



Congresul Autorităților Locale din Moldova

Str. Columna, 106A, Chișinău, Republica Moldova (secretariat)
Telefax: 22-35-29, 21-32-35, e-mail: info@calm.md, web: www.calm.md

Nr 38 din 22 aprilie 2018

Către: *Autoritățile publice competente*
Membrii CALM, etc.

OPINIE

*referitor la calificările de fapt și de drept
din cauze penale privind aleșii locali în comiterea infracțiunilor prevăzute în
art. 327 alin. (2) lit. b), 328 alin. (3) lit. b) și d)
și 329 alin. (2) lit. b), etc. din Codul penal*

Congresul Autorităților Locale din Moldova (CALM) conform sarcinilor statutare, obligațiile față de membrii CALM, adresările parvenite de la ei, precum și capacitatea de expertiză în domeniul administrației publice locale (APL), monitorizează acțiunile organelor de urmărire penală și procuraturii în privința aleșilor locali. În rezultat am constatat următoarele, care sperăm vor ajuta organele de resort să examineze sub toate aspectele, complet și obiectiv, circumstanțele cauzelor.

1. În rezultatul analizei diferitor cauze, ca constatare generală am stabilit că organele de urmărire penală și procuraturii neglijează sau nu aplică în cunoștință de cauză normele legislației în vigoare prin prisma principiilor constituționale, legale și internaționale de organizare și funcționare a autorităților administrației publice locale (APL), în special ***principiile descentralizării serviciilor publice (descentralizării administrative) și autonomiei locale.*** Recomandăm să fie atrasă atenție la următoarele principii de bază sau, altfel spus, *pilonii care ar trebui să stea la examinarea cauzelor:*

1) ***Consiliile locale și cele raionale, primarii și președinții de raioane funcționează ca autorități administrative autonome, soluționând treburile publice din sate (comune), orașe (municipii) și raioane în condițiile legii. Raporturile dintre autoritățile publice centrale și cele locale au la bază principiile autonomiei, legalității, transparenței și colaborării în rezolvarea problemelor comune. Între autoritățile centrale și cele locale, între autoritățile publice de nivelul întâi și cele de nivelul al doilea nu există raporturi de subordonare, cu excepția cazurilor prevăzute de lege*** (a se vedea art. 6 din Legea privind administrația publică locală, nr. 436-XVI din 28.12.2006).

2) ***Autoritățile administrației publice locale beneficiază de autonomie decizională, organizațională, gestionară și financiară, au dreptul la inițiativă în tot ceea ce privește administrarea treburilor publice locale, exercitându-și, în condițiile legii, autoritatea în limitele teritoriului administrat. În realizarea competențelor lor, autoritățile administrației publice locale dispun de autonomie, consfințită și garantată prin Constituția Republicii Moldova, Carta Europeană a Autonomiei Locale și prin alte tratate la care Republica Moldova***

este parte (a se vedea art. 3 și 7 din Legea privind administrația publică locală, nr. 436-XVI din 28.12.2006).

3) ***Președintele raionului, la fel ca și primarul, în calitatea sa de autoritate publică executivă, asigură executarea deciziilor consiliului, poate îndeplini și alte atribuții prevăzute de legislația în vigoare sau încredințate de consiliu.*** (a se vedea art. 29 și 53 din Legea privind administrația publică locală, nr. 436-XVI din 28.12.2006)

2. ***Am constatat că la calificarea juridică a faptelor nu se respectă principiul ierarhiei actelor juridice normative, adică forța juridică a unei norme de drept sau alta, precum și jurisprudența Curții Constituționale.*** De exemplu norma din Legea privind administrația publică locală, inclusiv cele citate mai sus, tot tipul vor avea prioritate (vor prevala) asupra diferitor norme din hotărâri ale Guvernului, care sunt norme subsecvente legii, adică norme administrative. Cu regret actele de învinuire (rechizitoriile), în aspectele de drept, sunt „împânzite” cu referințe la norme inferioare legii, adică hotărâri ale Guvernului, *normele din legea specială* fiind totalmente neglijate. Plus la acesta *procesul penal se desfășoară în strictă conformitate cu principiile și normele unanim recunoscute ale dreptului internațional, cu tratatele internaționale la care Republica Moldova este parte, cu prevederile Constituției Republicii Moldova și ale Codului de procedură penală.* Dacă, în procesul judecării cauzei, instanța constată că norma juridică ce urmează a fi aplicată contravine prevederilor Constituției și este expusă într-un act juridic care poate fi supus controlului constituționalității, judecarea cauzei se suspendă, se informează Curtea Supremă de Justiție care, la rândul său, sesizează Curtea Constituțională. Dacă, în procesul judecării cauzei, *instanța stabilește că norma juridică ce urmează a fi aplicată contravine prevederilor legale și este expusă într-un act juridic care nu poate fi supus controlului constituționalității, instanța va aplica în direct legea. Hotărârile Curții Constituționale privind interpretarea Constituției sau privind neconstituționalitatea unor prevederi legale sânt obligatorii pentru organele de urmărire penală, instanțele de judecată și pentru persoanele participante la procesul penal* (a se vedea art. 7 din Codul de procedură penală).

3. ***În actele de învinuire (rechizitoriul) deseori este defectuos reflectat componentul argumentării legăturii cauzale dintre faptă și prejudiciul real cauzat.*** Pur și simplu sunt luate sumele achitate sau prevăzute în anumite contracte, fără a analiza în ce măsură ele erau imperioase în exercitarea eficientă a atribuțiilor prevăzute prin lege sau conform legii, inclusiv în ce măsură erau în exces. Atragem atenție în acest sens la jurisprudența Curții Constituționale, care este obligatorie după cum am menționat mai sus. În Hotărârea Curții Constituționale nr.33 din 07.12.2017 privind excepția de neconstituționalitate a unor prevederi din articolele 327 alin.(1) și 361 alin.(2) lit. d) din Codul penal (abuzul de putere sau abuzul de serviciu) (sesizările nr.80g/2017 și nr.129g/2017) a fost stabilit cu titlu definitiv: „93. În acest sens, deși infracțiunea de abuz de putere sau abuz de serviciu a fost concepută să acopere o gamă largă de abateri ale persoanelor publice, totuși, **Curtea menționează că, pentru aplicarea normei penale în calitate de ultim resort, noțiunea „situația de serviciu” din elementul material al infracțiunii „abuz de putere sau abuz de serviciu” de la articolul 327 din Codul penal trebuie analizată doar prin raportare la atribuțiile de serviciu acordate prin lege.**

94. În acest sens, Curtea notează că conceptul **de lege** poate fi înțeles doar ca act adoptat de Parlament în temeiul art.72 din Constituție.

95. Curtea reține că, **în cazul în care folosirea intenționată de către o persoană publică a situației de serviciu nu s-ar raporta la atribuțiile de serviciu prevăzute de o lege, s-ar ajunge la situația ca elementul material al infracțiunii de abuz de putere sau abuz de serviciu să fie configurat atât de către legiuitor, cât și de către alte entități publice.** ».

Prin urmare instanța ar trebui să neglijeze în totalitate referințele la actele Guvernului, ca temei juridic al incriminării faptelor respective.

În continuare Curtea statuează următoarele:

„96. Curtea reiterează că **legea penală are repercusiunile cele mai dure comparativ cu alte legi sancționatoare**, ea incriminează faptele cele mai prejudiciabile, respectiv, **norma penală trebuie să dispună de o claritate desăvârșită pentru toate elementele componenței infracțiunii** în cazul normelor din partea specială a legii penale (*Hotărârea Curții Constituționale nr.14 din 27 mai 2014, §83*).

.....
98. Astfel, pentru încălcarea de către persoanele publice a atribuțiilor de serviciu legiuitorul prevede și alte forme de răspundere, cum ar fi cea disciplinară, contravențională sau civilă.

99. În acest sens, Curtea constată că prevederile art. 312 din Codul contravențional instituie răspunderea contravențională pentru abuzul de putere sau abuzul de serviciu, sancționând: **„Folosirea intenționată a situației de serviciu într-un mod care contravine intereselor publice sau drepturilor și intereselor ocrotite de lege ale persoanelor fizice și juridice, dacă fapta nu întrunește elementele constitutive ale infracțiunii”**.

100. În consecință, Curtea menționează că infracțiunea de abuz de putere sau abuz de serviciu trebuie să se deosebească de faptele care au un caracter disciplinar sau contravențional **anume prin intensitatea elementului material al infracțiunii**. Or, din moment ce legiuitorul a preferat să instituie mai multe forme de răspundere pentru încălcarea atribuțiilor de serviciu, modalitatea penală trebuie delimitată de celelalte forme extrapenale prin reglementări *clare*, care ar permite atât destinatarului legii, cât și organelor de drept să deosebească comportamentul infracțional de cel care poate angaja alte forme de răspundere juridică.

101. În acest sens, Curtea relevă că în Hotărârea nr.12 din 28 martie 2017 a statuat că:

„83. [...] **legiuitorul trebuie să dozeze folosirea mijloacelor penale în funcție de valoarea socială ocrotită** [...]”

84. [...] în exercitarea competenței de legiferare în materie penală, legiuitorul trebuie să țină seama de principiul potrivit căruia **incriminarea unei fapte ca infracțiune trebuie să intervină ca ultim resort în protejarea unei valori sociale**, ghidându-se după principiul „*ultima ratio*”, care semnifică că legea penală este unica măsură ce poate atinge scopul urmărit, **altele de ordin civil, administrativ, disciplinar etc. fiind ineficiente în realizarea acestui deziderat.**”

102. Curtea reține că principiul „*ultima ratio*” nu trebuie interpretat ca având semnificația că legea penală trebuie privită ca o ultimă măsură aplicată din perspectiva cronologică, ci trebuie interpretat ca având semnificația că legea penală este singura în măsură să atingă scopul urmărit, alte măsuri de ordin civil, administrativ fiind improprii în realizarea acestui deziderat.

103. Prin urmare, Curtea reține că pentru asigurarea principiului legalității incriminării textul „*a situației de serviciu*” din alin.(1) al art.327 din Codul penal urmează a fi interpretat prin raportare la atribuțiile de serviciu reglementate expres prin lege.

104. În același timp, Curtea reiterează că **nu orice încălcare a prevederilor unei legi poate atrage răspundere penală pentru abuz de putere sau abuz de serviciu.**

105. În acest context, Curtea notează că ține de competența organelor de urmărire penală și a instanțelor de judecată să aprecieze dacă încălcarea atribuțiilor (drepturi și obligații) deduse din prevederile unei legi corespunde unei asemenea severități, încât aplicarea prevederilor art. 327 alin.(1) din Codul penal să intervină în calitate de ultim resort. Astfel,

raportarea la prevederea normativă încălcată trebuie realizată în ipoteza analizei gradului de intensitate al încălcării atribuțiilor prestabilite prin administrarea probelor plauzibile.”.

Cele relatate deja ne duce la concluzia că, în cel mai rău caz, faptele incriminate ar putea fi recalificate prin o altă formă de răspundere juridică mai blândă sau chiar liberarea de răspundere.

De asemenea Curtea anterior a declarat neconstituțional textul „*intereselor publice*” din art.328 alin.(1) din Codul penal, prin Hotărârea nr.22 din 27 iunie 2017. În speță, Curtea reține că legea penală nu conține criterii clare, previzibile și accesibile pentru aprecierea urmărilor prejudiciabile ale infracțiunilor prevăzute de art.327 alin.(1) și art.361 alin.(2) lit. d) din Codul penal, lipsa cărora determină organele judiciare de a aprecia impactul *concret* al acțiunilor persoanelor asupra unei valori *abstracte*, protejate de legea penală, precum este „*interesul public*”. Curtea **constată că instanța de judecată la individualizarea răspunderii penale și pedepsei penale este obligată să stabilească cu certitudine urmările prejudiciabile ale infracțiunii incriminate inculpatului**, or, potrivit art.7 alin.(1) din Codul penal, la aplicarea legii penale se ține cont de **caracterul și gradul prejudiciabil al infracțiunii săvârșite**, de persoana celui vinovat și de circumstanțele cauzei care atenuază ori agravează răspunderea penală. De altfel, atribuirea unor fapte infracționale concrete ca prejudiciind „*interesul public*”, *in abstracto*, nu poate satisface cerința de claritate și previzibilitate și totodată constituie o *interpretare a legii penale extensivă și defavorabilă persoanei*, contrar prevederilor art.3 alin.(2) din Codul penal. Curtea reține că interesul public reprezintă o noțiune complexă și dinamică, care, prin natura sa și prin raportare la dimensiunile economice, politice, sociale, juridice etc. ale statului și societății, variază în funcție de schimbările care se produc atât pe plan național, cât și internațional. Curtea constată că destinatarul legii care este învinuit de faptul că prin acțiunile sale infracționale a cauzat daune în proporții considerabile „*intereselor publice*”, în sensul art.327 alin.(1) și art.361 alin.(2) lit. d) din Codul penal, **este privat de posibilitatea de a determina fără echivoc urmările prejudiciabile concrete ale acțiunilor incriminate**. În Hotărârea nr.14 din 27 mai 2014, Curtea a statuat că **formulările generale și abstracte într-un caz concret pot afecta funcționalitatea legii penale, aplicarea ei coerentă și sistemică, ceea ce ar denatura principiul calității legii**. Concluzionând cele menționate, Curtea reține că utilizarea în art.327 alin.(1) și art.361 alin.(2) lit. d) din Codul penal a noțiunii „*intereselor publice*”, care constituie o noțiune generică, ce nu poate fi definită, încalcă articolele 1 alin.(3) și 22 din Constituție [*principiul legalității incriminării și pedepsei penale*], precum și articolul 23 din Constituție [*calitatea legii penale*].

Astfel atragem atenție că ***jurisprudența Curții stabilește că actele Curții Constituționale trebuie aplicate în integritate lor, nu doar partea dispozitivă, adică sunt considerate norme de drept.***

De asemenea Curtea accentuează în hotărârea citată mai sus că anterior a verificat constituționalitatea textului „*intereselor publice*” din art. 328 alin.(1) din Codul penal și a declarat neconstituțională prevederea menționată prin Hotărârea nr.22 din 27 iunie 2017. Totodată, având în vedere că noțiunea „*interes public*” se regăsește în mai multe componente de infracțiuni și contravenții, Curtea a emis o Adresă Parlamentului pentru efectuarea modificărilor de rigoare, cu luarea în considerare a raționamentelor expuse în hotărârea Curții. În același timp până în prezent în articolele 327 alin.(1) și 361 alin.(2) lit. d) din Codul penal nu au fost operate modificările de rigoare în acest sens.

4. În final ținem să accentuăm că în spiritul celor relatate mai sus este și recenta Recomandare 411 (2018) a Congresului Autorităților Locale și Regionale al Consiliului Europei privind misiunea de constatare a situației aleșilor locali în Republica Moldova care, printre altele, recomandă autorităților Republicii Moldova:

„să examineze procedurile judecătorești împotriva aleșilor locali pentru a se asigura că acestea **nu constituie un element de hărțuire judiciară** și nu împiedică aleșii locali să-și administreze în mod liber colectivitățile lor locale;

să găsească echilibrul corect între interesul public local și lupta împotriva corupției pentru a menține un nivel bun de guvernare locală în lumina Cartei și a altor standarde europene și pentru a permite aleșilor locali să-și exercite liber mandatul politic, beneficiind în același timp de prezumția de nevinovăție;”.

Cu cele mai înalte considerațiuni și în speranța efectuării în statul nostru a unui act de justiție responsabil,

Viorel Furdui
Director Executiv
Congresul Autorităților Locale din Moldova
(CALM)

