

Cristina Moisă

Judecător la Curtea de Apel Brașov

Probele în procesul penal

Practică judiciară comentată

Ediția a 2-a

Editura
Hamangiu
2019

electronic de stocare a datelor distribuit de respectivul cetățean străin la data de 26.11.2014 către un cetățean român, căruia avea a-i fi conferită în cursul urmăririi penale calitatea prevăzută de prevederile art. 148 alin. (10) teza finală NCPP, concluzia formulată fiind aceea că respectivul fișier reprezintă o aplicație malware de tip reverse shell, ce permite controlul de la distanță al sistemului pe care a fost rulată, în condițiile în care aplicația se conectează pe portul 88XX la domeniul XXXX.me, ce se rezolva în adresa IP 89.108. (...) localizată în Rusia, rețeaua DATALOGIKA, și oferă atacatorului un shell în linie de comandă cu funcționalități extinse;

– momentul la care autoritățile au hotărât declanșarea unei investigații sub acoperire a fost ulterior deținerii de către inculpat a unui astfel de dispozitiv și a predării sale unui cetățean român în scopul folosirii;

– activitatea colaboratorilor sub acoperire a fost autorizată de procuror, în condițiile legii;

– colaboratorii nu au făcut altceva decât să ofere inculpaților o ocazie obișnuită (care nu are caracter excepțional) de a comite o infracțiune, fără a-i supune vreunei presiuni: inculpații au predat stick-urile ce conțineau aplicațiile malițioase, ce au fost introduse în sistemul informatic al CEC, ce a fost accesat prin intermediul acestor aplicații. Momentul efectiv al consumării fiecăreia dintre infracțiunile informatice nu prezintă relevanță din perspectiva acestei analize, fiind suficient ca intervenția organelor judiciare să fi apărut după inițierea din partea unuia dintre inculpați a activității infracționale în ansamblul său.

În raport de toate aceste elemente, judecătorul a apreciat că organele judiciare au acționat în limitele unei investigații pasive, fără a provoca inculpații la săvârșirea unor fapte penale pe care nu le-ar fi săvârșit în lipsa contribuției agenților sub acoperire.

Față de toate aceste considerente, a fost respinsă cererea inculpaților privind excluderea probelor obținute în urma folosirii colaboratorilor.

6. Principiul loialității administrării probelor. Încălcarea dreptului inculpatului la tăcere prin folosirea de informatori

NCPP, art. 101, art. 114

Principiul legalității în administrarea probelor presupune utilizarea numai a mijloacelor de probă strict și limitativ prevăzute de lege și doar în condițiile prevăzute de aceasta. Principiul loialității administrării probelor interzice utilizarea oricărei strategii sau manopere care are ca scop administrarea, cu rea-credință, a unui mijloc de probă sau care are ca efect provocarea comiterii unei infracțiuni în vederea obținerii unui mijloc de probă, dacă prin aceste mijloace se aduce atingere

demnității persoanei, drepturilor acesteia la un proces echitabil sau la viața privată.

Dreptul la tăcere constituie fundamentul noțiunii de proces echitabil și are ca scop protejarea libertății persoanei acuzate, care are posibilitatea de alege între a da declarații și a păstra tăcerea. Această libertate este în mod efectiv subminată în cazul în care acuzatul decide să nu răspundă la interogatoriu, iar autoritățile utilizează diferite subterfugii pentru a obține de la acuzat mărturisiri sau alte declarații autoincriminatorie. Va exista o încălcare a dreptului la tăcere în situația în care organele statului se folosesc de alte persoane pentru a determina schimbul de informații, iar conversația este echivalentul unui interogatoriu.

Potrivit jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului, în analiza vicerii întregii proceduri prin folosirea unui mijloc de probă, chiar obținut cu încălcarea dreptului la un proces echitabil, trebuie avute în vedere următoarele aspecte: posibilitatea reclamantului de a contesta autenticitatea probelor și de a se opune folosirii acestora, calitatea probelor, în special să se verifice dacă circumstanțele în care au fost obținute generează îndoiala cu privire la credibilitatea sau exactitatea lor și dacă elementul de probă respectiv a exercitat vreo influență decisivă asupra soluției dispuse în acțiunea penală.

Trib. București, s. I pen., înch. din 17.08.2016, definitivă prin necontestare

NOTĂ. Pe lângă referirile ample la jurisprudența C.E.D.O. în materie, soluția pronunțată apare ca fiind relevantă și în ceea ce privește concepția magistraților vizând *posibilitatea analizării încălcării principiului loialității administrării probelor în faza de cameră preliminară*. Astfel cum rezultă din prezenta speță, dar și din altele citate în lucrare – în acest sens, a se vedea **spețele nr. 4, 5, 36** –, orientarea practicii pare a fi în sensul constatării neloialității administrării probelor în faza de cameră preliminară. Problemele în practică legate de o asemenea soluție au avut la bază împrejurarea că stabilirea caracterului neloial al obținerii unor probe presupune, în unele situații, administrarea unor probe mai complexe, care depășesc cadrul stabilit de art. 345 alin. (1) NCPP, în conformitate cu care soluția judecătorului de cameră preliminară va avea în vedere lucrările și materialul dosarului de urmărire penală, precum și orice „înscrisuri noi prezentate”.

În prezent însă, prin **Decizia nr. 802/2017** a Curții Constituționale, publicată în M. Of. nr. 116 din 06.12.2018, s-a constatat că *soluția legislativă cuprinsă în art. 345 alin. (1) NCPP, care nu permite judecătorului de cameră preliminară, în soluționarea cererilor și excepțiilor formulate ori excepțiilor ridicate din oficiu,*

să administreze alte mijloace de probă în afara „oricărор înscrișuri noi prezentate” este neconstituțională.

Prin rechizitoriul întocmit de Parchetul de pe lângă Tribunalul București la data de 09.06.2016 s-a dispus trimiterea în judecată a inculpatului P.D., cercetat sub aspectul săvârșirii infracțiunii de omor calificat, faptă prevăzută și pedepsită de art. 188 alin. (1) – art. 189 alin. (1) lit. h) NCP, cu aplicarea art. 5 NCP.

În faza de cameră preliminară, inculpatul P.D., prin apărător ales, a invocat în scris excepția nelegalității probei constând în declarațiile martorilor D.M. și K.A., învederând faptul că aceștia au fost colegi de detenție cu inculpatul și au exercitat constant o presiune asupra acestuia, solicitându-i informații despre dosar, despre poziția sa procesuală raportat la acuzațiile ce i se aduc, aceasta în condițiile în care, ulterior reținerii sale, inculpatul și-a exercitat dreptul la tăcere. Inculpatul a subliniat faptul că, în cauză, interesul manifestat de cei doi martori nu se poate datora decât îmbunătățirii propriei situații juridice, ca răspuns la promisiunea sau îndemnurile organului de urmărire penală, promisiuni sau îndemnuri ce sunt interzise de dispozițiile art. 102 alin. (2) NCPP. Totodată, a invocat hotărârea C.E.D.O. *Allan c. Regatului Unit* din 05.11.2002.

Analizând această excepție, judecătorul de cameră preliminară a constatat următoarele:

Principiul legalității în administrarea probelor presupune utilizarea numai a mijloacelor de probă strict și limitativ prevăzute de lege și doar în condițiile prevăzute de aceasta. Principiul loialității administrării probelor, creație a doctrinei și a jurisprudenței, interzice utilizarea oricărei strategii sau manopere care are ca scop administrarea, cu rea-credință, a unui mijloc de probă sau care are ca efect provocarea comiterii unei infracțiuni în vederea obținerii unui mijloc de probă, dacă prin aceste mijloace se aduce atingere demnității persoanei, drepturilor acesteia la un proces echitabil sau la viață privată.

În cauza *Allan c. Regatului Unit*, invocată de către inculpat, reclamantul, acuzat de săvârșirea unui omor și a unei tâlhării, a sesizat Curtea, întrucât împotriva sa au fost utilizate, ca mijloace de probă, interceptări și înregistrări audio și supravegheri video făcute în celula sa, în zona închisorii destinate vizitelor, precum și interceptări făcute de un alt deținut. În momentul arestării sale, reclamantului i s-a adus la cunoștință dreptul de a nu face nicio declarație, drept de care acesta a înțeleș să se prevaleze. Pe perioada cât a fost arestat, reclamantul a fost ținut pentru o lungă perioadă de timp în aceeași celulă cu un informator al poliției, arestat pentru o infracțiune care nu avea legătură cu infracțiunea comisă de reclamant, acesta având sarcina de a obține informații de la reclamant. Informatorul plasat în celulă cu reclamantul primea

constant, după cum a rezultat din convorbirile sale telefonice, instrucțiuni de la polițiștii care-l anchetau pe reclamant, pentru a obține informații care să-l autoincrimineze. Încuviințarea utilizării tehnicilor speciale de supraveghere și cercetare fusese obținută în prealabil, sub motivarea că toate metodele de obținere a probelor pentru descoperirea făptuitorului nu au dat niciun rezultat. Ulterior, reclamantul a fost interogat în legătură cu jaful de care era suspectat, în prezența unui apărător, ocazie cu care i s-au prezentat și înregistrările făcute în perioada în care a fost arestat și i s-a permis să-și formuleze apărări cu privire la acestea. Reclamantul a înțeles, din nou, să se prevealeze de dreptul la tăcere. Ulterior, i s-au adus la cunoștință acuzațiile, în prezența apărătorului, iar reclamantul a refuzat să dea vreo declarație. În cursul procesului, informatorul care a fost plasat în celulă cu reclamantul a fost audiat în calitate de martor, ocazie cu care a dat declarații extrem de amănunțite despre conversațiile pe care le-a purtat cu reclamantul, declarații însumând aproximativ 60 de pagini și din care rezulta că reclamantul a fost prezent la locul comiterii faptei. La scurt timp, informatorul a fost eliberat, iar pronunțarea unei hotărâri de condamnare împotriva sa a fost amânată până când acesta va da declarații împotriva reclamantului, în cursul procesului penal în fața juriului. În cursul procesului, avocatul reclamantului a solicitat excluderea probelor obținute prin supravegherea tehnică și prin utilizarea informatorului, cerere respinsă de judecător, sub motivarea că acestea conțin informații care-l plasau pe reclamant la locul comiterii faptei, iar aceste informații nu erau lipsite de credibilitate, astfel încât juriul să nu poată să le aprecieze în mod liber. Judecătorul a respins cererea de excludere a probelor bazată și pe argumentul că acestea ar fi fost obținute prin mijloace opresive sau prin folosirea unor mijloace ilegale, care fac ca probele să fie inadmisibile. Acesta a considerat că folosirea unui informator, pentru o perioadă lungă de timp, nu este de natură să încalce dreptul la un proces echitabil al persoanei acuzate. A considerat de asemenea că faptul că informatorul avea posibilitatea teoretică de a obține un avantaj în cazul în care obținea probe de natură de a-l incrimina pe reclamant, poate să fie lăsată la libera apreciere a juriului, care să decidă pornind și de la acest aspect cu privire la credibilitatea probelor. În cele din urmă, reclamantul a fost condamnat, hotărârea de condamnare rămânând definitivă prin respingerea căii de atac promovate de reclamant.

Reclamantul a invocat, în fața Curții, încălcarea art. 6 din Convenția europeană raportat la modalitatea în care au fost obținute probele și la admiterea utilizării lor în cursul procesului său. Instanța de la Strasbourg a apreciat a fi esențial aspectul dacă dreptul la apărare a fost respectat, în particular dacă reclamantul a avut posibilitatea să conteste autenticitatea probelor și să se opună utilizării lor, precum și dacă a avut posibilitatea să examineze

orice martor relevant. De asemenea, s-a subliniat că trebuie avut în vedere caracterul recunoașterii făcute de reclamant în timpul conversațiilor sale, respectiv dacă au fost voluntare, fără să fie indus în eroare sau îndemnat să facă respectiva mărturisire, precum și calitatea probei, inclusiv dacă circumstanțele în care aceasta a fost obținută sunt de natură să genereze un dubiu cu privire la credibilitatea și acuratețea ei. În cazul în care probele sunt foarte convingătoare și nu există niciun risc de natură să afecteze credibilitatea lor, nevoia pentru alte probe, cu care să fie coroborate primele, scade în mod corespunzător. În ceea ce privește dreptul la tăcere, Curtea a arătat că acesta este unul dintre standardele recunoscute internațional care stau la baza unei proceduri echitabile, scopul acestuia fiind tocmai acela de a proteja persoana acuzată împotriva constrângerilor ilegale ale anchetatorilor și, pe această cale, de a evita erorile judiciare și de a asigura dreptul la un proces echitabil (*John Murray c. Regatului Unit*, hotărârea din 08.02.1996, *Reports* 1996-I, p. 49, parag. 45). Dreptul de a nu se autoincrimina are ca prim obiectiv respectarea voinței persoanei acuzate de a nu declara nimic și implică obligația anchetatorilor de a obține probe împotriva persoanei acuzate fără să recurgă la metode de constrângere sau opresiune care să înfrângă voința persoanei acuzate (*Saunders c. Regatului Unit*, hotărârea din 17.12.1996, *Reports* 1996-VI, p. 2064, parag. 68-69). Când Curtea examinează dacă procedura a încălcat privilegiul de a nu se autoincrimina, procedează la examinarea naturii și gradului de constrângere utilizate, existența unei garanții corespunzătoare în cadrul procedurii și modul în care materialul probator astfel obținut este utilizat (*Heaney și McGuinness c. Irlandei*, nr. 34720/97, hotărârea din 21.12.2000, parag. 54-55, și *J.B. c. Elveției*, nr. 31827/96, hotărârea din 03.05.2001).

Sub aspect teoretic, Curtea a reținut că dreptul de a nu face nicio declarație are ca scop protejarea persoanei acuzate împotriva unor eventuale constrângeri ale autorităților și împotriva obținerii de probe prin mijloace opresive sau prin constrângere împotriva voinței persoanei acuzate, iar scopul acestui drept nu este limitat la situațiile în care constrângerea a fost îndreptată împotriva persoanei acuzate sau în cele în care voința acuzatului a fost înfrântă în mod direct în vreun fel. Acest drept, considerat de Curte ca fiind fundamentul noțiunii de proces echitabil, are ca scop protejarea libertății persoanei acuzate, care are posibilitatea de alege între a da declarații și a păstra tăcerea. Această libertate ar fi în mod efectiv subminată în cazul în care autoritatea decide să nu răspundă la interogatoriu, iar autoritățile ar folosi diferite subterfugii pentru a obține de la acuzat mărturisiri sau alte declarații autoincriminatoare, pe care nu le-ar fi putut obține în timpul unui interogatoriu normal, iar acestea ar fi folosite ca probe. Pentru a stabili dacă dreptul de a nu se autoincrimina a fost încălcat în așa măsură încât

să fie încălcat chiar art. 6 al Convenției, trebuie avute în vedere toate circumstanțele cauzei. Dreptul la tăcere nu va fi încălcat decât în situația în care informatorul a acționat în calitate de agent al statului la vremea când persoana acuzată a făcut declarațiile și când informatorul a fost cel care a determinat persoana acuzată să facă respectivele declarații. Dacă un informator poate fi considerat agent al statului depinde de situația legată de schimbul de informații dintre acuzat și informator, raportat la forma și maniera în care a avut loc, respectiv dacă acest schimb ar fi avut loc și fără intervenția vreunei autorități. În ceea ce privește probele obținute, raportat la faptul că acestea au fost provocate de informator, trebuie avut în vedere caracterul conversației între informator și persoana acuzată, respectiv dacă aceasta a fost echivalentul unui interogatoriu, precum și natura relației existente între informator și persoana acuzată.

Curtea Europeană a reținut că reclamatul s-a prevalat de dreptul la tăcere, la sfatul apărătorului său, de fiecare dată când anchetatorii au dorit să-l interogheze. Informatorul a fost plasat în celulă cu reclamantul atât în arestul poliției, cât și ulterior, când acesta a fost mutat la un penitenciar, cu scopul precis de a-l provoca pe reclamant să facă declarații cu privire la faptele de care era suspectat. Din probele administrate în timpul procesului a rezultat că informatorul a primit instrucțiuni de la anchetatori, iar mărturisirile făcute informatorului și care au avut un rol principal și decisiv în condamnarea reclamantului, nu au avut un caracter spontan și voluntar, ci au fost provocate de întrebările insistente ale informatorului, care, la cererea anchetatorilor, canaliza discuțiile sale cu reclamantul către faptele de care era acuzat, ceea ce echivalează, din punct de vedere funcțional, cu un interogatoriu, fără să existe însă garanțiile de ordin procedural pe care o persoană ar trebui să le aibă, inclusiv prezența unui apărător, și nici precauția normală unei astfel de situații. Chiar dacă nu exista nicio relație specială între cei doi și nu sunt elemente din care să rezulte o constrângere directă, Curtea a considerat că reclamantul a fost subiectul unor presiuni psihologice, care au avut înăurire asupra caracterului „voluntar” al pretinselor mărturisiri. Curtea a făcut referire și la alte elemente concrete ale cauzei, respectiv la gravitatea infracțiunii de care reclamantul era acuzat, infracțiunea de omor, la starea de arest și la presiunea directă, inerentă, generată de interogatoriile anchetatorilor, la faptul că a împărțit aceeași celulă cu informatorul mai multe săptămâni, astfel că starea psihică a reclamantului era de natură să se lase influențat de întrebările adresate de informator, în care începuse să aibă încredere. Având în vedere toate aceste circumstanțe, Curtea a considerat că probele au fost obținute cu încălcarea voinței reclamantului, iar folosirea lor în cadrul procesului penal a fost de natură să încalce dreptul său la tăcere. Drept urmare, art. 6 parag. 1 din Convenția europeană a fost încălcat.

În raport cu cele sus-menționate, judecătorul de cameră preliminară a apreciat că în prezenta cauză nu există elemente de fapt care să ateste aspectul că declarațiile martorilor D.M. și K.A., colegi de celulă ai inculpatului, nu au fost spontane, la inițiativa acestora, fără un moment anterior al pregătirii unei conduite active a martorilor în inițierea conversațiilor cu inculpatul. Faptul că cei doi martori ar fi interesați în obținerea unui tratament favorabil din partea organului de urmărire penală nu constituie un aspect de nelegalitate al mijlocului de probă, ci unul care poate influența valoarea probatorie a probei testimoniale, urmând a fi avut în vedere de instanță în momentul deliberării asupra fondului cauzei. În plus, chiar în ipoteza atribuirii calității de „informatori” celor doi martori, potrivit jurisprudenței instanței de contencios al drepturilor omului, trebuie făcută distincție între folosirea informatorilor pentru a observa comportamentul inculpatului și utilizarea acestora pentru a provoca, a smulge informații prin violarea alegerii inculpatului de a păstra tăcerea. Pentru a decide dacă declarațiile au fost provocate în mod activ, trebuie să se determine dacă informatorii au acționat de o manieră activă, în așa fel încât schimbul de informații să poate fi caracterizat ca fiind un interogatoriu. În consecință, prezintă relevanță cine a inițiat conversația, dacă martorii au direcționat conversația spre o zonă în care anchetatorii căutau informații.

Se constată astfel că elementele de fapt utile în stabilirea existenței unei eventuale încălcări a dreptului inculpatului la tăcere nu pot fi dovedite prin administrarea probei cu înscrisuri, singura permisă de dispozițiile art. 345 alin. (1) NCPP și nici nu pot fi reținute în baza unor prezumții invocate de inculpat, în sensul improbabilității existenței unui spirit civic dezvoltat al martorilor. În opinia judecătorului de cameră preliminară, firesc este ca prezumțiile să opereze în sensul unei conduite a organului de urmărire penală, conforme normelor legale privind respectarea drepturilor inculpatului, contrariul trebuind a fi dovedit.

În plus, trebuie reamintit că, potrivit jurisprudenței C.E.D.O., în analiza vicierei întregii proceduri prin folosirea unui mijloc de probă, chiar obținut cu încălcarea dreptului la un proces echitabil, trebuie avute în vedere următoarele aspecte: posibilitatea reclamantului de a contesta autenticitatea probelor și de a se opune folosirii acestora, calitatea probelor, în special să se verifice dacă circumstanțele în care au fost obținute generează îndoiala cu privire la credibilitatea sau exactitatea lor și dacă elementul de probă respectiv a exercitat vreo influență decisivă asupra soluției dispuse în acțiunea penală.

În opinia judecătorului de cameră preliminară, valoarea probatorie a declarațiilor celor doi martori raportat la ansamblul materialului probator administrat în cauză se poate stabili la finalul cercetării judecătorești, când, în ipoteza constatării unor elemente de natură a conduce la concluzia unei

încălcări a dreptului la un proces echitabil, instanța are posibilitatea ca, în baza art. 403 alin. (1) lit. c) NCPP, să înlăture mijlocul de probă respectiv.

Față de aceste considerente, judecătorul de cameră preliminară a respins excepția nelegalității probei constând în declarațiile martorilor D.M. și K.A. formulate de inculpatul P.D., prin apărător.

7. ¹ Neînștiințarea apărătorului suspectului/inculpatului în legătură cu efectuarea unor acte de urmărire penală. Nelegalitatea probelor obținute

² Nelegalitatea probelor obținute între momentul dispunerii efectuării în continuare a urmăririi penale față de o persoană și cel al aducerii la cunoștința acesteia a dobândirii calității de suspect

NCPP, art. 92 alin. (2), art. 10 alin. (3), art. 83, art. 307

1. În situația încălcării dispozițiilor art. 92 alin. (2) NCPP se aduce atingere dreptului la un proces echitabil al inculpatului, prin prisma exercitării efective a dreptului la apărare, iar încălcarea dispozițiilor legale atrage nelegalitatea probei și, pe cale de consecință, excluderea acesteia.

2. Articolul 307 NCPP impune organelor judiciare obligația de a aduce la cunoștință suspectului fapta pentru care este suspectat, încadrarea juridică, drepturile prevăzute la art. 83. Deși acest text nu reglementează un termen pentru efectuarea acestei activități, art. 10 alin. (3) NCPP prevede expres că suspectul are dreptul de a fi informat de îndată despre faptă și încadrarea juridică și că organele judiciare au obligația de a asigura exercitarea deplină și efectivă a dreptului la apărare, principiu consfințit și de art. 6 parag. 3 lit. a) din Convenția europeană. Procedând contrar acestor dispoziții și omițând încunoștințarea suspectului despre începerea urmăririi penale împotriva sa, organele judiciare l-au împiedicat pe inculpat (suspect la acel moment) să își exercite dreptul la apărare.

Trib. Vâlcea, s. pen., înch. din 06.07.2016, definitivă prin înch. din 31.03.2017 a C.A. Pitești, s. pen., prin care a fost respinsă ca neîntemeiată contestația formulată de Parchetul de pe lângă Trib. Vâlcea

NOTĂ. 1. În speță este expusă o opinie interesantă (dar care pare singulară/minoritară la acest moment) cu privire la interpretarea dispozițiilor art. 345 alin. (3) NCPP. Se apreciază că acest text tratează diferit legalitatea administrării probelor, respectiv a efectuării celorlalte acte de urmărire penală, în sensul că *numai în ceea ce privește actele de urmărire penală se face trimitere la „sanționarea potrivit dispozițiilor art. 280-282 NCPP”, nu și pentru probe.* Pe cale de consecință, se afirmă că *incidența nulităților trebuie*