

NOȚIUNEA DE FUNCȚIE PUBLICĂ POTRIVIT NOULUI COD PENAL ROMÂN, RAPORTAT LA REGLEMENTĂRILE ANTERIOARE

Oana RACOLȚA*

Abstract

This survey intends to analyse the meaning of “public function” notion, as well as of assimilate concepts or concepts legally related to this notion, considering the legislative evolution lately occurred in Romania, both in penal law field, where the setting of the New Penal Code resulted in major amendments, and in administrative law field, where this notion is particularly and differently featured.

I also put forward the membership of Romanian legal professions to the “public function” field, which is, from the legal liability point of view, important for penal data providing this quality of active or even passive subject, representing in the same time a requisite for legal liability.

The difference between previous regulations and the New Penal Code is obvious, currently the regulation norm being more complex than formerly. The survey also presents the overview of European law on the “public function” notion, as well as the comparative review between this law and the Romanian internal regulations.

Keywords: *New Romanian Penal Code, public function, officer, public, legal profession, lawyer, notary, judicial reform*

În urma intrării în vigoare a Noului Cod Penal¹ au fost revizuite și reformulate mai multe concepte specifice domeniului de reglementare, printre care și conceptele de „public” și „funcție publică”, noțiuni care sunt prezentate diferit în acest act normativ raportat la normele anterioare cuprinse în vechiul Cod Penal. Deși la o primă privire s-ar putea considera că aceste concepte nu au suferit modificări de substanță, ci numai textuale, analizând în detaliu conținutul acestora, se poate afirma faptul că definirea și domeniul de aplicare al acestor noțiuni au fost supuse unor schimbări de o deosebită importanță, atât din punct de vedere al aspectului teoretic, cât și a celui practic.

Noul Cod Penal, în art. 175 alin. (1) definește funcționarul public în înțelesul legii penale, ca fiind „persoana care, cu titlu permanent sau temporar, cu sau fără o remunerație:

a) exercită atribuții și responsabilități, stabilite în temeiul legii, în scopul realizării prerogativelor puterii legislative, executive sau judecătorești;

* Law graduate, public notary within the Chamber of Notaries Public Cluj.

¹ Legea nr. 286 din data de 17.07.2009, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 510 din data de 24.07.2009, cu modificările și completările ulterioare, care conform Legii nr. 187/2012, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 757 din data de 12.11.2012, Noul Cod Penal intră în vigoare la data de 01.02.2014.

b) exercită o funcție de demnitate publică sau funcție publică de orice natură;

c) exercită, singură sau împreună cu alte persoane, în cadrul unei regii autonome, al altui operator economic sau al unei persoane juridice cu capital integral sau majoritar de stat ori al unei persoane juridice declarate ca fiind de utilitate publică, atribuții legate de realizarea obiectului de activitate al acesteia”.

În alin. (2) al aceluiași articol se prevede faptul că „este considerată funcționar public, în sensul legii penale, persoana care exercită un serviciu de interes public pentru care a fost investită de autoritățile publice sau care este supusă controlului ori supravegherii acestora cu privire la îndeplinirea respectivului serviciu public”. În cadrul acestui alineat este definit conceptul de „funcționar public asimilat”, în acest mod punându-se capăt unor controverse existente atât în literatura de specialitate, cât și în practica judiciară referitoare la apartenența unor anumite categorii profesionale din punct de vedere al dreptului penal la sfera de aplicare a noțiunilor de „funcționar public” sau „public”.

Se consideră că reglementarea acestei categorii a funcționarilor publici asimilați, conform art. 175 alin. (2) din Noul Cod Penal este justificată prin exercitarea de către aceste persoane a atributelor de autoritate publică, atribute care le-au fost delegate printr-un act al autorității competente sau sunt supuse controlului acesteia.²

Pentru o privire comparativă cu reglementarea anterioară, art. 147 alin. (1) din vechiul Codul Penal prevedea că prin „funcționar public” se înțelege „orice persoană care exercită permanent sau temporar, cu orice titlu, indiferent cum a fost investită, o însărcinare de orice natură, retribuită sau nu, în serviciul unei unități dintre cele la care se referă art. 145”, iar „funcționarul” este definit în alin. (2) ca fiind „persoana menționată în alin. (1), precum și orice salariat care exercită o însărcinare în serviciul unei alte persoane juridice decât cele prevăzute în acel alineat”.

De referință era art. 145 din vechiul Codul Penal care definește termenul de „public” ca fiind „tot ce privește autoritățile publice, instituțiile publice, instituțiile sau alte persoane juridice de interes public, administrarea, folosirea sau exploatarea bunurilor proprietate publică, serviciile de interes public, precum și bunurile de orice fel care, potrivit legii, sunt de interes public”. Fără a exista o notabilă deosebire față de vechea reglementare, Noul Cod Penal definește termenul „public” ca fiind „tot ce privește autoritățile publice, instituțiile publice, instituțiile sau alte persoane juridice care administrează sau exploatează bunurile proprietate publică”, păstrându-se astfel același înțeles al noțiunii.

Se poate observa însă eliminarea din textul legal al sintagmei „servicii de interes public” și „bunurile care, potrivit legii, sunt de interes public”. Dacă persoanele care exercită un serviciu de interes public au fost menținute în Noul Cod Penal prin reglementarea distinctă a funcționarilor publici asimilați în art. 175 alin. (2), bunurile de interes public au fost eliminate din înțelesul noțiunii termenului de „public”.

O altă observație este referitoare la faptul că, prin intrarea în vigoare a Noului Cod Penal, s-a eliminat distincția dintre „funcționarii publici” și „funcționari”, în

² G. Antoniu și coautorii, *Explicații preliminare ale Noului Cod Penal*, vol. II, Editura Universul Juridic, București, 2011, p. 527,

reglementarea actuală existând doar „funcționari publici” și „funcționari asimilați”, în cazul celor din urmă nefiind consacrat un articol cu o denumire marginală distinctă.

Se poate pune întrebarea dacă s-a urmărit păstrarea aceluiași înțeles al celor două noțiuni paralele, și anume cea de „funcționar” din vechiul Cod Penal și cea de „funcționar asimilat”, astfel cum este definită în actualul Cod Penal, iar în acest sens consider că nu s-a urmărit aceeași sferă de aplicare, noua reglementare fiind foarte exactă și specifică în definirea noțiunii funcționarului public asimilat și stabilind clar condițiile care trebuie îndeplinite pentru a avea această calitate.

Din prezentarea acestor noi prevederi, se poate observa faptul că, spre deosebire de vechiul Codul Penal, noțiunea de „funcționar public” beneficiază în prezent de o reglementare mult mai complexă și mai detaliată decât cea anterioară. Mai mult, prevederea extinde înțelesul noțiunii de „funcționar public”, asimilându-se în mod expres și persoanele care exercită un serviciu de interes public prin îndeplinirea condițiilor aferente prevăzute.

Din acest motiv, se consideră că în situațiile în care se face referire doar la sintagma de „funcționar”, acesta va beneficia de același regim juridic penal ca al oricărei persoane fizice responsabile penal sau va fi asimilat funcționarului public.³ În determinarea regimului juridic aplicabil trebuie avute în vedere îndeplinirea tuturor condițiilor prevăzute de noua reglementare.

Comparativ cu vechiul Codul Penal, unde se prevede calificarea persoanelor care exercită o însărcinare în serviciul unei unități de interes public ca fiind funcționari publici, Noul Cod Penal adaugă o nouă condiție care trebuie îndeplinită pentru a putea beneficia de această calificare, și anume să fie investită de autoritățile publice sau să fie supusă controlului ori supravegherii acestora cu privire la îndeplinirea respectivului serviciu public, aceste două ipoteze nefiind cumulative.

Având în vedere asimilarea persoanelor care exercită un serviciu de interes public cu funcționarii publici, în literatura de specialitate se consideră faptul că aceste persoane, care nu sunt în serviciul unei persoane juridice de drept public și salarizate de aceasta, care nu se subordonează nimănui, nu sunt plătite din buget, nu fac parte dintr-o ierarhie, nu sunt încadrate într-o unitate sau supuse unei discipline, ci își desfășoară activitatea după voința lor, chiar dacă unele aspecte sunt supuse autorităților, nu pot fi puse în același plan cu funcționarul public, salariat al unei persoane juridice, iar din aceste motive, aplicarea aceluiași tratament juridic penal persoanelor care exercită un serviciu de interes public cu cel aplicabil funcționarilor publici este considerată excesivă.⁴

În consecință, potrivit Noului Cod Penal, se pune problema încadrării anumitor profesii juridice în accepțiunea art. 175 alin. (2), controversa existând și potrivit reglementărilor anterioare, fiind vorba despre notarii publici, executorii judecătorești, mediatorii, etc. Apartenența acestor categorii profesionale la funcția publică prezintă o deosebită importanță din punct de vedere al răspunderii penale pentru infracțiunile care prevăd această calitate, infracțiuni care sunt mult mai numeroase în Noul Cod Penal raportat la reglementarea anterioară.

³ Ibidem, p. 510,

⁴ Ibidem, p. 532,

Se poate afirma faptul că răspunderea penală a persoanelor care exercită profesia de notar public sau alte profesii care îndeplinesc condițiile art. 175 alin. (2) din Noul Cod Penal, nu va suporta modificări, în special în practica judiciară, unde este considerată și în prezent, într-o opinie majoritară, ca aparținând funcției publice.

Pentru a contura noțiunea de „funcționar public”, se impune analizarea conceptului și în cadrul reglementărilor existente în alte ramuri de drept, această noțiune regăsindu-se în special în domeniul dreptului administrativ.

În acest sens, Legea nr. 188/1999 privind statutul funcționarilor publici⁵ definește funcția publică în art. 2 alin. (1) ca fiind „ansamblul atribuțiilor și responsabilităților, stabilite în temeiul legii, în scopul realizării prerogativelor de putere publică de către administrația publică centrală, administrația publică locală și autoritățile administrative autonome”.

În același act normativ, funcționarul public este definit ca fiind „persoana numită în condițiile Statutului funcționarilor publici, într-o funcție publică”. De asemenea, se prevăd expres în anexa legii funcțiile publice, iar dispozițiile acestei legi se aplică tuturor funcționarilor publici, inclusiv celor cu statute proprii, reglementate prin legi speciale, dacă acestea nu dispun altfel.⁶

Din aceste prevederi rezultă faptul că activitatea funcționarilor publici implică exercitarea prerogativelor de putere publică, în special datorită faptului că „numirea funcționarilor publici de conducere și de execuție se face prin actul administrativ emis de către conducătorii autorităților sau instituțiilor publice din administrația publică centrală și locală”.⁷

Astfel, funcționarii publici se pot clasifica după nivelul atribuțiilor titularului funcției publice în: înalți funcționari publici, funcționari publici de conducere și funcționari publici de execuție, iar după legalitatea investirii, aceștia pot fi funcționari publici de drept, investiți cu respectarea tuturor condițiilor legale inclusiv depunerea jurământului, și funcționari de fapt, care nu sunt legal investiți.⁸

Tot din dispozițiile acestei legi rezultă trăsăturile funcționarilor publici, și anume: „sunt persoane fizice desemnate în funcție conform legii sau a actelor juridice emise în baza legii în cadrul unei autorități sau instituții publice, administrativă sau executivă, sunt investiți legal în funcție printr-un act de voință unilaterală, urmat de depunerea jurământului, exercită o funcție publică cu caracter permanent sau cu o durată limitată, există raporturi ierarhice de supra și subordonare și îndeplinește atribuțiile funcției în scopul realizării competenței autorităților publice din care face parte cea funcție”.⁹

Din punct de vedere al dreptului administrativ, se face distincția între funcționarul public și funcționarul privat. Astfel, funcționarul privat, spre deosebire de funcționarul public, este „persoana desemnată într-un post prevăzut în structura unei persoane juridice private, îndeplinind atribuțiile acestui post pentru atingerea

⁵ Publicată în Monitorul Oficial, partea I, nr. 600/08.12.1999, republicată în Monitorul Oficial, partea I, nr. 365/29.05.2007,

⁶ Elena-Mihaela Fodor, *Drept administrativ*, Editura Alabastră, Cluj-Napoca, 2008, pag. 119,

⁷ Ibidem, pag. 120

⁸ Ibidem, pag. 124-126,

⁹ Ibidem, pag. 116,

scopului persoanei juridice private, iar raporturile acestuia se pot stabili pe baza unei convenții, și nu a unui act de autoritate”.¹⁰

Din analizarea acestor prevederi, se pot observa diferențele dintre reglementarea din dreptul administrativ și cea din Codul Penal, atât cel în vigoare, cât și cel anterior, cu privire la aceste categorii profesionale, chiar dacă ambele ramuri aparțin dreptului public.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului, în cadrul activității sale până în prezent, s-a confruntat cu numeroase cazuri privind funcția publică și în care s-a pus problema drepturilor funcționarilor publici.

Din jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului se poate determina concepția acesteia cu privire la noțiunea de funcționar public. Cazurile aduse în fața acesteia pun în discuție stabilirea caracterului civil al drepturilor invocate, pentru a se putea stabili dacă se aduce sau nu o încălcare articolelor care garantează drepturile cetățenilor statelor semnatare din Convenția Europeană a Drepturilor Omului.

Art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului prevede faptul că „orice persoana are dreptul la judecarea în mod echitabil, în mod public și într-un termen rezonabil a cauzei sale, de către o instanță independentă și imparțială, instituită de lege, care va hotărî fie asupra încălcării drepturilor și obligațiilor sale cu caracter civil, fie asupra temeiniciei oricărei acuzații în materie penală îndreptate împotriva sa”.

În doctrină se consideră că „în contenciosul privitor la admiterea sau exercitarea unei profesii liberale există fără îndoială aspecte patrimoniale”, iar în statele membre ale Convenției aceste litigii sunt soluționate fie în cadrul ordinilor profesionale, cu posibilitatea atacării deciziilor acestora pe cale jurisdicțională, fie în cadrul organismelor administrației de stat.¹¹

Tot instanța europeană a arătat că „supunerea anumitor activități care prezintă un pronunțat caracter privat într-un stat contractant autorizării și controlului administrativ, cu posibilitatea retragerii autorizării exercițiului lor, instituită în scopul apărării unor interese generale, nu este de natură să le transforme în activități de drept public.”

În jurisprudența Curții s-a pus problema caracterului public sau privat al profesiei de avocat. Astfel, în unele state membre au fost reținute ca și aspecte de drept public: participarea avocaților la administrarea justiției ca serviciu public prin instituția apărătorului din oficiu, monopolul pledoariilor în fața instanțelor de judecată și obligația de a organiza un birou de consultanță și apărare a justițiabililor lipsiți de resurse materiale. În schimb argumentele pentru susținerea caracterului privat al acestei profesii au fost: în mod tradițional profesia de avocat este o profesie liberală și, în afara desemnării ca și apărător din oficiu, avocatul are o clientelă pe care și-o constituie fără intervenția unei autorități publice, cu onorarii liber stabilite, iar cabinetul și clientela sunt elemente patrimoniale asupra cărora are un drept de proprietate. Pentru aceste considerente este exclusă asocierea funcției publice cu

¹⁰ Ibidem, pag. 116,

¹¹ Corneliu Bîrsan, *Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Comentariu pe articole*, ediția 2, Editura C.H. Beck, București, 2010, pag. 381,

profesia de avocat, după cum rezultă din concepția acestei instanțe, situație care ar trebui preluată în legislația și practica fiecărui stat membru.

În jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului s-a distins între regimul aplicabil funcționarilor de stat, adică cei deținători ai funcției publice, și cel aplicabil salariaților de drept privat. De aceea, contestațiile cu privire la recrutarea, desfășurarea și încetarea carierei funcționarilor nu se află sub incidența art. 6 din Convenție, numai în cazul în care se invocă „drepturi pur patrimoniale”. Dar, aproape întotdeauna recrutarea, desfășurarea și încetarea carierei are consecințe patrimoniale, iar astfel este dificilă delimitarea între procedurile în care se invocă un interes pur patrimonial și alte categorii de proceduri în care sunt implicați membrii ai funcției publice.¹²

De asemenea, s-a arătat că există o inegalitate de tratament între agenții contractuali angajați de stat, care sunt supuși regimului de drept privat, și cei care au devenit membrii ai funcției publice în mod diferit, aceștia fiind supuși regimului de drept public, chiar dacă aceștia exercită funcții echivalente sau similare.

De aceea, Curtea a considerat necesar, pentru a decide cu privire la aplicarea dispozițiilor art. 6 contenciosului funcției publice, să dea o interpretare autonomă noțiunii de „funcție publică”, pentru a se asigura astfel un tratament egal celor care ocupă funcții echivalente sau similare funcției publice.

Curtea examinează în fiecare caz dacă funcția agentului implică o participare directă sau indirectă la exercitarea puterii publice, iar în caz afirmativ art. 6 nu este aplicabil, litigiul fiind de drept public, iar dreptul nu poate fi calificat ca având caracter civil.

În domeniul funcției publice, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a decis că pentru ca un stat să poată invoca statutul de funcționar al unui reclamant ce ar conduce la neaplicarea protecției oferite de Convenție unui litigiu trebuie îndeplinite două condiții, și anume: normele de drept intern ale statului în cauză să fi exclus în mod expres accesul la un tribunal pentru agenții ce ocupă un anumit post, ori pentru anumite categorii de funcționari publici și o asemenea derogare trebuie să se bazeze pe motive obiective legate de interesele statului.¹³

De asemenea, s-a arătat că „simpla împrejurare că cel în cauză aparține unui sector sau serviciu care participă la exercițiul puterii publice nu este determinantă, iar statul este cel care trebuie să demonstreze dacă obiectul litigiului are legătură cu exercițiul autorității statale sau doar legătura dintre stat și cel în cauză raportat la exercitarea atribuțiilor statului.”¹⁴

Art. 11 din Convenție prevede că „orice persoană are dreptul la libertatea de întrunire pașnică și la libertatea de asociere, inclusiv dreptul de a constitui cu alții sindicate și de a se afilia la sindicate pentru apărarea intereselor sale” și că „exercitarea acestor drepturi nu poate face obiectul altor restrângeri decât acelea care, prevăzute de lege, constituie măsuri necesare, într-o societate democratică, pentru securitatea națională, siguranța publică, apărarea ordinii și prevenirea infracțiunilor,

¹² Ibidem, pag. 386,

¹³ Ibidem, pag. 394,

¹⁴ Ibidem,

protejarea sănătății sau a moralei ori pentru protecția drepturilor și libertăților altora. Prezentul articol nu interzice ca restrângeri legale să fie impuse exercitării acestor drepturi de către membrii forțelor armate, ai poliției sau ai administrației de stat.”

Cu privire la funcția publică s-a pus problema corelării drepturilor garantate de art. 11 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului cu dreptul la grevă, care nu este prevăzut expres în acest articol. În practica Curții Europene a Drepturilor Omului s-a arătat că dreptul la grevă este considerat un element foarte important al libertății de asociere, dar „participarea la grevă este incompatibilă cu statutul de funcționar”.

Din cazurile analizate se observă concepția Curții Europene a Drepturilor Omului cu privire la condițiile care trebuie îndeplinite de către o persoană pentru a putea fi considerată ca exercitând o funcție publică, precum și criteriile potrivit cărora devine aplicabilă Convenția Europeană a Drepturilor Omului în cazul funcționarilor publici.

În acest sens, instanța europeană a statuat că nu se vor aplica dispozițiile Convenției în cazul persoanelor care exercită în mod direct prerogativele puterii publice deoarece nu se încadrează în caracterul civil al drepturilor protejate.

Datorită faptului că România este membră a Uniunii Europene și semnatară a Convenției Europene a Drepturilor Omului trebuie să se asigure respectarea jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului, și de asemenea, a concepțiilor acestei instanțe cu privire la calificarea și interpretarea unor aspecte juridice care i-au fost date spre soluționare.

Din aspectele prezentate, se pot observa diferențele în reglementarea funcției publice din toate cele trei perspective abordate, și anume dreptul penal, dreptul administrativ și jurisprudența CEDO, răspunderea juridică fiind specială și de asemenea, diferită, putând menționa răspunderea penală, contravențională, administrativă și răspunderea patrimonială a subiectelor de drept care fac parte din categoriile profesionale și care vor îndeplini condițiile prevăzute de fiecare ramură de drept în mod distinct.

Cu toate că există importante deosebiri asupra conceptului de funcție publică, se poate afirma faptul că funcționarii cu atribuții de control au un regim sancționator mai agravat raportat la celelalte categorii profesionale.¹⁵

În cadrul prezentului studiu, am analizat noțiunea funcției publice prin prisma reglementărilor interne ale dreptului român, și anume dreptul penal și dreptul administrativ, unde acest concept este prevăzut, dar și viziunea Curții Europene a Drepturilor Omului, care, prin soluționarea cauzelor cu care este investită a participat la conturarea, definirea și stabilirea unor criterii care trebuie îndeplinite de funcționarii publici la nivelul Uniunii Europene.

De asemenea, am avut în vedere și evoluția legislativă din ultimul timp care a avut loc în România, în special în domeniul dreptului penal, unde au intervenit schimbări majore prin intrarea în vigoare a Noului Cod Penal, cu reglementări mai complexe față de cele anterioare raportat la obiectul prezentului studiu.

¹⁵ Carmen Mariana Mihalache, *Răspunderea penală a funcționarului public*, Editura Hamangiu, București, 2011, pag. 58,