

I. EDITORIAL

DESFIINȚAREA CU TRIMITERE SPRE REJUDECARE ÎN PROCESUL PENAL. NULITĂȚI ABSOLUTE ȘI RELATIVE. DEZVOLTARE JURISPRUDENȚIALĂ ȘI APLICARE DIRECTĂ A CONVENȚIEI CEDO



Adrian STAN

Abstract

We propose in this analysis, without asserting to fully treat criminal appeal, to underline certain aspects related to one of the solutions of the appeal, by which the Courts of Appeal or the High Court decide that a new judgment of the merits of the cause in an appeal is not an effective remedy, due to the serious infringement of the law by the first courts, deciding the return of their file to be re-judged, under lawsuit fairness conditions.

The re-judgment of the cause by the court having ruled the decision is a procedural remedy by which the court of appeal returns the file to be re-judged by the first court or by the competent court, in case the judgment occurred with the infringement of principles of the criminal lawsuit, or with the failure to meet dispositions established with falling within absolute or relative nullity sanction.

First of all, we debate the situation when the judge of the merits is different than the one having decided the admission of the judgment, in which case, the first court does not rule on actions related to the performance of the criminal investigation, of the cases when a party has not been duly serviced and of the aggravation of the defendant-appellant's situation as consequence of the re-judgment.

We shall also analyze the cases when, although the procedure code does not provide for expressly, the courts of appeal refer the cause to be re-judged, like the failure to discuss the legal classification, the failure to administer evidences during the indictment or the total failure to motivate the judgment of the merits, when the ECHR principles of a fair lawsuit are directly applied in the appeal.

Keyword: *dissolution with referring for re-judgment, criminal lawsuit, ECHR Convention, absolute and relative nullities, re-judgment of the cause*

Singura cale de atac ordinară, generală și de reformare în procesul penal, apelul¹, duce de regulă la o nouă judecată în fond a cauzei, efectuată de către Curțile de Apel sau de către Înalta Curte de Casație și Justiție. Apelul urmărește, în sistemul dublului grad de jurisdicție², asigurarea unui echilibru între necesitatea pronunțării unor hotărâri legale și temeinice, cu respectarea dreptului părților la un proces echitabil, pe de o parte și operativitatea, celeritatea procesuală, pe de altă parte³.

Fără a avea pretenția să tratăm în integralitate problematica devoluției căii de atac, asupra căreia se pot elabora lucrări consistente, de sute de pagini, ne propunem să punctăm unele aspecte legate de una dintre soluțiile la judecata în apel, prin care Curțile de Apel ori Înalta Curte hotărâsc că o nouă judecată asupra fondului cauzei în apel nu este un remediu eficient, datorită unor nerespectări grave ale legii de către primele instanțe, dispunând restituirea dosarului acestora din urmă spre rejudecare, în condiții de echitate procesuală.

Încercând a defini instituția analizată, putem spune că *rejudecarea cauzei de către instanța care a pronunțat hotărârea este un remediu procesual prin care instanța de apel restituie dosarul spre rejudecare primei instanțe sau instanței competente, în situația în care judecata a avut loc cu încălcarea unor principii ale procesului penal, cu nerespectarea unor dispoziții instituite sub sancțiune de nulitate absolută sau relativă sau cu nesocotirea unor principii fundamentale statuate de Convenția Europeană a Drepturilor Omului.*

În Codul de procedură penală din 1936 exista instituția trimiterii de către Curtea de Casație, pentru existența cazurilor de nulitate. Astfel, potrivit art. 487, „când Curtea de Casație pronunță casarea unei hotărâri cu trimitere, trimite cauza înaintea aceleiași instanțe, care a judecat, sau când interesele justiției o cer, la o altă instanță egală în grad”.

Codul de procedură de la 1969, la art. 379 pct. 2 lit. b), prevedea ca și motive de desființare cu trimitere spre rejudecare situațiile: când judecarea cauzei a avut loc în lipsa unei părți nelegal citate sau care deși legal citată a fost în imposibilitate de a se prezenta sau de a înștiința instanța despre această imposibilitate; existența unui caz de nulitate prevăzut de art. 197 alin. (2); când judecarea a avut loc cu încălcarea normelor de competență materială sau *rationae personae*⁴. Exista și posibilitatea trimiterii la procuror spre refacerea urmăririi penale, aspect care este

¹ Și contestația este o cale de atac de reformare, însă cu caracter special, de regulă în materia drepturilor fundamentale și a chestiunilor privind executarea pedepsei, putând fi exercitată însă doar când legea o prevede expres (a se vedea D. Grădinaru. A.M. Șinc, în M. Udrioiu (coord.), *Codul de procedură penală, comentariu pe articole*, ed. 2, Ed. C.H. Beck, 2017, p. 1668-1669).

² Drept garantat de art. 2 al Protocolului 7 al CEDO: *orice persoană declarată vinovată de o infracțiune de către un tribunal are dreptul să ceară examinarea declarației de vinovăție sau a condamnării de către o jurisdicție superioară*

³ Georgiana Tudor, în N. Volonciu, A.S. Uzlău, C. Voicu, *Noul cod de procedură penală comentat*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p.999.

⁴ I. Neagu, *Tratat de procedură penală, partea specială*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 336-338.

printre principalele motive care au dus la introducerea fazei de filtru a camerei preliminare în noul sistem procesual, pentru a evita incertitudinea asupra legalității fazei inițiale⁵.

Codul de procedură intrat în vigoare în 2014 a prevăzut inițial ca motive de trimitere spre rejudecare situația judecării în prima instanță fără prezența unei părți nelegal citate sau care deși legal citată s-a aflat în imposibilitatea de a se prezenta ori de a încunoștința instanța, neregularitate invocată de acea parte și a existenței cazurilor de nulitate absolută [nulități prevăzute de art. 281 lit. a)].

Ulterior, prin O.U.G. nr. 18/2016⁶ au fost introduse două noi temeuri pentru desființarea cu trimitere spre rejudecare și anume atunci când instanța nu s-a pronunțat asupra unei fapte reținute în sarcina inculpatului prin actul de sesizare sau asupra acțiunii civile. Rațiunea modificării și a extinderii motivelor de trimitere a fost, se pare, aceea a tot mai frecventelor soluții în acest sens, întemeiate pe principiile procesului penal și dreptul la un proces echitabil statuat în art. 6 par. 3 CEDO, care aveau nevoie de o susținere normativă și în norma specială.

Cu toate acestea, apreciem că legiuitorul nu a mers până la capăt, numeroase alte soluții ale Curților de apel și ale Înaltei Curți fiind în sensul desființării cu trimitere, fără un suport normativ procesual penal, trimiterea fiind întemeiată pe lipsa unei cercetări judecătorești efective, lipsa unei motivări a soluțiilor de condamnare, nerespectarea principiului nemijlocirii (raportat uneori și la nelegala compunere a completului de judecată, art. 281 alin. (1) lit. a) sau a echității procedurii în ansamblul său.

Revenind la motivele exprese de trimitere, o soluție recentă a instanțelor⁷ și o opinie a doctrinei⁸ aduc în discuție *soluția din apel în cazul în care judecătorul fondului este altul decât cel care, în exercitarea funcției de judecător de cameră preliminară, a dispus începerea judecării*. În esență, Codul de procedură stabilind la art. 3 alin. (3) compatibilitatea celor două funcții judiciare, întrebarea care s-a pus este dacă norma de la art. 346 alin. (7) („judecătorul de cameră preliminară care a dispus începerea judecării exercită funcția de judecată în cauză”) este una imperativă și care va fi sancțiunea nerespectării ei.

Instanțele de apel au apreciat în mod just că norma este una imperativă și nu admite derogări, decât cele strict prevăzute de Legea nr. 304/2004 sau HCSM nr. 1375/2015 (Regulamentul de ordine interioară a instanțelor).

În susținerea acestei orientări vine și Decizia de constatare a constituționalității art. 346 alin. (7) C. pr. pen. (DCC nr. 663/2014), instanța de contencios constituțional a statuând că „este în interesul îndeplinirii actului de justiție ca același judecător

⁵ I. Kuglay, în M. Udriou (coord.), *Codul de procedură penală, comentariu pe articole*, ed. 1, Ed. C.H. Beck, București, 2015, p.901-902

⁶ Publicată în M. Of. 389 din 23-mai-2016.

⁷ C.Ap. Timișoara, dec. p. nr. 1255/2016, nepublicată.

⁸ <https://www.universuljuridic.ro/intinderea-si-sanctiunea-incalcarii-obligatiei-judecatorului-de-camera-preliminara-care-dispus-inceperea-judecatii-de-exercita-functia-de-judecata/>.

care a verificat atât competența și legalitatea sesizării cât și legalitatea administrării probelor și a efectuării actelor de urmărire penală să se pronunțe și pe fondul cauzei”.

Nelegalitatea se circumscrie astfel cazului de nulitate absolută prevăzut de art. 281 alin. (1) lit. a) C. pr. pen., potrivit căruia: „determină întotdeauna aplicarea nulității încălcarea dispozițiilor privind compunerea completului de judecată”. Așadar, soluția de trimitere spre rejudecare este cea corectă, fiind alterată legala compunere a completului de judecată.

S-a exprimat în doctrina recentă⁹ opinia, contrară unor dispoziții de unificare a practicii judiciare a instanțelor, că judecătorul fondului poate fi și judecătorul inițial investit cu repartizarea aleatorie a cauzei, chiar dacă judecata în camera preliminară a fost efectuată de alt complet, care l-a înlocuit, având și în acest caz o continuitate și o respectare a dispoziției mai sus citate.

Legat de **nulitatea absolută prevăzută de art. 281 alin. (1) lit. b), a competenței materiale sau personale a instanței inferioare**, decizia recentă a Curții Constituționale¹⁰, fiind o decizie interpretativă, Curtea „constată că soluția legislativă cuprinsă în dispozițiile art. 281 alin. (1) lit. b) din Codul de procedură penală, care nu reglementează în categoria nulităților absolute încălcarea dispozițiilor referitoare la competența materială și după calitatea persoanei a organului de urmărire penală, este neconstituțională”, (decizii cu care Curtea ne-a obișnuit în ultimii ani, prin constatarea ca fiind contrară legii fundamentale a unei soluții de nereglementare), aceasta nu poate produce efecte. În primul rând, **competența organelor de urmărire penală este o chestiune ce se analizează în faza camerei preliminare, or, odată aceasta încheiată prin dispoziția definitivă de începere a judecării nu mai poate face obiectul unui control ulterior**. Nici măcar în faza de filtru nu se poate spune că Decizia CCR ar fi aplicabilă, aceasta din urmă fiind una atipică, deoarece nulitățile sunt prevăzute de lege, or, legiuitorul nu a intervenit în sensul arătat de Curte. Cu atât mai puțin s-ar pune problema criticilor în faza de apel, astfel că, din dublu punct de vedere, în această fază, nu există un remediu pentru efectuarea unor acte de urmărire penală de organe necompetente.

Soluții jurisprudențiale neunitare pot să apară în legătură cu motivul de desființare nou introdus prin O.U.G. nr. 18/2016, al nepronunțării cu privire la una din faptele reținute în sarcina inculpatului prin actul de sesizare.

În primul rând sunt multe discuții ce pot fi făcute pe marginea sintagmei „fapte reținute în sarcina inculpatului”, prin raportare la conținutul rechizitoriului, la obiectul camerei preliminare și la limitele judecării.

Astfel, în virtutea competenței funcționale prevăzute de art. 342 C. pr. pen., **judecătorul de cameră preliminară se va pronunța asupra limitelor și obiectului judecării, în cadrul noțiunii mai largi de regularitate a actului de sesizare**. S-a

⁹ V. Pușcașu, C. Ghigheci, *Proceduri penale*, vol. I, Ed. Universul Juridic, București, 2017, p. 718.

¹⁰ Decizia CCR nr. 302 din 4 mai 2017, publicată în M. Of. nr. 566 din 17 iulie 2017.

apreciat¹¹ că existența unor incongruențe între faptele pentru care a fost începută urmărirea penală *in rem*, cele pentru care s-a dispus continuarea efectuării urmăririi față de suspect, pentru care s-a pus în mișcare acțiunea penală și, ulterior, s-a dispus trimiterea în judecată, duce la imposibilitatea stabilirii obiectului judecării, trebuind să conducă la o soluție de restituire pentru refacerea rechizitoriului. Se poate spune, așadar, că *faptele se rețin în sarcina inculpatului prin dispoziția finală din actul de sesizare, orice neconcordanță în acest sens cu actele de urmărire trebuind a fi cenzurată în faza de cameră preliminară.*

Și dispozițiile art. 371 C. pr. pen., potrivit căruia „*judecata se mărginește la faptele și persoanele arătate în actul de sesizare a instanței*” au un rol important în stabilirea incidenței cazului de desființare în apel mai sus amintit, deoarece analiza în calea de atac se va efectua prin raportare la obiectul judecării primei instanțe (desigur, cu referire și la efectul devolutiv limitat de la art. 417 C. pr. pen.).

Prin Decizia nr. 74/2001 a ÎCCJ – Completul de 9 judecători, instanța supremă a stabilit că „*faptele cu care instanța este sesizată trebuie precis determinate, astfel încât să rezulte clar voința neechivocă a procurorului de trimitere în judecată. Existența unor necorelări evidente între partea expozitivă și dispozitivă a rechizitoriului nu pot fi de natură să investească legal instanța de judecată*”.

Se poate afirma că voința procurorului de a trimite în judecată persoana cu privire la o anumită faptă reiese din dispoziția finală a rechizitoriului, iar, dacă în faza de cameră preliminară, acest aspect nu a fost soluționat, instanța nu ar putea în faza de judecată și cu atât mai puțin în apel să se pronunțe cu privire la faptele nereținute în sarcina acuzatului¹².

Doctrina tratează această sensibilă problemă¹³, afirmându-se că dacă prin actul de sesizare nu s-a reținut decât una dintre cele două infracțiuni, instanța nu ar mai putea dispune schimbarea de încadrare juridică într-un concurs, întrucât s-ar încălca principiul previzibilității, iar situația ar fi complet defavorabilă inculpatului, dacă se are în vedere obligativitatea sporului de pedeapsă. *Judecătorul de cameră preliminară va stabili care este obiectul judecării, iar instanța investită cu judecarea fondului cauzei va fi ținută de limitele stabilite de această încheiere de începere a judecării.*

Desigur că formularea de la art. 421 pct. 2 lit. b) nu este în sensul că instanța nu s-a pronunțat „*cu privire la o faptă pentru care s-a efectuat urmărirea penală*”, ci cu privire la o „*faptă reținută în sarcina inculpatului prin actul de sesizare*”, și de aici multiplele discuții ce se ivesc. Legiuitorul trebuia într-un fel să evite referirile la unele fapte, față de care urmărirea penală s-a efectuat, dar s-a dispus ulterior prin ordonanță sau chiar rechizitoriu o soluție de clasare sau de renunțare la urmărirea penală. Față de

¹¹ M. Udriou, *Procedură penală, partea specială*, ed. a IV-a, Ed. C.H. Beck, București, 2017, p. 174-175.

¹² C. Ap. București, secția penală, dec. pen. nr. 323/2 martie 2016, www.rolii.ro.

¹³ G. Bodoroncea, în M. Udriou (coord.), *Codul de procedură penală, comentariu pe articole*, ed. 2, Ed. C.H. Beck, București, 2017, p. 1514-1515, par. 34-36.

acestea e evident că prima instanță nu are a se pronunța pentru că nu este investită în acest sens, cu atât mai puțin ele nu vor face obiectul cenzurii în apel.

În situația în care urmărirea penală, *in rem* sau cu privire la suspect, a privit mai multe fapte sau mai multe acte materiale ale unității legale de infracțiune, dar procurorul, din neglijență, omite să dispună, să rețină în final în sarcina inculpatului una dintre acestea, judecătorul de cameră preliminară ar trebui să ceară lămuriri parchetului prin acordarea termenului prevăzut de art. 345 alin. (3) C. pr. pen. *Chestiunea este că, de cele mai multe ori, în pasivitatea inculpatului, judecătorul nu constată din oficiu aceste neregularități, considerând, probabil, că ar complica situația fără rost.* Neregularitatea este o sancțiune diferită de nulitate, specifică actului de sesizare, și, chiar dacă până nu demult se putea afirma că nulitățile relative apără interesele private, după Decizia CCR din 19.09.2017, nepublicată încă, lucrurile par a se schimba, după cum vom arăta în cele ce urmează.

Dacă judecătorul pronunță o soluție cu privire doar la fapta cuprinsă în dispozitivul rechizitoriului, în condițiile în care în expozitivul actului sunt descrise și alte fapte, va putea instanța de apel să trimită cauza spre rejudecare? Un răspuns definitiv este dificil de dat, fiind argumente atât în sensul unei *veritabile nepronunțări*, cât și în cel al *imposibilității unei reveniri asupra obiectului judecății deja stabilit*.

Unele instanțe au tratat neconcordanța dintre faptele descrise în rechizitoriu și cele reținute prin dispoziția finală și neremediată în camera preliminară drept o *chestiune ce ține de lipsa unei judecăți efective*. S-a spus astfel¹⁴ că lipsa de claritate a rechizitoriului nesancționată de judecătorul de cameră preliminară nu poate constitui o piedică pentru desființarea hotărârii primei instanțe, care este criticabilă sub aspectul *lipsei de precizie în privința condamnării* pronunțate. Se arată că pronunțarea pentru o singură faptă face imposibilă identificarea de către instanța de apel a limitelor investiției sale cu calea de atac.

O chestiune interesantă este generată de acest nou motiv de rejudecare la prima instanță, din punct de vedere al contradicției cu principiul neagravării situației în propria cale de atac, non reformatio in peius, prevăzut de art. 418 C. pr. pen.

Este cunoscut că regula amintită se aplică nu doar în apel, ci și în cazul rejudecării după desființarea hotărârii cu trimitere, însemnând că instanța de rejudecare nu poate crea inculpatului o situația juridică mai grea decât cea care a generat calea de atac¹⁵. Condiția este ca apelul admis să fie cel formulat de inculpat sau de procuror *in favorem*.

Astfel, admiterea apelului acuzării în defavoare nu pune probleme, *situația dificilă fiind cea în care inculpatul formulează un apel nemotivat, sau, în motivele de apel omite să solicite desființarea cu rejudecare*. Ne putem imagina chiar și situația în care apelantul inculpat solicită trimiterea, pe temeiul nepronunțării asupra unei fapte

¹⁴ C.Ap. Timișoara, dec. pen. nr. 1170/A/12.10.2017, nepublicată.

¹⁵ G. Tudor, în N. Volonciu, A.S. Uzlău, C. Voicu, *Noul cod de procedură penală comentat*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 1025.

dintre cele reținute în sarcina sa. Mai mult decât atât și nefiind ținută de limitele declarației de apel sau a motivelor, instanța de control poate analiza apelul din oficiu, în baza efectului devolutiv prevăzut de art. 417 C. pr. pen., sub toate aspectele de fapt și de drept, cu rezerva de la art. 418, al neagravării situației inculpatului.

Întrebarea care se naște este dacă trimiterea spre rejudecare pentru ca instanța de fond să se pronunțe asupra unei fapte în condițiile omisiunii inițiale, este sau nu o agravare automată a situației inculpatului.

Este evident că instanța de apel nu deține mecanismul juridic prin care să impună primei instanțe o anumită soluție, în caz contrar încălcând limitele investiției sale, ci instanța de control va indica doar aspectul omisiunii și va arăta temeiului de fapt și de drept al existenței faptei reținute. Instanța a quem poate pentru fapta respectivă să pronunțe oricare dintre soluțiile prevăzute de art. 396 C. pr. pen., pornind de la achitare, încetarea procesului penal, condamnare, stabilirea și amânarea aplicării pedepsei sau renunțarea la aplicarea acesteia. Fapta nu va putea însă să fie ignorată din nou.

Care va fi interesul inculpatului condamnat în prima instanță, pus, poate, în fața rămânerii definitive imediate a unei condamnări cu privoare de libertate, să solicite și să obțină o trimitere cu rejudecare, unde situația i se poate agrava? Primul impuls va fi, cu certitudine, efectul dilatoriu al procedurilor, mai exact amânarea momentului încarcerării. Apoi poate fi și speranța unei soluții mai bune în concreto, deoarece primul judecător va deveni incompatibil, noul complet putând da o nouă interpretare probelor, după eventuala readministrare. Nu este exclusă o soluție contrară pentru fapta pentru care a fost deja condamnat, chiar una de achitare.

Principiul non reformation in peius înfrânge chiar și principiul legalității și cel al aflării adevărului, constituind o derogare de la acestea¹⁶ și instanța de apel, chiar dacă ar constata că o hotărâre este nelegală și netemeinică nu are căderea de a o desființa și de a crea părții o situație mai grea. Credem, deci, că motivul de desființare trebuie tratat cu maximă precauție în apelurile promovate de inculpați, de regulă, admiterea apelului ducând la o agravare a pedepsei din primul ciclu procesual.

Apreciem că instanța de apel nu poate, în considerarea motivului mai sus analizat, să trimită cauza spre rejudecare în situația în care prima instanță a omis să se pronunțe asupra stării de recidivă sau asupra revocării suspendării condiționate, în apelul declarat exclusiv de inculpat. Aceste stări de pluralitate infracțională nu se circumscriu noțiunii de „fapte reținute în sarcina inculpatului prin actul de sesizare”, fiind doar aspecte ce țin de încadrarea juridică a faptelor. Faptele ce atrag recidiva nu se „rețin” prin actul de sesizare nou, ci se face vorbire doar de starea pe care acestea o generează. Într-o speță în care, în apelul inculpatului, instanța a trimis cauza spre rejudecare, în fond fiind omisă revocarea unei suspendări condiționate anterioare în al cărei termen de încercare fusese comisă noua faptă,

¹⁶ V. Dongoroz, *Explicații teoretice ale Codului de procedură penală român. Partea specială*, vol. II, Ed. Academiei, București, 1976, p. 228.

credem că instanța a procedat nelegal, încălcând principiul neagravării situației apelantului. Sesizând că nu-i poate agrava inculpatului situația în apel, instanța se desesizează, transmitând această sarcină primei instanțe.

Dintre motivele prevăzute expres de art. 421 pct. 2 lit. b) și cel ce privește nelegala citare ar putea genera anumite discuții odată cu Decizia CCR din 19.09.2017¹⁷, nepublicată până la acest moment. Regulile privind citarea sunt prevăzute sub sancțiunea nulității relative, nefiind prevăzute sub dispozițiile art. 281 alin. 1 C. pr. pen. Importanța acestora și a prezenței la proces a dus însă la o *prezumție de vătămare, legiuitorul apreciindu-le vicii grave ale procedurilor, și prevăzându-le drept cazuri ce duc la trimiterea cu rejudecare în apel.* Eroarea de citare trebuie să fie invocată doar de partea interesată, cea nelegal citată, interesul fiind unul privat. Instanțele au hotărât că nelegala îndeplinire a procedurii de citare poate fi invocată ca motiv de apel doar de partea nelegal citată și doar dacă procedura nu a fost îndeplinită la ultimul termen de judecată sau dacă la acest termen partea a invocat lipsa de procedură la termenele anterioare, dovedind o vătămare, și instanța i-a respins cererea de amânare a judecării¹⁸.

Observând însă comunicatul Curții Constituționale referitor la recenta decizie amintită, nu putem omite că se produce o *schimbare de paradigmă a regimului nulităților relative.* Afirmând că invocarea nulităților relative ar trebui să fie și un drept al instanțelor, Curtea extinde interesul protecției în sfera publică. Curtea a constatat că excluderea, prin dispozițiile de lege criticate, a posibilității ca judecătorul de drepturi și libertăți, judecătorul de cameră preliminară și instanța să ia în considerare, din oficiu, încălcările dispozițiilor care atrag nulitatea relativă a actului, aduce atingere, în principal, prevederilor constituționale ale art. 1 alin. (3), (5), privind statul de drept și principiul legalității și ale art. 124 referitor la înfăptuirea justiției¹⁹.

Prin urmare, s-ar putea afirma, sub rezerva motivării Curții a deciziei de neconstituționalitate a soluției legislative, că interesul criticilor în apel ale nelegalei citări devine și unul public, sintagma „invocată de acea parte” devenind fără conținut. În orice caz, până ce legea va interveni, discuțiile pe marginea impactului deciziei CCR asupra regimului nulităților relative rămâne deschisă.

Așa cum afirmam la început, motivele de desființare virtuale, neprevăzute de Codul de procedură, și-au făcut loc între soluțiile instanțelor de apel în ultima perioadă. În acest sens, frecvența cea mai mare o are omisiunea discutării schimbării de încadrare juridică, lipsa cercetării fondului și lipsa motivării sentinței de condamnare.

¹⁷ CCR a stabilit că soluția legislativă din Codul de procedură penală care nu permite invocarea din oficiu a nulității relative este neconstituțională. Decizia este din nou una în care Curtea își asumă rolul de legiuitor pozitiv, sugerând legiuitorului o opțiune legislativă viitoare. Cu toate acestea, decizia pare inaplicabilă, din moment ce judecata se realizează doar după normele legale.

¹⁸ C.Ap. București, s. a II-a pen., dec. nr. 862/A/2015, în A. Barbu, G. Tudor, A.M. Șinc, *Codul de procedură penală adnotat cu jurisprudență*, Ed. Hamangiu, 2016, p. 808.

¹⁹ <https://ccr.ro/noutati/COMUNICAT-DE-PRES-262>.

Neluarea în discuție a schimbării de încadrare juridică, prin nerespectarea dispozițiilor art. 386 C. pr. pen., duce la o gravă încălcare a drepturilor acuzatului, acesta fiind pus în situația de a fi condamnat fără a își exprima poziția cu privire la temeiul acuzării. Chiar pronunțarea asupra schimbării de încadrare direct prin sentință este supusă multor critici²⁰, întrucât persoana va cunoaște doar în momentul pronunțării calificarea în drept a acuzației.

Uneori, în aceste situații, instanțele de apel consideră că aspectul poate fi remediat prin devoluția căii de atac, apreciind că trimiterea ar fi doar una formală și că vătămarea nu este una majoră, prin punerea în discuție a chestiunii în apel. La evaluarea acestei sensibile delimitări se are în vedere și gravitatea concretă a acuzațiilor aduse, aspectul existenței unui apărător ales sau declarația dată la prima instanță.

Uneori prima instanță condamnă inculpatul direct pentru o altă infracțiune decât cea pentru care s-a efectuat trimiterea în judecată. Nu vom fi în prezența cazului de desființare analizat anterior, deoarece *instanța s-a pronunțat asupra faptei*, dar sub o altă încadrare juridică. În aceste cazuri s-a statuat că instanța de apel fiind pusă în imposibilitatea de a exercita un control judiciar real cu privire la hotărârea apelată, nu s-ar putea pronunța, după admiterea apelului, o soluție pe fondul cauzei, deoarece ar echivala cu soluționarea cauzei direct în apel, ceea ce determină implicit răpirea unui grad de jurisdicție și încălcarea caracterului echitabil al procesului penal²¹.

Lipsa administrării probelor în acuzare în cazul în care inculpatul lipsește de la judecată se circumscrie și ea într-un motiv destul de frecvent de trimitere spre judecare. Felul de a proceda în acest fel contravine și principiului contradictorialității și al nemijlocirii. Interpretarea, e drept, tot mai rară a unor instanțe de fond dată art. 374 alin. (7) C. pr. pen. a fost uneori în sensul că, dacă inculpatul lipsește de la judecată, prezumția de necontestare a probelor administrate în faza de urmărire va opera în defavoarea sa, nemaifiind necesară citirea spre ascultare a martorilor, a persoanei vătămate sau a părții civile, în aplicarea principiului *qui tacit consentire videtur*.

Corect s-a apreciat însă în apel că, în situația în care inculpatul lipsă nu a avut posibilitatea reală de a contesta probele și de a-și exprima poziția procesuală în fața instanței, se impunea reaudierea martorului audiat în faza de urmărire penală pentru a garanta dreptul la un proces echitabil. Deși lipsa cercetării judecătorești nu constituie un caz de nulitate absolută, soluția se impune pentru a garanta respectarea dreptului la două grade de jurisdicție în materie penală asigurat de art. 2 Protocolul 7 CEDO, în contextul în care lipsa unei cercetări judecătorești

²⁰ <https://www.universuljuridic.ro/imposibilitatea-impacarii-dupa-schimbarea-incadrarii-juridice-faptei-inechitate-si-possibila-neconstitucionalitate/>.

²¹ C.Ap. București, s. a II-a pen., dec. pen. nr. 230/A/2014, în A. Barbu, G. Tudor, A.M. Șinc, *Codul de procedură penală adnotat cu jurisprudență*, Ed. Hamangiu, București, 2016, p. 808.

echivalează cu lipsa judecății în primă instanță iar efectuarea acesteia pentru prima dată în apel privează partea de calea de atac²².

Nemotivarea sentinței, lipsa argumentelor juridice în fundamentarea unei soluții de condamnare este un alt motiv care duce, tot mai frecvent, la desființarea cu trimitere a cauzei, în cazurile în care instanțele de fond se limitează în hotărâri la preluarea în integralitate, sau în mare parte a actului de acuzare, urmat de arătarea pedepselor aplicate inculpaților.

S-a trimis astfel spre rejudecare o cauză în care judecătorul fondului copiază actul de sesizare al instanței de judecată în totalitatea sa, fără a face propria analiză a acuzațiilor aduse inculpatei și menționate în actul de sesizare²³.

Structura unor sentințe este de-a dreptul surprinzătoare, în sensul că, după arătarea probatoriului administrat în faza de urmărire penală și, eventual, în faza judecății, se procedează la preluarea stării de fapt arătate în actul de sesizare, întocmai, sau prin intercalarea unor pasaje. Apoi judecătorul trece în mod direct la stabilirea încadrării juridice și la arătarea modului de individualizare al pedepsei. Structura este uneori inversată, stării de fapt (a se înțelege rechizitoriului) urmându-i precizarea că aceasta se probează cu mijloacele de probă ce sunt mai apoi enumerate.

Instanțele care procedează astfel omit că, potrivit art. 403 alin. (1) lit. c) C. pr. pen., expozitivul sentinței trebuie să cuprindă *„motivarea soluției cu privire la latura penală, prin analiza probelor care au servit ca temelie pentru soluționarea laturii penale a cauzei și a celor care au fost înlăturate (...) precum și analiza oricăror elemente de fapt pe care se sprijină soluția dată în cauză”*.

Instanțele de apel au fost deseori critice cu sentințele lipsite de o motivare judicioasă, constatând că nu rezultă în baza unui raționament judiciar propriu care sunt actele materiale ce intră în conținutul infracțiunii, analiza tipicității obiective și subiective a infracțiunii, analiza apărărilor formulate de inculpat. S-a arătat că singura contribuție a judecătorului de la prima instanță în redactarea considerentelor hotărârii s-a limitat la preluarea situațiilor de fapt și a încadrării juridice din cuprinsul rechizitoriului precum și la inserarea a trei paragrafe și a minutei fără a analiza în baza unui raționament juridic argumentele care impun soluția pentru care au optat. Toate aceste argumente, se arată mai departe, sunt de natură a indica lipsa unei judecăți efective, ce nu poate fi suplinită de către instanța de apel, întrucât ar duce la lipsirea inculpaților de un grad de jurisdicție²⁴.

Trimiterea spre rejudecare a fost pronunțată, în cazuri similare și pentru că *motivarea unei hotărâri reprezintă un element de transparență a justiției inerent oricărui act jurisdicțional, iar hotărârrea judecătorească nu este un act discreționar, ci rezultatul*

²² C.Ap. București, s. a II-a pen., dec. pen. nr. 1337/2014, în M. Udroi, *Procedură penală. Partea specială*, Ed. C.H. Beck, București, 2016, p. 345.

²³ C.Ap. Timișoara, dec. pen. nr. 1170/A/12.10.2017, nepublicată.

²⁴ M. Udroi, *Procedură penală, partea specială*, ed. a IV-a, Ed. C.H. Beck, București, 2017, p. 386.

unui proces logic de analiză științifică a probelor analizate în cauză în scopul aflării adevărului, sinteză a operei de judecată, motivarea reprezentând argumentarea în scris a rațiunii ce determină pe judecător să adopte soluția dispusă în cauză²⁵.

Chiar respingerea nemotivată a unor cereri în probațiune sau excepții formulate de inculpați a fost uneori apreciată de instanțele de apel ca o lipsă a judecății efective, deoarece contravine nu numai dreptului la un proces echitabil, ci și dreptului la apărare reglementat în favoarea tuturor inculpaților în legislația națională și europeană, iar celeritatea invocată de instanță nu poate afecta unul dintre drepturile importante ale persoanei, respectiv dreptul la apărare²⁶.

Observând aceste motive de trimitere a dosarelor pentru rejudecare, neprevăzute expres de legislația procesual penală, dar deduse din aplicarea directă a principiilor procesului echitabil garantat de Convenția de la Roma, s-a propus în mod just²⁷ ca o viitoare modificare legislativă să cuprindă, printre cauzele de la art. 421 pct. 2 lit. b) și a ipotezelor care să vizeze asigurarea efectivă a dreptului la un proces echitabil și a dreptului la două grade de jurisdicție, în acest fel, instanțele nemaifiind nevoite să recurgă la aplicarea directă a Convenției. Credem totuși că rezerva legiutorului față de această soluție este dată, probabil, de deschiderea unor posibilități mai largi a unor soluții de trimitere, acestea fiind considerate, totuși, *ultima ratio*.

În concluzie, apreciem că soluțiile jurisprudențiale de desființare cu trimitere spre rejudecare în cazurile în care sunt încălcate drepturi fundamentale în judecata în primă instanță, tot mai frecvent adoptate de instanțe, sunt binevenite, iar aplicarea directă a Convenției europene se impune în situațiile vicierii grave a principiilor judecății inițiale. Acestea au și un rol de disciplinare a instanțelor de fond, cu consecința creșterii standardului de rigurozitate al analizelor probelor și apărărilor, ducând, în final, la creșterea calității actului de justiție penală.

²⁵ C.Ap. Craiova, dec. pen. nr. 1249/2015, www.rolii.ro.

²⁶ C.Ap. Cluj, dec. pen. nr. 54/A/2015, www.penalmente.eu.

²⁷ <https://www.universuljuridic.ro/jurisprudenta-cedo-privind-nulitatile-procesul-penal-roman/>.