interesul copiilor nu poate prevala în acest caz asupra intereselor societății de a pedepsi numărul crescut al infracțiunilor de corupție.

¹¹¹ *S v S* paragraful 67. În *S v Howells*, instanța a solicitat intervenția serviciilor de asistență socială, cărora le-a cerut să stabilească situația copiilor, să ia măsuri ca aceștia să fie îngrijiți în timpul absenței mamei, să asigure menținerea unui contact regulat și frecvent a copiilor cu mama lor, și să faciliteze reunificarea copiilor cu mama lor după eliberarea mamei (pg. 683C–F).

¹¹² *S v Howells*. Menținerea legăturilor personale constituie o măsură potrivită considerând faptul că rolul părinților include nu numai asigurarea celor necesare traiului minorilor, dar și oferirea de sprijin moral, sfaturi sau afecțiune care nu sunt incompatibile cu privarea de libertate a părintelui.

¹¹³ Secțiunea 8(1).

¹¹⁴ Este evident că există diferențe majore între sistemul juridic românesc și cel din Africa de Sud. Africa de Sud este o țară cu un sistem juridic care aparține familiei sistemului de drept de tip *common law*. În Africa de Sud controlul de constituționalitate se extinde nu numai la actele normative, ci și la activitatea organelor statului, inclusiv a instanțelor. Un element important al distincției dintre cele două sisteme de drept este constituționalizarea interesului superior al copilului în secțiunea 28(2) a Constituției Africii de Sud, care a avut o importanță determinantă în *S v M* prin aceea că instanțele aveau obligația să ia în considerare drepturile copilului și interesul său superior în actul de judecată.

¹¹⁵ Ioan Muraru, Nasty Marian Vlădoiu, Andrei Muraru și Siviu-Gabriel Barbu: *Contencios constitutional*, ed. Hamangiu, 2009 pg. 254. Această poziție este în conformitate cu art. 11 și 20 ale Constituției României.

¹¹⁶ Publicată în Monitorul Oficial nr.274 din 24.11.1995.

¹¹⁷ O altă problemă interesantă în dreptul românesc este ridicată de lipsa unui statut constituțional clar al principiului interesului superior al copilului. Conform art. 2 alin. 1 al Legii 272/2004, orice reglementări în domeniul respectării și promovării drepturilor copilului par să oblige legiuitorul precum și alte organe de stat să țină cont de interesul superior al copilului atunci când emit reglementări în domeniul respectării și promovării drepturilor copilului, interesul superior al copilului trebuie respectat. Cu toate acestea, sancțiunea în cazul nerespectării acestui principiu de către legiuitor este neclară având în vedere că Curtea Constituțională nu poate exercita control de constituționalitate asupra unor asemenea legi decât în cazul în care Curtea va interpreta art. 49 alin. 1 al Constituției în așa fel încât acesta să includă principiul interesului superior al copilului.

¹¹⁸ Conform art. 74 alin. 1 lit.g al Codului Penal.

¹¹⁹ Articolul 74 alin. 2 din Codul Penal.

¹²⁰ Articolele 453 și 455 din Codul de procedură penală reactualizat.

¹²¹ *S v S*.

¹²² CEDO Cererea nr. 46.572/99, hotărârea din 28/09/2004 publicată în Monitorul Oficial, partea I, nr. 484 din 8 iunie 2005.

¹²³ *Sabou și Pârcălab împotriva României* paragraful 3. Instanța de fond l-a condamnat pe reclamant pentru infracțiunea de calomnie la o pedeapsă de 10 luni închisoare și la pedeapsa accesorie prevăzută de articolul 71 coroborat cu art. 64 din Codul penal, și anume interzicerea, pe timpul detenției, a dreptului la exercitarea profesiei, precum și a drepturilor părintești și a celor electorale (paragraful 16). Articolul 64(1) al Codului Penal în vigoare la acea dată prevedea că "Pedeapsa complementară a

interzicerii unor drepturi constă în interzicerea unuia sau unora dintre următoarele drepturi: a) dreptul de a alege și de a fi ales în autoritățile publice sau în funcții electivă publice; b) dreptul de a ocupa o funcție implicând exercițiul autorității de stat; c) dreptul de a ocupa o funcție sau de a exercita o profesie de natura aceleia de care s-a folosit condamnatul pentru săvârșirea infracțiunii; d) drepturile părintești; e) dreptul de a fi tutore sau curator". Articolul 71 prevedea că "(1) Pedepsa accesorie constă în interzicerea tuturor drepturilor prevăzute în art. 64. (2) Condamnarea la pedeapsa închisorii atrage de drept interzicerea drepturilor arătate în alineatul precedent din momentul în care hotărârea de condamnare a rămas definitivă și până la terminarea executării pedepsei, până la grațierea totală sau a restului de pedeapsă [...]."

¹²⁴ *Sabou și Pîrcălab împotriva României* paragraful 47.

¹²⁵ Actualul Cod penal nu mai prevede interzicerea automată a pedepsei accesorii a interzicerii drepturilor părintești pe durata pedepsei închisorii. A se vedea art. 65 alin.1 și alin. 2. lit. e Codul penal.

¹²⁶ Secțiunea 38(b) a Constituției Republicii Africa de Sud.

¹²⁷ *Centre for Child Law v Minister of Justice and Constitutional Development and Others* 2009 (6) SA 632 (CC).

¹²⁸ *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others* 2002 (5) SA 721 (CC).

¹²⁹ *Centre For Child Law And Another V Minister Of Home Affairs And Others* 2005 (6) SA 50 (T).

¹³⁰ *Centre for Child Law and Others v MEC for Education, Gauteng, and Others* 2008 (1) SA 223 (T).

¹³¹ Articolul 2 alin. 1.

¹³² Articolul 2 alin. 3.

¹³³ Vezi partea a 2-a a acestui articol. Vezi și Meda Couzens *op. cit.* pentru o trecere în revistă a poziției în același sens a Comitetului ONU pentru drepturile copilului.