

Valentin CONSTANTIN

Există un *acquis* european în materia drepturilor fundamentale?

„Drepturile apărătorului”

Legea nr. 356/2006¹, prin care s-a modificat Codul de procedură penală, reprezintă, după opinia mea, un experiment nedorit, deși poate previzibil, deoarece calitatea, raporturile și agenda forțelor politice din societate, pe de o parte, și capacitatea de reacție a societății civile, pe de altă parte, îl susțin. Această lege a intrat în vigoare la începutul lunii septembrie curent. În ansamblu, substanța reformei normative este dominată de interesele și prioritățile administrației, iar acest fapt relativizează în mod semnificativ valorile care susțin sau ar trebui să susțină protecția drepturilor fundamentale. Voi încerca să comentez doar implicațiile unei singure norme, cea inserată la art. 99 din lege.

Acest text, care modifică art. 172 C. proc. pen., face o figură aparte deoarece *restrânge direct și explicit dreptul la apărare în cursul urmăririi penale*. Textul acum parțial abrogat de la art. 172 alin. (1) fusese introdus în anul 1990: „În cursul urmăririi penale, apărătorul învinutului sau inculpatului are dreptul să asiste la efectuarea oricărui act de urmărire penală și poate formula cereri și depune memorii”. În versiunea Legii nr. 356/2006 acest text a fost modificat astfel: „În cursul urmăririi penale, apărătorul învinutului sau inculpatului are dreptul să asiste la efectuarea oricărui act de urmărire penală care implică audierea sau prezența învinutului sau inculpatului căruia îi asigură apărarea și poate formula cereri și depune memorii”. Ceea ce este interesant este că actuala normă este mai defavorabilă acuzatului decât norma corespunzătoare din Codul de procedură penală din 1973 al statului totalitar.

Conform unei alte reglementări parțial abrogate prin Legea nr. 356/2006, dreptul de a asista la efectuarea tuturor actelor de urmărire penală le era recunoscut și apărătorilor părților vătămate, ai părților civile și ai părților responsabile civilmente. De ce au fost amputate simetric și drepturile pe care aceste părți le exercitau prin apărători este foarte greu de înțeles².

¹ Legea nr. 356/2006 pentru modificarea și completarea Codului de procedură penală, precum și pentru modificarea altor legi (Monitorul Oficial al României nr. 677 din 7 august 2006).

² În treacăt fie spus, o asemenea manieră de legiferare mi-a amintit de o pătrunzătoare observație care aparține unuia dintre cei mai importanți juriști ai secolului trecut: „este posibil să plătim un preț prea mare pentru dezvoltarea simetrică. Uniformitatea încetează să mai fie «*un bun*» atunci când devine uniformitate în opresiune. Interesul social servit de simetrie sau de certitudine trebuie atunci echilibrat de interesul social deservit de echitate, de imparțialitate și de alte elemente ale binelui social”. A se vedea *Benjamin Cardozo, The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, 1921, p. 112.

Tehnic vorbind, atât vechiul cât și noul art. 172 sunt marcate de același viciu liminar. Textele legale vorbesc de „drepturi ale apărătorului”. În realitate, atunci când un avocat participă la acte de urmărire penală o face în calitate de reprezentant al clientului său care este parte în procesul penal. Atunci când îl reprezintă pe acuzat, avocatul exercită drepturi fundamentale ale persoanei acuzate și care sunt circumscrise în „standardul procesului echitabil”. Nu avocatul are drepturi, pentru că nu avocatul este cel care face obiectul unui proces penal, ci învinuitul sau inculpatul, într-un cuvânt acuzatul. Acesta și celelalte părți la procesul penal își exercită drepturile procedurale printr-un reprezentant. Să califici acest drept ca fiind un drept al apărătorului reprezintă în sine fie o eroare legislativă, fie un abuz legislativ. Într-un stat totalitar marja de apreciere a legislatorului fiind practic nelimitată, acesta poate decide să transforme un drept fundamental al părților într-un drept instrumental al apărătorilor lor. Într-un stat de drept însă o asemenea mistificare ar trebui considerată ilicită. Nu poate fi la latitudinea avocatului dacă exercită sau nu un drept procedural instituit pentru protecția părții pe care o reprezintă și nu pentru protecția intereselor sale profesionale. În consecință, intenția anchetatorilor de a administra probe într-un dosar penal ar fi trebuit notificată tuturor părților din proces și nu doar avocaților lor. În plus, odată manifestată intenția de a exercita dreptul, ori de câte ori un avocat ales nu ar putea participa la acte de urmărire penală, cel puțin acuzatul, dacă nu și celelalte părți, ar fi trebuit reprezentat din oficiu. Însă chiar și imperfect instituit, dreptul acuzatului de a fi reprezentat de apărătorul său la toate actele de urmărire penală a constituit o garanție efectivă în scopul asigurării unei anchete cât mai neutre și cât mai imparțiale.

Așadar, în vechea reglementare acuzatul putea fi reprezentat în toate fazele urmăririi penale în procesul de administrare a probelor. Avocatul său putea participa *inter alia* la audierea martorilor, la audierea coinculpaților, a părților vătămate, la efectuarea expertizelor. Deși termenul „a asista” indică un rol mai curând pasiv al apărătorului în procesul de administrare a probelor, totuși, în practică, organele de urmărire penală permiteau apărătorului un rol activ. De exemplu, putea adresa întrebări martorilor sau coinculpaților, ceea ce reprezenta în fond o extindere a principiului contradictorialității, un principiu esențial al procesului echitabil în faza de urmărire penală. Vechiul art. 172 alin. (1) proteja prezumția de nevinovăție a acuzatului și drepturile legitime ale celorlalte părți într-un mod efectiv tocmai pentru că introducea principiul contradictorialității încă din faza incipientă a procesului penal și o făcea de o manieră nerestrictivă. În absența contradictorialității, dreptul la apărare redevine, cum spunea cineva, „o asistență ineficace constituțional”. Pe de altă parte, de data aceasta pe terenul „egalității armelor”, prezența avocatului la efectuarea tuturor actelor de urmărire penală nu permitea acuzării să abuzeze de avantajele pe care i le procură caracterul secret al fazei de urmărire penală și, de asemenea, să abuzeze de avantajele cadrului mai mult sau mai puțin intimidant în care se dau declarațiile. De pildă, să administreze în spatele ușilor capionate diverse stimulente negative (amenințări) sau pozitive (promisiuni) martorilor sau coinculpaților în scopul de a obține probe cât mai fiabile.

Procedura acuzatorială vs. procedura inchizitorială

Aceasta în condițiile în care procesul penal în România privit ca întreg nu este de natură să salvgardeze exercițiul drepturilor fundamentale deoarece a rămas, în esență, un proces de tip inchizitorial. Nu este desigur tipul inchizitorial clasic, care înfrânge orice exercițiu eficace al dreptului la apărare. Totuși, în faza de urmărire penală a procedurii inchizitoriale învinuitul sau inculpatul a rămas, cum observa cineva, prizonierul acuzatorului său care „are puterea să-l pună sub acuzare, să-l trimită în închisoare, să-l trimită în judecată sau să-l absolve de răspundere, să ordone expertize și investigări, să caute probe într-un sens sau altul”³.

Tipul inchizitorial clasic producea mărturisiri și vinovați, conform nevoilor variabile ale statului absolutist sau totalitar. În Europa continentală, mai precis în Europa occidentală postbelică, el s-a transformat semnificativ sub presiunea dreptului internațional al drepturilor omului. Declarația Universală, Convenția europeană a drepturilor omului (în continuare *Convenția*), jurisprudența Comitetului ONU și jurisprudența Curții de la Strasbourg au încercat să grefeze marile principii ale procedurii acuzatoriale (tipul de proces penal caracteristic democrațiilor anglo-saxone, un tip care acordă spațiul de manevră cel mai larg pentru exercițiul dreptului fundamental la apărare) pe structura inchizitorială. Prezumția de nevinovăție, egalitatea armelor între acuzare și apărare, dreptul inculpatului de a nu furniza declarații și altele sunt principii care aparțin procesului de tip acuzatorial. Toate acestea au fost introduse în sistemele de drept intern prin acțiunea dreptului internațional al drepturilor omului.

În sistemul de la noi, dacă faza de urmărire penală încetează să mai fie contradictorie în integralitatea ei, obligația legală a acuzării de a administra și probe în favoarea acuzatului rămâne un simplu text inefectiv, o simplă declarație cu consecințe iluzorii⁴.

În condițiile noii norme de la art. 172 alin. (1), singura, dar absolut singura garanție a inculpatului că va beneficia de o instrumentare corectă și echitabilă a cazului său rămâne prezumția de independență, de neutralitate și de imparțialitate pe care legea o atașează anchetatorului său.

Cât de serioasă este în condițiile date de la noi această garanție singulară a legii? Neutralitatea anchetatorilor este o noțiune care pretinde un „tip ideal” de atitudine a procurorului, o echidistanță față de acuzat și partea vătămată. Ca orice „tip ideal”, noțiunea de neutralitate este relativizată de o serie întregă de factori. La noi s-a bătut monedă aproape exclusiv pe lipsa de independență politică a procurorului, deși nu presiunea politică este cel mai important factor care afectează neutralitatea anchetatorilor. O demonstrează jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului (CEDO).

Principalul pericol pentru acuzat îl reprezintă însăși logica anchetei inchizitoriale. Logica anchetei este descoperirea vinovaților și nu a inocenților, în consecință procurorul este determinat să producă probe în acuzare. Pe măsură ce anchetele

³ Daniel Soulez-Larivière, Les nécessités de l'accusatoire, Pouvoirs 55/1990, p. 70.

⁴ Art. 6 alin. (2) și art. 202 C. proc. pen.

trenează și pe măsură ce prezumțiile inițiale de vinovăție (care eventual au provocat și arestarea) se dovedesc superficiale sau fragile, procurorul se vede confruntat, din perspectiva evaluărilor ierarhice, dar și prin reacția publică, cu un eșec sau semi-eșec profesional. El este determinat uneori să forțeze nota, în speranța că va provoca *in fine* o mărturisire care să compenseze eventual absența probelor materiale. În tot cursul anchetei sunt prezenți sau pot interveni pe parcurs o serie de factori care este posibil să afecteze neutralitatea. Iar seria lor nu este una neglijabilă. Contează în economia anchetei: profilul psihologic personal al procurorului, profilul psihologic al colaboratorilor săi, gradul de toleranță al structurii ierarhice față de erorile profesionale, tipul de evaluare care se practică, profilul profesional, adecvarea pregătirii profesionale la complexitatea cazului, perspectivele de evoluție profesională ș.a.m.d.

Este dificil să consideri că rămâne indubitabil efectivă o *neutralitate* sau o *imparțialitate* care trebuie să se mențină intactă sau cât mai apropiate de tipul ideal, într-un context atât de complicat. În plus, neutralitatea și imparțialitatea au ca suport doar norme pur declarative, adică norme care nu suntacompaniate de norme efective de control.

Înclin să cred că în acest moment, la noi intervenția statului în exercițiul unor drepturi pe care le consideră a fi ale apărătorului este considerată acceptabilă atât în societatea civilă, cât și în opinia publică. Însă din perspectiva problematicei drepturilor omului, popularitatea unor reglementări este indiferentă. Aceste observații sociologice, desigur marginale, vor doar să sugereze că subiectul este, deși la prima vedere nu pare, unul important.

Restrângerea exercițiului unui drept fundamental

Voi încerca să răspund la întrebarea dacă modificarea legislativă operată prin Legea nr. 356/2006 este, *prima facie*: a) conformă cu litera și spiritul Convenției și, de asemenea, cu litera și spiritul jurisprudenței Curții de la Strasbourg și b) dacă norma este constituțională în sistemul nostru de drept intern. În ceea ce privește Convenția, discuția se poartă pe terenul art. 6, cel care garantează dreptul la un proces echitabil. Trebuie spus de la bun început că, exceptând drepturile inderogabile, majoritatea drepturilor garantate de Convenție sunt susceptibile de restricții și derogări. Restricțiile pot fi teoretic perpetue, derogările trebuie limitate în timp. Deși dreptul la un proces echitabil nu conține clauze explicite care să permită restricționarea sa, totuși, Curtea de la Strasbourg a admis că statele posedă o marjă de apreciere sau, altfel spus, o libertate de apreciere în reglementarea procedurilor (civilă și penală) care asigură substanța dreptului. Consecința practică este aceea că avem un standard minim european de protecție, nu însă și un standard uniform pentru toate statele părți la Convenție. Totuși, după știința mea, cu excepția cazurilor de adoptare a legislației împotriva terorismului, nu s-au semnalat în Europa alte intervenții legislative care să restrângă standardele naționale existente la data la care statele din regiune au devenit părți la Convenția europeană. De asemenea, nu știu ca vreo lege națională să fi restrâns în mod neechivoc câmpul de aplicare a vreunui drept fundamental al românilor după intrarea în vigoare a Convenției pentru România. Prin urmare, până la proba contrarie, intervenția legislatorului român care a

respins aplicarea generală a principiului contradictorialității în procesul penal este, se pare, una fără precedent.

Pot fi de acord că garanțiile oferite acuzatului în faza de urmărire penală în vechiul art. 172 alin. (1) chiar cu titlu de „drepturi ale apărătorului” erau superioare standardului minim acceptat de unele dintre țările membre ale Consiliului Europei și, posibil, chiar din unele țări din Uniunea Europeană. *Ar putea fi acesta considerat un motiv suficient sau o rațiune suficientă pentru diminuarea standardului câștigat de români? Este marja de apreciere recunoscută în mod tradițional statului de Curtea Europeană un motiv suficient pentru o astfel de practică restrictivă? Voi încerca să răspund la aceste întrebări.*

Conform Convenției, dreptul de ingerință al statului în exercițiul drepturilor fundamentale, *via* legislație sau în orice alt mod, este triplu condiționat: de existența unui scop legitim, de necesitatea ingerinței într-o societate democratică și de proporționalitatea între nivelul ingerinței și scopul legitim admis.

Era recenta modificare legislativă necesară într-o societate democratică? În hotărârea sa din 24 noiembrie 1993 (*Imbrioscia c. Elveția*), Curtea de la Strasbourg afirmase că garanțiile procesului echitabil prevăzute de art. 6 din Convenție trebuie aplicate încă din primele faze ale investigațiilor polițienești. Altfel, a spus Curtea, o violare inițială a garanțiilor protejate de art. 6 ar putea compromite caracterul echitabil al fazelor procedurale succesive și, până la urmă, ar putea compromite întregul proces. Sesizată în viitor cu o plângere împotriva României pentru restrângerea nelegitimă a dreptului la un proces echitabil, Curtea Europeană ar putea să constate că, *de plano*, conform Convenției, acest drept nu face parte din categoria celor al căror exercițiu ar putea fi restrâns. Dreptul fundamental la un proces echitabil este relativizat de marja de apreciere recunoscută statelor la data aderării la Convenție, însă nu este relativizat și prin posibilitatea de a institui în mod liber clauze de limitare a exercițiului dreptului. Standardul procesului echitabil, odată realizat la nivel național, face parte din *acquis*-ul dreptului european al drepturilor omului. Curtea a spus că „dreptul la o bună administrare a justiției ocupă un loc atât de important încât nu poate fi sacrificat pentru considerente de oportunitate” (*Kostovski c. Olanda* din 20 noiembrie 1989).

Controlul intern de constituționalitate nu ar trebui să conducă la concluzii *substanțial* diferite de controlul de conformitate al normei cu Convenția europeană. *Formal*, din perspectiva titularilor dreptului la un proces echitabil, el este mult mai eficace decât controlul subsidiar european. Substanțial, singura diferență între cele două tipuri de control ar fi aceea că baza juridică a neconstituționalității o constituie în mod direct norma constituțională violată și numai indirect, pe calea interpretării dreptului internațional al drepturilor omului, o constituie Convenția europeană. Aceasta este consecința art. 20 alin. (1) din Constituție.

La art. 24, Constituția noastră garantează dreptul la apărare „în tot cursul procesului”. Norma aceasta este redactată în termenii cei mai generali. Este incontestabil însă că sintagma „în tot cursul procesului” cuprinde și faza urmăririi penale și nu doar procesul judiciar. De asemenea, sintagma „tot cursul urmăririi” implică „orice act de urmărire penală”. În consecință, dreptul la apărare este garantat constituțional în tot

cursul urmăririi penale și există un acord între vechea reglementare din Codul de procedură penală și Constituție. Odată ce dreptul la o procedură contradictorie în faza de urmărire penală a fost admis în legislația noastră, el face parte din standardul național al procesului echitabil, iar restrângerea exercițiului său poate fi reglementată doar în condițiile art. 49 din Constituție. Acest ultim text admite la alin. (1), în principiu, restrângerea unui drept fundamental în interesul „desfășurării instrucției penale”. Cei care au proiectat modificarea Codului de procedură penală s-au considerat suficient de protejați de umbrela acestui text. Însă art. 49 alin. (1) din Constituție a apărut după revizuirea din 2003 și este inspirat de Convenție. El a subordonat în alin. (2) restrângerile drepturilor fundamentale și le-a declarat valide doar în ipoteza în care sunt necesare într-o societate democratică și în ipoteza în care se conformează principiului proporționalității.

Necesitatea restrângerii exercițiului unui drept fundamental într-o societate democratică este o condiție care obligă legislatorul și/sau judecătorul actelor legislative să răspundă tranșant la o întrebare relativ simplă: în ce împrejurări sau în ce condiții trebuie să cedeze valorile fundamentale ale societății democratice în fața politicilor publice ale statului? Această întrebare nu are sens în statul totalitar, deoarece politicile publice sunt cele care alocă valorile în sistem. Statul totalitar este cel în care legislatorul este nelimitat. În statul totalitar indivizii posedă în raporturile cu suveranul doar drepturi private. În schimb, într-un stat organizat conform principiului preeminenței dreptului (*rule of law*) indivizii posedă alături de drepturi private și drepturi publice. Materia drepturilor fundamentale este materia în care atât statul, cât și cetățenii posedă deopotrivă drepturi publice⁵. De abia într-un sistem statal guvernat de principiul preeminenței dreptului există drepturi *erga omnes* ale persoanelor private în sensul deplin al cuvântului, în măsura în care drepturile acestor persoane sunt opozabile nu numai celorlalți indivizi și asocierilor private ale acestora, ci și tuturor persoanelor de drept public, inclusiv statului. Acesta este motivul pentru care statul este *obligat* să justifice necesitatea și proporționalitatea ingerinței legislative în sfera acestor drepturi.

Un drept câștigat pentru drepturile omului

Conform jurisprudenței Curții de la Strasbourg, pe care, de regulă, Curtea Constituțională o urmează, o ingerință este necesară atunci când este singura aptă să realizeze scopul urmărit și este proporțională atunci când nu aduce atingere substanței dreptului în sfera căruia interferează. Uneori Curtea Europeană a considerat că proporționalitatea este un corolar al necesității (*Handyside c. Regatul Unit* din 7 septembrie 1976). În alte cazuri a analizat necesitatea și proporționalitatea ca două condiții autonome. Acesta este, se pare, punctul de vedere adoptat de Constituția noastră.

Într-un stat de drept scopurile unei legi trebuie să fie accesibile destinatarilor. Ar fi imprudent să susții că o legislație care modifică norme de procedură penală ar putea avea scopuri auto-evidente. În cazul nostru nu există explicație care să auten-

⁵ *Norberto Bobbio, L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1992, p. 61.

tifice scopurile urmărite de legislator. Până când într-o procedură de contencios constituțional Guvernul (promotorul normelor) și cele două camere ale Parlamentului vor expune Curții punctele lor de vedere oficiale în legătură cu scopul legii, nu se poate face o analiză precisă a celor două condiții. Care ar putea fi scopul legitim pentru care avocatul unui acuzat să nu poată participa la audierea unui martor, altul decât acela de a crește gradul de confort al acuzării? Ce pericol pentru integritatea mărturiei aduce prezența apărătorului acuzatului? Dacă am putea accepta că pericolul social pe care îl prezintă acuzatul contaminează prin contradictorialitate într-o asemenea măsură succesul anchetei încât trebuie eliminat, totuși care ar putea fi scopul legitim pentru care o parte vătămată, de exemplu, prin gestiune frauduloasă sau prin imprudență culpabilă nu mai trebuie să participe la urmărirea penală?

Totuși, există, ca să folosim limbajul penal, câteva indicii. Într-un interviu – reacție la unele critici aduse legii – ministrul justiției a invocat drept scopuri ale recentelor reglementări transgresarea unor dificultăți pe care le au procurorii anchetatori. Deși se referea la problematica interceptărilor telefonice, cred că același scop general l-a urmărit și restrângerea aplicării principiului contradictorialității. Atunci când s-a referit la tipologia infracțională, oficialul guvernamental a nominalizat traficul de droguri și infracțiunile de corupție. Dacă acestea au fost scopurile, atunci restrângerea exercițiului drepturilor fundamentale nu poate fi considerată necesară numai din perspectiva lor. Eficacitatea operațională a parchetelor nu este în niciun caz „o nevoie socială imperioasă” de natură să confere statelor o marjă de apreciere care să includă printre politicile publice și restrângerea drepturilor fundamentale. Nimeni nu a demonstrat că eficacitatea urmăririi penale este prejudiciată în primul rând de exercițiul plenar al drepturilor fundamentale. Acest scop declarat seamănă mai curând cu un scop reconstruit *ex post facto* decât cu scopul real. Pentru că nimeni nu ar putea argumenta în mod credibil că modificarea standardului procesului echitabil în România este singura soluție care conduce la optimizarea activității parchetelor.

Dincolo de constituționalitatea internă sau de conformitatea punctuală cu obligațiile internaționale asumate de România, art. 99 din Legea nr. 356/2006 implică o chestiune de principiu care mi se pare interesantă. În ce măsură un stat membru la un aranjament internațional care are ca scop neechivoc creșterea nivelului de protecție a libertăților fundamentale poate să diminueze propriul său standard de protecție pe care îl posedă la data intrării în aranjamentul instituțional, în cazul nostru o „comunitate europeană de drept”. Întrebarea este dacă standardul național reprezintă sau nu un *acquis* în domeniul protecției drepturilor fundamentale și care trebuie considerat sau nu ca un „standard câștigat” sau, altfel spus, un nivel de protecție câștigat pentru întreaga comunitate. Un argument în favoarea *acquis*-ului este acela că sistemul european nu este guvernat de reciprocitate. Statele nu-și pot compara standardele de protecție pe care le garantează. Scopul Convenției și al jurisprudenței de la Strasbourg este creșterea continuă a standardelor naționale. Dacă curțile constituționale și Curtea de la Strasbourg vor accepta ideea unui libere circulații normative în interiorul sistemelor de drept, în care extinderea garanțiilor poate alterna cu restricții legitimate de rațiuni de oportunitate, atunci probabil că scopurile Convenției și ale Cartei UE vor fi serios

compromise. În ce mă privește, consider că un comportament legislativ care nu se autolimitează din perspectiva *acquis*-ului din materia drepturilor fundamentale suferă de incongruență normativă și inconsistență logică dacă îl raportăm la scopurile sistemului european. În consecință, după opinia mea, un drept procedural așa cum este dreptul acuzatului de a fi asistat de apărător la toate actele de urmărire penală trebuie considerat ca fiind un drept câștigat pentru drepturile omului, iar un standard național de protecție trebuie să posede o imunitate relativă față de scopurile legislatorilor interni.