

Către
MINISTERUL JUSTIȚIEI

Domnului Ministru
TUDOREL TOADER

Subsemnatul, av. DORIN ANDRONIC, cu sediul profesional la Cabinetul de avocat Dorin Andronic din municipiul Suceava, Aleea Trandafirilor nr.10, b1.10, sc.B, et.1, ap.14, județul Suceava, referitor la proiectul publicat pe site-ul Ministerului Justiției, privind modificarea art.297 alin.1 c.pen., vă înaintez următoarele

PUNCTE DE VEDERE:

pentru dezbateră publică din data de 15.05.2017 – privind Proiectul de act normativ pentru modificarea codurilor penale.

1. Propunerea Ministerului Justiției de a modifica alin.1 al art.297 c.pen., în sensul că „*fapta funcționarului public care, în exercitarea atribuțiilor de serviciu, nu îndeplinește un act sau îl îndeplinește prin încălcarea unei legi, a unei ordonanțe a Guvernului sau a unei ordonanțe de urgență a Guvernului și prin aceasta cauzează o pagubă ori o vătămare a drepturilor sau intereselor legitime ale unei persoane fizice sau ale unei persoane juridice se pedepsește cu închisoarea de la 2 la 7 ani și interzicerea exercitării dreptului de a ocupa o funcție publică*” **nu este în concordanță** cu considerentele și dispozitivul deciziei Curții Constituționale nr.405 din 16.06.2016 și legile speciale în materie.

2. Motivarea Ministerului Justiției precum că la elaborarea propunerii de modificare a art.297 alin.1 c.pen. a fost avută în vedere **doar sintagma** „*îndeplinește prin încălcarea legii*” **din dispozitivul deciziei** Curții Constituționale, în desfiderea puterii de lucru judecat și a considerentelor deciziei Curții, **nu pune astfel în acord** decizia Curții Constituționale cu prevederile Constituției, **perpetuând** aceeași formulare excesiv generică, nepredictibilă și lipsită de claritate a normei penale.

NU ORICE ÎNCĂLCARE A LEGII REPREZINTĂ ELEMENTUL MATERIAL AL FAPTEI DE ABUZ ÎN SERVICIU.

Conform art.1 c.pen. **numai „legea penală** prevede faptele care constituie infracțiuni și că nici o persoană nu poate fi sancționată penal pentru **o faptă care nu este prevăzută în legea penală”**.

Conform art.173 c.pen. prin „lege penală” **se înțelege** orice dispoziție **cu caracter penal** cuprinsă în legi organice, ordonanțe de urgență sau alte acte normative care la data adoptării lor aveau putere de lege.

Astfel, sintagma „îndeplinește prin încălcarea legii” apare la fel de generală, neprecisă, nepredictibilă ca și sintagma „în mod defectuos” pe care dorește să o substituie.

Încălcarea legii civile, comerciale, administrative, fiscale etc. sau a legilor speciale **care nu conțin expres dispoziții cu caracter penal**, nu poate constitui elementul material al faptei de abuz în serviciu.

De exemplu:

* Încălcarea legii fundamentale care a generat condamnarea României în multiple cauze la CEDO, **nu a constituit elementul material** al faptei de abuz în serviciu în sarcina organelor de urmărire penală sau a instanțelor de judecată.

* Încălcarea prevederilor Codului de procedură civilă, respectiv încălcarea art.232 alin.2 prin neredactarea încheierii de ședință în termenul de 3 zile de către grefier sau nemotivarea hotărârii judecătorești în termenul de 30 de zile, conform art.426 alin.5 c.pr.civ. de către judecător, **nu constituie elementul material** al faptei de abuz în serviciu.

* Încălcarea prevederilor art.328 alin.1 c.pr.pen. de către procuror, prin sesizarea instanței cu un rechizitoriu ce nu este verificat sub aspectul legalității și temeiniciei de procurorul ierarhic superior, **nu constituie elementul material** al faptei de abuz în serviciu.

* Încălcarea prevederilor OUG nr.34/2006 privind achizițiile publice, conform Capitolului X, Secțiunea 1, constituie contravenție, actul normativ **necuprinzând dispoziții cu caracter penal** pentru nerespectarea acestuia.

Este adevărat că orice încălcare a legii - deci și a celei civile, comerciale, administrative, fiscale etc. sau a legilor speciale **prin fapte concrete, distincte, ilicite**, pot atrage răspunderea penală, dar numai pentru **aceste fapte**, în considerarea laturii obiective și subiective a acestora.

Săvârșirea unor **fapte penale distincte în exercitarea atribuțiilor de serviciu** de către funcționarul public nu pot fi absorbite în infracțiunea de abuz în serviciu, acestea fiind sancționate de legiuitor în mod distinct.

Existența faptei de abuz în serviciu în interpretarea că „*îndeplinește prin încălcarea legii*” s-ar înțelege numai „*încălcarea legislației primare*” (legi, ordonanțe de urgență, ordonanțe), **fără o delimitare concretă a acesteia**, și că încălcarea prevederilor din *legislația secundară* (hotărâri de Guvern, ordine de miniștri, regulamente etc.) **exclue răspunderea penală, generează un regim sancționator discriminatoriu al unor subiecți de drept aflați în situații comparabile în desfiderea art.16 al.1 din Constituție.**

Considerentul constituțional pentru care încălcarea **legislației secundare** (pentru punerea în aplicare a legilor) nu constituie elementul material al faptei de abuz în serviciu **îl reprezintă și faptul** că aceste acte normative **nu conțin dispoziții cu caracter penal sancționator** și, în consecință, **nu au caracter de lege penală**, conform art.1 și art.173 c.pen.

Aceeași situație există și în ceea ce privește **legislația primară** civilă, comercială, fiscală, administrativă, dreptul muncii etc., **care nu conține dispoziții cu caracter penal sancționator.**

În condițiile în care sintagma „*îndeplinește prin încălcarea legii*” este neclară, nepredictibilă și generală, organele de urmărire penală și instanțele de judecată au considerat existența faptei de abuz în serviciu **prin simpla încălcare a tuturor normelor legislației primare**, chiar în condițiile în care acestea **nu conțin dispoziții sancționatorii penale**, care să le confere caracterul de lege penală.

Art.297 alin.1 c.pen. este astfel constituțional numai în măsura în care, prin „îndeplinește prin încălcarea legii” se înțelege doar „încălcarea legii primare penale”.

Prin clarificarea sintagmei „*îndeplinește prin încălcarea legii*” **în sensul** că „*îndeplinește prin încălcarea legii penale*”, **stabilirea unui prag valoric al pagubei nu mai prezintă importanță din punct de vedere legislativ.**

În concluzie, într-o primă ipoteză (lipsită de curaj juridic), **modificarea prevederilor art.297 alin.1 c.pen.** ar putea avea următorul conținut:

*„Fapta funcționarului public care, în exercitarea atribuțiilor de serviciu, nu îndeplinește un act sau îl **îndeplinește prin încălcarea unei legi penale** și prin aceasta cauzează o pagubă ori o vătămare a drepturilor sau intereselor legitime ale unei persoane fizice sau ale unei persoane juridice se pedepsește cu închisoarea de la 2 la 7 ani și interzicerea exercitării dreptului de a ocupa o funcție publică”.*

**Considerații generale ale cadrului juridic contextual
pentru realizarea unei modificări
ale prevederilor art.297 alin.1 c.pen.**

1. Prin prevederile art.297 alin.1 c.pen. din Noul cod penal, **în principiu, s-a revenit la reglementarea anterioară celei din Codul penal din anul 1968, într-o formulare excesiv generică**, indiferent dacă prin fapta abuzivă a funcționarului sunt lezate interesele persoanelor **fizice** sau cele ale persoanelor **juridice**.

2. Formularea existentă **nu face distinctă și nici predictibilă** posibilitatea determinării concrete a **pericolului social** și posibilitatea **sanționării distincte** pentru fapte de abuz în serviciu vizând vătămarea drepturilor și a intereselor persoanelor fizice și distinct ale persoanelor juridice **care, prin excelență, sunt întotdeauna diferite**.

3. În actuala formulare, s-a introdus generic și **sanțiunea interzicerii exercitării dreptului de a ocupa o funcție publică, fără precizarea scopului sancțiunii și a duratei acestei sancțiuni**.

4. În reglementarea existentă, **incriminarea abuzului în serviciu este lipsită de elementul intențional, neputându-se determina în mod concret latura subiectivă a infracțiunii**.

5. În vechea reglementare (din Codul penal din 1968) abuzul în serviciu contra intereselor publice se săvârșea **numai cu intenție** (directă sau indirectă).

Cerința intenției, și în cazul săvârșirii faptei prin inacțiune, rezulta din expresia „**cu știință**”, folosită de legiuitor tocmai pentru a sublinia **caracterul intenționat, cert și determinat** al infracțiunii și în această modalitate de săvârșire.

6. **Dacă fapta era săvârșită din culpă**, ea nu constituia infracțiunea de abuz în serviciu contra intereselor publice, ci infracțiunea de neglijență în serviciu.

7. **Nu se poate considera că decizia nr.405/2016 este doar o decizie de interpretare**, instanța constituțională **admițând** prin decizia menționată **o excepție de neconstituționalitate**.

Conform art.2(3) din **Legea nr.47/1992** – de organizare și funcționare a Curții Constituționale, „*În exercitarea controlului, Curtea Constituțională se pronunță numai asupra problemelor de drept, fără a putea modifica sau completa prevederea legală supusă controlului.*”

De asemenea, Curtea Constituțională **nu se poate pronunța asupra modului de interpretare și aplicare a legii, ci numai asupra înțeleșului său contrar Constituției.**”

Norma constituțională din art.147 și norma din art. 2(3) din **Legea nr.47/1992 interzic astfel Curții Constituționale de a se pronunța prin decizii de interpretare** .

8. Mai mult, din analiza prevederilor Legii nr.47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale rezultă că **singurele decizii** pe care aceasta le poate pronunța cazul invocării unor excepții de neconstituționalitate **sunt de admitere sau de respingere a excepțiilor și nu de interpretare.**

În acest sens, reamintesc că în Decizia nr.847/2008, Curtea Constituțională a reținut că „*decizia de constatare a neconstituționalității face parte din ordinea juridică normativă, prin efectul acesteia prevederea constituțională încetându-și aplicarea pentru viitor*”, iar prin Decizia Plenumului Curții Constituționale nr.1/1995 privind obligativitatea deciziilor sale pronunțate în cadrul controlului de constituționalitate s-a reținut că „*puterea de lucru judecat ce însoțește actele jurisdicționale, deci și deciziile Curții Constituționale, se atașează nu numai dispozitivului, **ci și considerentelor** pe care se sprijină acesta*”.

În același sens, prin Decizia nr.1415/2009, Curtea Constituțională a mai statuat că „*atât **considerentele, cât și dispozitivul deciziilor** sale sunt general obligatorii **și se impun cu aceeași forță** tuturor subiectelor de drept.*

În consecință, *atât Parlamentul, cât și Guvernul, respectiv autoritățile și instituțiile publice urmează, în aplicarea legii criticate, **să respecte cele stabilite de Curtea Constituțională în considerentele și dispozitivul deciziei**”.*

9. Art.1 alin.5 din Constituția României instituie obligativitatea generală a tuturor instituțiilor, autorităților și persoanelor **de a respecta legile.**

Această **obligatie de a respecta legile** presupune ca norma penală referitoare la fapta de abuz în serviciu a funcționarului public **să nu contravină** prevederilor de esență a legii speciale nr.188/1999, precum și a legii nr.554/2004 și să **fie în concordanță** cu prevederile acestor legi.

Legea nr.188/1999, privind statutul funcționarilor publici

Articolul 2

„(1) Funcția publică reprezintă ansamblul atribuțiilor și responsabilităților, stabilite în temeiul legii, **în scopul realizării prerogativelor de putere publică** de către administrația publică centrală, administrația publică locală și autoritățile administrative autonome.

Articolul 4

(1) Raporturile de serviciu se nasc și se exercită pe baza actului administrativ de numire, emis în condițiile legii.

Articolul 75

Încălcarea de către funcționarii publici, cu vinovăție, a îndatoririlor de serviciu atrage răspunderea disciplinară, contravențională, civilă sau penală, după caz.

Articolul 117

„Dispozițiile prezentei legi **se completează** cu prevederile legislației muncii, precum și cu reglementările de drept comun civile, administrative sau **penale**, după caz, **în măsura în care nu contravin legislației specifice funcției publice.**”

Legea nr.554/2004, a contenciosului administrativ**„Art.2. Semnificația unor termeni**

(1) În înțelesul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos au următoarele semnificații:

c) **act administrativ** - actul unilateral cu caracter individual sau normativ emis de o autoritate publică, **în regim de putere publică**, în vederea organizării executării legii sau a executării în concret a legii, care dă naștere, modifică sau stinge raporturi juridice;

o) **drept vătămat** – orice drept prevăzut de Constituție, de lege sau de alt act normativ, căruia i se aduce o atingere printr-un act administrativ;

p) **interes legitim privat** – posibilitatea de a pretinde o anumită conduită, în considerarea realizării unui drept subiectiv viitor și previzibil, prefigurată;

r) **interes legitim public** – interesul care vizează ordinea de drept și democrația constituțională, garantarea drepturilor, libertăților și îndatoririlor fundamentale ale cetățenilor, satisfacerea nevoilor comunitare, realizarea competenței autorităților publice;

ș) **pagubă iminentă** – prejudiciul material viitor și previzibil sau, după caz, **perturbarea previzibilă gravă a funcționării unei autorități publice sau a unui serviciu public;**”

Noul Cod penal**Art.175 Funcționar public**

„(1) Funcționarul public, **în sensul legii penale**, este persoana care, cu titlu permanent sau temporar, cu sau fără o remunerație:

a) **exercită atribuții și responsabilități, stabilite în temeiul legii, în scopul realizării prerogativelor puterii legislative, executive sau judecătorești.**”

10. Din legile speciale precizate rezultă astfel că pentru existența infracțiunii de abuz în serviciu și obținerea de foloase necuvenite, **fapta** funcționarului public trebuie **să fie săvârșită cu vinovăție** (art. 75 din Legea nr.188/1999) **prin încălcarea atribuțiilor proprii de serviciu clar și limitativ stabilite prin actul de numire** (art. 4 din Legea nr.188/1999) iar „actul” îndeplinit sau neîndeplinit **să vizeze doar un act administrativ emis în regim de putere publică prin încălcarea legii** (art.2 lit.c și lit.o din Legea nr.554/2004), **în scopul de a obține**, pentru sine sau pentru altul, **un folos nedatorat**

legal și prin aceasta să cauzeze **o pagubă iminentă** (art.2 lit.ș din Legea nr.554/2004) sau **o vătămare gravă** a intereselor legitime ale unei persoane fizice sau juridice.

În concluzie, în cea de-a doua ipoteză, **modificarea prevederilor art.297 alin.1 c.pen.** ar putea avea următorul conținut:

„(1) *Fapta funcționarului public care, în exercitarea atribuțiilor de serviciu, în scopul realizării prerogativelor puterii legislative, executive sau judecătorești, cu știință, nu îndeplinește un act sau îl îndeplinește prin încălcarea legii penale și prin aceasta cauzează o pagubă însemnată ori o vătămare gravă a drepturilor sau intereselor legitime ale unei persoane juridice ori perturbarea previzibilă gravă a funcționării unei autorități publice sau a unui serviciu public, se pedepsește cu închisoarea de la unu la 5 ani.*

(1¹) *Dacă fapta funcționarului public are drept consecință producerea unei pagube ori vătămarea drepturilor sau intereselor legitime ale unei persoane fizice, se pedepsește cu închisoarea de la 3 luni la 2 ani sau amendă.*

(1²) *Dacă fapta funcționarului public are drept consecință obținerea unui folos nedatorat legal, pentru sine sau pentru altul, se pedepsește cu închisoare de la 2 la 7 ani și interzicerea exercitării dreptului de a ocupa o funcție publică pe o durată egală cu pedeapsa închisorii.”*

(1³) *În cazul săvârșirii unei infracțiuni de abuz în serviciu prevăzute de alin.(1) și alin.(1¹) din prezentul articol, dacă în cursul urmăririi penale sau până la rămânerea definitivă a hotărârii judecătorești, învinuitul ori inculpatul acoperă integral prejudiciul cauzat, se aplică o sancțiune administrativă, care se înregistrează în cazierul judiciar.*

(1⁴) *Dispozițiile prevăzute în alin.(1³) nu se aplică dacă făptuitorul a mai săvârșit o infracțiune prevăzută de prezenta lege într-un interval de 5 ani de la comiterea faptei pentru care a beneficiat de dispozițiile prevăzute de alin.(1³) sau dacă paguba cauzată a produs consecințe deosebit de grave.”*

Primiți, vă rog, Domnule Ministru, asigurarea deplinei mele considerații.

10.05.2017

av. Dorin Andronic

