

DREPTURI ȘI LIBERTĂȚI FUNDAMENTALE ÎN CONTEXTUL OFERIT DE PROCEDURA PENALĂ

Lucian CHIRIAC*

Abstract: *Nu de puține ori, mi-am pus întrebarea de ce Codul de procedură penală nu este respectat întocmai de judecători, organele de urmărire penală, avocați, alți agenți ai statului, el nefiind altceva decât Bill-ul drepturilor și libertăților individuale într-un proces penal. Pe de altă parte, este adevărat că pentru marea majoritate dintre cei chemați să-l respecte, susținerea unora dintre textele acestui instrument juridic, devine o retorică fără fundament, o formă fără fond, mai ales când se invocă ca și justificare, dar în realitate „un sot savant”¹, cu emfaza ignoranței, prevederile Convenției europene, jurisprudența CEDO sau a CJUE. În cadrul Codului de procedură penală regăsim un antagonism crâncen între acuzare și apărare, dar dacă acuzarea în sine nu reprezintă expresia unui drept, cu atât mai mult cu cât aceasta aparține din oficiu statului, pe de altă parte, apărarea devine un drept, care îi asigură până și celui mai simplu individ credința că este tratat la un nivel cât de cât egal cu instituțiile ce au la dispoziție mecanismul de constrângere. Prin urmare, ar trebui să se înțeleagă că niciun proces penal nu se poate desfășura fără respectarea **ad literam** a dispozițiilor Codului de procedură penală care reprezintă chintesența drepturilor și libertăților fundamentale ale individului și implicit a dreptului la apărare.*

„Hannibal a passé les Alpes, dit Napoléon. Nous les avons tournées.”²

CUVINTE CHEIE: *drepturile și libertățile individuale; proces penal; principiul legalității procedurii penale; prezumția de nevinovăție.*

JEL CODE: *K 4*

1. FILOSOFIA NECESITAȚII

În încercarea de a înțelege ipocrizia societății umane, afirmativ civilizate, în a-și asuma prin monopolul statului cu de la sine putere, dreptul de a stabili infracțiuni și de a aplica pedepse după bunul plac, *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, toate sub umbrela marilor principii ale respectării drepturilor și libertăților individului, a principiului legalității incriminării și a pedepselor. Vom aborda această introducere păstrând măsura adevărului sub piatra filosofală a întrebărilor. Cocorii lui Ibycos sunt martorii, deci avem probele de care avem nevoie la judecată. Uneori, este mai greu să găsești cauza care se

* Profesor PhD. La Universitatea de \medicină, Farmacie, Științe și Tehnologie „George Emil Palade” din Tîrgu Mureș, Facultatea de Economie și Drept; Avocat Lawyer, Baroul Mureș, ROMANIA.

¹ Molière, Femeile savante, act IV, sc. 3

² Max Gallo, Napoléon, Editions „France Loisirs”, Paris, 2012, pag. 218

pierde într-o ecuație a istoriei cu un efect variabil și pui întrebarea-cine a dat statului dreptul de a pedepsi?³ Oare după ce criterii se stabilesc limitele pedepsei? Concepțiile teocratice s-au pierdut în istorie, concepțiile teologico-inchizitoriale ale Evului Mediu s-au disipat, la sfârșitul sec. XVII-lea începutul sec. XVIII-lea au fost proiectate și redactate noi Coduri penale (Prusia 1780, Austria 1788, Franța 1810 etc.). Se conturau noi doctrine ce căutau justificarea morală sau politică în dreptul de a pedepsi.⁴ Și totuși, nici până astăzi nu există un răspuns, chiar dacă „arta” de a pedepsi, plecând de la un reformator, atât de vehement în a umaniza dreptul penal ca Cesare Beccaria,⁵ a evoluat într-un concept modern, mai înțelegător, pentru dreptul la viață (a se citi abolirea pedepsei cu moartea). Fără îndoială, pedeapsa este o temă pentru istoria filosofiei, a teoriei generale a dreptului, fiind un instrument al politicii penale, un „baston de mareșal” aflat la dispoziția guvernanților, și în acest context își caută rațiunea justificării (utilă, economică, educativă, apărare socială, preventivă în general sau individual etc.)⁶

Practica primitivă a constrângerii pe care o folosește statul nu s-a schimbat, și poate fi explicată în continuitatea ei prin interesul, nu de puține ori „mascat” al guvernanților. De exemplu, atât la nivel național, cât și la nivelul UE există o exacerbare în a prezenta infracțiunea de evaziune fiscală într-o lumină a gravității vecină cu infracțiunea de omor.⁷ Dar, și-a pus cineva întrebarea, oare pentru cine această infracțiune produce consecințe grave, de neînălțurat din punct de vedere social, economic? Răspunsul, tocmai pentru cei ce o promovează cu atâta insistență pentru că îi lipsesc de resurse financiare, materiale și nu neapărat instituțiile în sine, ci pe membrii, funcționării săi care nu mai pot redistribui, majora sinecurile de care se bucură. Sau cum poate fi explicată „așa-zisa necesitate” de a majora neapărat limita maximă a unei pedepse, ori de câte ori se produce o faptă antisocială care stârnește rumoare publică, desigur, numai cu un scop preventiv, spune politicianul, ca astfel de fapte să nu se mai repete, deși justiția încă nu s-a pronunțat, nu a dat o soluție, iar, dat fiind caracterul neretroactiv al legii penale, cererea rămâne fără aplicare în cazul în speță. Aceasta este nevoia politicianului de a arăta cetățenilor că îi pasă,⁸ că el înțelege și apără ceatășeanul.

Violența sancțiunii, indiferent de forma ce o îmbracă (închisoare, amendă penală etc.) trebuie să fie măsura faptelor, adică o societate trebuie să se apere în fața faptelor cu adevărat grave (omor, tâlhărie urmată de omor, viol urmat de omor, distrugere prin incendiere cu intenție, cu consecințe deosebit de grave etc.), dar în egală măsură formula necesității să fie așezată pe un cântar al unui umanism normal și responsabil. Orice pedeapsă înseamnă o lipsire de libertate (fizică, economică, socială) a unui individ. Nu există, fără rațiune, nicio justificare morală sau politică pentru o pedeapsă și, cu atât mai puțin, pentru una nedreaptă.

³ Lucian Chiriac, Sonia Bianca Blaj, The philosophy of the society rights in the application of penalties in implementing the criminal law, în Revista Curentul Juridic, nr. 2/2018, pp. 87-90

⁴ Michel Foucault, „Surveiller et punir”, Éditions Gallimard, 1975, p. 14-15

⁵ Cesare Beccaria, „Dei delitti e delle pene”, Editura Rosetti, București, 1981

⁶ Pierrette Poncela, „Droit de la peine”, Presses Universitaires de France, 2^e édition mise à jour, 2001, p. 53-74

⁷ Ramona Mihaela Coman, “The presumption of guilt” in the investigation of tax evasion crimes, în Tribuna Juridică, 2018, Volume 8, Issue 15 pg. 31-38

⁸ Balzac spunea despre omul politic-„Liturghia unui ateu”-că este o „ediție revăzută a lui Tartuffe”, personaj a lui Molière

Poate că secolul XXI trebuie să fie mai sceptic, pentru că plecând de la cele afirmate mai înainte, cerințele măsurii limitării libertății unei persoane, le putem aprecia prin prezentul maximei lui Jean Jaques Rousseau, care ne spunea în Contractul social, la începutul capitolului I că: „l’homme est né libre et partout il est dans les fers”⁹ și pentru a continua, adăugăm că la același autor descoperim și cauza, anume, „societatea este cea care corupe.” Și iată cum societatea, prin instrumentele ei politico-juridice și instituționale, stabilește care fapte sunt infracțiuni, care sunt limitele minime și maxime ale pedepselor și prin mecanismele create le stabilește și le aplică. Astfel, statul a devenit în același caz, legiuitor, acuzator și judecător.

Voltaire de la Ferney, la 30 mai 1768, îi scria lui Beccaria de pe patul de suferință, după apariția vestitei sale cărți: „Vous avez à plani la carrière de l’équité, dans laquelle tant d’hommes marchent encore comme des barbares. Votre ouvrage a fait du bien et en fera.”¹⁰

De ce această pledoarie? Pentru că astăzi, în fața atâtor convenții și tratate internaționale¹¹, care au ca obiect tocmai obligația statelor în a respecta drepturile și libertățile fundamentale ale omului¹², a jurisprudenței CEDO și CJUE¹³, fără nici cea mai mică concesie, se impune redarea întocmai în actul de justiție a dictonului lui Ulpian „*iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.*”

Drepturile și libertățile individului¹⁴ în cadrul procesului penal garantate și apărate în sistemul de drept român de Constituție (art. 21, 23 și 24), Codul de procedură penală¹⁵, la care se atașează prin prevederi Codul de procedură civilă, Codul de procedură fiscală și multe alte legi care prevăd norme prin care se asigură protecția drepturilor și libertăților fundamentale ale individului.

Plecând de la cele cuprinse în Dictionnaire Poche LAROUSSE înțelegem prin procedura penală un ansamblu de formalități, de reguli judiciare „care asigură desfășurarea unui proces penal cu respectarea drepturilor și libertăților fundamentale ale omului.”¹⁶ Deci, fără a căuta o definiție exhaustivă, în sens tehnico-juridic, este de înțeles că individul are dreptul la un proces echitabil (art. 6 din Convenția europeană), în care să se lupte cu mecanismul pus în mișcare de stat împotriva lui (principiul egalității armelor) și, *per à contrario*, să beneficieze de toate garanțiile conferite de exercițiul dreptului la apărare. În jurisprudența sa, Curtea Constituțională, a insistat că dreptul la apărare conferă oricărei părți implicate posibilitatea de a utiliza „toate mijloacele prevăzute de lege pentru a invoca

⁹ Jean-Jacques Rousseau, „Despre contractul social”, Editura Mondero, București, 2007, p. 24

¹⁰ Michel Porret, „Beccaria. Le droit de punir”, Editions Michelin, 2003, Paris, p. 7

¹¹ Daniela Valea, „Drept constituțional și instituții politice – în dreptul român și în dreptul comparat”, Editura Universul Juridic, București, 2014, ISBN 978-606-673-307-6, p. 66.

¹² La Déclaration Universelle des droits de l’homme-10 décembre 1948; Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques-16 décembre 1966; La Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales-4 novembre 1950; Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne-14 octobre 2000

¹³ Sonia Bianca Coman, The role of the CJEU jurisprudence in shaping the principles of law, în Revista Curentul Juridic, nr. 3/2019, pp. 112-114

¹⁴ Daniela Cristina Valea, „General principles of fundamental rights and freedoms in the light of the Romanian Constitution, republished”, în Revista „Curentul Juridic”, nr. 4/2013, pp. 63-70.

¹⁵ Daniela Cristina Valea „The constitutionalization on the criminal process in Romania”, in Proceedings „Communication, Context, Interdisciplinarity”, 3rd Edition, ISSN: 2069 – 3389, editat de The Alpha Institute for Multicultural Studies si publicat de "Petru Maior" University Press, Tîrgu-Mureș, 2014, pp. 198-214.

¹⁶ Dictionnaire Poche+LAROUSSE 2020, Nouvelle édition, Paris, p. 650

în apărarea sa fapte sau împrejurări.” Acest drept implică, pe lângă participarea la ședințele de judecată, invocarea excepțiilor și folosirea mijloacelor de probă.¹⁷

Prin urmare, Codul de procedură penală, nu este altceva decât instrumentul de măsurare și de verificare a modului în care organele judecătorești, de urmărire penală, de cercetare penală asigură desfășurarea procesului penal într-un deplin respect al drepturilor și libertăților fundamentale ale individului. Codul de procedură penală prevede expres că atribuțiile organelor judiciare se exercită cu respectarea și garantarea drepturilor părților și ale celorlalți participanți în procesul penal, în contextul cerut de Constituția, tratatele constitutive ale Uniunii Europene, ale pactelor și tratatelor privitoare la drepturile fundamentale ale omului (art. 2 alin. 2 C.pr.pen.)¹⁸.

La stabilirea caracterului echitabil al procesului penal, în ansamblul său, trebuie să se aibă în vedere calitatea probelor, dacă circumstanțele în care au fost obținute pun la îndoială seriozitatea și realitatea lor, dacă în respectarea dreptului la apărare, persoana acuzată a avut posibilitatea contestării autenticității probelor și de a se opune utilizării lor.¹⁹

Dacă niciuna dintre probele administrate nu au valoare probantă prestabilită (art. 103 alin. 1 C.pr.pen.), însă aprecierea lor se face prin prisma respectării principiilor de desfășurare a procesului penal și anume principiul legalității procesului penal, respectiv a prezumției de nevinovăție.

Principiul legalității procesului penal (art. 2 C.pr.pen. român) se impune a fi respectat și prin garanțiile pe care legea le pretinde, astfel actele procesuale sau actele procedurale care s-au făcut cu încălcarea legii, sau când vătămarea procesuală nu poate fi altfel înlăturată, intervine nulitatea absolută care are un caracter absolut. Ca atare, se și prevede în art. 102 alin. 2 din Codul de procedură penală că mijlocul de probă obținut în mod ilegal nu poate fi folosit în procesul penal.

„Activitatea jurisdicțională trebuie să aibă ca unică preocupare legalitatea”, deosebindu-se astfel de activitatea executivă, care pe lângă respectarea legilor are ca obiectiv și asumarea oportunității măsurilor luate.²⁰

Prezumția de nevinovăție este considerată de jurisprudența constituțională ca o garanție juridico-socială acordată celui acuzat (suspect, inculpat) până la dovedirea vinovăției, într-un proces public, cu asigurarea garanțiilor dreptului la apărare, având dreptul să probeze lipsa de temeinicie a probelor de vinovăție.²¹

¹⁷ Curtea Constituțională-Decizia nr. 667 din 15 octombrie 2015, publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 870 din 20 noiembrie 2015 (paragraful 33); Decizia nr. 248 din 16 aprilie 2019, publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 494 din 19.06.2019 (paragraful 31)

¹⁸ Daniela Cristina Valea „The fundamental right to information within the criminal trial in Romania”, în Revista „Curentul Juridic”, nr. 3/2019, pp. 103-111.

¹⁹ CEDO, Hotărârea din 10 martie 2009, Bukov c. Rusiei (pct. 90); Hotărârea din 18 martie 2014, Beraru c. României (pct. 75)

²⁰ Tudor Drăganu, „Drept constituțional și instituții politice-Tratat elementar, vol. II, Editura Lumina Lex, București, 1998, p. 350

²¹ Înalta Curte de Casație și Justiție, Decizia nr. 836 din 13 februarie 2013; Directiva UE nr. 2016/343 a Parlamentului European și a Consiliului din 9 martie 2016 privind consolidarea anumitor aspecte ale prezumției de nevinovăție și a dreptului de a fi prezent în proces în cadrul procedurilor penale (J.O.L. nr. 65 din 11 martie 2016)

Pentru răsturnarea prezumției de nevinovăție procesul penal parcurge mai multe etape, de la bănuială rezonabilă până la dovedirea vinovăției, dincolo de orice îndoială rezonabilă.²²

Prezumția rezistă până la formarea convingerii magistratului, ce consacră soluția pe baza unei analize logice a probatoriului administrat, a legalității acestuia, bazat pe loialitatea administrării probelor și buna-credință a acestuia.²³

Excluderea probelor este o consecință firească a constatării nelegalității lor în procesul penal, fie ca probă, fie a loialității administrării lor. Excluderea fizică a probelor nelegal administrate satisface exigențele unui proces echitabil.²⁴

2. TEMA PUSĂ ÎN DISCUȚIE

Potrivit prevederilor art. 102 alin.2 din Codul de procedură penală român, se interzice folosirea în procesul penal a probelor obținute în mod nelegal, ce au drept consecință constatarea nulității actului prin care s-a dispus sau întârziat administrarea acelor probe, urmată de excluderea lor fizică.

Legiuitorul, imperativ, în art. 396 alin 2 Cod procedură penală, prevede teza potrivit căreia condamnarea unei persoane se pronunță de către judecător după ce acesta cu propriile simțuri „constată dincolo de orice îndoială rezonabilă, că fapta există, constituie infracțiune și a fost săvârșită de inculpat”. Aceeași obligație de conștiință este reluată și întărită prin prevederile art. 103 alin.2 teza a II-a Cod procedură penală, ceea ce reprezintă o garanție în plus, în sensul că organele judiciare au libertatea în aprecierea și evaluarea probelor, iar decizia de condamnare se dispune doar atunci când instanța are convingerea că acuzația a fost dovedită dincolo de orice îndoială rezonabilă.

Este adevărat că aprecierea asupra temeiniciei încuviințării și administrării mijloacelor de probă revine instanțelor naționale, dar CEDO, poate să-și asume sarcina de a aprecia dacă procedura în ansamblul său, inclusiv modul în care probele au fost obținute, a avut un caracter echitabil.²⁵

Garanțiile procesuale ale dreptului la un proces echitabil obligă organul judiciar să desfășoare activitatea de urmărire penală sau de cercetare judecătorească cu respectarea principiului loialității administrării probelor.

Conceptual, în textul art. 97 din Codul de procedură penală, legiuitorul delimitează noțiunile de probă, mijloc de probă și procedeu probator, tocmai pentru a așeza înțelegerea distincțiilor dintre ele, și a nu le confunda sub aspect tehnic procesual cu consecințe de neînving în procesul penal.

Ca atare, Curtea Constituțională, prin Decizia nr. 383/2015²⁶, plecând de la definițiile date în art. 97 Cod procedură penală, a distins cum că *probele* sunt elemente de fapt, iar

²² Curtea Constituțională-Decizia nr. 362 din 30 mai 2017, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 780 din 3 octombrie 2017 (paragraful 29)

²³ Curtea Constituțională-Decizia nr. 47 din 16 februarie 2016, publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 323 din 27 aprilie 2016 (paragraful 12)

²⁴ Curtea Constituțională-Decizia nr. 22 din 18 ianuarie 2018, publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 177 din 26 februarie 2018 (paragraful 23,24)

²⁵ Ramona Coman, Efectele jurisprudenței Curții de la Strasbourg asupra procesului penal român, Ed. Universul Juridic, București, 2017

²⁶ Curtea Constituțională-Decizia nr. 383 din 27 mai 2015, publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 535 din 17 iulie 2015 (pag. 20-22)

mijloacele de probă sunt modalități legale folosite pentru dovedirea elementelor de fapt (declarațiile suspectului sau inculpatului, declarațiile persoanei vătămate, ale părții civile sau ale părții responsabile civilmente, declarațiile martorilor, înscrisuri, rapoarte de expertiză sau constatare, procese-verbale, fotografii, mijloace materiale de probă, orice alt mijloc de probă care nu este interzis prin lege), *procedee probatorii* care sunt modalități legale principale sau auxiliare ce conduc la obținerea mijloacelor de probă (*principale*: audierea, percheziția, ridicarea de obiecte sau înscrisuri, cercetarea la fața locului, reconstituirea, reținerea, predarea și percheziționarea trimiterilor poștale, expertize, fotografiere; *auxiliare*: confruntarea, videoconferința, identificarea persoanelor și a obiectelor, amprentarea suspectului, inculpatului sau a altor persoane, utilizarea investigatorilor sub acoperire cu identitate reală sau a colaboratorilor).

Procese verbale ca mijloace de probă sunt obținute prin procedee probatorii precum identificarea persoanelor și a obiectelor, metode speciale de supraveghere sau de cercetare, verificări fiscale, etc.

De subliniat că o probă nu poate fi nelegală decât dacă mijlocul de probă sau procedeele probatorii prin care este obținută este nelegal (dispunere, autorizare, administrare), astfel că nelegalitatea este sancționată cu nulitatea relativă sau absolută (art.103 alin. 2 și 3 Cod procedură penală).

3. TEMA ARTICOLULUI IN CONCRETO

Luând în considerare cele mai înainte arătate, înțelegem că proba are drept obiect elementul de fapt care servește la constatarea existenței sau inexistenței infracțiunii. Astfel, printr-un procedeu probatoriu (modalitate legală) se poate obține un înscris, proces verbal, raport de expertiză, etc., care constituie mijlocul de probă.

Este de principiu că aflarea adevărului într-un proces penal se poate face numai pe bază de probe (art. 5 Cod procedură penală) .

Convenția europeană obligă țările semnatare în art. 6 paragraful 3, lit.d) ca acuzatul să aibă dreptul la un proces echitabil, ceea ce presupune ca în timpul urmăririi penale, organul de urmărire penală să prezinte apărării toate mijloacele de probă administrate fie în favoarea inculpatului, fie în defavoarea sa, nerespectarea acestui text echivalând în jurisprudența Curții Europene pentru Drepturile Omului cu vicierea procedurii.²⁷

Analiza administrării probelor într-un proces penal, în concret, ne determină să facem unele comentarii:

La data de 4 iulie 2012 se dispune prin ordonanță începerea urmăririi penale (așa cum prevedea Codul de procedură penală înainte de intrarea în vigoare la 1 februarie 2014 a Noului Cod de procedură penală) împotriva mai multor persoane, dintre care două administrator de drept, și alta considerată administrator de fapt, a două societăți comerciale, pentru săvârșirea infracțiunilor de constituire a unui grup organizat infracțional (persoanele fizice), evaziune fiscală și spălare de bani. De reținut că până în momentul începerii urmăririi penale și a arestării preventive (s-a luat la 4 iulie 2012), în dosar nu exista efectuat vreun raport de constatare sau expertiză contabilă. După începerea urmăririi penale, în luna august 2012, organele de poliție (BCCO) solicită Gărzii Financiare – secția teritorială județeană – fără personalitate juridică (ulterior, la scurt timp

²⁷ CEDO, Hotărârea din 16 decembrie 1992, Edwards c. Regatul Unit

desființată la nivel național) să efectueze unele *verificări fiscale* la cele două societăți comerciale. Procesele verbale încheiate de Garda Financiară (primul a fost întocmit la 31.08.2012) au constituit mijloace de probă, singurele de altfel, temei al trimiterii în judecată al inculpaților prin Rechizitoriul întocmit în 2015. La această stare de fapt mai sunt necesare două mențiuni. Prima mențiune, cu două – trei luni înainte de începerea urmăririi penale, Garda Financiară a efectuat inspecția fiscală la cele două societăți comerciale încheind procesele verbale de verificare pentru câteva constatări mărunte, fără nicio semnificație penală²⁸. A doua mențiune, pentru că procesele-verbale ale așa-ziselor verificări fiscale au fost contestate de inculpați, la prezentarea materialului de urmărire penală aceștia au solicitat efectuarea unei expertize contabile. Deși la data respectivă, intrase în vigoare Noul Cod de procedură penală, iar simpla contestare obliga procurorul la dispunerea unei expertize contabile (art. 172 C.pr.pen.), acesta a refuzat prin ordonanță. Probabil pentru a nu da naștere la alte contestații, cu aceeași dată a ordonanței, procurorul a emis și rechizitoriul.

Prezentarea stării de fapt s-a făcut pe larg pentru a se putea observa încălcările repetate ale organului de urmărire penală, ale dispozițiilor legale ce ofereau garanția desfășurării unui proces echitabil, respectarea principiului egalității armelor și a dreptului la apărare.

Solicitarea făcută de apărare, după sesizarea instanței, în timpul cercetării judecătorești de a se constata nulitatea absolută a proceselor verbale de verificare fiscală a fost respinsă, probabil și pentru faptul că erau singurele mijloace de probă ce conduceau în susținerea acuzei la un eventual prejudiciu.

Dar, pe de altă parte, este de apreciat că nu s-a luat în considerare faptul că inculpații, în timpul urmăririi penale, nici nu au putut să conteste procesele-verbale ale verificărilor fiscale, într-o procedură de contradictorialitate²⁹.

O observație de bun simț juridic, ne îndeamnă să constatăm că la data arestării preventive a inculpaților (4 iulie 2012) aceste procese-verbale care au constituit singurele mijloace de probă și care au stat la baza trimiterii în judecată a inculpaților nici nu existau, de-abia *ulterior* învinuirii la sfârșitul lunii august și în noiembrie 2012 acestea au fost redactate la cererea organelor judiciare.

Dar, analiza noastră are ca temei tocmai nelegalitatea adinsitrării probei, procesele-verbale ca mijloace de probă sunt consecința nelegalității desfășurării procedurii probatoriu - verificarea fiscală.

Astfel, de reținut că prin prevederile art. 233 alin. (1) din O.G. nr. 92/2003 privind Codul de procedură fiscală (abrogată) și ale art. 350 din Legea 207/2015 privind Codul de procedură fiscală (în vigoare în anul 2015) se recunoaște organului de inspecție fiscală dreptul de a întocmi mijloace de probă în procesul penal, prin utilizarea procedurii probatoriu al verificării fiscale, procedeu probatoriu care însă nu era și nu este reglementat,

²⁸ A fost încălcat principiul unicității inspecției fiscale și dreptul contribuabilului de a fi verificat o singură dată, pentru aceeași perioadă impozabilă și pentru aceeași obligație fiscală (art. 118 alin. 3 din C.pr.fiscală). Practic nu s-a procedat nici la reverificare în sensul art. 128 C.pr.fiscală.

²⁹ CEDO, Hotărârea din 25 februarie 2014 I, în Cauza Văduva împotriva României (Cererea nr. 27781/06) Strasbourg, definitivă la 25 mai 2014; marile principii ale procesului penal, inclusiv cel al contradictorialității este perfect aplicabil și în timpul urmăririi penale. În același sens, a se vedea Directiva UE 2016/343 a Parlamentului European și a Consiliului privind prezumția de nevinovăție (paragraful 23)

dar are directă consecință asupra dreptului acuzatului la un proces echitabil și la garantarea dreptului de apărare.

O altă observație de bun simț juridic, are ca obiect faptul că informațiile, documentele cu privire la faptele penale de a cărei comitere erau suspectate persoanele suspecte sau acuzate, trebuiau să fie furnizate de autorități competente acestora mai înainte și cu suficient timp de primul interogatoriu oficial, de arestarea preventivă, tocmai pentru a se putea exercita dreptul de a contesta legalitatea învinuirii, respectiv a arestării preventive în conformitate cu art. 5 alin. 4 CEDO. Accesul la mijloacele de probă materiale așa cum erau definite în dreptul intern, trebuie să fie permis, astfel că în lumina practicii CEDO numai un interes public major putea să constituie obiect al refuzului venit din partea autorităților.³⁰

Problema care se pune este dacă verificările fiscale pot constitui un procedeu probatoriu legal, dacă procesul-verbal constituie un mijloc de probă legal, iar conținutul său reflectă în mod legal o probă.

Prin prisma prevederilor art. 97 alin. (2) lit. e din Codul de procedură penală, am fi înclinați să spunem că procesele-verbale ale unor verificări fiscale s-ar include în această categorie de mijloace de probă, dar odată ce au intrat în atributul inspectorilor fiscali de a controla și verifica și având în vedere și data efectuării lui, după începerea urmăririi penale, mai degrabă actele încheiate s-ar constitui în adevărate acte de cercetare penală, ceea ce ar fi inadmisibil. De altfel, „pentru a-și salva opera”, procurorul a susținut că procesele-verbale sunt rodul inițiativei și activității proprii a organelor de inspecție fiscală și la cererea organelor judiciare, și ca atare, în urma verificării fiscale acestea au sesizat (după începerea urmăririi penale?) autoritățile în drept.

Această susținere întărește și mai mult ideea că cel mult aceste procese-verbale sunt acte de sesizare, dar nu sunt în niciun caz acte de constatare, nu sunt nici acte premergătoare și de altfel nu sunt cuprinse nici într-un proces-verbal potrivit art. 224 din vechiul Cod de procedură penală, singurul act care ar fi putut constitui mijloc de probă în lumina prevederilor vechiului Cod de procedură penală. De altfel, potrivit noului Cod de procedură penală, procesele-verbale nu pot constitui în același timp și proces-verbal de constatare și mijloc de probă în procesul penal, el nu poate fi decât act de sesizare a organelor de urmărire penală în raport cu prevederile art. 172 alin. 9 și art. 61 alin. 5 din C.pr.pen.³¹

Pe de altă parte, odată ce inspectorii (comisarii Gărzii Financiare) cu atribuții de control, vor face verificări fiscale, vor întocmi înscrisuri, procese-verbale în numele ANAF, acolo unde vor calcula prejudiciul, ce vor constitui obiect al unor procese penale, în calitate de partea civilă, aceeași Agenție Națională a Administrației Fiscale își va preconstitui probe, prin proprii funcționari. În această ordine de idei, este de luat în considerare jurisprudența Curții Constituționale care printr-o decizie mai recentă a considerat că specialistul fiscal, care întocmește acte de control, rapoarte de constatare, în calitate de specialist delegat pe lângă organele judiciare este incompatibil, în sensul art. 64

³⁰ Directiva 2012/12/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 22 mai 2012 privind dreptul la informare în cadrul procedurilor penale (paragrafele 28, 30, 31)-JOUE, L.142/1, 1.06.2012

³¹ Curtea Constituțională, Decizia nr. 72 din 29 ianuarie 2019, publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 332 din 2 mai 2019 (paragraful 48)

alin. 1 lit. f din Codul de procedură penală, având în vedere lipsa lui de imparțialitate.³² Aidoma acestei situații, practica judiciară s-a raportat și la prevederile art. 172 C.pr.pen. cu referire expresă la nelegalitatea rapoartelor de constatare³³ întocmite de specialiști financiar-fiscali detașați în cadrul organelor judiciare.

„Procesul-verbal întocmit de inspectorii părții civile ANAF nu întrunește atributul unui raport de expertiză întocmit de un organ independent, ceea ce încalcă garanțiile unui proces echitabil în accepțiunea CEDO.”³⁴

La data începerii urmăririi penale, 4 iulie 2012, nu s-a dovedit că ar fi existat pericol de dispariție a unor mijloace de probă sau de schimbare a unei situații de fapt, sau s-ar fi impus lămurirea urgentă a unor fapte sau împrejurări, ceea ce ar fi putut constitui în temeiul legii „cazuri temeinic justificate”, situație în care, *cu avizul procurorului*, se putea solicita Agenției Naționale de Administrare Fiscală efectuarea de verificări fiscale conform obiectivelor stabilite (art. 233 ind. 1 alin. 4 din OG nr. 92/2003; art. 350 alin. 2 din Legea nr. 207/2015).

Facem precizarea, că dispozițiile art. 233 ind. 1 din Ordonanța Guvernului nr. 92/2003 au fost declarate neconstituționale³⁵, mai puțin cele ale alin. 4 și alin. 5, care prevedeau:

-art. 233 ind. 1 alin. 4 „în cazuri temeinic justificate după începerea urmăririi penale, cu avizul procurorului, poate fi solicitată Agenția Națională de Administrare Fiscală pentru efectuarea de verificări fiscale, conform obiectivelor stabilite.”

-art. 233 ind. 1 alin. 5 prima teză „rezultatul verificărilor prevăzute la alin. 2-4 se consemnează în procese-verbale, care constituie mijloace de probă.”

Excepția de neconstituționalitate, în același cadru a fost admisă și pentru textul art. 350 din Legea nr. 207/2015, rămânând neafectate aceleași prevederi ca și cele din textul art. 233 ind. 1 din OG nr. 92/2003.³⁶

Astfel, în ambele texte, și cel ieșit din vigoare, și cel în vigoare se cerea ca în cazuri temeinic justificate după începerea urmăririi penale și cu avizul procurorului, să se poată cere Agenției Naționale de Administrare Fiscală, potrivit unor obiective stabilite, verificări fiscale.

Codul de procedură fiscală, atâta timp cât au fost în vigoare textele din art. 233 ind. 1 din OG nr. 92/2003 și ale art. 350 din Legea nr. 207/2015, recunoștea că procesele-verbale întocmite la cererea organului de urmărire penală constituiau mijloace de probă, iar în general Curtea Constituțională a acceptat că aceasta nu ar conduce la o violare a *principiului egalității de arme*. Chiar dacă nu suntem de acord cu acest punct de vedere al Curții, este de apreciat că prevederile art. 233 ind. 1 din OG nr. 92/2003 au fost declarate neconstituționale (mai puțin alin. 4 și 5 prin Decizia Curții Constituționale nr. 654 din 17 octombrie 2017³⁷ și Decizia Curții Constituționale nr. 72 din 29 ianuarie 2019).

³² Curtea Constituțională-Decizia nr. 87/2019 publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 498 din 19 iunie 2019

³³ Curtea de Apel Cluj-secția penală și de minori, Decizia nr. 1589/A/2015 din 18 decembrie 2015, p. 46

³⁴ ICCJ-secția penală, Decizia nr. 147 din 19 ianuarie 2011

³⁵ Curtea Constituțională, Decizia nr. 654 din 17 octombrie 2017, publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 205 din 7 martie 2018

³⁶ Curtea Constituțională, Decizia nr. 72 din 29 ianuarie 2019, publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 332 din 2 mai 2019

³⁷ Curtea Constituțională, Decizia nr. 654 din 17 octombrie 2017, publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 205 din 7 martie 2018

Avizul procurorului, în acest caz, este un act procedural, obligatoriu de cerut și de exprimat, care are natura juridică a unui aviz conform din dreptul administrativ.

În cazul proceselor-verbale întocmite de comisarii Gărzii Financiare, în urma verificărilor fiscale efectuate la cele două societăți comerciale, s-a constatat că lipsește avizul procurorului.

Deci, chiar dacă am accepta că potrivit Codului de procedură penală, organul de urmărire penală are competența ca, ulterior începerii urmăririi penale, să ceară efectuarea unor verificări fiscale, finalizate prin întocmirea unor procese-verbale, care constituie în înțelesul legii mijloace de probă, acestea (verificările fiscale n.n.) nu se pot face în lipsa avizului procurorului.

Lipsa acestui aviz face ca proba să nu fie obținută în mod legal, mijlocul de probă să fie consecința nelegalității procedurii probatorii, ceea ce nu poate decât să atragă sancțiunea conform prevederilor art. 102 alin. 2 și 3, prin aplicarea regimului nulității absolute.

4. În loc de concluzii

-Am abordat tema plecând de la imensa responsabilitate umană, morală și juridică a celui care stabilește ce este infracțiune, care este sancțiunea în cazul săvârșirii ei și a celui care o aplică. Nici nu știu ce s-ar potrivi mai bine în parafrază la această operă, legenda lui Atlas sau cea a lui Sisif.

-Am pledat pentru ca organele judiciare, prin propria pregătire profesională și conștiință să nu lase fără substanță, fără conținut drepturi și libertăți fundamentale, să nu încalce principiile procesului penal al echității, al egalității armelor, al dreptului la apărare, deoarece toate îi conferă oricărei persoane încrederea că face parte dintr-o societate care îl judecă ca un egal în drepturi și obligații.

-Am considerat că în cadrul unui proces penal, legalitatea și loialitatea administrării probelor, oferă garanțiile aflării adevărului, obligație legală a organelor judiciare. Adevărul se stabilește prin fapte și nu prin vorbe (*acta, non verba*).

-Am constatat că cea mai neînsemnată încălcare a dreptului la apărare viciază întreaga procedură penală, deci însăși aflarea adevărului. Nu este mai mare nedreptate pentru un om, decât aceea prin care omul chemat să facă dreptate, este nedrept.

Regulile de procedură penală, sunt gândite și constituite tocmai pentru ca să se permită exercitarea efectivă a dreptului la apărare și pentru a anihila orice dezechilibru între părțile procesului penal. *Res judicata pro veritate habetur.*