

Valențe ale principiului loialității administrării probelor în dreptul procesual penal român

Giulia Șologon, Master Științe Penale
Facultatea de Drept, Universitatea din București

Rezumat: *Principiul aflării adevărului presupune obligația organelor judiciare de a efectua o anchetă efectivă, din oficiu, de îndată ce le este adusă la cunoștință săvârșirea unei infracțiuni. Pentru a asigura caracterul echitabil și eficient al acestei anchete, aflarea adevărului trebuie să se raporteze la două principii derivate: principiul libertății probelor și principiul loialității procesuale.*

Loialitatea procesuală a fost inițial înțeleasă ca o obligație a celor care participă la aflarea adevărului în orice mod, indiferent de poziția procesuală pe care o au, de a se comporta corect, fiindu-le interzis celor care administrează probe să utilizeze procedee incorecte, trucuri sau stratageme. Actuala reglementare a configurat principiul loialității în acord cu jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, stabilind că există lipsă de loialitate dacă organul judiciar folosește procedee neconforme cu principiile fundamentale ale ordinii juridice în vederea obținerii de probe. Lipsa de loialitate evocă înșelăciunea, artifiциul, promisiunea, amenințarea, iar toate au ca efect reducerea sau suprimarea liberului arbitru, iar în final alterarea adevărului real pe care judecătorul trebuie să îl stabilească.

Prezentul studiu își propune a analiza principiul loialității administrării probelor dintr-o dublă perspectivă, națională și europeană, raportându-se atât la domeniul de aplicare al principiului, cât și la formele particulare de manifestare ale acestuia, respectiv: interzicerea constrângerilor în luarea declarațiilor inculpatului și interzicerea actelor de provocare, indiferent dacă acestea provin din partea organelor judiciare ori a unor particulari.

În partea finală a articolului, este realizată o analiză a sancțiunilor ce intervin în cazul încălcării loialității procesuale, atât prin raportare la soluția propusă în jurisprudența Curții Constituționale, cât și la necesitatea reținerii caracterului autonom al sancțiunii excluderii probelor nelegal sau neloial administrate.

Cuvinte cheie: *aflarea adevărului, loialitatea administrării probelor, interzicerea constrângerilor, provocarea, agenții provocatori, excluderea probelor.*

Value of the loyalty principle of evidence in Romanian criminal procedural law

Abstract: *The principle of finding the truth implies the obligation of the judicial authority to carry out an effective investigation, ex officio, as soon as the commission of a crime is brought to their attention. To ensure the fair and efficient nature of this investigation, finding out the truth must be related to two derived principles: the principle of freedom of evidence and the principle of procedural loyalty.*

Procedural loyalty was originally understood as an obligation of those who participate in the discovery of the truth in any way, regardless of the procedural position they have, to behave correctly, being forbidden to those who administer evidence to use incorrect procedures, tricks or stratagems. The current regulation configured the principle of loyalty in accordance with the jurisprudence of the European Court of Human Rights, establishes that there is a lack of loyalty if the judicial authority uses procedures inconsistent with the fundamental principles of the legal order in order to obtain evidence. Disloyalty evokes deception, artifice, promise, threat, all of which have the effect of reducing or suppressing free will, and ultimately distorting the truth that the judge must determine.

The present study aims to analyze the principle of the loyalty from a double perspective, national and European, referring both to the scope of the principle and to its particular forms of manifestation, respectively: the prohibition of coercion in taking statements of the defendant and the prohibition of entrapment, regardless of whether they come from judicial bodies or individuals.

In the final part of the article, an analysis of the sanctions that intervene in the case of the violation of procedural loyalty is carried out, both by referring to the solution proposed in the jurisprudence of the Constitutional Court, and to the need to retain the autonomous character of the sanction of the exclusion of illegally or unfairly administered evidence.

Key words: *truth-seeking, loyalty, prohibition of coercion, entrapment, provocateurs, exclusion of evidence.*

TITLU PRELIMINAR

Potrivit normelor care îl guvernează, **procesul penal român este unul de tip mixt, cu elemente preponderant de tip inchiuzitorial, fundamentat pe principiile legalității și aflării adevărului.**

Arhitectura modelului mixt de proces penal se grefează pe ideea de „echitate”, manifestată drept punte de echilibru între exigențele publice ale represiunii, ale luptei contra criminalității – *impunitum non relinqui facinus*, și cele particulare ale protecției individuale – *innocentem non condemnari*. În acest cadru, necesitatea adoptării unui model de tip mixt a urmărit atenuarea insuficiențelor procesului de tip acuzatorial concomitent cu înlăturarea exceselor și inechităților procesului de tip inchiuzitorial.

Astfel, faza decizională a procesului penal desfășurată în fața organelor jurisdicționale în baza unei proceduri preponderant acuzatoriale a fost precedată de o fază investigativă sau de instrucție prealabilă care urmează, în principal, regulile procesului inchiuzitorial. Treptat, modelul mixt a fost adoptat de toate sistemele procesuale moderne, mai ales în urma dezvoltării concepțiilor liberale privitoare la garantarea drepturilor fundamentale ale omului în cadrul procedurilor judiciare.

Deși adoptat de majoritatea statelor, procesul penal de tip mixt a cunoscut o metamorfozare inerentă adaptării acestuia sistemelor de drept tradiționale ce cunoșteau o amprentă pregnantă a elementelor de tip acuzatorial sau inchiuzitorial¹.

¹ C. Bălan, Termenul rezonabil în procesul penal român, Editura Hamangiu, București, 2021, p. 161.

În acest context, statele ce au adoptat **sistemul de common law** au optat pentru un proces penal caracterizat de o contradictorialitate deplină, în cadrul căruia obligația principală a organelor judiciare nu este cea de aflare a adevărului, iar scopul anchetei preliminare este cel de strângere a probelor în susținerea acușării. Inculpatului trebuie să i se garanteze accesul la dosar și poate efectua propria investigație în vederea strângerii probelor în apărare. **Principiul oportunității** are un rol central în acești parametri, procurorul având posibilitatea de a stabili limitele sesizării, respectiv faptele și persoanele în raport de care solicită tragerea la răspundere penală, care nu trebuie să fie, în mod necesar, toate cele rezultante în urma investigației. De asemenea, procurorul are posibilitatea de a stabili ori de a negocia cu inculpatul, în anumite limite prevăzute de lege, încadrarea juridică dată faptelor pentru care urmează a dispune trimiterea în judecată.

Acest sistem a fost denumit în dreptul comparat „**the model of dispute**”, plasând procurorul și inculpatul la același nivel, ambii având, în principiu, aceleași drepturi procesuale, părți cu interese contrare în cauză. În faza prealabilă judecătii, se cristalizează un ansamblu redus de elemente specifice procedurii inchizitoriale, organele judiciare având obligația de a declanșa din oficiu o investigație în vederea strângerii probelor în raport de care stabilesc dacă se impune trimiterea în judecată. Pe de altă parte, apărarea și acușarea se bucură de propriul investigator în etapa prealabilă sesizării instanței – poliția pentru procuror, respectiv investigatorii privați pentru inculpat. Organul decident este situat deasupra ambelor părți și poate lua o hotărâre în cauză, cât timp părțile apreciază că disputa dintre ele este actuală².

În antiteză, sistemele de drept continental au adoptat modelul „**the official investigation**” creionat de **principiile legalității și aflării adevărului**. Procesul penal este văzut ca o anchetă realizată de către unul sau mai mulți oficiali ai statului, în scopul aflării adevărului pentru a stabili dacă fapta există, constituie infracțiune și a fost săvârșită de către inculpat. Acțiunea penală se exercită din oficiu, iar procesul penal se poate finaliza prin tragerea la răspundere penală a inculpatului sau prin constatarea insuficienței probelor apte a dovedi vinovăția acestuia.

În acest tip de proces, întreaga procedură este concepută sub forma unei investigații unitare din partea organelor judiciare ale statului. Astfel, există o singură anchetă prealabilă sesizării instanței și este efectuată numai de către organele judiciare. După finalizarea anchetei, instanța hotărăște în ce ordine vor fi prezentate probele și procedează la administrarea acestora în faza judecătii. Martorii și experții nu sunt ai părților, ci ai cauzei, interogatoriile urmând a fi realizate de către instanță, care poate permite părților și procurorului să le adreseze întrebări direct sau prin intermediul instanței.

Procurorul nu este parte în procesul penal, ci un organ judiciar a cărui activitate trebuie să aibă ca scop aflarea adevărului. Activitățile procesuale sunt divizate între procuror și judecător – așadar, procurorul începe ancheta penală, strânge probele și aplică regulile de drept material și procesual, în timp ce judecătorul administrează probele în cursul unei cercetări judecătorești și aplică regulile de drept. Inculpatul nu se află pe aceeași poziție cu procurorul, întrucât, deși are multiple drepturi procesuale, în acord cu principiul egalității

² M. Langer, From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure, în S. Thaman, World Plea Bargaining, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2010, p. 27-32.

armelor, acesta este în tot cursul procesului penal subiectul împotriva căruia se îndreaptă investigația³.

Din punctul de vedere al structurii, legiuitorul a optat pentru reglementarea unui proces penal ce tinde a prelua elementele caracteristice modelului „*The official investigation*”.

În doctrină⁴, s-a arătat că **principiul legalității** presupune ca organul public însărcinat cu funcția de valorificare a pretențiilor punitive ale statului este obligat să acționeze în sensul de a pune în mișcare și exercita acțiunea penală ori de câte ori sunt îndeplinite condițiile prevăzute de lege pentru exercițiul acesteia⁵.

Potrivit **art. 15 C.pr.pen.**, acțiunea penală se pune în mișcare și se exercită când există probe din care rezultă presupunerea rezonabilă că o persoană a săvârșit o infracțiune și nu există cazuri care împiedică punerea în mișcare sau exercitarea acesteia. Observăm astfel că principiul legalității nu este unul absolut, fiind limitat în cazurile expres prevăzute de lege. Pe de altă parte, odată înlăturate obstacolele legale, principiul legalității reintră în funcțiune, organul judiciar competent fiind obligat a exercita acțiunea penală până la epuizarea acesteia printr-o soluție ce presupune angajarea răspunderii penale (condamnare, renunțare la aplicarea pedepsei sau amânarea aplicării pedepsei).

Din principiul legalității decurge și **principiul aflării adevărului**. Astfel, în vederea stabilirii elementelor necesare exercițiului acțiunii penale, organele judiciare sunt **obligate să efectueze o anchetă efectivă**, din oficiu, de îndată ce le este adusă la cunoștință săvârșirea unei infracțiuni.

Pentru ca ancheta să fie efectivă, ea trebuie să permită și să conducă la identificarea și, eventual, pedepsirea persoanelor vinovate. Obligația organelor judiciare nu vizează rezultatul, ci mijloacele, autoritățile fiind obligate să ia măsurile care le erau rezonabil accesibile pentru a obține dovezi privind incidentul. Natura și gradul examinării care răspund criteriului minim de eficiență a anchetei depind de circumstanțele speței. Acestea sunt apreciate pe baza tuturor faptelor relevante și în funcție de realitățile practice ale anchetei. Nu este posibilă reducerea varietății de situații care se pot produce la o simplă listă de anchete sau la alte criterii simplificate. În acest context, o cerință de celeritate și diligență rezonabilă este implicită.

Pe de altă parte, în cadrul unei anchete efective, trebuie să se admită că pot exista obstacole sau dificultăți care împiedică evoluția acesteia în anumite situații speciale. Totuși, un răspuns prompt din partea autorităților, în special în cazul investigării infracțiunilor de gravitate ridicată, poate fi, în general, considerat esențial pentru a păstra încrederea

³ *Idem*, p. 29 – 30.

⁴ *Tr. Pop*, Drept procesual penal, vol. I, Ed. Tipografia Națională SA, Cluj, 1946, p. 302.

⁵ În doctrină, au fost formulate și puncte de vedere în sensul că principiul legalității este limitat la înțelesul literal al termenilor, în sensul că pretențiile punitive ale statului trebuie realizate numai în condițiile legii. În mod întemeiat apreciem că această opinie este criticabilă, întrucât principiul legalității nu se poate confunda cu „legalitatea”, care trebuie să caracterizeze orice act de drept substanțial sau procesual, în baza teoriei generale a dreptului și a principiilor de drept constituțional. În dreptul procesual penal principiul legalității are un domeniu de aplicare mult mai extins, el guvernând activitatea organelor judiciare, care trebuie realizată în sensul aplicării legii materiale ori de câte ori sunt îndeplinite condițiile exercitării acțiunii penale, în baza normelor de drept procesual penal. *Tr. Pop*, op. cit., p. 303.

publicului în respectarea principiului legalității și pentru a evita orice aparență de complicitate sau de toleranță față de acte ilegale.

Nu în ultimul rând, o anchetă efectivă trebuie să permită publicului posibilitatea de a verifica în mod suficient ancheta sau concluziile sale, astfel încât să poată fi contestată răspunderea atât în practică, cât și în teorie. Gradul impus de control public poate varia de la o situație la alta. Totuși, în toate cazurile, rudele victimei trebuie asociate procedurii în măsura în care este necesar pentru protecția intereselor lor legitime⁶.

În analiza principiului aflării adevărului, doctrina⁷ a arătat că, în baza probelor, judecătorul stabilește adevărul real asupra existenței infracțiunii, a vinovăției autorului (faptele principale ce formează obiectul probațiunii) și asupra celorlalte circumstanțe ce privesc procesul penal. **Adevărul real presupune stabilirea, cunoașterea perfectă, fidelă, a realității, iar adevărul absolut este echivalentul realității.** În raport de cunoștințele și percepțiile omului, precum și de mijloacele imperfecte de care dispune, în procesul penal nu se poate ajunge la stabilirea adevărului real absolut, ci a unuia relativ. Credința, percepția și convingerea pe care judecătorul și-a format-o în urma analizei și interpretării probelor trebuie să corespundă tiparului adevărului real. Or, acesta este unul subiectiv și relativ. Astfel, probele nu pot reprezenta și reda fidel adevărul real absolut asupra faptelor din proces, ci pot determina credința judecătorului că adevărul real este cel arătat în hotărâre sau, cu alte cuvinte, certitudinea că adevărul real trebuie să fie cel pe care îl arată probele pe baza cărora și-a format convingerea.

Pentru aceste motive, judecătorul trebuie să indice în hotărâre care sunt probele pe care și-a format convingerea și de ce alte probe au fost înlăturate, neavând un efect convingător. Judecătorul nu se poate mulțumi cu constatări îndoielnice, incerte sau cu concluzii probabile, ci trebuie să invoce probe sigure apte a dovedi vinovăția persoanei condamnate dincolo de orice dubiu rezonabil, conform art. 103 alin. (2) C.pr.pen.

În doctrină⁸, s-a arătat că principiul aflării adevărului cuprinde în conținutul său **două orientări adiacente, care constituie la rândul lor principii derivate.** Prima dintre aceste orientări privește sistemul probator în procesul penal și constituie **principiul libertății probelor.** Cea de-a doua orientare privește obligația celor care participă în orice mod la aflarea adevărului a se comporta riguros corect, obligație ce formează conținutul **principiului derivat al loialității procesuale.** Loialitatea procesuală a fost inițial înțeleasă ca o obligație a celor care participă la aflarea adevărului în orice mod, indiferent de poziția procesuală pe care o au, de a se comporta corect⁹, fiindu-le interzis celor care administrează probe să utilizeze procedee incorecte, trucuri sau stratageme¹⁰.

Există **lipsă de loialitate** dacă organul judiciar folosește procedee neconforme cu principiile fundamentale ale ordinii juridice în vederea obținerii de probe. Lipsa de loialitate evocă înșelăciunea, artificii, promisiunea, amenințarea, iar toate au ca efect reducerea sau

⁶ CEDO, cauza Soare c. României, cererea nr. 24329/02, Hotărârea din 22 februarie 2011, par. 162 – 165.

⁷ I. Tanoviceanu, V. Dongoroz, *Tratat de drept și procedură penală*, Ediția a II-a, vol. V, Ed. Tipografia Curierul Judiciar, București, 1927, p. 179.

⁸ V. Dongoroz și colab., *Explicații teoretice ale Codului de procedură penală român*, ediția a II-a, Ed. All Beck, București, 2003, p. 45.

⁹ Ibidem.

¹⁰ S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale*, 7e éd., LexisNexis, Paris, 2011, p. 567.

suprimarea liberului arbitru¹¹, iar în final alterarea adevărului real pe care judecătorul trebuie să îl stabilească. Acest fapt se datorează reducerii fiabilității probelor, care, fiind obținute prin constrângere, procedee incorecte, trucuri sau stratageme, nu vor mai fi expresia realității pe care tind să o dovedească, ajungând a releva fapte străine de adevărul real ce trebuie stabilit de judecător cât mai aproape de adevărul absolut.

Pentru aceste motive, lipsa de loialitate constituie cauza unor erori judiciare, iar descoperirea lor în condițiile legii determină revizuirea hotărârilor judecătorești.

Obținerea unor probe care să corespundă realității, astfel încât convingerea judecătorului să nu fie influențată, depinde și de moralitatea, corectitudinea celor implicați în activitatea de probațiune¹². Deși, inițial, loialitatea probațiunii a fost apreciată ca o obligație comună tuturor persoanelor implicate în procesul penal¹³, cu timpul s-a arătat că **principiul loialității se adresează organelor judiciare**, singurele competente să administreze probe în procesul penal.

Această poziție este în antiteză cu cea specifică în dreptului procesual civil, unde loialitatea procesuală este exprimată sub forma *interzicerii abuzului de drept*, obligație recunoscută tuturor părților participante la proces. Justificarea acestei diferențe este dată de poziționarea participanților din cele două procese față de activitatea de probațiune. În timp ce procesul civil este unul al intereselor private, părțile având obligația principală de a administra probe, procesul penal urmărește ocrotirea interesului public de angajare a răspunderii penale persoanelor vinovate de săvârșirea unor infracțiuni. În procesul penal, probele sunt administrate de organele judiciare din oficiu sau la propunerea părților. Or, dacă părțile au doar posibilitatea de a propune probe, iar activitatea de administrare revine exclusiv organelor judiciare, este normal ca legiuitorul să impună numai acestora din urmă obligații apte a preveni abuzul de drept, sub forma încălcării loialității procesuale.

Odată cu evoluția jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului în materia dreptului la un proces echitabil, doctrina¹⁴ a atribuit o nouă configurare principiului loialității procesuale, arătând că acesta trebuie să fie apt a preveni, în special, inechitățile generate în materia constrângerii inculpatului de a da declarații ori a provocării inculpatului de a săvârși diverse infracțiuni, în scopul angajării răspunderii penale a acestuia.

În acest sens, în **art. 68 C.pr.pen. de la 1968** a fost reglementată *„Interzicerea mijloacelor de constrângere: (1) Este oprit a se întrebuița violente, amenințări ori alte mijloace de constrângere, precum și promisiuni sau îndemnuri, în scopul de a se obține probe.*

(2) De asemenea, este oprit a determina o persoana să săvârșească sau să continue săvârșirea unei fapte penale, în scopul obținerii unei probe”.

Codul de procedură penală din 2014 a reglementat în art. 101 principiul loialității administrării probelor, potrivit căruia: *„(1) Este oprit a se întrebuița violente, amenințări ori alte mijloace de constrângere, precum și promisiuni sau îndemnuri în scopul de a se obține probe.*

(2) Nu pot fi folosite metode sau tehnici de ascultare care afectează capacitatea persoanei de a-și aminti și de a relata în mod conștient și voluntar faptele care constituie

¹¹ J. Pradel, Procédure pénale, 16e éd., Cujas, Paris, 2011, p. 347.

¹² A. Crișu, Drept procesual penal. Partea Generală, ediția a 3-a, Ed. Hamangiu, București, 2018, p. 284.

¹³ N. Volonciu, Tratat de procedură penală. Partea Generală, ediția a III-a, Ed. Paideia, București, 1995, p. 92.

¹⁴ A. Crișu, op. cit., p. 285.

obiectul probei. Interdicția se aplică chiar dacă persoana ascultată își dă consimțământul la utilizarea unei asemenea metode sau tehnici de ascultare.

(3) Este interzis organelor judiciare penale sau altor persoane care acționează pentru acestea să provoace o persoană să săvârșească ori să continue săvârșirea unei fapte penale, în scopul obținerii unei probe”.

În materia principiului loialității administrării probelor, jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului a identificat și dezvoltat o serie de exemple în care organele judiciare au încălcat loialitatea probațiunii, fapt ce a atras reținerea caracterului inechitabil al procesului penal și încălcarea drepturilor fundamentale prevăzute de Convenție.

În practica judiciară, s-a cristalizat o tendință de extindere a limitelor de aplicare a principiului loialității administrării probelor prevăzute expres de dispozițiile Codului de procedură penală, respectiv la orice conduită a organelor de urmărire penală de natură a naște impedimente în exercitarea dreptului la apărare de către inculpat¹⁵.

De exemplu, s-a apreciat a fi o problemă de lipsă de loialitate a administrării probelor negarea flagrantă a dreptului la apărare prin lipsirea inculpatului de timpul necesar pregătirii apărării, formularea unei noi acuzații și trimiterea în judecată pentru aceasta în aceeași zi¹⁶.

Tot astfel, aceeași problemă s-a ridicat și în ipotezele în care organele judiciare au amânat în mod nejustificat efectuarea în continuare a urmăririi penale față de suspect pentru ca acesta să se afle în imposibilitatea de exercitare a atributelor dreptului la apărare, deși la dosar existau suficiente probe pentru a se contura suspiciunea rezonabilă că acesta a participat la săvârșirea infracțiunii cercetate.

Această direcție poate atinge chiar cotele unei hiperbolizări, culminând cu raționamente în baza cărora să se analizeze dacă și săvârșirea unei infracțiuni de către organul judiciar în activitatea de administrare a probelor ar putea duce la încălcarea principiului loialității; în atare situație, s-ar ajunge la un paroxism care ridică întrebarea dacă și o conduită ilicită a organelor judiciare, apropiată de sfera infracțională, poate reprezenta o încălcare a loialității administrării probelor (de exemplu, ticluirea de probe sau interceptarea unor convorbiri în lipsa unei urmăririi penale care să creeze premisele emiterii unui mandat de supraveghere tehnică în condițiile legii).

Deși în situațiile exemplificate există premisele unei limitări nejustificate a dreptului la apărare, apreciem că, în actuala configurație legală a principiului loialității probelor, **această noțiune nu poate fi extinsă dincolo de limitele art. 101 C.pr.pen.**

Un *prim argument* decurge din modalitatea de legiferare a acestui principiu. În legislația anterioară, principiul loialității nu cunoștea o reglementare expresă, derivând din **art. 68**, referindu-se la interzicerea provocării și a mijloacelor de constrângere. Tocmai pentru a complini lipsa de claritate și previzibilitate în aplicarea acestui principiu, care în practică era extins și la alte situații ce excedau **art. 68**, în Noul Cod de procedură penală, legiuitorul a reglementat expres loialitatea administrării probelor prin art. 101.

Limitarea principiului loialității la cele 3 cazuri devine astfel o opțiune suverană a legiuitorului, iar extinderea acestuia dincolo de limitele expres prevăzute în norma procesual – penală s-ar circumscrie unei analogii de natură a încălca principiul legalității. În materia penală și procesual – penală, dispoziția normei juridice prescrie o conduită precisă și

¹⁵ C. Ghigheci, Cereri și excepții de cameră preliminară, Vol. II - Legalitatea și loialitatea administrării probelor, Ed. Hamangiu, București, 2017, p. 47.

¹⁶ *Idem*, p. 49.

predictibilă care trebuie înțeleasă și urmată în mod corespunzător de către destinatarii săi - justițiabili sau organe judiciare. Încălcarea conduitei prescrise de norma juridică poate atrage în plan material angajarea răspunderii penale, iar în plan procesual aplicarea unei sancțiuni, precum nulitatea și/sau excluderea. Extinderea respectivei conduite și la situații similare atrage incidența unei analogii care, chiar dacă în doctrina clasică este acceptată în plan procesual, în final va conduce la pierderea caracterului previzibil al normei, împrejurare prohibită în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului.

În acest context, apreciem că voința legiuitorului de a limita încălcarea principiului loialității la cele trei situații expres prevăzute în **art. 101 C.pr.pen.** nu trebuie negată și repusă în dezbatere, urmând ca **alte situații în care dreptul la apărare este încălcat prin conduita organelor judiciare să fie analizate exclusiv în planul legalității administrării probelor**, întrucât Codul de procedură penală oferă suficiente garanții ce pot restabili echitatea și asigura exercitarea în mod corespunzător a dreptului la apărare.

Acest argument concordă cu viziunea Curții Constituționale exemplificată în analiza torturii. Deși tortura reprezintă un mijloc de constrângere dintre cele enumerate la **art. 101 alin. (1) C.pr.pen.**, reglementarea acesteia în cuprinsul **art. 102 alin. (1) C.pr.pen.** și ca infracțiune de sine stătătoare în **art. 282 C.pen.** îi conferă individualitate și autonomie incriminatorie, determinând analiza sa în spectrul principiului legalității, și nu al loialității procesuale. Apreciam că aceeași soluție trebuie adoptată și în celelalte cazuri, respectiv în care proba este rezultatul săvârșirii unei infracțiuni, nefiind incidentă loialitatea cât timp procedul probatoriu se subsumează sferei ilicitului penal, iar probele sunt obținute cu încălcarea legii.

Un **alt argument este în planul sancțiunilor** ce pot fi aplicate pentru încălcarea principiului loialității. Potrivit **Deciziei nr. 802/2017 a Curții Constituționale**, încălcarea principiului loialității administrării probelor atrage aplicarea nulității absolute. În argumentarea acestui raționament, Curtea Constituțională s-a raportat la cazurile prevăzute de **art. 101 C.pr.pen.**, precum și la consecințele produse în sfera dreptului la apărare de ipotezele descrise de legiuitor. Extinderea principiului loialității și la alte situații decât cele prevăzute la **art. 101 C.pr.pen.** ar avea ca efect crearea pe cale jurisprudențială a unor noi cazuri de nulitate absolută, împrejurare de neacceptat.

În baza acestor argumente, opinăm în sensul că încălcarea principiului loialității administrării probelor nu se poate extinde și la alte situații decât cele prevăzute la **art. 101 C.pr.pen.**, urmând ca îngrădirile dreptului la apărare ce excedează ariei de cuprindere a reglementării anterior menționate să fie analizate în lumina principiului legalității administrării probelor. De altfel, prin legiferarea principiului loialității, lipsa de loialitate a devenit ea însăși o problemă de nelegalitate, neputând îngloba în domeniul său de aplicare și alte probleme de nelegalitate.

I. CONSTRÂNGEREA INCULPATULUI ÎN LUAREA DECLARAȚIILOR

Potrivit reglementării, o primă modalitate de manifestare a principiului loialității este consacrată în **art. 101 alin. (1) și (2) C.pr.pen.**, respectiv întrebuintarea de *violente, amenințări ori alte mijloace de constrângere, precum și promisiuni sau îndemnuri în scopul*

obținerii de probe. În doctrină¹⁷, s-a reținut că organele judiciare trebuie să asigure climatul necesar care să combată formularea unor declarații după dictare ori ca rezultat al unor întrebări cu caracter tendențios, ale căror răspunsuri sunt consemnate incomplet, în condiții de oboseală excesivă ori sub imperiul constrângerii.

Apreciem că această opinie poate cunoaște nuanțări, impunându-se o delimitare între limitele de legalitate și de loialitate procesuală. Sub aspectul legalității, Codul de procedură penală stabilește expres regulile audierii persoanelor, iar desfășurarea activității de audiere cu încălcarea normelor incidente în materie va ridica exclusiv o problemă de nelegalitate. De exemplu, ascultarea de către organul judiciar a unei persoane pe o durată de timp nerezonabilă, cunoscând că aceasta se află în stare de oboseală excesiv, poate atrage încălcarea **art. 106 C.pr.pen.** Consemnarea incompletă a răspunsurilor ori a declarației în etapa relatării libere va reprezenta de asemenea o problemă de legalitate, izvorâtă din încălcarea **art. 110 C.pr.pen.**

Constrângerea ca modalitate neloială de obținere a probelor trebuie să se raporteze la situații în care normele privind realizarea procedurii probatorii al audierii au fost în mod aparent respectate, neexistând o problemă de legalitate, însă organul judiciar alterează în mod voit conformitatea declarației persoanei audiate cu realitatea obiectivă, aplicând unul dintre mijloacele specifice de constrângere prevăzute la **art. 101 alin. (1) sau (2) C.pr.pen.** Astfel, **lipsa de loialitate nu poate coexista cu nelegalitatea**, efectuarea unui procedeu probatoriu cu încălcarea legii determinând excluderea probei urmare a faptului, întrucât actul prin care aceasta a fost administrată este lovit de nulitate absolută sau relativă.

Mai mult, dacă ipotezele de încălcare a legii s-ar circumscrie deopotrivă nelegalității și neloialității, s-ar ajunge, în contradicție cu legea, la convertirea ipotezei de nulitate relativă într-una de nulitate absolută, specifică de altfel lipsei de loialitate. De exemplu, formularea unor întrebări în mod tendențios ori consemnarea incompletă a răspunsurilor poate duce la obținerea unui mijloc de probă în defavoarea inculpatului, dar în favoarea unui alt coinculpat. Dacă această ipoteză s-ar circumscrie în toate cazurile lipsei de loialitate, probele obținute ar fi excluse necondiționat în raport de ambii coinculpați, deși numai unuia dintre aceștia i s-a produs o vătămare procesuală.

Același principiu se aplică și în cazul **art. 101 alin. (2) C.pr.pen.**, potrivit căruia nu pot fi folosite metode sau tehnici de ascultare care afectează capacitatea persoanei de a-și aminti și de a relata în mod conștient și voluntar faptele care constituie obiectul probei (de exemplu, utilizarea hipnozei). Și în această situație, procedeu probatoriu al ascultării persoanei trebuie să fi fost legal, lipsa de loialitate intervenind dacă mijloacele folosite pentru a determina persoana ascultată să relateze fapte și împrejurări în legătură cu care se realizează audierea a fost realizat prin activitățile interzise de **art. 101 alin. (2) C.pr.pen.**

Interdicția operează și în ipoteza în care persoana ascultată își dă consimțământul la utilizarea unei asemenea metode sau tehnici de ascultare, întrucât adevărul judiciar poate fi stabilit numai prin confruntarea împrejurărilor pe care martorul le-a perceput în mod conștient pentru a exista deopotrivă posibilitatea ca persoana audiată să-și asume conținutul declarației date, iar subiecții procesuali interesați să aibă ocazia de a o contesta în condițiile legii și **art. 6 alin. (3) lit. d) din Convenția Europeană a Drepturilor Omului.** În eventualitatea în care s-ar accepta posibilitatea ca martorul să consimtă, acesta nu ar avea niciun control

¹⁷ M. Udroiu (coord.), Codul de procedură penală - Comentariu pe articole, Ediția 2, Ed. C.H.Beck, București 2017, p. 390.

asupra relatărilor cuprinse în declarație, întrucât acestea nu au fost relatate în mod conștient, iar din punct de vedere științific, nu s-a dovedit gradul de precizie al reactivării senzoriale a persoanelor aflate sub hipnoză.

În practică judiciară, cererile privind excluderea probelor ca urmare a constrângerii s-au raportat mai puțin la existența unor violențe fizice. Majoritatea au privit forme de intruziune în libertatea psihică, instanțele analizând modalitatea în care activitatea organelor judiciare a influențat în concret capacitatea persoanelor audiate de a relata fapte și împrejurări corespunzătoare adevărului.

În doctrină, s-a arătat că nu se circumscriu unei ipoteze de nelegalitate a administrării probei declarațiile date de inculpații cărora procurorul le-a pus în vedere că abordarea unei atitudini sincere de recunoaștere a faptelor va fi evaluată la stabilirea măsurilor preventive, întrucât, în atare situație, nu este incident vreun element de neloialitate procesuală¹⁸.

Într-o speță, s-a invocat constrângerea motivat de faptul că la momentul aducerii la cunoștință a calității de inculpat, vrând să dea declarație, acestuia i s-a comunicat în mod agresiv de către organele judiciare că este posibil de mărturie mincinoasă dacă nu declară adevărul¹⁹.

Se poate observa că, în ambele situații, conduita organelor judiciare a fost criticată din perspectiva loialității, invocându-se un pretins abuz de drept procesual, organele judiciare încercând a se folosi de anumite mecanisme prevăzute de lege, fiindu-le denaturat scopul în sensul exercitării unor presiuni asupra psihicului persoanei audiate pentru a relata sau nu anumite împrejurări de fapt. Deși linia de demarcație între utilizarea unor instrumente procesuale în scopul prevăzut de lege (chiar dacă acestea au potențial intimidant) și abuzul de drept procesual este extrem de fină, aceste situații trebuie tratate cu prudență, neputându-se stabili o direcție general aplicabilă.

În mod cert, instrumente precum punerea în mișcare a acțiunii penale sau formularea unei propuneri de arestare preventivă vor avea un potențial intimidant asupra persoanelor audiate, în special a celor care se află la primul conflict cu legea penală, iar devoalarea lor în timpul audierii poate stimula o conduită cooperantă și de natură a contribui la propria incriminare. **Simpla utilizare a acestora nu are aptitudinea de a conduce în orice situație la constrângere.**

Având în vedere că solicitările de excludere a probelor neloial administrate se formulează în procedura de cameră preliminară sau în faza judecătii, apreciem că judecătorul are posibilitatea de a analiza dacă la momentul utilizării acestui tip de „stratagemă”, organul de urmărire penală avea suficiente probe pentru a utiliza respectivele instrumente procesuale în absența relei-credințe circumscrise abuzului de drept. De exemplu, dacă la momentul audierii persoanei, la dosarul de urmărire penală exista doar o sesizare, este posibil ca o conduită a procurorului prin care acesta aduce la cunoștință în mod repetat persoanei audiate certitudinea trimiterii în judecată sau a formulării unei propuneri de arestare preventivă în ipoteza în care aceasta nu recunoaște faptele și împrejurările descrise în actul de sesizare, să atragă incidența unei forme de constrângere, care să se încadreze în domeniul de aplicare a **art. 101 alin. (1) C.pr.pen.**

¹⁸ C. Ghigheci, op. cit., p. 53

¹⁹ C.A. Brașov, înch. JCP din 07.11.2016 (rolii.ro).

Într-o altă speță²⁰, s-a invocat constrângerea întemeiată pe conduita procurorului care, în cadrul unei audieri, i-a sugerat în mod repetat suspectului să declare anumite împrejurări de fapt, în absența unui apărător. În aceste situații, s-a reținut că elementul principal al constrângerii a fost reprezentat de pretinsa manipulare a declarației suspectului sau inculpatului ce nu se putea realiza în prezența avocatului. Subliniem că, în cadrul acestor spețe, asistența juridică nu era obligatorie, altfel fiind o problemă de nelegalitate ce ar fi atras sancțiunii nulității absolute. În materia asistenței juridice facultative, nu trebuie pierdut din vedere faptul că suspectul sau inculpatul își organizează apărarea în funcție de căile pe care le apreciază ca fiind oportune, având la dispoziție și garanțiile prevăzute de **art. 90 alin. (1) lit. b) C.pr.pen.** pentru a solicita participarea unui avocat în cazul în care nu își poate exercita singur apărarea și nici nu are resursele necesare pentru a susține o asistență juridică calificată. În eventualitatea în care apărarea suspectului sau inculpatului (care nu se află într-un caz de asistență juridică obligatorie și nu are cunoștințe juridice) suferă anumite deficiențe care-i pot înrăutăți situația din punct de vedere procesual, acesta poartă riscul gestionării propriilor interese. Pe de altă parte, așa cum s-a arătat anterior, în ipoteza în care organul judiciar a profitat cu rea-credință de situația inculpatului și nu s-a asigurat că acesta își cunoaște drepturile, se poate reține un **abuz de drept**.

Conchizând asupra celor evocate anterior, configurarea legală a conținutului loialității procedurale, dar și dezvoltările doctrinare relevă necesitatea evaluării în cadrul conceptului general de loialitate cel puțin a următoarelor aspecte.

Tacticile de anchetă constituie ansamblul strategiilor adoptate de organul judiciar cu ocazia elaborării și implementării planului de urmărire penală în vederea depistării infracțiunilor și identificării persoanelor vinovate de săvârșirea acestora.

În antiteză cu tacticile de anchetă se află stratagemele de anchetă (stratageme polițienești²¹), constând în activități pozitive ale organelor de urmărire penală apte a înșela încrederea unei persoane în scopul obținerii în mod neloial de probe²². Acestea din urmă se pot încadra în domeniul de aplicare a constrângerii, reprezentând tactici neloiale de obținere a probelor. De exemplu, pentru a înfrânge tăcerea coinalpaților, organele judiciare dispun reținerea acestora și plasarea lor în aceeași celulă în care sunt montate dispozitive de interceptare în mediul ambiental a discuțiilor purtate de aceștia. Informațiile astfel obținute, în măsura în care sunt folosite în procesul penal, pot ridica o problemă de loialitate și de încălcare a dreptului la un proces echitabil.

Un exemplu întâlnit în practica instanțelor are în vedere invocarea lipsei de loialitate procesuală de către inculpat materializată în constrângerea de a formula declarații împotriva altor coinalpați pentru a-și ușura propria situație. În speță²³, inculpatul a arătat că a fost audiat în legătură cu o posibilă infracțiunea de trafic de influență care nu avea nicio legătură

²⁰ C.A. Brașov, înch. JCP nr. 31CP din 27.06.2014 (portaljust.ro).

²¹ Apreciem că terminologia de „stratagemă polițienească” utilizată în doctrină (M. Udriou, op. cit, p. 399) nu corespunde întru totul modelului de proces penal român. Acesta a fost preluat din sistemele de drept american și anglo-saxon, sisteme în cadrul cărora organele de poliție au competențe mai extinse în faza prealabilă judecătii, creându-se premisele unor contexte în care acestea realizează majoritatea actelor de cercetare penală. În sistemul de drept român, competența în efectuarea actelor de cercetare este partajată între organele de poliție și procuror, procurorului revenindu-i de regulă competența de a efectua în mod exclusiv urmărirea penală în cauzele în care se invocă provocarea.

²² M. Udriou (coord.), Codul de procedură penală - Comentariu pe articole, Ediția 2, Ed. C.H. Beck, București 2017, p. 392

²³ I.C.C.J., Secția penală, înch. JCP nr. 231 din 19.02.2016 (scj.ro).

cu faptele instrumentate în cauză, încercându-se astfel constrângerea acestuia în vederea formulării unor declarații ulterioare, defavorabile celorlalți coinculpați. Această situație se poate situa la granița dintre o tactică de anchetă și o stratagemă polițienească, încadrarea în una din categorii depinzând, în opinia noastră, de momentul primirii sesizării sub aspectul infracțiunii de trafic de influență și evoluția acestei cauze prin raportare la ansamblul probatoriu.

Manoperele neloiale constituie un mod de deturnare a procedurilor prevăzute de lege în scopul obținerii de probe în mod facil, prin evitarea constrângerilor procedurale de drept comun. De exemplu, în cadrul unei anchete efectuate în mod obligatoriu de procuror, obținerea de informații de la o persoană privată de libertate de către un polițist prin câștigarea încrederii deținutului în drumul parcurs de la sediul organului judiciar până la locul de deținere, în condițiile în care audierea acestuia nu poate fi realizată decât de procuror în prezența avocatului, poate reprezenta o manoperă neloială²⁴.

În aceste situații, dacă nu s-a încălcat legalitatea efectuării procedurii probatoriu, poate exista o problemă de loialitate procesuală din perspectiva **art. 101 alin. (1) C.pr.pen.**, întrucât, așa cum arătat anterior, **loialitatea are un caracter subsidiar față de legalitate**, susținut și de raportul dintre sancțiunile aferente – excluderea, respectiv nulitatea. Pe de altă parte, **dispozițiile în materia loialității procesuale nu vor fi înlăturare întotdeauna de la aplicare de un alt caz de nelegalitate a actului prin care proba a fost dispusă, autorizată sau administrată sau încuviințată**. Astfel, dacă în efectuarea procedurii probatoriu, organele judiciare au obținut probe incompatibile atât cu legalitatea, cât și cu loialitatea procesuală, respectiv, cu încălcarea legii, dar și prin constrângere, **art. 101 C.pr.pen. va fi concurent cu un alt caz de nulitate absolută sau relativă, cel dintâi având preferință**, întrucât potrivit **Deciziei nr. 802/2017 a Curții Constituționale**, incidența oricăruia dintre cazurile de la **art. 101 C.pr.pen.** atrage **întotdeauna nulitatea absolută**.

O altă modalitate de constrângere invocată mai puțin frecvent în practica instanțelor a privit **exercitarea unor tratamente degradante și inumane din partea organelor judiciare în scopul obținerii de probe**. În această situație, devin aplicabile și **garanțiile prevăzute de art. 3 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului privind interdicția torturii și a tratamentelor inumane și degradante**. Cu toate acestea, instanța trebuie să analizeze diligent dacă tratamentele inumane au atins nivelul și intensitatea torturii, caz în care nu este incidentă loialitatea, ci, mai mult, interdicția prevăzută de **art. 102 alin. (1) C.pr.pen.**

Pentru a asigura respectarea demnității umane, legiuitorul a reglementat garanții suplimentare în **art. 110 alin. (5) C.pr.pen.**, potrivit căruia, în cursul urmăririi penale, audierea suspectului sau inculpatului **se înregistrează cu mijloace tehnice audio sau audiovideo**. Atunci când înregistrarea nu este posibilă, acest lucru se consemnează în declarația suspectului sau inculpatului, cu indicarea concretă a motivului pentru care înregistrarea nu a fost posibilă. Tot astfel, **art. 111 alin. (4) C.pr.pen.** prevede că, în cursul urmăririi penale, audierea persoanei vătămate se înregistrează prin mijloace tehnice audio sau audiovideo, atunci când organul de urmărire penală consideră necesar sau atunci când persoana vătămată a solicitat aceasta în mod expres, iar înregistrarea este posibilă. În același sens, **art. 123 alin. (2) C.pr.pen.** stipulează că, în cursul urmăririi penale, audierea martorului se înregistrează prin mijloace tehnice audio sau audiovideo, dacă organul de urmărire penală consideră necesar sau dacă martorul solicită expres aceasta și înregistrarea este posibilă.

²⁴ *Ibidem*.

Aceste măsuri prevăzute în noul Cod de procedură penală sunt instituite atât în interesul persoanelor care au fost supuse la rele tratamente de către organele de urmărire penală, cât și al acestora din urmă, în situațiile în care sunt formulate acuzații pe nedrept cu privire la aplicarea de rele tratamente fizice sau de presiuni psihice. De asemenea, înregistrarea prin mijloace tehnice a audierilor de către organele de urmărire penală diminuează posibilitatea persoanelor audiate de a reveni, în mod credibil, asupra declarațiilor date în faza de urmărire penală, negând, în mod fals, cele declarate²⁵.

În jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, au fost **calificate drept tratamente inumane și degradante** utilizarea pe parcursul efectuării cercetării penale a unor tehnici de dezorientare sau de privare senzorială aplicate persoanelor supuse la interogatoriu prin utilizarea uneia dintre următoarele cinci tehnici de interogare: acoperirea capetelor persoanelor interogate, expunerea la un zgomot continuu și puternic, privarea de posibilitatea de a dormi înainte de interogatoriu, limitarea alimentației, obligarea celor interogați să rămână în picioare, la zid, într-o postură umiltoare timp de mai multe ore. S-a mai reținut că aceste mijloace de interogatoriu au fost folosite cumulativ în scopul obținerii de mărturisiri, al denunțării altor persoane sau pentru obținerea de informații și au cauzat suferințe fizice și morale puternice, au antrenat tulburări psihice acute în cursul interogatoriului, creând victimelor sentimente de teamă, angoasă, inferioritate, în scopul de a le înfrânge rezistența fizică sau morală²⁶.

În alte cauze, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a considerat că există o încălcare a dispozițiilor art. 3 prin aplicarea următoarelor tratamente în scopul de a obține mărturisiri sau informații: dezbrăcarea victimei, legarea ei de brațe și suspendarea ei fără ca aceasta să se mai poată sprijini pe sol sau aplicarea de violențe repetate, punerea în situații umiltoare²⁷.

II. PROVOCAREA

1. Cadrul general

Provocarea poate fi considerată o **stratagemă de anchetă** (fiind deseori denumită în literatura de specialitate „*provocarea polițienească*”) prin intermediul căreia, în scopul obținerii de probe în acuzare, organele statului determină o persoană să comită ori să continue săvârșirea unei infracțiuni investigate ulterior. Potrivit **art. 101 alin. (3) C.pr.pen.**, organelor judiciare penale sau altor persoane le este interzis expres să provoace o persoană să comită ori să continue săvârșirea unei fapte penale, în scopul obținerii unei probe care să fundamenteze acuzația formulată în raport de infracțiunea ce a constituit produs al provocării.

Provocarea reprezintă o acțiune neloială, întreprinsă în scopul obținerii de probe, concretizată în determinarea cu știință a unei persoane să comită o infracțiune sau să continue săvârșirea unei infracțiuni, agentul provocator aflându-se practic, din punctul de vedere al dreptului substanțial, în postura instigatorului care determină o persoană să ia o

²⁵ M. Udriou (coord.), op. cit., p. 394.

²⁶ CtEDO, Irlanda c. Regatului Unit, hotărârea din 18 ianuarie 1978, parag. 20.

²⁷ CtEDO, Aksoy c. Turciei, hotărârea din 18 decembrie 1997, parag. 63; CtEDO, Selmouni c. Franței, hotărârea din 28 iulie 1999, parag. 105.

rezoluție infracțională. **Astfel, provocarea constituie una dintre sursele nulităților absolute în procesul penal, având ca efect subsecvent excluderea probelor obținute**²⁸.

Trebuie subliniat că, dacă provocarea la comiterea unei infracțiuni în scopul obținerii de probe constituie un procedeu neloial, provocarea la probă în scopul constatării comiterii unei infracțiuni nu este, în sine, aptă să conducă la reținerea neloialității procedurii²⁹.

Codul de procedură penală român a inclus în cazurile de la **art. 101 alin. (3) C.pr.pen. exclusiv provocarea la săvârșirea de infracțiuni**, neexistând o normă expresă privind provocarea la obținerea de probe. În acest context, **provocarea la obținerea de probe nu va conduce de plano la constatarea unei lipse de loialitate**, însă poate atrage **aplicarea art. 101 alin. (1)** dacă organele judiciare au desfășurat vreuna din activitățile instituite prin normă.

2. Agenții provocatori

Agenții provocatori sunt investigatori sub acoperire sau colaboratori ai organelor judiciare care, având informații despre implicarea unei persoane într-o activitate infracțională, acționează sub coordonarea sau supravegherea organelor de cercetare penală ori a procurorului pentru a o determina să săvârșească noi infracțiuni într-un cadru ce permite dovedirea acesteia (de pildă, cu ocazia organizării unui flagrant sau a interceptării unei convorbiri).

Menționăm că **acțiunea de provocare** nu este prin propria-i natură *de plano* neloială, agenții statului sau cei care acționează sub coordonarea acestora având obligația de a contribui la relevarea activității infracționale printr-o conduită pasivă, fără depășirea limitelor atribuțiilor conferite de lege. Contrar acestor exigențe, dacă agenții statului acționează într-o manieră proactivă, provocând un particular să comită o infracțiune, neputându-se dovedi că în lipsa activității acestora persoana nu ar fi săvârșit infracțiunea, provocarea va fi lovită de un viciu de loialitate, fiind incidente dispozițiile **art. 101 alin. (3) C.pr.pen.**

Rațiunea interdicției provocării săvârșirii unei infracțiuni constă în aceea că, statul, prin agenții săi, nu poate să-și depășească competența de a aplica legea prin instigarea unei persoane să săvârșească o infracțiune pe care, de altfel, nu ar fi comis-o pentru ca apoi să declanșeze împotriva acestei persoane mecanismele procesului penal, în vederea tragerii la răspundere penală³⁰.

Astfel, sunt create **limite ale exercitării activităților de urmărire penală în cadrul unei anchete proactive**, în vederea protecției cetățenilor împotriva provocărilor provenite de la agenții statului, precum și în scopul protecției integrității sistemului justiției penale, care ar fi supusă riscului compromiterii dacă instanțele ar lua în considerare probele rezultate din practici vădit inacceptabile ale reprezentanților statului însărcinați cu aplicarea legii³¹. În egală măsură, se asigură credibilitatea sistemului de justiție penală și se garantează principiul aflării adevărului.

²⁸ M. Udroui (coord.), op. cit., p. 399.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ A. Ashworth, M. Redmayne, *The criminal process*, 3rd edition, Oxford University Press, 2005, p. 260., apud M. Udroui (coordonator), op. cit., p. 399.

³¹ A. Ashworth, M. Redmayne, *The criminal process*, op. cit., p. 260, apud M. Udroui (coordonator), op. cit., p. 399.

În privința provocării polițienești, în doctrină³², s-a arătat că acțiunea organelor de urmărire penală nu trebuie să supună suspectul unei constrângeri, caracterizată printr-o provocare la săvârșirea unei infracțiuni, care să anihileze voința acestuia sau să-i abolească libertatea de acțiune.

3. Extinderea dispozițiilor art. 101 alin. (3) C.pr.pen. și la actele de provocare săvârșite de către particulari

Cu preponderență, hotărârile pronunțate de Curtea Europeană a Drepturilor Omului în materia provocării au avut ca obiect analiza comportamentului organelor judiciare, în special când erau folosiți investigatori sub acoperire sau colaboratori în acțiuni de provocare a unor persoane să săvârșească infracțiuni în vederea obținerii de probe. Pentru a deosebi ipotezele în care provocarea respecta caracterul echitabil al procesului penal de cele în care dispozițiile **art. 6 par. 1 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului** erau încălcate, **Curtea Europeană a Drepturilor Omului a consacrat pe cale jurisprudențială „testul provocării”**.

Prin hotărârea pronunțată la 06.04.2004, în **cauza John James Shannon c. Regatului Unit** (cererea nr. 67537/01), Curtea Europeană a Drepturilor Omului a stabilit în mod expres că dispozițiile **art. 6 paragraf 1 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului** pot fi încălcate și în cazul actelor de provocare în vederea săvârșirii de infracțiuni exercitate de către particulari care nu acționează în numele ori sub îndrumarea organelor judiciare, în vederea săvârșirii de infracțiuni.

Analiza Curții Europene a pornit de la cauza Teixeira di Castro c. Portugaliei, care se referea la o operațiune de provocare întreprinsă de ofițeri de poliție. În speță, nu a fost abordată problema provocării de către alte persoane decât agenții statului. *Respectiva operațiune a constituit o utilizare abuzivă a puterii de stat, polițiștii depășind rolul lor legitim de agenți sub acoperire, obținând probe împotriva unui presupus infractor pentru a incita săvârșirea infracțiunii în sine*. Astfel, principiile enunțate în hotărârea Teixeira trebuie privite în acest context și direcționate în principal către utilizarea într-un proces penal a probelor obținute prin intermediul unei operațiuni de provocare efectuată de către agenții statului.

În cauza Shannon, Curtea a constatat că rolul organelor judiciare s-a limitat la urmărirea penală a inculpatului pe baza informațiilor care i-au fost transmise de un terț. Reclamantul a fost „provocat” de un jurnalist, un individ privat, care nu era agent al statului; acesta nu acționa pentru poliție, sub egida instrucțiunilor sale și nici nu se afla sub controlul acestora. Poliția nu avea cunoștințe prealabile despre operațiunea jurnalistului, fiindu-i comunicate de către jurnalist înregistrările audio și video după eveniment.

Cu toate că actele de provocare nu au fost exercitate de către agenți ai statului, atât instanța națională, cât și Curtea Europeană au efectuat „testul provocării”, pentru a stabili dacă operațiunea întreprinsă de către jurnalist – agentul provocator, prin care au fost strânse probele utilizate în mod determinant pentru tragerea la răspundere a inculpatului - a ieșit din sfera garanțiilor prevăzute de art. 6 paragraf 1 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului.

³² R. Merle, A. Vitu, Traité de droit criminel. Procédure pénale, vol. II, 7e édition, Ed. Cujas, Paris, 1997, p. 199; S. Guinchard, J. Buisson, Procédure pénale, op. cit., p. 434, apud M. Udroui (coord.), op. cit., p. 399.

În acest sens, Curtea a reținut că în mod corect instanța de fond a analizat cererea de excludere a probelor formulată de către inculpat, pe motiv că acestea au fost obținute prin intermediul provocării și că administrarea lor în proces ar afecta echitatea procedurii.

În considerentele hotărârii Shannon c. Regatului Unit, Curtea a conchis că „testul provocării” trebuie realizat indiferent dacă agentul provocator acționează în numele statului sau este un particular, aspectul esențial pentru efectuarea verificării nefiind calitatea agentului provocator, ci rezultatul acțiunii de provocare, respectiv obținerea prin căi neloiiale a unor mijloace de probă în baza cărora se poate angaja răspunderea penală a inculpatului.

Curtea reține că, atât timp cât în urma acțiunii de provocare au fost obținute mijloace de probă pe care instanța le va avea în vedere la pronunțarea unei eventuale soluții de angajare a răspunderii penale a inculpatului, aceasta este obligată a efectua testul provocării pentru a stabili dacă a fost încălcată echitatea procedurii. De altfel, Curtea a precizat expres că lipsa efectuării „testului provocării” echivalează cu o încălcare frapantă a art. 6 paragraf 1 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului.

Totodată, condiționarea admisibilității „testului provocării” de calitatea agentului provocator ar duce la o aplicare discriminatorie și arbitrară a garanțiilor art. 6 paragraf 1 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, inculpatul ajungând să fie tras la răspundere penală în urma utilizării unor practici vădit neloiiale, dar care nu ar putea fi puse în discuție, întrucât nu s-ar putea stabili o legătură de subordonare între stat și agent provocator. Curtea a amintit că rolul Convenției este de a garanta drepturi concrete și efective, nu teoretice și iluzorii, or ignorarea unei inechități a procedurii în baza unor formalități sau a unor lacune legislative ar lipsi de substanță art. 6 paragraf 1 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului.

4. Criteriile avute în vedere în procedura de efectuare a testului provocării

Curtea Europeană a Drepturilor Omului a cristalizat în jurisprudența sa trimiteri la doctrina „*caracterului pasiv*” al activității pe care trebuie să o desfășoare în această materie agenții statului în cauze având ca obiect infracțiuni de trafic de droguri sau de corupție în care s-au invocat vicii de neloiialitate cu privire la activitatea organelor de urmărire penală.

Realizarea testului provocării impune verificarea următoarelor condiții în raport de care activitatea agenților statului poate fi considerată o activitate pasivă ce nu relevă o provocare:

4.1. Primul criteriu privește dirijarea acțiunii de provocare către persoanele cu privire la care există date că sunt angrenate în activități cu caracter infracțional. Anterior exercitării acțiunii de provocare, trebuie să existe o suspiciune rezonabilă că o persoană participă la o infracțiune sau pregătește săvârșirea unei infracțiuni ori are o predispoziție de a se implica în activități infracționale.

În *cauza Teixeira de Castro c. Portugaliei*, s-a constatat că autoritățile naționale nu au avut motive să considere că o anumită persoană era implicată în traficul de droguri atunci când acesta nu avea antecedente penale, nu făcea obiectul vreunei alte investigații și nu

exista vreo probă care să sugereze că avea o predispoziție de a deveni parte în vânzarea de droguri până la momentul intervenției organelor de urmărire penală³³.

În sens contrar, în *cauza Khudobin c. Rusiei, Bannikova c. Rusiei*, s-a considerat a fi un indiciu al unei activități infracționale anterioare ori a intenției de a se implica într-o activitate infracțională împrejuruarea că reclamantul era familiar cu prețul drogurilor și avea abilitatea de a procura droguri în scurt timp sau câștigul financiar pe care reclamantul urmărea să îl obțină din tranzacția ilicită³⁴.

Cu privire la acest criteriu, în doctrină s-a arătat că analiza trebuie să se raporteze cu precădere la *comportamentul actual al persoanei*, în sensul de a se stabili dacă aceasta era dispusă și pregătită să se angreneze în activitatea infracțională la momentul provocării, în pofida unei antecedente penale îndepărtate³⁵. Existența unor antecedente penale reprezintă un criteriu extrem de relevant în efectuarea testului provocării, însă nu are aptitudinea de a releva în mod determinant o predispoziție în implicarea în noi activități infracționale. Acesta nu ar trebui să opereze asemeni unui stigmat socio-comportamental asupra infractorilor și să nască o suspiciune rezonabilă în mod automat de care agenții statului să se prevaleze pentru a masca o provocare. Așadar, **pentru a înfrânge existența unor deficiențe de loialitate procesuală, este necesară dovedirea prin probe a unei baze factuale suficiente care să fundamenteze predispoziția făptuitorului în comiterea sau pregătirea de noi activități infracționale.**

4.2. Cu privire la cel de-al doilea criteriu, este imperios necesar ca activitatea investigatorilor sub acoperire sau a colaboratorilor acestora să fi fost autorizată în condițiile legii.

Codul de procedură penală reglementează proceduri specifice care se circumscriu acestei activități, respectiv utilizarea investigatorilor sub acoperire sau cu identitate reală și a colaboratorilor (*art. 148 C.pr.pen.*), participarea autorizată la anumite activități (*art. 150 C.pr.pen.*) și livrarea supravegheată (*art. 151 C.pr.pen.*).

Condițiile încuviințării acestor proceduri sunt prevăzute în mod previzibil de lege, avându-se în vedere toate garanțiile exercitării dreptului la apărare și limitării intruziunilor în viața privată. De asemenea, *art. 150 alin. (4) C.pr.pen.* prevede că desfășurarea activităților autorizate nu constituie contravenție sau infracțiune, fiind instituită o cauză specială care înlătură caracterul ilicit al faptei.

Lipsa autorizării efectuării acestor procedee probatorii va atrage excluderea probelor obținute pe criterii de nelegalitate, iar nu de lipsă a loialității, întrucât probele au fost obținute prin încălcarea legii. Chiar dacă sancțiunea pentru neparcurgerea acestor proceduri este nulitatea relativă, vătămarea procesuală în cazul obținerii unei probe în alt cadru procesul decât cel prevăzut de lege este evidentă și imposibil de înlăturat, atrăgând incontestabil excluderea, fiind irelevantă distincția între sancțiunile ce poartă asupra nelegalității sau neloialității, rezultatul procesual fiind, în esență, identic.

³³ Cauzele Teixeira de Castro c. Portugaliei, Edwards și Lewis c. Marii Britanii, Khudobin c. Rusiei, Bannikova c. Rusiei, Pyrgiotakis c. Greciei.

³⁴ Cauzele Khudobin c. Rusiei, Bannikova c. Rusiei.

³⁵ A. Ashworth, *Testing Fidelity to Legal Values: Official Involvement and Criminal Justice*, în S. Shute, A. Simester, *Criminal Law Theory: Doctrines of the General Part*, Oxford University Press, 2002, p. 322, apud M. Udroui (coordonato), *op.cit.*, p. 401.

4.3. Cel de-al treilea criteriu are în vedere condiția ca agenții statului sau colaboratorii acestora să fi oferit făptuitorului o oportunitate obișnuită de a comite o infracțiune.

În cadrul acestei condiții, trebuie verificat dacă asupra persoanei acuzate au fost exercitate presiuni, în lipsa cărora era improbabil ca această să fi săvârșit infracțiunea provocată. În caz contrar, se poate reține că **forma de vinovăție cu care a acționat inculpatul nu a fost rezultat unei acțiuni libere și conștiente** din partea acestuia, rezoluția infracțională fiind speculată în mod ilicit, ca rezultat la provocării.

În doctrina penală³⁶, s-a reținut că **vinovăția presupune existența a două componente – factorul intelectual**, ce ține de prevederea urmării imediate și factorul **volitiv**, ce constă în urmărirea sau acceptarea rezultatului prevăzut sau urmărit.

Analizând intenția, ca formă de vinovăție, Curtea de Apel Constanța, prin **Decizia penală nr. 87/2017**³⁷, a reținut că nu sunt întrunite elementele constitutive ale infracțiunilor ce au făcut obiectul sesizării, deoarece **nu au fost săvârșite cu conștiința liberă, respectiv cu forma de vinovăție prevăzută de lege, câtă vreme decizia inculpatului a fost luată în urma unei provocări active din partea investigatorilor sub acoperire**. Pe baza **principiului in dubio pro reo**, Curtea reține că, dacă investigatorii sub acoperire nu ar fi procedat în maniera descrisă, inculpatul nu ar fi primit banii respectivi, astfel că provocarea activă din partea acestora a dus la imposibilitatea stabilirii cu certitudine dacă, în lipsa instigării săvârșite de către investigatorul sub acoperire, inculpatul ar fi adoptat vreodată rezoluția de a se implica în activități infracționale.

Astfel, jurisprudența a consacrat regula potrivit căreia vinovăția trebuie să îndeplinească două condiții esențiale pentru angajarea răspunderii penale. Sub un prim aspect, aceasta trebuie să corespundă tiparului normei de incriminare, iar sub un aspect secund, ea trebuie să izvorască dintr-o acțiune liberă, neviciată, întrucât răspunderea penală trebuie să sancționeze conduita conștientă a inculpatului de a încălca legea, iar nu una indusă sau alterată de factori externi, precum acțiunea ilicită a agenților provocatori.

În doctrină, s-a arătat că organele de urmărire penală care au suspiciunea rezonabilă că o persoană participă la o infracțiune sau pregătește săvârșirea unei infracțiuni trebuie să îi ofere suspectului (făptuitor) doar o „tentație obișnuită”, o oportunitate ce nu are caracter excepțional de a încălca legea³⁸.

Sub acest aspect, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a reținut că nu poate exista o atitudine pasivă din partea organelor de urmărire penală în condițiile în care acestea au luat inițiativa de a-l contacta pe reclamant, au reînnoit oferta în ciuda refuzului inițial, au mărit prețul sau au apelat la compasiunea reclamantului menționând simptomele unui sevrăj³⁹.

În **procedura de evaluare a caracterului obișnuit al oportunității trebuie avuți în vedere și factorii expuși de Curtea Supremă a Canadei în cauza R. vs. Mack**, respectiv: 1. natura infracțiunii investigate și existența altor mijloace sau tehnici pe care organele de

³⁶ V. Dongoroz și colab., Explicații teoretice ale Codului penal român, Vol. I, Ediția a II-a, Editura All Beck, București 2003, p. 103.

³⁷ www.legalis.ro

³⁸ I.H. Dennis, The Law of Evidence, 3rd edition, op. cit., p. 330, apud M. Udroui, op. cit. p. 401.

³⁹ Cauza Bannikova c. Rusiei, cauza Veselov c. Rusiei.

urmărire penală le puteau folosi în investigație; 2. dacă o persoană medie, având atât calitățile cât și slăbiciunile acuzatului, aflat în poziția acestuia ar fi fost tentat să comită o infracțiune; 3. persistența și numărul de încercări realizate de organele de urmărire penale înainte ca acuzatul să fi consimțit la comiterea infracțiunii; 4. tipul de îndemnuri folosite de organele de urmărire penală: premii, acte de inducere în eroare, tertipurii etc.; 5. momentul la care se plasează intervenția organelor statului, în special dacă organele de urmărire penală au instigat la comiterea infracțiunii ori s-au implicat în cadrul unei activități infracționale aflate în desfășurare; 6. dacă comportamentul organelor de urmărire penală a implicat exploatarea trăirilor umane cum ar fi emoțiile, compasiunea, simpatia, prietenia; 7. dacă organele de urmărire penală au exploatat o anumită vulnerabilitate a persoanei cum ar fi un handicap sau o dependență de droguri sau de alte substanțe; 8. evaluarea proporționalității implicării organelor de urmărire penală în comparație cu cea a acuzatului, inclusiv analiza riscului; 9. existența unor amenințări, implicite sau explicite, a acuzatului de către organele de urmărire penală ori de persoanele care acționează în numele acestora; 10. dacă acțiunea organelor de urmărire penală a subminat valori cu caracter constituțional⁴⁰.

De exemplu, în **cauza Vaniane c. Rusiei**⁴¹, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a reținut că organele de poliție au organizat un „test vânzare” prin care martorul colaborator O.Z. a fost de acord să acționeze la indicațiile poliției în scopul de a da în vileag activitatea de trafic de droguri a reclamantului (O.Z. a fost de acord să colaboreze cu organele de poliție. Martora l-a contactat telefonic pe reclamant și, pretinzând că nu se simte bine din cauza lipsei drogurilor, i-a solicitat acestuia să îi procure heroină pentru consum). Totodată, s-a mai reținut că organele de poliție nu aveau nicio dovadă din care să rezulte că, înainte de intervenția lui O.Z., exista o suspiciune că reclamantul era dealer de droguri. Astfel, s-a apreciat că organele de poliție nu s-au limitat la o investigație pasivă a activității infracționale a reclamantului și că nu există nicio dovadă că infracțiunea ar fi fost săvârșită în lipsa intervenției lui O.Z. În ceea ce privește hotărârea de condamnare, Curtea Europeană a constatat că principalele probe de vinovăție pe care aceasta s-a întemeiat au fost cele obținute prin activitatea de provocare, inclusiv declarațiile lui O.Z. și ale polițiștilor care au participat la operațiune. Astfel, s-a considerat că intervenția polițiștilor și folosirea probelor rezultate în cadrul procesului penal pornit împotriva reclamantului au adus atingere, în mod iremediabil, caracterului echitabil al procesului.

Tot astfel, în **cauza Scholer c. Germaniei** referitoare la invocarea provocării în cazul traficului de droguri, Curtea a reținut că organele de urmărire penală au avut suficiente motive pentru a considera că reclamantul este implicat în traficul de droguri sau, cel puțin, că are o predispoziție de a comite o astfel de infracțiune, având în vedere următoarele date: relatările unor informatori cu privire la implicarea reclamantului în traficul de droguri, urmate de efectuarea a trei tranzacții cu droguri de către acesta prin care stupefiantele au fost vândute investigatorilor, condamnarea anterioară a reclamantului pentru comiterea infracțiunii de trafic de droguri în urmă cu 18 ani, acceptarea imediată a prețului propus de informator pentru a vinde droguri, ceea ce denotă faptul că acesta era familiar cu prețul pieței stupefiantelor, faptul că la prima întâlnire cu informatorul (care i-a solicitat să îi vândă droguri) reclamantul i-a oferit acestuia, din proprie inițiativă, o mostră de drog pe care o avea deja ascunsă în garajul casei sale, afirmațiile sale făcute cu ocazia ultimei vânzări cu

⁴⁰ (www.scc-csc.lexum.com), *apud* M. Udriou (coordonator), op. cit., p. 401.

⁴¹ Hotărârea din 15 decembrie 2005, parag. 49-50, *apud* M. Udriou (coordonator), op. cit., p. 405.

privire la posibilitatea de a oferi o cantitate mai mare de droguri. CtEDO a mai constatat că informatorul organelor de urmărire penală care a acționat sub supravegherea acestora nu a avut un comportament diferit de cel al unui consumator obișnuit de droguri și nu l-a suspus pe reclamant vreunei presiuni pentru a vinde droguri, ci doar l-a întrebat pe acesta dacă îi poate vinde droguri oferindu-i prețul pieței. Reclamantul a consimțit imediat să vândă droguri. În plus, cu ocazia ultimei vânzări de droguri, reclamantul a fost cel care i-a precizat informatorului că îi poate oferi orice cantitate de droguri, înainte ca acesta să stabilească cantitatea pe care dorea să o cumpere⁴².

În *cauza Toran și Schymik c. României*⁴³, instanța europeană a avut în vedere faptul că imediat după primirea solicitării din partea denunțatorului reclamanții au procurat și transportat prin mai multe țări o cantitate mare de droguri, au solicitat imediat după intrarea în România să fie duși într-un garaj unde au scos drogurile din compartimentele unde erau ascunse și erau pregătiți să verifice dacă banii pe care trebuiau să îi primească în schimbul drogurilor erau falsificați sau nu. CtEDO a mai constatat că activitatea organelor de urmărire penală nu poate fi considerată că a condus la inițierea activității infracționale a reclamanților, ci s-a pliat pe aceasta. Astfel, instanța europeană a apreciat că desfășurarea activităților investigative după primirea denunțului din partea lui S.B.A., potrivit căruia alte persoane sunt implicate în traficul de droguri, prin facilitatea comunicării dintre S.R.B. și reclamanți, punerea la dispoziția acestuia a banilor pentru efectuarea tranzacție rămân, mai degrabă, în mod proporțional, între limitele activității sub acoperire decât în sfera activității agenților provocatori.

5. Sub aspectul **sarcinii probei în materia provocării**, Curtea Europeană a Drepturilor Omului statuează în *cauza Ramanauskas c. Lituaniei* că ține de obligația organelor de urmărire penală a demonstra faptul că nu a existat o provocare, dacă alibiurile inculpatului nu sunt în totalitate neverosimile. În absența unor asemenea dovezi, este obligația autorităților judiciare să examineze circumstanțele cauzei și să întreprindă acțiunile necesare pentru stabilirea adevărului în vederea determinării dacă a fost sau nu vreo provocare⁴⁴.

III. SANȚIUNILE PROCESUALE CE POT INTERVENI ÎN CAZUL ÎNCĂLCĂRII PRINCIPIULUI LOIALITĂȚII PROCESUALE

În materia sancțiunilor aplicabile în cazul încălcării principiului loialității, **art. 101 C.pr.pen.** precizează că acestea **nu pot fi folosite în procesul penal**. Pe de altă parte, prevederile **art. 102 C.pr.pen.** statuează că probele obținute în mod nelegal nu pot fi folosite în procesul penal, iar nulitatea actului prin care s-a dispus sau autorizat administrarea unei probe ori prin care aceasta a fost administrată determină excluderea probei.

Observăm că, deși legea instituie o interdicție clară de folosire în procesul penal a probelor nelegal sau neloial administrate, reglementarea în materia sancțiunilor procesuale

⁴² CtEDO, Scholer c. Germaniei, hotărârea din 18 decembrie 2014, parag. 85-91, M. Udriou (coordonator), op. cit., p. 406.

⁴³ CtEDO, Toran și Schymik c. României, hotărârea din 14 aprilie 2015, parag. 57-100, M. Udriou (coordonator), op. cit., p. 410.

⁴⁴ CtEDO, Ramanauskas c. Lituaniei, hotărârea Marii Camere din 5 februarie 2008, parag. 70.

este lipsită de previzibilitate, nefiind evocat în concret mijlocul procesual prin intermediul căruia probele obținute în mod nelegal sau neloial nu vor fi folosite în procesul penal.

Așa cum s-a arătat în doctrină⁴⁵, excluderea reprezintă o sancțiune specifică în materia probațiunii, ce urmărește drept finalitate imposibilitatea folosirii în proces a probelor viciate și, ca regulă, îndepărtarea acestora de la dosar.

Excluderea probelor se raportează la sancțiunea nulității, fără să existe o dependență absolută de aceasta, având în vedere natura substanțial diferită a celor două sancțiuni, precum și obiectul asupra cărora poartă.

În acest sens, precizăm că nulitatea reprezintă sancțiunea aplicabilă actelor procesuale și procedurale efectuate cu încălcarea condițiilor de fond și formă prevăzute de lege. Efectele nulității operează astfel numai la nivel extern (formal), actul de procedură sancționat cu nulitatea fiind lipsit de efecte juridice, organul judiciar având obligația de a dispune, când este necesar și dacă este posibil, refacerea acelu act cu respectarea dispozițiilor legale.

Excluderea reprezintă sancțiunea ce are ca obiect probele obținute cu încălcarea legii. Spre deosebire de nulitate, aceasta se repercutează la nivel intern, afectând funcționalitatea probatorie a informațiilor ce constituie fundamentul acuzației formulate în proces. În raport de dispozițiile art. 102 alin. (2) C.pr.pen., probele obținute în mod nelegal devin ineficace, fiind lipsite de aptitudinea intrinsecă esențială în a permite valorificarea judiciară a conținutului informațional purtat.

Sub aspectul efectelor sancțiunii excluderii, doctrina⁴⁶ și, ulterior, jurisprudența Curții Constituționale, au reținut că acestea se manifestă atât la nivel judiciar, cât și la nivel administrativ. Din punct de vedere judiciar, excluderea înlătură eficacitatea probelor nelegal sau neloial administrate, constituind un impediment absolut pentru folosirea acestora în proces – organul judiciar nu poate proceda la aprecierea probelor excluse și nu le poate valorifica la luarea unei măsuri procesuale ori la rezolvarea acțiunilor judiciare exercitate. La nivel administrativ, efectul excluderii se extinde și la mijlocul de probă ce conține informația obținută în mod nelegal sau neloial și constă în îndepărtarea materială din dosar a acestuia, urmată firesc de renumerotarea filelor dosarului.

Încercând a înlătura lacunele legislative în reglementarea sancțiunii excluderii, Curtea Constituțională, prin decizia nr. 802/5 decembrie 2017⁴⁷, a propus **stabilirea unui raport între nulitate, pe de o parte, și încălcarea legalității sau a loialității administrării probelor, pe de altă parte.** În acest sens, a reținut că: „*verificarea legalității, inclusiv a loialității — componentă intrinsecă a legalității — administrării probelor de către organele de urmărire penală implică controlul realizat de judecătorul de cameră preliminară cu privire la modul/condițiile de obținere și folosire/administrare a probelor. Judecătorul de cameră preliminară este competent a analiza, din oficiu sau la cerere, probele și actele prin prisma respectării dispozițiilor legale, nelegalitățile constatate urmând a fi sancționate în măsura și cu sancțiunea permisă de lege*”.

Astfel, în viziunea jurisprudenței Curții Constituționale a României, principiul loialității administrării probelor în procesul penal, deși beneficiază de o autonomie de reglementare în

⁴⁵ A. Zărafiu, op. cit., p. 299.

⁴⁶ *Idem*, p. 300.

⁴⁷ M. Of. nr. 116 din 06.02.2018.

sistemul normativ, *păstrează o subordonare față de principiul legalității* administrării probelor: *loialitatea este o componentă intrinsecă a principiului legalității*.

Apreciem că opinia Curții Constituționale, sub acest aspect, este în acord deplin cu principiile fundamentale ale legalității și aflării adevărului. În sistemul de drept român, dominat de elementele sistemului continental, loialitatea poate avea ca fundament numai aplicarea legii procesuale. Norma de drept prevăzută în *art. 101 C.pr.pen.* interzice efectuarea unor activități de strângere a probelor în procesul, probe pe care legiuitorul le apreciază ca fiind contrare aflării adevărului real. Realizarea respectivelor activități de către organul judiciar competent a administra probele reprezintă o încălcare a legii, ce comportă aplicarea unei sancțiuni.

În alte sisteme de drept anglo-americane, sisteme ce nu cunosc principiile legalității și aflării adevărului, încălcarea loialității administrării probelor atrage aplicarea sancțiunea excluderii pornind de la o premisă diferită, respectiv descurajarea organelor de poliție în obținerea unor probe cu încălcarea drepturilor constituționale. Regula excluderii probelor obținute în mod neloial a fost creată de Curtea Supremă a Statelor Unite al Americii⁴⁸, iar paradigma în care funcționează are la bază tocmai lipsa unei reglementări care să prevadă o sancțiune expresă în cazul comportamentului neloial al organelor judiciare. În antiteză cu acest sistem, dreptul continental are la bază principiul legalității, în baza căruia normele de drept procesual reglementează condițiile efectuării procesului penal și ale exercitării acțiunii publice, iar nerespectarea lor atrage o sancțiune expres prevăzută în lege, cu un regim juridic determinat de către legiuitor.

Cu privire la *sancțiunile incidente* în cazul administrării probelor cu încălcarea dispozițiilor legale, Curtea Constituțională a arătat, în aceeași *Decizie nr. 802/2017* că o probă nu poate fi obținută nelegal decât dacă mijlocul de probă și/sau procedeul probatoriu prin care este obținută este nelegal, aceasta presupunând nelegalitatea dispunerii, autorizării sau administrării probei. Or, nelegalitatea acestora este sancționată de prevederile *art. 102 alin. (3) C.pr.pen.*, prin aplicarea regimului nulității absolute sau relative. Nulitățile sunt reglementate la *art. 280 – 282 C.pr.pen.* și privesc doar actele procedurale și procesuale, respectiv mijloacele de probă și procedeele probatorii, și nicidecum probele în propria materie, acestea reprezentând exclusiv elemente de fapt ce conturează realitatea.

Prin urmare, Curtea a apreciat că *art. 102 alin.(2) C.pr.pen.* trebuie coroborat cu alin. (3) al aceluiași text de lege, statuând că probele obținute prin actele prevăzute la *art. 102 alin. (3) C.pr.pen.* nu pot fi folosite în procesul penal în condițiile în care aceste acte sunt lovite de nulitate absolută sau relativă. Potrivit aceleiași viziuni a jurisprudenței constituționale, *cele două alineate nu reglementează instituții diferite, ci presupun întotdeauna aplicarea regimului nulităților în materia probațiunii*, așa cum este acesta reglementat de *art. 280 - 282 C.pr.pen.*, iar *rezultatul nulității actelor, respectiv a mijloacelor de probă și a procedeele probatorii, determină imposibilitatea folosirii probelor în proces*.

Curtea mai reține că verificarea legalității probelor privește conformarea activității de probațiune anterior efectuată de organele de cercetare penală (a mijloacelor de probă administrate în cursul urmăririi penale, a procedeele probatorii utilizate) cu principiile legalității probelor, respectiv al loialității administrării probelor, în condițiile în care ipotezele reglementate în *art.101 C.pr.pen.* constituie aspecte de nelegalitate a obținerii probelor.

⁴⁸ Cauza Mapp vs. Ohio. Daniel E. Hall, J.D., Ed.D., Criminal Law and Procedure, Sixth Edition, Ed. Delmar, 2012, p. 367.

Constatarea — în camera preliminară — a *încălcării prescripțiilor procedurale de administrare a probelor, respectiv constatarea obținerii probelor prin utilizarea unor metode nelegale* — la cererea părților și a persoanei vătămate, respectiv din oficiu — atrage aplicarea, de către judecătorul de cameră preliminară, a sancțiunii excluderii acestora, în condițiile în care sancționarea acestor nelegalități procedurale protejează legalitatea procesului penal, consfințită, ca principiu, în art. 2 C.pr.pen.

Astfel cum Curtea a statuat în deciziile nr. 383 din 27 mai 2015, și nr. 787 din 17 noiembrie 2015, *în materia probațiunii întotdeauna se aplică regimul nulităților, excluderea probelor de către judecătorul de cameră preliminară ar fi condiționată de constatarea nulității actului prin care s-a dispus sau autorizat administrarea probei ori prin care aceasta a fost administrată* în cursul urmăririi penale, în cazul nulităților relative — ce constituie regula în această materie — *fiind necesară și dovedirea existenței unei vătămări a drepturilor părților care nu poate fi înlăturată altfel decât prin desființarea actului*. Curtea reține însă că, această vătămare nu transpune întotdeauna din lucrările și materialul dosarului de urmărire penală și nici nu poate fi dovedită întotdeauna doar prin înscrisurile noi prezentate de părți sau persoana vătămată ori administrate la cererea acestora.

Pe de altă parte, Curtea a reținut că probele pot fi viciate atât prin *încălcarea prescripțiilor procedurale de administrare a lor, cât și prin obținerea probelor prin metode nelegale*. Or, legea procesual penală în vigoare interzice în mod absolut administrarea probelor prin practici neloiale, prin dispozițiile art. 101 alin. (1) – (3) C.pr.pen., ca și folosirea procedurilor de obținere nelegală a probelor, legiuitorul excluzând în mod absolut astfel de practici sau procedee din câmpul legalității. Acest aspect reiese foarte clar din modul de formulare al textelor menționate. Astfel, dacă, în mod obișnuit, nelegalitatea probelor este determinată de încălcarea unor reguli procedurale impuse de lege, ***în materia principiului loialității administrării probelor legiuitorul folosește expresii prohibitive în mod absolut*** [„este oprit a se întrebuința (...)”, „nu pot fi folosite (...)”, „este interzis (...)”], similar ipotezei probelor obținute prin tortură, precum și probelor derivate din acestea [„nu pot fi folosite (...)”].

Cu alte cuvinte, mijloacele de constrângere enumerate în art. 101 alin. (1) C.pr.pen., tehnicile de ascultare care afectează cunoștința persoanei [art.101 alin. (2) C.pr.pen.], provocarea unei persoane să săvârșească ori să continue săvârșirea unei fapte penale, în scopul obținerii unei probe [art. 101 alin. (3) C.pr.pen.], ca și folosirea torturii în obținerea probelor [art. 102 alin. (1) C.pr.pen.] ar *atrage de plano nulitatea absolută a mijlocului de probă astfel obținut*, consecința fiind excluderea necondiționată a probei.

Așadar, analizând probatoriul administrat din perspectiva conformității acestuia cu principiul loialității administrării probelor, judecătorul de cameră preliminară va sancționa cu excluderea probele obținute prin întrebuințarea de violențe, amenințări ori alte mijloace de constrângere, precum și promisiuni sau îndemnuri, prin metode sau tehnici de ascultare care afectează capacitatea persoanei de a-și aminti și de a relata în mod conștient și voluntar faptele care constituie obiectul probei, chiar dacă persoana ascultată își dă consimțământul la utilizarea unei asemenea metode sau tehnici de ascultare ori prin provocarea unei persoane să săvârșească ori să continue săvârșirea unei fapte penale, în scopul obținerii unei probe [art. 101 alin. (1) - (3) C.pr.pen.].

În același mod, judecătorul de cameră preliminară va aplica sancțiunea excluderii și în ipoteza în care constată că, în cadrul probatoriului administrat în faza de urmărire penală, se regăsesc probe obținute prin tortură și probe derivate din acestea [art. 102 alin. (1)

C.pr.pen.]. În acest sens este și jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului potrivit căreia folosirea în proces a declarațiilor obținute prin încălcarea art. 3 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale — încălcare determinată de folosirea torturii sau tratamentelor inumane și degradante — atrage nevalabilitatea întregii proceduri judiciare și încălcarea art. 6 din Convenție⁴⁹.

În aceste condiții, Curtea constată că nerespectarea interdicției absolute statuată în cuprinsul normelor procesual penale ale art. 102 alin. (1) — potrivit căreia probele obținute prin tortură, precum și probele derivate din acestea nu pot fi folosite „în cadrul procesului penal” — și a dispozițiilor art. 101 alin. (1) - (3) C.pr.pen. privind interzicerea explicită a administrării probelor prin practici neloiale - *ar atrage nulitatea absolută a actelor procesuale și procedurale prin care probele au fost administrate și excluderea necondiționată a probei în faza camerei preliminare.*

Întrucât nerespectarea dispozițiilor cuprinse în normele precitate cade sub incidența inadmisibilității care produce efecte prin intermediul nulității absolute, Curtea constată, totodată, că *o verificare a loialității/legalității administrării probelor, din această perspectivă, este admisă și în cursul judecării*, aplicându-se, în acest mod, regula generală potrivit căreia nulitatea absolută poate fi invocată pe tot parcursul procesului penal. Așadar, interdicția categorică a legii în obținerea probelor prin practici/procedee neloiale/nelegale justifică competența judecătorului de fond de a examina și în cursul judecării aceste aspecte. Altfel spus, *probele menținute ca legale de judecătorul de cameră preliminară pot face obiectul unor noi verificări de legalitate în cursul judecării* din perspectiva constatării inadmisibilității procedurii prin care au fost obținute și a aplicării nulității absolute asupra actelor procesuale și procedurale prin care probele au fost administrate, în condițiile în care, în această ipoteză, se prezumă *iuris et de iure* că se aduce atingere legalității procesului penal, vătămarea neputând fi acoperită. De altfel, potrivit art. 346 alin.(5) C.pr.pen., doar probele excluse în camera preliminară nu mai pot fi avute în vedere la judecata în fond a cauzei.

Apreciem că, perspectiva jurisprudenței Curții Constituționale realizează, în mod artificial și în absența unei conștientizări a realităților derivate din imprimarea acestei condiționări, o subordonare a excluderii în raport de sancțiunea nulității, depărtându-se de la regimul juridic ce particularizează excluderea, regim ce trebuie să opereze autonom cu privire la probele obținute în mod nelegal sau neloial, independent de eventualele sancțiuni actele de procedură în baza cărora probele au fost obținute.

1. Sub un prim aspect, subordonarea excluderii în raport de nulitate creează premisele eludării acestei sancțiuni în ipotezele în care, la nivel formal, actele îndeplinite de organele judiciare respectă condițiile prevăzute de lege, însă, la nivelul funcționalității interne, acestea sunt îndeplinite de o manieră prin care dreptul la apărare al inculpatului este restrâns în mod nejustificat.

De exemplu, putem avea în vedere ipoteza în care martorii principali ai acușării sunt audiați în cursul urmăririi penale *in rem*, cu respectarea tuturor dispozițiilor în materia audierii, iar ulterior, actele de efectuare în continuare a urmăririi penale, punere în mișcare a acțiunii penale și trimiterea în judecată se succedă cu rapiditate, în condițiile legii, însă în contextul respingerii cererii suspectului sau a inculpatului de readministrare a respectivelor probe. În atare situație, dreptul la apărare cunoaște în mod incontestabil o restrângere

⁴⁹ C.E.D.O., Hotărârea din 25 septembrie 2012, pronunțată în Cauza *El Haski împotriva Belgiei*.

disproporționată. Deși probele au fost strânse cu încălcarea legii – art. 10 alin. (2) și (5) C.pr.pen. și art. 6 parag. 3 lit. d) CEDO – excluderea probelor în baza acestui temei poate fi împiedicată pe motiv că nu sunt îndeplinite condițiile art. 281 – 282 C.pr.pen., pentru incidența nulității actelor de procedură efectuate cu ocazia audierii martorilor acuzării.

Totodată, deși prin Decizia nr. 236/2020⁵⁰, Curtea Constituțională a stabilit că dispozițiile art. 118 C.pr.pen. sunt neconstituționale dacă nu reglementează dreptul martorului la tăcere și la neautoincriminare, instanța constituțională nu a putut conchide, în mod neechivoc, asupra unei sancțiuni corespunzătoare în cazul audierii făptuitorului în calitate de martor, cât timp excluderea probelor este subordonată nulității. Or, **tocmai această condiționare poate genera impedimente în stabilirea incidenței încălcării principiului loialității administrării probelor.** În acest caz, *sintagma „nu poate fi folosită împotriva sa” regăsită în cuprinsul art. 118 C.pr.pen.* creează imprecizie și imprevizibilitate în aplicare cât timp audierea făptuitorului în calitate de martor (în cursul urmăririi penale *in rem*) nu este interzisă de lege, dar, așa cum a reținut Curtea în elaborarea raționamentului, procedura nu este de natură a asigura garanțiile corespunzătoare dreptului la apărare odată ce făptuitorul a dobândit calitatea de suspect sau inculpat, iar declarația anterioară, defavorabilă lui, nu a fost exclusă de la dosar.

În ambele situații exemplificate, subordonarea excluderii în raport de sancțiunea nulității poate avea drept efect menținerea la dosar a probelor nelegal sau neloial administrate, cu motivarea că nu poate fi reținută incidența vreunuia dintre cazurile de nulitate absolută sau relativă a actelor prin care probele au fost dispuse, autorizate sau administrate.

Mai mult, subordonarea excluderii față de sancțiunea nulității poate leza ori vicia nejustificat activitatea de analiză a probelor în paradigma sancționării, creând impedimente și în ipoteza informațiilor colectate de către părți, în afara cadrului procesual, dar care, în temeiul legii, pot dobândi valoare de probă. În acest sens, avem în vedere dispozițiile art. 139 alin. (3) C.pr.pen., potrivit cărora: *„Înregistrările prevăzute în prezentul capitol, efectuate de părți sau de alte persoane, constituie mijloace de probă când privesc propriile convorbiri sau comunicări pe care le-au purtat cu terții. Orice alte înregistrări pot constitui mijloace de probă dacă nu sunt interzise de lege”.*

În interpretarea acestui articol, Curtea Constituțională a reținut, prin Decizia nr. 813/2021⁵¹, că *„înregistrările făcute de părți pot constitui mijloace de probă fără să fi fost autorizată efectuarea lor. Cu toate că acestea nu necesită autorizare, așa cum este cazul metodelor speciale de supraveghere, s-a arătat că ele vor fi supuse unui control de admisibilitate, pentru a răspunde unui minim de cerințe prevăzute la art. 139 alin. (3) C.pr.pen., respectiv: înregistrările să fie făcute de către părți sau de către alte persoane și înregistrările să privească propriile convorbiri sau comunicări pe care le-au făcut cu terții. În ceea ce privește prima condiție, s-a arătat că, din economia textului, rezultă că legiuitorul a admis posibilitatea ca înregistrările să fie făcute chiar de una dintre părți sau de o altă persoană. Referitor la cea de-a doua condiție anterior menționată, s-a arătat că materialul trebuie să privească propriile convorbiri sau comunicări, astfel încât să nu existe, din perspectiva autorității statului, o încălcare a dreptului la viața intimă, familială și privată. S-a arătat, totodată, că partea care efectuează înregistrarea este partea activă a conversației,*

⁵⁰ M. Of. nr. 597 din 08.07.2020.

⁵¹ M. Of. nr. 172 din 21 februarie 2022.

nefiind un simplu observator, precum și faptul că, pentru ca înregistrarea astfel efectuată să fie în acord cu prevederile art. 8 din Convenție, este necesar ca persoana care o realizează să nu fie asistată de reprezentanți ai autorităților publice". De asemenea, Curtea a reținut, prin Decizia nr. 55/2020⁵², că „încadrarea înregistrărilor efectuate potrivit dispozițiilor Legii nr. 51/1991 la art. 139 alin. (3) teza a doua C.pr.pen. încalcă exigențele constituționale referitoare la claritatea și previzibilitatea legii, câtă vreme reglementarea posibilității de a conferi calitatea de mijloc de probă acestor înregistrări nu este însoțită de un cadru juridic adecvat, care să confere posibilitatea contestării legalității acestora”.

Se poate observa că legea admite posibilitatea obținerii unor probe și de către alte persoane decât organele judiciare, autorități cărora le revine competența funcțională generală în administrarea de probe. În aceste situații, persoanele care efectuează înregistrările cărora li se va acorda valoare probatorie nu participă la realizarea unui procedeu probatoriu și, pe cale de consecință, nu întocmesc acte procesuale și procedurale.

Urmând *ad literam* raționamentul expus de Curtea Constituțională, în cadrul Deciziei nr. 802/2017, am ajunge la concluzia eronată, în viziunea noastră, potrivit căreia excluderea este împiedicată a opera în cazul încălcării condițiilor prevăzute în art. 139 alin. (3) C.pr.pen., deoarece inexistența unui act de procedură în baza căruia proba a fost administrată lipsește de obiect sancțiunea nulității. Or, chiar jurisprudența Curții Constituționale în materia protecției dreptului la viață privată (Deciziile nr. 813/2021 și 55/2020, anterior citate) stabilește că restrângerile aduse acestui drept trebuie însoțite de garanții suficiente care să înlăture arbitrariul, iar încălcările aduse în această materie nu pot avea ca efect menținerea în dosar a probelor viciate. Pentru aceste motive, apreciem că eficiența garantare a dreptului la viață privată trebuie să presupună excluderea probelor obținute cu încălcarea art. 139 alin. (3) C.pr.pen., independent de incidența nulității, care, oricum nu poate opera, cât timp probele sunt obținute de particulari în lipsa efectuării unor acte de procedură sau chiar anterior declanșării procesului penal.

2. În al doilea rând, în dezacord cu jurisprudența Curții Constituționale, considerăm că este neclar și chiar improbabil ca legiuitorul să fi intenționat imprimarea unui raport de subordonare sancțiunii excluderii în raport de constatarea nulității actelor prin care probele au fost dispuse, autorizate sau administrate.

Potrivit art. 102 alin. (3) C.pr.pen., „Nulitatea actului prin care s-a dispus sau autorizat administrarea unei probe ori prin care aceasta a fost administrată determină excluderea probei”. Observăm astfel că textul normei citate nu prevede că „excluderea probelor este determinată de nulitatea actului prin care s-a dispus sau autorizat administrarea unei probe ori prin care aceasta a fost administrată”, ci nulitatea actului (...) determină excluderea probei.

Opțiunea legiuitorului în privința formulării textului normativ este pe deplin justificată, având în vedere doctrina și jurisprudența existente la momentul adoptării Legii nr. 135/2010, cadru normativ ce reținea caracterul autonom al sancțiunii excluderii, prin raportare la dualitatea modalităților pe care această instituție o îmbracă. De altfel, caracterul autonom al sancțiunii excluderii derivă chiar din expunerea de motive ce însoțește proiectul noului Cod de procedură penală, legiuitorul precizând că premisa excluderii derivă din

⁵² M. Of. nr. 517 din 17 iunie 2020.

încălcarea substanțială și semnificativă a unei dispoziții ce reglementează administrarea probelor în procesul penal⁵³.

Pentru a opera autonom față de nulitate, norma ce reglementează cazul de excludere trebuie să contureze o individualitate sancționatorie clară a excluderii și să stabilească *a priori* caracterul substanțial al încălcării. În aceste situații, drepturile procesuale încălcate sunt considerate esențiale de către legiuitor pentru asigurarea caracterului echitabil al procesului și garantării dreptului la apărare al persoanei acuzate de săvârșirea unei infracțiuni.

De exemplu, potrivit art. 89 alin. (2) C.pr.pen.: „*Persoana reținută sau arestată are dreptul să ia contact cu avocatul, asigurându-i-se confidențialitatea comunicărilor, cu respectarea măsurilor necesare de supraveghere vizuală, de pază și securitate, fără să fie interceptată sau înregistrată convorbirea dintre ei. Probele obținute cu încălcarea prezentului alineat se exclud*”. În acest caz, recurgerea la procedeele probatorii prevăzute de Codul de procedură penală pentru ascultarea convorbirilor purtate de avocat cu clientul său, pe durata în care acesta se află în custodia statului, reprezintă o încălcare substanțială și semnificativă a dreptului la apărare, ce va determina excluderea probelor astfel obținute, independent de constatarea nulității actelor prin care a fost dispus, autorizat sau administrat procedeele probatoriu al supravegherii tehnice în situația expusă. Subordonarea excluderii altor sancțiuni ori unor condiții suplimentare de procedură este de natură a crea impedimente necontrabalansate de alte garanții și incompatibile cu dreptul la apărare în calea restabilirii legalității, legalitate afectată în mod grav prin simpla încălcare a dispozițiilor art. 89 alin. (2) C.pr.pen.

Apreciem că același raționament poate fi parcurs și în cazul încălcării dispozițiilor art. 101 C.pr.pen., privind loialitatea administrării probelor. În această materie, Codul de procedură penală, preluând și implementând trei principii consolidate în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, a stabilit că cercetarea penală nu poate avea ca rezultat obținerea unor probe prin mijloace de constrângere a potențialului infractor. Caracterul prohibitiv al utilizării rezultatului activităților prevăzute în art. 101 C.pr.pen., alături de tortură, impune aplicarea unei sancțiuni apte a restabili echilibrul procesual, independent de existența unor condiții suplimentare ce pot constitui impedimente nejustificate în calea excluderii probelor astfel obținute.

Împrejurarea că loialitatea procesuală împrumută elemente ale legalității nu poate constitui un impediment în calea aplicării sancțiunii excluderii autonom în raport de nulitate. Sub acest aspect, apreciem că legiuitorul avea opțiunea de a prevedea expres că „probele obținute cu încălcarea loialității nu pot fi folosite în procesul penal” sau de a reglementa cazurile de loialitate sub forma interzicerii exprese a unor activități, pentru ca, în final, să prevadă că obținerea probelor cu încălcarea legii, respectiv cu încălcarea prohibiției prevăzute la art. 101 C.pr.pen., are ca efect imposibilitatea folosirii lor în procesul penal. Cu alte cuvinte, indiferent de formularea aleasă, efectul trebuie să fie același, respectiv aplicarea unei sancțiuni care să asigure imposibilitatea folosirii în procesul penal a unor informații strânse prin utilizarea unor procedee expres interzise de lege.

În ceea ce privește caracterul suficient al sancțiunii excluderii, care ar opera condiționat de nulitate, opinăm în sensul că regimul juridic al nulității absolute astfel cum este propus de Curtea Constituțională nu poate fi disociat, aflându-se într-o conexiune

⁵³ A. Zărafu, op. cit., p. 301.

indisolubilă cu normele legale ce îl reglementează prevăzute în art. 281 C.pr.pen. De altfel, rămâne greu de explicat raționamentul Curții Constituționale care optează pentru a nu crea un regim juridic propriu sancțiunii excluderii, în lipsa unor norme exprese, dar, paradoxal, apreciază întemeiat a evoca un regim juridic al nulității absolute, dincolo de cazurile limitativ prevăzute de lege în art. 281 alin. (1) C.pr.pen.

Astfel, în dreptul procesual penal român, nulitatea absolută provoacă îndeplinirea automată a condițiilor suplimentare încălcării legii prevăzute în art. 282 C.pr.pen. (existența unei vătămări procesuale și imposibilitatea înlăturării vătămării altfel decât prin anularea actului de procedură), exclusiv pentru cazurile prevăzute în alin. (1) al art. 281 C.pr.pen. Nicio normă în materia nulității absolute nu prevede posibilitatea extinderii cazurilor limitativ prevăzute de lege și la alte încălcări, indiferent de caracterul semnificativ și substanțial al acestora.

În aceste condiții, dacă sancțiunea excluderii ar fi subordonată nulității absolute, s-ar crea premisele eludării celei dintâi sancțiuni și menținerii la dosar a probelor neloial administrate susținute de motivarea că, în cauză, nu este incident niciunul din cazurile de nulitate absolută, expres prevăzute la art. 281 alin. (1) C.pr.pen. Pe de altă parte, dacă am aprecia că dispozițiile art. 101 C.pr.pen. creează un nou caz de nulitate absolută, am atribui în mod eronat Deciziei nr. 802/2017 a Curții Constituționale caracterul de izvor de lege, deși Curtea a precizat în mod expres, prin Decizia nr. 358/2022 (în materia prescripției răspunderii penale), faptul că jurisprudența sa nu poate avea ca efect completarea fondului legislativ activ.

Alături de cazurile în care sancțiunea excluderii operează în mod autonom, doctrina a reținut ipoteze în care excluderea îmbracă forma unei sancțiuni derivate atunci când subiectul încălcării substanțiale și semnificative a legii recurge mai întâi la un mecanism suplimentar, specific altei sancțiuni, pentru a lipsi de efecte un act de procedură efectuat cu încălcarea legii.

Aceste situații sunt conținute în cadrul dispozițiilor art. 102 alin. (3) C.pr.pen., potrivit cărora, nulitatea unui act de procedură prin care s-a dispus, autorizat sau administrat o probă va determina excluderea acesteia. Așa cum am arătat anterior, analiza temeinică a textului nu conduce la concluzia că numai constatarea nulității actelor efectuate în procesul de administrare a probelor va determina excluderea, ci stabilește că, ori de câte ori actele ce compun un procedeu probatoriu sunt nule, efectul trebuie să constea în excluderea probelor nelegal obținute.

În materia dreptului comparat, sistemele europene au adoptat soluții variate, în conformitate cu tradițiile lor legislative. Cu toate acestea, sistemele de drept continental, care au optat pentru reglementarea excluderii probelor ca sancțiune procesuală (sub diferite forme), au stabilit un regim juridic prin care aceasta este mai probabil să acționeze independent de nulitate în detrimentul unei relații de subordonare stabilite cu aceasta.

În dreptul german, se reține că legea nu reglementează nici conceptul de nulitate, nici interdicții generale de utilizare a probelor viciate⁵⁴. Astfel, doctrina și jurisprudența au stabilit diferite reguli în materia excluderii probelor. Atunci când legea interzice obținerea unor probe prin efectuarea unor activități prohibite expres, excluderea acestora va fi întotdeauna obligatorie („absolute Verwertungsverbote”), fără ca judecătorul să poată

⁵⁴ S. Gless, Germany: Balancing Truth Against Protected Constitutional Interests, în S. Thaman, Exclusionary Rules in Comparative Law, ed. Springer (eBook), 2013, p. 115.

aprecia asupra eventualelor vătămări cauzate dreptului la apărare. În celelalte situații, când legea reglementează o procedură pentru administrarea probelor, iar aceasta este încălcată, excluderea este „relativă” („*relative Verwertungsverbote*”), judecătorul având posibilitatea de a aprecia în concret dacă sancțiunea trebuie aplicată pentru a restabili echilibrul în exercitarea dreptului la apărare.

În dreptul francez, excluderea probelor nu este reglementată ca sancțiune. Acest sistem cunoaște exclusiv sancțiunea nulității, care poate fi expresă (formală), ipoteză în care nu poate fi înlăturată, sau virtuală, judecătorul având posibilitatea de apreciere asupra vătămării cauzate dreptului la apărare⁵⁵.

În dreptul italian, încălcarea normelor în materia administrării probelor determină **aplicarea sancțiunii „neutilizării”** acestora, al cărei regim juridic se apropie într-o măsură covârșitoare de cel al excluderii. Potrivit art. 191 din Codul de procedură penală italian: „1. *Probele obținute cu încălcarea interdicțiilor prevăzute de lege nu pot fi utilizate.* 2. *Neutilizarea probelor poate fi declarată de către judecător în orice stadiu al procesului.*”

În doctrina italiană⁵⁶, s-a reținut că interdicția utilizării probelor nu depinde de formularea literală a normei: interdicțiile pot fi cele enunțate în mod explicit („*este interzis*”, „*nu este permis*”, „*nu pot fi utilizate*”), precum și cele exprimate în formă indirectă – de pildă o competență supusă unor condiții prealabile obligatorii. Cu toate acestea, nu orice încălcare a dispozițiilor legale în materia obținerii probelor este în sine suficientă pentru a le face inutilizabile. Pentru incidența sancțiunii, trebuie să se constate în ce măsură poate fi reținută o încălcare a unei interdicții în materie probatorie, fie prin verificarea existenței sau nu a competenței de investigare, fie recurgând la analiza naturii interesului protejat de norma respectivă; în acest context, interesul poate fi intrinsec procesului penal (de exemplu, protecția dreptului de a se confrunța cu martorii) sau extrinsec (de exemplu, libertatea de comunicare). În orice caz, potrivit jurisprudenței, utilizarea probelor obținute cu încălcarea drepturilor fundamentale ocrotite de Constituție este interzisă, în condițiile în care aceste drepturi pot fi restrânse numai în cazurile și în condițiile stabilite de lege.

Anumite prevederi conținute în Codul de procedură penală italian limitează interdicția de folosire a probelor nelegal obținute la cele în defavoarea acuzatului (§ 63(1)) sau în dovedirea vinovăției acestuia (§ 526-bis).

Cererea de „*neutilizare*” a probelor obținute în mod nelegal poate fi formulată „în orice etapă sau stadiul al procedurii”, respectiv pe toată durata urmăririi penale, a judecății în primă instanță și a celor aflate în apel, inclusiv în fața Curții de Casație. Sancțiunea poate fi pusă în discuție de către judecător din oficiu, fără a fi necesară cererea unei părți sau menționarea în mod expres a acesteia în cadrul motivelor de recurs. Astfel, o încălcare care se produce în primă instanță ar putea fi invocată direct în fața Curții de Casație, având în vedere că, printre motivele de casare, legea reglementează și „*nerespectarea normelor procedurale stabilite sub sancțiunea neutilizării*” (§ 606(c) din Codul de procedură penală italian).

Observăm astfel că statele europene au o marjă largă de apreciere asupra mijloacelor procesuale prin care garantează respectarea normelor în materia administrării probelor, acestea optând pentru sancțiunile excluderii și nulității. Dacă nulitatea este reglementată, aceasta privește actele de procedură efectuate cu nerespectarea condițiilor de fond și formă

⁵⁵ J. Pradel, France: Procedural Nullities and Exclusion, în S. Thaman, op. cit., p. 146 – 147.

⁵⁶ G. Illuminati, Italy: Statutory Nullities and Non-usability, în S. Thaman, op. cit., p. 235 – 240.

și poate avea ca efect excluderea probelor administrate prin intermediul actelor declarate nule. Pe de altă parte, statele europene au optat pentru reglementarea sancțiunii excluderii, în lipsa nulității, în cazul încălcării normelor în materia obținerii probelor în procesul penal. Sistemul italian, evocat în finalul expunerii, cunoaște atât sancțiunea nulității, ce are ca obiect actele de procedură efectuate cu încălcarea legii, cât și sancțiunea „neutilizării”, care privește încălcarea normelor în materia probațiunii. Deși prevederile art. 191 din Codul de procedură penală italian sunt similare art. 102 alin. (2) C.pr.pen. român, domeniul de aplicare al „neutilizării” nu se suprapune celui prevăzut pentru nulitate.

„Neutilizarea” reprezintă o sancțiune ce impregnează individualitate materiei probațiunii, putând fi invocată în orice stadiu al procesului și având rolul de a garanta aplicarea normelor ce prevăd interdicția utilizării unor procedee probatorii realizate în afara limitelor legale („este interzis”, „nu este permis”, „nu pot fi utilizate”). Recunoașterea autonomiei sancțiunii în această materie a fost impusă tocmai de necesitatea depășirii limitelor formale în care acționează sancțiunea nulității.

Apreciem că reperele evocate în dreptul italian pot sta la baza recunoașterii necesității stabilirii caracterului autonom al sancțiunii excluderii și în dreptul român. Astfel cum am arătat, cât timp conformitatea procedeele probatorii cu prescripțiile prevăzute de lege este condiționată de incidența sancțiunii nulității, există pericolul admiterii în procesul penal a probelor obținute cu încălcarea legii și a dreptului la apărare. Regimul juridic eminentemente rigid al nulităților poate împiedica, în anumite situații, restabilirea echilibrului procesual între acuzare și apărare cât timp suspectul sau inculpatul nu este implicat în mod activ în activitatea de probațiune, însă rezultatul acestei activități produce repercusiuni substanțiale asupra soluției pronunțate de către instanță și, în final, asupra fundamentului factual ce stă la baza angajării răspunderii penale.

În raport de acest motive, apreciem că sancțiunile incidente în caz de încălcare a normelor procesuale în materia probațiunii trebuie să aibă aptitudinea funcțională de a înlătura de la dosar informațiile obținute în alte condiții decât cele expres prevăzute de lege, iar sancțiunea excluderii probelor nelegal sau neloial administrate ar trebui configurată în conformitate cu dispozițiile art. 102 alin. (2) C.pr.pen., astfel încât să opereze de o manieră autonomă în raport de nulitate, evitând pe această cale crearea unor obstacole destinate a converge spre salvagardarea unor probe nelegale, cu prețul ruperii în mod iremediabil a echilibrului dintre acuzare și apărare.