

Limitele și implicațiile practice ale dreptului martorului la tăcere și neautoincriminare

The limits and practical implications of the witness's right to silence and against self-incrimination

Av. Vlad-Nicolas Ulici¹
Baroul Cluj

ABSTRACT

This paper aims to analyze the legislative change brought to the right of the witness to silence and against self-incrimination through Law No. 201/2023. The Constitutional Court Decision No. 236/2020 led the legislator towards this legislative change, which may be perceived, at first glance, as volatile from the perspective of the lack of clear limits in the exercise of the right to silence and against self-incrimination by the witness.

Taking into account the practical application issues of a general regulation, it is important to establish the limits of this right and the necessary changes for the efficient discovery of the truth, without significantly affecting its exercise, issues that are analyzed in the present study.

KEYWORDS: Article 118 of the Criminal Procedure Code, Law No. 201/2023, witness, the right to silence and non-self-incrimination, de facto suspect, Constitutional Court Decision No. 236/2020.

REZUMAT

Prezenta lucrare își propune să supună analizei schimbarea legislativă adusă dreptului martorului la tăcere și neautoincriminare prin intermediul Legii nr. 201/2023. Decizia Curții Constituționale nr. 236/2020 l-a condus pe legiuitor spre această schimbare legislativă, care poate fi percepută, la prima vedere, ca și volatilă din perspectiva inexistenței unor limite clare ale exercitării dreptului la tăcere și neautoincriminare de către martor.

Luând în considerare problemele de aplicare practică a unei reglementări generale, este important de fixat limitele acestui drept și schimbările necesare pentru eficientizarea aflării adevărului, fără a afecta într-o măsură considerabilă exercitarea acestuia, chestiuni analizate în prezentul studiu.

CUVINTE CHEIE: art. 118 din Codul de Procedură Penală, Legea nr. 201/2023, martor, dreptul la tăcere și neautoincriminare, suspect de facto, Decizia Curții Constituționale nr. 236/2020.

Cuprins

I. Introducere	71
II. Evoluția recentă a dreptului martorului la tăcere și neautoincriminare	71
1. Noul Cod de procedură penală	71
2. Decizia Curții Constituționale nr. 236/2020	72
3. Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului	73
4. Modificarea operată prin Legea nr. 201/2023	74
III. Limitele dreptului	74
IV. Implicații practice	76
1. Aplicarea „generală”	76
2. Aplicarea condiționată de aparența sau justificarea autoincriminării	76

¹ E-mail: av.ulicivlad@gmail.com.

3. Drepturile avocatului persoanei audiate în calitate de martor	77
V. O nouă perspectivă asupra dreptului martorului la tăcere și neautoincriminare	79
VI. Concluzii	80

I. INTRODUCERE

În studiul de față, ne propunem să analizăm modificările aduse art. 118 C.proc.pen. prin Legea nr. 201/2023.² În acest sens, scopul nostru este de a răspunde la câteva întrebări care se ridică după această intervenție legislativă a legiuitorului român. Dreptul la neautoincriminare a fost adeseori portretizat ca o regulă enigmatică a procedurii penale³.

Alături de alți autori, considerăm că acesta își are izvorul în prezumția de nevinovăție de care beneficiază orice persoană „blocată” în procesul penal, aceasta servind ca expresie a unui ideal de bază, esențial pentru o societate liberă care poate fi rezumat într-o simplă propoziție: „*nimeni nu greșește doar prin faptul că există în lume sau interacționează cu alții*”⁴.

După cum vom observa pe parcursul acestei analize, acest drept s-a extins și asupra unor martori vulnerabili. Ca efect al rolului esențial jucat de acești subiecți procesuali în cadrul procesului penal, aceștia fiind denumiți „*ochii și urechile justiției*”⁵, ne întrebăm dacă alegerea legiuitorului de a crea o „protecție” generală a martorilor este într-adevăr o soluție optimă pentru eficientizarea procesului penal.

II. EVOLUȚIA RECENTĂ A DREPTULUI MARTORULUI LA TĂCERE ȘI NEAUTOINCRIMINARE

Pornind de la această întrebare, o primă chestiune demnă de supus analizei este evoluția recentă a acestui drept. Această schimbare de optică față de alegerea legiuitorului Codului de Procedură Penală din 1968, unde acesta nu era reglementat, la acel moment considerându-se că „*aflarea adevărului trebuie să primeze în realizarea justiției, față de interesele persoanei chemate ca martor*”⁶, este binevenită. Totuși, volatilitatea acestui drept este evidențiată de schimbările succesive ale viziunii asupra limitelor acestuia.

1. Noul Cod de procedură penală

La data publicării în Monitorul Oficial a noului Cod de procedură penală, art. 118 avea următoarea formă: „*Declarația martorului nu poate fi folosită în cursul unui proces penal desfășurat împotriva sa*”. Fără a intra în detaliile legate de carențele acestui text și de „lejeritatea” tehnicii legislative, dorim doar să subliniem gradul ridicat de superficialitate cu care era tratat acest drept de către legiuitor.

Patru ani mai târziu, ca efect al modificării prin Legea nr. 255/2013⁷, acest drept era delimitat într-o manieră diferită, susținându-se că instituției i s-ar fi acordat importanța meritată, ca și garanție a respectării drepturilor procesuale⁸. În art. 118 C.proc.pen. se statua că: „*Declarația de martor dată de o persoană care, în aceeași cauză, anterior declarației a avut sau, ulterior, a dobândit calitatea de suspect ori inculpat nu poate fi folosită împotriva sa. Organele judiciare au obligația să menționeze, cu ocazia consemnării declarației, calitatea procesuală anterioară.*”

Acest text se afla la limita conceptuală dintre viziunea doctrinei vechi, unde se susținea că secretul profesional ar putea să fie încălcat pentru justa aflare a adevărului, infractorul prin însăși infracțiunea sa

² Publicată în M.Of. nr. 618 din 06 iulie 2023.

³ M. Redmayne, *Rethinking the Privilege Against Self-Incrimination*, în Oxford Journal of Legal Studies, vol. 27, nr. 2/2007, p. 209.

⁴ H. Steward, *The privilege against self-incrimination: Reconsidering Redmayne's rethinking*, în The International Journal of Evidence & Proof, vol. 20, nr. 2/2016, p. 99.

⁵ V. Dongoroz, *Codul penal adnotat*, Ed. Librăriei Socec, București, 1937, p. 173 apud A. Șandru, *Dreptul martorului de a nu se autoincrimina. Dreptul la tăcere în procesul penal*, în Dreptul, nr. 4/2018, p. 132.

⁶ M. Mareș, A. Șandru, *Mărturie mincinoasă. Dreptul la tăcere. Dreptul la apărare. Martor*, în Pandectele Române, nr. 4/2019, p. 114 - analiza fiind raportată la incriminarea infracțiunii de mărturie mincinoasă în ipoteza martorului în pericol de autoincriminare.

⁷ Publicată în M.Of. nr. 515 din 14 august 2013.

⁸ C. Scarlat, *Dreptul la tăcere și neautoincriminare al martorului*, în Pandectele Române, nr. 5/2018, p. 88.

punându-se în situația de a nu se putea bucura de ocrotirea legii⁹, și viziunea contemporană conturată de practica CtEDO, pe care urmează să o analizăm într-o secțiune ulterioară.

În acest caz, textul oferea un simplu remediu ulterior încălcării dreptului la un proces echitabil de care ar fi trebuit să beneficieze martorul (văzut ca și suspect *de facto*), acesta neoferind un veritabil drept la tăcere și neautoincrimare¹⁰. O poziție similară (chiar mixtă din perspectiva efectelor) era susținută de literatura de specialitate canadiană, unde se considera că în cazul suspectului sau inculpatului acest drept îi oferă acestuia o protecție anterioară acestei declarații, remediu acestei grave încălcări a procesului echitabil nefiind nulitatea, soluție la care achiesăm¹¹, ci o imposibilitate de folosire a acestei declarații împotriva sa¹².

2. Decizia Curții Constituționale nr. 236/2020

La diferență de șase ani de la momentul modificării anterioare, prin Decizia nr. 236/2020¹³, Curtea Constituțională, admitând o excepție de neconstituționalitate, constata că soluția legislativă cuprinsă în art. 118 C.proc.pen, care nu reglementa dreptul martorului la tăcere și neautoincrimare, este neconstituțională.

Această soluție aleasă de către Curte, deși corectă, a prezentat un grad ridicat de generalitate în detalierea direcției pe care trebuia să o urmeze legiuitorul pentru a remedia această „eroare”. Printre criticile principale aduse textului s-a aflat și imposibilitatea protecției suspectului *de facto* (martorul care nu a dobândit calitatea de suspect *de jure*) prin prisma acestuia. În acest sens, Curtea a considerat că raportat și la dreptul european, martorii suspecti *de facto* ar trebui să beneficieze de același grad de protecție ca și suspectii *de jure*¹⁴.

O altă problemă a normei evidențiată de către Curte a fost legătura dintre acest drept și prezumția de nevinovăție (inexistentă din perspectiva textului de la acel moment), martorul putând fi determinat să producă proba vinovăției sale, acesta neavând dreptul de a rămâne în pasivitate¹⁵. De asemenea, martorul ajungea să fie protejat doar de declarația acestuia, iar pentru extinderea sferei de protecție asupra probelor derivate, sarcina probei se muta „în brațele” apărării, aceasta devenind aproape imposibilă.

Totuși, Curtea Constituțională a avut în vedere numai situația în care martorul este în pericol de a se autoincrima cu privire la fapta pentru care este audiat sau cu privire la o infracțiune conexasă. Această viziune limitată asupra acestui drept este din punctul nostru de vedere, problematică, urmând a o analiza în detaliu în cadrul secțiunii intitulată „*Limitele dreptului*”.

După cum am expus și anterior, gradul ridicat de abstractizare a considerentelor acestei decizii putea conduce la diferite interpretări a voinței Curții Constituționale. Din perspectiva acestei analize raportată strict la principiile după care se ghidează procesul penal, fără a contura limitele și implicațiile acestui drept (singura limită fiind de imposibilitate de reglementare a unui drept absolut¹⁶), forma actuală a art. 118 C.proc.pen este în armonie cu Decizia CCR, „efectul” acesteia fiind anticipat în opinia contrară.

În această opinie separată formulată în cazul DCCR nr. 236/2020 s-a susținut că acest drept ar trebui să fie recunoscut numai în cazul acuzatului *de facto*¹⁷. O astfel de limitare nu pare incompatibilă cu cele conturate în opinia majoritară, ci vine ca efect al generalității menționate anterior de către noi, interpretarea acesteia putând atinge unele limite absolute.

S-a considerat că acest cadru absolut al dreptului ar putea conduce la abuzuri din partea martorilor, care ar invoca un fals drept la tăcere, lucru aproape imposibil de verificat de către organele judiciare¹⁸. Soluția „aleasă” în cazul acestei opinii a fost de eficientizare a principiului aflării adevărului în detrimentul dreptului la neautoincrimare, martorul urmând a fi obligat să dea declarație, dreptul de a nu se acuza fiind ulterior

9 I. Tanoviceanu, V. Dongoroz, ș.a., *Tratat de drept și procedură penală. Vol IV. Procedură penală. Partea 1-a*, Tipografia „Curierul Judiciar”, București, 1925, p. 655.

10 A. Șandru, *op.cit.*, p. 138.

11 *Ibidem*.

12 H. Steward, *op.cit.*, p. 99.

13 Publicată în M.Of. nr. 597 din 8 iulie 2020.

14 *Idem*, par. 64.

15 *Idem*, par. 73.

16 *Idem*, par. 46.

17 Opinia separată din DCCR nr. 236/2020, par. 2.

18 *Idem*, par. 6.

ocrotit într-o altă modalitate procesuală decât prin dreptul la tăcere¹⁹. După cum se va observa pe parcursul lucrării, considerăm că soluția rezidă într-un punct de echilibru intermediar.

Ca efect a acestei decizii, în doctrină²⁰ s-a arătat că înaintea audierii suspectului *de facto* organele judiciare au obligația de a-i aduce la cunoștință acest drept, numai în cazul în care „*există premise chiar și echivoce cu privire la posibilitatea reținerii germenilor unei acuzații penale*”. În cazul în care nu există această situație premisă, iar martorul ar fi început să se incrimineze prin propria declarație, organele judiciare aveau obligația de a opri audierea și de a îi comunica acest drept²¹. De asemenea, se susținea²² că nu mai există imposibilitatea folosirii declarației acestuia împotriva sa, fiind prezentă posibilitatea de a se consulta cu un avocat, martorul putea lua o decizie în cunoștință de cauză. Totuși, ne întrebăm dacă această consultare ar fi îndeplinit standardul unei apărări concrete și eficiente, existând o posibilitate de a limita parțial accesul la dosar al apărătorului martorului. Considerăm că există ipoteze în care decizia luată de martor să nu îndeplinească standardul expus de către acest autor, din punctul nostru de vedere, imposibilitatea folosirii în detrimentul suspectului *de facto* existând și raportat la aplicarea dreptului, ulterior DCCR nr. 236/2020.

3. Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului

În această secțiune ne vom opri asupra câtorva hotărâri ale CtEDO, ce prezintă relevanță pentru lămurirea problematicii dreptului martorului la tăcere și neautoincriminare. Ab initio, dorim să subliniem că viziunea CtEDO este similară cu cea a Curții Constituționale, considerându-se că acest drept nu ar trebui să fie oferit în mod absolut, martorul suspect *de facto* fiind singurul „subiect” care ar trebui să beneficieze de această protecție.

Această sferă protectivă limitată a dreptului a fost evidențiată în cauza Bandaletov împotriva Ucrainei²³, unde reclamantul s-a prezentat la sediul poliției fiind citat în calitate de martor în cazul efectuării cercetărilor pentru comiterea unei infracțiuni de omor împotriva a două persoane, acesta ajungând să recunoască comiterea faptei. CtEDO a statuat că nu a existat o încălcare a art. 6 din Convenție în situația în care acesta a fost audiat în calitate de martor, deoarece autoritățile nu au acționat cu rea credință, neavând informații care să conducă la raționamentul conform căruia acesta ar fi săvârșit fapta²⁴.

Această limitare constituie o manifestare practică a celor statuate în cauza Brusco împotriva Franței²⁵, unde CtEDO a afirmat că statutul de suspect al unei persoane nu este determinat de momentul informării individului despre această calitate, ci de momentul în care autoritățile judiciare au la dispoziție motive rezonabile pentru a presupune implicare sa în comiterea unei infracțiuni.

În concluzie, martorul suspect *de facto* trebuie să beneficieze de aceleași drepturi ca și suspectul *de jure*. Totuși, ne întrebăm care ar fi soluția în cazul în care în viziunea acestuia este citat în cauză pentru a se autoincrimina, iar conform propriei sale percepții este la acel moment un suspect *de facto*?

În acest sens, adoptăm o poziție diferită în cadrul acestor dezbateri, considerând că din momentul în care persoana audiată apreciază că devine un suspect *de facto*, aceasta ar trebui să beneficieze de dreptul la tăcere și neautoincriminare. Prin urmare audierea persoanei ar intra sub regimul art. 118 alin. (3) C.proc.pen. Achiesarea la soluția CtEDO ar însemna, din punctul nostru de vedere, limitarea protecției acestor martori vulnerabili peste limitele respectării principiului procesul echitabil.

În cauza Stojkovic împotriva Franței și a Belgiei²⁶ s-a pus în discuție renunțarea la dreptul la neautoincriminare. În acest caz, martorului asistat nu i s-a pus în vedere faptul că are dreptul la tăcere și neautoincriminare, lipsa cunoașterii acestui drept neputând a se transpune într-o renunțare neechivocă la acesta în ipoteza în care se continuă relatarea unor evenimente²⁷.

19 *Ibidem*.

20 M. Udroui, *Sinteze de Procedură penală. Partea generală, ediția. a 3-a., vol I*, Ed. C.H. Beck, București, 2022, p. 691.

21 *Ibidem*.

22 *Idem*, p. 692.

23 CtEDO, hot. din 31.10.2013, cauza Bandaletov c. Ucrainei.

24 *Ibidem*.

25 CtEDO, hot. din 14.10.2010, cauza Brusco c. Franței.

26 Hot. CtEDO din 27.10.2011, cauza Stojkovic c. Franței și a Belgiei.

27 *Idem*, par. 49-56.

Teoria celor trei alegeri dificile avute la îndemână de către martorul suspect *de facto* este pilonul principal pe care acest drept se fundamentează. În acest sens, în Cauza Weh împotriva Austriei²⁸, CtEDO a stabilit că presupusului făptuitor nu i se poate cere să aleagă între a fi sancționat pentru refuzul său de a coopera, să furnizeze autorităților informații incriminatoire sau să mintă și să riște condamnarea pentru aceasta²⁹.

Acest conflict intern, evidențiat prin gravitatea acestei dileme³⁰, care se naște în conștiința martorului ne conduce la o concluzie diferită față de cele susținute în opinia contrară a Curții Constituționale, din punctul nostru de vedere, generalitatea dreptului putând a fi „rafinată” prin intermediul introducerii unei proceduri speciale, urmând a detalia acest aspect *infra*.

4. Modificarea operată prin Legea nr. 201/2023

Prin Legea nr. 201/2023, art. 118 din C.proc.pen. a fost reformat, având în prezent următorul conținut:
Art. 118 Dreptul martorului la tăcere și neautoincriminare

(1) *Martorul are dreptul să nu declare fapte și împrejurări de fapt care, dacă ar fi cunoscute, l-ar incrimina. Organul judiciar este obligat să îi ducă la cunoștință acest drept înainte de fiecare audiere, în condițiile art. 120.*

(2) *Probele obținute cu încălcarea prevederilor alin. (1) nu pot fi folosite împotriva martorului în niciun proces penal. Dispozițiile art. 102 alin. (3) și (4) se aplică în mod corespunzător.*

(3) *Declarația de martor dată de o persoană care, în aceeași cauză, anterior declarației a avut sau, ulterior, a dobândit calitatea de suspect ori inculpat nu poate fi folosită împotriva sa. Organele judiciare au obligația să menționeze, cu ocazia consemnării declarației, calitatea procesuală anterioară.*

(4) *Dacă martorul se prezintă la audiere însoțit de un avocat, acesta poate asista la audiere.*

La prima vedere această schimbare pare benefică din perspectiva ocrotirii martorului vulnerabil. Acest drept „general” oferit de către legiuitor persoanei audiate în calitate de martor, și nu doar martorului suspect *de facto*, generează unele probleme la nivel de interpretare.

Totuși, este oare această reglementare compatibilă cu principiul aflării adevărului? Din simpla parcurgere a normei, nu putem să nu observăm gradul ridicat de abstractizare a textului. Intenționăm să oferim un răspuns la această întrebare în secțiunile următoare, aceasta nefiind o alegere strict binară, nuanțele de gri fiind preponderente în chestiunea supusă analizei.

III. LIMITELE DREPTULUI

O primă problemă a formei actuale a art. 118 C.proc.pen vizează larghețea „sferei de protecție” conferite de către legiuitor. Raportat la practica CtEDO, analizată anterior, și la art. 7 alin. (1) din Directiva (UE) 2016/343³¹ în sfera de protecție s-ar încadra „cazurile clasice” unde pericolul de autoincriminare este văzut din perspectiva infracțiunii pentru care este audiat martorul sau orice altă infracțiune conexă de care acesta este suspectat sau acuzat fără a îi fi oferită această calitate. Această concluzie rezultă inclusiv din formularea folosită în cuprinsul art. 7 făcându-se trimitere la „persoane suspectate” și nu la persoane care au calitatea de suspect.

Întrebarea care se ridică este următoarea: există această protecție anterioară și în cazul unor infracțiuni unde nu este prezentă această conexitate cu infracțiunea din procesul în care este martorul audiat? În acest sens, în cazul în care X, funcționar public, dă o declarație în procesul penal care are ca obiect un omor calificat și este întrebat unde se afla la acel moment pentru a verifica veridicitatea declarației, poate acesta să-și exercite dreptul la tăcere dacă întocmea unele documente false în biroul din proximitatea locului comiterii faptei? Din punctul nostru de vedere, răspunsul este afirmativ, indiferent de existența unor informații deținute de către organele judiciare și de cadrul (in)existent creat în jurul unei infracțiuni de fals intelectual, deoarece

28 Hot. CtEDO din 08.07.2004, cauza Weh c. Austriei.

29 *Ibidem*.

30 M. Redmayne, *op.cit.*, p. 221.

31 Art. 7 Dreptul de a păstra tăcerea și dreptul de a nu se autoincrimina

(1) Statele membre se asigură că persoanele suspectate și acuzate au dreptul de a păstra tăcerea în legătură cu infracțiunea de săvârșirea căreia sunt suspectate sau acuzate.

făptuitorul „*nu poate fi martor la propria sa faptă*”³².

Se poate susține că sfera de protecție a art. 118 acoperă doar două ipoteze, asemenea textului anterior, adică: „*a) situația în care persoana este audiată în calitate de martor după momentul începerii urmăririi penale cu privire la faptă, iar ulterior, a dobândit calitatea de suspect; și b) situația în care persoana are deja calitatea de suspect sau inculpat și, ulterior, organul judiciar dispune disjungerea cauzei, iar în noul dosar aceasta dobândește calitatea de inculpat*”³³.

Chiar anterior acestei schimbări se susținea că dreptul trebuie recunoscut implicit și în lipsa modificării art. 118 C.proc.pen.³⁴. S-ar putea susține, de asemenea, că și raportat la reglementarea actuală, problema rămâne aceeași, făptuitorul, chiar și identificat, putând a trece prin calitatea de martor în etapa urmăririi penale *in rem*³⁵, în cazul în care organele de urmărire penală aleg să îl audieze mai întâi în această calitate.

Totuși, din punctul nostru de vedere, noua reglementare întărește raționamentul expus de noi anterior, conform căruia martorul beneficiază de acest drept la tăcere și neautoincriminare din momentul în care în propria sa viziune este un suspect *de facto*, acesta fiind într-o poziție în care instinctele sale naturale și interesele personale i-ar dicta oricum să mintă³⁶.

Un contraargument la acest raționament ar putea fi construit prin prisma art. 120 C.proc.pen., și acesta recent „actualizat” de către legiuitor. Astfel, putem observa că legiuitorul a așezat „*dreptul de a nu declara fapte și împrejurări de fapt care, dacă ar fi cunoscute, l-ar incrimina*” după „*obligația de a da declarații conforme cu realitatea, atrăgându-i-se atenția că legea pedepsește infracțiunea de mărturie mincinoasă*”. În acest sens, s-ar putea considera că legiuitorul a reglementat o ierarhie a valorilor după care se ghidează procesul penal, așezând principiul aflării adevărului pe o treaptă superioară dreptului martorului la tăcere și neautoincriminare.

O astfel de interpretare, deși tentantă, ar conduce la nerespectarea art. 118 C.proc.pen., deoarece generalitatea dreptului ar fi redusă la situațiile enunțate anterior și s-ar ajunge la soluția anterioară deciziei Curții Constituționale, unde protecția martorului ar urma să fie valorificată după încălcarea dreptului la neautoincriminare, dezlegarea fiind evident deficitară³⁷ din perspectiva garanțiilor procesuale de care ar trebui să dispună martorul.

Raportat la forma anterioară a art. 118 C.proc.pen., în literatura de specialitate³⁸ s-a propus introducerea obligației organului judiciar de a opri audierea, atunci când martorul s-ar autoincrimina prin propriile declarații. Chiar dacă dintr-o perspectivă utopică această soluție pare potrivită pentru problema de drept analizată, considerăm că alegerea legiuitorului de a obliga organul judiciar să îi aducă la cunoștință martorului acest drept înainte de fiecare audiere este binevenită, oferind o protecție sporită acestui drept și implicit instituției procesului echitabil, chestiune susținută de unii autori chiar înainte de această schimbare³⁹.

Din cele expuse în art. 118 C.proc.pen. pare că acest drept ar putea fi exercitat de orice martor, soluție care ar putea afecta grav principiul aflării adevărului, în literatura de specialitate susținându-se (raportat la o astfel de posibilitate) că prăbușirea sistemului de justiție penală ar fi iminentă dacă martorii ar putea, în general, să refuze să depună mărturie⁴⁰.

Raportat la limitele acestui drept în actuala concepție a legiuitorului, considerăm că textul reprezintă o simplă evoluție a viziunii asupra dreptului martorului (suspect *de facto*) la tăcere și neautoincriminare. O astfel de reglementare poate să fie identificată și în dreptul italian unde, în art. 198 C.proc.pen. italian se statuează

32 Tr. Pop, *Drept procesual penal. Vol. 3. Partea generală (continuare). Acte, Termene, Nulități și Măsuri Procedurale, Probele*, Ed. Universul Juridic, București, 2019, p. 276.

33 M. Mares, A. Șandru, *op.cit.*, pp. 115-116.

34 Gh. Mateuș, *Procedură penală. Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2019, p. 542.

35 A. Șandru, *op.cit.*, p. 127.

36 C. McCormick, *McCormick on Evidence* § 118, Ed. Cleary, 1984, p. 287 *apud* D. Dolinko, *Is there a rationale for the privilege against self-incrimination?*, în *UCLA Law Review*, vol. 33, nr. 4/1985, p. 1066.

37 A. Șandru, *op.cit.*, p. 132.

38 *Ibidem*, p. 140.

39 D. Florian, *Dreptul martorului de a nu se autoincrimina, în lumina Deciziei Curții Constituționale nr. 236/2020. Aplicarea directă a prevederilor Constituției în cadrul procesului penal*, în *Penalmentele Relevante*, nr. 2/2021, p. 81, disponibil la <https://www.revista.penamente.ro/wp-content/uploads/2021/11/4D.pdf> (accesat la 13.01.2024).

40 H. Steward, *op.cit.*, p. 97.

că „*Martorul nu poate fi forțat să depună mărturie despre fapte din care ar putea rezulta atragerea răspunderii sale penale*”.

De asemenea, protecția se extinde și asupra noului suspect *de facto* prezentat anterior, prin intermediul art. 63 C.proc.pen. italian: „*Dacă, în fața autorității judiciare sau a poliției judiciare, o persoană neacuzată sau care nu este supusă unor investigații face declarații din care rezultă probe de criminalitate împotriva sa, autoritatea de procedură întrerupe examinarea, avertizând-o că urmare a unor astfel de declarații se pot efectua investigații împotriva sa și o invită să numească un apărător. Declarațiile anterioare nu pot fi folosite împotriva persoanei care le-a făcut.*”.

IV. IMPLICAȚII PRACTICE

În prezenta secțiune ne propunem să începem analiza cu modalitatea în care se va aplica acest text în contextul în care legiuitorul nu i-a oferit o limită expresă. O primă abordare ar fi aplicarea generală sau nelimitată a acestui drept, reversul monedei fiind crearea unei practici judiciare care poate fi considerată abuzivă, judecătorul ajungând să-și depășească atribuțiile devenind un pseudo-legiuitor. Această variantă secundară i-ar permite organului judiciar să condiționeze această exercitare de o aparență sau justificare a acestei stări de pericol. În cele din urmă, după analiza acestor posibilități, urmează să examinăm și art. 118 alin. (4) C.proc.pen. din perspectiva drepturilor avocatului suspectului *de facto*.

1. Aplicarea „generală”

Această soluție, deși controversată, reiese chiar din modificarea operată de către legiuitor, martorul având dreptul să nu declare fapte și împrejurări de fapt care, dacă ar fi cunoscute, l-ar incrimina. Formularea regăsită în cuprinsul art. 118 C.proc.pen., din punctul nostru de vedere, este raportată la procesul penal utopic, unde martorii ar exercita acest drept doar în cazul în care se află în pericol de a se autoincrimina. Prin urmare, se pune întrebarea care este rațiunea incriminării infracțiunii obstacol de mărturie mincinoasă prevăzută de art. 273 C.pen., dacă nu a existat nevoia limitării actualului art. 118 C.proc.pen.?

Această carență a textului evidențiază reglementarea deficitară a unui concept necesar, putând conduce la eficientizarea aflării adevărului, asigurând exonerarea persoanelor nevinovate⁴¹, prin crearea unui cadru optim pentru respectarea dreptului acestora la un proces echitabil. Totuși, în acest context martorul dobândește control asupra întregii proceduri, organul judiciar neavând informațiile necesare pentru a concluziona dacă refuzul este întemeiat pe acest pericol de autoincriminare sau dacă alegerea este determinată de reaua-credință a martorului. De asemenea, în literatura de specialitate s-a subliniat efectul acestui raționament ajungându-se ca organul judiciar să nu cunoască dacă acesta își exercită dreptul, pentru a-l proteja pe suspect/inculpat ori din alte considerente⁴².

Totuși, și dacă înțelegem consecințele acestei susțineri, din punctul nostru de vedere, raportat strict la textul art. 118 C.proc.pen., aceasta este interpretarea corectă. În lipsa unor intervenții legislative urgente, sistemul judiciar este în pericol de stagnare, deoarece nu există o protecție adecvată a principiului aflării adevărului în situația în care dreptul prevăzut la art. 118 C.proc.pen. se raportează în mod exclusiv la manifestarea de voință a martorului⁴³.

2. Aplicarea condiționată de aparență sau justificarea autoincriminării

O altă soluție ar fi condiționarea exercitării dreptului de riscul potențial de autoincriminare care reiese din actele prezente la dosar sau de o justificare a autoincriminării de către martor. O astfel de variantă a fost aleasă de către legiuitorul german.

În secțiunea 55 din C.proc.pen german se statuează că „*Martorii pot refuza să răspundă la orice întrebări ale căror răspunsuri i-ar supune pe ei sau pe unul dintre rudele lor, așa cum este indicat în secțiunea 52 (1), riscului de a fi urmăriți penal pentru o infracțiune sau o contravenție.*”.

41 D. Dolinko, *op.cit.*, p. 1074.

42 D. Florian, *op.cit.*, p.76.

43 J. Pradel, *Droit pénal comparé*, 4^e édition, Ed. Dalloz, Paris, 2016, p. 376.

În acest caz, legiuitorul german echivalează protecția martorilor cu cea a „*celor dragi*”⁴⁴, martorul neputând a fi obligat să dea o declarație care poate avea ca rezultat urmărirea penală a unei rude sau a propriei persoane.

Diferența majoră față de sistemul român actual constă în aceea că în secțiunea 56 C.proc.pen, german se statuează că „*Situația pe care un martor își bazează refuzul de a depune mărturie în cazurile prevăzute de secțiunile 52, 53 și 55 trebuie să fie motivată la cerere. O declarație sub jurământ a martorului este suficientă.*”.

După cum se poate observa, suspectului *de facto* i se impune să își motiveze alegerea, bineînțeles fără a se autoincrimina, declarația sub jurământ în sensul că acesta se afla în pericol de a se acuza fiind suficientă. În acest sens, din perspectiva C.pen. român, martorului i s-ar putea atrage răspunderea penală pentru favorizarea făptuitorului, infracțiune prevăzută de art. 269 C.pen., în cazul în care „abuzează” de dreptul lui la tăcere.

Din punctul nostru de vedere, o astfel de obligație nu este incompatibilă cu dreptul la un proces echitabil și nu lezează prezumția de nevinovăție a suspectului *de facto*, ci doar creează un echilibru între acest drept și principiul aflării adevărului.

O aplicare similară a acestui principiu o putem identifica de asemenea în dreptul italian. După cum am arătat anterior, în reglementarea acestui drept legiuitorul italian nu a definit expres o astfel de modalitate de control. Totuși, în doctrină⁴⁵, s-a arătat că atunci când martorul refuză să răspundă la o întrebare care l-ar autoincrimina, judecătorul îl poate obliga la justificarea acestei alegeri, cu limitarea evidentă că nu poate fi obligat să furnizeze informații care ar putea fi folosite împotriva sa. De asemenea, dacă judecătorul consideră că aceste justificări sunt neîntemeiate, poate reinnoi avertismentul martorului referitor la obligația de a spune adevărul⁴⁶.

O problemă care poate apărea în acest caz este situația în care din aceste justificări, organelor de urmărire penală, le sunt oferite unele indicii în urma cărora pot administra probe care conduc la condamnarea ulterioară a martorului suspect *de facto*. Singura soluție pentru a proteja eficiența exercitării a dreptului la apărare ar fi să considerăm că acestea sunt probe derivate ale unor probe obținute în mod nelegal, prin încălcarea dreptului martorului la neautoincriminare. Totuși, nu putem să nu observăm cum apărarea, aflată deja într-o poziție de inferioritate în procesul penal, trebuie să probeze această conexitate între „indiciile” oferite de martor și probele obținute ulterior, fiind o apărare afirmativă, sarcina formală a probei, fiind susceptibilă de inversare⁴⁷.

3. Drepturile avocatului persoanei audiate în calitate de martor

Conform art. 118 alin. (4) C.proc.pen. „*Dacă martorul se prezintă la audiere însoțit de un avocat, acesta poate asista la audiere*”. După cum s-a subliniat în literatura de specialitate, în practica judiciară sunt extrem de dese situațiile în care martorului nu îi este oferită posibilitatea de a beneficia de asistența unui avocat, organele de urmărire penală nepermițând prezența acestuia în cursul audierii sale⁴⁸. Aceeași autoare⁴⁹ a subliniat, corect din punctul nostru de vedere, că aceasta ar fi o limitare nepermisă de către legiuitor care, în prevederile art. 31 a statuat că „*Avocatul asistă sau reprezintă părțile ori subiecții procesuali în condițiile legii*”.

Pe de altă parte, în doctrină⁵⁰ s-a afirmat că acest drept necondiționat al martorului de a fi asistat de către un avocat în fața organelor judiciare, având inclusiv dreptul de a se consulta cu acesta în condiții de confidențialitate, pe tot parcursul audierii, nu este o alegere rațională, deoarece ar periclita grav principiul aflării adevărului, acesta având întâietate față de acest beneficiu adus martorului. Dacă am continua pe același raționament, raportat la reglementarea actuală, unde se specifică expres acest drept doar în cazul martorului în pericol de a se autoincrimina, am putea concluziona că la momentul actual sfera dreptului de a beneficia de asistență judiciară a fost restrânsă de legiuitor la acest caz concret, soluție văzută ca optimă⁵¹.

44 *Idem*, p. 377.

45 P. Tonini, *Manuale di procedura penale. Ventesima edizione*, Ed. Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, p. 300.

46 *Ibidem*.

47 M. Udroui, *op.cit.*, p. 30.

48 C. Scarlat, *op.cit.*, p. 89.

49 *Ibidem*.

50 Gh. Mateuș, *op.cit.*, p. 1065.

51 *Ibidem*.

Totuși, din punctul nostru de vedere, fără o intervenție explicită a legiuitorului în sensul limitării acestui beneficiu, considerăm că indiferent de existența unei astfel de stări de pericol, martorii pot fi asistați de către un avocat. În acest sens, subliniem situația analizată în cazul limitelor acestui drept la neautoincriminare, unde martorul se poate afla într-o situație în care are doar o vagă bănuială că se poate autoincrimina cu privire la săvârșirea unei infracțiuni cu un grad ridicat de abstractizare.

Bineînțeles, întrebarea care rămâne este dacă poate această asistență juridică, limitată din perspectiva acestei analize doar la martorul asistat cum este acesta prevăzut la art. 118 alin. (4) C.proc.pen., să fie și una eficientă, drepturile subiecților procesuali fiind mult mai reduse decât cele ale suspectului sau inculpatului.

În acest sens, considerăm și noi că legiuitorul a optat greșit pentru sintagma „*însoțit de avocat*”, aceasta fiind o formă preluată din limbajul comun de profan, denumirea corectă din punct de vedere juridic fiind de „*martor asistat*”⁵².

Din punctul nostru de vedere, diferența majoră dintre asistarea unui martor „normal” și a celui în pericol de autoincriminare este subliniată prin prisma acestui articol. Ca efect al acestuia, avocatul martorului în pericol de a se acuza va avea dreptul la consultarea dosarului, acesta neputând a fi restrâns în mod abuziv, conform prevederilor art. 94 alin. (1) C.proc.pen. Totuși, considerăm că până la obținerea calității de suspect sau inculpat acesta nu va putea asista la efectuarea unor acte de urmărire penală, raportat la actuala reglementare.

O soluție optimă ar fi diferențierea acestor efecte în funcție de starea de pericol care planează asupra martorului. Dacă acesta s-ar afla în pericol de a se autoincrimina cu privire la infracțiunea pentru care este audiat sau pentru o infracțiune conexă, avocatul acestuia ar trebui să dispună de toate drepturile avocatului suspectului sau inculpatului. Totuși, dacă pericolul este restrâns la cazul „noului suspect *de facto*”, prezentat de noi anterior, considerăm că dreptul supus analizei poate fi exercitat la eficiență maximă numai prin acordarea dreptului avocatului de a consulta dosarul cauzei. Această diferențiere ar putea fi considerată ca abuzivă din perspectiva restrângerii unor drepturi în cazul unor martori în pericol de autoincriminare. Pentru a combate această problemă considerăm că ar fi utilă introducerea dreptului martorului vulnerabil de a solicita să îi fie oferită calitatea de suspect sau inculpat, pentru a beneficia de exercitarea maximală a dreptului la apărare, exact ca în sistemul francez⁵³.

În dreptul francez, sistem portretizat în doctrină ca fiind timid⁵⁴ din perspectiva reglementării acestui drept, martorul asistat⁵⁵ beneficiază de posibilitatea de a fi asistat de un avocat în cursul audierilor. Acesta are de asemenea posibilitatea de a solicita un avocat din oficiu. Avocatul acestui martor vulnerabil va avea conform art. 113-3 C.proc.pen. francez, dreptul de acces la dosarul cauzei. O astfel de alegere, creează din punctul nostru de vedere un grad ridicat de previzibilitate a exercitării drepturilor procesuale, oferind un cadru restrâns (dar clar) din perspectiva exercitării dreptului la tăcere.

52 *Idem*, p. 1064.

53 A se vedea Art. 113-6 C.proc.pen. francez, potrivit căruia:

În orice moment al procedurii, martorul asistat poate, în timpul audierii sale sau printr-o scrisoare recomandată cu confirmare de primire, să solicite judecătorului de instrucție să fie pus sub acuzare; persoana este atunci considerată a fi sub investigație și beneficiază de toate drepturile apărării la cerere sau la trimiterea scrisorii recomandate cu confirmare de primire.

54 J. Pradel, *op.cit.*, p. 409.

55 Legiuitorul francez restrânge sfera de protecție a martorului în pericol de autoincriminare după prevederile art. 113-1 și art. 113-2 din C.proc.pen. francez, conform cărora:

Art. 113-1

Orice persoană menționată nominal într-un rechizitoriu introductiv sau într-un rechizitoriu suplimentar și care nu este inculpată poate fi audiată doar în calitate de martor asistat.

Art. 113-2

Orice persoană nominal vizată de o plângere sau pusă sub acuzare de către victimă poate fi audiată ca martor asistat. Când apare în fața judecătorului de instrucție, este obligatoriu audiată în această calitate dacă face această cerere; dacă persoana este nominal vizată de o plângere cu constituirea unei părți civile, este informată despre acest drept când apare în fața judecătorului de instrucție.

Orice persoană pusă sub acuzare de un martor sau împotriva căreia există indicii care fac probabil ca aceasta să fi participat, ca autor sau complice, la comiterea infracțiunilor de care este sesizat judecătorul de instrucție, poate fi audiată ca martor asistat.

V. O NOUĂ PERSPECTIVĂ ASUPRA DREPTULUI MARTORULUI LA TĂCERE ȘI NEAUTOINCRIMINARE

În baza analizei anterioare, considerăm că nu se impune modificarea art. 118 C.proc.pen., ci reglementarea unei proceduri speciale premergătoare audierii. În acest caz, propunerea noastră este fundamentată pe trei trepte distincte.

În primul rând, ar trebui reglementată obligația de motivare a temeiului pentru refuzul de a depune mărturie, precum în dreptul procesual german, după cum am arătat *supra*. Raportat la legislația națională, această modificare ar fi utilă pentru atragerea răspunderii penale pentru infracțiunea de favorizare a făptuitorului, în cazul în care acest drept este exercitat abuziv, martorul declarând neautentic că este în situația de a se autoincrimina. Această reglementare expresă nu ar aduce atingere posibilității de a dispune martorului să își motiveze, înainte de audiere, alegerea, așa cum s-a înrădăcinat pe cale jurisprudențială în dreptul italian, ci ar oferi claritate și previzibilitate în ocrotirea acestui drept.

În al doilea rând, se pot imagina ipoteze în care martorul consideră că este în pericol de a se autoincrimina, deși un asemenea risc este inexistent - discuția prezintă relevanță îndeosebi în contextul existenței unor infracțiuni cu un grad ridicat de abstractizare, precum art. 297 sau art. 298 C.pen. În acest caz, ar trebui adăugată o procedură specială premergătoare audierii. Această procedură ar trebui să aibă caracter subsidiar⁵⁶, nepublic, fiind obligatorie participarea unui judecător de drepturi și libertăți (în cursul urmăririi penale) sau de cameră preliminară (în etapa procesuală a camerei preliminare sau a judecății, altul decât cel căruia i s-a atribuit soluționarea cauzei) și a unui procuror. De asemenea, pentru eficientizarea ocrotirii drepturilor martorului vulnerabil, în cadrul acestei proceduri ar trebui să fie obligatorie desemnarea unui avocat din oficiu, bineînțeles dacă subiectul procesual nu are deja un avocat ales.

În cadrul acestei proceduri, martorul ar urma să dea declarația pe care ar fi oferit-o în cursul procedurii de audiere inițiale. Dacă la finalul acestei proceduri premergătoare audierii, judecătorul de drepturi și libertăți sau după caz de cameră preliminară, ar considera că acesta nu este în pericol de autoincriminare, ar putea dispune obligarea martorului la a da declarația în cauză, soluție care ar avea ca și cale de atac contestația. În cazul în care soluția judecătorului de drepturi și libertăți sau de cameră preliminară rămâne neschimbată, această declarație va fi atașată la dosarul cauzei.

În cadrul acestei propuneri poate fi identificată o ipoteză problematică, martorul putând să își schimbe declarația oferită inițial în procedura premergătoare audierii sau să refuze să dea declarația. În acest sens, în cazul refuzului de a da declarație, organul judiciar ar trebui să îl avertizeze asupra consecințelor faptei sale, urmând ca acesta să răspundă pentru infracțiunea de obstrucționare a justiției prevăzută în art. 271 C.pen. dacă își menține poziția anterioară.

Cu privire la ipoteza schimbării declarației, martorului i s-ar putea atrage răspunderea penală pentru infracțiunea de mărturie mincinoasă, în raport de declarația care poate fi catalogată ca mincinoasă (fapte nereale sau omisiunea de a spune tot adevărul, în legătură cu împrejurări esențiale cauzei).

În final, ca obstacol pentru „scurgerea” de informații spre alți reprezentanți ai Ministerului Public, pentru a încerca atragerea răspunderii penale a martorului protejat de această procedură sau a altor potențiali făptuitori, ar fi utilă adăugarea unei forme agravate la infracțiunea de divulgare a informațiilor secrete de serviciu sau nepublice, putând avea ca subiect activ special judecătorul sau procurorul implicați în respectiva procedură.

De asemenea, ar fi necesară introducerea unei forme asimilate la această infracțiune, pentru situația în care aceste informații ar fi exploatate în vederea obținerii unor probe împotriva altor persoane, asimilând divulgării propriu-zise și modalitatea exploatării acestor informații. În opinia noastră, fără existența acesteia, ar fi lezat dreptul la apărare al persoanelor menționate anterior, acestea neavând acces la declarația martorului din procedura premergătoare audierii, sarcina probării acestei proveniențe fiind imposibilă.

⁵⁶ În acest sens, considerăm că își va găsi aplicabilitatea numai în cazul în care martorul nu este pe deplin convins că prin declarația acestuia ar ajunge să se autoincrimineze pentru a proceda conform primei noastre propuneri.

VI. CONCLUZII

După cum am arătat anterior, din punctul nostru de vedere, această protecție suplimentară creată în beneficiul martorului, constituie o schimbare de optică pozitivă. Totuși, nivelul de abstractizare ridicat al art. 118 C.proc.pen. va conduce la diferite probleme de aplicare în practica judiciară, asupra cătorva reușind a ne apleca în prezenta analiză.

În acest fel, se poate observa cum unele interpretări ale textului, la momentul actual chiar corecte din punct de vedere juridic, pot conduce la blocarea sistemului judiciar, martorii având controlul suprem asupra desfășurării audierilor acestora. La acest moment, „ochii și urechile justiției” au posibilitatea de a nu furniza informațiile necesare eficientizării principiului aflării adevărului, fiind necesară adăugarea unor limitări exprese de către legiuitor sau a unor instrumente de ocrotire a principiului enunțat anterior, cum am prezentat în secțiunea precedentă.

Decizia Curții Constituționale nr. 236/2020, a trasat un contur general, chiar abstract, cu privire la exercitarea dreptului la tăcere și neautoincriminare de către martor. Această „foaie albă” oferită legiuitorului pentru a își exercita imaginația, s-a transpus în forma actuală a art. 118 C.proc.pen., în cadrul acestuia putând a se observa o alegere, de asemenea, acromatică.

BIBLIOGRAFIE/ REFERENCES

Dolinko D., *Is there a rationale for the privilege against self-incrimination?*, în *UCLA Law Review*, vol. 33, nr. 4/1985

Florian D., *Dreptul martorului de a nu se autoincrimina, in lumina Deciziei Curții Constituționale nr. 236/2020. Aplicarea directă a prevederilor Constituției in cadrul procesului penal*, în *Penalmente Relevant*, nr. 2/2021

Mareș M., Șandru A., *Mărturie mincinoasă. Dreptul la tăcere. Dreptul la apărare. Martor*, în *Pandectele Române*, nr. 4/2019

Mateuț G., *Procedură penală. Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2019

Pop Tr., *Drept procesual penal. Vol. 3. Partea generală (continuare). Acte, Termene, Nulități și Măsuri Procedurale, Probele*, Ed. Universul Juridic, București, 2019

Pradel J., *Droit pénal comparé, 4^e édition*, Ed. Dalloz, Paris, 2016

Redmayne M., *Rethinking the Privilege Against Self-Incrimination*, în *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 27, nr. 2/2007

Scarlat C., *Dreptul la tăcere și neautoincriminare al martorului*, în *Pandectele Române*, nr. 5/2018.

Șandru A., *Dreptul martorului de a nu se autoincrimina. Dreptul la tăcere în procesul penal*, în *Dreptul*, nr. 4/2018.

Steward H., *The privilege against self-incrimination: Reconsidering Redmayne's rethinking*, în *The International Journal of Evidence & Proof*, Vol. 20(2), 2016

Tanoviceanu I., Dongoroz V., et. alii, *Tratat de drept și procedură penală. Vol. IV. Procedură penală. Partea 1-a*, Tipografia „Curierul Judiciar”, București, 1925

Tonini P., *Manuale di procedura penale. Ventesima edizione*, Ed. Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019.

Udroiu M., *Sinteze de Procedură penală. Partea generală., ed. a 3-a., vol. I*, Ed. C.H. Beck, București, 2022