

APRECIERI CRITICE ȘI PROPUNERI PRIVIND CONȚINUTUL JURIDIC AL INFRAȚIUNII DE ABUZ ÎN SERVICIU



Conf. univ. dr. Gavril PARASCHIV

Abstract

The legal content of the offence of abuse of office, provided for in art. 297 paragraph (1) of the Criminal Code has a very general nature (also maintained to a certain extent after the amendment made through the GEO no. 13/2017), so that all offences committed in breach of the job duties may come under it, in the case of occurrence of the consequences laid down in the criminalization rule, no matter their serious nature or the circumstances under which they were committed. Thus, until an adequate legislative amendment is made, the judicial bodies are liable for determining which categories of offenses fall or do not fall within this criminalization – an attribute which, however, only belongs to legislators, according to the principle of separation of state powers.

Keywords: *abuse of office, legal content, unpredictable, non-unitary application, proposals for improvement.*

Introducere

Potrivit principiului legalității incriminării, consacrat prin art. 1 C. pen., art. 5 din Constituția României și art. 7 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, normele de incriminare trebuie să aibă un conținut bine determinat (*nullum crimen sine lege certa*), adică să descrie exact și complet faptele sancționate, legiuitorul oferind astfel cea mai bună garanție a cunoașterii și respectării legii¹.

Procedându-se în acest fel s-ar evita implicarea excesivă, subiectivismul incert al organelor de aplicare a legii în stabilirea sferei faptelor cărora li se pot aplica normele de incriminare – atribut care este de competența exclusivă a puterii legislative.

De asemenea, pentru aplicarea unitară a legii tuturor destinatarilor, prevenindu-se arbitrarul judecătoresc, legea penală trebuie să fie exactă, prin stabilirea

¹ G. Antoniu, *Explicațiile Noului Cod penal*, vol. I (coord. G. Antoniu/T. Toader), Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 39 și urm.

limitelor de aplicare relativ la faptele concrete, împiedicând astfel instanțele să sancționeze, în anumite cazuri, fapte care nu au fost explicit determinate în normele de incriminare – ceea ce ar crea garanții privind asigurarea respectării principiului egalității juridice a cetățenilor, cât și a principiului nediscriminării.

Numai cunoscând exact ceea ce este interzis, fiecare persoană poate să-și dirijeze conștient propriul comportament și poate avea garanția respectării drepturilor și libertăților sale, fără a exista pericolul sancționării pentru o faptă neavută în vedere de legiuitor și care nu transpare în mod evident din norma de incriminare.

În practică au fost reținute însă, ca infracțiuni, fapte care par să se încadreze în conținutul legal al unor norme de incriminare (neclare și cu caracter general), deși acestea nu prezentau pericolul social ori alte trăsături specifice ilicitului penal (pentru unele fiind chiar prevăzute sancțiuni disciplinare, contravenționale etc.).

Observații privind conținutul infracțiunii de abuz în serviciu

Conținutul juridic al infracțiunii prev. la art. 297 alin. (1) C. pen., în formularea inițială, are caracter de maximă generalitate², fiind lipsit de claritate și previzibilitate, contrar principiului legalității incriminării, astfel că există posibilitatea încadrării în acest conținut a oricărei fapte de neîndeplinire a atribuțiilor de serviciu, ori de îndeplinire defectuoasă, dacă s-au produs urmările prevăzute în norma de incriminare, respectiv o pagubă ori vătămarea drepturilor sau intereselor legitime ale unei persoane fizice sau ale unei persoane juridice, indiferent de cuantumul prejudiciului creat ori de importanța drepturilor încălcate și consecințele generate.

Practic, acest conținut (determinat foarte general) a creat posibilitatea ca fiecare organ judiciar să dobândească și „atribuții” de legiuitor, alegând, în mod diferit – potrivit pregătirii profesionale, concepțiilor sale etc. -- ce fapte pot să fie sancționate ca abuz în serviciu, din nenumăratele încălcări care se încadrează, formal, în definiția respectivă, întrucât aproape că nu există domeniu ori funcționar care să nu înregistreze (din diferite motive) o multitudine de încălcări ale atribuțiilor de serviciu, mai importante ori mai mărunte – legea fiind astfel aplicată neunitar și discriminatoriu.

În conținutul juridic al incriminării analizate nu sunt prevăzute suficiente condiții pe care să le îndeplinească faptele concrete (nici repere sau limite, ori referiri la domeniile de activitate, la gravitatea încălcărilor sau la consecințele produse, și nici precizarea unor elemente subiective, cum ar fi: reaua-credință, mobilul, scopul, intenția de fraudă ori de a obține foloase etc.), astfel că în practică s-a creat posibilitatea unor interpretări libere, personale, din partea organelor judiciare, care au stabilit (în lipsa unor criterii clare, prestabilite de legiuitor) ce activități prezintă pericolul social specific infracțiunii – interpretări ce au avut ca rezultat angajarea

² G. Paraschiv, *Explicațiile Noului Cod penal*, vol. IV, *op. cit.*, p. 323 și urm.

răspunderii penale numai pentru anumite persoane și fapte (mai mult sau mai puțin grave), în timp ce (și din cauza volumului de muncă excesiv al organelor judiciare) alte mii de încălcări (chiar mai grave și comise cu rea-credință), care s-ar încadra în aceeași normă de incriminare, au rămas *necercetate*.

De altfel, și pentru faptele similare *cercetate* s-a creat o practică neunitară, unele organe judiciare reținând infracțiunea de abuz în serviciu, în timp ce altele au dispus clasarea (achitarea), tocmai pentru că formularea de maximă generalitate a normei de incriminare permite o interpretare necoerentă, neunitară.

În același timp, tot din lipsă de precizie a normei de incriminare și în baza unor interpretări diferite, neghidate de condiții stricte de existență, care trebuiau prevăzute în conținutul juridic al infracțiunii, au fost sancționate – ca fiind infracțiuni de abuz în serviciu (ori neglijență în serviciu) – și numeroase fapte care, potrivit altor acte normative (neidentificate ori neluate în seamă de organele judiciare), constituie abateri disciplinare, contravenții, ori pentru care sunt prevăzute alte remedii (ex. anularea contractului nelegal, contestarea la organul ierarhic superior, contenciosul administrativ etc.).

Lipsa de precizie a normei de incriminare a creat largi posibilități de interpretare neunitară, chiar discriminatorie, nu numai de la o faptă la alta sau de la o persoană la alta, ci și de la o categorie profesională la alta. Spre exemplu, din rațiuni mai greu de explicat, printr-o interpretare „extensivă” și fără a se ține cont de lipsa intenției frauduloase ori de reglementările privind eroarea de fapt (cauză de neimputabilitate ce se aplică tuturor celorlalte persoane) etc., s-a format o practică destul de extinsă, potrivit căreia mai mulți notari au fost trași la răspundere penală pentru abuz în serviciu (sau neglijență în serviciu), când au întocmit greșit un act (datorită interpretării deficitare a legii ori când numai organele judiciare au apreciat că legea a fost aplicată greșit) sau când notarii au confundat două persoane (chiar dacă erau frați gemeni) etc., deși pentru asemenea fapte, legea civilă prevede alte sancțiuni, cum ar fi nulitatea actului și, eventual, răspunderea penală a persoanelor care au indus în eroare etc.

Dacă, însă, fapte similare, ori mai grave au fost comise în alte domenii, cum ar fi spre exemplu, al justiției, nu s-a pus vreodată problema reținerii infracțiunii de abuz în serviciu (sau neglijență în serviciu), nici chiar când CEDO a stabilit că s-au încălcat drepturile omului, ori când au fost arestate persoane fără probe – care ulterior au fost achitate – sau când au fost încarcerate, din eroare, alte persoane decât cele prevăzute în mandatul de arestare ori de executare a pedepsei ș.a.

Decizia nr. 405/2016 a Curții Constituționale, pronunțată în soluționarea excepției de neconstituționalitate ridicată cu privire la modul prea general de redactare a conținutului juridic al infracțiunii prev. de art. 297 alin. (1) C. pen., nu este de natură a rezolva întrutotul problemele privind corecta interpretare și aplicare a acestei norme de incriminare, întrucât simpla înlocuire a sintagmei „îndeplinește în mod defectuos”, cu expresia „îndeplinește prin încălcarea legii”, ori

stabilirea unui prag minim al prejudiciului, nu pot să ducă la înlăturarea unora din aspectele criticate.

În consecință, nici prin modificările art. 297 alin. (1) C. pen., realizate prin O.U.G. nr. 13/2017 (abrogată înainte de intrarea în vigoare), nu s-a reușit formularea unei norme de incriminare care să fie la adăpost de orice critică. Spre exemplu, numeroase fapte de neîndeplinire a atribuțiilor de serviciu ori de îndeplinire prin încălcarea unor acte normative primare (cu producerea urmărilor stipulate), care sunt sancționate în continuare disciplinar, contravențional etc. (conform altor legi), ar trebui să fie exceptate, pentru a nu exista posibilitatea încadrării lor în conținutul infracțiunii de abuz în serviciu, din moment ce faptele respective nu prezintă pericolul social al unei infracțiuni; în preocuparea dificilă de a se clădi numeroase dosare penale, de multe ori nu se verifică reglementările care prevăd sancțiuni de altă natură, mai ușoare (acestea fiind numeroase și disipate în foarte multe acte normative), cu atât mai mult cu cât art. 297 alin. (1) C. pen. nu ne atenționează, prevăzând în mod expres exceptarea acestora din conținutul juridic al infracțiunii.

Dimpotrivă, se pot întâlni și situații în care nu s-ar putea reține infracțiunea de abuz în serviciu, chiar dacă funcționarii încalcă, cu rea voință (spre exemplu, cu scopul de a produce pagube foarte mari, urmărind realizarea unor foloase), unele sarcini delegate sau dispoziții ale conducerii, ori atribuții de serviciu prevăzute în regulamente interne etc., fără ca acestea să fie stipulate expres și explicit în acte normative primare.

Introducerea sintagmei „cu știință”, în conținutul juridic al infracțiunii de abuz în serviciu, era pozitivă pentru că se preciza expres cerința ca făptuitorul să fi fost în cunoștință că încalcă o dispoziție legală. Considerăm însă că – pentru a nu exista posibilitatea interpretării acestei condiții în sensul că nu se impunea ca autorul să știe (prevadă) și consecințele comiterii elementului material – poate ar fi trebuit inserate în text sintagme ca: „intenția frauduloasă”, „pentru a obține foloase necuvenite”, „prin comiterea altor infracțiuni sau folosirea de procedee frauduloase” – în vederea realizării scopului propus etc.

Problema reglementării corespunzătoare a art. 297 alin. (1) C. pen. nu se rezolva nici prin stabilirea unui plafon valoric (în O.U.G. era de 200.000 lei, însă probabil că în viitor se va renunța la acesta) de la care faptele concrete realizau conținutul infracțiunii, tocmai pentru că această condiție ar fi discriminatorie, iar conținutul juridic al infracțiunii rămânea în continuare relativ determinat. De altfel, valoarea prejudiciului nu determină, în general, pericolul social generic specific infracțiunii, astfel că, în principiu, nu constituie element constitutiv al infracțiunii, ci, mai degrabă, poate fi luată în calcul la reglementarea unei variante agravate ori la individualizarea sancțiunii; când instanța constată că se aduce o atingere minimă valorilor sociale ocrotite de lege (și datorită prejudiciului redus) are posibilitatea aplicării art. 80 și urm. C. pen., privind renunțarea la aplicarea pedepsei, ori a art. 83 și urm. C. pen., referitoare la amânarea aplicării pedepsei.

În plus, unele fapte sunt periculoase, chiar dacă prin ele se produc prejudicii infime, cum ar fi în cazul vânzării la suprapreț, care, în anumite perioade, a făcut obiectul a numeroase dosare, procedându-se chiar la arestarea făptuitorilor prin aplicarea procedurii flagrante (cum s-a procedat și la vânzarea cu lipsă la măsurătoare, pentru care există incriminare separată) – gravitatea acestor fapte rezultând din frecvența ridicată și caracterul fraudulos al lor (în cazul existenței unui „plafon” minim pentru infracțiunea de abuz în serviciu, vânzarea la suprapreț poate să fie sancționată, totuși, ca înșelăciune – care se comite de orice persoană – ori poate să fie incriminată într-o lege specială).

Pe de altă parte, prin încălcarea unor norme de drept civil sau de altă natură se pot produce pagube foarte mari, însă faptele respective nu pot să fie încadrate în conținutul juridic al infracțiunii de abuz în serviciu, întrucât legiuitorul a stabilit alte remedii – din moment ce nu s-a acționat cu mijloace specifice dreptului penal, neexistând astfel pericolul social aferent infracțiunii³.

Sintagma „vătămare gravă, certă și efectivă” a drepturilor sau intereselor legitime ale unei persoane fizice sau juridice, introdusă în art. 297 alin. (1) C. pen. prin O.U.G. nr. 13/2017, nu este suficient determinată, astfel că, în lipsa unei norme generale, care să explice aceste noțiuni, poate fi declarată neconstituțională; e dificil de apreciat, de la caz la caz, care vătămare e gravă și care nu, unde este limita dintre acestea, mai ales că prin încălcarea drepturilor se produc consecințe diverse, care sunt greu de cuantificat și de comparat, neputându-se folosi – de multe ori – aceeași măsură sau aceleași criterii. De asemenea, pentru încălcarea anumitor drepturi există deja reglementate alte remedii (contravenții, contestații, acțiuni civile în justiție etc.), conținutul juridic al infracțiunii neexcluzându-le în mod explicit, astfel că organele de aplicare a legii pot să aleagă, în continuare, sancționarea lor ca infracțiuni.

Față de toate aceste neajunsuri (la care se pot adăuga și altele), apreciem că, rațional ar fi ca art. 297 alin. (1) C. pen. să fie **abrogat** (dacă nu se acceptă realitatea că acesta este deja abrogat, potrivit art. 147 din Constituție), astfel încât organele judiciare să nu mai aibă prerogative legislative, respectându-se principiul separației puterilor, cât și pentru a nu mai exista riscul ca, în practică, să se acționeze subiectiv și discriminatoriu, potrivit interpretărilor diferite a celor care înfăptuiesc actul de justiție – abuzul în serviciu nefiind, de altfel, incriminat ca infracțiune distinctă (cu caracter general), în majoritatea țărilor cu o democrație avansată.

Locul acestei incriminări generale ar fi luat de incriminările speciale (care prevăd condiții de existență clare și suficiente), ce vor fi adoptate în anumite domenii, pentru faptele referitor la care se consideră că prezintă pericolul social generic al unor infracțiuni.

De altfel, soluția dezincriminării poate fi susținută și pentru înlăturarea fenomenului de redundanță, care, uneori, pune în dificultate pe practicieni în alegerea

³ G. Antoniu, *op. cit.*, p. 152.

încadrării juridice potrivite pentru faptele concrete, întrucât atât în Codul penal, cât și în multe legi cu dispoziții penale sunt incriminate numeroase fapte cu caracter special, săvârșite de funcționari, care ar putea să fie încadrate, toate, în conținutul juridic existent al infracțiunii de abuz în serviciu.

Pornind de la principiul sacru, potrivit căruia *nicio persoană nu trebuie să fie condamnată pe nedrept* (chiar și din cauza unei interpretări subiective a unei norme de incriminare, determinată necorespunzător), dar și urmărind obiectivul ca *faptele grave să nu rămână nepedepsite* (urmare dezincriminării abuzului în serviciu), procesul de adoptare a unor incriminări speciale pentru faptele abuzive din anumite domenii ar putea să continue, întrucât conținutul juridic al acestora ar fi mai bine determinat, incluzând condiții de existență suficiente, care să delimiteze exact sfera de aplicare (ceea ce ar înlătura riscul impredictibilității, cât și al unor interpretări greșite, diferite, cu rezultate discriminatorii).

Astfel, spre exemplu, conținutul legal al infracțiunii de represiune nedreaptă (art. 283 C. pen.) este clar determinat, atât în ce privește modalitățile de săvârșire a elementului material (prevăzute limitativ), cât și cu privire la poziția subiectivă („cu știință”), nemaexistând posibilitatea de a se extinde nejustificat aplicarea acestei norme de incriminare (printr-o interpretare subiectivă) pentru alte activități asemănătoare cu cele arătate exact în conținutul juridic, ori comise „fără știință”.

La fel, în cazul infracțiunii de tortură (art. 282 C. pen.), care are, de asemenea, caracter special față de abuzul în serviciu, în norma de incriminare se prevede expres cerința ca suferințele fizice sau psihice puternice să fie realizate numai în anumite scopuri ori cu un anumit scop ori mobil – în caz contrar, activitățile prin care se provoacă asemenea urmări putând fi sancționate mai blând, dacă se realizează conținutul altor infracțiuni, săvârșite de un subiect necalificat.

În situația în care toate faptele abuzive ar fi incriminate separat, pentru fiecare domeniu (determinându-se și ce fapte atrag răspunderea disciplinară, contravențională sau materială), ar exista avantajul aplicării sigure a acelor dispoziții, și numai pentru faptele avute în vedere de legiuitor – organele judiciare nemai-substituindu-se legiuitorului, ca în cazul „identificării” faptelor care ar realiza conținutul infracțiunii de abuz în serviciu. De asemenea, s-ar realiza o mai bună interpretare contextuală, folosindu-se toate noțiunile cuprinse în legile speciale, specifice domeniului de activitate reglementat.

Referitor la protecția drepturilor și libertăților fundamentale se poate redacta o incriminare separată (eventual, în cadrul infracțiunii de purtare abuzivă), care să cuprindă mai multe elemente de determinare a caracterului infracțional al faptelor. De altfel, în conținutul art. 297 alin. (1) C. pen. puteau să fie încadrate (după o posibilă reformulare, în ipoteza menținerii acestei incriminări) și faptele prev. la alin. (2), care prevede, în plus, existența unui anumit mobil (căruia nu i s-a dat însă o relevanță agravantă, întrucât legiuitorul nu a stabilit limite de pedeapsă mai mari); prin O.U.G. nr. 13/2017, la alin. (2) au fost prevăzute limite de pedeapsă

chiar mai mici decât pentru alin. (1), însă în conținutul juridic nu au fost stipulate condiții privind gravitatea urmărilor și, mai ales, împrejurarea ca „dreptul îngrădit” să fie prevăzut într-o lege primară.

Dar, cât timp norma de incriminare rămâne așa cum este, organelor judiciare le revine sarcina de a-i interpretata conținutul în funcție de principiile dreptului penal și de criteriile generale care stau la baza ilicitului penal, astfel încât aceasta să se aplice numai pentru faptele grave, care se comit prin procedee ilicite, cu *intenție frauduloasă* (având astfel un grad ridicat de pericol social), întrucât răspunderea penală este cea mai aspră formă de răspundere.

În situația în care se va considera, totuși, că infracțiunea prevăzută de art. 297 alin. (1) C. pen. trebuie menținută pe viitor și nu este posibilă enumerarea tuturor activităților interzise (în afara celor prevăzute deja în incriminările cu caracter special), conținutul său juridic trebuie să pună un accent deosebit pe elementul subiectiv, norma de incriminare fiind formulată în așa fel încât să sancționeze numai pe cei care, în cunoștință de cauză și cu rea-credință, încalcă atribuțiile de serviciu prevăzute de lege, folosind manopere ilicite și având un mobil sau un scop fraudulos, ilegal.

Dacă se vor avea în vedere considerentele prezentate, nu s-ar mai reține cu ușurință infracțiunea de abuz în serviciu pentru unele activități realizate cu bună-credință, cum ar fi, spre exemplu, cazul unei somități oneste, având vaste cunoștințe în domeniu medical, însă nu și în domeniul economic sau juridic, care, aflându-se temporar într-o înaltă funcție administrativă, a semnat – cu avizul personalului de specialitate – prelungirea unui contract de prestări servicii.

Deși, organul judiciar a apreciat – printr-o altă interpretare a normelor specifice activității desfășurate, care prezintă anumite neclarități – că trebuia organizată licitație, în cauză nu pot să fie întrunite elementele constitutive ale art. 297 alin. (1) C. pen., deoarece autorul a fost de bună-credință (chiar și dacă împreună cu echipa lui ar fi interpretat greșit legea în materie), întrucât nu s-a stabilit folosirea de manopere frauduloase⁴ (ex: falsul, primirea de foloase etc.) care să indice intenția infracțională.

Pentru a se reține infracțiunea arătată, trebuia să se constate că, factorul conștiință s-a răsfrânt asupra voinței autorului, iar prin intermediul acesteia asupra faptei⁵, adică fapta să fi fost săvârșită cu vinovăția specifică infracțiunilor, fiind

⁴ V. Dongoroz, *Drept penal (reeditarea în anul 2000 a ediției din 1939)*, Editura Societății Tempus și Asociația Română de Științe Penale, București, 2000, p. 20; pentru deosebirea ilicitului penal de cel extrapenal, eminentul profesor adoptă un raționament compus din două elemente, respectiv *criteriul calitativ obiectiv*, arătând că, în primul rând, fapta penală implică *violență, fraudă, indisciplină socială*, iar în al doilea rând, presupune o anumită rezonanță socială și, totodată, provocarea unei stări de neliniște și nesiguranță în rândul membrilor grupului social.

⁵ V. Dongoroz și colab., *Explicații teoretice ale Codului penal român, Vol. I*, Editura Academiei Române, reeditat la Al. Beck, București, 2002, p. 104.

prezent atât factorul intelectual (reprezentarea consecințelor ce se pot produce), cât și cel volitiv (urmărirea producerii acelor consecințe ilicite).

Astfel, potrivit evaluării *etico-juridice* a cazului analizat - în lipsa unei incriminări speciale, care să sancționeze chiar și modul de interpretare a legii din domeniu - pentru a fi vinovat, autorul trebuia să-și fi dat seama de caracterul ilicit (interzis, cu claritate, de legea penală) al faptei, în întregime⁶, și să fi avut conștiința că produce o consecință păgubitoare pentru unitate.

Majoritatea raționamentelor de mai sus pot să fie aplicate și pentru infracțiunea de neglijență în serviciu (art. 298 C. pen.), care ar putea să rămână incriminată numai pentru cazurile de culpă gravă, cu consecințe deosebit de dăunătoare (mai degrabă pentru aceasta ar putea fi indicat un prag valoric, care să delimiteze răspunderea penală de cea strict materială).

⁶ G. Antoniu, op. cit., p. 185-186.