

ASISTAREA MARTORULUI DE CĂTRE AVOCAT ÎN PROCESUL PENAL. UN DREPT ILUZORIU ȘI LIPSIT DE EFICIENȚĂ. O PROBLEMĂ PENTRU EXERCITAREA PROFESIEI DE AVOCAT



Av. Andrei-Sebastian MURARIU

Abstract

The present article aims to analyze the deficiencies that the witness's lawyer may encounter in the criminal procedure in Romania. Decisions of the Constitutional Court have obligated the legislature to amend the criminal procedural legislation to allow the witness to be assisted by a lawyer. However, the deficient manner in which Article 118 paragraph (4) of the Criminal Procedure Code was drafted does not grant the witness's lawyer any rights. Furthermore, the term "to assist" was used in the sense of observation, monitoring, and not at all in the sense of assisting another party to the proceedings, as is the case with assisting the suspect or the accused.

Keywords: *witness assistance by lawyer, Constitutional Court Decision no. 236/2020, Article 118 of the Criminal Procedure Code, assistance or representation, self-incrimination.*

I. Considerații preliminare

Asistarea martorului de către avocat a ridicat în practică numeroase probleme și întrebări cu privire la tratamentul acestui subiect procesual. Legiuitorul, în cele din urmă, a reușit să modifice textul art. 118 din Codul de procedură penală, într-un sens care să confere certitudine în ceea ce privește asistența martorului de către avocat, însă, există numeroase lacune în ceea ce privește substanța acestui drept. Lacunele privesc drepturile pe care avocatul le are în momentul în care asistă un martor.

Codul de procedură penală român prevede drepturi distincte atât pentru subiecții procesuali principali cât și pentru părți, dar, în același timp, prevede și drepturi proprii ale avocaților pentru acești participanți. Art. 83 C. pr. pen. prevede drepturile inculpatului în timp ce art. 92 C. pr. pen. stipulează drepturile avocatului, ale suspectului și inculpatului. Astfel, legiuitorul a gândit Codul de procedură penală cu drepturi și obligații distincte pentru subiecții procesuali principali,

părți, alți subiecți procesuali, precum și pentru avocații fiecărui participant în proces.

De asemenea, unele drepturi sunt exercitate personal de către avocat, drept distinct acordat acestuia în calitate de participant la procesul penal. Astfel, dreptul de a consulta dosarul este un drept al inculpatului prevăzut de art. 83 alin. (1) lit. b) dar și un drept distinct al avocatului inculpatului în baza art. 94 C. pr. pen.¹

Având în vedere această configurare gândită de către legiuitor, putem concluziona că voința acestuia a fost ca fiecare participant să aibă drepturile sale distincte și de asemenea, dacă un avocat asistă un participant la procesul penal, acesta să aibă drepturi specifice în funcție de participantul pe care îl asistă.

Modificarea art. 118, deși este de bun augur, are o mare problemă de aplicabilitate practică, întrucât, legiuitorul nu a reglementat și drepturi specifice avocatului care asistă martorul. În atare situație, se ridică întrebări legate de eficiența avocatului martorului tipic sau atipic² vizavi de modalitatea efectivă de asistare.

II. Lipsa drepturilor avocatului martorului în procesul penal. Eficiența acestuia raportată la scopul normei procesual penale. Lipsa unei egalități de arme față de avocatul suspectului sau inculpatului.

În nota de fundamentare a Legii nr. 201/2023 pentru modificarea și completarea Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală, precum și pentru modificarea altor acte normative, se prevede că scopul avocatului care asistă la audiere reprezintă o garanție suplimentară pentru martor cu privire la dreptul la tăcere și neautoincriminare³.

În primul rând, trebuie să observăm că, în rațiunea sa, legiuitorul a stipulat că poate asista la audiere avocatul martorului doar ca o garanție suplimentară în ipoteza în care martorul își exercită dreptul la tăcere. Astfel, legiuitorul a prevăzut o garanție suplimentară doar pentru o conduită omisivă a martorului, adică pentru conduita în care acesta alege să nu dea o declarație în fața organului de urmărire

¹ Există situații în practică când, în faza de urmărire penală, procurorul restricționează inculpatului accesul la dosar în baza art. 94 alin. (4) C. pr. pen., însă admite cererea formulată de către avocatul inculpatului în nume propriu. Este drept că astfel de cazuri sunt mai rare însă ele sunt posibile din punct de vedere teoretic. Evident, avocatul va trebui să păstreze confidențialitatea cu privire la cele consultate în dosar pe parcursul restricționării și nu va putea discuta nici cu inculpatul pe care îl asistă.

² Prin martor tipic ne referim la martorul care a asistat sau are cunoștință despre săvârșirea unei fapte penale, nefiind implicat în mod direct, iar prin martor atipic înțelegem martorul care a participat la acțiuni privind fapta penală însă organele judiciare nu au încă cunoștință despre aceasta. Astfel, martorul atipic este audiat ca fiind un veritabil martor însă, este posibil ca acesta, ulterior, să dobândească calitatea de suspect sau inculpat.

³ Nota de fundamentare disponibilă aici: <https://www.cdep.ro/proiecte/2023/200/40/6/em260.pdf>, accesat la 24.01.2024.

penală. Din punctul nostru de vedere, este o eroare de judecată ca avocatul care asistă la audiere să aibă eficiență⁴ doar atunci când nu se întâmplă nimic, adică când martorul nu este de acord să dea o declarație.

Mai mult decât atât, trebuie arătat că, în practică, acest drept de a nu da o declarație pentru a nu se autoincrimina nu este un drept absolut⁵ ce oferă posibilitatea ca martorul să nu ofere nicio declarație. Astfel, martorul nu poate refuza să dea o declarație în mod discreționar, ci va trebui să dea o declarație cu privire la cele cunoscute sau observate însă fără a se incrimina pe sine însuși. Spre exemplu, nu va relata nimic din ceea ce îl va incrimina, dar va trebui să relateze tot ce cunoaște despre celelalte persoane, întrucât față de acestea va avea o calitate de martor tipic. Rațiunea rezidă și în faptul că, altfel, orice martor ar putea invoca o autoincriminare⁶ și ar avea posibilitatea să refuze să dea o declarație, posibilitate pe care legea penală nu o prevede decât în cazuri excepționale.

Legiuitorul a oferit o garanție prin prezența avocatului martorului atunci când martorul alege să nu se autoincrimineze. Mai precis, în ipoteza în care martorul este de acord să ofere o declarație⁷, dar fără să se autoincrimineze. O problemă ce apare în această situație este că avocatul martorului este lipsit de pârghii în asistarea efectivă a martorului. Considerentele Deciziei Curții Constituționale nr. 236/2020 conchid că martorul care are calitatea de suspect *de facto* are aceeași calitate ca un suspect sau un inculpat încă de la momentul audierii sale în calitate de martor, neavând importanță aducerea ulterioară la cunoștință a dobândirii calității de suspect oficial. Or, în atare condiții, acest martor *de facto* ar trebui să aibă parte de un tratament similar suspectului și, pe cale de consecință, să beneficieze de drepturile acestuia încă de la momentul audierii sale în calitate de martor.

Problematic pentru avocatul care asistă un astfel de martor este că, dacă martorul face declarații, avocatul nu poate asigura nicio garanție clientului său cu privire la legalitatea procesului penal întrucât nu are drepturi prevăzute de lege.

⁴ Ne întrebăm retoric, eficiența acestuia, în oricare dintre ipoteze, prin ce anume se reflectă? Textul de lege nu stipulează decât prezența acestuia la audiere prin asistare, fără a conferi un alt drept, spre exemplu acela de a se consulta cu martorul în timpul declarației sau de adresa întrebării acestuia.

⁵ A se vedea par. 46 din Decizia nr. 236/2020 a Curții Constituționale în care se arată: „În concluzie, dreptul la tăcere și la neautoincriminare nu este un drept absolut, fiind un drept procedural, circumscris garanțiilor procesual penale instituite prin art.6 din Convenție, având caracter relativ, în acest sens, fiind permis titularului său să renunțe la acest drept, dar și organelor judiciare să aducă limitări justificate, în anumite circumstanțe și având în vedere diverși factori, cu respectarea unui just echilibru între restrângerea acestui drept și scopul urmărit”.

⁶ Organele de cercetare penală, la momentul audierii, nu pot verifica întotdeauna autoincriminarea martorului întrucât, evident, acesta nu oferă detalii cu ce anume s-ar autoincrimina dacă ar oferi o declarație.

⁷ În par. 40 din Decizia nr. 236/2020 a Curții Constituționale, Curtea notează că, spre deosebire de un suspect sau un acuzat, care se bucură, potrivit legii aplicabile, de dreptul de a păstra tăcerea, martorul are obligația să dezvăluie orice informație pe care o cunoștea, sub sancțiunea răspunderii penale. Mai mult, spre deosebire de un suspect sau un acuzat, martorul nu avea niciun drept legal de a consulta un avocat înainte de prima interogare.

Ipotetic, deși nu suntem de acord, s-ar putea apela la drepturile prevăzute pentru ceilalți avocați. În opinia noastră, în niciun caz nu putem utiliza drepturile prevăzute pentru o altă categorie de avocați. Spre exemplu, nu putem folosi drepturile avocatului inculpatului din două motive importante. În primul rând, textul de lege nu ne permite utilizarea drepturilor avocatului unui alt participant în procesul penal. Nu există un text de lege care să menționeze că avocatul unui subiect procesual poate utiliza drepturile reglementate de lege pentru avocatul unui alt subiect procesual.

În al doilea rând, dacă am admite că am putea utiliza drepturile avocatului altei categorii de participanți decât cei pe care îi asistăm, de la ce categorie am alege și în funcție de ce considerent? Să apreciem că, dacă ar fi vorba despre un martor tipic am alege drepturile persoanei vătămate, iar dacă este vorba despre un martor atipic – un suspect *de facto* – să alegem drepturile suspectului sau inculpatului? Folosirea drepturilor avocatului inculpatului sau suspectului ar putea ridica probleme privind prezumția de nevinovăție acordată tuturor persoanelor și prevăzută de art. 4 C. pr. pen. De asemenea, o altă problemă ar fi una legată de principiul legalității⁸ întrucât avocatul martorului ar exercita drepturi ce nu îi sunt prevăzute de legea procesual penală așa cum am arătat și mai sus.

O altă problemă majoră a art. 118 alin. (4) este formularea, cel puțin bizară, din perspectiva asistării și ridică semne de întrebare dacă nu cumva voința legiuitorului a fost aceea de a avea un avocat lipsit de pârghii juridice și pus doar de decor în această fază incipientă, totuși deosebit de importantă. Textul din alineatul final al acestui articol prevede că: „*Dacă martorul se prezintă la audiere însoțit de un avocat, acesta poate asista la audiere*”.

Appreciem că, formularea *acesta poate asista la audiere* este inexactă în privința voinței legiuitorului ca martorul să fie asistat⁹ de către avocat. Astfel, articolele care prevăd că un subiect procesual poate să fie asistat de avocat au o formulare în care asistarea (exercitarea drepturilor în prezența persoanei) este cu privire la persoană și nu cu privire la ceea ce se întâmplă. Spre exemplu, art. 89 C. pr. pen. prevede că *suspectul sau inculpatul are dreptul să fie asistat de unul ori de mai mulți avocați în tot cursul urmăririi penale, al procedurii de cameră preliminară și al judecării, iar organele judiciare sunt obligate să îi aducă la cunoștință acest drept. Asistența juridică este asigurată când cel puțin unul dintre avocați este prezent*.

Astfel, acest text prevede că, suspectul sau inculpatul are dreptul să fie asistat **de un avocat**, pe când martorul are dreptul, ca la audiere și numai la audiere, să fie

⁸ Art. 2 Cod de procedură penală: „Procesul penal se desfășoară potrivit dispozițiilor prevăzute de lege”.

⁹ Nu există o definiție specifică asistării. Art. 91 alin. (2) din Statutul profesiei de avocat prevede că asistarea și reprezentarea clientului cuprinde toate actele, mijloacele și operațiunile permise de lege și necesare ocrotirii și apărării intereselor clientului. Arătăm că, diferența dintre asistare și reprezentare o constituie prezența clientului la momentul exercitării drepturilor acestuia. Astfel, asistăm un client când acesta este prezent și îl reprezentăm atunci când este absent.

asistat de avocatul cu care vine însoțit. Mai mult decât atât, în cuprinsul art. 88 C. pr. pen., s-a menținut formularea în sensul că, avocatul asistă sau reprezintă, în procesul penal, părțile ori subiecții procesuali principali, în condițiile legii. În atare condiții, în cuprinsul acestui articol nu se regăsește și martorul întrucât acesta nu este un subiect procesual principal, ci un alt subiect procesual. Toate aceste incongruențe ne conduc către concluzia că avocatul nu asistă un martor la fel cum asistă un suspect sau inculpat și că, în realitate, avocatul are rolul de a fi un observator. Astfel că, legiuitorul, deși a permis prezența avocatului la audiere, voința acestuia nu a fost ca acel avocat să fie foarte vocal. Legiuitorul a dorit să reglementeze acest drept într-o manieră minimală și economicoasă, practic și-a dorit ca acest drept să fie reglementat, fără a fi însă și eficient.

În aceeași ordine de idei, vătămător este și lipsa art. 92 alin. (6) C. pr. pen., de reglementare a posibilității avocatului martorului de a face obiecțiuni cu privire la efectuarea unui act de urmărire penală. Spre exemplu, avocatul suspectului sau inculpatului, la finalul audierii, poate face mențiuni în cuprinsul declarației cu privire la modul în care a fost desfășurată audierea. Mențiunea respectivă, permisă de lege, este menită pentru a verifica legalitatea procedurii probator ulterioare în faza camerei preliminare. Deși ar trebui să existe o egalitate de arme¹⁰, avocatul martorului este singurul care nu are un asemenea drept și nu va putea formula nicio obiecțiune cu privire la desfășurarea actului de urmărire penală.

Redăm o altă inegalitate vădită ce poate apărea la audierea în cazul avocatului suspectului sau inculpatului și cel al martorului. De pildă, avocatul suspectului sau inculpatului a formulat o cerere de a fi încunoștințat de data și ora efectuării oricărui act de urmărire penală, solicitare ce a fost admisă de către procuror prin ordonanță. Se citează martorul pentru a fi audiat, iar avocatul suspectului sau inculpatului este anunțat și participă la această audiere. Martorul se prezintă însoțit de către un avocat care depune împuternicire avocațială și începe audierea. Avocatul suspectului sau inculpatului, pe parcursul audierii, se folosește de mai multe drepturi printre care și acela de a adresa întrebări martorului în baza art. 123 coroborat cu art. 110 C. pr. pen.¹¹ Astfel, avocatul suspectului sau inculpatului poate pune întrebări martorului, în schimb, avocatul care asistă la audiere și care a însoțit martorul, nu poate adresa întrebări persoanei care l-a chemat să asiste la audiere pentru că nu există un text de lege care să permită asta. Astfel, avocatul

¹⁰ Menționăm că, potrivit art. 93 Cod procedură penală, avocatul persoanei vătămate, al părții civile sau al părții responsabile civilmente are dreptul să asiste la efectuarea oricărui act de urmărire penală în condițiile art. 92 Cod de procedură penală. Astfel, dreptul de a formula obiecțiuni, atunci când asistă la efectuarea unui act de urmărire penală, i se aplică și acestuia.

¹¹ Nemodificarea corelată a textelor de lege a condus la alte probleme de ordin procesual. Însuși textul de la art. 123 coroborat cu art. 110 alin. (4) Cod de procedură penală nu prevede că declarația martorului va fi semnată și de către avocatul care a însoțit martorul la audiere. Astfel, avem un avocat ce asistă la o audiere dar în mod bizar, iar conform textului de lege, nu va semna declarația de martor.

martorului nu poate adresa o întrebare clientului care l-a angajat și pe care îl asistă la audiere.

O chestiune interesantă este dată de confidențialitatea discuțiilor purtate de către martor și avocatul său în ipoteza supravegherii tehnice. Art. 139 alin. (4) C. pr. pen. prevede că *raportul dintre avocat și persoana pe care o asistă (s.n) nu poate forma obiectul supravegherii tehnice decât dacă există date că avocatul săvârșește ori pregătește săvârșirea unei infracțiuni dintre cele prevăzute la alin. (2)*. Astfel, textul art. 139 alin. (4) privitor la supravegherea tehnică face referire la situația clasică de asistare dintre avocat și clientul său, iar din noua modificare a legislației procesual penale, reiese că avocatul asistă doar suspectul, inculpatul, persoana vătămată, persoana responsabilă civilmente și partea civilă. Apreciem că pe martor, avocatul nu îl asistă ci doar asistă la audierea acestuia. Distincția între a asista un subiect procesual și a asista la audierea acestuia, după cum se poate observa, este foarte importantă și produce efecte pe planul obținerii probelor de către organele judiciare.

Se ridică o problemă teoretică, dacă modificarea opticii legiuitorului față de conceptul de asistare a persoanelor de către avocat și noul concept de a asista ca avocat la un procedeu probatoriu, va putea cauza interferențe în confidențialitatea comunicării dintre avocat și clientul său. Problema se mai ridică și sub aspectul încrederii cetățenilor în avocați întrucât în rândul comunității rezidă ideea clasică că ceea ce se discută cu avocatul va rămâne secret profesional. Or, apariția conversațiilor dintre martor și avocat în cadrul unui dosar penal va cauza profesiei un risc sistemic de lipsă de încredere în categoria avocaților.

Chiar instanțele de judecată și-au modificat optica în ceea ce privește confidențialitatea discuțiilor purtate între avocat și client. Spre exemplu, într-o speță, Curtea de Apel Iași, prin încheierea¹² din 16.10.2023 a menționat că: „Referitor la cea de-a doua condiție, este necesar ca respectivele comunicări supravegheate să fi fost purtate în cadrul raportului profesional al avocatului. Atât timp cât comunicările nu sunt purtate în cadrul unui raport specific între avocat și persoana **pe care o asistă sau o reprezintă** (s.n), ele nu se încadrează în categoria celor care nu pot fi redată în cadrul proceselor-verbale de redare și care nu ar putea servi drept probă. **Cu alte cuvinte, simpla calitate de avocat a interlocutorului nu conduce la excluderea probelor**”.

Astfel, se pune accent din ce în ce mai mult pe procurarea de probe, în detrimentul asigurării confidențialității discuțiilor cu avocatul. În aceeași speță, s-a mai pus problema dovedirii raportului profesional dintre avocat și client prin intermediul unui contract de asistență juridică încheiat în formă scrisă, deși, legea nu prevede forma scrisă *ad validitatem* ci *ad probationem*¹³. Opinează, Curtea de Apel

¹² <https://www.rejust.ro/juris/ee8878g24>.

¹³ Concluzia Curții de Apel este că, la momentul acordării consultanței juridice, trebuie să existe deja un contract de asistență juridică încheiat în formă scrisă. Este bine cunoscut faptul că, deseori,

Iași că, dacă contractul de asistență juridică a fost încheiat ulterior acordării consultanței juridice, atunci nu mai există un raport profesional valabil și astfel conversațiile pot fi ascultate și folosite ca probe în procesul penal: „*Contractele de asistență încheiate de doamna avocat și X prin mandatar Y depuse la dosar, datează din 23.05.2022 și 08.12.2021, fiind așadar ulterioare convorbirilor interceptate. Rezultă astfel că nu s-a stabilit în cauză că discuțiile interceptate au fost purtate în cadrul raporturilor specifice avocat-client*”.

III. Concluzii și propunere de lege ferenda

Inițiativa legiuitorului poate fi salutară doar prin scopul generic și anume respectarea dreptului la apărare, a dreptului la tăcere și la neautoincriminare. Însă, în modalitatea în care a fost formulat art. 118 alin. (4) C. pr. pen., apreciem că devine iluzorie ideea că avocatul poate contribui la respectarea acestor drepturi. Lipsa drepturilor avocatului care asistă la audierea martorului reprezintă un real pericol în ceea ce privește dreptul la apărare al unui martor ce este un suspect *de facto*.

Propunerea de *lege ferenda* este ca legiuitorul să stabilească, în concret, ce drepturi are avocatul care asistă la audierea martorului. Față de calitatea specială a acestui subiect procesual, apreciem că legiuitorul va trebui să indice drepturi specifice avocatului martorului întrucât nu se poate face trimitere la drepturile avocatului altui participant. Primul motiv îl constituie faptul că printre drepturile prevăzute de lege pentru avocatul unui alt subiect procesual, indiferent care ar fi acela, este prevăzut dreptul de a consulta dosarul sau de a fi încunoștințat despre efectuarea actelor de urmărire penală. Or, în cazul avocatului unui martor, apreciem că nu se poate acorda dreptul de a consulta dosarul de urmărire penală întrucât ar rămâne fără substanță audierea martorului dacă acesta ar lua cunoștință despre piesele dosarului. Astfel, unele dintre aceste drepturi sunt și trebuie să rămână inaccesibile avocatului martorului.

Apreciem că, la acest moment incipient, pentru avocatul martorului sunt necesare drepturi care țin de echitatea procedurii precum *dreptul avocatului martorului de a face obiecțiuni* similar dreptului prevăzut la art. 92 alin. (6) C. pr. pen.¹⁴ și *dreptul avocatului martorului de a pune întrebări martorului la a cărui audiere asistă*. De asemenea, față de posibilitatea ca martorul să declare aspecte care ulterior l-ar incrimina, apreciem necesară și posibilitatea existenței unui drept al avocatului

asistența juridică se acordă chiar telefonic din cauza urgenței și nu se poate refuza o consiliere pe motiv, strict formal, că nu există contractul de asistență juridică încheiat în formă scrisă.

¹⁴ Art. 92 alin. (6) Cod de procedură penală prevede că, „în cazul în care avocatul suspectului sau al inculpatului este prezent la efectuarea unui act de urmărire penală, se face mențiune despre aceasta și despre eventualele obiecțiuni formulate, iar actul este semnat și de avocat”.

martorului de a se consulta cu martorul în cursul declarației. Credem că acest drept ar fi necesar întrucât martorul poate declara voluntar¹⁵ aspecte care l-ar incrimina.

Finalmente, apreciem că este necesară intervenția legiuitorului și modificarea dispozițiilor Codului de procedură penală pentru a avea un text de lege funcțional și aplicabil, dar și previzibil. Credem că lăsarea textului în maniera aceasta va creiona un avocat al martorului total ineficient și lipsit de arme pentru a apăra drepturile martorului/suspectului *de facto*.

¹⁵ Apreciam că declararea voluntară de către martor a aspectelor care l-ar incrimina nu vor fi excluse din cuprinsul declarației întrucât art. 118 alin. (1) reglementează un drept al martorului de a nu declara fapte și împrejurări care l-ar incrimina. Astfel, alin. (2) al aceluiași articol prevede că nu vor putea fi folosite probele obținute cu încălcarea alin. (1), dar caracterul voluntar al declarației incriminatoare al martorului exclude aplicarea acestui alineat.