



ROMÂNIA
Avocatul Poporului
Ombudsman

Str. Eugeniu Carada , nr. 3, Sector 3, București

Telefon +40-21-312.71.01 Fax: +40-21-312.49.21 Internet: <http://www.avpoporului.ro> E-mail: avp@avp.ro



În conformitate cu dispozițiile art. 146 lit. d) din Constituția României și ale art. 13 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 35/1997 privind organizarea și funcționarea instituției Avocatul Poporului, republicată, cu modificările și completările ulterioare, Avocatul Poporului formulează prezenta

Excepție de neconstituționalitate

AVOCATUL POPORULUI
REGISTRATURĂ GENERALĂ
IESIRE Nr. 2527 / 3.FEB. 2017

referitoare la prevederile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 13/2017 pentru modificarea și completarea Legii nr. 286/2009 privind Codul penal și Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală

Implicarea instituției Avocatul Poporului în sesizarea Curții Constituționale cu o excepție de neconstituționalitate directă se realizează în cadrul următoarelor reglementări constituționale și legale:

Potrivit art. 146 lit. d) din Constituție: "Curtea Constituțională hotărăște asupra excepțiilor de neconstituționalitate privind legile și ordonanțele, ridicate în fața instanțelor judecătorești sau de arbitraj comercial; excepția de neconstituționalitate poate fi ridicată și direct de Avocatul Poporului."

În conformitate cu art. 13 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 35/1997 privind organizarea și funcționarea instituției Avocatul Poporului, republicată, cu modificările și completările ulterioare, "Avocatul Poporului poate sesiza direct Curtea Constituțională cu excepția de neconstituționalitate a legilor și ordonanțelor."

În ceea ce privește intrarea în vigoare a ordonanțelor de urgență ale Guvernului, facem precizarea că prevederile art. 115 alin. (5) din Constituție, stabilesc faptul că *"ordonața de urgență intră în vigoare numai după depunerea sa spre dezbateră în procedură de urgență la Camera competentă să fie sesizată și după publicarea ei în Monitorul Oficial al României."*

În ceea ce privește îndeplinirea celor două condiții constituționale cumulative, necesare pentru intrarea în vigoare a Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 13/2017, arătăm următoarele:

a) Din examinarea Secțiunii "urmărirea procesului legislativ", observăm că *Proiectul de lege privind aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr.13/2017 pentru modificarea și completarea Legii nr.286/2009 privind Codul penal și a Legii nr.135/2010 privind Codul de procedură penală a fost înregistrat la Senat pentru dezbateră cu nr.b18 (adresa nr.E17/31/01/2017).*

b) Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 13/2017 a fost publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 92 din 1 februarie 2017.

Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 13/2017, adoptată în data de 31 ianuarie 2017, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 92 din data de 1 februarie 2017, prin care sunt aduse modificări unor prevederi din Legea nr. 286/2009 privind Codul penal, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 510 din 24 iulie 2009, cu modificările și completările ulterioare, precum și unor dispoziții din Legea nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 486 din 5 iulie 2010, cu modificările și completările ulterioare, contravine prevederilor **art. 115 alin. (4), art. 1 alin. (3) și (5), art. 16 alin. (1), (2) și (3), art. 147 alin. (4) și art. 11 alin. (1) și (2) din Legea fundamentală.**

1. *Examinând Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 13/2017, în integralitatea ei, din perspectiva unor argumente de neconstituționalitate extrinsecă, apreciem că actul normativ criticat contravine dispozițiilor constituționale ale art. 115 alin. (4) privind regimul ordonanțelor de urgență.*

În privința modificărilor aduse legislației penale, observăm că atât situația extraordinară, cât și urgența reglementării sunt motivate de necesitatea punerii în acord a Codului de procedură penală cu prevederile Directivei 2016/343/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 9 martie 2016.

În opinia noastră, modificările propuse sunt de natură să aducă atingere prevederilor art. 115 alin. (4) din Constituție, potrivit cărora "Guvernul poate adopta ordonanțe de urgență numai în situații extraordinare a căror reglementare nu poate fi amânată, având obligația de a motiva urgența în cuprinsul acestora".

În jurisprudența sa (Decizia nr. 1599/2010 publicată în Monitorul Oficial al României Partea I cu numărul 67 din data de 26 ianuarie 2011), Curtea Constituțională a observat că preexistența unui act obligatoriu emis la nivelul Uniunii Europene nu este o condiție obligatorie pentru adoptarea unei ordonanțe de urgență, din contră, spre exemplu, măsurile naționale necesare pentru implementarea unei directive trebuie de principiu adoptate de către Parlament, ca legiuitor originar. În acest sens, anterior aderării la Uniunea Europeană, Curtea, prin Decizia nr. 15/2000, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 267 din 14 iunie 2000, a statuat că urgența măsurii nu poate fi justificată de nevoia armonizării legislației române cu cea a Uniunii Europene, astfel încât "modificarea sau unificarea legislației într-un domeniu sau altul nu justifică, prin ea însăși, emiterea unei ordonanțe de urgență", situație aplicabilă mutatis mutandis și în cauza de față.

Curtea Constituțională a recunoscut dreptul legiuitorului delegat de a adopta un act normativ în regim de urgență în măsura în care "era iminentă declanșarea procedurii de infringement în fața Curții de Justiție [a Uniunii

*Europene - sn.]". În aceste condiții, Curtea, prin **Decizia nr. 807/2009**, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 428 din 23 iunie 2009, a constatat că o atare situație este considerată ca fiind una extraordinară a cărei reglementare nu poate fi amânată, astfel încât ordonanța de urgență criticată respectă exigențele art. 115 alin. (4) din Constituție. *Per a contrario*, nefiind declanșată procedura de infringement în fața Curții de Justiție a Uniunii Europene împotriva României, emiterea unei ordonanțe de urgență nu este justificată, cu atât mai mult cu cât, potrivit art. 14 alin. (1) din Directiva 2016/343/UE, *Statele membre asigură intrarea în vigoare a actelor cu putere de lege și a actelor administrative necesare pentru a se conforma prezentei directive până la 1 aprilie 2018.**

Prin Decizia nr. 258/2006 publicată în Monitorul Oficial al României Partea I cu numărul 341 din data de 17 aprilie 2006, Curtea a stabilit că „inexistența sau neexplicarea urgenței reglementării situațiilor extraordinare, [...] constituie în mod evident o barieră constituțională în calea adoptării de către Guvern a unei ordonanțe de urgență în sensul arătat. A decide altfel înseamnă a goli de conținut dispozițiile art. 115 din Constituție privind delegarea legislativă și a lăsa libertate Guvernului să adopte în regim de urgență acte normative cu putere de lege, oricând și – ținând seama de împrejurarea că prin ordonanță de urgență se poate reglementa și în materii care fac obiectul legilor organice – în orice domeniu”. Mai mult, Curtea, prin **Decizia nr. 421/2007** publicată în Monitorul Oficial al României Partea I cu numărul 367 din data de 30 mai 2007, a statuat că „urgența reglementării nu echivalează cu existența situației extraordinare, reglementarea operativă putându-se realiza și pe calea procedurii obișnuite de legiferare”.

Legiuitorul constituant, prin folosirea sintagmei "situație extraordinară", a încercat "restrângerea domeniului în care Guvernul se poate substitui Parlamentului, adoptând norme primare în considerarea unor rațiuni pe care el însuși este suveran să le determine". Situațiile extraordinare exprimă un grad mare de abatere de la obișnuit sau comun, aspect întărit și prin adăugarea

sintagmei "a căror reglementare nu poate fi amânată", consacrandu-se astfel în *terminis* imperativul urgenței reglementării.

Însă, așa cum a subliniat Curtea Constituțională prin **Decizia nr. 919/2011** publicată în Monitorul Oficial al României Partea I cu numărul 504 din data de 15 iulie 2011, pentru a fi pe deplin respectate exigentele art. 115 alin. (4) din Constituție, Guvernul trebuie să demonstreze și faptul că măsurile în cauză nu sufereau amânare, practic, că nu exista vreun alt instrument legislativ ce ar fi putut fi folosit în vederea evitării rapide a consecințelor negative avute în vedere.

Anterior revizuirii Constituției, conceptul de „*situație extraordinară*” prevăzut de art. 115 alin. (4) din Constituție se regăsea sub cel de „*caz excepțional*”. Subordonarea, prin chiar textul constituțional, a adoptării ordonanței de urgență existenței unui caz excepțional îi conferă acestuia semnificația de criteriu de constituționalitate. În absența unei definiții constituționale a noțiunii de „*caz excepțional*”, acesta trebuie definit în raport cu „*necesitatea și urgența reglementării unei situații care, datorită circumstanțelor sale excepționale, impune adoptarea de soluții imediate, în vederea evitării unei grave atingeri aduse interesului public*” (**Decizia nr. 134/2005** publicată în Monitorul Oficial al României Partea I cu numărul 392 din data de 10 mai 2005).

Neexistând o definiție de rang constituțional a noțiunii de **situație extraordinară**, în doctrină, s-a precizat că aceasta este: a) o condiție constituțională de esență, fundamentală pentru adoptarea ordonanțelor de urgență; b) o situație obiectivă și independentă, în sensul că producerea acesteia nu depinde de voința vreunei autorități publice și nu se justifică prin instituirea altei situații de criză constituțională; c) o situație imprevizibilă care se abate de la regulile sau așteptările obișnuite și a cărei reglementare nu suportă în nici un fel amânare; d) o situație care periclitizează interesul public, funcționarea normală a autorităților statului și regimul politic; pericolul cauzat de această

situație trebuie să reclame urgență, adică să fie un pericol cert și imediat, pe care să se producă¹.

În ceea ce privește aprecierea *situației extraordinare*, în materialul transmis de către Procurorul General al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, înregistrat la instituția Avocatul Poporului cu nr. 2507 din 2 februarie 2017 (anexat prezentei), se arată că existența *situației extraordinare* nu se regăsește pentru următoarele motive, reținute cu titlu de exemplu în continuare:

- Modificările aduse art. 269 din Codul penal nu au figurat în proiectul ordonanței pentru care a fost solicitat și obținut avizul Consiliului Superior al Magistraturii;

- Modificările aduse infracțiunii de abuz în serviciu sub pretextul punerii în acord cu Decizia nr. 405/2016 depășesc cadrul trasat de această decizie. De pildă, se introduce sintagma "*vătămare gravă, certă și efectivă a drepturilor și intereselor (...)*", sintagma lipsită de previzibilitate; se stabilește un prag minim de 200.000 lei în ceea ce privește prejudiciul cauzat prin infracțiune, aspect care reprezintă un mod arbitrar de a rezolva problema; reducerea considerabilă a limitelor de pedeapsă oferă posibilități limitate în individualizarea *in concreto* a cuantumului pedepsei aplicate în funcție de întinderea prejudiciului;

- Abrogarea infracțiunii de neglijență în serviciu nu este argumentată în preambulul ordonanței;

Decizia Curții Constituționale în considerarea căreia se propune modificarea art. 336 din Codul penal este deja aplicată în mod unitar de către poliție, parchete și instanțe, astfel încât decizia nu a creat în practica judiciară o situație cu caracter extraordinar care să împiedice înfăptuirea justiției;

- În ceea ce privește limitarea depunerii denunțului într-un anumit termen instituit prin art. II pct. 3 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 16/2017, se arată că textul propus are carențe de ordin constituțional, de

¹ V. Cârstea „Condițiile stabilite de art. 115 alin. (4) din Constituție pentru adoptarea ordonanțelor de urgență ale Guvernului” în R.D.P. nr. 1/2005, p. 48 și urmat.

fundamentare a conținutului normei, de tehnică legislativă și de corelare cu celelalte dispoziții procedurale. În acest sens, se motivează că nu se poate identifica vreo situație care, prin caracterul său extraordinar, să reclame modificarea instituției tradiționale a denunțului exonerator în cazul infracțiunilor de luare de mită și cumpărare de influență și, cu atât mai puțin, nici vreun motiv pentru care o atare intervenție normativă nu ar putea fi amânată.

În plus, apreciem că situațiile juridice invocate în preambulul ordonanței de urgență nu sunt apte să justifice caracterul extraordinar și urgența în reglementare cu eludarea procedurilor parlamentare, întrucât:

- în vederea transpunerii Deciziei nr. 732/2014, potrivit căreia sintagma *"la momentul prelevării mostrelor biologice"* din cuprinsul art. 336 alin. (1) din Codul penal este neconstituțională, există deja un proiect de lege, aflat în procedură parlamentară (PL-x 409/2015);

- în vederea transpunerii Deciziei nr. 603/2015, prin care s-a constatat că sintagma *"raporturi comerciale"* din cuprinsul art. 301 alin. (1) din Codul penal este neconstituțională, iar sintagma *"ori în cadrul oricărei persoane juridice"* din cuprinsul art. 308 alin. (1) din Codul penal, cu raportare la art. 301 din Codul penal este neconstituțională, există în procedură parlamentară o propunere legislativă (PL-x 333/2015);

- necesitatea transpunerii Directivei nr. 2016/343/UE al cărei termen de transpunere nu este iminent, nu constituie o situație extraordinară și nu justifică urgența; de altfel, chiar și în cazul directivelor al căror termen de transpunere expirase, Guvernul a recurs la procedurile parlamentare obișnuite (a se vedea Legea nr. 151/2016);

- de asemenea, unele dintre intervențiile legislative aduse în cuprinsul ordonanței (ex: art. I pct. 2 prin care s-a introdus alin. (4) al art. 269 din Codul penal; limita valorică din conținutul constitutiv al infracțiunii de abuz în serviciu și art. II pct. 3 prin care s-a introdus alin. (3) la art. 290 din Codul de procedură penală) exced motivelor invocate în preambulul ordonanței.

2. *Abordând analiza de neconstituționalitate din punct de vedere intrinsec*, apreciem că, în ceea ce privește *reconfigurarea infracțiunii de abuz în serviciu*, reglementată de pct. 3 al art. I din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 13/2017, soluția legislativă adoptată **contravine prevederilor constituționale ale art. 1 alin. (3) și (5) privind obligativitatea respectării Constituției, a supremației sale și a legilor, precum și art. 147 alin. (4) referitoare la obligativitatea deciziilor Curții Constituționale**, prin aceea că nu ține seama de interpretarea dată de Curtea Constituțională textului art. 297 din Codul penal, prin **Decizia nr. 405/2016** publicată în Monitorul Oficial al României Partea I cu numărul 517 din 8 iulie 2016. Dispozițiile art. 1 alin. (5) din Constituție prevăd o îndatorire fundamentală a cetățenilor (obligția respectării legii și a Constituției) care a fost transformată, odată cu revizuirea Constituției în 2003, într-un veritabil principiu general al întregii reglementări constituționale.

Din examinarea Deciziei nr. 405/2016, observăm că instanța de contencios constituțional a constatat că dispozițiile art. 246 din Codul penal din 1969 și ale art. 297 alin. (1) din Codul penal sunt constituționale în măsura în care prin sintagma "îndeplinește în mod defectuos" din cuprinsul acestora se înțelege "*îndeplinește prin încălcarea legii*", **fără a distinge categoriile de acte normative a căror încălcare atrage sancțiunea penală.** Or, analizând conținutul juridic al infracțiunii de abuz în serviciu, în forma propusă de actul normativ criticat, rezultă că elementele constitutive ale infracțiunii sunt întrunite numai în măsura în care funcționarul public îndeplinește un act prin încălcarea unor dispoziții exprese dintr-o *lege, o ordonanță sau o ordonanță de urgență a Guvernului*, prin urmare numai nerespectarea unor anumite acte normative care intră în alcătuirea sistemului normativ al României atrage răspunderea penală. În literatura de specialitate², s-a reținut că atunci când se utilizează formula "*legea ca izvor de drept*", trebuie avut în vedere **sensul larg** al noțiunii de lege (ca act cu

² N. Popa, Teoria generală a dreptului, pag 169-170, Ed. C.H. Beck, București 2012

putere obligatorie) și nu sensul său restrâns (de act normativ pe care-l adoptă, după o procedură specifică, Parlamentul). Într-adevăr actul normativ cuprinde, în primul rând, legea elaborată de Parlament (înainte de toate, Constituția), dar nu se reduce la aceasta. Există un sistem al actelor normative *în sensul larg și comun*, legea – însemnând orice regulă de drept obligatorie – cuprinde orice izvor de drept. Actul normativ este izvorul de drept creat de către organe ale autorității publice, investite cu competențe normative (parlament, guvern, organe administrative locale). Actul normativ cuprinde norme general obligatorii a căror aplicare poate fi realizată și prin intervenția forței coercitive a statului. Sistemul actelor normative juridice este compus din: *legi, decrete, hotărâri și ordonanțe ale Guvernului, regulamente și ordine ale ministerelor, decizii și hotărâri ale organelor administrative locale.*

Noțiunea de „lege” este folosită în sensul său larg, care include, pe lângă Legea fundamentală, și toate celelalte acte normative cu forță juridică echivalentă legii sau inferioară acesteia, care constituie ansamblul normativ pe care trebuie să se fundamenteze actul de justiție (a se vedea Decizia nr. 799/2011, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 440 din 23 iunie 2011).

În privința *exigențelor materiale* de care este ținut legiuitorul în materie penală, Curtea Constituțională a reținut³ că legiuitorul are competența de a dezincrimina infracțiuni atunci când nu se mai justifică necesitatea folosirii mijloacelor penale, însă este evident că **marja de apreciere a acestuia nu este una absolută** (a se vedea și Decizia nr. 2/2014 publicată în Monitorul Oficial al României Partea I cu numărul 71 din data de 29 ianuarie 2014). Astfel, măsurile **de politică penală trebuie să fie promovate în respectul valorilor, exigențelor și principiilor consacrate prin Constituție și asumate în mod expres și neechivoc de către Parlament.** De aceea, Curtea a subliniat permanent în

³ Decizia nr. 619/2016 a Curții Constituționale, publicată în Monitorul Oficial al României cu nr. 6 din data de 4 ianuarie 2017

deciziile sale faptul că *"incriminarea/dezincriminarea unor fapte ori reconfigurarea elementelor constitutive ale unei infracțiuni în de marja de apreciere a legiuitorului, marjă care nu este absolută, ea fiind limitată de principiile, valorile și exigențele constituționale"* (Decizia nr. 683/2014, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 47 din 20 ianuarie 2015, paragraful 16, și *ad similes* Decizia nr. 54/2015, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 257 din 17 aprilie 2015). Tot în același sens, Curtea a subliniat că marja de apreciere a legiuitorului, atunci când pune în discuție **nesanționarea încălcării unor relații sociale ce ar avea drept consecință existența unei amenințări cu privire la instituțiile statului de drept, democrație, drepturile omului, echitatea și justiția socială** (Decizia nr. 2 din 15 ianuarie 2014) este una limitată, fiind supusă unui control strict al Curții Constituționale. Însă, orice măsură care ține de politica penală trebuie realizată printr-o normă penală de drept substanțial clară, transparentă, neechivocă și asumată expres de Parlament.

În cazul de față, prin scoaterea în afara ilicitului penal a faptei funcționarului public care, în exercitarea atribuțiilor de serviciu, cu știință, îndeplinește un act prin încălcarea unor dispoziții exprese dintr-o lege, o ordonanță sau o ordonanță de urgență a Guvernului sau nu îndeplinește un act prevăzut de dispozițiile exprese dintr-o lege și prin aceasta cauzează o pagubă materială mai mare de 200.000 lei, se creează un dezechilibru la nivelul protecției valorilor sociale, aspect care într-o societate democratică nu poate fi acceptat. Astfel, firesc este ca principala consecință a unei infracțiuni de serviciu să fie reprezentată de o pedeapsă, indiferent de cuantumul prejudiciului, cu particularitățile pe care legiuitorul alege să le adopte, însă, în nici un caz, prin excluderea de la răspunderea penală a vreunei categorii de persoane, pe criterii contrare prevederilor constituționale menționate.

Or, în contextul actual, în care statul român este angajat în lupta împotriva unor fapte care înfrâng valorile sociale privind integritatea, cinstea și răspunderea

funcționarilor publici, **dezincriminarea unor asemenea fapte nu este o opțiune de politică penală adecvată.**

În plus, **reconfigurarea infracțiunii de abuz în serviciu se poate realiza în mod gradual, progresiv, oferindu-se acestei infracțiuni o structură coerentă, pentru a elimina eventualele decizii discreționare dispuse de organele de cercetare penală și instanțele de judecată în lipsa unui plafon.** Cu ocazia redefinirii infracțiunii de abuz în serviciu și stabilirii unui nou regim sancționator diferit, în funcție de valoarea socială ocrotită, respectiv de interesul ocrotit, apreciem că trebuie avut în vedere **principiul proporționalității pedepsei.**

În aplicarea acestui principiu al proporționalității se poate institui chiar și un plafon, însă în mod gradual în funcție de gravitatea faptei de abuz în serviciu, nu doar pentru a limita abuzul de putere, dar și pentru a evita încălcarea drepturilor și libertăților funcționarilor publici.

Utilizarea proporționalității prin norma incriminatoare cu valorile sociale ocrotite de prevederile legale considerăm că este o alegere potrivită pentru încurajarea unui standard mai ridicat de comportament al funcționarilor publici, care poate duce la netulburarea bunului mers al activității instituțiilor publice, precum și la nepagubirea patrimoniului acestora.

3. *În ceea ce privește încălcarea dispozițiilor art. 16 alin. (1), (2) și (3), ale art. 11 alin. (1) și (2) și ale art. 1 alin. (3) și (5) din Constituție, apreciem că excluderea persoanelor care au atribuții în cazul emiterii, aprobării sau adoptării actelor normative (art. 1 pct. 2 art. 269 alin. (4) și pct. 3 art. 297 alin. (3) din Ordonanța de urgență nr. 13/2007) din sfera de incidență a răspunderii penale în materia infracțiunilor de serviciu nu constituie un criteriu obiectiv în funcție de care se poate justifica intervenția legiuitorului.*

Așa fiind, apreciem că determinante pentru includerea sau excluderea persoanelor de la incidența normei penale sunt criteriile precum natura

serviciului prestat, temeiul juridic în baza căruia se prestează respectiva activitate sau raportul juridic dintre persoana în cauză și autoritățile publice, instituțiile publice, instituțiile sau alte persoane juridice de interes public.

Argumentele care stau la baza susținerii Avocatului Poporului sunt următoarele:

Convenția penală cu privire la corupție, adoptată de Consiliul Europei la 27 ianuarie 1999, la Strasbourg, ratificată de România prin Legea nr. 27/2002, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 65 din 30 ianuarie 2002, prevede că fiecare parte - stat semnatar al convenției, adoptă măsurile legislative și alte măsuri care se dovedesc necesare pentru a incrimina ca infracțiune, conform dreptului său intern, atunci când s-au săvârșit cu intenție, fapte de corupție.

Textul Convenției penale cu privire la corupție utilizează noțiunea de "agent public" cu privire la care se stipulează, în cuprinsul art. 1, că aceasta este interpretată prin referire la definiția noțiunilor de funcționar, funcționar public, ministru, primar sau judecător în dreptul național al statului în care persoana în cauză exercită această funcție, precum și la modul în care aceasta este aplicată în dreptul său penal. În plus, Convenția folosește, în art. 4, și noțiunea de "*membru al unei adunări publice naționale*", categorie care îi are în vedere pe parlamentarii aleși sau numiți la nivelul adunărilor, regionale sau naționale, care exercită puteri legislative sau administrative. Dispozițiile art. 4 - Corupția membrilor adunărilor publice naționale au următorul conținut: "*Fiecare parte adoptă măsurile legislative și alte măsuri care se dovedesc necesare pentru a incrimina ca infracțiune, conform dreptului său intern, faptele menționate la art. 2 și 3, dacă acestea se referă la o persoană membră a unei adunări publice naționale care exercită puteri legislative sau administrative*".

Potrivit Raportului explicativ al Convenției penale privind corupția, publicat în CETS nr. 173/1999, această categorie de persoane este, de asemenea,

vulnerabilă la corupție. În ce privește corupția activă, interesul legitim al combaterii ei vizează **asigurarea bunei funcționări a autorităților publice, astfel ca aceasta să își exercite atribuțiile de o manieră transparentă, echitabilă, imparțială și în respectul interesului general.** În același timp, articolul are ca scop păstrarea încrederii cetățenilor în autoritățile statului și protejarea membrilor înșiși a unei adunări publice naționale de posibilele manevre împotriva lor. Interesul legitim este diferit în ce privește corupția pasivă, și anume în cazul în care un membru al unei adunări publice naționale este corupt, convenția protejează transparența, echitatea și imparțialitatea procesului de decizie a adunărilor publice naționale și a membrilor lor în ce privește manevrele de corupție (paragraful 32).

Convenția privitoare la lupta împotriva corupției vizând funcționarii Comunităților Europene sau funcționarii statelor membre ale Uniunii Europene adoptată de Consiliul Uniunii Europene la 26 mai 1975, la care România a aderat prin Decizia Consiliului din 8 noiembrie 2007 privind aderarea Bulgariei și României la Convenția cu privire la combaterea actelor de corupție care implică funcționari ai Comunităților Europene sau funcționari ai statelor membre ale Uniunii Europene (încheiată în temeiul articolului K.3 alineatul (2) litera c) din Tratatul privind Uniunea Europeană nr. 2007/751/CE a Consiliului, adoptată la Bruxelles în 8 noiembrie 2007), nu are ca obiect de reglementare doar corupția care atentează asupra intereselor financiare ale Uniunii Europene, ci vizează **toate formele de corupție activă și pasivă în care sunt implicați funcționarii Comunităților Europene sau funcționarii statelor membre ale Uniunii Europene ori persoanele asimilate acestora.** Astfel, noțiunea de "funcționar național" este interpretată prin referire la definiția de "funcționar" sau de "ofițer public" din dreptul național al statelor membre unde persoana în cauză are această calitate, în scopul aplicării dreptului național al statului membru respectiv.

În cuprinsul art. 4 intitulat Asimilări, se face precizarea că "fiecare stat membru adoptă măsurile necesare pentru a se asigura că, în dreptul său național, incriminarea infracțiunilor de corupție vizate de art. 2 și 3 (n.r. referitoare la corupția pasivă, respectiv corupția activă) săvârșite de către sau împotriva propriilor miniștri, a persoanelor alese în adunările parlamentare, membrilor înaltelor jurisdicții sau membrilor Curții de Conturi în exercițiul funcției sunt aplicabile de aceeași manieră ca și în cazul infracțiunilor comise de către sau împotriva membrilor Comisiilor Comunităților europene, ai Parlamentului european, ai Curții de Justiție și a Curții de Conturi ale Comunităților europene, în exercitarea funcțiilor proprii".

Convenția Națiunilor Unite împotriva corupției, adoptată la New York la 31 octombrie 2003, ratificată de România prin Legea nr. 365/2004, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 903 din 5 octombrie 2004, definește noțiunea de "agent public" în cuprinsul art. 2 lit. a), astfel:

- "(i) orice persoană care deține un mandat legislativ, executiv, administrativ sau judiciar al unui stat parte, care a fost numită ori aleasă, cu titlu permanent sau temporar, care este remunerată ori neremunerată, și oricare ar fi nivelul său ierarhic;
- (ii) orice persoană care exercită o funcție publică, inclusiv pentru un organism public sau o întreprindere publică, ori care prestează un serviciu public, așa cum acești termeni sunt definiți în dreptul intern al statului parte și aplicați în domeniul pertinent al dreptului acestui stat;
- (iii) orice persoană definită ca «agent public» în dreptul intern al unui stat parte. Totuși, în scopurile anumitor măsuri specifice prevăzute în cap. II al prezentei convenții, prin agent public se poate înțelege orice persoană care exercită o funcție publică sau care prestează un serviciu public, așa cum acești termeni sunt definiți în dreptul intern al statului parte și aplicați în domeniul pertinent al dreptului acestui stat."

Fiecare stat parte adoptă 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, faptelor vizând corupția agenților publici naționali.

Din analiza dispozițiilor din dreptul intern și a celor cuprinse în tratatele internaționale ratificate de România, observăm că legislația română referitoare la combaterea corupției și a abuzului de funcții comise de funcționarii publici este conformă cu cerințele reglementărilor internaționale în materie, care, potrivit prevederilor **art. 11 alin. (2) din Constituție**, odată cu ratificarea, au devenit "parte din dreptul intern". Noțiuni precum "*agent public*" / "*membru al adunărilor publice naționale*" / "*funcționar național*" / "*ofițer public*" își găsesc corespondent în legislația română în vigoare în materie penală în noțiunile de "*funcționar public*" și "*funcționar*".

Din jurisprudența Curții Constituționale (**Decizia nr. 2/2014**), reiese că o consecință imediată a restrngerii sferei de incidență a noțiunii de "*funcționar public*" / "*funcționar*", în ceea ce privește subiectele de drept amintite, rezidă în înlăturarea răspunderii penale a acestora în cazul săvârșirii infracțiunilor al căror subiect activ calificat este funcționarul public/funcționarul.

În considerentele deciziei amintite s-a reținut că, prin **eliminarea din sfera actelor care privesc emiterea, adoptarea, aprobarea și semnarea actelor, infracțiunea este propriu-zis lipsită de conținut.**

Cu acest prilej, Curtea Constituțională a constatat că, **prin modificările operate, legiuitorul a afectat protecția penală acordată unor valori sociale deosebit de importante.** Fenomenul corupției este considerat a fi una dintre cele mai grave amenințări cu privire la instituțiile statului de drept, democrație, drepturile omului, echitatea și justiția socială, cu efecte negative asupra activității autorităților și instituțiilor publice și asupra funcționării economiei de piață. Corupția se constituie într-un obstacol al dezvoltării economice a statului și compromite stabilitatea instituțiilor democratice și fundamentul moral al societății. În consecință, în ultima perioadă, politica penală declarată a statului a

fost aceea de a intensifica eforturile în scopul adoptării unor acte normative în materia combaterii corupției, care, printre altele, să prevadă incriminarea coordonată a tuturor infracțiunilor de corupție la toate nivelurile autorităților și instituțiilor statului.

În condițiile în care dispozițiile legale exclud de la răspundere penală persoanele care ocupă funcții și exercită atribuții și responsabilități, stabilite în temeiul Constituției și al legii, în scopul realizării prerogativelor de putere cu care sunt învestite, la nivelul cel mai înalt în statul român, **apreciem că se instituie premisele unui tratament discriminatoriu, cu încălcarea art. 16 alin. (1) din Constituție**, care statuează că *"cetățenii sunt egali în fața legii și a autorităților publice, fără privilegii și fără discriminări"*.

Prin urmare, având în vedere sfera atribuțiilor ce intră în competența funcțiilor exceptate de la aplicarea sancțiunilor prevăzute de art. 269 și art. 279 din Codul penal, care, prin excelență, au conotații de putere publică, este justificată **vocația acestora în calitate de subiect activ pentru infracțiunile de serviciu.**

Sub acest aspect, Decizia nr. 2/2014 subliniază că, prin consacrarea la nivel normativ a unei cauze de impunitate a anumitor persoane, cu privire la infracțiuni care aduc atingere instituțiilor fundamentale ale statului de drept, **legiuitorul reglementează un regim juridic distinct, de natură să le confere un statut privilegiat față de restul persoanelor care exercită funcții și demnități publice, și care rămân circumscrise noțiunii de "funcționar public"**. Așa fiind, în mod paradoxal, legiuitorul extrage din aria de incidență a răspunderii penale tocmai persoanele care ocupă funcții reprezentative în stat și care exercită prerogative de putere reală, persoane ale căror fapte de natură penală produc consecințe grave asupra bunei funcționări a autorităților publice, asupra actului decizional care privește interesul general al societății și, nu în ultimul rând, asupra încrederii cetățenilor în autoritatea și prestigiul instituțiilor statului.

Totodată, Curtea Constituțională a apreciat că, **dacă asemenea fapte nu ar fi descurajate prin mijloacele dreptului penal, ar conduce la încălcarea valorilor fundamentale, ocrotite de Codul penal, valori de rang constituțional, precum statul de drept, democrația, respectarea Constituției și a legilor, care sunt consacrate prin art. 1 alin. (3) și (5) din Legea fundamentală printre valorile supreme.**

Pe de altă parte, Curtea Constituțională a constatat că **statutul juridic distinct, privilegiat, sub aspectul răspunderii penale, contravine principiului egalității în drepturi a cetățenilor, consacrat de art. 16 alin. (1) din Constituție**, potrivit căruia *"cetățenii sunt egali în fața legii și a autorităților publice, fără privilegii și fără discriminări"*.

În opinia Avocatului Poporului, **dispozițiile art. I pct. 2 art. 269 alin. (4) și pct. 3 art. 297 alin. (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 13/2007 contravin și prevederilor art. 16 alin. (1) din Constituție. Într-adevăr, în măsura în care anumite subiecte de drept sunt excluse, prin efectul unei dispoziții legale adoptate în considerarea lor și aplicabile numai în ceea ce le privește, incidenței unei reglementări legale constituind dreptul comun în materie, dispozițiile legale în cauză nesocotesc principiul constituțional potrivit căruia "nimeni nu este mai presus de lege".**

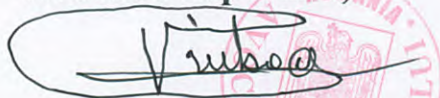
În plus, **statutul juridic privilegiat, creat prin actul normativ criticat, contravine și prevederilor art. 11 alin. (1) din Constituție, potrivit cărora "Statul român se obligă să îndeplinească întocmai și cu bună-credință obligațiile ce-i revin din tratatele la care este parte."** Astfel, ratificând sau aderând la convențiile internaționale menționate în prealabil, statul român și-a asumat obligația de a respecta și transpune întocmai prevederile internaționale în dreptul său intern, și anume obligația de a incrimina corupția activă și corupția pasivă a persoanelor care se circumscriu categoriilor *"agent public"/"membru al adunărilor publice naționale"/"funcționar național"/"ofițer public", noțiuni care au corespondență, în dreptul penal român, în noțiunile de "funcționar public"/"funcționar"*.

În plus, referitor la modificările aduse legislației în materie penală, Curtea Constituțională a constatat că, potrivit art. 1 alin. (5) din Legea fundamentală, respectarea Constituției este obligatorie, de unde rezultă că **Parlamentul nu-și poate exercita competența de incriminare și de dezincriminare a unor fapte antisociale, decât cu respectarea normelor și principiilor consacrate prin Constituție.** De altfel, Curtea Constituțională a statuat în jurisprudența sa (Decizia Curții Constituționale nr. 62/2007, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 104 din 12 februarie 2007) că *"Parlamentul nu ar putea defini și stabili ca infracțiuni, fără ca prin aceasta să încalce Constituția, fapte în conținutul cărora ar intra elemente de discriminare dintre cele prevăzute de art. 4 alin. (2) din Legea fundamentală. Tot astfel, Parlamentul nu poate proceda la eliminarea protecției juridice penale a valorilor cu statut constituțional. Libertatea de reglementare pe care o are Parlamentul în aceste cazuri se exercită prin reglementarea condițiilor de tragere la răspundere penală pentru faptele antisociale care aduc atingere valorilor prevăzute și garantate de Constituție"*.

Față de aceste considerente, apreciem că, mai mult, Guvernul, pe calea delegării legislative, nu poate proceda la eliminarea protecției juridice penale a valorilor cu statut constituțional.

În atare condiții, considerăm că dispozițiile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 19/2017 nu întrunesc exigențele impuse de prevederile art. 115 alin. (4), art. 1 alin. (3) și (5), art. 16 alin. (1) și (3), art. 11 alin. (1) și (2) și ale art. 147 alin. (4) din Constituție, astfel cum au fost dezvoltate pe cale jurisprudențială de către Curtea Constituțională.

Avocatul Poporului,



Victor Ciorbea