

MOMENTUL CONSUMĂRII INFRAACȚIUNII DE „FOLOSIRE A FUNCȚIEI PENTRU FAVORIZAREA UNOR PERSOANE”



Cristina ROTARU-RADU

Abstract

In case of use of office for granting favours (crime known as conflict of interest, before the entry into force of Law no. 193/2017), consummation occurs when the civil servant who performed a certain act obtains a material gain for himself/herself, his/her spouse, another relative or second degree akin.

The fulfillment of the act – the material element of the crime, without accomplishment of a material gain – an essential requirement attached to the material element of the crime, does not determine the consummation of the crime. As such, the time limit for criminal responsibility does not start to run.

Keywords: *use of office for granting favours, Conflict of interest, Statute of limitation for criminal responsibility*

Noul Cod penal a reluat în art. 301 sub aceeași titulatură de „Conflict de interese” o faptă asemănătoare celei reglementate în art. 253¹ din vechiul Cod penal¹.

¹ Art. 253¹ din Codul penal 1969 prevedea „Fapta funcționarului public care, în exercițiul atribuțiilor de serviciu, îndeplinește un act ori participă la luarea unei decizii prin care s-a realizat, direct sau indirect, un folos material pentru sine, soțul său, o rudă ori un afîn până la gradul II inclusiv, sau o altă persoană cu care s-a aflat în raporturi comerciale ori de muncă în ultimii 5 ani sau din partea căreia a beneficiat ori beneficiază de servicii sau foloase de orice natură, se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 5 ani și interzicerea dreptului de a ocupa o funcție publică pe durată maximă.

Dispozițiile alin. 1 nu se aplică în cazul emiterii, aprobării sau adoptării actelor normative”.

Art. 301 din actualul Cod penal, în forma inițială prevedea că „Fapta funcționarului public care, în exercitarea atribuțiilor de serviciu, a îndeplinit un act ori a participat la luarea unei decizii prin care s-a obținut, direct sau indirect, un folos patrimonial, pentru sine, pentru soțul său, pentru o rudă ori pentru un afîn până la gradul II inclusiv sau pentru o altă persoană cu care s-a aflat în raporturi comerciale ori de muncă în ultimii 5 ani sau din partea căreia a beneficiat ori beneficiază foloase de orice natură, se pedepsește cu închisoare de la unu la 5 ani și interzicerea exercitării dreptului de a ocupa o funcție publică pe durată maximă.

Dispozițiile alin. 1 nu se aplică în cazul emiterii, aprobării sau adoptării actelor normative”.

Curtea Constituțională a fost sesizată cu neconstituționalitatea acestui text susținându-se că el se aplica și persoanelor care dețineau funcții publice, dar care desfășuraseră în trecut activități comerciale sau alte activități cu caracter privat producător de foloase de orice natură, discriminându-le în raport cu persoanele care au deținut doar funcții publice.

Prin Decizia nr. 603 din 6 octombrie 2015, CCR a declarat neconstituțională expresia „raport comercial” din cadrul art. 301 alin. 1, deoarece această noțiune nu mai este definită în legislația în vigoare, împrejurare ce lipsește de claritate și previzibilitate sintagma cuprinsă în norma penală și este de natură a împiedica determinarea exactă a conținutului constitutiv al infracțiunii de conflict de interese. Referitor la incriminarea faptelor de conflict de interese. Curtea Constituțională a reținut că aceasta are ca scop, pe de o parte, sancționarea penală a funcționarului public care, în mod conștient și deliberat își satisface interesele personale prin îndeplinirea atribuțiilor publice și, pe de altă parte înlăturarea oricăror suspiciuni cu privire la conduita persoanelor care exercită o funcție publică sau prestează un serviciu public. Așa fiind, Curtea a apreciat că incriminarea conflictului de interese în mediul privat nu poate fi justificată, întrucât valoarea socială ocrotită o constituie asigurarea corectitudinii și integrității exercitării atribuțiilor de către funcționarul public, astfel cum acesta este definit de art. 175 C. pen. Prin urmare, incriminarea prin dispozițiile art. 308 alin. 1 C. pen. a infracțiunii de conflict de interese în mediul privat reprezintă o încălcare nejustificată a libertății economice și a dreptului la muncă al persoanelor care exercită o însărcinare în cadrul unei persoane juridice, drepturi fundamentale prevăzute de art. 41 alin. 1 și art. 45 din Constituție. Drept urmare, Curtea a declarat neconstituțională și expresia „ori în cadrul oricărei persoane juridice” din cuprinsul art. 308 alin. 1 cu raportare la art. 301 C. pen.

Ca urmare a declarării neconstituționale a acestor expresii a fost necesară intervenția legiuitorului pentru a da textului de lege o formă în acord cu cele stabilite de Curtea Constituțională.

Prin Legea nr. 193/2017 a fost modificat nu doar conținutul infracțiunii, ci și denumirea marginală, fapta fiind intitulată „Folosirea funcției pentru favorizarea unor persoane”.

Textul prevede că „Fapta funcționarului public care, în exercitarea atribuțiilor de serviciu, a îndeplinit un act prin care s-a obținut un folos patrimonial pentru sine, pentru soțul său, pentru o rudă ori un afin până la gradul II inclusiv se pedepsește cu închisoarea de la unu la 5 ani și interzicerea exercitării dreptului de a ocupa o funcție publică pe o perioadă de 3 ani.

Dispozițiile alin. 1 nu se aplică în cazurile în care *actul sau decizia* se referă la următoarele situații:

- a) emiterea, aprobarea sau adoptarea actelor normative
- b) exercitarea unui drept recunoscut de lege sau în îndeplinirea unei obligații impuse de lege, cu respectarea condițiilor și limitelor prevăzute de aceasta”.

Deși noua reglementare face referire în alin. 1 doar la „îndeplinirea unui act”, probabil din eroare, alin. 2 vorbește, atunci când se referă la situațiile când fapta nu reprezintă infracțiune, la „actul sau decizia” funcționarului public, așa cum prevedea textul de lege anterior modificării.

O jurisprudență constantă a Înaltei Curți de Casație și Justiție a subliniat faptul că infracțiunea de conflict de interese este una de pericol². „Prin incriminarea conflictului de interese, legiuitorul a urmărit să ocrotească relațiile sociale referitoare la buna desfășurare a activității funcționarului public, activitate care presupune o comportare corectă a celui care exercită o funcție în cadrul unei autorități publice. Aceasta presupune corectitudinea funcționarului public în îndeplinirea atribuțiilor de serviciu, dar și abținerea acestuia de la luarea unor decizii de natură să-i confere, direct sau indirect, ori prin terțe persoane, un anumit avantaj material, fiind exclusă favorizarea rudelor sau persoanelor cu care acesta a avut raporturi comerciale. De asemenea, prin incriminarea faptei s-a urmărit ocrotirea relațiilor sociale referitoare la apărarea intereselor legale ale persoanelor fizice sau publice împotriva intereselor ilicite ale funcționarului public.

Incriminarea faptei presupune nu numai simpla interzicere a intereselor de natură privată ale funcționarului public, ci și formarea corectitudinii deciziilor administrative, pentru ca un conflict de interese nesoluționat să nu conducă la un abuz în serviciu.

Infracțiunea de conflict de interese este o infracțiune de pericol, prin faptul că urmare a săvârșirii unei asemenea infracțiuni, se instaurează neîncrederea în obiectivitatea și imparțialitatea funcționarului public, există suspiciunea de fraudă, se decredibilizează instituția pentru incapacitatea de a selecta cu rigoare persoana funcționarului public în care cetățeanul să aibă deplină încredere, iar actele și deciziile acestuia trebuie să fie primite fără îndoială și rezerve.

Conform practicii judiciare constante a instanțelor de judecată în ceea ce privește infracțiunile de conflict de interese, pentru realizarea elementului material nu este nevoie de producerea unei pagube, ci doar de realizarea unui folos material, pentru sine, soț/soție etc., folos care nici măcar nu trebuie să fie injust.

Deși obținerea unui folos material este o condiție pentru realizarea laturii obiective a infracțiunii, aceasta nu conferă faptei caracterul unei infracțiuni de rezultat, întrucât principalul fascicul de relații sociale apărute de lege ține de corecta exercitare a autorității publice de către funcționarii publici³.

Invocarea în una din cauze a intervenirii prescripției răspunderii penale pentru infracțiunea de conflict de interese a redeschis însă discuția cu privire la natura

² Completul de 5 judecători al ICCJ: Decizia nr. 13/2015, Decizia nr. 14/2015, Decizia nr. 25/2016, Decizia nr. 32/2015, Decizia nr. 26/2016, Decizia nr. 60/2015, Decizia nr. 42/2016, Decizia nr. 84/2015, Decizia nr. 18/2016, Decizia nr. 101/2016, Decizia nr. 137/2016.

³ Decizia nr. 13/2015 a Completului de 5 judecători al ICCJ.

acestei infracțiuni, dacă este una de pericol sau de rezultat și cu privire la momentul consumării acesteia.

În esență, prin sentința penală 190/31 martie 2017 a ICCJ, Secția penală s-a reținut, printre altele, că în anul 2009 inculpatul, ales deputat în legislatura 2008-2012, a solicitat angajarea în cadrul biroului său parlamentar a fiului său, fiind încheiat în acest sens un contract individual de muncă.

Înalta Curte a constatat că în raport de această faptă a intervenit prescripția răspunderii penale.

„Infracțiunea este una de pericol, iar aceasta se consumă la momentul în care s-a realizat folosul patrimonial, urmare a conduitei autorului... Prin folos patrimonial se înțelege orice fel de avantaj patrimonial de exemplu bunuri, împrumuturi, premii, prestări de servicii gratuite, promovarea în serviciu, obținerea unui loc de muncă generator de venituri; legiuitorul nu cere ca folosul să fie unul injust (persoana angajată să nu existe, angajatul să nu fi prestat activități remunerate), ci numai ca acesta să fi fost efectiv obținut printr-o procedură favorizantă. Cerința prevăzută de lege este îndeplinită în cauză prin încheierea contractului generator de venituri lunare”.

S-a mai reținut că „infracțiunea de conflict de interese este o infracțiune simplă, elementul său material constând într-o activitate unică ce produce rezultatul tipic al infracțiunii, iar termenul de prescripție începe să curgă de la data săvârșirii infracțiunii. În cauză momentul consumării infracțiunii coincide cu cel la care, urmare a acțiunilor inculpatului, s-a încheiat actul de angajare, printr-o procedură care generează neîncredere în obiectivitatea și imparțialitatea funcționarului public..., încheierea contractului în sine reprezentând un folos patrimonial în sensul legii”.

Împotriva acestei hotărâri, printre alții, a formulat apel Parchetul de pe lângă ICCJ care a susținut că infracțiunea de conflict de interese este o infracțiune de pericol concret, care se consumă la momentul încasării salariului și nu la momentul încheierii contractului de angajare, însă nu poate fi negat că tot un folos material îl reprezintă și fiecare din salariile primite de fiul inculpatului, astfel încât data epuizării este cea a realizării definitive a folosului patrimonial, respectiv cel al încasării ultimului salariu, care reprezintă momentul de început al curgerii termenului de prescripție.

Prin Decizia nr. 217/27 noiembrie 2017, Completul de 5 judecători al ICCJ a stabilit că „doar încheierea contractului de muncă pe o perioadă determinată, în condițiile stabilite de norma de incriminare nu poate echivala cu momentul consumării infracțiunii și implicit acceptarea obținerii unui folos de natura celui ce intră în conținutul material al laturii obiective a infracțiunii de conflict de interese. În opinia instanței de control judiciar încheierea contractului de muncă reprezintă doar actul îndeplinit de inculpat care permite obținerea folosului material de către fiul său, act care, deși se circumscrie sferei elementului material al laturii obiective

a infracțiunii, singur, nu poate contura latura obiectivă fără îndeplinirea cerinței atașate activității sale ilicite, respectiv obținerea folosului material de către persoanele vizate de norma de incriminare. Obținerea folosului material se raportează la întreaga perioadă cât a durat executarea contractului inițial, momentul consumării infracțiunii fiind data obținerii ultimului venit în baza contractului inițial (martie 2012), moment de la care începe curgerea termenului prescripției răspunderii penale”.

În ceea ce privește momentul la care începe să curgă termenul de prescripție a răspunderii penale pentru fapta supusă judecății s-au conturat cel puțin trei opinii⁴.

Trebuie precizat că în cauza prezentată s-a concluzionat că legea penală mai favorabilă este Codul penal anterior, de aceea toate referirile se fac la infracțiunea de Conflict de interese așa cum era reglementată în acest act normativ.

Toate aceste observații sunt valabile însă și pentru infracțiunea de „Folosire a funcției pentru favorizarea unor persoane”.

Ca urmare a Deciziei Curții Constituționale nr. 265/6 mai 2014, care nu permite combinarea prevederilor din legi succesive în stabilirea și aplicarea legii penale mai favorabile, și prescripția răspunderii penale trebuie analizată tot din perspectiva dispozițiilor Codului penal 1969.

Conform dispozițiilor art. 122 alin. 2 C. pen. termenele de prescripție „se socotesc de la data săvârșirii infracțiunii. În cazul infracțiunilor continue termenul curge de la data încetării acțiunii sau inacțiunii, iar în cazul infracțiunilor continuate, de la data săvârșirii ultimei acțiuni sau inacțiuni”⁵.

În ceea ce privește înțelesul noțiunii „data săvârșirii infracțiunii”, Codul penal 1969 prevedea în art. 144 că „prin săvârșirea unei infracțiuni sau comiterea unei infracțiuni se înțelege săvârșirea oricăreia dintre faptele pe care legea le pedepsește ca infracțiune consumată sau ca tentativă, precum și participarea la comiterea acestora ca autor, instigator sau complice”⁶.

⁴ Spunem cel puțin trei opinii, pentru că a existat și o a patra exprimată în opinia separată făcută la soluția pronunțată în apel de către Completul de 5 judecători, în care se arată că, din moment ce se recunoaște și de către instanța de apel că infracțiunea de conflict de interese este o infracțiune simplă, atunci momentul consumării nu poate fi decât fie cel al încheierii contractului de angajare, fie cel al încasării primului salariu, și ca atare în niciun caz nu se poate vorbi de un moment al epuizării infracțiunii care să corespundă unui „folos patrimonial definitiv”.

⁵ În Codul penal actual textul este mai detaliat, dar nu aduce modifică regula din reglementarea anterioară: „termenele încep să curgă de la data săvârșirii infracțiunii. În cazul infracțiunilor continue termenul curge de la data încetării acțiunii sau inacțiunii, în cazul infracțiunilor continuate, de la data săvârșirii ultimei acțiuni sau inacțiuni, iar în cazul infracțiunilor de obicei, de la data săvârșirii ultimului act. În cazul infracțiunilor progresive, termenul de prescripție a răspunderii penale începe să curgă de la data săvârșirii acțiunii sau inacțiunii și se calculează în raport cu pedeapsa corespunzătoare rezultatului definitiv produs”.

⁶ Textul a fost preluat cu același conținut în art. 174 din Codul penal actual.

Ca atare se poate concluziona că „infracțiunea se consumă în momentul în care fapta săvârșită produce rezultatul tipic, adică rezultatul necesar potrivit legii, pentru existența infracțiunii în forma tip a acesteia”⁷ și acesta este momentul de la care începe să curgă termenul de prescripție a răspunderii penale.

Dacă analizăm cele trei soluții propuse pentru speța prezentată anterior, vom constata că niciuna nu este satisfăcătoare din punct de vedere teoretic.

1. În prima soluție, cea pronunțată în primă instanță, se reține că infracțiunea de conflict de interese, este o infracțiune simplă, de pericol, și că se consumă la momentul la care se încheie actul de angajare, pentru că acesta face posibilă realizarea unui folos material, chiar dacă acest folos nu este unul injust, ci contravaloarea muncii prestate. Momentul încheierii contractului de angajare este cel la care se consumă infracțiunea.

Deși corectă din punct de vedere al modului în care se raportează momentul consumării la tipul de infracțiune analizat, soluția aceasta ignoră o condiție de tipicitate a infracțiunii de conflict de interese și anume ca funcționarul public să fi îndeplinit un act *prin care s-a obținut*, direct sau indirect un folos material.

Textul nu vorbește de un act care *să facă posibilă obținerea unui folos material*, ci de un act prin care folosul este deja obținut la momentul consumării. Ca atare, momentul la care se încheie contractul de angajare nu poate constitui momentul la care se consumă infracțiunea, pentru că nu este îndeplinită condiția să se fi obținut un folos material. Folosul nu poate fi, așa cum a argumentat instanța, obținerea unui loc de muncă, deoarece textul vorbește de un folos *material*. Pentru a clarifica acest aspect ar fi suficient să ne imaginăm ce s-ar întâmpla dacă, a doua zi după încheierea contractului, fiul inculpatului și-ar da demisia pentru motivul ca are o ofertă de muncă mult mai bună. Am putea spune că infracțiunea de conflict de interese s-a consumat? Nu, pentru că nu s-a obținut folosul material. Mai mult, nu s-ar putea reține nici tentativă la infracțiunea de conflict de interese pentru că forma tentată nu este incriminată de lege.

2. În cea de a doua opinie, oferită de parchet, s-a susținut că infracțiunea de conflict de interese este o infracțiune de pericol concret, care se consumă la momentul încasării salariului și nu la momentul încheierii contractului de angajare, însă nu poate fi negat că tot un folos material îl reprezintă și fiecare din salariile primite de fiul inculpatului, astfel încât data epuizării este cea a realizării definitive a folosului patrimonial, respectiv cel al încasării ultimului salariu, care reprezintă momentul de început al curgerii termenului de prescripție.

Această soluție nu poate fi considerată ca fiind corectă deoarece conduce la reținerea formei epuizate a infracțiunii din prezenta cauză.

⁷ C. Bulai, B.N. Bulai, *Manual de drept penal. Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 439.

Așa cum se știe, forma epuizată presupune producerea unor urmări noi, fie prin continuarea activității infracționale după momentul consumării, fie prin amplificarea rezultatului inițial⁸.

Susceptibile de a atinge forma epuizată sunt doar infracțiunile continue, continue, progresive sau de obicei. Nu se precizează în această opinie care este elementul material al infracțiunii de conflict de interese, dar cred că nu poate fi altul decât acela al îndeplinirii unui act. Infracțiunea analizată în cauză nu poate fi considerată una continuă, pentru că acțiunea ce constituie elementul material nu se prelungește în timp. Nu poate fi considerată nici continuată deoarece acțiunea nu este repetată la diferite intervale de timp. Infracțiunea de conflict de interese nu poate fi o infracțiune de obicei pentru că ar însemna ca doar repetabilitatea acțiunii ce constituie elementul material să justifice reținerea infracțiunii, or din conținutul textului nu rezultă aceasta. Aparent s-ar putea susține că este o infracțiune progresivă, deoarece se poate vorbi de o amplificare a rezultatului inițial. Nu trebuie pierdut din vedere însă că, în cazul infracțiunii progresive rezultatul amplificat în timp corespunde altei infracțiuni decât celei de la momentul consumării sau corespunde unei forme calificate a incriminării inițiale⁹. Or, în cauză, primirea mai multor salarii în baza contractului de angajare nu conduce la reținerea altei infracțiuni decât a celei de conflict de interese.

De aceea nu cred că în cazul faptei analizate în speță se poate vorbi de o formă epuizată a infracțiunii.

3. În cea de a treia opinie, exprimată de Completul de 5 judecători, se arată că infracțiunea de conflict de interese e o infracțiune simplă, de pericol concret, ce se consumă la momentul la care s-a realizat folosul patrimonial, condiție a laturii obiective. Se subliniază însă că realizarea folosului material nu poate privi decât întreg folosul material și nu doar o parte din el.

Această opinie nu poate fi corectă pentru că, deși instanța susține că infracțiunea este una de pericol, situație în care consumarea are loc în momentul realizării elementului material, plasează momentul începerii curgerii termenului de prescripție atunci când s-a realizat întregul folos material, acesta fiind așadar momentul consumării, moment care ar fi propriu unei infracțiuni de rezultat. Pe lângă această inadvertență, exigența realizării întregului folos material ca și condiție a consumării infracțiunii nu este izvorâtă din lege deoarece aceasta vorbește de folos material și nu de „folos material în întregul său”.

Concluzii

Observăm că toate opiniile expuse au în comun faptul că consideră infracțiunea de conflict de interese ca fiind una de pericol.

⁸ *Idem*, p. 439.

⁹ *Idem*, p. 441; V. Papadopol, D. Pavel, *Formele unității infracționale în dreptul penal român*, Casa de Editură și Presă Șansa SRL, București 1992, p. 279-280.

Dacă analizăm rațiunea pentru care a fost incriminată o asemenea faptă este firesc să o concepem ca fiind una de pericol, argumentele folosite în jurisprudența Completului de 5 judecători fiind relevante. Dacă privim însă modul de reglementare constatăm că, deși intenția legiuitorului a fost probabil cea de construire a unei infracțiuni de pericol, textul impune condiția obținerii unui folos material pentru întrunirea condițiilor de tipicitate, ceea ce este propriu unei infracțiuni de rezultat.

Ca atare, se poate opta pentru caracterizarea infracțiunii de conflict de interese ca fiind una de pericol, elementul material constând în „îndeplinirea unui act”. Pentru întregirea laturii obiective este însă necesară îndeplinirea unei cerințe esențiale atașată elementului material, aceea de a se fi obținut un folos material. Nu are relevanță cât de mic sau mare este acest folos. În speță, obținerea primului salariu după încheierea contractului de angajare este suficient pentru a constata îndeplinite condițiile care țin de latura obiectivă. Acesta va fi momentul consumării infracțiunii și drept urmare, momentul de la care curge termenul de prescripție a răspunderii penale.

Se poate opta și pentru caracterizarea infracțiunii de conflict de interese ca fiind una de rezultat. În acest caz consumarea va avea loc la producerea rezultatului, adică la obținerea unui folos material, în cazul nostru la încasarea primului salariu, moment de la care va începe să curgă și termenul de prescripție a răspunderii penale.

Drept urmare, indiferent dacă vom considera infracțiunea de conflict de interese ca fiind una de pericol sau de rezultat, momentul săvârșirii infracțiunii, moment de la care începe să curgă termenul de prescripție a răspunderii penale este cel la care s-a obținut un folos material.