

CAIETE DE DREPT PENAL

Criminal Law Writings

Publicație trimestrială

Nr. 3/2023



Cuprins

Abrevieri.....7

I. DOCTRINĂ

Mihail Udroi, Mihai Popa, Sancționarea probei neloiale9

Mihail Udroi, Controlul *a posteriori* al legalității probelor obținute din
activități specifice culegerii de informații.....31

Cristian-Valentin Ștefan, Probleme legate de măsurile asigurătorii în
materia infracțiunilor de evaziune fiscală54

Lucian Criste, Unele considerații privind delegarea organelor judiciare63

Clement-Mihai Resmeriță, Unele considerații privind urmarea infracțiunii
de abuz în serviciu.....82

II. CONFERINȚA NAȚIONALĂ A DOCTORANZILOR ÎN DREPT PENAL ȘI
PROCEDURĂ PENALĂ

Ciprian Coadă, Unele considerații privind impactul deciziei Curții Consti-
tuționale a României nr. 176 din 24 martie 2022 asupra măsurii
confiscării speciale a unor produse de tutun accizabile provenite din
contrabandă.....96

Claudia Cristina Povăliceanu, Minorul, subiect pasiv sau activ al trafi-
cului de droguri? Analiza circumstanțelor agravante speciale regle-
mentate prin art. 13 alin. (1) lit. c) și d) din Legea nr. 143/2000 privind
prevenirea și combaterea traficului și consumului ilicit de droguri, cu
aspecte de drept comparat123

III. JURISPRUDENȚĂ

Ionuț Borlan, Limitele de aplicare a dezincriminării în cazul formei
continuate a infracțiunii de contrabandă asimilată153

Sanționarea probei neloiale

DOI: 10.24193/CDP.2023.3.1

*Dr. Mihail UDROIU***Cadru didactic asociat în cadrul Facultății de Drept a Universității din Oradea**Drd. Mihai POPA****Facultatea de Drept, Universitatea Babeș-Bolyai, Cluj-Napoca
Avocat, Baroul Prahova*

Sanctioning unfair evidence□ **ABSTRACT**

One can hardly find a judgement or a scholar paper that addresses the matter of the exclusionary remedy of unfair evidence, other than perusing the validity of evidentiary acts, the type of applicable procedural nullities and their different statutory regimes. Within this ambit, the entire topic of unfair evidence is discussed merely instrumentally, thereby the lack of a genuine sanctioning theory is explainable.

The core rationale advocated in this essay is that sanctioning of unfair evidence may never be related to nullities, as the unfair evidence is, by default, a legal, but unlawful piece of evidence.

We do consider so, because the fairness is a high-ranking virtue of licitness, designed to secure the rule of law in evidentiary criminal proceedings beyond the mere formal aspects – but, simultaneously, fraudulent, cunning or deceitful –, in compliance with the statutory law in force.

Hence, the principle of evidentiary licitness is the underlying reason to explain why the exclusionary remedy set forth under the Criminal Procedure Code for the illegally gathered evidence is conceived a fortiori to be applicable to unfair evidence, quite unconditionally.

All in all, we argue that, beyond its undeniable practical usefulness, the topic hereunder brings to light an efficient device aimed to refute any form of

* mihail.udroi@uoradea.ro.

** mihai.popa@mpca.ro.

unreasonable legalism in the criminal trial, while attaining a reasonable level of conformity with the rule of law.

□ **Keywords:** *rule of law, evidentiary fairness, principle of fairness, unfair evidence, sanction.*

I. Conceptualizarea premiselor unei teorii sancționatorii corelate principiului loialității probatorii

În spirit tradițional legiscentrist¹, orice temă care vizează sancționarea probelor neloiale este abordată pe tărâmul legalității actelor cu funcție probatorie, prin intermediul cărora respectivele probe patologice au fost obținute și/sau administrate în procesul penal. Cu argumente pozitivistice, loialitatea este apreciată ca fiind o „parte importantă a principiului legalității”², căruia i „se subsumează”³, astfel încât, în ipoteza neloialității, se afirmă că „tot violarea legii este ceea ce se sancționează”⁴. Nulitățile procesuale, de incidența cărora depinde menținerea ori, după caz, asanarea actelor în discuție și, implicit, a probelor neloiale, acaparează orice preocupare de liceitate probatorie. Doctrina stricteii legalități a procesului penal, rostită cu patos și cu respect sacrosanct, devine axioma supremă care reprimă orice dilemă cu potențial dialectic despre raporturile dintre drept și lege ori despre autoritatea eterogenă a diferitelor norme de drept. Spiritul dreptului rămâne o ecuație cu două necunoscute, fiind

¹ Anterior apariției constituționalismului, ordinea juridică în majoritatea statelor democratice gravita în jurul principiului legalității, imprimând acestuia un rol dogmatic. Potrivit literaturii de specialitate franceze, epoca în discuție a generat arhetipul „statului legal”, în care **principiul legalității domină ordinea juridică**, un atare fenomen purtând denumirea de **legiscentrism** [L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, *Droit constitutionnel*, 23^e édition, Ed. Dalloz, Paris, 2021, p. 136 (*brevitatis causa*, L. Favoreu et al.)]. În opinia aceluiași autori – față de care achiesăm, cu unele rezerve, din perspectiva semnificației conceptului de stat de drept –, constituționalismul impune supremația Constituției și respectul drepturilor fundamentale, în vreme ce statul de drept insistă asupra formalizării dreptului și generalizării unui control jurisdicțional al aplicării sale (*idem*, p. 101). Chiar dacă, indiscutabil, nu se confundă, **constituționalismul este specific statului de drept**, în vreme ce reversul său, **legiscentrismul, este idiomatic pentru „statul legal”**, antiteza acestora punând în lumină semnificația supremației Constituției și raportul acestei axiome juridice cu principiul legalității (M. Popa, *Emergența principiului liceității probatorii în procesul penal*, în *Curierul Judiciar* nr. 8/2022, p. 471). În esență, astfel cum principiul legalității semnifică faptul că doar legea poate deroga de la o altă lege, **principiul constituționalității semnifică faptul că doar o normă de natură constituțională poate deroga de la o altă normă de natură constituțională** (L. Favoreu et al., *op. cit.*, p. 134).

² Gh. Mateuț, *Procedură penală. Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2019, p. 479. Potrivit acestei opinii, „loialitatea se prezintă *a priori* ca o noțiune ajuridică, situată într-o zonă gri, între legalitate și morală”, însă, fiind reglementată în mod expres de lege, „are valoare de principiu superior care guvernează administrarea probelor”.

³ Decizia C.C. nr. 633/12.10.2018, par. 436 [436. (...) Principiul loialității administrării probelor se subsumează principiului legalității, însă principiul legalității nu se rezumă la primul, având o sferă de incidență mai largă”].

⁴ *Ibidem*.

inextricabil dacă există drept aparte de litera legii și ce ar putea semnifica spiritul său.

Ortodoxia legalității, considerată de mulți o virtute rezervată inițiaților, se transformă rapid într-un legalism radical absurd, iar tematica loialității ori neloialității probelor sfârșește sumbru, manifestând un simplu rol instrumental în aplicațiunea nulităților. Într-o atare paradigmă, suntem de părere că ne aflăm pe tărâmul unui vid conceptual, care face imposibilă sancționarea probelor neloiale în virtutea unei teorii sancționatorii.

Așa fiind, iau naștere o serie de întrebări firești – nu doar pentru profani – menite să inițieze o formă de dialog rațional despre loialitate. *Cui prodest loialitatea probatorie, în contextul dreptului trăit? Ce semnificație generatoare de efecte juridice poate avea conceptul de loialitate? Este loialitatea o exigență, ori subspecie, de legalitate? Dacă și pentru ce (mai) este necesară o atare categorie juridică, aparent distinctă de legalitate, dar, paradoxal, subsumată acesteia, în lipsa unei finalități – sancțiuni – peculiare, care să îi anime existența conceptuală autonomă? Care ar putea fi rațiunea pentru care legiuitorul a normat expres în actuala codificare procesual penală un principiu al loialității, din moment ce neloialitatea pare să aibă un răspuns – doctrinar și jurisprudențial – în plan sancționatoriu, doar în cazul încălcării prohibițiilor expres reglementate de dispozițiile art. 101 C. pr. pen.?*

Într-un spirit dialectic care pledează pentru constituționalism și conformitate cu preeminența dreptului, respectiv împotriva conformismului legiscentrist, prezentul eseu urmărește să creioneze o serie de idei care ar putea ghida cititorul în căutarea unor răspunsuri coerente la întrebările de mai sus. Totodată, nutrim speranța că aceste idei vor germina reperatele unei veritabile teorii sancționatorii aplicabile tuturor probelor neloiale.

În opinia noastră, o teorie sancționatorie ar trebui să întrunească un număr de, cel puțin, trei exigențe. În primul rând, trebuie să fie comprehensivă, adică să vizeze toate speciile de probe neloiale. În secund rând, mecanismul sancționatoriu pe care îl fundamentează trebuie să fie adecvat neconformității în sine, mai exact, să trateze viciul probei ilicite în discuție. În al treilea rând, teoria trebuie să fie peculiară categoriei juridice la care se raportează, fără să împrumute, prin intermediul sofismelor, soluții sancționatorii aplicabile altor categorii juridice.

Argumentația ideilor pe care le propunem este grefată pe trei premise esențiale – a căror justificare am susținut-o în cadrul unor studii anterioare consacrate liceității și loialității probatorii⁵ –, respectiv: (i) loialitatea (probatorie) are semnificația juridică a unei exigențe de conformitate și fidelitate față de spiritul dreptului aplicabil pentru obținerea și administrarea probelor în

⁵ A se vedea: M. Popa, *op. cit.*, p. 470-476; M. Udroi, M. Popa, *Prolegomene privind straturile neloiale în procedurile penale probatorii*, în *Caiete de Drept Penal* nr. 2/2023, p. 9-30. Deoarece suntem preocupați să oferim o cheie – rezonabilă – de lectură și acelor cititori care nu vor fi găsit răgazul necesar pentru a lectura studiile mai sus ținute, fie vom relua, fie vom sintetiza o serie dintre ideile acolo prezentate, ori de câte ori vom aprecia necesar pentru comprehensibilitatea argumentației în cadrul prezentului eseu, nelimitându-ne, prin urmare, la simple note de trimitere bibliografică.

procesul penal, (ii) probele neloiale sunt o specie de probe legale, dar ilicite, iar (iii) ca model deontic, principiul loialității interzice în mod unitar, atât procedeele neloiale expres numite de lege, cât și pe cele nenumite, care sunt prohibite deoarece contravin unui tipar ideal și abstract de conduită conformă spiritului dreptului în procedurile penale probatorii.

Referitor la prima premisă, trebuie să reținem că „neloialitatea reprezintă o utilizare inadmisibilă – deci patologică – a dreptului, care, în numele respectării literei sale, contravine spiritului acestuia, fiind de aceea nerezonabilă. În antiteză, loialitatea constituie o expresie a preeminenței dreptului sau, altfel spus, o întruchipare a rezonabilului în drept”⁶. În alți termeni, **loialitatea impune conformitatea cu spiritul dreptului, pentru asigurarea preeminenței sale**, fiind o categorie juridică incomprehensibilă dacă este abordată disociat de asemenea concepte.

Deși ar fi fost rațional ca exigența loialității să vizeze ansamblul procedurilor penale, legiuitorul a reglementat-o ca principiu de drept la nivelul teoriei generale a probelor penale. Așa fiind, sancționarea neloialității se justifică pentru a restaura preeminența dreptului în procedurile penale probatorii, ori de câte ori organele judiciare au obținut și/sau administrat probe contrar spiritului dreptului, pe care îl sacrifică în detrimentul și sub pretextul conformității cu legea, fie din perspectiva dispozițiilor acesteia, fie a omisiunilor sale de reglementare.

În consecință, cu riscul de a fi criticați de către cei inițiați, apreciem că înțelegerea loialității impune căutarea dialectică a unor răspunsuri la următoarele întrebări esențiale: ce este dreptul? și ce semnifică spiritul său?

În opinia noastră, aplicarea conformă a legii, dar în contradicție cu spiritul dreptului, poate îmbrăca cel puțin două forme patologice din perspectiva exigențelor principiului loialității: ipoteza încălcării principiului constituționalității – caz în care probele neloiale vor fi simultan probe neconstituționale⁷ – și ipoteza aplicării dreptului – a legii sau chiar a unei norme de rang constituțional⁸ –

⁶ M. Udrouiu, M. Popa, *op. cit.*, p. 11.

⁷ Această categorie de probe neloiale reprezintă doar una dintre speciile de probe neconstituționale. Bunăoară, probele pot fi neconstituționale, chiar dacă nu prezintă niciun viciu de loialitate decurgând dintr-o aplicațiune conformă a legii, dar cu încălcarea principiului constituționalității, ori de câte ori, la nivel infraconstituțional, legea reglementează garanții procesuale menite să asigure protecția unui drept fundamental, iar probele sunt obținute și/sau administrate cu încălcarea unor atari dispoziții legale (spre exemplu, probele obținute printr-o supraveghere tehnică nelegal autorizată încalcă dreptul la viață privată – ne referim la sensul comprehensiv configurat de art. 8 din Convenția europeană a drepturilor omului –, din moment ce restrângerea exercițiului acestui drept fundamental s-a realizat contrar garanțiilor impuse atât la nivel constituțional, cât și infraconstituțional).

⁸ Ne raliem opiniei exprimate în literatura franceză, potrivit căreia așa-numita supraconstituționalitate, în sens de „superioritate ierarhică” a unor norme de drept față de constituție, este „conceptual imposibilă, (...) neputând exista în cadrul aceluiași sistem de drept o constituție formală și ceva deasupra acesteia” (L. Favoreu *et al.*, *op. cit.*, p. 105). Autorii arată că un sistem de drept poate prezenta o „pluralitate de straturi de drept constituțional formal, ierarhic ordonate”, caz în care putem vorbi despre un fenomen de „constituționalitate superioară” sau „polimorfism constituțional” (*ibidem*). De aceea, vom include în sfera conceptului de „normă de rang constituțional” – utilizat ca hiperonim – valorile constituționale, **principiile constituționale** directoare, dispozițiile constituționale, precum și normele supra-naționale privind protecția drepturilor fundamentale ale

contrar rațiunii sale, în antiteză cu valorile, principiile de drept și scopurile pe care legiuitorul le ocrotește, le promovează și le urmărește.

România își clamează constituțional apartenența la arhetipul statului de drept [art. 1 alin. (3) din Constituție], astfel încât, în mod firesc, „respectarea Constituției, a supremației sale și a legilor este obligatorie” [art. 1 alin. (5) din Constituție]. Principiul constituționalității impune teza supremației constituției în raport cu toate actele infraconstituționale, făcând din normele constituționale veritabile norme obligatorii care au atașată o sancțiune, fără o atare semnificație constituția nefiind altceva decât un program politic⁹. Supremația constituției față de actele infraconstituționale impune respectarea sa nu doar actelor legislative, ci și actelor infralegislative ale celorlalte puteri din stat (executivă și judecătorească)¹⁰. De aceea, suntem de părere că, **aparte de impactul pe care îl generează la nivel legislativ, principiul constituționalității restructurează întreaga ordine juridică, sens în care impune prevalența normelor constituționale („respectarea... supremației”), prin autoritatea și aplicarea lor directă („respectarea Constituției”) la nivelul infralegislativ al oricărui raport juridic concret.** Se impune astfel recunoașterea unui veritabil rol corector – într-un sens distinct de cel aristotelic, care vizează echitatea¹¹ – pe care principiul constituționalității îl manifestă în aplicațiunea legii. Acesta nu generează nicidecum dispariția principiului legalității la nivel infraconstituțional, ci doar îi reconfigurează tradiționala semantică legiscentristă inconciliabilă în actuala ordine de drept, impunând în locul său principiul preeminenței dreptului (*rule of law*¹²). Astfel, principiul constituționalității nu infirmă

omului integrate sistemului nostru de drept, potrivit art. 20 alin. (1) din Constituție, care conțin un standard de protecție mai ridicat decât reglementările constituționale.

⁹ L. Favoreu *et al.*, *op. cit.*, p. 134 și 138.

¹⁰ *Idem*, p. 138.

¹¹ „(...) echitabilul, deși este drept, nu se identifică cu dreptul pozitiv, ci este un amendament al acestuia.” (Aristotel, *Etica Nicomahică*, ed. a II-a, trad. de S. Petecel, Ed. IRI, București, 1998, 1137b, p. 122).

¹² În ceea ce ne privește, preferăm să traducem sintagma în discuție – *rule of law* – ca preeminență a dreptului, deoarece apreciem că acest principiu de drept constituie doar una dintre virtuțile statului de drept impuse de art. 1 din Constituție. În cuprinsul traducerii oficiale în limba română a Declarației Universale a Drepturilor Omului din 10 decembrie 1948, conceptul „*the rule of law*”, care apare în preambulul declarației, a fost tradus prin sintagma „autoritatea legii”. Traducerea reflectă cu prisosință impactul contextului politic în modelarea întregului sistem de drept din România acelor timpuri, care a lăsat, totodată, puternice reverberații la nivelul culturii juridice. Lord Bingham – parafrazând discursul despre moralitatea dreptului susținut de V.D. Zorkin (Președintele Curții Constituționale a Federației Ruse), cu prilejul simpozionului *International Bar Association* ținut la Moscova în 6 iulie 2007 – arăta că, „în Uniunea Sovietică, grație eforturilor teoreticianului regimului stalinist Vyshinsky, dreptul era identificat cu legea, iar legea era identificată cu voința (sau mai degrabă dictatura) proletariatului. Prin această logică, ceea ce era prescris de stat în forma legii era considerat că reprezintă dreptul.” (T. Bingham, *The Rule of Law*, Penguin Books, London, 2011, p. 67). Așadar, dată fiind identitatea realităților politice în perioada regimului comunist din România, limitarea semnificației principiului *rule of law* la simpla autoritate a legii trebuie privită în actuala ordine constituțională cu serioase rezerve, nu doar pentru că denotă obscurantism, ci mai ales pentru că asanează orice discuție rațională despre spiritul dreptului. Din păcate, problema pare să fie adânc înrădăcinată în cultura juridică autohtonă, semantica – și nu neapărat traducerea – principiului în discuție fiind departe de claritate la nivelul jurisprudenței noastre constituționale. Astfel, Curtea Constituțională a considerat că exigențele principiului statului

autoritatea legii și nici importanța unei atitudini (morale) de respectare a dispozițiilor sale pentru ordinea de drept, ci doar justifică paralizarea efectelor juridice rezultate din aplicarea conformă a legii, dar contrară unei norme de rang constituțional, atari efecte fiind contrare preeminenței dreptului.

Pentru că spiritul dreptului este construit concentric în jurul valorilor fundamentale ale statului de drept poziționate la apexul ordinii juridice, iar loialitatea probatorie exprimă, în mod primordial, fidelitate față de acesta¹³, în ipoteza încălcării principiului constituționalității, spiritul dreptului este afectat deoarece aplicarea fidelă a legii nu poate să mai constituie o virtute, din moment ce intră în contradicție cu autoritatea superioară a unei norme de rang constituțional, sfidând preeminența dreptului din perspectiva ierarhiei normelor sale. De pildă, în cazul tertipurilor de provocare la proba confesională în afara unei audieri realizate prin intermediul colaboratorului autorizat, deși legea nu este încălcată, fiind respectate toate exigențele metodei speciale de cercetare în discuție, conduita organelor judiciare poate aduce atingere privilegiului împotriva autoincriminării și dreptului la tăcere, probele incriminatoare astfel obținute fiind probe (neconstituționale) neloiale¹⁴.

Dintr-o altă perspectivă a preeminenței dreptului, litera nu trebuie disociată de rațiunea reglementării, ce transpore, pe cale de interpretare, din valorile, principiile de drept, respectiv scopurile ocrotite și urmărite de legiuitor, fiind imperios ca orice normă de drept să își manifeste autoritatea din ambele perspective. Drept urmare, aplicarea cu strictețe a legii este necesară, dar nu și suficientă, pentru a proclama liceitatea unei probe în procesul penal. Aparte de

de drept sunt „(...) prefigurate în ceea ce îndeobște este numit ca fiind domnia legii, sintagmă ce implică subordonarea statului față de drept” (decizia C.C. nr. 70/2000). Iată cum, în optica garantului supremației Constituției, dreptul apare ca un sinonim al legii, iar autoritatea – domnia – legii este considerată chintesența principiului statului de drept, deși, paradoxal, aceeași jurisprudență aclamă supremația Constituției. Ulterior, instanța de contencios constituțional a arătat că „trăsătura esențială a statului de drept o constituie supremația Constituției și obligativitatea respectării legii” (decizia C.C. nr. 234/2001) sau că „principiul legalității este unul de rang constituțional” (decizia C.C. nr. 901/2009), astfel încât „încălcarea legii are drept consecință imediată nesocotirea art. 1 alin. (5) din Constituție, care prevede că respectarea legilor este obligatorie. Încălcarea acestei obligații constituționale atrage implicit încălcarea principiului statului de drept, consacrat prin art. 1 alin. (3) din Constituție” (decizia C.C. nr. 783/2012). Ceva mai recent, instanța constituțională a subliniat salutar că „respectarea statului de drept nu se limitează la legalitate” (decizia C.C. nr. 611/2017). Aliniată ultimei tendințe jurisprudențiale, o parte a doctrinei a susținut, la rândul său, că statul de drept „nu se confundă cu principiul legalității, fiind mai mult decât atât” (I. Muraru, E.-S. Tănăsescu, *Comentariu art. 1*, în I. Muraru, E.-S. Tănăsescu (coord.), *Constituția României. Comentariu pe articole*, ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2019, p. 7 și 9). Fără a nega existența unei evoluții de gândire juridică, nu putem ignora că, în mod straniu, Curtea Constituțională pare să se refere doar la obligativitatea legii, iar nu și a Constituției, chiar dacă atât art. 1 alin. (5), cât și ex-art. 51 – preluat după revizuirea din 2003 în cuprinsul art. 1 alin. (5) – statuează/statua *expressis verbis* obligativitatea legii fundamentale deopotrivă, fiind, altminteri, greu de înțeles cum s-ar putea asigura supremația normelor constituționale în lipsa autorității (obligativității) și aplicării lor de către toate cele trei puteri ale statului de drept. Totodată, pare cel puțin anodină definirea statului de drept prin intermediul unei negații – „nu se limitează la principiul legalității” – care, în contextul insuficienței abordării a raportului dintre constituționalitate și legalitate, poate fi – și este, din păcate, așa cum vom susține *infra* – sursa unor confuzii majore și erori de raționament.

¹³ M. Popa, *op. cit.*, p. 475.

¹⁴ Pentru dezvoltări referitoare la tertipurile de provocare la proba confesională în afara unei audieri, a se vedea M. Udriou, M. Popa, *op. cit.*, p. 26-30.