

Abuzul în serviciu – aspecte controversate**Abuse of office – controversial issues****Iulia-Andra MUREȘAN**

Avocat – Baroul Cluj

ABSTRACT

This study addresses the main structural and practical drawbacks of the offence of abuse of office. In order to better understand the problematic trajectory of the norm, the study will analyse the typical elements of the offence and highlight the indefinite nature of the norm. This will help determine which categories of subjects might be more limited in their incidence of abuse. Once this stage has been completed, the interference of abuse of office with the misdemeanour law branch can be analysed. As the central topic of this study, the relationship of abuse of office with other offences will be presented, and proposals for compromises will be made. At the end of the paper, arguments will be put forward for remedying the legislative shortcomings of the offence. This might include proposing changes to the norm or other measures to address the identified issues.

KEYWORDS: active subject; magistrate; lawyer; legal entity; ultima ratio; subsidiarity principle; concurrence of offences.

REZUMAT

Prezenta lucrare abordează principalele inconveniente structurale și de aplicare ale normei abuzului în serviciu. Pentru o mai bună înțelegere a traiectului, cu siguranță involutiv al normei, studiul va analiza incidental, elementele de tipicitate ale infracțiunii pentru a reliefa caracterul indefinit al normei și pentru a stabili care sunt categoriile de subiecți în cazul cărora incidența abuzului pare a fi limitată. Ulterior parcurgerii acestei etape, se pretează spre a fi analizată interferența abuzului în serviciu cu ramura dreptului contravențional. Nu în ultimul rând, cu titlu de subiect central al prezentului studiu, va fi prezentată relația abuzului în serviciu cu alte infracțiuni și se va încerca găsirea unor soluții de compromis. În finalul acestei lucrări vor fi aduse argumente în privința unui remediu pentru toate lacunele legislative pe care infracțiunea le prezintă, în acest sens fiind propusă abrogarea.

CUVINTE-CHEIE: *subiect activ; magistrat; avocat; persoana-juridică; ultima ratio; principiul subsidiarității; concursul de infracțiuni.*

CUPRINS

I. Introducere	34
II. Subiectul activ al infracțiunii de abuz în serviciu	35
1. Magistratul – incompatibilitatea dintre erorile de judecată și abuzul în serviciu	36
2. Avocatul – poate să primească o profesie liberală vocația de a deveni funcție publică în contextul abuzului în serviciu?	41
3. Persoana juridică – posibilitatea reținerii abuzului în serviciu limitată de existența calității de funcționar	42
III. Ultima ratio – raportul dintre abuzul în serviciu și răspunderea contravențională	45
IV. Relația abuzului în serviciu cu alte infracțiuni	48

1. Caracterul subsidiar al normei	48
2. Abuzul în serviciu și luarea de mită	49
3. Abuzul în serviciu și înșelăciunea	52
4. Abuzul în serviciu și infracțiunile de fals	53
5. Abuzul în serviciu și favorizarea făptuitorului	56
6. Abuzul în serviciu și delapidarea	58
7. Abuzul în serviciu și malpraxisul medical	60
V. Concluzii	62

I. INTRODUCERE

Abuzul în serviciu reprezintă un subiect intens dezbătut, fiind o infracțiune care a antrenat efervescența reacțiilor în domeniul juridic o perioadă îndelungată de timp. Controversele au apărut datorită reținerii excesive a infracțiunii în numeroase dosare, înlăturând nejustificat de la aplicare alte norme punctuale sau chiar reținându-se în concurs cu acestea într-o manieră neunitară. În calitate de infracțiune „pâlnie” ce atrage sub incidența sa majoritatea faptelor comise de subiecții activi calificați, funcționarii publici sau privați, textul abuzului în serviciu se remarcă prin generalitate și imprevizibilitate.

Formularea normei ridică probleme în ceea ce privește art. 7 din Convenția europeană a drepturilor omului, acesta reglementând legalitatea infracțiunilor și a pedepselor, fiind consacrat în dreptul intern la art. 1 C.pen. Principiul este încălcat din punctul de vedere al imperativului *lex certa*, în conformitate cu care norma de incriminare trebuie să îndeplinească condiția redactării cu suficientă claritate, astfel încât orice persoană pasibilă de a fi trasă la răspundere să își poată da seama dacă o acțiune sau inacțiune intră sub imperiul său. Funcționarul trebuie să aibă reprezentarea clară a normelor care îi guvernează activitatea. Art. 7 conferă o protecție efectivă împotriva urmării penale, a condamnărilor și a sancțiunilor arbitrare. Abuzul în serviciu permite însă implicarea nerezonabilă a subiectivismului organelor judiciare în aplicarea și interpretarea legii cu privire la faptele susceptibile de a fi încadrate în conduita tipică. Nenumărate încălcări care se încadrează formal în definiția abuzului, incidente în cazul majorității funcționarilor pe parcursul îndeplinirii funcției, au fost „alese” spre a fi sancționate diferențiat, în funcție de aprecierile acestor organe.¹ În practica sunt reținute adesea ca infracțiuni fapte care doar „aparent” se încadrează în norma abuzului, cu toate că acestea întrunesc elementele constitutive ale unei alte infracțiuni sau nu prezintă trăsătura esențială a ilicitului penal - gradul de pericol social – necesar pentru activarea răspunderii penale.

În orice sistem juridic, oricât de clar ar fi formulată o dispoziție legală, inclusiv o normă de drept penal, în mod inevitabil există un element de interpretare judiciară. Funcția decizională acordată instanțelor servește tocmai la îndepărtarea îndoielilor ce ar putea exista în privința interpretării normelor.² În concluzie, interpretarea judiciară pentru clarificarea normelor de drept este permisă dacă ea este, în fond, previzibilă și raționamentele judecătorului nu substituie normele juridice referitoare la comportamentul interzis, acesta fiind impus prin lege. Practica judiciară națională contrazice aceste prescripții, adesea fiind dispuse soluții de achitare sau condamnare pentru situații de fapt identice sau cel puțin similare. Prin Decizia 405/2016 Curtea Constituțională a stabilit faptul că *legiuitorului îi revine obligația ca în actul de legiferare, indiferent de domeniul în care își exercită această competență constituțională să dea dovadă de o atenție sporită în respectarea principiului clarității și previzibilității legii. Pe de altă parte, organele judiciare în misiunea de aplicare și interpretare a legii și de stabilire a defectuoșității îndeplinirii atribuției de serviciu, le revine obligația de a aplica standardul obiectiv, astfel cum acesta a fost stabilit prin prescripția normativă. Această partajare de „atribuții” pare echitabilă, unicul inconvenient ar fi faptul că abuzul în serviciu nu stabilește un standard obiectiv.*

Art. 323 C. pen. italian³ prevede o formă generală a abuzului în funcție printr-o incriminarea distinctă

¹ G. Paraschiv, *Deficiente privind actualul conținut juridic al infracțiunii de abuz în serviciu*, în *Curierul Judiciar*, nr.1/2018, p. 45.

² CtEDO, hot. Kafkaris c. Ciprului din 12 februarie 2008, parag. 145-146.

³ Art. 323. C. pen. italian. Cu excepția cazului în care constituie o infracțiune mai gravă, fapta funcționarului public sau a unei persoane însărcinate cu un serviciu public care, în exercitarea atribuțiilor sale de serviciu, îndeplinește un act cu încălcarea unor norme specifice de conduită stabilite în mod expres prin lege sau prin acte cu putere de lege, acte care nu implică o marjă

a infracțiunii, implicând totodată o intenție dolosivă a funcționarului⁴. Conform studiului realizat de către *Comisia de la Venetia*⁵ sunt prevăzute modalități alternative prin care elementul material se va realiza: funcționarul public fie acționează cu încălcarea legii sau a regulamentelor, fie nu se abține în prezența propriului interes sau al unei rude apropiate, similar conflictului de interese din Codul penal anterior și folosirii funcției pentru favorizarea unei persoane din Codul penal actual.

Diferențele dintre reglementarea italiană și cea din Codul penal român sunt următoarele: existența unei clauze exprese de subsidiaritate (de rezervă) care limitează posibilitatea de existență a concursului ideal cu alte infracțiuni incriminate distinct, circumstanțierea laturii subiective prin necesitatea existenței intenției directe⁶ și a scopului special determinat în legătură cu obținerea unui avantaj patrimonial necuvenit. Recent, a operat o modificare asupra variantei inițiale a normei prin restrângerea actelor normative încălcate doar la cele legale, prin excluderea regulamentelor și a celorlalte acte administrative și introducerea sintagmei „acte care nu permit o marjă de apreciere”.

Curtea de Casație italiană s-a pronunțat cu privire la interpretarea acestei noi forme a abuzului: *Modificarea infracțiunii de abuz în serviciu, introdusă prin articolul 23 din Decretul-lege nr. 76 din 16 iulie 2020, convertit în Legea nr. 120 din 11 septembrie 2020, care a înlocuit sintagmele „încălcarea dispozițiilor legale sau din regulamente” cu cuvintele „încălcarea normelor de conduită specifice stabilite în mod expres prin lege sau prin acte cu putere de lege și care nu permit o marjă de apreciere”, a restrâns domeniul de aplicare a articolului 323 din Codul penal italian. 323 din Codul penal italian, ceea ce duce la o dezincriminare parțială în ceea ce privește comportamentele comise înainte de intrarea în vigoare a reformei prin încălcarea unor reglementări sau a unor norme de drept generale și abstracte din care nu pot fi deduse norme de conduită specifice și exprese sau care, în orice caz, lasă marje de apreciere.*⁷ În acest fel s-au exclus normele de o generalitate excesivă care trasau doar principii cu privire la activitatea funcționarilor.

Ulterior realizării acestei incursiuni în legislația unui sistem de drept care se remarcă prin bune practici legislative, propunem glisarea spre o examinare exigentă a normei naționale, aceasta fiind fără putință de tăgadă marcată de numeroase deficiențe ce generează vicisitudini în procesul de soluționare al cauzelor penale.

II. SUBIECTUL ACTIV AL INFRACTIUNII DE ABUZ ÎN SERVICIU

Subiectul activ este definit ca fiind persoana care comite o faptă conformă faptei-tip descrise de norma de incriminare.⁸ În funcție de șablonul infracțional, trasat de norma de incriminare, pe care fapta trebuie să se grefeze, infracțiunile pot fi de două tipuri: infracțiuni cu subiect activ general și infracțiuni cu subiect activ special. Prima categorie nu prezintă probleme semnificative, infracțiunile putând fi comise de către orice persoană fizică sau juridică.

Infracțiunile cu subiect activ special sunt acele infracțiuni în cazul cărora este stabilit legal, în mod expres, prin norma de incriminare, că pot fi comise doar de o anumită categorie de persoane sau cele în cazul cărora cu toate că nu se impune în mod direct existența acelei calități, subiectul este calificat prin descrierea faptei, astfel calitatea specială rezultând implicit, cum ar fi infracțiunea de evadare.⁹

Aceste infracțiuni cu subiect activ special cuprind două categorii, în funcție de impactul calității speciale

de apreciere sau omite să se abțină, în prezența unui interes personal sau al unei rude apropiate ori în celelalte cazuri prevăzute de lege și obține în mod intenționat pentru sine sau pentru altul un folos necuvenit și prin aceasta cauzează o pagubă, se pedepsește cu închisoare de la 1 la 4 ani.

Sanctiunea este majorată în cazul în care avantajul sau prejudiciul este de o gravitate semnificativă.

⁴ A se vedea UNJR, *Studiu comparat privind reglementarea abuzului în serviciu/de putere/autoritate în țări europene, passim*, disponibil pe pagina <https://www.unjr.ro/2017/11/09/studiu-comparat-privind-reglementarea-abuzului-in-serviciu-de-putere-autoritate-in-tari-europene/>.

⁵ Comisia de la Venetia, *Keeping political and criminal responsibility separate. Provision of national criminal laws in the field of abuse of office*, Study no. 682/2012, material disponibil pe <http://www.venice.coe.int>.

⁶ Deși în doctrina română, termenul intenționat ar sugera ambele forme de intenție: directă și indirectă, în ordinea juridică italiană interpretarea este una restrictivă cuprinzând doar cel mai înalt grad de vinovăție.

⁷ Curtea de Casație italiană, sentința nr. 442 din 9 decembrie 2020, în *Rivista Penale: diritto e procedura*, disponibilă pe pagina www.penedp.it.

⁸ F. Streteanu, D. Nițu, *Drept penal. Partea generală. Curs universitar*, vol. I, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 272.

⁹ O. Bugnar-Coldea, *O nouă teorie a subiectului activ al infracțiunii*, în *Penalmente Relevant*, nr. 1/2020, p. 55.

asupra calificării faptei, putând fi proprii sau improprii. Infracțiunile speciale proprii presupun existența calității speciale pentru ca fapta tipică să poată fi reținută, în caz contrar, autorul nu va răspunde penal. Spre exemplu, în cazul dezertării, o persoană care nu deține calitatea de militar, fiind doar în serviciul unității prin îndeplinirea altor atribuții, nu va răspunde penal în cazul absenței nejustificate de la unitate pentru mai mult de 3 zile. Infracțiunile speciale improprii sunt cele în cazul cărora calitatea specială agravează sau atenuează răspunderea, permițând în unele cazuri angajarea răspunderii pentru o altă infracțiune de drept comun. Un bun exemplu poate fi regăsit în cazul delapidării sub forma însușirii, deoarece în lipsa calității speciale a subiectului activ în locul acesteia va putea fi reținută infracțiunea de furt.

Subiectul activ al infracțiunii de abuz în serviciu poate fi funcționarul public, prevăzut la art. 175 C. pen. (inclusiv cel asimilat) și cel privat prevăzut la art. 308 C. pen., cu precizarea că în acest din urmă caz calitatea acestuia are drept consecință reținerea unei forme atenuate a infracțiunii. În context, prezintă relevanță inclusiv decizia nr. 1/2015 a Înaltei Curți de Casație și Justiție,¹⁰ prin care s-a stabilit că deși, ca regulă, infracțiunile în forma de bază și toate variantele acestora (agravate sau atenuate) sunt cuprinse în același articol, un exemplu relevant fiind cel al infracțiunii de înșelăciune, în cazul căreia au fost prevăzute o variantă simplă și una agravată, uneori din rațiuni de tehnică legislativă, are loc o deviație a construcției pe orizontală, diferitele forme fiind cuprinse în articole distincte.

Un exemplu poate fi regăsit în cazul furtului simplu și a celui calificat. Indiferent de modul cum sunt reglementate, variantele atenuate ori agravate ale unei infracțiuni însumează elementele constitutive ale infracțiunii în forma de bază la care se adaugă elemente de agravare sau atenuare, de natură a determina un tratament juridic diferit. Aceeași modalitate normativă de reglementare a fost folosită și în cazul art. 308 C. pen. Acesta reprezintă o variantă atenuată a infracțiunii de abuz în serviciu, prezentând un grad de pericol social generic mai redus. Reducerea gradului de pericol este determinată de calitatea de funcționar privat al subiectului activ.

Cu toate acestea spectrul de aplicare în cazul acestor subiecți privați a fost restrâns prin intermediul sintagmei *în exercitarea atribuțiilor de serviciu* – legitimându-se aplicarea textului numai în cazul persoanelor aflate în raporturi de dreptul muncii în care sunt integrate astfel de atribuții de serviciu¹¹. Așa cum s-a afirmat în doctrină¹², în urma DCCR nr. 405/2016¹³ în privința acestor persoane s-a restrâns cel mai mult aplicabilitatea art. 297 C. pen., întrucât cel mai adesea atribuțiile lor sunt prevăzute în acte inferioare legii, ca de exemplu fișa postului¹⁴.

Calitatea de funcționar public sau privat reprezintă în același timp o *circumstanță personală de individualizare*. Circumstanțele personale de individualizare se referă la calități ale subiectului activ intrinsece formei de bază sau agravate a infracțiunii, determinând încadrarea juridică. Specificul acestor circumstanțe de individualizare este răsfrângerea asupra tuturor participanților care au luat cunoștință de existența lor. Astfel, un instigator sau complice care nu este funcționar public, va putea răspunde pentru actul său de participare la infracțiunea de abuz în serviciu, conform principiului accesorialității.

1. Magistratul – incompatibilitatea dintre erorile de judecată și abuzul în serviciu

O altă problemă referitoare la subiectul activ care se pretează spre analiză este reprezentată de răspunderea penală a magistratului în raport cu infracțiunea de abuz în serviciu. Identificarea unui echilibru

¹⁰ ICCJ, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală, decizia nr. 1/2015, publicată în M.Of. nr. 105 din 10.02.2015.

¹¹ S. Bogdan, D. Șerban, *Drept penal. Partea specială*, Ed. Universul Juridic, București, 2020, p. 370.

¹² V. Cioclei, Comentariu în G. Bodoroncea, I. Kuglay, L.V Lefterache, T. Manea, I. Nedelcu, G. Zlati, *Codul penal. Comentariu pe articole*, ed. a 3-a, Ed. C.H. Beck, București, 2020, p. 1356.

¹³ Publicată în M.Of. nr. 517 din 8 iulie 2016.

¹⁴ În contextul acestei decizii nu mai poate fi considerat subiect activ inculpatul care, „în calitate de agent comercial în cadrul persoanei vătămate SC S.C. SA, prin mai multe acte materiale executate în baza aceleiași rezoluții infracționale, cu știință, a îndeplinit în mod defectuos principala sa îndatorire din sfera atribuțiilor de serviciu, respectiv livrarea de mărfuri, și a produs o vătămare intereselor legale ale acesteia, cauzând o pagubă de 25.541,18 lei. În rechizitoriu s-a mai reținut că elementul material al infracțiunii săvârșite de inculpat constă în îndeplinirea defectuoasă a atribuțiilor de serviciu prevăzute în fișa postului.” - C.A Ploiești, s. pen. și pentru cauze cu minori și de familie, dec. nr. 479/2017, disponibilă pe lege5.ro.

între răspunderea judecătorilor și salvagardarea independenței judecătorilor constituie o sarcină dificilă. Răspunderea penală a judecătorului interferează cu libertatea profesională a judecătorilor de a interpreta legea, de a analiza faptele și de a cântări probele în cazuri particulare.

Subiectul care suscită interes este stabilirea posibilității de antrenare a răspunderii penale pentru abuz în serviciu față de magistratul care săvârșește fapta prin modalitatea de soluționare a cauzei, indiferent că este vorba despre o cauză penală sau una civilă. În continuare îmi propun să contribui la fundamentarea unui răspuns privind acest subiect.

S-a arătat că exercitarea atribuțiilor cu **rea-credință** sau **gravă neglijență** sau **nerespectarea normelor procedurale** de către magistrat în activitatea judiciară ce a avut ca rezultat pronunțarea unei hotărâri sau soluții greșite, contrare realității și normelor legale aplicabile în cauză ori încălcarea drepturilor și libertăților fundamentale ale părților, angajează răspunderea penală a magistratului în condițiile legii.¹⁵

Răspunderea penală a magistratului a fost brevetată de alte sisteme de drept penal. Aceasta a fost incriminată în codul penal francez din 1810, în care erau incriminate faptele funcționarului public în general, iar anumite texte făceau referiri explicite la magistrați. În Italia, răspunderea disciplinară a magistraților este prevăzută de Decretul-lege nr. 109 din 23 februarie 2006 privind reglementarea abaterilor disciplinare. Abaterile disciplinare sunt expres și limitativ prevăzute de lege, fiind împărțite în trei categorii: abateri disciplinare în exercițiul funcțiunii, abateri disciplinare în afara exercitării funcției și abateri disciplinare care rezultă din infracțiuni¹⁶.

În strânsă legătură cu răspunderea penală a magistraților se află răspunderea disciplinară. În calitate de prolog al dispozițiilor vizând răspunderea disciplinară a magistratului, art. 94 din Legea 303/2004 privind statutul judecătorilor și procurorilor prevede că „Judecătorii și procurorii răspund civil, disciplinar și penal, în condițiile legii.” Abaterea disciplinară de la art. 99 lit. t) din Legea nr. 303/2004 realizează o suprapunere aproape perfectă prin elementele sale constitutive cu infracțiunea de abuz în serviciu. În doctrină, prin analiza elementului material al acestei abateri disciplinare, s-a stabilit că acesta constă fie într-o acțiune, fie într-o inacțiune neconformă cu îndatoririle profesionale impuse magistraților prin legi, regulamente, ordine de serviciu¹⁷. Se poate observa că încălcarea în cazul abaterii disciplinare vizează o „paletă” normativă mai largă, cuprinzând normele legale, dar și infra-legale. Răspunderea penală și cea disciplinară nu se exclud.

Tocmai această apropiere de conținut între norma care reglementează abaterea disciplinară și abuzul în serviciu, creează în practică dificultăți privind delimitarea dintre răspunderea penală și cea disciplinară.

O primă abordare în jurisprudență este cea potrivit căreia magistratul nu poate fi condamnat pentru *greșeli de judecată*. Procesul deliberativ nu poate intra sub incidența legii penale. Astfel cum a statuat Înalta Curte de Casație și Justiție, *verificarea și stabilirea legalității și temeiniciei unei hotărâri judecătorești sunt de competența exclusivă a instanțelor superioare de control judiciar și nu pot fi cenzurate de organul de urmărire penală, neputând constitui obiect de cercetare penală*.¹⁸

Instanțele beneficiază de atributul suveranității, ceea ce implică libertatea acestora de a aprecia și interpreta probatoriul administrat în cauză și de a face aplicarea textelor legale. În abordarea jurisprudențială „tradițională”, soluțiile pronunțate de magistrați nu pot antrena răspunderea acestora tocmai în considerarea liberei posibilități de apreciere. Atribuțiile de serviciu ale magistraților pot fi împărțite pe două paliere: soluționarea cauzelor cu care au fost investiți și interpretarea și aplicarea dispozițiilor legale în acord cu principiile dreptului substanțial și ale celui procedural. Erorile care intervin eventual în acest proces de interpretare și aplicare a legii nu echivalează cu o exercitare abuzivă a atribuțiilor de serviciu în sensul legii penale. Legiuitorul a reglementat sistemul căilor de atac în cazul nemulțumirilor părților legate de modul concret de soluționare a cauzei, iar aceste grade de jurisdicție nu pot fi suplimentate prin promovarea unor plângeri penale împotriva magistratului care a soluționat cauza¹⁹. Modul în care s-a pronunțat hotărârea judecătorească, realitatea temeiurilor de fapt și

¹⁵ F. Dragomir, *Răspunderea penală a magistratului*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 74.

¹⁶ I. Gârbuleț, *Tratat privind răspunderea disciplinară a magistraților*, Ed. Universul Juridic, București, 2020 p. 230.

¹⁷ *Idem*, p. 435.

¹⁸ ICCJ, s. pen., dec. nr. 3126 din 6 octombrie 2008, disponibilă pe scj.ro.

¹⁹ ICCJ, s. pen., dec. nr. 270 din 27 aprilie 2011 în V. Văduvă, *Infracțiuni de abuz și neglijență în serviciu*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 63.

de drept, legalitatea hotărârii nu pot fi analizate critic în lipsa unor elemente formale care să excedă activității de rezolvare logico-juridică a raporturilor deduse judecătii²⁰. Hotărârea judecătorească nu poate constitui *per se* o îndeplinire defectuoasă a atribuțiilor de serviciu ale magistratului judecător prin prisma considerentelor sau ale soluției.

Argumentul atribuit acestei abordări, conform căreia nu se poate stabili că hotărârea judecătorească sau soluția în sine reprezintă o îndeplinire defectuoasă a atribuțiilor de serviciu de către magistratul judecător care a pronunțat-o, sunt textele legale din Constituție, care în caz contrar ar fi încălcate. Se au în vedere în acest sens art. 124 alin. (3) și art. 129 din Constituție. Prin aceste texte este proclamată independența judecătorului și supunerea acestuia numai legii, alături de posibilitatea atacării hotărârilor pronunțate de aceștia prin intermediul căilor de atac. Astfel, nu este posibil să se efectueze un control judiciar implicit al hotărârilor judecătorești de către instanța penală, adică într-un alt cadru decât cel al căilor de atac prevăzute de lege²¹.

Nu orice încălcare a dispozițiilor procedurale cu ocazia desfășurării activității de judecată poate atrage răspunderea penală a magistratului judecător. Pentru a putea aplica legea penală, trebuie să fie dovedită reaua-credință cu care magistratul a acționat în scopul prejudicierii intereselor unei persoane. Eventualele încălcări ale dispozițiilor procedurale sau substanțiale cu ocazia efectuării actelor de cercetare judecătorească de către magistratul judecător pot fi criticate doar într-un cadru procesual adecvat, în fața unei instanțe sesizate cu judecarea unei căi de atac. În cadrul procesual specific procesului penal, instanța sesizată cu judecarea infracțiunii de abuz în serviciu nu poate proceda la o analiză detaliată a raționamentului adoptat de magistratul judecător la momentul pronunțării soluției.²²

În același sens sunt și reglementările supra-legale. Statele trebuie să ia toate măsurile necesare pentru a respecta, proteja și promova independența și imparțialitatea judecătorilor, iar legea trebuie să prevadă sancțiuni împotriva persoanelor care încearcă să influențeze judecătoria în vederea pronunțării unei anumite soluții. Deciziile judecătorilor nu pot face obiectul unei reanalizări, în afara procedurilor de atac sau de redeschidere a cauzei, astfel cum sunt ele prevăzute de lege²³.

De asemenea, aceeași abordare poate fi identificată și la nivelul Curții Constituționale. Aspectele care vizează interpretarea și aplicarea legii țin de competența exclusivă a instanțelor judecătorești în temeiul art. 126 din Constituție. Atribuțiile judecătorului implică identificarea normei aplicabile, analiza conținutului său și adaptarea acesteia la faptele juridice pe care le-a stabilit, astfel încât legiuitorul aflat în imposibilitate de a prevedea toate situațiile juridice lasă judecătorului o marjă de apreciere. În activitatea sa de interpretare a legii, judecătorul trebuie să realizeze un echilibru între spiritul și litera legii, între exigențele de redactare și scopul urmărit de legiuitor, fără a avea competența de a legifera, prin substituirea autorității competente în acest domeniu²⁴.

Se identifică așadar un prim motiv care pare să se opună de principiu antrenării răspunderii penale a judecătorului pentru modul de soluționare a cauzei cu care acesta a fost legal investit, respectiv acela că **legalitatea și temeinicia hotărârilor judecătorești** nu poate fi pusă în discuție decât în cadrul procedural reglementat de lege, acela al căilor ordinare sau extraordinare de atac.²⁵ În încercarea de a clarifica această problemă, se impune a fi făcută următoarea analogie: dacă un magistrat care pronunță o soluție în baza unui raționament generat în mod eronat va răspunde pentru abuz în serviciu, magistratul care pronunță o soluție de achitare în baza propriilor convingeri, cu toate că din perspectiva observatorilor obiectivi, inculpatul este

²⁰ C.A. Constanța, s. pen. și pentru cauze cu minori și de familie, sent. nr. 3/P/2008, citată în Buletinul Curților de Apel, nr. 2/2008, Ed. C.H.Beck, București, p. 83.

²¹ C.A. Ploiești, s. pen., sent. nr. 167 din 20 decembrie 2017, disponibilă pe sintact.ro.

²² C.A. Ploiești, dec. nr. 379/42/2016 din 24 mai 2016, disponibilă pe sintact.ro.

²³ Recomandarea CM/Rec(2010)12 a Comitetului Miniștrilor către statele membre cu privire la judecători: independența, eficiența și responsabilitățile, Capitolul II, Anexa I.

²⁴ A se vedea, în acest sens: Decizia CCR nr. 838/2009, publicată în M. Of. nr. 461 din 3 iulie 2009; Decizia nr. 126/2010, publicată în M. Of. nr. 149 din 8 martie 2010; Decizia nr. 624/2014, publicată în M. Of. nr. 25 din 13 ianuarie 2015; Decizia nr. 193/2017, publicată în M. Of. nr. 416 din 6 iunie 2017; Decizia nr. 54/2018 prin care a fost respinsă excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 297 C. pen., publicată în M. Of. nr. 683 din 6 august 2018.

²⁵ A. Chirvase, *Răspunderea penală a judecătorului pentru abuz în serviciu*, material disponibil pe sintact.ro.

vinovat, urmează să răspundă pentru infracțiunea de favorizare a făptuitorului? Discuția pare una pur ipotetică, însă în practică a fost întâlnită și o astfel de abordare care aduce grave atingeri independenței magistraților²⁶.

Nemulțumirile justițiabililor cu privire la modul de instrumentare al cauzelor penale nu conduc, *de plano*, la prezumția existenței unei fapte de natură penală. Activitatea participanților la înfăptuirea actului de justiție este supusă cenzurii organului abilitat cu cercetarea conduitei profesionale, cu atât mai mult în cazul procurorilor unde este incident principiul subordonării²⁷.

Organul de urmărire penală nu își poate aroga atribuții de control al soluțiilor pronunțate de magistrați, deoarece scopul cercetării penale nu este analiza legalității și temeiniciei unei soluții. O paralelă poate fi făcută cu Decizia Curții Constituționale nr. 757/2017 asupra cererii de soluționare a conflictului juridic de natură constituțională dintre Guvernul României, pe de o parte, și Ministerul Public - Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, Direcția Națională Anticorupție, pe de altă parte. Decizia a fost dată cu referire la actele normative ale Guvernului. Prin aceasta au fost identificate mecanisme constituționale și legale care să asigure remedii eficiente în situația în care hotărârile adoptate de Guvern ar fi contrare Constituției și legii sau inoportune. S-a stabilit că unitatea de parchet nu are competența de a începe urmărirea penală în legătură cu anchetarea oportunității, împrejurărilor sau circumstanțelor emiterii unui act administrativ individual, dar are competența de a cerceta faptele de natură penală săvârșite în legătură cu emiterea acestuia. Curtea a constatat că nu există niciun mecanism de control al oportunității actului administrativ. Dacă legea permite realizarea unei operațiuni administrative lăsând o marjă de apreciere organului administrativ, oportunitatea aprecierii acestui organ, nu poate fi cenzurată.

Cele expuse pot fi translatate și în cazul de față. Marja de apreciere recunoscută organelor administrative este similară marjei oferite magistratului de a soluționa cauzele penale și de a genera raționamente logico-judiciare în conformitate cu legea și propriile convingeri, respectând însă principiile independenței și imparțialității. În mod contrar, s-ar genera o suplimentare a căilor de atac prin acțiunea organelor judiciare penale.

În cazul cercetării persoanelor având calitatea de magistrat, pentru pretinsa săvârșire a unei infracțiuni în legătură cu modalitatea de soluționare a cauzei cu care au fost investite, poate fi observat un tipar: de cele mai multe ori aceste persoane sunt puse sub acuzare pentru infracțiunea de serviciu, chiar dacă în speța concretă sunt îndeplinite condițiile de tipicitate ale unei alte infracțiuni (de exemplu, o infracțiune de represiune nedreaptă în concurs cu infracțiuni de fals). Probarea elementelor de tipicitate ale acestor infracțiuni este mai dificilă, astfel că generozitatea normei abuzului în serviciu o face mult mai „tentantă” din perspectiva șanselor de reușită ale anchetei.

Ce se întâmplă însă atunci când răspunderea magistratului este excedentară? Mai precis, atunci când actele neconforme cu atribuțiile de serviciu depășesc întrunirea caracteristicilor unor simple greșeli de judecată, existând alte conduite autonome care permit reținerea abuzului.

Comisia de la Veneția a fost solicitată să se pronunțe cu privire la răspunderea penală a judecătorilor și cu privire la posibilitatea organelor de urmărire penală de a-și aroga competența de a analiza în cadrul anchetelor soluțiile pronunțate. În context, Comisia a opinat că procesul de judecare a cauzei nu este o activitate pur mecanică. Standardele europene cu privire la justiție protejează dreptul și obligația fiecărui judecător de la orice nivel de ierarhie judiciară să își exercite funcțiile de judecare a cauzelor liber de orice imixtiune, fie externă, fie internă. Răspunderea individuală pentru exercitarea funcțiilor judiciare nu trebuie să depindă doar de soluția pronunțată în calea de atac de instanța superioară, aceasta fiind esența aspectului non-mecanic al judecării cauzei. Răspunderea trebuie să fie legată doar de respectarea de către judecător a standardelor de conduită profesională, etică și respectarea procedurilor. Anularea unei hotărâri de către instanța superioară nu duce la concluzia că judecătorul din instanța inferioară a încălcat standardele profesionale sau legea²⁸. Cu toate acestea

²⁶ C.A. București, s. a II-a pen., sent. nr. 97/F din 19 mai 2016, desființată prin Decizia nr. 216/A/2017 a ICCJ, disponibilă pe scj.ro. În cauză s-a stabilit că modul de aplicare a legii și de interpretare a probelor de către inculpate, în cauza penală cu care au fost investite și raționamentul logico-judiciar al acestora nu poate constitui temei al unei răspunderi penale, în lipsa altor elemente care să altereze acest raționament și care să demonstreze în mod neechivoc că legea a fost aplicată greșit în mod intenționat, în vederea favorizării condamnatului.

²⁷ ICCJ, s. pen., sent. nr. 476 din 20.05.2015.

²⁸ A se vedea, în acest sens, Comisia Europeană pentru Democrație prin Drept, Opinie Amicus Curiae pentru Curtea

Comisia a precizat că imunitatea funcțională a judecătorului reprezintă imunitatea acestuia față de răspunderea penală pentru actele efectuate în cadrul funcției sale, cu excepția infracțiunilor comise cu intenție. În acest sens, judecătorul trebuie să beneficieze de imunitate în cadrul funcțiilor sale legitime, iar nu să beneficieze de imunitate în cazul în care comite o infracțiune în cadrul funcției sale, în acest caz el nu trebuie să aibă imunitate față de răspunderea penală. Sarcinile de interpretare a dreptului, de cântărire a probelor și de apreciere a faptelor efectuate de către un judecător pentru a soluționa cazurile nu ar trebui să conducă la tragerea la răspunderea penală sau disciplinară a judecătorului, cu excepția cazurilor de rea-credință, intenție sau neglijență gravă.

Astfel cum a stabilit Comisia, eșecurile conștiente, cu manifestarea deliberată a unui abuz, cu neglijente repetate, serioase sau grave ar putea da naștere acțiunilor și sancțiunilor disciplinare și răspunderii penale.

Soluțiile în cadrul cărora s-a optat în favoarea reținerii abuzului în serviciu cu privire la hotărârile magistraților nu sunt izolate. Spre exemplu, într-o cauză penală s-a reținut că fapta magistratului judecător care a acționat, în baza unui plan prestabilit, acordând prin sentințele pronunțate parcele de teren, cu încălcarea și ignorarea normelor procesual civile privind competența teritorială și încălcarea dispozițiilor legale care reglementează plata taxelor judiciare de timbru, acestea nefiind achitate anticipat întrunește elementele abuzului. În fapt în sentințe s-a reținut, în mod nereal, că pârâții și reclamantii din cauze au calitatea procesuală pasivă și activă, iar dreptul de proprietate asupra terenului se regăsește în patrimoniul acestora, prejudiciul contând în consecințele asupra drepturilor titularilor reali ai imobilelor. În această cauză instanța a statuat că nu este vorba despre simple erori sau încălcări ocazionale și neintenționate ale normelor procedurale sau despre interpretarea eronată a probelor administrate sau a unor norme de drept substanțial sau procedural, care să fi putut fi îndreptate prin promovarea unei căi de atac, ci despre o exercitare abuzivă a atribuțiilor de serviciu. Magistratul a acționat cu intenția de a prejudicia adevărații titulari ai drepturilor de proprietate asupra terenurilor, precum și a unităților administrativ teritoriale și de a determina obținerea de foloase necuvenite pentru beneficiarii drepturilor asupra respectivelor imobile.²⁹

Este evident faptul că dacă se face abuz de puterea judiciară și dacă este folosită greșit, ea nu poate servi scopului pe care urmărește să îl servească. Pentru reținerea abuzului trebuie să se facă o distincție între ipoteza soluționării cu bună-credință a cauzei și cazul în care un magistrat interpretează în mod conștient și deliberat, cu rea-credință, o normă contrar semnificației sale, „ghidând” astfel procesul spre o soluție contrară legii și încălcând în acest plan prestabilit și normele procesuale. Într-o altă cauză s-a reținut în sarcina inculpatelor generarea unui raționament juridic cu aparență de validitate pentru a sprijini o anumită soluție, altfel imposibil de pronunțat. Generarea tiparului unui silogism juridic, în care sunt introduse date străine dosarelor analizate cu modificarea bazei factuale stabilite prin hotărâri anterioare, pentru a activa aplicarea principiului *ne bis in idem*, străin cauzei în alte condiții, constituie o încălcare a legii penale. În lipsa prelucrării în mod artificial a acestei situații juridice ireale, soluția favorabilă nu ar fi avut suport probator. Acest mod de operare scoate judecata inculpatelor din sfera conceptului de legalitate în emiterea hotărârii judecătorești, iar *modus operandi*, în considerarea obținerii unui rezultat prefigurat justifică reținerea unei intenții directe.³⁰

În concluzie, chiar dacă libertatea și independența magistratului în exercițiul funcției sale sunt atribute necontestate, ele nu presupun lipsa tragerii la răspundere a acestuia indiferent de circumstanțele comiterii faptei. Pentru erorile lipsite de intenție legiuitorul a reglementat pârghiile extrapenale necesare, iar în acest caz răspunderea disciplinară va fi suficientă. Răspunderea penală pentru infracțiunea de abuz în serviciu poate fi incidentă atunci când faptele imputate nu constituie simple erori, ci au depășit cu mult sfera abaterilor disciplinare.³¹ Reținerea infracțiunii presupune o distorsionare evidentă a dreptului. Pentru a ne afla în prezența relei-credințe nu este suficient ca hotărârea/actul respectiv să fie evident eronat, trebuie să existe și alte indicii care să ducă la convingerea că magistratul a acționat cu intenția directă de a încălca legea și în deplină cunoștință de cauză. Poate fi folosit în acest sens prototipul agentului model, în sensul că niciun al judecător în aceeași cauză și aceleași condiții nu ar fi judecat astfel. Trebuie să existe și alte indicii care să

Constituțională a Republicii Moldova privind răspunderea penală a judecătorilor, adoptată la 10 martie 2017.

²⁹ ICCJ, s. pen., dec. nr. 372/A/2017, disponibilă pe scj.ro.

³⁰ ICCJ, s. pen., dec. nr. 216/A/2017, disponibilă pe scj.ro.

³¹ ICCJ, s. pen., dec. nr. 80/2018, disponibilă pe scj.ro.

argumenteze credința că magistratul a distorsionat legea în mod conștient, care să demonstreze că judecătorul a aplicat legea în mod eronat în deplină cunoștință de cauză, cum ar fi o motivare străină de obiectul cauzei, încălcarea flagrantă a principiilor de drept în materie prin raționamentul generat sau încălcarea normelor de procedură. Exemple celebre sunt și cele în care abuzul este „demascat” de o mită primită anterior în vederea pronunțării hotărârii favorabile.

2. Avocatul – poate să primească o profesie liberală vocația de a deveni funcție publică în contextul abuzului în serviciu?

O altă problemă care la o primă vedere ar putea părea dificilă este răspunderea avocatului pentru abuz în serviciu. În definitiv, poate avocatul să răspundă pentru abuz în serviciu?

În doctrina și în practica majoritară nu este acceptată ideea că avocatul, în exercitarea profesiei, ar putea fi subiect activ al infracțiunilor de serviciu sau corupție, argumentându-se că acesta nu are calitatea de funcționar. Rezistența în privința considerării avocatului ca fiind funcționar public, are o motivație istorică. Anterior anului 1990, Tribunalul Suprem a pronunțat condamnări ale avocaților pentru luare de mită³², acordându-le astfel statutul de funcționari³³. Practica s-a schimbat însă după acest an, când s-a glisat spre emanciparea profesiilor liberale de sub tutela statului începând cu decizia nr. 569 din 16 mai 1990.³⁴ Cu toate acestea, posibilitatea încadrării avocaților în tagma funcționarilor publici nu a fost încă riguros tranșată.

În conformitate cu art. 175 alin. (2) C. pen., sunt asimilate funcționarilor publici persoanele care exercită un serviciu de interes public pentru care au fost investite de autoritățile publice sau care sunt supuse controlului sau supravegherii acestora cu privire la îndeplinirea respectivului serviciu. Prin urmare, pentru a putea fi asimilat funcționarului public, un subiect trebuie să îndeplinească una dintre cele două condiții legale cumulative: să exercite un serviciu de interes public și exercitarea să fie făcută în temeiul unei investiții oferite de o autoritate publică sau să fie supusă controlului sau supravegherii efectuate de o autoritate publică.

Investirea în vederea realizării unui serviciu de interes public reprezintă după caz, fie atribuirea unei calități din care să derive obligația de a îndeplini respectivul serviciu (cazul numirii notarilor în funcție), fie acordarea printr-o decizie a autorităților competente a dreptului de a realiza serviciul de interes public (cazul experților judiciari sau a lichidatorilor judiciari numiți de către instanța judecătorească). Controlul sau supravegherea implică lipsa existenței unei investiții din partea unei autorități publice. În consecință, determinante pentru includerea sau excluderea în categoria funcționarilor sunt raportul juridic dintre subiectul în cauză și autoritățile publice, natura serviciului prestat, acesta trebuind să fie guvernat de interesul public și temeiul juridic în baza căruia se prestează respectiva activitate³⁵. *In concreto*, între dispozițiile legale care reglementează desfășurarea serviciului de interes public și exercitarea efectivă a serviciului trebuie să existe o autoritate publică „intermediară”.³⁶

Avocatul nu este investit, controlat sau supravegheat de o autoritate publică. Potrivit art. 10 din Legea nr. 51/1995, Barourile și U.N.B.R. asigură exercitarea calificată a dreptului la apărare, competența și disciplina profesională, protecția demnității și onoarei avocaților membri, însă nu sunt autorități publice. Astfel cum a fost stabilit³⁷, Baroul, ca structură județeană a Uniunii Naționale a Barourilor din România, nu are conform Legii nr. 544/2001 statut de autoritate sau instituție publică, întrucât pentru a dobândi o astfel de calitate, este necesar ca entitatea să utilizeze sau să administreze resurse financiare publice. De asemenea, avocatul din oficiu nu desfășoară activități în temeiul unei delegări de putere.

În considerarea celor expuse *supra*, de principiu, avocații nu pot fi asimilați funcționarilor publici, deoarece aceștia își exercită profesia în lipsa investiției, supravegherii sau controlului realizate de o autoritate publică,

³² T.S., s. militară, dec. nr. 13/1980, citată în RRD, nr. 11/1980, p. 66.

³³ T.S., s.pen., d. nr. 95/1980, citată în RRD, nr. 9/1980, p. 6

³⁴ T.S., s.pen., dec. 659/1990, citată în M.C. Sima, *Subiectul activ al infracțiunii de luare de mită. Cazul avocatului din oficiu*, în Revista de Drept Penal, nr. 2/2007, p. 121.

³⁵ G. Moise, *Persoanele asimilate funcționarului public care răspund penal pentru infracțiunea de luare de mită* în Revista Română de Dreptul Muncii, nr. 6/2017, Ed. Wolters Kluwer, București, 2017, p. 88.

³⁶ G. Bodoronea, *Corupția. Infracțiuni de corupție. Infracțiuni asimilate infracțiunilor de corupție*, Ed. C.H. Beck, București, 2022, p. 43.

³⁷ C.A. Cluj, s. a II-a civilă, dec. nr. 5886/2015, disponibilă pe sintact.ro.

fiind ocrotiți de lege și funcționând în baza unei legi speciale și a unui statut. Avocatul angajat prin contractul de asistență juridică nu poate fi considerat a deține veritabile atribuții de serviciu, având un statut particular în relația cu clientul său. Acest „cadru” în care avocatul își desfășoară activitatea este confirmat de art. 108 din Statutul profesiei de avocat, conform căruia avocatul nu poate acționa decât în limitele contractului încheiat cu clientul său, cu excepția cazurilor prevăzute de lege. Este relevant și art. 109 din același statut, prin care este stabilită independența profesiei și faptul că activitatea avocatului nu poate fi motivată decât în interesul clientului, apreciat în limitele legii, ale statutului și codului deontologic.

Cu toate acestea, în doctrină au fost reliefate două situații strict determinate în care avocatul dobândește vocația de a fi calificat ca funcționar public. Prima situație este reprezentată posibilitatea legală dată avocatului de a atesta identitatea părților sau de a conferi dată certă actelor. Legea nr. 51/1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat stabilește în art. 3 că activitatea avocatului se realizează prin redactarea de acte juridice, atestarea identității părților, a conținutului și a datei actelor prezentate spre autentificare. În același context legiuitorul a prevăzut în art. 38 alin. (1) din aceeași lege că în exercitarea profesiei, avocații sunt parteneri indispensabili ai justiției, ocrotiți de lege, fără a putea fi asimilați funcționarilor publici, cu excepția situațiilor în care atestă identitatea părților, a conținutului sau datei unui act. Din această perspectivă, avocatul desfășoară prerogative ce țin de puterea statală și poate fi asimilat unui funcționar în comiterea infracțiunilor de serviciu³⁸. Împărtășim această opinie, însă în mod nuanțat, adăugând precizarea că în această situație avocatul nu este încadrat în categoria funcționarilor publici asimilați, condițiile prevăzute de art. 175 alin. (2) C.pen. nefiind în continuare îndeplinite, ci în categoriile prevăzute de art. 175 alin. (1) C.pen., prerogativa publică fiindu-i acordată în acest caz direct prin lege.

Cea de-a doua ipoteză în care avocatul a fost poziționat pe palierul funcționarilor publici asimilați este reprezentată de cazul avocatului din oficiu desemnat de organul judiciar pentru asigurarea asistenței juridice unei persoane implicate într-o procedură penală. Pentru a realiza această încadrare s-a apelat la următoarele criterii, aparent îndeplinite: investirea de o autoritate publică (instanța judecătorească), supunerea controlului autorității judiciare care l-a desemnat și proveniența din fondurile publice a sumelor convenite drept onorariu pentru asistența juridică acordată³⁹.

Nu putem să fim de acord însă cu această teză. În primul rând, avocatul din oficiu nu este investit *per se* de către autoritatea judecătorească. Avocatul din oficiu nu desfășoară activități în temeiul unei delegări de putere. Desemnarea lui se face prin delegare de către Barou, prin Serviciul de Asistență Judiciară. Delegația avocațială este documentul prin care acesta este însărcinat de către Barou spre a face toate demersurile necesare în vederea apărării justițiabilului. În plus, organele judiciare nu desfășoară controlul sau supravegherea exercitării conforme a dreptului la apărare în favoarea justițiabilului, abaterile disciplinare ale acestuia sunt prevăzute și sancționate prin normele statutului și ale legii speciale, întocmai precum în cazul avocatului ales. Prin urmare, beneficiile remunerației provenite din fonduri publice nu sunt suficiente pentru a circumstanția avocatul acestei categorii.

Concluziv, asimilarea avocatului funcționarilor publici, chiar și în ipoteza întocmirii înscrisurilor oficiale pe care am admis-o pentru a ne ralia curentului majoritar, trebuie realizată cu un nivel maxim de prudență. Asimilarea poate fi de natură să impiețeze asupra rolului apărării obiective a justițiabililor, aceasta putând fi percepută ca subordonată autorității publice.

3. Persoana juridică – posibilitatea reținerii abuzului în serviciu limitată de existența calității de funcționar

Legislația penală actuală consacră modelul răspunderii penale *directe* a persoanei juridice, aidoma dreptului olandez și belgian. În această abordare adoptată, persoana juridică răspunde pentru fapta proprie, iar nu pentru fapta altei persoane⁴⁰ conform vechii legislații cu influențe franceze.

Nu orice persoană juridică răspunde însă penal, sfera acestora fiind delimitată de către legiuitor prin două procedee. Primul procedeu este cel al *prevederii legale*. În cazul acestuia, numai persoanelor juridice

³⁸ S. Bogdan, D. Șerban, *op. cit.*, p. 243.

³⁹ G. Moise, *op. cit.*, p. 87.

⁴⁰ F. Streteanu, *Răspunderea penală a persoanei juridice*, ed. a 2-a, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 390.

recunoscute ca având personalitate juridică conform legii civile le va putea fi antrenată răspunderea, existând un raport de condiționare reciprocă între cele două concepte. Unei entități nu îi va putea fi recunoscută calitatea de persoană juridică dacă ea nu deține, în condițiile legii, și personalitate juridică, după cum nu se poate vorbi de personalitate juridică în cazul formelor de organizare care *ab initio* nu pot avea calitatea de persoană juridică, fie potrivit legislației speciale, fie potrivit Codului civil.

De referință este Decizia nr. 1/2016 a Înaltei Curți de Casație și Justiție⁴¹ prin care s-a stabilit faptul că opțiunea legiuitorului este în sensul de a nu recunoaște personalitatea juridică întreprinderii individuale, motiv pentru care aceasta nu poate să răspundă penal. Al doilea procedeu este cel al *condiționării legale*. Prin acesta, toate persoanele juridice și organizațiile legal înființate, care îndeplinesc condițiile prevăzute la art. 187 C.civ. (organizare de sine stătătoare, patrimoniu propriu, afectat unui anumit scop licit și moral, în acord cu interesul general), vor răspunde penal, cu toate că în cazul acestora atribuirea personalității juridice nu este realizată de legiuitor în mod direct.

Au fost instituite și o serie de excepții în cazul statului, autorităților publice și a instituțiilor publice pentru infracțiunile săvârșite în desfășurarea unei activități ce nu poate face obiectul domeniului privat. Poate fi observată natura publică a persoanelor juridice exceptate și necesitatea acordării unei imunități în cazul acestora.

Răspunderea persoanei juridice este de asemenea *generală*. În această accepțiune, aceste entități pot răspunde pentru orice infracțiune, contrar principiului specialității, susținut în vechea paradigmă penală, care nu permitea angajarea răspunderii penale în cazul infracțiunilor care prin natura lor nu permit incidența unui astfel de subiect activ - de exemplu, violul, bigamia, dezertarea etc. Se poate observa însă faptul că nu este exclus a fi reținută calitatea de instigator sau complice cazul acestor infracțiuni. Cu toate acestea, elementul material al infracțiunii a fost particularizat prin trei criterii de atribuire a infracțiunii în sarcina persoanei juridice. Acțiunea ilicită trebuie să fie comisă în realizarea obiectului de activitate, în interesul sau în numele persoanei juridice.

La momentul actual, este general acceptat că persoanei juridice i se pot atribui acțiuni sau inacțiuni care să constituie element material al diferitelor infracțiuni, inclusiv al infracțiunii de omor⁴². De cele mai multe ori însă, persoana juridică lezează obiectul juridic al infracțiunii prin intermediari persoane fizice. S-a dezvoltat astfel teoria substratului uman al răspunderii persoanei juridice, relevat de doctrina franceză ca „substratum humain”. Codul penal a adoptat modelul extensiv conform căruia pot atrage răspunderea penală a persoanei juridice organele de conducere, reprezentanții legali, administratorii sau mandatarii factici, prepușii sau persoanele care nu lucrează în mod oficial pentru entitatea respectivă, dar care acționează sub autoritatea acesteia. Răspunderea acestor persoane va fi cumulativă cu cea a persoanei juridice.

Trebuie remarcat faptul că infracțiunea de abuz în serviciu **nu poate avea ca subiect activ o persoană juridică**, deoarece această faptă poate fi săvârșită numai de un subiect activ calificat⁴³. În concluzie, aceasta nu poate avea calitatea de autor, întrucât nu o poate avea pe aceea de funcționar⁴⁴. Așa cum precizam supra, există unele infracțiuni care datorită naturii lor sunt incompatibile cu săvârșirea în calitate de autor de către o persoană juridică (evadare, dezertare, bigamie, infracțiuni comise de către funcționari)⁴⁵.

Cu toate acestea, au existat soluții jurisprudențiale izolate prin care persoanele juridice au fost condamnate pentru abuz.⁴⁶ Un argument care a fost dat în favoarea acestei teorii este faptul că legiuitorul nu impune aceleași

⁴¹ Publicată în Monitorul Oficial, partea I, nr. 138 din 23 februarie 2016.

⁴² A. Rîșniță, *Persoana juridică-Subiect al infracțiunii de omor*, în Caiete de Drept Penal, nr. 1/2013, pp. 84-109.

⁴³ G. Ivan, C. Duvac, I. Rusu, T. Toader și alții, *Explicațiile Noului Cod Penal*, vol. IV, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 323.

⁴⁴ V. Cioclei, *Codul penal. Comentariu pe articole*, Ediția a 3-a, Ed. C.H. Beck, București, 2020, p. 1363.

⁴⁵ F. Streteanu, *Tratat de drept penal. Partea generală*, vol. 1, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 371.

⁴⁶ ICCJ, s. pen., dec. nr. 217/2014. Prin prezenta decizie s-a stabilit că fapta de abuz în serviciu contra intereselor publice a rezultat cert în sarcina inculpatei persoane juridice, vinovăția sa fiind identică cu cea a persoanei fizice, care a acționat în numele și interesul său, la diferite intervale de timp, dar în realizarea aceleiași rezoluții infracționale. Dispozițiile art. 19 C. pen. din 1969 (actualul art. 135 C.pen) sunt realizate probator, răspunderea penală a inculpatei persoană juridică fiind distinctă și dovedită probator și neputând exclude răspunderea penală a inculpatului care a săvârșit aceeași infracțiune, *disponibilă pe scj.ro*.

condiții de la răspunderea penală a persoanei fizice, respectiv calitatea de subiect activ calificat.⁴⁷ Considerăm însă acest argument parțial fondat. O formă de „incompatibilitate generală” cu diferitele calități speciale nu își poate găsi rațiunea, deoarece persoanele juridice sunt compatibile cu calitatea de custode, putând să săvârșească infracțiunea de rupere de sigilii (art. 260 C. pen.) și sustragere de sub sechestru (art. 261 C. pen.) sau calitatea de administrator judiciar, lichidator judiciar, putând fi astfel autor al gestiunii frauduloase (art. 242 C. pen.)⁴⁸. În concluzie, atunci când legiuitorul condiționează tipicitatea infracțiunii de calitatea specială a subiectului activ persoană fizică, această calitate trebuie să fie îndeplinită și de persoana juridică. Cu toate acestea, există calități pe care persoana juridică nu poate să le dețină, precum cea de funcționar, astfel cum vom argumenta în cele ce urmează.

În cauzele în care persoanele juridice au fost trimise în judecată pentru infracțiunea de serviciu, demers fără succes, deoarece soluțiile obținute au fost preponderent cele de achitare, motivările instanțelor nu au fost cu privire la nereținerea calității de funcționar în cazul acestora, ci cu privire la alte aspecte cum ar fi calitatea de instituție publică a entității juridice. Într-o speță s-a stabilit că, în cazul unui spital, activitatea acestuia poate fi reglementată atât în domeniul public, cât și în domeniul privat, iar acest tip de instituție publică desfășoară activități care nu sunt excluse inițiativei private și în concluzie poate să răspundă penal. Raționamentul se schimbă însă când este vorba despre un spital militar, înființat ca o unitate militară, acesta având un regim special de organizare și activitate inaccesibilă domeniului privat, neputând să dețină calitatea de subiect activ relativ la săvârșirea niciunei infracțiuni.⁴⁹

Cu toate că, prin actuala reglementare s-a consacrat sistemul răspunderii penale generale a persoanei juridice, aceasta având o capacitate penală similară cu cea a persoanelor fizice⁵⁰, consider că în ceea ce privește infracțiunea de serviciu, răspunderea acesteia nu poate fi antrenată. Doctrina și-a însușit același răspuns negativ⁵¹, atât în ceea ce privește calitatea de la art. 175 C. pen, cât și calitatea prevăzută în art. 308 C. pen, concluzionând că *în nicio situație persoana juridică nu poate dobândi calitatea de funcționar, public sau privat, cu îndatoriri prevăzute într-un act normativ care face parte din legislația primară sau secundară, prin urmare nu poate fi pusă în situația de a încălca ceea ce nu poate să dețină*⁵².

Excluderea posibilității de a deține calitatea de funcționar public în cazul abuzului în serviciu se realizează în baza următoarelor considerente. Art. 308 C. pen. privitor la persoanele care exercită, permanent sau temporar, cu sau fără o remunerație, o însărcinare de orice natură în serviciul unei persoane fizice dintre cele prevăzute în art. 175 alin. (2) C. pen. sau în cadrul oricărei alte persoane juridice nu permite încadrarea în categoria funcționarilor privați a persoanelor juridice, deoarece acestea nu sunt cele care exercită însărcinări constând în atribuții, ci beneficiarele acestora.⁵³

Categoriile prevăzute în cadrul art. 175 alin. (1) C. pen. exclud prin natura lor includerea entităților în această categorie. Singura posibilitate prin care persoanele juridice „pot să își găsească locul” este prin introducerea acestora în cadrul funcționarilor publici asimilați. Ipoteza vizată ar fi cea a administratorilor sau lichidatorilor judiciari care pot să fie persoane fizice sau juridice. Aceștia sunt considerați funcționari publici asimilați doar în legătură cu atribuțiile care țin de exercitarea puterii publice, nu în legătură cu orice atribuții ce țin de activitatea lor profesională. Considerăm însă că în cazul acestora răspunderea penală va fi antrenată cel mai adesea pentru fapta prevăzută în art. 242 alin. (2) C. pen., gestiunea frauduloasă în forma agravată, normă specială în raport cu abuzul în serviciu.

Când un act este atribuit unui colectiv, infracțiunea va avea în calitate de coautori toți membrii colectivului respectiv⁵⁴. Se va reține această circumstanță dacă mai mulți funcționari își încalcă sau nu îndeplinesc atribuții diferite în vederea îndeplinirii aceluiași scop? De exemplu, cu toate că sunt îndeplinite

⁴⁷ Trib. Bacău, s. pen., sent. nr. 414/2015, disponibilă pe rolui.ro.

⁴⁸ A.-R. Trandafir, *Răspunderea penală a persoanei juridice*, ed. a 2-a, Ed. C.H. Beck, București, 2021, p. 152.

⁴⁹ Trib. Brașov, sent. nr. 6/2022, disponibilă pe sintact.ro.

⁵⁰ C. Mitrache, Cr. Mitrache, *Drept penal român. Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 392.

⁵¹ V. Cioclei, C. Rotaru, A.-R. Trandafir, *Drept penal. Partea specială II. Curs tematic*, Ed. C.H. Beck, București, 2019, p. 230.

⁵² Ibidem.

⁵³ Idem.

⁵⁴ V. Dongoroz, I. Fodor, S. Kahane, *Explicații teoretice ale Codului penal român: partea specială*, vol. 4, Ed. Academiei Române, București, 2003, p. 66.

toate condițiile pentru emiterea unui act, unul dintre funcționari nu îl emite, altul nu îl semnează, iar cel de-al treilea nu îl avizează, în cadrul unei legături infracționale subiective și în vederea atingerii aceluiași scop. În cazul funcționarului care încalcă singur mai multe atribuții, fapta este unică, deoarece actele materiale sunt unite într-o singură faptă și vizează producerea unei singure urmări.⁵⁵ Pe același considerent, reținerea circumstanței agravante trebuie permisă în cazul mai multor funcționari care își încalcă atribuțiile de serviciu diferite, fiind esențială contribuția lor materială la infracțiunea unică și nu natura atribuțiilor neîndeplinite. Făptuitorii pot să contribuie nemijlocit, simultan (comisie, colectiv, consiliu) sau succesiv, etapizat (verificare, control, aprobare) la săvârșirea faptei⁵⁶.

III. ULTIMA RATIO – RAPORTUL DINTRE ABUZUL ÎN SERVICIU ȘI RĂSPUNDEREA CONTRAVENȚIONALĂ

Monopolul sancțiunilor juridice nu este deținut de dreptul penal. Sancțiunile sunt disipate în toate ramurile de drept. Misiunea dreptului penal este de a dirija aplicarea celor mai severe sancțiuni. Principiul subsidiarității este unul dintre constituențele acestui deziderat. Din perspectiva principiului subsidiarității, legitimarea intervenției normelor penale are loc doar ca *ultima ratio*, doar atunci când sancțiunile prevăzute de normele altor ramuri nu sunt suficiente pentru asigurarea protecției valorii sociale.

Dreptul penal vine în completarea normelor aparținând altor ramuri de drept. Regula este că dreptul penal nu exclude aplicarea și a altor sancțiuni. De exemplu, în cazul răspunderii magistraților pentru comiterea unei fapte ilicite, fapta acestora poate fi încadrată atât ca abatere disciplinară cât și ca infracțiune, cumulul fiind permis în temeiul art. 99 lit. t) din Legea 303/2004: Sancțiunea disciplinară nu înlătură răspunderea penală. Această regulă este susceptibilă de excepții. Astfel, angajarea răspunderii penale exclude angajarea răspunderii contravenționale⁵⁷. Diferența dintre sancțiuni și contravenții este reprezentată de gradul de pericol social al faptei sancționate prin acestea. Fiind vorba de o diferență calitativă, cele două moduri de sancționare se exclud.

În interdependență cu principiul subsidiarității, se regăsește principiul selectivității dreptului penal⁵⁸. În conformitate cu acest principiu, valoarea socială este protejată doar împotriva anumitor conduite specifice care nu pot fi eficient reprimite prin instrumentele puse la dispoziție de alte ramuri. Adesea recunoscut ca „principiul minimei intervenții” sau „principiul necesității pedepsei”, acesta poate fi interpretat în sensul că atunci când imperativul apărării valorilor sociale se poate realiza și prin intermediul altor forme de reacție, intervenția dreptului penal nu trebuie să fie permisă.

O abordare contrară va aduce atingere inclusiv principiului constituțional al proporționalității (art. 53 din Constituție), deoarece măsura luată trebuie să fie proporțională cu situația care a determinat-o. Cu alte cuvinte, atunci când atingerea adusă în concret valorii sociale protejate este minimă, nu se justifică aplicarea sancțiunii penale, ci eventual recurgerea la o sancțiune cu caracter civil sau administrativ.⁵⁹ „Principiul proporționalității reacției penale” are două aspecte principale: unul extrinsec, respectiv subsidiaritatea mijloacelor penale în combaterea faptelor antisociale, și altul intrinsec, anume necesitatea unei corespondențe între gradul de vătămare produs în societate de faptele ce constituie infracțiuni și duritatea măsurilor prevăzute pentru cei care săvârșesc asemenea fapte.⁶⁰

Din perspectiva principiului *ultima ratio*, nu este suficient ca faptele incriminate să aducă atingere valorii sociale protejate, mai mult decât atât, această atingere trebuie să prezinte un grad suficient de intensitate și gravitate, care să justifice aplicarea unei sancțiuni penale. La nivel legislativ, au fost reglementate de către legiuitor pârghii extrapenale pentru a permite înlăturarea consecințelor unor fapte care cu toate că potrivit reglementării actuale ar putea fi circumscrise infracțiunii de abuz în serviciu nu prezintă o gravitate care să justifice intervenția dreptului penal. Un astfel de exemplu poate fi regăsit în art. 247 alin. (2) din Codul muncii care reglementează abaterea disciplinară: „*abaterea disciplinară este o faptă în legătură cu munca și care constă într-o*

⁵⁵ S. Bogdan, D. Șerban, *op. cit.*, p. 392.

⁵⁶ G. Ivan, M.-C. Ivan, *Drept penal. Partea specială conform Noului Cod penal*, ed. a 2-a, Ed. C.H. Beck, București, 2015, p. 402.

⁵⁷ F. Streteanu, D. Nițu, *Drept penal. Partea generală*, vol. 1, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 20.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 21.

⁵⁹ F. Streteanu, *Tratat de drept penal. Partea generală*, vol. 1, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 51.

⁶⁰ M. Hotca, *Reflectarea principiilor dreptului penal în Codul penal în vigoare*, în *Dreptul*, nr. 12/2021, disponibil pe sintact.ro.

acțiune sau inacțiune săvârșită cu vinovăție de către salariat, prin care acesta a încălcat normele legale, regulamentul intern, contractul individual de muncă sau contractul colectiv de muncă aplicabil, ordinele și dispozițiile legale ale conducătorilor ierarhici”.

O altă formă de răspundere extrapenală se regăsește în art. 1 din noul Cod administrativ „*orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim, de către o autoritate publică, printr-un act administrativ sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri, se poate adresa instanței de contencios administrativ competente, pentru anularea actului, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim și repararea pagubei ce i-a fost cauzată*”. Printr-o analiză comparativă a dispozițiilor legale care instituie alte forme de răspundere decât cea penală și a reglementării actuale a abuzului în serviciu, se poate observa că deși acestea nu sunt identice se aseamănă într-o măsură care determină posibilitatea incidenței în cazul comiterii unei fapte, atât a răspunderii penale cât și a altor forme de răspundere, cum sunt cea disciplinară, administrativă sau civilă. Această incidență simultană este posibilă în principiu datorită faptului că nu a fost reglementată necesitatea existenței unei anumite valori a pagubei sau a unui prag de intensitate a vătămării produse prin infracțiune.

Este general acceptată, prin urmare, coexistența sau alternanța abuzului în serviciu și a diferitelor forme de sancționare a faptelor ilicite ale funcționarului în numeroase acte normative. Ce se va întâmpla însă în cazul în care prin prisma modificării realităților sociale, legiuitorul optează spre abordarea unor măsuri, din rațiuni de politică penală, care implică trecerea de la răspunderea contravențională la cea penală sau invers? Are în acest caz loc o **dezincriminare parțială** a abuzului?

În jurisprudență au fost întâlnite asemenea situații, iar incidența lor este într-o continuă creștere pe fondul modificărilor legislative iterative. Într-o speță recentă, inculpatul, în calitatea sa de președinte al unei comisii de licitații a participat la demararea unei proceduri de achiziții având ca obiect servicii de supraveghere, prevenire, control al bolilor la animale și al bolilor transmisibile de la animale la om, în numele autorității contractante Direcția sanitar Veterinară pentru Siguranța Animalelor. Acuzația penală a vizat încălcarea regulilor de atribuire și influențarea în mod direct a rezultatului licitației. În fapt, se susținea că inculpatul a schimbat criteriile de atribuire în baza cărora se desfășura licitația și a calificat una dintre oferte ca nereseriosă. La data săvârșirii faptei, art. 293 din OUG 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii stabilea că fapta se circumscrie sferei răspunderii contravenționale. Ulterior acest articol a fost modificat prin OUG 35/2013 (Legea 98/2016 în forma actuală), în sensul introducerii prevederii subsidiare a caracterului contravențional al faptelor cuprinse în conținutul său, prin adăugarea sintagmei „dacă nu au fost săvârșite în astfel de condiții încât să fie considerate, potrivit legii penale, infracțiuni”. În primă instanță, condamnarea a fost fundamentată pe lipsa suprapunerii exacte a valorilor sociale protejate de legea penală și respectiva ordonanță. Soluția instanței de apel a fost însă achitarea⁶¹.

Voința legiuitorului este aceea de a exclude din sfera răspunderii penale conduitele care sunt reglementate ca și contravenții. Cu toate că, de cele mai multe ori, normele legale au aceeași plajă de aplicabilitate, este necesar a se oferi aplicare principiului *specialia generalibus derogant*, identificându-se un raport de la general la special. Un bun exemplu se regăsește în domeniul achizițiilor publice, unde textul abuzului nu poate să primească aplicabilitate în cazul unei încălcări a dispozițiilor speciale care reglementează desfășurarea procedurii de achiziție, datorită incidenței art. 293 din O.U.G. 34/2006, în acesta fiind reglementate încălcări punctuale cu caracter de contravenții. Acestea au fost și concluziile Curții de Apel București într-o cauză similară celei prezentate *supra*⁶².

Înalta Curte de Casație și Justiție a pronunțat o hotărâre de dată recentă identică⁶³. Astfel, s-a stabilit faptul că stabilirea caracterului exclusiv contravențional al faptelor de încălcare a dispozițiilor O.U.G 34/2006

⁶¹ C.A. Cluj, s. pen., dec. nr. 128/2018, disponibilă pe sintact.ro.

⁶² C.A. București, s. pen., dec. nr. 1659/2015, disponibilă pe sintact.ro.

⁶³ ICCJ, s. pen., dec. nr. 14/2022, disponibilă pe sintact.ro. În speță, a avut loc încheierea unui contract între Primăria Municipiului X și societatea SC Y SRL, având ca obiect delegarea serviciului de salubritate pentru o perioadă de 25 de ani. Această atribuire a fost considerată ca fiind desfășurată în cadrul unei licitații care nu a respectat normele legale prevăzute de același OUG 34/2006, ulterior modificat.

indiferent de consecințele produse, exclude posibilitatea încadrării aceluiași fapt de încălcare a legii, ca element material al laturii obiective a infracțiunii de abuz în serviciu, în condițiile în care nu identifică nici un alt *element particular*, suplimentar față de contravenția/contravențiile reglementate în art. 293 din O.U.G 34/2006.

Există multiple acte normative care sancționează contravențional anumite comportamente ilicite ce se pot suprapune conținutului constitutiv al unei infracțiuni. Un exemplu îl constituie Legea 171/2010 privind stabilirea și sancționarea contravențiilor silvice, în care, în cazul contravențiilor care se pot suprapune peste conținutul constitutiv al unei infracțiuni (furt, distrugere etc.), cum sunt cele reglementate în art. 8, art. 12, art. 14-15 sau art. 19, există mențiunea expresă că faptele constituie contravenții silvice ”dacă nu au fost săvârșite în astfel de condiții încât să constituie infracțiuni,.. De asemenea, potrivit art. 98 din Legea privind alegerea Senatului și a Camerei Deputaților, precum și pentru organizarea și funcționarea Autorității Electorale Permanente, faptele constituie contravenții doar „dacă nu sunt săvârșite în astfel de condiții încât să constituie potrivit legii penale infracțiuni”.

În raport de aceste exemple și de principiul legalității incriminării, doar ulterior intrării în vigoare a O.U.G. nr. 35/2013 faptele puteau atrage răspunderea penală pentru comiterea infracțiunii de abuz în serviciu. Pentru perioada anterioară stabilirea de către legiuitor a caracterului exclusiv contravențional al faptei de impunere a unor cerințe restrictive de calificare sau selecție, conduce la concluzia excluderii naturii penale a acesteia și imposibilitatea angajării răspunderii penale a persoanei sau persoanelor care s-ar face vinovate de comiterea ei.

O altă situație „tranzitorie” o constituie Legea 215/2001 a administrației publice locale. Aceasta a fost abrogată prin intrarea în vigoare a O.U.G nr. 57/2019 privind Codul administrativ. Art. 118 din Legea 215/2001 reglementa sub regimul contravențiilor aceleași fapte vizate de art. 241 al O.U.G. nr. 57/2019. Elementul de diferențiere în cadrul ordonanței este însă existența clauzei de subsidiaritate care prevede că prezentele fapte sunt contravenții dacă nu sunt săvârșite în astfel de condiții încât să fie considerate, potrivit legii penale, infracțiuni. În acest fel, unele fapte ale aleșilor locali care nu activau răspunderea penală sub incidența vechii legi, determină în prezent aplicarea acesteia. De exemplu, fapta primarului care nu a pune în aplicare cu rea-credință hotărârile Consiliului local este acum pasibilă de a fi încadrată în norma abuzului în serviciu, dacă bineînțeles sunt îndeplinite și celelalte elemente constitutive ale infracțiunii.

Competența de a califica în funcție de gradul de pericol social anumite fapte drept contravenții este atribuită legiuitorului primar sau delegat. Caracterul exclusiv contravențional al faptelor înlătură aplicarea normei abuzului în serviciu, în detrimentul caracterului său de normă generală. Dispozițiile art. 1 din O.G nr. 2/2001 potrivit cărora legea contravențională apără valorile sociale, care nu sunt ocrotite prin legea penală, sunt suficient de clare pentru excluderea răspunderii penale în cazul în care fapta este calificată de legiuitor doar contravenție. Deosebirea ilicitului penal de cel extrapenal implică un raționament compus din două elemente: criteriul calitativ obiectiv prin care fapta penală implică violență, fraudă și indisciplină socială și criteriul calitativ subiectiv presupunând o rezonanță socială și totodată, provocarea unei stări de neliniște și nesiguranță în cadrul membrilor grupului social.⁶⁴

În același timp, intervențiile legiuitorului prin modificarea actelor normative în funcție de realitățile sociale este permisă și necesară, făcând parte din marja de apreciere pe care acesta o deține. În acest cadru evolutiv este necesară respectarea principiului previzibilității legii. Angajarea răspunderii penale pentru fapte săvârșite sub regimul contravențional pune probleme din perspectiva art. 7 din Convenția Europeană privind Drepturile Omului, conform căruia nimeni nu poate fi condamnat pentru o acțiune sau o omisiune care, în momentul în care a fost săvârșită, nu constituie o infracțiune, potrivit dreptului național sau internațional. De asemenea, nu se poate aplica o pedeapsă mai severă decât aceea care era aplicabilă în momentul săvârșirii infracțiunii. În aceste cazuri, norma abuzului în serviciu rămâne lipsită de aplicabilitate.

În preocuparea dificilă de „a clădi” numeroase dosare penale, de multe ori nu se verifică reglementările care prevăd sancțiuni de altă natură, acestea fiind numeroase și disipate în diferite acte normative, cu atât mai mult cu cât art. 297 alin. (1) C.pen. nu atenționează, prin prevederea în mod expres a exceptării acestora din conținutul juridic al infracțiunii.

⁶⁴ V. Dongoroz, *Drept penal* (reeditarea în anul 2000 a ediției din 1939), Ed. Societății Tempus și Asociația Română de Științe Penale, București, 2000, p. 20.

IV. RELAȚIA ABUZULUI ÎN SERVICIU CU ALTE INFRAȚIUNI

Pentru a evita dificultățile de aplicare a textelor legale în practică și repercusiunile negative în planul formării unei practici unitare în materie, este necesară identificarea unor criterii clare și precise aplicabile pentru delimitarea dintre infracțiunea de abuz în serviciu și alte conduite punctuale.

Caracterul subsidiar al infracțiunii de abuz în serviciu în raport cu alte infracțiuni în calitatea sa de „incriminare-cadru” în materia infracțiunilor de serviciu sau în legătură cu serviciul este în principiu acceptată în literatura de specialitate și în practica instanțelor⁶⁵.

Concursul de norme penale sau concursul de calificări presupune existența a două sau mai multor norme aflate concomitent în vigoare și care au vocație de a primi aplicare cu privire la aceeași faptă⁶⁶. În concret, există o singură faptă comisă, dar susceptibilă în aparență de a fi calificată în norme juridice diferite, cu toate că există o singură infracțiune comisă⁶⁷. În acest context se impune alegerea normei aplicabile dintre cele aflate în concurs. Doctrina și jurisprudența au stabilit unele criterii de soluționare a concursului de calificări, dată fiind lipsa acestuia din reglementarea actuală⁶⁸.

În cadrul actualului studiu prezintă relevanță una dintre clasificările acestor calificări. Este vorba despre categoria calificărilor redundante. O calificare apare ca fiind redundantă atunci când acoperă exact faptele deja incluse într-o altă calificare⁶⁹. Această ipoteză este incidentă în situația conflictului între o calificare generală și una specială. În acest caz pentru a putea fi soluționat conflictul se va aplica principiul specialității. Astfel, norma specială va primi prioritate în detrimentul normei generale.

În prezent, încă pot fi identificate numeroase spețe care își așteaptă soluționarea și în care se tinde la reținerea concursului între abuzul în serviciu și alte infracțiuni ce reprezintă, în fond, forme particulare ale abuzului incriminate punctual în Codul penal. În continuarea acestui expozeu, vor fi analizate problemele din practica actuală legate de acest subiect, în scopul „depistării” unor soluții care să tranșeze în mod pragmatic aceste situații.

1. Caracterul subsidiar al normei

Înainte de a trece la analiza efectivă a ipotezelor practice, sunt necesare a fi făcute câteva lămuriri cu privire la caracterul subsidiar al normei.

Textul abuzului prezintă un caracter general. Elementul material al laturii obiective este lacunar descris, ceea ce permite încadrarea în domeniul de aplicare a normei a oricărei întreaga sferă a acțiunilor sau inacțiunilor comise de funcționarului public. Deși această incriminare nu are un conținut deschis, formularea generală folosită de legiuitor nu ajută prea mult la operațiunea de a determina care dintre încălcările atribuțiilor de serviciu atrag răspunderea penală și care nu, astfel legalitatea normei este pusă sub semnul întrebării prin prisma art. 7 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului.⁷⁰

Toate aceste motive care fac ca această infracțiune să fie subsidiară celorlalte, care se comit de către aceeași categorie de făptuitori, în exercitarea sarcinilor de serviciu, dar numai prin acte specifice, incriminate prin texte cu caracter special. Actele specifice infracțiunilor speciale se pot încadra și în conținutul mai cuprinzător al infracțiunii de abuz în serviciu, care este o infracțiune cu caracter general față de celelalte.

Acest caracter de subsidiaritate nu a fost prevăzut în mod expres de către legiuitor, însă el se deduce din specificitatea elementului material al altor infracțiuni comise în exercitarea atribuțiilor de serviciu, care este determinat limitativ și mai exact. De fiecare dată când forme ale abuzului în serviciu se găsesc incriminate distinct în Codul penal sau legi speciale, vom folosi acele norme juridice care reprezintă, în raport cu art. 246

⁶⁵ C.A. Galați, s. pen., dec. nr. 850/A/2017, nepublicată, disponibilă în V. Coman, *Infrațiuni de serviciu, practică judiciară comentată*, Ed. Hamangiu, București, 2019, p. 168.

⁶⁶ F. Streteanu, D. Nițu, *op. cit.*, vol. 1, p. 164.

⁶⁷ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli Editore, Bologna, 2001, p. 630.

⁶⁸ În legislația italiană concursul dintre abuzul în serviciu prevăzut de art. 323 C. pen. italian și alte infracțiuni este „parțial” soluționat prin clauza de subsidiaritate inclusă în normă.

⁶⁹ F. Streteanu, *Tratat de drept penal. Partea generală*, vol. 1, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 321.

⁷⁰ S. Bogdan, *op. cit.*, p. 306.

C. pen., cazul special.⁷¹

În consecință, infracțiunea de abuz în serviciu are, în principiu, caracter subsidiar în raport cu alte infracțiuni, însă poate intra și în concurs cu acestea. Norma generală are caracter subsidiar numai dacă în lipsa unei norme cu caracter special fapta s-ar fi putut încadra în dispozițiile celei dintâi⁷². În consecință relațiile sociale ocrotite prin norma cu caracter special trebuie să fie o parte, un fascicul din ansamblul relațiilor sociale ocrotite de norma cu caracter subsidiar. De asemenea, subiectul activ nemijlocit poate fi numai o persoană care întrunește aceleași cerințe care sunt prevăzute și de norma cu caracter general pentru autorul faptei incriminate prin acele dispoziții⁷³.

Subsidiaritatea abuzului a fost limitată prin Decizia 3384/1971 a Tribunalului Suprem. Această restrângere a aplicabilității criteriului s-a realizat prin condiționarea existenței unor subiecți activi speciali - funcționari publici – atât în cazul infracțiunii generale, cât și a celei speciale. În raport cu aceste considerente exprimate, în doctrină s-a considerat că abuzul în serviciu are caracter subsidiar în raport cu alte infracțiuni de serviciu sau de corupție, care au același subiect activ, dar și cu infracțiunile de fals săvârșite de un funcționar public sau chiar cu unele infracțiuni contra justiției, atunci când subiectul activ este unul calificat (de exemplu în cazul infracțiunii de cercetare abuzivă, prevăzută în art. 280 C.pen.). Această situație trebuie însă tratată în raport cu fiecare caz în parte, pentru a putea distinge și alte elemente care pot conduce la reținerea concursului de infracțiuni.⁷⁴

Mult mai recent, însă într-o abordare care a generat nelămuriri, Curtea Constituțională prin Decizia 405/2016 a afirmat existența unui caracter subsidiar uniform și nediferențiat în funcție de infracțiunile cu care abuzul intră în concurs. În acest fel, cel puțin aparent, abuzul în serviciu are caracter general față de orice altă normă. Pare însă greu de crezut că aceasta a fost intenția legiuitorului când a incriminat infracțiunea.

2. Abuzul în serviciu și luarea de mită

Raportul infracțiunii de luare de mită cu infracțiunea de abuz în serviciu prezintă probabilitatea de a fi unul dintre cele mai prezente cupluri de norme în practică. Această constatare este susținută de relația de tip cauză – efect care există între cele două norme. Adesea, remunerația ilicită este acordată funcționarului tocmai în considerarea unei îndepliniri neadecvate a atribuțiilor de serviciu.

2.1. Cea mai uzitată formă de sancționare a prezenței concomitente a celor două infracțiuni este reținerea concursului real. Această soluție se impune tocmai raportat la reglementarea distinctă a grupei infracțiunilor de serviciu în raport cu grupa infracțiunilor de corupție. Această diviziune subliniază intenția legiuitorului de a atribui celor două grupe de infracțiuni câte un obiect juridic specific și implicit diferit, fapt de natură a produce o serie de consecințe juridice în planul aplicării dreptului, precum posibilitatea reținerii existenței unui concurs de infracțiuni între infracțiunile din grupa celor de serviciu și cele din grupa celor de corupție, ceea ce înseamnă că legiuitorul a atenuat caracterul subsidiar al abuzului în serviciu, această infracțiune putând fi săvârșită în concurs cu infracțiunile de corupție⁷⁵.

Un alt argument care poate fi adus în susținerea concursului este apartenența abuzului la categoria infracțiunilor de rezultat, în timp de luare de mită este o infracțiune de pericol. Astfel, infracțiunea de luare de mită se consumă în momentul săvârșirii acțiunii sau inacțiunii incriminate: momentul pretinderii sau primirii banilor sau foloaselor necuvenite ori în momentul în care făptuitorul acceptă sau nu respinge promisiunea unor astfel de foloase. Cu toate că latura subiectivă a infracțiunii este circumstanțiată printr-un scop special

⁷¹ C. Bulai, A. Filipaș, C. Mitrache, B.N. Bulai, *Instituții de drept penal. Curs selectiv pentru examenul de licență*, Ed. Trei, 2008, București, p. 492. În același sens, G. Ivan, *Drept penal. Partea specială*, Ediția 2, Ed. C.H. Beck, București, 2010, p. 365.; M. Basarab, V. Pașca, G. Mateuș și colaboratorii, *Codul penal comentat. Partea specială*, vol. 2, Ed. Hamangiu, 2008, p. 569.; V. Teodor, D. Pavel, G. Antoniu, V. Papadopol, *Codul penal comentat și adnotat. Partea specială*, vol. 2, Ed. Științifică și enciclopedică, București, 1977, p.56.; O. Loghin, A. Filipaș, *Drept penal, Partea specială*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1983, p. 204.

⁷² Gh. Darîngă, D. Lucinescu, *Codul penal al Republicii Socialiste România comentat și adnotat. Partea specială*, vol. 2, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1977, p. 56.

⁷³ T. Vasiliu și colaboratorii, *Codul penal comentat și adnotat*, vol. 2, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1977, p. 56.

⁷⁴ G. Bodoroncea, V. Cioclei, G. Zlati și colaboratorii, *Codul penal. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2020, p. 1382.

⁷⁵ C.A. Pitești, s. pen., dec. nr. 1163/A/2018, citată în V. Coman, *op. cit.*, p. 76.

(constând în îndeplinirea, neîndeplinirea, întârzierea îndeplinirii unui act privitor la îndatoririle sale de serviciu sau efectuarea unui act contrar acestor îndatoriri), legea nu cere ca scopul urmărit prin săvârșirea faptei să fie efectiv realizat⁷⁶.

Dacă scopul urmărit se realizează și făptuitorul efectuează un act contrar îndatoririlor sale de serviciu, act care constituie prin el însuși o infracțiune, infracțiunea de luare de mită intră în concurs cu acea infracțiune. Fapta de corupție va putea fi urmată de o etapă „licită” sau ilicită a episodului infracțional, însă sancționarea este nediferențiată normativ. Lipsa echivalenței între îndeplinirea legală a atribuțiilor de serviciu sau a celei ilegale în urma mituirii a fost conturată pe cale jurisprudențială. În fond, este nefiresc să existe un tratament juridic identic indiferent dacă funcționarul acționează ulterior legal sau ilegal. O atare chestiune se ridică, în special în cazul celei de-a doua variante tip art. 289 alin (2) C. pen. în care infracțiunea subzistă numai dacă folosul a fost pretins sau primit într-un scop ilicit (pentru neîndeplinirea, întârzierea îndeplinirii unui act sau pentru efectuarea unui act contrar îndatoririlor de serviciu ale funcționarului).

Luarea de mită nu poate să absoarbă în conținutul său infracțiunea de abuz în serviciu, deoarece nu este o infracțiune complexă, ea se consumă în momentul în care funcționarul a primit sau a pretins bani și alte foloase, a acceptat sau nu a respins promisiunea acestora. În concluzie, luarea de mită există chiar dacă abuzul nu s-ar săvârșit. Infracțiunea de luare de mită și aceea de abuz în serviciu se deosebesc și din punct de vedere al laturii obiective, astfel încât între acestea nu poate exista o relație de la gen *la* specie care să permită concluzia că luarea de mită reprezintă o modalitate concretă a abuzului în serviciu⁷⁷.

Se poate constata astfel că infracțiunea de abuz în serviciu are un caracter subsidiar în raport cu infracțiunea de luare de mită, fiind absorbită de aceasta doar atunci când ambele vizează aceeași conduită, dar cazul în care actul pentru a cărui îndeplinire sau neîndeplinire funcționarul este mituit presupune săvârșirea unei infracțiuni (de pildă, fals sau abuz în serviciu) acesta va fi reținut în concurs cu luarea de mită⁷⁸.

Specificul acestei abordări este premisa conform căreia luarea de mită nu este o infracțiune complexă, deoarece aceasta se consumă în momentul primirii, pretinderii, acceptării promisiunii, iar săvârșirea actului ilicit și producerea pagubei au loc ulterior⁷⁹. În consecință, infracțiunea de abuz în serviciu nu are un caracter subsidiar față de luarea de mită, de care se delimitează și implică nu se va subsuma acesteia⁸⁰. Jurisprudența nu exclude posibilitatea reținerii, în concurs, a infracțiunilor de luare de mită și abuz în serviciu, dar numai dacă fapta de abuz în serviciu prezintă o autonomie infracțională bine conturată și se află în concurs real cu infracțiunea de luare de mită⁸¹.

În susținerea acestei opinii poate fi adus argumentul diferenței de obiect juridic principal lezat în cazul celor două infracțiuni (existând identitate doar în ceea ce privește obiectul juridic secundar protejat de infracțiunea de luare de mită) și valorificarea prejudiciului produs prin reținerea în concurs a infracțiunii de pericol și a celei de rezultat. Soluția pare a fi „câștigătoare” în special în privința celei de-a doua variante tip art. 289 (2) C. pen. în care infracțiunea subzistă numai dacă folosul a fost cerut sau primit într-un scop ilicit. Dezavantajul este că se va ajunge astfel la o scindare artificială a aceleiași realități faptice⁸².

În același timp astfel cum jurisprudența prezentată supra a constatat în deciziile în speță, luarea de mită este o infracțiune de pericol, iar abuzul în serviciu este o infracțiune de rezultat condiționată de producerea pagubei sau a vătămării drepturilor sau intereselor persoanelor fizice sau juridice. În cazul luării de mită

⁷⁶ R. Doseanu, *Infracțiunea de luare de mită*, în Revista „Universul Juridic”, nr. 9/2015, disponibilă la www.revista.universuljuridic.ro.

⁷⁷ C.A. Pitești, s.pen., dec. nr. 1163/A/2018, disponibilă pe sintact.ro.

⁷⁸ C.A. București, s. pen., sent. nr. 81/ 2018, disponibilă pe sintact.ro.

⁷⁹ V. Dobrinou, N. Neagu, *Drept penal. Partea specială. Curs universitar*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 425.

⁸⁰ D. Ciuncan, *Criterii distinctive la unele infracțiuni de serviciu sau în legătură cu serviciul*, în Revista română de drept, nr. 1/1987, p. 43.

⁸¹ C.A. București, s.pen., dec. pen. nr. 1667/A/2016, în Revista Română de Drept, nr. 2/2017, p. 117 pentru fapta inculpatului care în calitate de șef de tren în cadrul SNTFC „CFR Călători” și organ cu atribuții de constatare a contravențiilor, în mod repetat și în realizarea aceleiași rezoluții infracționale a primit câte 15 lei de la 4 călători frauduloși în legătură cu neîndeplinirea actelor ce intră în îndatoririlor sale de serviciu referitoare la revizia legitimațiilor de călătorie, permițându-le acestora călătoria cu trenul fără plata biletelor de călătorie. În speță s-a reținut numai infracțiunea de la art. 289 C. pen. fiind în prezența unui concurs de calificări.

⁸² S. Bogdan, D. Șerban, *op. cit.*, p. 286.

efectuarea unui act contrar îndatoririlor de serviciu este prezentată ca o conduită ulterioară ipotetică. Există posibilitatea producerii unei urmări, dar aceasta nu este certă și nu face parte din latura obiectivă a infracțiunii. Aceasta înseamnă că, în varianta reținerii doar a luării de mită rezultatul produs va rămâne „neacoperit” de normă, iar prejudiciul nu va fi valorificat prin încadrarea juridică.

2.2. O conduită infracțională unică, de exemplu cea de pretindere a unei sume de bani în vederea îndeplinirii unui act contrar, dar care ulterior nu se materializează, va determina reținerea exclusiv a infracțiunii de luare de mită, concursul ideal nefiind posibil. În caz contrar ar avea loc o dublă sancționare a aceleiași conduite infracționale și încălcarea principiului ne bis in idem.

În sens larg, luarea de mită reprezintă un abuz în serviciu, însă aceasta cunoaște o reglementare specială, cu elemente particulare față de genul proxim reprezentat de abuz. Astfel, în momentul în care funcționarul primește mită acesta comite și un abuz, dar încadrarea trebuie să se realizeze în infracțiunea specială care dobândește o aplicare prioritara⁸³.

Este adevărat că luarea de mită protejează în principal onestitatea funcționarilor statului care nu trebuie să solicite sau să primească niciun beneficiu suplimentar în exercițiul funcției⁸⁴. Nu trebuie uitat însă faptul că luarea de mită este o infracțiune cu subiect activ special – funcționarul public – iar acest lucru „multiplică” valorile sociale protejate. Există de asemenea o protecție subsidiară a relațiilor de serviciu în structura infracțiunii de corupție.

O discuție mai mult teoretică, este reprezentată de delimitarea infracțiunii de abuz în serviciu de cea de luare de mită, în diferite ipoteze în care factual pare că ambele infracțiuni pot să intervină, însă este îndeplinită doar tipicitatea uneia dintre ele.

Prima distincție se realizează în funcție de natura folosului obținut. În mod, cert situația vizează forma specială a abuzului care include în latura obiectivă folosul necuvenit obținut pentru sine sau pentru altul. Se susține că de fiecare dată când subiectul activ al unei „mite” este un funcționar public, încadrarea juridică va fi întotdeauna în art. 13² din Legea 78/2000, dacă motivul invocat nu este o contraprestație remuneratorie pentru un serviciu ilicit⁸⁵. Spre exemplu, funcționarul solicită pentru eliberarea unor tichete un preț mai mare decât cel stabilit spre vânzare, lezând dreptul persoanei vătămate de a achiziționa biletele la un preț corect, iar ulterior banii sunt introduși în casierie (în ipoteza în care funcționarul nu este un gestionar, altfel fiind incident art. 35⁸⁶ din Legea 22/1969 privind angajarea gestionarilor, constituirea de garanții și răspunderea în legătură cu gestionarea bunurilor agenților economici, autorităților sau instituțiilor publice).

În acest fel, infracțiunea subsidiară se transformă în una „complexă”. La mită banii sau celelalte foloase primite, pretinse ori promise trebuie să fie necuvenite, adică legal nedatorate, să aibă caracter de retribuție, întrucât invocarea cu alt titlu (chiar fictiv) atrage calificarea ca abuz în serviciu⁸⁷. Distincția nu poate însă să prezinte relevanță. În mod cert, pentru a se reține infracțiunea de luare de mită, aceasta fiind o infracțiune bilaterală, mituitorul trebuie să știe că acordă suma ca o contraprestație în scopul prevăzut de normă, iar o sumă cerută de funcționar, spre exemplu, ca suprataxă, poate reprezenta doar un abuz în serviciu în anumite condiții.

Alte distincții s-au făcut în baza destinației folosului primit. Ori de câte ori funcționarul va motiva în fața solicitantului ca destinație și va destina efectiv prestația ilicită primită nu în folos propriu, ci în acela al instituției publice, vom fi în prezența infracțiunii de abuz în serviciu.⁸⁸ Legitimitatea acestei susțineri este fragilă din două perspective:

a. Luarea de mită sancționează pretinderea, primirea sau acceptarea promisiunii în legătură cu îndeplinirea, neîndeplinirea ori întârzierea îndeplinirii unui act ce intră în îndatoririle sale de serviciu sau în legătură cu

⁸³ F. Streteanu, D. Nițu, *op. cit.*, vol. 1, p. 164.

⁸⁴ S. Bogdan, D. Șerban, *op. cit.*, p. 260.

⁸⁵ R. Doseanu, *Infracțiunea de abuz în serviciu*, în Revista de Drept Penal, nr. 1-2/2015, p. 92.

⁸⁶ Art. 35 incriminează „Crearea de plusuri în gestiune prin mijloace frauduloase constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 2 ani sau cu amendă. Dacă mijlocul fraudulos constituie prin el însuși o infracțiune, se aplică regulile privind concursul de infracțiuni.”

⁸⁷ R. Doseanu, *Infracțiunea de abuz în serviciu*, *cit. supra*, p. 93.

⁸⁸ D. Ciuncan, *Criterii distinctive la unele infracțiuni de serviciu sau în legătură cu serviciul*, în Revista Română de Drept, nr. 1/1987, p. 43.

îndeplinirea unui act contrar acestor îndatoriri.

b. Luarea de mită este sancționată nediferențiat în raport cu destinația ulterioară a folosului necuvenit.

Un exemplu edificator în acest sens ar fi primarul care în vederea contractării unui contract de achiziție publică de servicii cu o firmă de salubritate, solicită mită în vederea eludării normelor legale aplicabile licitației pentru a asigura câștigul societății respective. Acesta îi precizează mituitorului că suma va fi destinată instituției (primăriei) în vederea demarării unor proiecte pentru care fondurile nu sunt suficiente. Conform teoriei mai sus expuse în acest caz am fi în prezența abuzului în serviciu. Dacă modificăm exemplul, iar precizarea pe care solicitantul o face motivează acordarea mitei în vederea achiziționării unei mașini personale noi, ar încadra fapta în infracțiunea de luare de mită. Practic, în acest mod, încadrarea s-ar realiza în funcție de un elementul subiectiv reprezentat de mobilul infracțional. Elementul care îl determină pe infractor să acționeze constituie un element al laturii subiective doar atunci când este prevăzut de norma de incriminare. În absența prevederii sale în normă acesta nu afectează existența infracțiunii, putând fi avut în vedere cel mult ca un element de individualizare judiciară⁸⁹. Această abordare nu poate fi acceptată. În speță poate fi identificată o situație tipică de luare de mită, iar nu un abuz în serviciu.

3. Abuzul în serviciu și înșelăciunea

Având în vedere elementele constitutive ale înșelăciunii, pot fi identificate puncte de interferență cu structura abuzului în serviciu (în special cu forma agravată prevăzută de art. 13² din Legea 78/2000). Art. 244 C. pen. definește înșelăciunea ca fiind inducerea în eroare a unei persoane prin prezentarea ca adevărată a unei fapte mincinoase sau ca mincinoasă a unei fapte adevărate, în scopul de a obține pentru sine sau pentru altul un folos patrimonial injust și dacă s-a pricinuit o pagubă.

O primă similitudine este faptul că în cazul ambelor infracțiuni tipicitatea este condiționată de producerea unei pagube. Un alt aspect care apropie cele două infracțiuni este scopul privind obținerea unui folos patrimonial injust (prezent în cazul formei agravate a abuzului). Elementele de diferențiere sunt reprezentate de acțiunea prin care infracțiunile se realizează: „îndeplinirea defectuoasă sau neîndeplinirea unui act” în cazul abuzului și „inducerea în eroare a unei persoane prin prezentarea ca adevărată a unei fapte mincinoase sau ca mincinoasă a unei fapte adevărate” în cazul înșelăciunii și de existența unui subiect activ calificat. În acest caz, este propusă spre analiză posibilitatea considerării conduitei înșelătoare ca fiind o îndeplinire defectuoasă a unui act de serviciu. Mai precis, poate fi săvârșit abuzul în serviciu prin acte de inducere în eroare?

În doctrină s-a opinat că atunci când subiectul activ are calitatea de funcționar public, iar acesta săvârșește în exercitarea atribuțiilor de serviciu o inducere în eroare, va fi îndeplinită tipicitatea abuzului în serviciu, iar nu cea a înșelăciunii⁹⁰. Legitimitatea acestei susțineri transpare din formularea generală a abuzului. Elementul material al laturii obiective nu prevede limitativ acțiunile sau inacțiunile prin care se poate comite infracțiunea⁹¹. La o primă vedere, nimic nu pare să se opună suprapunerii celor două acțiuni pentru realizarea laturii obiective. Această concluzie duce la „absorbția” înșelăciunii în abuzul în serviciu, care devine pe această cale o infracțiune complexă⁹².

În acest context, poziția subiectivă a victimei are o influență semnificativă. În timp ce în cazul înșelăciunii percepția victimei asupra modului corect de îndeplinire a atribuției de serviciu a funcționarului este distorsionată și condiționează reținerea inducerii în eroare, în cazul abuzului victima poate să fie conștientă de incorectitudinea conduitei funcționarului și tipicitatea faptei va fi totuși îndeplinită⁹³. Această concluzie reiese din necesitatea conduitei autopăgubitoare a victimei datorată erorii asupra realității faptice în care se află.

Prin reținerea exclusiv a infracțiunii de înșelăciune nu ar fi valorificată atingerea adusă obiectului juridic principal constând în relațiile de serviciu protejate prin norma abuzului. Este adevărat că a avut loc o

⁸⁹ F. Streteanu, D. Nițu, *op. cit.*, vol. 1, p. 348.

⁹⁰ V. Dongoroz, *Înșelăciunea. Infracțiuni contra avutului personal sau particular*, în Explicații teoretice ale Codului penal român. Partea specială, vol. 3, ed. a 2-a, Ed. Academiei Române, București, 2003, p. 495.

⁹¹ Gh. Dăringă, D. Lucinescu, *Codul penal comentat și adnotat. Partea specială*, vol. 2, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1977, p. 64.

⁹² M.C. Dobrilă, *Delimitări dintre infracțiunile de înșelăciune și abuz în serviciu contra intereselor persoanelor*, în Dreptul, nr. 12/2011, p. 234.

⁹³ *Idem*, p. 236.

inducere în eroare, dar nu trebuie uitat faptul că lezarea patrimoniului a fost posibilă tocmai datorită existenței situației premisă reprezentată de raporturile de serviciu.

Dacă se va reține doar abuzul în serviciu, prin dualitatea obiectului juridic protejat de acesta, vor fi valorificate atât atingerea adusă corectei îndepliniri a atribuțiilor de serviciu, cât și lezarea patrimoniului prin producerea pagubei. Cu toate acestea, această încadrare nu ține cont de caracterul subsidiar general al infracțiunii de abuz în serviciu. Prin infracțiunea de înșelăciune este incriminată o faptă punctuală cu latura obiectivă caracterizată prin prezentarea denaturată a realității.

În acest sens, în practică s-au reținut în cazul faptei inculpatului, director al sucursalei unei bănci, de a-și exercita în mod defectuos atribuțiile de serviciu privitoare la încheierea contractelor de creditare și a actelor adiționale la acestea, prin prezentarea conducerii băncii rapoarte de evaluare referitoare la garanții imobiliare care conținând date nereale, cu consecința acordării creditelor sau a majorării plafonului creditelor anterior acordate, care au prejudiciat banca, întrunește elementele constitutive ale infracțiunii de abuz în serviciu în formă calificată prevăzută în art. 246 C. pen. raportat la art. 248¹ C. pen. Analizând coroborat și, totodată, comparativ, conținuturile constitutive ale infracțiunilor prevăzute în art. 215 C. pen. și art. 246 C. pen., Înalta Curte de Casație și Justiție a constatat că realizarea activităților specifice elementului material al infracțiunii de înșelăciune de către un subiect activ calificat, respectiv de un funcționar, strămută fapta în sfera infracțiunilor de serviciu, întrucât funcționarul ce nu îndeplinește ori îndeplinește eronat o atribuție de serviciu acționează nu în interes propriu, ci pentru instituția în cadrul căreia funcționează. Obiectul juridic care prevalează este constituit de buna desfășurare a activității diferitelor instituții și, corelativ, ocrotirea persoanelor de activități nelegale ale funcționarilor, iar nu ocrotirea patrimoniului în mod exclusiv, după cum este cazul infracțiunii de înșelăciune⁹⁴.

Reținerea în concurs a celor două infracțiuni va conduce la lipsirea unei infracțiuni de urmare, ceea ce formal va conduce la neîntrunirea tipicității. Rezultatul constând în producerea unei pagube va fi reținut de două ori, iar acest fapt pune serioase probleme din perspectiva încălcării principiului ne bis in idem.

Fiecare dintre cele trei opțiuni prezintă deficiențe. Soluția ce pare a fi cea mai convenabilă este însă reținerea înșelăciunii. În ciuda calității speciale a subiectului activ prezentă în cazul abuzului în serviciu, fizionomia infracțională a înșelăciunii este mai caracterizată prin următoarele aspecte:

a. Elementul condițional subiectiv: poziția victimei cu privire la îndeplinirea actului de serviciu. În fond, a existat o inducere în eroare a unei persoane, funcționarul prezentând în mod intenționat greșit modul în care trebuie să își îndeplinească atribuțiile de serviciu, iar prezentarea frauduloasă a fost de natură a distorsiona cunoașterea ilicitului de către victimă.

b. Elementul condițional obiectiv: elementul material, reprezentat de îndeplinirea defectuoasă a atribuțiilor funcționarului, este circumstanțiat prin acțiunea de inducere în eroare.

În acest fel se respectă caracterul subsidiar al infracțiunii de serviciu, susținut inclusiv prin limitele de pedeapsă inferioare în raport cu înșelăciunea.

4. Abuzul în serviciu și infracțiunile de fals

Pentru o mai bună comparație analiza va viza infracțiunea de fals intelectual și varianta agravată a infracțiunii de fals material în înscrisuri oficiale, acestea prezentând asemănări structurale cu infracțiunea de abuz în serviciu.

Relevantă pentru ilustrarea opiniei contrare cu privire la similitudinile dintre aceste infracțiuni este jurisprudența în materie prin care Curtea a stabilit în detrimentul argumentelor pertinente⁹⁵ ale celor două incul-

⁹⁴ ICCJ, s. pen., dec. nr. 1393/2013, disponibilă pe scj.ro.

⁹⁵ C.A. Iași, s. pen. și pentru cauze cu minori, dec. nr. 471/2018. În opinia apărătorului inculpatei, conținutul constitutiv al infracțiunii de fals intelectual este caracterizat de calitatea de funcționar public a subiectului activ și de întocmirea unui înscris prin atestarea unor fapte sau împrejurări necorespunzătoare adevărului, în exercitarea atribuțiilor de serviciu. Din analiza structurii juridice a infracțiunii de abuz în serviciu rezultă că subiectul activ este tot un funcționar public, iar latura obiectivă este caracterizată prin îndeplinirea defectuoasă a unui act în exercitarea atribuțiilor de serviciu - trăsături cuprinse în conținutul infracțiunii de fals intelectual. Prin urmare, reținându-se infracțiunea de fals intelectual săvârșită de cele două inculpate în calitate de funcționari aflați în exercițiul atribuțiilor lor de serviciu, al căror conținut este caracterizat, potrivit art. 321 C.pen., prin calitatea de funcționar al subiectului activ și de comiterea falsului în exercițiul atribuțiilor de serviciu, nu se mai poate reține infracțiunea de abuz în serviciu

pate că din analiza definițiilor date de legiuitor infracțiunii de fals intelectual prevăzute de art. 321 C. pen. și infracțiunii de abuz în serviciu prevăzute de art. 297 alin. (1) C. pen., rezultă că acestea au doar două elemente comune, respectiv acela vizând calitatea de funcționar public a subiectului activ și acela vizând latura subiectivă a infracțiunilor în discuție (ambele putând fi comise cu intenție directă sau indirectă) iar, în rest, există numeroase elemente de diferențiere între acestea referitoare la: obiectul juridic, obiectul material, la subiectul pasiv, la latura obiectivă a infracțiunii, urmarea imediată etc.

În cazul infracțiunilor de fals săvârșirea acestora este necesar a fi realizată în exercitarea atribuțiilor de serviciu, constituind o îndeplinire necorespunzătoare a atribuțiilor de serviciu, iar subiectul activ special este reprezentat de funcționarul public. Datorită acestor similarități cu infracțiunea de abuz în serviciu, în doctrină se consideră că în acest caz se va reține numai infracțiunea specială⁹⁶. Se poate astfel afirma în mod judicios faptul că un act fals reprezintă în același timp și o încălcare a atribuțiilor de serviciu⁹⁷.

Reținând numai infracțiunea de fals se va da prioritate principiului subsidiarității normei generale în raport cu norma care reglementează o conduită punctuală. În același sens a considerat și Înalta Curtea de Casație și Justiție că va avea loc soluționarea concursului de calificări. Reținându-se săvârșirea infracțiunii de fals intelectual, al cărei conținut este caracterizat de calitatea de funcționar a subiectului activ și de comiterea falsului în exercițiul atribuțiilor de serviciu, nu se mai poate reține infracțiunea de abuz în serviciu al cărei subiect activ este tot un funcționar, iar latura obiectivă este caracterizată prin îndeplinirea, cu știință, în mod defectuos a atribuțiilor de serviciu, trăsături cuprinse în conținutul infracțiunii de fals⁹⁸. Printr-o decizie recentă opțiunea pentru acest mod de soluționare a fost păstrată.⁹⁹ Faptele abuzive ale funcționarului public, precum falsul intelectual, se săvârșesc tot în exercitarea atribuțiilor de serviciu de către un funcționar public și prin ele se aduce atingere unor interese legitime ale unei persoane fizice sau juridice, dar ele se încadrează în această normă specială de incriminare, iar nu în art. 297 C. pen., acest text fiind incident numai dacă fapta nu întrunește condițiile specifice ale conținutului uneia dintre infracțiunile speciale (principiul specialității în cazul concursului de norme penale)¹⁰⁰.

Într-o opinie contrară, se susține că falsul intelectual și abuzul pot să coexiste sub forma concursului ideal¹⁰¹. Această simultaneitate implică îndeplinirea unei condiții: documentul fals, de natură să producă consecințe juridice, trebuie să își atingă scopul întocmirii, iar aceste consecințe juridice să fie efectiv produse, rezultând un prejudiciu. Corelativ întocmirii documentelor false va fi generată și o pagubă care poate fi patrimonială (de exemplu, pierderea posibilității de realizare a unui avantaj patrimonial) sau o vătămare a drepturilor sau intereselor legitime ale persoanei¹⁰². Dacă această condiție nu este îndeplinită, cu toate că potențialitatea producerii pagubei există, abuzul în serviciu nu va putea fi reținut. În cazul abuzului prejudiciul trebuie să fie actual și cert. În acest mod, vor fi valorificate ambele valori sociale încălcate: încrederea publicului în

prev. de art. 297 C. pen., al cărei subiect activ este tot un funcționar, iar latura obiectivă este caracterizată prin îndeplinirea, în mod defectuos, a unui act în exercitarea atribuțiilor sale de serviciu, trăsături cuprinse în conținutul infracțiunii de fals intelectual, sintact.ro.

⁹⁶ P. Dungan, T. Medeanu, V. Pașca, *Manual de drept penal. Partea specială*, vol. 2, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 584.

⁹⁷ S. Bogdan, D. Serban, G. Zlati, *Noul Cod penal. Partea specială. Perspectiva clujeană*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 545.

⁹⁸ ICCJ, s. pen., dec. nr. 5058/2004, disponibilă pe sintact.ro.

⁹⁹ C.A. Ploiești, s. pen., dec. nr. 156/2022. În speță, tocmai caracterul subsidiar al infracțiunii de abuz în serviciu, în raport cu infracțiunea de fals intelectual, a fost avut în vedere la adoptarea soluției de clasare întemeiată pe dispozițiile art. 16 alin. 1 lit. a) teza I Cod de procedură penală, impedimentul legal pentru punerea în mișcare a acțiunii penale și exercitarea acesteia fiind corect stabilit de organul de urmărire penală. Astfel, pentru că a reținut săvârșirea infracțiunii de fals intelectual de către inculpată, în calitate de funcționar public aflat în exercițiul atribuțiilor sale de serviciu, procurorul a concluzionat că nu se poate reține și infracțiunea de abuz în serviciu, al cărei subiect activ este tot un funcționar public, iar latura obiectivă este caracterizată prin îndeplinirea, cu știință, în mod defectuos a atribuțiilor sale de serviciu, trăsături cuprinse în conținutul infracțiunii de fals, context în care cererea vizând constatarea incidenței autorității de lucru judecat este nefondată.

¹⁰⁰ C.A. Galați, s. pen. și min., dec. nr. 850/A/2017, citată în R. Doseanu, *op.cit.*, p. 168.

¹⁰¹ G. Bodoroncea, V. Cioclei, T. Manea și colab., *Codul penal. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 1328.

¹⁰² D. Șerban, *Relația abuzului în serviciu cu alte infracțiuni*, în *Penalmente Relevant*, nr. 1/2021, p. 103.

„adevărul” consemnat prin înscrisurile oficiale¹⁰³ și îndeplinirea conformă a atribuțiilor de serviciu. Infracțiunile se aliniază din punct de vedere structural: falsul intelectual rămâne o infracțiune de pericol, iar urmarea „suplimentară” produsă este atașată abuzului în serviciu. Aceasta este soluția preferată și în jurisprudență. Deși elementul material al falsului intelectual se suprapune peste elementul material al abuzului în serviciu, întrucât falsificarea unui înscris oficial cu prilejul întocmirii acestuia de către un funcționar, reprezintă întotdeauna o îndeplinire necorespunzătoare a atribuțiilor de serviciu, urmarea imediată este aspectul care diferențiază cele două infracțiuni.

În vreme ce infracțiunea de fals intelectual nu presupune producerea unui rezultat, fiind întrunite elementele constitutive ale acesteia prin simpla atestare a unor fapte sau împrejurări necorespunzătoare adevărului ori prin omisiunea de a insera unele date, art. 248 C. pen. necesită producerea uneia dintre consecințele alternative prevăzute în normă. În consecință, dacă infracțiunea de falsificare a unui înscris oficial cu prilejul întocmirii acestuia de către un funcționar aflat în exercițiul atribuțiilor de serviciu, produce și una dintre urmările prevăzute la art. 248 C. pen. vor fi reținute în concurs ideal atât infracțiunea de fals intelectual, cât și aceea de abuz în serviciu contra intereselor publice. În mod contrar, în ipoteza în care această faptă nu va produce una dintre consecințele abuzului în serviciu contra intereselor publice, va întruni doar elementele constitutive ale falsului intelectual.¹⁰⁴

Două argumente pot fi aduse contrar acestei soluții. În primul rând se neglijează faptul că falsul intelectual (și falsul material în varianta agravată) având subiect activ special protejează în subsidiar și relațiile de serviciu. În al doilea rând, se ridică problema încălcării principiului ne bis in idem, deoarece conduita funcționarului este singulară. Ceea ce conferă însă legitimitate soluției este protejarea în acest fel a ambelor valori sociale protejate și valorificarea prejudiciului, care nu s-ar realiza prin reținerea exclusiv a infracțiunii de pericol.

Aceleași incoerențe de încadrare au suscitât probleme în jurisprudența italiană, pe fondul divergențelor cu privire la domeniul de aplicare al clauzei de subsidiaritate existente în norma din art. 323 C. pen. italian. Curtea de Casație italiană a reținut că există un concurs material și nu o absorbție între infracțiunea de fals intelectual în înscrisuri oficiale și infracțiunea de abuz în serviciu, întrucât acestea aduc atingere unor obiecte juridice distincte. Prima faptă, urmărește asigurarea autenticității actelor publice, iar cea de-a doua protejează imparțialitatea și buna conduită a administrației publice. Prin urmare, deși ar putea exista o legătură etiologică între ele în măsura în care falsul poate fi comis în scopul săvârșirii infracțiunii prevăzute la articolul 323 din C. pen. italian, conduita abuzului în serviciu nu se finalizează cu cea a infracțiunii de falsificare de documente oficiale și nici nu coincide cu aceasta¹⁰⁵. O altă orientare a fost cea a constatării existenței unui raport de subsidiaritate între cele două infracțiuni, astfel abuzul în serviciu este absorbit în măsura în care se consideră că abuzul a fost săvârșit prin falsul intelectual care constituie o infracțiune mai gravă.¹⁰⁶ Într-o altă decizie s-a susținut că legislația italiană prevede infracțiunea de abuz în serviciu ca ipoteză reziduală și indică drept criteriu de absorbție faptul că o altă normă pedepsește mai aspru o conduită a funcționarului¹⁰⁷. Această orientare a primit o confirmare suplimentară în numeroase alte decizii ale Curții de Casație.¹⁰⁸

Într-o sentință mai recentă, Curtea de Casație a statuat că nu există un concurs formal între abuzul în serviciu și fapta mai gravă de fals material atunci când conduita imputată inculpatului se epuizează odată cu comiterea falsului, tocmai în considerarea clauzei de subsidiaritate, reglementată pentru a evita dubla incriminare, cu privire la un fapt unic, clauză care impune aplicarea exclusivă a sancțiunii prevăzute pentru

¹⁰³ S. Bogdan, D. Șerban, *op. cit.*, p. 545.

¹⁰⁴ Trib. Buzău, s. pen., sent. nr. 21/2018, citată în Vasile Coman *op. cit.*, p. 364.

¹⁰⁵ Curtea de Casație italiană, s. a II-a, sent. pen. nr. 5546 din 11 decembrie 2013, www.neldiritto.com.

¹⁰⁶ Curtea de Casație italiană, s. a V-a, sent. pen. nr. 1226 din 21 octombrie 1998. În cazul primarului unei comune care pentru a obține un folos injust unei Societăți profesionale de proiectare, a încheiat un contract de lucrări în care a constatat în mod ireal îndeplinirea procedurii licitației, în lipsa oricărei proceduri concurențiale sau legale.

¹⁰⁷ Curtea de Casație italiană, s. a VI-a, sent. pen. nr. 27778 din 19 mai 2004. În cazul inculpatului având calitatea de topograf al municipiului care a fost acuzat de ambele infracțiuni săvârșite prin aceeași conduită pentru că a certificat în mod fals, într-un raport de inspecție topografică, o situație diferită de cea existentă.

¹⁰⁸ Curtea de Casație penală, Secția a V-a, 9 noiembrie 2005, nr. 45225; Curtea de Casație penală, Secția a VI-a, 30 martie 2006, nr. 11147; Curtea de Casație penală, Secția a VI-a, 20 martie 2007, nr. 11620; Curtea de Casație penală, Secția a VI-a, 6 noiembrie 2009, nr. 42577; Curtea de Casație penală, Secția a II-a, 11 octombrie 2012, nr. 1417

infracțiunea mai gravă, chiar dacă aceasta protejează o valoare socială distinctă față de infracțiunea de abuz în serviciu. Pe de altă parte, jurisprudența recunoaște concursul real și inexistența unei absorbții a infracțiunii de abuz în serviciu în infracțiunea mai gravă, atunci când conduita abuzivă nu se epuizează prin simpla comitere a falsului ci, acesta din urmă, constituie o parte din conduita mai amplă a faptei de abuz¹⁰⁹.

Tot în jurisprudența italiană a fost propusă o soluție intermediară, care propune „îmbinarea” celor două direcții diferite. Conform acestei soluții, concursul dintre infracțiunile de abuz în serviciu și fals intelectual trebuie exclus doar atunci când conduita imputată se limitează la săvârșirea unei fapte care poate fi calificată drept fals intelectual, în timp ce concursul real între cele două infracțiuni trebuie recunoscut atunci când conduita este distinctă, așa cum se întâmplă atunci când falsul intelectual este destinat să ascundă sau să îlesnească abuzul¹¹⁰.

În concluzie, doctrina italiană tinde, așadar, să excludă concursul dintre infracțiunea de fals și infracțiunea de abuz și să afirme existența unui „raport de absorbție” între cele două infracțiuni în prezența unei conduite unice. Opinia este împărțită și de doctrina română¹¹¹. Această abordare sugerează necesitatea unei conduite independente și autonome de întocmirea documentului fals care să producă consecințele păgubitoare în vederea întrunirii elementelor obiective ale abuzului. În fond, orice act juridic obiect al infracțiunii de fals trebuie să fie susceptibil să producă consecințe juridice denaturate, aceasta fiind o condiție sine qua non. În cazul în care acestea s-ar materializa de fiecare dată într-o pagubă viitoare, elementul obiectiv al prejudiciului din structura abuzului devenind astfel cert, ar implica ca de fiecare dată o unică acțiune de falsificare să realizeze, chiar dacă nu simultan, ci temporizat, conținutul a două infracțiuni, ceea ce nu poate fi permis.

5. Abuzul în serviciu și favorizarea făptuitorului

Relația dintre abuzul în serviciu și favorizarea făptuitorului este una particulară, dat fiind caracterul de normă generală și subsidiară¹¹² a celor două infracțiuni. Art. 269 C. pen. incriminează în cadrul infracțiunilor contra înfăptuirii justiției *ajutorul dat făptuitorului în scopul împiedicării sau îngreunării cercetărilor într-o cauză penală, tragerii la răspundere penală, executării unei pedepse sau măsuri privative de libertate se pedepsește cu închisoare de la unu la 5 ani sau cu amendă.*

În cazul favorizării, caracterul subsidiar este unul limitat conform deciziei Înaltei Curți de Casație și Justiție: *Favorizarea făptuitorului nu poate fi calificată ca o normă generală față de orice altă incriminare din Codul penal sau din legislația specială, prin urmare, în ipoteze în care fapta comisă întrunește și elementele constitutive ale unei infracțiuni care aduce atingere altor valori sociale, de pildă, ale unei infracțiuni de serviciu sau de corupție, aceasta va fi reținută în concurs cu infracțiunea de favorizare a făptuitorului (s.n.)*¹¹³. În schimb, prin Decizia 405/2016 a Curții Constituționale analizată supra a fost reținut caracterul subsidiar nediferențiat în funcție de infracțiunile cu care abuzul intră în concurs.

Soluția preferată în practică este cea a concursului, însă aceasta nu este „girată” de caracterul de

¹⁰⁹ Curtea de Casație italiană, sent. pen. nr. 13250 din 8 aprilie 2021, disponibilă pe www.neldiritto.ro.

¹¹⁰ A. Corbo, *Concorso tra il reato di abuso di ufficio e i delitti di falso in atto pubblico*, publicat la 28 iulie 2015, disponibil pe www.ilpenalista.it.

¹¹¹ D. Șerban, *op. cit.*, p. 104.

¹¹² ICCJ, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală, dec. nr. 1/2019, publicată în M. Of. nr. 187 din 8 martie 2019. Concluziile au fost în sensul că infracțiunea de favorizare a făptuitorului are caracterul de incriminare generală, neputându-se reține un concurs ideal de infracțiuni în ipoteza unei pretinse declarații mincinoase între infracțiunea de favorizare a făptuitorului și infracțiunea de mărturie mincinoasă, aceasta din urmă având caracterul unei norme speciale, astfel că se aplică principiul *specialia generalibus derogant*. Favorizarea are caracterul de incriminare generală, dar subsidiară, între infracțiunile de favorizare a făptuitorului și cea de mărturie mincinoasă existând un raport de subsidiaritate de tipul infracțiune generală - infracțiune specială, astfel că presupusul ajutor dat de către inculpat nu poate primi calificarea juridică de favorizare a făptuitorului, câtă vreme legiuitorul, prin dispozițiile codului, a incriminat o ipoteză specială de favorizare, în cazul nostru, cea de mărturie mincinoasă. Infracțiunea de favorizare a făptuitorului nu poate fi reținută decât atunci când nu există alte incriminări speciale ale favorizării, cum este și mărturia mincinoasă. În cazul infracțiunilor contra înfăptuirii justiției care prin specificul lor se pot prezenta ca formă aparte de favorizare, ele își păstrează autonomia și nu pot da naștere unui concurs de infracțiuni doar pentru că, în urma efectelor produse, au împiedicat sau îngreunat cercetările într-o cauză penală, disponibilă pe scj.ro.

¹¹³ ICCJ, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală, dec. nr. 10/2019, publicată în M.Of. nr. 416 din 28 mai 2019.

infracțiune de pericol a favorizării și de conduita generală prin care ajutorul poate fi acordat făptuitorului. Aceste caracteristici ale infracțiunii ghidează spre reținerea infracțiunii de favorizare în mod exclusiv. Ipotezele problematice care intervin în relația abuz-favorizare au fost tratate pe trei paliere.

Prima ipoteză constă în fapta funcționarului public, aflat în exercitarea atribuțiilor de serviciu, care printr-o singură acțiune produce o pagubă sau o vătămare a drepturilor sau intereselor legitime ale unei persoane fizice sau juridice, cu obținerea unui beneficiu pentru sine sau pentru o altă persoană decât cea favorizată și este realizată și urmarea specifică infracțiunii de favorizare a făptuitorului. Cele două infracțiuni (favorizarea făptuitorului și forma specială a abuzului în serviciu) se vor reține în concurs ideal. În acest caz, o unică acțiune lezează ambele valori sociale protejate (înfăptuirea justiției și relațiile de serviciu prin îndeplinirea conformă a atribuțiilor). Caracterul teoretic al ipotezei este însă evident. Cu greu s-ar putea imagina în practică o ipoteză în care funcționarul ar putea să obțină un folos pentru sine, dar și un „folos” pentru făptuitor prin aceeași acțiune.

Dacă funcționarul îndeplinește un act neconform atribuțiilor sale de serviciu, prin intermediul căruia este favorizat un făptuitor, însă fără a se produce o pagubă sau o vătămare a drepturilor sau intereselor legitime ale unei persoane, ci doar un folos necuvenit pentru cel favorizat, se va reține numai infracțiunea de favorizare a făptuitorului. Se poate observa că în acest caz nu sunt îndeplinite elementele constitutive ale abuzului în serviciu, lipsind urmarea. Ceea ce se impune a fi lămurit este dacă nu cumva de fiecare dată când un inculpat este ajutat să se sustragă de la tragerea la răspundere penală, iar cercetările sunt astfel îngreunate, va fi lezat interesul legitim al persoanei vătămate putând fi atașată această urmare abuzului? Interesul legitim al victimei în privința îndeplinirii corecte a atribuțiilor de către organele penale prin tragerea la răspundere a făptuitorului este însă tocmai ceea ce infracțiunile privind înfăptuirea justiției protejează. Referitor la această ipoteză, în jurisprudență s-a reținut că norma de incriminare a abuzului are un caracter general în materia sancționării activităților abuzive prin încălcarea atribuțiilor prevăzute în legislația primară.

Astfel, infracțiunea de abuz în serviciu are un caracter subsidiar, fiind reținută numai în cazul în care fapta săvârșită de funcționarul public nu este prevăzută ca infracțiune distinctă de o altă normă de incriminare cu caracter special fie că aceasta vizează același obiect juridic, fie un obiect juridic diferit. În concluzie un comportament infracțional unic, cu o unică finalitate, dar și cu un unic scop de favorizare nu poate fi supus unui dublu tratament sancționator întrucât aceasta ar echivala cu adoptarea unei hotărâri penale bazate pe arbitrar, iar soluția echitabilă este reținerea unei singure fapte de favorizare.¹¹⁴ Ceea ce susține această soluție este în mod clar posibilitatea acordării ajutorului în folosul făptuitorului în orice mod și imposibilitatea reținerii unei urmări care să poată fi atașată abuzului.

În ipoteza în care funcționarul public îndeplinește în mod defectuos un act care intră în atribuțiile sale de serviciu, produce o pagubă și obține un folos necuvenit pentru cel favorizat, s-a susținut că se va reține infracțiunea de abuz în serviciu în forma specială. Folosul generat în favoarea făptuitorului se suprapune „folosului pentru altul” regăsit în norma de incriminare. Infracțiunea contra înfăptuirii justiției este absorbită în infracțiunea de abuz în serviciu, deoarece prin aceeași acțiune nu se produc consecințe diferite, urmarea imediată a favorizării făptuitorului fiind identică cu beneficiul obținut pentru altul prin exercitarea în mod defectuos a atribuțiilor de serviciu¹¹⁵. Pledează în favoarea acestei soluții calitatea specială a subiectului activ și existența pagubei care nu ar fi valorificate prin reținerea favorizării, aceasta fiind o infracțiune de pericol cu subiect activ general.

Nu consider întemeiată această încadrare din două motive. În primul rând nu se poate pune problema unei absorbții între cele două infracțiuni, aceasta nefiind prevăzută de norma legală. Folosul necuvenit ar fi creat în mod plastic, printr-o interpretare mult prea largă, care ar anula existența elementelor constitutive ale infracțiunii de favorizare. Această abordare a fost adoptată în jurisprudență în cazul inculpatului procuror, care a instrumentat în mod defectuos dosarul penal prin readministrarea probatoriului în mod dirijat în vederea disculpării inculpatului, a procurării acestuia un folos necuvenit, constând în pronunțarea unei soluții de netrimere în judecată. Art. 13² din Legea 78/2000 reglementează o urmare imediată specială, suplimentară – ob-

¹¹⁴ C.A. Galați, s. pen., dec. nr. 466/2019, disponibilă pe sintact.ro. În speță, inculpatul în calitatea sa de agent șef de poliție, fiind sesizat cu privire la săvârșirea unei tentative la infracțiunea de viol, nu a înregistrat plângerea făcută de persoana vătămată în circuitul dosarelor penale, cu scopul de a împiedica aflarea adevărului și tragerea la răspundere penală a făptuitorului.

¹¹⁵ ICCJ, s. pen., dec. nr. 295/A/2018, disponibilă pe scj.ro.

ținerea – unui folos necuvenit pentru sine sau pentru altul. Curtea a apreciat că și această urmare s-a produs în cauză prin instrumentarea defectuoasă a cauzei de către inculpatul procuror în favoarea inculpatului, care deși vinovat de comiterea infracțiunii prevăzute de art. 337 C. pen. (refuzul sau sustragerea de la prelevarea de mostre biologice), nu a fost trimis în judecată de inculpatul procuror, în consecință beneficiind în mod injust și de restituirea permisului de conducere, având ca rezultat o gravă atingere adusă interesului general de înfăptuire a justiției, activității unei instituții publice (Parchetul)¹¹⁶. Pentru argumentele prezentate mai sus, consider acest raționament ca fiind eronat.

Ajutorul dat infractorului în scopul favorizării poate consta în orice act comisiv sau omisiv, sub orice formă și prin orice mijloc prin care acesta este ajutat să se sustragă de la urmărirea penală, judecată sau executarea pedepsei, ori este protejat, i se acordă protecția pentru a nu fi descoperit și prins. În concluzie, favorizarea trebuie să primească aplicare de fiecare dată când actul este efectuat în exercitarea atribuțiilor de serviciu de către un funcționar public.

6. Abuzul în serviciu și delapidarea

Ulterior deciziei nr. 3384/1971 a Tribunalului Suprem prin care s-a stabilit faptul că abuzul în serviciu are caracter subsidiar doar față de alte infracțiuni al căror subiect activ este funcționarul, problema concursului dintre această infracțiune și infracțiunea de delapidare pare ușor de tranșat.

Art. 295 C. pen. incriminează însușirea, folosirea sau traficarea de către un funcționar public, în interesul său ori pentru altul, de bani, valori sau alte bunuri pe care le gestionează sau administrează.

Infracțiunea face partea din categoria infracțiunilor de serviciu, protejând aceeași valoare socială precum abuzul, îndeplinirea conformă a atribuțiilor de serviciu de către funcționarul public sau privat. Diferența față de abuz este descrierea punctuală a conduitei infracționale prin intermediul unor acțiuni bine conturate: însușire, folosire, traficare. În subsidiar, delapidarea, la fel ca abuzul în serviciu, protejează patrimoniul persoanei, dar de data aceasta ne aflăm în prezența unui raport special între subiecți, bunurile obiect al delapidării fiind date în administrarea sau gestiunea autorului. În lipsa acestei duble circumstanțieri a subiectului activ și în lipsa îndeplinirii condițiilor de tipicitate ale altei infracțiuni, fapta a fost adesea încadrată în jurisprudență ca fiind un abuz în serviciu. *Spre exemplu, fapta directorului unei instituții publice de a determina persoane din subordinea sa ca, în exercitarea atribuțiilor de serviciu, să întocmească documente fictive pe baza cărora acesta să încaseze sume de bani din conturile instituției respective, a fost considerată a întruni elementele constitutive ale infracțiunii de abuz în serviciu*, deoarece nu poate fi subiect activ al infracțiunii de delapidare persoana care nu are atribuții de primire, păstrare și dispoziție asupra banilor unității în care își desfășoară activitatea¹¹⁷.

Elementele de diferențiere dintre cele două infracțiuni au fost trasate în jurisprudență. S-a constatat că infracțiunea de delapidare face parte din grupul infracțiunilor de serviciu, în cazul acesteia ca și în cazul infracțiunii de abuz în serviciu, obiectul juridic principal privește protejarea relațiilor de serviciu. În cazul infracțiunii de abuz în serviciu subiect activ este funcționarul public sau privat, aflat în exercitarea atribuțiilor de serviciu. Subiectul activ al infracțiunii de delapidare este dublu circumstanțiat. În primul rând acesta trebuie să aibă calitatea de funcționar public și apoi pe aceea de gestionar/administrator al bunurilor instituției.

Noțiunea de gestionar este definită de Legea nr. 22/1969 privind angajarea gestionarilor, constituirea de garanții și răspunderea în legătură cu gestionarea bunurilor agenților economici, autorităților sau instituțiilor publice, cu modificările ulterioare, în art. 1 ca fiind *acel angajat al unei persoane juridice prevăzută la art. 176 din Codul penal care are atribuții principale de serviciu primirea, păstrarea și eliberarea de bunuri aflate în administrarea, folosința sau deținerea chiar temporară a acesteia*. Art. 31 al aceleiași legi extinde sfera răspunderii și la gestionarii de fapt, dar numai în condițiile în care acesta este un angajat al funcționarului public prevăzut de art. 175 alin. 2 din Codul penal sau al persoanei juridice. Administratorul este persoana care desfășoară o activitate de conducere, realizând acte de dispoziție cu privire la situația bunurilor aparținând subiectului pasiv. Dacă gestionarul are contactul efectiv cu bunurile, administratorul are de cele mai multe ori un contact

¹¹⁶ C.A. București, s. pen., sent. nr. 66/2017, disponibilă pe sintact.ro. În speță, soluția agreată a fost cea a concursului ideal, ajutorul acordat făptuitorului fiind în mod greșit atașat infracțiunii de corupție și valorificat ulterior și prin reținerea favorizării. Soluția este greșită și din perspectiva angajării răspunderii penale a magistratului pentru abuz.

¹¹⁷ C.A. Constanța, s. pen., dec. nr. 695/2019, disponibilă pe sintact.ro.

virtual. Ca atare, subiect activ al infracțiunii de delapidare poate fi un funcționar public în sensul art. 175 alin. 2 din Codul penal care gestionează sau administrează banii unei instituții, autorități, regii autonome, persoane juridice cu capital integral sau majoritar de stat. Potrivit doctrinei, infracțiunea de delapidare, după modul în care este descrisă fapta în norma de incriminare, este o infracțiune în formă închisă, tipul de conduită incriminată fiind indicată prin *verbum regens*. Așa cum reiese din prevederile art. 295 din Codul penal în vigoare, modalitățile de săvârșire a faptei descrise în textul de lege sunt însușirea, folosirea și traficearea.¹¹⁸

În doctrină¹¹⁹ s-a realizat analiza unei situații practice care a pus probleme din punctul de vedere al încadrării. Situația factuală a constat în trimiterea în judecată a mai multor funcționari ai unei unități bancare sub acuzația că, aceștia au acordat credite mai multor oameni de afaceri, cu încălcarea normelor bancare, deși cunoșteau neîndeplinirea condițiilor pentru constituirea garanțiilor în scopul creditării. Astfel, s-a considerat a fi produsă o pagubă patrimonială unității bancare, deoarece împrumuturile nu au fost rambursate, iar bunurile aduse în garanție nu puteau să acopere valoarea sumelor acordate. Prima instanță a reținut o unică activitate factuală a funcționarilor bancari sub forma concursului ideal între abuzul în serviciu și infracțiunea de delapidare.

Având în vedere faptul că în accepțiunea instanței caracterul subsidiar al infracțiunii de abuz în serviciu față de celelalte infracțiuni de serviciu care au ca subiect activ un funcționar public nu a reprezentat un element edificator pentru excluderea concursului ideal, consider a fi necesare alte argumente pentru a invalida această modalitate de încadrare.

În primul rând, se poate constata existența unei singure activități infracționale, respectiv acordarea creditelor cu încălcarea normelor bancare. Activitatea unică este cauzatoarea unui singur prejudiciu. Într-adevăr, delapidarea nu presupune *per se* ca element constitutiv existența unei urmări, nefiind o infracțiune de rezultat. Un rol important în susținerea acestei afirmații este re poziționarea infracțiunii în capitolul infracțiunilor de serviciu, în detrimentul infracțiunilor contra patrimoniului. Astfel, având în vedere că de *lege lata*, delapidarea este o infracțiune de serviciu, pentru constatarea faptei nu trebuie identificată cu maximă claritate existența unui prejudiciu patrimonial cauzat persoanei vătămate¹²⁰. Cu toate acestea însă, acest prejudiciu este inerent infracțiunii, deoarece aceasta este acceptată majoritar ca fiind o infracțiune pluriofensivă¹²¹, protejând în principal buna desfășurare a raporturilor de serviciu și în subsidiar patrimoniul subiectului pasiv¹²². Astfel, în speță, un singur rezultat ar fi „disociat” pentru a face parte din elementele constitutive a două infracțiuni. Această abordare pare pertinentă, însă poate fi ușor demontată prin argumentul lipsei necesității existenței unui prejudiciu în cazul delapidării, ceea ce nu duce la o dublă valorificare a pagubei.

Pentru rigurozitate, propun următorul raționament bazat pe relația de interdependență a infracțiunilor în cauză. Pentru întrunirea laturii obiective a celor două infracțiuni, activitatea specifică delapidării este esențială abuzului în serviciu, iar activitatea specifică abuzului în serviciu este esențială delapidării. În acest sens, pentru a fi în prezența unui act îndeplinit defectuos conduita administratorului sau gestionarului trebuie să fie una ilegală, constând în însușirea, folosirea sau traficearea bunurilor. Pentru a fi îndeplinite condițiile delapidării, funcționarul trebuie să își îndeplinească defectuos atribuțiile de administrare și gestionare, în concret, el trebuie să săvârșească abuzuri prin însușire, folosire sau traficeare. Dacă se vor reține cele două infracțiuni în concurs, se

¹¹⁸ C.A. Brașov, s. pen., dec. nr. 63/2022, disponibilă pe sintact.ro. S-a apreciat că în cauză nu se poate pune problema însușirii ori folosirii de către persoanele considerate autori ai infracțiunii de delapidare a bunurilor unității, dar nici a traficării întrucât nu sunt îndeplinite condițiile prevăzute de norma de incriminare. În urma acestei analize succinte a elementelor de tipicitate ale celor două infracțiuni, prima instanță a apreciat că deși inculpatel ar fi putut avea prin natura atribuțiilor de serviciu calitatea cerută de norma de incriminare pentru a fi subiect activ al infracțiunii de delapidare, activitatea inculpatelor, membre ale comitetului de credite de a aproba și semna 38 de contracte de creditare cu diverși beneficiari nu poate fi însă calificată delapidare, neputând fi circumscrisă niciuneia dintre modalitățile alternative ale elementului material, sintact.ro.

¹¹⁹ R. Slăvoiu, *Delapidare și abuz în serviciu – concurs ideal sau concurs de calificări*, material disponibil pe sintact.ro.

¹²⁰ S. Bogdan, D. Șerban, *op. cit.*, p. 348.

¹²¹ C.A. Ploiești, s. pen., dec. nr. 598/2020, disponibil pe sintact.ro. S-a apreciat că necesitatea existenței prejudiciului a fost afirmată și în jurisprudență: *Instanța de fond a subliniat faptul că inculpatul a fost trimis în judecată pentru săvârșirea infracțiunii de delapidare, infracțiune de serviciu dar care aduce atingere în același timp și patrimoniului, ce presupune ca produsul infracțiunii (paguba materială) cauzat prin verbum regens să fie localizată în patrimoniul persoanei vătămate, respectiv al unității administrativ teritoriale.*, disponibilă pe sintact.ro.

¹²² M. Udroui, G. Zlati, V. Constantinescu, *Codul penal. Partea specială*, Ed. Solomon, București, 2021, p. 157.

va ajunge la concluzia că funcționarul ar putea să delapidaze în mod legal.

În același timp, argumentul necesității valorificării prejudiciului prin reținerea abuzului în serviciu și negarea existenței unui „prejudiciu inerent” în cazul delapidării ar conduce la ideea că delapidarea poate fi realizată și fără lezarea patrimoniului. Prejudiciul nu trebuie temeinic dovedit din punct de vedere probatoriu, însă existența acestuia nu trebuie negată. Acesta este cu atât mai bine conturat în modalitatea „însușirii”. Aceeași conduită lezează patrimoniul în cazul furtului, însă nu îl va leza în cazul delapidării?

Pentru a rezolva aceste inconveniente, reținerea exclusiv a infracțiunii de delapidare pare a fi soluția. În acest fel este respectată relația dintre norma specială și cea generală. Prejudiciul este produs prin delapidare, nefiind nevoie de reținerea unei alte infracțiuni pentru o mai bună conturare a acestuia, tocmai datorită faptului că acesta este întotdeauna existent, dar nu trebuie riguros probat. Prin „atașarea” prejudiciului infracțiunii de delapidare, latura obiectivă a abuzului în serviciu rămâne incompletă. Se recunoaște astfel existența unui raport de „subsidiaritate atipică” între celor două infracțiuni, date fiind limitele de pedeapsă identice¹²³.

7. Abuzul în serviciu și malpraxisul medical

Conform art. 653 alin. (1) lit. b) din Legea 95/2006 privind reforma din domeniul sănătății malpraxisul reprezintă o eroare profesională săvârșită în exercitarea actului medical sau medico-farmaceutic, generatoare de prejudicii asupra pacientului, implicând răspunderea civilă a personalului medical și a furnizorului de produse și servicii medicale, sanitare și farmaceutice. Simplificat, malpraxisul reprezintă o practică medicală incorectă, abuzivă sau neglijentă, care a produs pacientului un prejudiciu de orice natură (fizică, psihică, morală sau financiară).

De esența malpraxisului este asocierea aproape naturală a conduitei medicale defectuoase diferitelor infracțiuni împotriva vieții (uciderea din culpă) și împotriva integrității fizice, psihice sau sănătății (vătămarea corporală din culpă). Nu de puține ori și nu în mod judicios însă, în practica judiciară din țara noastră, malpraxisului îi sunt asociate infracțiunile de serviciu.

Am susținut *supra* faptul că abuzul în serviciu reprezintă adesea o plasă de siguranță pentru organele judiciare în cazul în care urmărirea și sancționarea unor fapte este împiedicată de impedimente procedurale, cum sunt prescripția sau lipsa unei plângeri prealabile. Domeniul răspunderii medicale este și el expus acestei tendințe. Adesea greșelile de conduită medicală sunt încadrate în categoria infracțiunilor de serviciu. Dacă la o primă analiză a definiției expuse, fapta căreia malpraxisul i s-ar putea subsuma, datorită laturii subiective caracterizate prin culpă, este neglijența în serviciu, iar nu abuzul în serviciu, există soluții în care conduitele medico-farmaceutice au fost considerate abuzuri, dar sunt foarte importante condițiile care permit realizarea unei astfel de încadrări.

7.1. Calitatea de funcționar public a medicului privită diferențiat în funcție de atribuțiile îndeplinite defectuos sau omise a fi îndeplinite

Pentru o mai bună delimitare a infracțiunilor, este necesar a fi stabilită calitatea de funcționar public al medicului. Înalta Curtea de Casație a circumscris categoria medicilor angajați cu contract de muncă într-o unitate spitalicească aceleia de funcționari publici.¹²⁴ Raționamentul juridic care a dus la această concluzie trebuie însă privit în mod nuanțat. Opinia majoritară este cea conform căreia în exercitarea actului medical, medicul nu are calitatea de funcționar public, nici în sensul legislației extrapenale, nici în sensul legii penale.¹²⁵ Legea sănătății stabilește în art. 381 alin. (2) faptul că medicul nu este funcționar public și nu poate fi asimilat acestuia, având în vedere natura profesiei și obligațiile fundamentale față de pacientul său, în ceea ce privește îngrijirile medicale acordate, acestea nereprezentând atribuții de serviciu, ci obligații profesionale.

Reținerea unor infracțiuni de serviciu, cumulativ, iar nu substitutiv, nu este însă exclusă în cazul atribuțiilor „exterioare” sferei restrânse a actului medical, cum sunt: obligația de a respecta programul unității medicale, supravegherea și îndrumarea medicului rezident de către medicul specialist etc. Aceste obligații

¹²³ Ambele infracțiuni se sancționează cu pedeapsa închisorii de la 2 la 7 ani.

¹²⁴ ICCJ, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală, dec. nr. 26/2014, publicată în M. Of. nr. 24 din 13 ianuarie 2015.

¹²⁵ I. Kuglay, *Răspunderea penală pentru malpraxis medical*, Ed. C.H. Beck, București, 2021, p. 183.

pot fi considerate a fi veritabile atribuții de serviciu. Pentru exemplificare, medicul obstetrician care de gardă fiind, stabilește că o sarcină nu este suprapurtată și refuză să declanșeze travaliul pe cale medicamentoasă, cu toate că sarcina era una cu risc care a depășit durata normală, nu încalcă o atribuție de serviciu. Același medic obstetrician care omite nejustificat să se prezinte la gardă, fiind singur pe secție, sarcina neputând fi în aceste condiții monitorizată în acel moment, își încalcă atribuțiile de serviciu, săvârșind un abuz.

7.2. Valorile sociale protejate prin incriminări și poziția subiectivă cu privire la încălcarea acestor valori și producerea urmării

Categoriile de infracțiuni asociate malpraxisului protejează obiecte juridice diferite. Diferența de obiect juridic se reflectă și în urmările distincte provocate prin conduita medicului. Consecințele vătămătoare asupra vieții sau sănătății unei persoane nu pot constitui urmarea specifică abuzului în serviciu, ci a infracțiunilor contra persoanei.¹²⁶

Urmarea abuzului în serviciu, ca element de tipicitate al acesteia, constă în principal în crearea unei stări de pericol pentru relațiile de serviciu din unitatea în care își desfășoară activitatea subiectul activ. Cu toate acestea, infracțiunea nu este una de pericol. Urmarea principală este dublată de cea secundară, care constă în generarea unei pagube sau vătămări a drepturilor sau intereselor legitime ale unei persoane fizice sau juridice. Pentru a se realiza configurația infracțiunii de abuz în serviciu întrunirea cumulativă a celor două urmări este necesară.

În măsura în care se produc mai multe rezultate alternative, în aceeași împrejurare, fapta își păstrează caracterul unitar, reținându-se săvârșirea unei singure infracțiuni¹²⁷. Când urmările alternative se produc în timp, ca urmare a unor acte separate, poate fi reținut concursul de infracțiuni sau forma continuată, în funcție de poziția subiectivă (rezoluția infracțională) a autorului faptelor. Paguba trebuie să fie efectivă și concretă, iar nu eventuală. Prejudiciul poate să fie material sau moral. Potrivit elaborării constante a jurisprudenței italiene, prejudiciul injust relevant în sensul existenței infracțiunii de abuz în serviciu este și prejudiciul care afectează sfera drepturilor sau chiar numai intereselor nepatrimoniale ale unui subiect⁸⁸. Corespondentă acestei susțineri este teza secundă a art. 297 alin. (1) C. pen., care cuprinde al doilea tip de urmare a infracțiunii de abuz în serviciu, respectiv *vătămarea drepturilor sau intereselor legitime ale unei persoane fizice sau juridice*.

Consecințele generate de actul medical nu pot fi integrate în mod artificial în conținutul abuzului. În concluzie, urmarea produsă asupra vieții sau integrității fizice a persoanei trebuie valorificată prin reținerea unei infracțiuni din această categorie, doar urmările care pot fi evaluate din perspectiva atribuțiilor de serviciu, prin intermediul cărora au fost vătămăte drepturile sau interesele legitime ale persoanei fizice, urmând a fi valorificate prin reținerea separată în concurs a abuzului în serviciu. Spre exemplu, medicul care nu respectă dreptul părinților de a decide cu privire la tratamentul copilului lor și care ulterior aplică în mod greșit un tratament pentru o afecțiune diferită decât cea reală, și care provoacă paralizia copilului, săvârșește o infracțiune de abuz și o infracțiune de vătămare corporală din culpă.

Poziția subiectivă în cazul celor două infracțiuni va fi analizată în mod separat pentru fiecare categorie de infracțiuni în parte. Conduita medicală culpabilă nu înlătură posibilitatea reținerii intenției în cazul abuzului. Așa cum poate fi observat în exemplul prezentat mai sus, forma de vinovăție este culpa în cazul vătămării corporale și intenția eventuală sau directă în cazul abuzului.

Cu toate că am încercat să prezentăm demersul firesc al lucrurilor și modul corect în care malpraxisul permite reținerea infracțiunilor de serviciu autonom, iar nu substitutiv celor contra vieții și integrității persoanei, există soluții în care reținerea abuzului în serviciu ca ultimă posibilitate de sancționare a medicului care a acționat vădit contrar obligațiilor sale profesionale, pare cel puțin justificată. Acest subterfugiu a fost folosit în cazul medicului ginecolog care contrar obligației de a aplica standardele terapeutice stabilite prin ghiduri de practică în domeniul ginecologiei și neonatologiei, nu a informat în mod complet pacienta în legătură cu riscurile generate de declanșarea medicamentoasă a nașterii la un moment prestabilit prin administrarea unui medicament neomologat la acel moment și care nu figura în nomenclatorul medicamentelor de uz

¹²⁶ I. Kuglay, *op. cit.*, p. 184.

¹²⁷ G. Ivan, C. Duvac, I. Rusu, T. Toader și colaboratorii, *Codul Penal. Comentariu pe articole*, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 300.

uman, distribuirea și folosirea lui pe teritoriul național fiind interzise. În urma administrării, copilul s-a născut suferind o afecțiune hipoxică, care a generat hemoragii conjunctivale, mobilitate redusă a membrilor, hematoame și sufuziuni sanguine la nivelul feței. În cauză poate fi observată o ipoteză clasică de vătămare a fătului din culpă, însă răspunderea penală era prescrisă pentru această din urmă infracțiune. În consecință, organele judiciare au apelat la pârghiile pe care abuzul în serviciu le oferă, iar acest lucru a creat posibilitatea sancționării medicului pentru fapta săvârșită.

V. CONCLUZII

În finalul analizei dorim să propunem o soluție curajoasă care ar putea să rezolve orice impediment legat de această infracțiune: dezincriminarea. Pentru a putea convinge cu privire la soluția abrogării abuzului în serviciu, se impun a fi arătate principalele probleme care au fost identificate pe parcursul acestui studiu.

Rezumând cele arătate, proximitatea normei abuzului în serviciu generează numeroase confuzii și problemele de ordin doctrinar și jurisprudențial. Trimiterea în judecată a diferitelor categorii „sensibile” de subiecți activi, precum magistrații sau avocații, trebuie făcută cu respectarea exigențelor pe care am încercat să le ilustrăm, nu orice încălcare în cadrul atribuțiilor exercitate reprezentând un abuz.

Generalitatea normei duce la imposibilitatea de departajare în spiritul legii penale, între faptele care au caracter infracțional și cele care nu au un astfel de caracter și care astfel vor putea fi încadrate în sfera abaterilor disciplinare sau a contravențiilor. Aceste forme de răspundere distincte interferează până la limita confuziei, deoarece în cele mai multe dosare din dorința de a atrage răspunderea penală a funcționarului, legislația extrapenală nu este verificată exhaustiv de către acuzare. În detrimentul lămuririi cu exactitate a împrejurărilor cauzei se acordă preferință formulării acuzației cu privire la infracțiunea de abuz în serviciu, a cărei sferă de incriminare pare să asimileze în mod natural o gamă mult mai largă de acțiuni/inacțiuni. Aceeași conduită care întrunește elementele constitutive ale abuzului, ar putea fi încadrată și într-o contravenție. Din punct de vedere practic apărarea va putea fi realizată cu dificultate și va necesita o specializare pluridisciplinară prin cunoașterea a numeroase acte normative care reglementează sancțiunile aplicabile funcționarilor.

S-a susținut că prin dezincriminarea abuzului în serviciu, va fi încălcat art. 19 din Convenția Națiunilor Unite împotriva Corupției¹²⁸. Art. 19 referitor la *Abuzul de funcții* prevede că fiecare stat parte are în vedere să adopte măsurile legislative și alte măsuri care se dovedesc a fi necesare pentru a atribui caracterul de infracțiune, în cazul în care actele au fost săvârșite cu intenție, faptei unui agent public de a abuza de funcțiile sau de postul său, adică de a îndeplini ori de a se abține să îndeplinească, în exercițiul funcțiilor sale, un act cu încălcarea legii, cu scopul de a obține un folos necuvenit pentru sine sau pentru altă persoană sau entitate. Argumentul nu este însă unul pertinent. Pentru a contraargumenta voi lua exemplul legislației franceze. Franța a ratificat Convenția la data de 11 iulie 2005. Cu toate acestea în capitolul dedicat dreptului comparat am arătat faptul că în legislația franceză nu poate fi identificată o normă similară cu cea prezentă în legislația națională. Legiuitorul francez a ales să incrimineze infracțiuni punctuale săvârșite de funcționarii publici. O astfel de abordare permite respectarea actului internațional, iar acesta ar fi demersul care ar prezenta cele mai multe garanții. Modelul ar putea fi urmat și de Codul penal român. Abrogarea normei însoțită de incriminarea punctuală a conduitelor care pot fi săvârșite de funcționari în exercitarea atribuțiilor de serviciu pare a fi soluția optimă.

Pentru a evita reticența generată de mecanismul dezincriminării, cu toate că așa cum am susținut, aceasta pare a fi soluția potrivită, s-ar putea recurge la o altă soluție „de avarie”: perfectarea normei actuale.

O primă modificare ar putea consta în inserarea clauzei de subsidiaritate pentru a tranșa inconvenientele referitoare la concursul cu alte infracțiuni. Astfel, organele judiciare s-ar vedea „forțate” în vederea valorificării caracterului subsidiar al normei, caracter lăsat în prezent la libera apreciere a acestora. În al doilea rând, o modificare ar putea să vizeze normele legale încălcate de funcționar prin îndeplinirea sau neîndeplinirea actului. După modelul italian, se propune excluderea normelor generale și a celor cu statut de principii, acestea fiind norme ce lasă marje de apreciere în privința stabilirii unei încălcări. Pentru a amplifica efectele produse de această formă a abuzului, se impun a fi operate modificări și în privința altor infracțiuni din Codul

¹²⁸ Publicată în Monitorul Oficial nr. 903 din 5 octombrie 2004.

penal prin includerea unor forme agravate de calitatea specială a subiectului activ. Spre exemplu, răspunderea pentru infracțiunea de înșelăciune ar putea fi agravată când aceasta este comisă prin folosirea atribuțiilor de serviciu de către un funcționar, iar astfel ar fi clarificată situația suprapunerii cu această infracțiune prezentată supra.

În concluzie, o astfel de normă de incriminare nu ar trebui să se regăsească în Codul penal. Inegalitatea în plan procesual între acuzare și apărare este evidentă. Textul permite sancționarea aproape inevitabilă a unor conduite care nu au putut fi anticipate legislativ sau nu s-au vrut a fi anticipate din cauza gradului insuficient de gravitate al lezării valorilor sociale. Dacă se admite a fi permisă o incriminare excesiv de generală în cazul infracțiunilor de serviciu, apare riscul unor abordări similare.

BIBLIOGRAFIE / REFERENCES

Amaolo, A., L'abusso d'ufficio: analisi normative e giurisprudenziale, publicat la 9 octombrie 2014, disponibil la www.altalex.com.

Basarab, M.; Pașca, V.; Mateuț Gh. și colab., Codul penal comentat. Partea specială. Vol II, Ed. Hamangiu, București, 2008.

Bodoroncea, G., Corupția. Infracțiuni de corupție. Infracțiuni asimilate infracțiunilor de corupție, Ed. C.H. Beck, București, 2022.

Bodoroncea, G.; Cioclei, V.; Zlati, G. și colab., Codul penal. Comentariu pe articole, Ediția 3, Ed. C.H. Beck, București, 2020.

Bogdan, S., Drept penal partea specială, vol. 1, Sfera Juridică, Cluj-Napoca, 2006.

Bogdan, S.; Șerban, D.A., Drept penal. Partea specială, Universul Juridic, București, 2020.

Bogdan, S.; Șerban, D.A.; Zlati, G., Noul Cod Penal. Partea specială. Analize, explicații, comentarii. Perspectiva Clujeană, Ed. Universul Juridic, București, 2014.

Bulai, C.; Filipaș, A.; Mitrache, C.; Bulai, B.N., Instituții de drept penal. Curs selectiv pentru examenul de licență, Ed. Trei, București, 2008.

Chirvase A., Răspunderea penală a judecătorului pentru abuz în serviciu, www.sintact.ro

Cioclei, V., Codul penal. Comentariu pe articole, ed. a 3-a, Ed. C.H. Beck, București, 2020.

Cioclei, V.; Rotaru, C.; Trandafir, A.-R., Drept penal. Partea specială II. Curs tematic, Ed. C.H. Beck, București, 2019.

Cioclei, V.; Rotaru, C.; Trandafir, A.-R., Drept penal. Partea specială II. Curs tematic, Ed. C.H. Beck, București, 2019.

Ciuncan, D., Criterii distinctive la unele infracțiuni de serviciu sau în legătură cu serviciul, în Revista română de drept, nr. 1/1987.

Corbo, A., Concorso tra il reato di abuso di ufficio e i delitti di falso in atto pubblico, publicat la 28 iulie 2015, disponibil pe www.ilpenalista.it.

Daringă, Gh.; Lucinescu, D., Codul penal al Republicii Socialiste România comentat și adnotat. Partea specială, vol. 2, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1977.

Dobrilă, M.C., Delimitări dintre infracțiunile de înșelăciune și abuz în serviciu contra intereselor persoanelor, în Dreptul nr. 12/2011, Ed. Universul Juridic, București, 2011.

Dobrinou, V.; Neagu, N., Drept penal. Partea specială, curs universitar, Ed. Universul Juridic, București, 2014.

Dongoroz V.; Fodor I.; Kahane S., Explicații teoretice ale Codului penal român: partea specială, vol. 4, Ed. Academiei Române, București, 2003

Dongoroz, V., Drept penal (reeditarea în anul 2000 a editei din 1939), Ed. Societății Tempus și Asociația Română de Științe Penale, București, 2000.

Dongoroz, V., Înșelăciunea. Infracțiuni contra avutului personal sau particular, în Explicații teoretice ale Codului penal român. Partea specială, ediția a 2-a, vol. 3, Ed. Academiei Române, București, 2003.

Doseanu, R., Infracțiunea de luare de mită, Revista universul juridic nr. 9/2015, publicat la 28 septembrie 2015, disponibil pe www.revista.universuljuridic.ro

Dragomir, F., Răspunderea penală a magistratului, Ed. C.H. Beck, București, 2011.

- Dungan, P.; Medeanu, T.; Pașca, V.**, Manual de drept penal. Partea specială, vol. 2, Ed. Universul Juridic, București, 2011.
- Fiandaca, G.; Musco, E.**, Diritto penale. Parte generale, Zanichelli Editore, Bologna, 2001.
- Filipaș, A.**, Drept penal român. Partea specială, Ed. Universul Juridic, București, 2008.
- Gârbuleț, I.**, Tratat privind răspunderea disciplinară a magistraților, Ed. Universul Juridic, București, 2020.
- Ivan, G.**, Drept penal. Partea specială, ediția 2, Ed. C.H. Beck, București, 2010.
- Ivan, Gh.; Duvac, C.; Rusu, I., Toader, T. și colab.**, Explicațiile Noului Cod Penal, vol. IV, Ed. Universul Juridic, București, 2016.
- Kuglay, I.**, Răspunderea penală pentru malpraxis medical, Ed. C.H. Beck, București, 2021.
- Mitrache, Ctin.; Mitrache, C.**, Drept penal român. Partea generală, Ed. Universul Juridic, București, 2014.
- Moise, G.**, Persoanele asimilate funcționarului public care răspund penal pentru infracțiunea de luare de mită, în Revista Română de Dreptul Muncii, nr. 6/2017.
- Rotaru, C.; Trandafir, A.-R.; Cioclei, V.**, Drept penal. Partea specială II. Curs tematic, Ed. C.H. Beck, București, 2021.
- Slăvoiu, R.**, Delapidare și abuz în serviciu – concurs ideal sau concurs de calificări, disponibil pe www.sintact.ro.
- Streteanu, F.**, Răspunderea penală a persoanei juridice, Ed. a 2-a, C.H. Beck, 2007.
- Streteanu, F.**, Răspunderea penală a persoanei juridice, Ed. a 2-a, C.H. Beck, București, 2007.
- Streteanu, F.**, Tratat de drept penal. Partea generală, vol. 1, Ed. C.H. Beck, București, 2008.
- Streteanu, F.; Nițu, D.**, Drept penal, partea generală, Ed. Universul Juridic, București, 2014.
- Șerban, D.A.**, Relația abuzului în serviciu cu alte infracțiuni, în Penalmente Relevant, nr. 1/2021
- Teodor, V.; Pavel, D.; Antoniu, G.; Papadopol, V.**, Codul penal comentat și adnotat. Partea specială, vol. 2, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1977.
- Trandafir, A.-R.**, Răspunderea penală a persoanei juridice, ed. a 2-a, Ed. C.H. Beck, București, 2021.
- Udroiu, M.; Zlati, G.; Constantinescu, V.**, Codul penal, Partea specială, Ed. Solomon, București, 2021.
- Vasiliiu T. și colab.**, Codul penal comentat și adnotat, vol. 2, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1978.
- Văduvă, V.**, Infracțiuni de abuz și neglijență în serviciu, Ed. Hamangiu, București, 2012.