

I. EDITORIAL

PRINCIPIUL EGALITĂȚII ARMELOR ÎN PROCESUL PENAL ROMÂN - O REALITATE SAU O FICȚIUNE?



Prof. dr. Viorel Pașca
Facultatea de drept
Universitatea de Vest Timișoara

Abstract

In this article, the author examines the principle of equality of arms in the Romanian criminal trial, implicitly deduced from the provisions of art. 6 of ECHR, as a sine qua non requirement of the right to a fair trial.

The structure and the content of the article reveal the comments on the jurisdictional practice of the European Court, especially with reference to the equal treatment of the parties during the conduct of proceedings before a court, and none of them is favoured as compared to the other party to the trial, however, many times, the breach of the right to a fair trial in the Romanian criminal trial originates in the manner in which the criminal prosecution was conducted. Although the open nature of the court sessions, the oral and contradictory nature of the debates, the immediacy of producing evidence, the defence represent sufficient guarantees to ensure a fair trial by "the equality of arms", respectively of the fair trial guarantees granted to the parties and to the prosecution, however, there were enough cases in which the European Court of Human Rights condemned Romania for breaching the right to a fair trial. Even if these decisions concerned certain cases settled according to the provisions of the previous Code of criminal procedure, this does not mean that such abuses cannot be repeated, as some of them may be favoured under the current procedural provisions.

In conclusion, the current criminal procedural system named "adversarial" (servile barbarism) is actually a mixt system, in which the inquisitorial elements (the secret and non-contradictory written nature) which prevailed during the criminal prosecution due to the use of special methods and techniques of supervision or research cause the elements of contradictoriness to fade into the background, overshadowing the principle of equality of arms, a fact which often cannot be bucked up during the proceedings. The use of the special methods and techniques of supervision and of the measure of provisional detention rather confers an authoritarian nature to the criminal trial, to the detriment of the right to a fair trial, according to the requirements of the rule of law.

Keywords: *principle of equality of arms, Romanian criminal trial, provisions of the ECHR, procedural guarantees, measure of provisional detention, judgment, fair trial.*

1. Premise

Invocat aproape în orice luare de cuvânt, articol sau studiu, principiul egalității armelor, deși nu are o enunțare expresă în Constituție, este dedus implicit din prevederile art. 6 CEDO ca o cerință *sine qua non* a dreptului la un proces echitabil. Principiul egalității armelor constituie numai un element component al noțiunii mai largi de „proces echitabil”, alături de principiul contradictorialității și cel al nemijlocirii administrării probelor.

În materia respectării drepturilor fundamentale art. 6 CEDO este integrat în ordinea constituțională prin prevederile art. 20 din Constituție potrivit cărora dispozițiile constituționale privind drepturile și libertățile cetățenilor vor fi interpretate și aplicate în concordanță cu Declarația Universală a Drepturilor Omului, cu pactele și cu celelalte tratate la care România este parte.

Dacă există neconcordanțe între pactele și tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului, la care România este parte, și legile interne, au prioritate reglementările internaționale, cu excepția cazului în care Constituția sau legile interne conțin dispoziții mai favorabile”.

Dacă procesul se desfășoară prin avantajarea uneia dintre părțile participante în raport cu cealaltă parte, dreptul pus în discuție în cadrul litigiului este prejudiciat, un proces inequitabil conducând chiar la negarea dreptului. Dreptul la un proces echitabil trebuie să se regăsească pe toată durata derulării procesului penal, inclusiv în cursul urmăririi penale, ca o sumă de garanții procedurale acordate persoanelor implicate, fie în calitate de învinuit sau inculpat, fie de parte vătămată, parte civilă sau responsabilă civilmente.

În cursul urmăririi penale necesitatea respectării egalității armelor între procuror și parte e cu atât mai imperioasă cu cât Ministerul Public se sesizează de regulă din oficiu și administrează în mod obișnuit probe în faza urmăririi penale *in rem*, la care suspectul nu poate participa, iar apoi procurorul, liber în aprecierea probelor, intervine activ în fața instanței penale pe care o sesizează prin rechizitoriu, descriind starea de fapt și de drept.

Principiul egalității armelor a fost dezvoltat în practica jurisdicțională a Curții Europene cu referire mai ales la tratarea egală a părților pe toată durata desfășurării procedurii în fața unui tribunal, fără ca una din ele să fie avantajată în raport cu cealaltă parte din proces, dar de cele mai multe ori încălcarea dreptului la un proces echitabil în procesul penal român își are sorginea în modul în care s-a desfășurat urmărirea penală

Mai mult decât Codul său penal, Codul său de procedură penală este „hârta de turnesol” a gradului său de democrație al unei țări. Doar acolo unde există un echilibru al mijloacelor folosite în acuzare și a celor folosite în apărare, unde există libertatea aprecierii probelor de către un tribunal imparțial și independent de puterea politică, putem vorbi de un stat de drept cu adevărat democratic.

Chiar și într-un stat de drept acest echilibru este fluctuant, în raport de politicile penale promovate la un moment dat de autoritățile statale. Politicile

penale mai autoritare, justificate de o recrudescență a fenomenului infracțional sau a anumitor forme ale acestuia, se caracterizează, printre altele, și prin reglementări procesuale care tind să rupă echilibrul între armele acuzării și cele ale apărării în favoarea celor dintâi. Cu cât însă normele sistemului procesual penal tind să favorizeze sarcinile acuzării în detrimentul apărării, gradul de democrație al sistemului judiciar este mai redus, statul în întregul său tinzând spre un regim autoritar, de tip polițienesc, iar autoritarismul nu este altceva decât antecamera totalitarismului.

Am reveni asupra avertismentului lansat de Christopher L. Blakesley în Raportul general prezentat în cadrul Colocviului Preparator de la Alexandria al celui de-al XIV-lea Congres al Asociației Internaționale de Drept Penal: „este necesar să fim prudenți față de o reacție penală pripită care ar putea pune în pericol o parte a dreptului penal clasic sau a principiilor fundamentale precum cel al loialității, al procesului echitabil, al responsabilității individuale și al justiției. A înlocui aceste valori din simpla speranță a eficacității luptei împotriva criminalității organizate este o himeră care riscă să ducă la crearea unui regim autoritar, fără a crea un obstacol real în fața crimei organizate. Mai rău încă, aceasta ar putea întări crima organizată, dând naștere unor responsabili oficiali foarte puternici și, ca atare, foarte coruptibili”¹.

Între altele, metodele concepute pentru a lupta împotriva criminalității organizate ar putea fi aplicate formelor de criminalitate neorganizată sau chiar cetățenilor inocenți, erodând astfel principiile fundamentale ale dreptului penal general și ale dreptului constituțional. Aceste măsuri procesuale destinate să eficientizeze procesul penal „par să afirme că eficiența trebuie să primeze asupra respectului principiilor juridice fundamentale”².

În jurisprudența Curții Europene s-a statuat în sensul că principiul egalității armelor – unul din elementele noțiunii mai largi de proces echitabil – „impune fiecărei părți să i se ofere posibilitatea rezonabilă de a-și susține cauza sa în condiții care să nu o plaseze într-o situație de net dezavantaj în raport cu adversarul” ei (cauza Ankerl contra Suediei, hotărârea din 18 februarie 1997; cauza Niderost - Huler contra Suediei, hotărârea 1997-I/24 noiembrie 1997)³.

Este oare aplicabil principiul egalității armelor și în cursul urmăririi penale, câtă vreme art. 6 CEDO se referă doar la judecarea cauzei sale în mod echitabil, în mod public și în termen rezonabil, de către o instanță independentă și imparțială, instituită de lege?

Răspunsul nu poate fi decât afirmativ chiar dacă în faza urmăririi penale acest principiu suferă unele restricții decurgând din specificul acestei faze a procesului penal și din poziția care o are Ministerul Public

¹ CH.L. Blakesley, Christopher L. Blakesley, *Les systèmes de justice criminelle face au défi du crime organisé*, Revue internationale de droit penal, 1998, p. 59.

² Maria Luisa Cesoni, *Criminalité organisée: des représentations sociales aux définitions juridiques*, L.D.G.J., Paris, 2004, p. 694.

³ www.jurisprudentacedo.com/dreptul-la-un-proces-echitabil 5.06.2016.

Chiar dacă Ministerul Public are un rol deosebit în protejarea ordinii publice, aceasta nu justifică crearea *ab initio* pentru procuror a unei poziții privilegiate în cadrul procedurilor, care să le plaseze pe celelalte părți într-un net dezavantaj în raport cu Ministerul Public⁴.

În literatura juridică s-a susținut că trebuie întâlnite, cumulativ, trei condiții pentru a putea fi constatată nerespectarea principiului egalității armelor procedurale, și anume: parchetul să beneficieze de un drept suplimentar față de cel acuzat, acel drept să nu derive din natura funcției parchetului, dreptul respectiv să îi creeze procurorului, în concret, un avantaj în cursul procedurii⁵.

Realitatea demonstrează că există multiple modalități faptice care duc la nerespectarea principiului egalității armelor

2. Între realitatea de drept și realitatea de fapt. Urmărirea penală și mimarea principiului egalității armelor

Aparent generoase prevederile noului Cod de procedură penală par a da o garanție deplină realizării echilibrului între acuzare și apărare și în cursul urmăririi penale.

Respectarea dreptului la un proces echitabil impune organelor de urmărire penală să administreze probe atât în favoarea, cât și în defavoarea suspectului ori inculpatului

Principiul loialității administrării probelor (art. 101 C. pr. pen.), excluderea probelor obținute în mod nelegal (art. 102 C. pr. pen.), obligația de a asigura exercitarea deplină și efectivă a dreptului la apărare de către părți și subiecții procesuali principali în tot cursul procesului penal. (art. 10 alin. 5 C. pr. pen.), dreptul avocatului suspectului sau inculpatului să asiste la efectuarea oricărui act de urmărire penală; dreptul acestuia să beneficieze de timpul și înlesnirile necesare pentru pregătirea și realizarea unei apărări efective, dreptul de a solicita consultarea dosarului pe tot parcursul procesului penal, dreptul de a studia actele acestuia, dreptul de a nota date sau informații din dosar, precum și de a obține fotocopii pe cheltuiala clientului. (art. 92-94 C. pr. pen.) par să fi transformat urmărirea penală dintr-o fază preponderent secretă într-o fază procesuală cu puternice note de contradictorialitate.

Este doar o iluzie, deoarece modul de desfășurarea urmăririi preponderent în faza *in rem* și pe baza metodelor speciale de supraveghere sau cercetare transformă urmărirea penală într-o fază de la care suspectul sau inculpatul sau apărătorul acestora sunt excluși, putând fi pus sub învinuire și inculpat doar pe baza acestor acte la care dreptul la apărare, concretizat în dreptul de a solicita consultarea dosarului, deși realizabil post-factum, este golit de conținut.

⁴ Radu Chiriță, *Dreptul la un proces echitabil*, Ed. Universul Juridic, București, 2008, p. 34.

⁵ Mihail Udroui, Ovidiu Predescu, *Standardele Europene în materia dreptului de a dispune de timpul și de înlesnirile necesare pregătirii apărării*, în *Dreptul* nr. 5/2009, p. 268.

Despre metodele speciale de supraveghere sau cercetare

Nu întâmplător metodele speciale de supraveghere sau cercetare (cap. IV) sunt reglementate înaintea mijloacelor și metodelor clasice de obținere a probelor, percheziția și ridicarea de obiecte și înscrisuri (cap. VI), expertiza și constatarea (cap. VII) și la urmă de tot cercetarea locului faptei și reconstituirea (Cap. VII), încât mă întreb (și nu retoric) dacă mai știe vreun procuror să facă o cercetare la fața locului conform regulilor de cercetare criminalistică.

Se neglijează faptul că supravegherea tehnică se dispune de judecătorul de drepturi și libertăți atunci când sunt îndeplinite **cumulativ următoarele condiții** (art. 139 alin. 1 C. pr. pen.):

a) există o suspiciune rezonabilă cu privire la pregătirea sau săvârșirea unei infracțiuni dintre cele prevăzute la alin. (2);

b) măsura să fie proporțională cu restrângerea drepturilor și libertăților fundamentale, date fiind particularitățile cauzei, importanța informațiilor ori a probelor ce urmează a fi obținute sau gravitatea infracțiunii;

c) *probele nu ar putea fi obținute în alt mod sau obținerea lor ar presupune dificultăți deosebite ce ar prejudicia ancheta ori există un pericol pentru siguranța persoanelor sau a unor bunuri de valoare.*

Supravegherea tehnică are un caracter de subsidiaritate față de administrarea celorlalte mijloace probatorii putând fi utilizată numai dacă probele nu ar putea fi obținute în alt mod sau obținerea lor ar presupune dificultăți deosebite ce ar prejudicia ancheta, ori există un pericol pentru siguranța persoanelor sau a unor bunuri de valoare.

În realitate extinderea acestor metode și în cazul altor infracțiuni pentru care legea prevede pedeapsa închisorii de 5 ani sau mai mare, a deschis un câmp de acțiune în cercetarea majorității infracțiunilor prevăzute în Codul penal și legile speciale ceea ce îndreptățește o cunoscută autoare să afirme că excepția a devenit regula⁶.

Reglementarea tehnicilor speciale de supraveghere și cercetare nu a reușit să ne convingă de faptul că acestea „satisfac cerințele de accesibilitate, previzibilitate și proporționalitate” așa cum se dorea prin Expunerea de motive a Proiectului Codului de procedură penală.

După încetarea măsurii de supraveghere tehnică, procurorul informează, în scris, în cel mult 10 zile, pe fiecare subiect al unui mandat despre măsura de supraveghere tehnică ce a fost luată în privința sa. (art. 145 C. pr. pen.), aceasta înseamnă că termenul de 10 zile de la terminarea urmăririi penale sau de la clasarea cauzei deoarece amânarea comunicării măsurii de supravegherii tehnice poate fi dispusă doar până la acel moment.

⁶ Luiza Maria Cesoni M. L. Cesoni, *Nouvelle méthodes de lutte contre la criminalité: La normalisation de l'exception*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 23.

Din Raport SRI trimis Parlamentului României în 15 mai 2014 rezulta că Centrului National de Interceptare a Comunicațiilor, integrat la acea dată structurilor SRI a pus în aplicare 38.884 de acte de autorizare pentru beneficiarii din sistemul de securitate națională față de 36.085 de acte de autorizare în anul precedent, reprezentând o creștere cu 7,76%.

Raportul de activitate al SRI pentru anul 2014, consemnează că numărul mandatelor de interceptare a crescut față de 2013 cu aproximativ 15% – ajungând la 44.759 acte de autorizare, față de 38.884, distribuția fiind următoarea:

– 2.496 mandate privind securitatea națională, date pentru SRI

– 42.263 mandate de supraveghere aparținând structurilor Ministerului Public și DNA⁷.

Nu spune nimeni în câte cazuri (nici unu??) subiectul unui mandat despre măsura de supraveghere tehnică a fost informat cu privire la măsura ce a fost luată în privința sa și nici de ce apar interceptări efectuate în urmă cu 5-6 ani.

Despre subiecții procesuali principali și drepturile acestora

Probele reprezintă factori decisivi pentru soluționarea unui litigiu într-un anumit sens, motiv pentru care ele trebuie administrate într-o manieră echitabilă și care să permită exercitarea dreptului la apărare.

Modul de administrare al probelor trebuie să respecte principiul egalității armelor și al contradictorialității. În acest context o procedură echitabilă presupune posibilitatea părților de a cunoaște și de a comenta orice probă administrată, precum și orice piesă a dosarului cauzei.

În realitate există defectuoziități ale legislației care rup acest echilibru sau practici de aplicare distorsionată a unor prevederi legale care în aparență ar oferi suficiente garanții pentru realizarea echilibrului necesar între apărare și acuzare.

Astfel comparând drepturile inculpatului (art. 83 C. pr. pen.) cu cele ale persoanei vătămate (art. 81C. pr. pen.) vom vedea că partea vătămată are dreptul de a adresa întrebări inculpatului, martorilor și experților, pe când inculpatului nu-i este prevăzut un asemenea drept, contrar prevederilor art. 6 pct. 3 lit. d) din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, conform căreia orice acuzat are dreptul să audieze sau să solicite audierea martorilor acuzării și să obțină citarea și audierea martorilor apărării în aceleași condiții ca și martorii acuzării.

Noțiunea de martori ai acuzării are în acest context un sens mai larg, incluzând și partea vătămată.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului a condamnat România pentru încălcarea principiului egalității armelor în procesul penal, prin faptul că inculpata nu a putut să adreseze întrebări persoanei care a depus plângerea penală aflată la originea condamnării sale⁸.

⁷ www.stiripesurse.ro/raport-sri-zeci-de-mii-de-interceptari-in-2014-cate-a-cerut-dna.

⁸ Cauza Bobeș versus România, publicată în M. Of. nr. 726 din data de 26 noiembrie 2013.

În acest context prevederile art. 83 C. pr. pen. considerăm că sunt neconstituționale prin raportare la prevederile art. 20 din Constituție și art. 6 pct. 3 lit. d) din Convenția Europeană a Drepturilor Omului.

Dacă în fața instanței acest drept nu este negat, în faza de urmărire penală, nu de puține ori încercarea apărătorului de a pune întrebări martorilor acuzării este blocată cu motivare că nu este prevăzut un asemenea drept, apărătorul având doar dreptul de a asista la efectuarea audierii.

Respingerea sau neconsemnarea cu rea-credință a probelor propuse în favoarea suspectului ori inculpatului se sancționează conform dispozițiilor Codului de procedură penală (art. 5 alin. 2 teza II), dar respingerea dreptului suspectului sau inculpatului de a pune întrebări martorilor acuzării nu poate fi sancționată decât eventual cu nulitatea relativă a acestui mijloc de probă și obligarea refacerii acestuia în condiții de contradictorialitate, cu condiția să se poată face dovada refuzului de a pune întrebări prin eventuala semnare a declarației de către apărător cu obiecțiuni.

Prin Legea nr. 255/2013 a fost modificat art. 92 alin. 6 C. pr. pen. în sensul obligației organelor judiciare de a consemna *eventualele obiecțiuni formulate* de apărător în cazul în care avocatul suspectului sau al inculpatului este prezent la efectuarea unui act de urmărire penală, iar actul este semnat și de avocat, fapt care ar facilita asemenea obiecțiuni.

Dreptul martorului de a nu se acuza

Organele judiciare au obligația să menționeze, cu ocazia consemnării declarației, calitatea procesuală anterioară.

Doar enunțat de art. 118 C. pr. pen., dreptul martorului de a nu se acuza nu este prevăzut de art. 120 C. pr. pen. printre drepturile pe care organele judiciare au obligația de a le aduce la cunoștința martorului înainte de audierea sa.

Audierea, în frecvente cazuri, în faza urmăririi penale *in rem*, a viitorului suspect, ca martor, fără a fi atenționat că cele declarate pot fi folosite și împotriva sa, chiar dacă aceste declarații, conform art. 118 C. pr. pen. nu pot fi folosite împotriva sa, a rupt deja echilibrul procesual, eventuala sa revenire, cu ocazia punerii sale sub învinuire asupra celor declarate inițial neputând înlătura dezavantajul produs prin cele declarate inițial.

În aceste condiții nici persoana care îndeplinește una dintre calitățile prevăzute de art. 117 alin. 1 C. pr. pen. nu este scutită de obligația de a depune mărturie⁹, situație care evident prejudiciază drepturile procesuale ale acesteia și este de natură a rupe echilibrul între apărare și acuzare.

Ce valoare are declarația ca martor a persoanei la domiciliul căreia s-a efectuat o percheziție în faza urmăririi penale *in rem*, căreia nu i s-a adus la cunoștință

⁹ N. Volonciu, A.S. Uzlău (coord.), *Noul Cod de procedură penală comentat*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 766.

calitatea de suspect și dreptul de a nu face nicio declarație care poate fi folosită împotriva sa?

Procedural nici soțul sau rudele în linie directă nu pot refuza să facă declarații câtă vreme nu este dispusă continuarea urmăririi penale *in personam*¹⁰.

Prelungirea urmăririi penale *in personam* dincolo de momentul în care există probe din care rezultă bănuiala rezonabilă că o anumită persoană a săvârșit fapta pentru care s-a început urmărirea penală este un abuz procesual.

Considerăm că modificarea art. 305 C. pr. pen. prin O.U.G. nr. 18/2016¹¹ care permite ca organul de urmărire penală să dispună începerea urmăririi penale cu privire la fapta săvârșită ori a cărei săvârșire se pregătește, *chiar dacă autorul este indicat sau cunoscut*, lărgeste posibilitatea acestui abuz.

Când organul de urmărire penală se sesizează din oficiu de săvârșirea unei fapte și autorul este cunoscut (omor, ucidere din culpă etc.) nu este niciun motiv ca să se dispună începerea urmăririi penale *in rem* și nu direct *in personam*. Este un formalism excesiv ca în aceeași zi să se dispună prin ordonanță începerea urmăririi penale *in rem* și prin altă ordonanță continuarea urmăririi penale *in personam*.

Când organul de urmărire penală este sesizat prin denunț sau plângere, ori plângere prealabilă audierea denunțătorului sau a persoanei pretins vătămate trebuie să ofere date suficiente (acte medicale, înscrisuri, fotografii, înregistrări proprii, cercetare la fața locului etc.) din care să rezulte bănuiala rezonabilă că o anumită persoană a săvârșit fapta penală cu care este sesizat organul de urmărire penală. Dacă denunțătorul sau a persoana pretins vătămată nu oferă date suficiente din care să rezulte bănuiala rezonabilă că s-a săvârșit o faptă penală procurorul va dispune clasarea cauzei.

De aceea considerăm că *de lege ferenda* începerea urmăririi penale *in rem* trebuie limitată la situațiile în care autorul nu este cunoscut și perioada în care se poate efectua urmărirea penală *in rem* trebuie limitată la un termen de 6 luni, timp în care se pot efectua metodele speciale de supraveghere sau cercetare, după care continuarea urmăririi penale trebuie pusă sub controlul judecătorului de drepturi și libertăți. În acest fel s-ar evita ca urmărirea penală *in rem* să dureze 5-6 ani de la săvârșirea faptei.

A devenit deja o practică aproape generalizată administrarea probatoriului în faza urmăririi penale *in rem*, iar procedura în camera preliminară are ca obiect, între altele și *verificarea legalității administrării probelor* (art. 342 C. pr. pen.) motiv pentru care considerăm că respingerea cererii suspectului de readministrare a probelor administrate anterior dobândirii calității de suspect trebuie sancționată de judecătorul de cameră preliminară prin restituirea cauzei la procuror pentru readministrarea probelor, posibilitate pe care *de lege lata* prevederile art. 346 alin. 3 C. pr. pen. nu o prevăd.

¹⁰ *Idem*, p. 767.

¹¹ Publicată în M. Of. nr. 389 din 23 mai 2016.

Motivare potrivit căreia această carență poate fi îndreptată în cursul cercetării judecătorești nu este satisfăcătoare deoarece presupune administrarea probatoriului în fața instanței, ceea ce-l privează pe inculpat de a uza de procedura simplificată a recunoașterii vinovăției, procedură de care ar fi uzitat probabil dacă prin readministrarea probelor amintite ar fi putut dovedi existența unei circumstanțe atenuante legale (provocare, depășirea legitimei apărări sau stării de necesitate).

Nerespectarea cerinței legale prin care s-a adus o vătămare drepturilor părților ori ale subiecților procesuali principali, care nu poate fi înlăturată altfel decât prin *desființarea* actului (nu și prin refacerea lui) atrage nulitatea relativă a acestuia, iar nulitatea relativă poate fi invocată până la închiderea procedurii de cameră preliminară, dacă încălcarea a intervenit în cursul urmăririi penale sau în această procedură.

De lege ferenda prevederile art. 346 alin. 3 C. pr. pen. ar trebui modificate în sensul că și atunci când nulitatea relativă poate fi asanată prin refacerea actului cu respectarea garanțiilor procesuale privind dreptul la un proces echitabil și implicit cel al egalității armelor, judecătorul de cameră preliminară să poată restitui cauza la procuror pentru refacerea actului.

Despre martori cu identitate protejată

Se constată de asemenea un abuz, de folosirea ca martori cu identitate protejată a investigatorilor și colaboratorilor, procesul penal devenind un proces cu umbra martorului, deși asemenea măsuri de protecție excepționale pot fi luate numai *dacă există o suspiciune rezonabilă că viața, integritatea corporală, libertatea, bunurile sau activitatea profesională a martorului ori a unui membru de familie al acestuia ar putea fi puse în pericol ca urmare a datelor pe care le furnizează organelor judiciare sau a declarațiilor sale* (art. 125 C. pr. pen.).

Această suspiciune rezonabilă trebuie să rezulte din faptul că celelalte măsuri de protecție a martorului se dovedesc ineficiente.

Protecția datelor de identitate, prin acordarea unui pseudonim cu care martorul va semna declarația sau audierea martorului fără ca acesta să fie prezent, prin intermediul mijloacelor audiovideo de transmitere, cu vocea și imaginea distorsionate se dispun atunci când celelalte măsuri nu sunt suficiente [art. 126 alin. 1 lit. c) și d) C. pr. pen.], or nu exista nici un act procesual din care să rezulte că celelalte măsuri de protecție sau dovedit sau sunt ineficiente.

Admiterea depozițiilor din partea martorilor anonimi și anumite mijloace de protecție a martorilor nu au cum să nu conducă la restrângerea, într-o oarecare măsură, a dreptului la apărare al acuzatului. Apărarea întâmpină dificultăți în efectuarea unui interogatoriu dacă nu cunoaște identitatea martorului și nu poate demonstra că acel martor este ostil, nedemn de încredere sau că singurele lui intenții sunt acelea de a prejudicia acuzatul.

A vorbi în acest context de principiul egalității armelor este o utopie chiar dacă admitem că în cursul urmăririi penale acest principiu are anumite restrângeri justificate de poziția și statutul Ministerului Public.

Principiul egalității armelor trebuie să asigure un just echilibru între părți, între mijloacele de care dispune apărarea și cele de care dispune acuzarea (Ministerul Public).

Noțiunea de martor anonim primește un sens autonom în aplicarea Convenției și se referă la orice persoană care, în faza de urmărire penală, a depus mărturie împotriva acuzatului, mărturie pe baza căreia instanța și-a fundamentat decizia.

Colaboratorul audiat ca martor cu identitate protejată este în fapt un infractor interesat procesual să obțină recunoașterea unei cauze de micșorare a pedepsei, motiv pentru care depoziția sa trebuie apreciată cu circumspecție.

Într-o serie de hotărâri importante Curtea Europeană a Drepturilor Omului a trasat coordonatele pe baza cărora trebuie analizată compatibilitatea mărturiilor anonime cu garanțiile unui proces echitabil.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului a constatat violarea art. 6 alin. (1) și alin. (3) lit. d) deoarece condamnarea s-a bazat, într-o mare măsură pe depozițiile unor martori anonimi realizate în faza de urmărire penală. Curtea a stabilit că inculpatul a suferit un handicap procedural insurmontabil, care nu a fost contrabalansat prin procedura în fața judecătorului. (cauza Kostovski vs. Olanda)¹²

Judecătorul trebuie să cunoască identitatea acestor martori, să verifice credibilitatea acestora și să poată decide dacă aceștia pot depune mărturie sub acoperirea anonimului. Apărarea trebuie să dispună de mijloace adecvate care să permită să participe la audierea martorilor anonimi, putând să le adreseze întrebări în legătură cu cele relatate.

Persoana vătămată, care nu dorește să participe la procesul penal trebuie să înștiințeze despre aceasta organul judiciar, care, dacă apreciază necesar, o va putea audia în calitate de martor (art. 81 alin. 2 C. pr. pen.).

Atunci când sunt îndeplinite condițiile prevăzute de lege referitoare la statutul de martor amenințat sau vulnerabil ori pentru protecția vieții private sau a demnității, organul de urmărire penală poate dispune față de persoana vătămată ori față de partea civilă măsurile de protecție prevăzute la art. 124-130 C. pr. pen., care se aplică în mod corespunzător.

Dintre măsurile de protecție prevăzute la art. 124-130 C. pr. pen. considerăm că față de persoana vătămată și de partea civilă nu se poate dispune protecția datelor de identitate și acordarea unui pseudonim sub care acesta vor fi audiate, deoarece o asemenea anonimizare face imposibilă formularea unei apărări despre care inculpatul nu ar avea cunoștință.

¹² www.jurisprudentacedo.com/dreptul-la-un-proces-echitabil 5.06.2016.

Despre arestarea preventivă

În mod mai puțin frecvent arestarea preventivă este justificată pe cazurile prevăzute de art. 223 alin. 1 lit. a)-d) C. pr. pen., în schimb cel mai frecvent motiv invocat este cel prevăzut de art. 223 alin. 2 C. pr. pen. care în prima sa teză folosește criteriul enumerării infracțiunilor care justifică o asemenea măsură¹³ iar în ultima sa teză se referă a orice „altă infracțiune pentru care legea prevede pedeapsa închisorii de 5 ani”.

În ambele ipoteze pe lângă cerința existenței unor probe din să rezulte suspiciunea rezonabilă că inculpatul a săvârșit o infracțiune se cere o condiție cumulativă: necesitatea *înlăturării unei stări de pericol pentru ordinea publică* dedusă pe baza evaluării gravității faptei, a modului și a circumstanțelor de comitere a acesteia, a anturajului și a mediului din care acesta provine, a antecedentelor penale și a altor împrejurări privitoare la persoana inculpatului.

Folosirea excesivă a luării măsurii arestării preventive în temeiul art. 223 alin. 2 C. pr. pen., fără ca pe baza evaluării gravității faptei, a modului și a circumstanțelor de comitere a acesteia, a anturajului și a mediului din care acesta provine, a antecedentelor penale și a altor împrejurări privitoare la persoana acestuia, să se constate că privarea sa de libertate este necesară pentru înlăturarea unei stări de pericol pentru ordinea publică aduce prejudicii nu numai dreptului fundamental la libertate al persoanei ci implicit prezumției de nevinovăție și principiului egalității armelor.

Abuzul de arestări nejustificat prin probe din care rezultă suspiciunea rezonabilă că inculpatul a săvârșit o infracțiune (ci pentru a obține probe și eventuale denunțuri împotriva altor persoane) și fără necesitatea înlăturării unei stări de pericol pentru ordinea publică, încalcă principiul loialității administrării probelor și afectează în mod indubitabil principiul egalității armelor.

Este greu de motivat necesitatea arestării preventive pentru orice altă infracțiune (altele decât infracțiunile săvârșite prin violență), descoperită după 5-6 ani de la săvârșirea ei, numai pentru că legea prevede pedeapsa închisorii de 5 ani. Motivarea, uzuală în multe hotărâri judecătorești, potrivit căreia prin neluarea măsurii arestării preventive s-ar decredibiliza actul de justiție, ceea ce ar prezenta un pericol pentru ordinea publică, este falsă.

¹³ „Dacă din probe rezultă suspiciunea rezonabilă că acesta a săvârșit o infracțiune intenționată contra vieții, o infracțiune prin care s-a cauzat vătămarea corporală sau moartea unei persoane, o infracțiune contra securității naționale prevăzută de Codul penal și alte legi speciale, o infracțiune de trafic de droguri, de efectuare de operațiuni ilegale cu precursori sau cu alte produse susceptibile de a avea efecte psihoactive, o infracțiune privind nerespectarea regimului armelor, munițiilor, materialelor nucleare și al materiilor explozive, trafic și exploatarea persoanelor vulnerabile, acte de terorism, spălare a banilor, falsificare de monede, timbre sau de alte valori, șantaj, viol, lipsire de libertate în mod ilegal, evaziune fiscală, ultraj, ultraj judiciar, o infracțiune de corupție, o infracțiune săvârșită prin sisteme informatice sau mijloace de comunicare electronică).

Nu prin numărul de arestări se credibilizează actul de justiție ci prin intervenția promptă, cât mai aproape de data săvârșirii infracțiunii și prin judecarea cauzei cu respectarea garanțiilor procesuale.

Propunerile de arestare precedate sau urmate de o mediatizare excesivă a cazului, de expunerea în cătușe a inculpatului arestat, redarea în media a conținutului unor interceptări aduc prejudicii principiului egalității armelor.

Obținerea unor declarații sub amenințarea sau promisiunea neluării măsurii arestării preventive (situații mediatizate și chiar demonstrate în media) încalcă principiul loialității administrării probelor (art. 101 alin. 1 C. pr. pen.) și implicit principiul egalității armelor.

2. Procedura în camera preliminară și echilibrarea constituțională a poziției procesuale a părților.

După declararea ca neconstituțională a mai multor prevederi ale Codului de procedură penală¹⁴ acesta a fost cârpit prin Ordonanță de urgență nr. 82/2014 din 02.05.2016.

Dacă în formularea inițială a art. 344 alin. 2 C. pr. pen. doar inculpatul formula în scris cereri și excepții, în noua formulare judecătorul de cameră preliminară comunică inculpatului, celorlalte părți și persoanei vătămate obiectul procedurii în camera preliminară, dreptul de a-și angaja un apărător și termenul în care, de la data comunicării, pot formula în scris cereri și excepții cu privire la legalitatea sesizării instanței, legalitatea administrării probelor și a efectuării actelor de către organele de urmărire penală, iar dacă s-au formulat cereri sau excepții ori dacă a ridicat excepții din oficiu, judecătorul de cameră preliminară stabilește termenul pentru soluționarea acestora, cu citarea părților, a persoanei vătămate și cu participarea procurorului.

Judecătorul de cameră preliminară soluționează cererile și excepțiile formulate ori excepțiile ridicate din oficiu, în camera de consiliu, pe baza lucrărilor și a materialului din dosarul de urmărire penală și a oricărui *înscrișuri noi* prezentate, ascultând concluziile părților și ale persoanei vătămate, dacă sunt prezente, precum și ale procurorului. Judecătorul de cameră preliminară se pronunță în camera de consiliu, prin încheiere, care se comunică de îndată procurorului, părților și persoanei vătămate.

Împotriva încheierii procurorul, părțile și persoana vătămată pot face contestație. aceasta putând privi și modul de soluționare a cererilor și a excepțiilor.

Contestația se judecă de către judecătorul de cameră preliminară de la instanța ierarhic superioară celei sesizate și se soluționează în camera de consiliu, cu citarea și după ascultarea părților și a persoanei vătămate și a procurorului.

Procedura în camera preliminară prevede după modificările aduse prin O.U.G. nr. 82/2014 din 02.05.2016, drepturi egale pentru toate părțile implicate și primește

¹⁴ C.C. dec. nr. 599/2014, 663/2014, 712/2014, 76/2015; 166/2015 etc.

caracter contradictoriu prin citarea părților, a persoanei vătămate și a procurorului și posibilitatea de a prezenta înscrisuri noi.

Contradictorialitatea procedurii și nemijlocirea ascultării părților sunt garanții ale efectivității principiului egalității armelor ca bază a unui proces echitabil.

Expunerea de motive a Proiectului Codului de procedură penală justifică această procedură din nevoia de a răspunde „exigențelor de legalitate, celeritate și echitate a procesului penal” pentru „crearea unui cadru legislativ modern, care să înlăture durata excesivă a procedurilor în faza de judecată”.

Mulțimea dispozițiilor neconstituționale și faptul că aceste obiective nu au fost atinse a întemeiat scepticismul nostru față de acest experiment legislativ pe care l-am apreciat a fi un experiment procesual eșuat¹⁵.

3. Sincope ale principiului egalității armelor în judecarea cauzelor

Deși caracterul public al ședințelor de judecată, oralitatea și contradictorialitatea dezbaterilor, nemijlocirea administrării probelor, asigurarea apărării sunt suficiente garanții pentru a asigura desfășurarea unui proces echitabil prin „egalitatea armelor”, respectiv a garanțiilor procesuale acordate părților și acuzării, totuși au fost destule cazuri în care Curtea Europeană a Drepturilor Omului a condamnat România pentru încălcarea dreptului la un proces echitabil. Chiar dacă aceste decizii au privit cauze soluționate sub prevederile vechiului Cod de procedură penală nu înseamnă că asemenea derapaje nu se pot repeta, unele dintre acestea putând fi favorizate și de actualele prevederi procesuale.

Judecătorul de cameră preliminară – judecător al fondului

Una dintre garanțiile respectării principiului egalității armelor este necesitatea desfășurării judecății în fața unui judecător imparțial.

În acest scop legiuitorul a reglementat separarea funcțiilor judiciare astfel ca în desfășurarea aceluiași proces penal, exercitarea unei funcții judiciare să fie incompatibilă cu exercitarea unei alte funcții judiciare.

Neavând resursa umană necesară transpunerii în fapt a unei asemenea măsuri radicale, inițial a considerat că funcția judecătorului de drepturi și libertăți [art. 3 alin. 1 lit. b) C. pr. pen.] nu este incompatibilă cu funcția judecătorului de cameră preliminară, de verificare a legalității trimiterii ori netrimiterii în judecat, pentru ca, în urma constatării incompatibilității celor două funcții, prin O.U.G. nr. 18/23.05.2016 alineatul respectiv să fie modificat în sensul că funcția de judecător de cameră preliminară este compatibilă doar cu funcția de judecată, mai puțin atunci când acesta dispune începerea judecății.

Chiar dacă judecătorul de cameră preliminară examinează cauza doar sub aspectul competenței și a legalității sesizării instanței, precum și al legalității administrării probelor și a efectuării actelor de către organele de urmărire penală,

¹⁵ V. Pașca, Camera preliminară – un experiment procesual eșuat?

este greu de crezut că acesta va reveni asupra legalității probelor chiar dacă în faza cercetării judecătorești martorii sau denunțătorii vor reveni asupra declarațiilor date în cursul urmăririi penale.

Curtea Europeană a statuat că nu se poate retine *in abstracto* prioritatea ce ar trebui acordată declarațiilor date de un martor în ședință publică și sub jurământ în raport cu declarațiile aceluiași martor date în cursul urmăririi penale, chiar dacă cele două sunt contradictorii (Doorson împotriva Olandei, 26 martie 1996)¹⁶, dar faptul că, instanțele au hotărât să acorde prioritate declarațiilor obținute de anchetatori și au considerat că cele date în fața instanței de fond au fost false, respingând cererile apărării de a administra probe, fără să analizeze sau cel puțin să ofere explicații mai detaliate cu privire la motivul respingerii celorlalte cereri de administrare de probe, constituie o încălcare a principiului egalității armelor și a dreptului la un proces echitabil (cauza Bufinski contra România)¹⁷

Judecătorul de cameră preliminară, ulterior judecător al fondului prejudiciază asupra principiului egalității armelor, respingând cererile de revocare sau de înlocuire a măsurii arestării preventive, de regulă cu motivarea stereotipă potrivit căreia se mențin în continuare condițiile avute în vedere la data luării măsurii arestării preventive.

Curtea Europeană a statuat în sensul că art. 5 alin. 3 din Convenție nu poate fi interpretat ca permițând necondiționat arestarea preventivă atâta vreme cât nu depășește o anumită durată. Orice menținere în stare de arest preventiv a unui acuzat, chiar și pentru o durată scurtă, trebuie justificată în mod convingător de autorități oferind motive concrete în sprijinul afirmației existenței „pericolului pentru ordinea publică” în scopul menținerii inculpatului în detenție (cauza Calmanovici c/a România)¹⁸.

Despre judecata în primă instanță și în apel

Condamnarea unui acuzat pentru prima dată în ultimă instanță numai de o instanță care, fără a-l audia, a examinat cauza în fapt și în drept doar pe baza probelor administrate în primă instanță încalcă echitatea procedurii garantată de art. 6 alin. 1 din Convenție și implicit principiul egalității armelor (Flueraș împotriva României; Calmanovici c/a România; Mircea contra României)¹⁹.

O problemă se pune în legătură cu compatibilitatea sau incompatibilitatea judecătorului care a judecat unul sau mai mulți inculpați potrivit procedurii prescurtate prevăzută de art. 375 C. pr. pen. sau care a validat a acordul de vinovăție rămâne sau ajunge în situația de a judeca și inculpatul sau inculpații care nu au recurs la aceste proceduri, sau nu au recunoscut fapta/faptele de care este/sunt acuzați.

¹⁶ www.jurisprudencedo.com/dreptul-la-un-proces-echitabilla, 5.06.2016.

¹⁷ www.jurisprudencedo.com/dreptul-la-un-proces-echitabilla, 5.06.2016.

¹⁸ www.jurisprudencedo.com/dreptul-la-un-proces-echitabilla, 5.06.2016.

¹⁹ www.jurisprudencedo.com/dreptul-la-un-proces-echitabilla, 5.06.2016.

Prin recursul în interesul legii cu privire la aplicarea procedurii simplificate prevăzute de art. 320¹ din vechiul Cod de procedură penală, Înalta Căte de Casație și Justiție a statuat că judecătorul care a soluționat cauza conform procedurii prevăzute de art. 320¹ din Codul de procedură penală cu privire la unii dintre inculpați nu devine incompatibil sa judece acțiunea penală și civilă cu privire la ceilalți inculpați, în ipoteza în care trimiterea în judecată a tuturor inculpaților s-a făcut prin același rechizitoriu, pentru infracțiuni între care există stare de conexitate sau indivizibilitate.

Judecătorul devine incompatibil doar dacă în considerentele hotărârii pronunțate conform art. 320¹ din Codul de procedură penală și-a exprimat părerea cu privire la soluția ce ar putea fi dată în cauza disjunsă²⁰.

Rezolvarea amintită este valabilă și în contextul prevederilor actualului Cod de procedură penală, cu precizarea că soluția ce ar putea fi data în cauza disjunsă ar putea rezulta implicit din considerentele hotărârii pronunțate.

Astfel în cazul în care același judecător judecă o cauză în care trei inculpați sunt trimiși în judecată pentru săvârșirea infracțiunii de constituire a unui grup infracțional organizat și doi inculpați recurg la aplicarea procedurii simplificate prevăzută de art. 375 C. pr. pen, iar cel de-al treilea nu recunoaște fapta și solicită administrarea probelor, este logic aproape imposibil ca judecătorul să nu fie influențat de autoritatea de lucru judecat a stării de fapt rezultate din hotărârea anterioară, deoarece ar însemna să-și nege propria hotărâre, sub aspectul condițiilor de existență ale infracțiunii.

Într-o situație similară Curtea Europeană a Drepturilor Omului a statuat în sensul că deși în raport de elementul subiectiv al imparțialității niciun element nu este susceptibil să pună în dubiu imparțialitatea personală a judecătorilor în cauză, dar în raport de imparțialitatea obiectivă a acestora, Curtea a constatat că dubiile privind parțialitatea magistraților provin din faptul că, în motivarea soluției de condamnare a celorlalți inculpați, se făceau numeroase referiri la reclamant și la rolul său în sânul organizației infracționale din care era suspectat că ar fi făcut parte²¹.

Respingerea de către unele instanțe de apel a cereri inculpatului de a i se acorda un termen în vederea angajării unui apărător, cu motivarea că în cursul judecății, persoana vătămată și părțile au dreptul la un singur termen pentru angajarea unui avocat și pentru pregătirea apărării potrivit art. 356 alin. 3 C. pr. pen., termen de care au uzat în cursul judecății în primă instanță, încalcă dreptul la apărare al inculpatului în condițiile în care chiar și la judecata în primă instanță, în situația în care persoana vătămată sau una dintre părți nu mai beneficiază de asistența juridică acordată de avocatul său ales, instanța poate acorda un alt termen pentru angajarea unui alt avocat și pregătirea apărării (art. 356 alin. 4 C. pr. pen.).

²⁰ RIL / ICCJ Dec.. 17 din 12 noiembrie 2012, publicată în M. Of. nr. 820/2012.

²¹ Rojas Morales contra Italiei, www.jurisprudencedo.com/dreptul-la-un-proces-echitabilla, 5.06.2016.

Recurgerea în asemenea situații la apărătorul numit din oficiu, respectiv avocatul de serviciu numit la sală, fără ca acesta să aibă delegație pentru cauza respectivă, echivalează cu negarea dreptului la apărare și implicit cu negarea principiului egalității armelor, chiar dacă apărătorului din oficiu astfel numit i se pune la dispoziție dosarul pentru studiu în sală.

Faptul că avocatul din oficiu nu s-a bucurat de timpul și de facilitățile de care ar fi avut nevoie pentru studierea dosarului, pregătirea pledoariei și, eventual, să ia contact cu clientului său constituie o încălcare a art. 6 § 3c) în Convenția Europeană a Drepturilor Omului (Goddi contra Italiei)²².

Respingerea de către unele instanțe a cererilor de efectuare a unei expertize contabile în cauzele în care eventualele prejudicii (în fapt datorii fiscale) au fost stabilite doar pe baza rapoartelor întocmite de ANAF sau de specialiștii din cadrul DNA, constituie de asemenea o încălcare a principiului egalității armelor, în condițiile în care specialiștii amintiți nu sunt experți independenți, fiind sub controlul procurorului de caz.

Din păcate modificările aduse prin O.U.G. nr. 18/2016 par a nega dreptul părților de a contesta actele de constatare întocmite de specialiștii subordonați structurilor Ministerului Public.

Constatări potrivit art. 172 alin. 10 C. pr. pen. se efectuează de către un specialist care funcționează în cadrul organelor judiciare sau din afara acestora. La efectuarea constatării partea nu este reprezentată de un specialist independent, pe când la efectuarea expertizei pot participa experți independenți autorizați, numiți la solicitarea părților sau subiecților procesuali principali

În cazul în care singura probă privind stabilirea unui prejudiciu de care depinde și soluționarea acțiunii penale (existența prejudiciului, cuantumul acestuia, consecințele grave etc.), în reglementarea anterioară O.U.G. nr. 18/2016 prevederile 173 alin. 12 C. pr. pen. sunau de maniera: „După finalizarea raportului de constatare, când organul judiciar apreciază că este necesară opinia unui expert sau când concluziile raportului de constatare sunt contestate, *se dispune* efectuarea unei expertize” pentru ca în procedură legislativă de urgență (care sunt situațiile extraordinare a căror reglementare nu poate fi amânată, !?) textul să fie modificat, fără a fi necesar, în forma: „După finalizarea raportului de constatare, când organul judiciar apreciază că este necesară opinia unui expert sau când concluziile raportului de constatare sunt contestate, *se poate dispune* (S.N.) efectuarea unei expertize.

Nu erau suficiente motive ca o constatare întocmită de un specialist care funcționează în cadrul organelor judiciare să fie contestată în baza principiului egalității armelor, al imparțialității și al dreptului la un proces echitabil?

Era nevoie ca să se oficializeze expres o dată în plus dreptul judecătorului de a respinge administrarea unei probe?

²² www.jurisprudentacedo.com/dreptul-la-un-proces-echitabila, 5.06.2016.

Era nevoie de o procedură legislativă excepțională (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 acestor, art. 115 alin. 4 din Constituție), pentru a pune coada la pruna putredă numită Codul de procedură penală, sau pentru a justifica pe baza unui nou text legal, care oricum și fără această prevedere, îi conferea judecătorului dreptul exclusiv de a aprecia asupra pertinentei și concludenței probelor (art. 347 C. pr. pen.)?

E drept că „drepturile fundamentale sunt un lux”, ce să mai vorbim de principiul egalității armelor.

4. Concluzii

Actualul sistem procesual penal denumit „adversial” (barbarism slugarnic N.A.*) este în realitate un sistem mixt, în care elementele inchizitoriale (caracterul scris secret și necontradictoriu) devenite preponderente în cursul urmăririi penale prin utilizarea metodelor și tehnicilor speciale de supraveghere sau cercetare fac să treacă în plan secund elementele de contradictorialitate, eclipsând principiul egalității armelor, fapt care deseori nu poate fi remontat în cursul judecății.

Utilizarea metodelor și tehnicilor speciale de supraveghere și a măsurii arestării preventive conferă mai degrabă un caracter autoritarist procesului penal, în dauna dreptului la un proces echitabil, conform cerințelor statului de drept.

* Adjectivul „adversial” nu există în limba română fiind preluarea mot-à-mot a noțiunii *adversarial system* sau *adversary system*, caracteristică sistemelor de drept common law reprezintă echivalentul noțiunii de proces contradictorial, sistem în care, fără o fază procesuală prealabilă (anchetă, instrucție, urmărire penală), părțile reprezentate de avocatul acuzării și avocatul apărării își prezintă probele în fața unui juriu sau unui judecător.