

**R O M Â N I A**  
**TRIBUNALUL BIHOR**  
**SECȚIA PENALĂ**

Operator de date cu caracter personal – 9009

**Dosar nr. 8288/271/2020/a1**

**ÎNCHEIERE**

Ședința camerei de consiliu din data de 25.01.2021

Completul constituit din:

Președinte – judecător de cameră preliminară: -

Judecător de cameră preliminară: -

Grefier: -

Ministerul Public este reprezentat de procuror - din cadrul Parchetului de pe lângă Tribunalul Bihor

*Ședința de judecată este înregistrată cu mijloace tehnice audio potrivit dispozițiilor art. 369 alin. (1) Cod procedură penală.*

Pe rol se află judecarea contestației formulată de Parchetul de pe lângă Judecătoria Oradea, împotriva încheierii penale nr. 1672/15.10.2020, pronunțată de judecătorul de cameră preliminară din cadrul Judecătoriei Oradea, având ca obiect măsuri și excepții dispuse de judecătorul de cameră preliminară.

La primul apel nominal făcut în ședința camerei de consiliu este lipsă inculpatul - și av. ales -

Procedura de citare este legal îndeplinită.

S-a făcut referatul cauzei de către grefierul de ședință care învederează completului aspectele de mai sus, după care:

La al doilea apel nominal făcut în ședința camerei de consiliu se prezintă pentru inculpatul -, lipsă, av. -, în substituirea av. -.

Procedura de citare este legal îndeplinită.

S-a făcut referatul cauzei de către grefierul de ședință care învederează completului aspectele de mai sus, după care:

Președintele completului de judecată pune în vederea participanților la procesul penal faptul că instanța unește cele două excepții invocate de către apărare cu fondul, una prin care a solicitat sesizarea Curții Constituționale și o altă cerere cu privire la sesizarea Înaltei Curți de Casație și Justiție.

***Nemaifiind alte cereri sau excepții, președintele de complet - judecător de cameră preliminară acordă cuvântul în dezbaterile contestației formulate.***

**Reprezentantul Ministerului Public**, având cuvântul, solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată, desființarea încheierii nr. 1672/15.10.2020 a Judecătoriei Oradea, respingerea cererilor și excepțiilor formulate în cauză de către inculpat, precum și aplicabilitatea disp. Art. 346 (2) CPP privind începerea judecății.

Astfel, reprezentantul Ministerului Public susține faptul că organul de cercetare poate deveni organ de urmărire penală, în mod succesiv, cei doi agenți au întocmit procesul-verbal

de constatare, participând la activități privind asigurarea siguranței traficului rutier, au oprit regulamentar un autoturism unde au constatat ulterior săvârșirea infracțiunii de către inculpatul -, iar ulterior au început urmărirea penală în rem. Arată că din moment ce dețin calități de poliție judiciară, nu există nicio dispoziție legală care să interzică acest lucru, calitatea de martor nu poate fi dobândită prin efectul legii, organul judiciar urmând să aprecieze asupra utilității și concludenței probei respective. Mai arată că în conformitate cu prevederile art. 64 alin. 1 lit. c CPP, incompatibilitatea putând interveni ulterior audierii ca martor, cei doi polițiști având obligația întocmirii actelor urgente.

De asemenea, reprezentantul Ministerului Public înțelege să invoce și dispozițiile cuprinse în Decizia nr. 243/2018 a Curții Constituționale, apreciind că nu există incompatibilitate pentru a putea fi audiat ulterior ca martor organul de cercetare penală, sens în care solicită admiterea contestației formulate.

Av. -, pentru inculpatul - solicită respingerea contestației formulate de către Parchetul de pe lângă Judecătoria Oradea și menținerea încheierii nr. 1672/15.10.2020 a Judecătoriei Oradea.

În opinia sa, cele două calități despre care se face vorbire, cea de agent constator și cea de organ de urmărire penală nu pot fi întrunite în aceeași cauză, având în vedere că agenții constatori au constatat în mod nemijlocit faptele nu mai pot exercita alte acte procesuale ulterior în cauză, incumbându-i obligația de a înainta de îndată actele procesuale, procesul verbal împreună cu mijloacele materiale de probă organului de urmărire penală conform art. 61 alin. (4) Cpp, iar acest organ de constatare poate dobândi doar calitatea prevăzută de art. 114 alin. (1) Cpp. Consideră că acești agenți constatori au avut atât calitatea de organ constator, cât și de organe de urmărire penală, astfel încât în mod nelegal a fost întocmită ordonanța de începere a urmăririi penale, cât și celelalte subsecvente.

În ceea ce privește excepția de neconstituționalitate, solicită sesizarea Curții Constituționale cu privire la verificarea prevederilor art. 65 (1) raportat la art. 64 (1) lit. c) Lg. 135/2010 privind Codul de Procedură Penală, care vizează lipsa prevederilor privind incompatibilitatea organului de cercetare penală care a avut și calitatea de organ de constatare în cauză, menționând faptul că până în prezent Curtea Constituțională nu a mai fost sesizată cu o asemenea cauză în care să fi pronunțat o soluție de admitere, motiv pentru care arată că această sesizare are legătură cu obiectul prezentei cauzei și este formulată de o persoana direct interesată.

În ceea ce privește sesizarea Înaltei Curți de Casației și Justiție în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile, cu privire la chestiunea de drept, solicită sesizarea Înaltei Curți de Casației și Justiție și arată că prezenta cauză se află în stadiul procesual al contestației, soluția care urmează a fi pronunțată fiind definitivă și nu a mai fost pronunțată o hotărâre preliminară cu privire la această chestiune. Solicită acordarea unui termen scurt de pronunțare.

Reprezentantul Parchetului arată că este de acord cu admiterea celor două sesizări.

***Președintele completului – judecător de cameră preliminară declară închise dezbaterile asupra cauzei și rămâne în pronunțare.***

#### JUDECĂTORII DE CAMERĂ PRELIMINARĂ

Având nevoie de timp pentru a delibera, în temeiul art. 391 alin. (1) Cod procedură penală, va stabili pronunțarea în cauză la data de 27.01.2021.

PENTRU ACESTE MOTIVE,  
ÎN NUMELE LEGII  
DISPUN:

Stabilește pronunțarea în cauză la data de 27.01.2021

Pronunțată în ședința camerei de consiliu din data 25.01.2021.

**Președinte-judecător de cameră preliminară,**

-

**Judecător de cameră preliminară,**

-

**Grefier,**

-

/28.01.2021

**R O M Â N I A**  
**TRIBUNALUL BIHOR**  
**SECȚIA PENALĂ**

Operator de date cu caracter personal – 9009

**Dosar nr. 8288/271/2020/a1**

**ÎNCHEIEREA PENALĂ NR. 20/CCPF/2021**

Ședința camerei de consiliu din data de 27.01.2021

Completul constituit din:

Președinte – judecător de cameră preliminară: -

Judecător de cameră preliminară: -

Grefier: -

Ministerul Public este reprezentat de procuror - din cadrul Parchetului de pe lângă Tribunalul  
Bihor

Pe rol se află judecarea contestației formulată de Parchetul de pe lângă Judecătoria Oradea, împotriva încheierii penale nr. 1672/15.10.2020, pronunțată de judecătorul de cameră preliminară din cadrul Judecătoriei Oradea, având ca obiect măsuri și excepții dispuse de judecătorul de cameră preliminară.

Se constată că dezbaterrea în fond a cauzei a avut loc la data de 25.01.2021, când participanții la procesul penal prezenți au pus concluzii ce au fost menționate în încheierea de ședință de la acea dată, încheiere ce face parte integrantă din prezenta hotărâre și când s-a amânat pronunțarea pentru data de 27.01.2021, zi în care s-a pronunțat prezenta hotărâre.

**JUDECĂTORII DE CAMERĂ PRELIMINARĂ**  
deliberând,

**Constată că:**

***Prin Încheierea penală nr. 1672/15.10.2020 judecătorul de cameră preliminară din cadrul Judecătoriei Oradea,***

În baza art. 345 alin. 2, art.346 alin.3 lit. b) Cod procedură penală rap. la art. 281 și art.280 alin.2 Cod procedură penală, cu referire la art.114 alin. 4 Cod procedură penală, a constatat nulitatea absolută a Ordonanței de începere a urmăririi penale din data de 09.04.2019 cu privire la săvârșirea infracțiunii de *refuz de recoltare a mostrelor biologice*, prev. de art. 337 Cod penal și, în consecință, a tuturor actelor de urmărire penală întocmite în dosarul nr. 1989/P/2019 al Parchetului de pe lângă Judecătoria Oradea.

În baza art. 280 alin.2 cu referire la art.102 alin.3 Cod procedură penală a constatat nulitatea absolută a tuturor mijloacelor de probă administrate în dosar nr. 1989/P/2019 al Parchetului de pe lângă Judecătoria Oradea și dispune, în consecință, excluderea lor juridică și materială.

În baza art. 345 alin. 2 rap. la art.346 alin. 4 ind. 2 Cod procedură penală, a dispus restituirea cauzei la Parchetul de pe lângă Judecătoria Oradea, cu mențiunea că singurul act valabil întocmit este Procesul-verbal de constatare a infracțiunii flagrante din data de 09.04.2019.

***Pentru a pronunța această soluție, judecătorul de cameră preliminară de la Judecătoria Oradea a avut în vedere următoarele:***

A constatat că la data de 25.06.2020 a fost înregistrată la Judecătoria Oradea, sub nr. de dosar 8288/271/2020 cauza privind pe inculpatul -, trimis în judecată prin rechizitoriul din 22.06.2020, emis în dosar nr. 1989/P/2019 al Parchetului de pe lângă Judecătoria Oradea, pentru săvârșirea infracțiunii de refuz sau sustragere de la prelevarea de mostre biologice, prev. de art. 337 Cod penal.

Conform art. 344 al. 2 Cod procedură penală, s-a comunicat inculpatului - un exemplar al copiei certificate a rechizitoriului, cu mențiunea că poate formula cereri și excepții cu privire la legalitatea sesizării instanței cu rechizitoriul, cu privire la legalitatea administrării probelor și a efectuării actelor de urmărire penală, în termen de 20 de zile de la primirea acestuia.

**I. Inculpatul a formulat cereri sau excepții** în cursul procedurii de cameră preliminară cu privire la legalitatea sesizării instanței, administrării probelor și a efectuării actelor de urmărire penală, prin care a solicitat, în temeiul art. 342 și urm. C. proc pen, rap. la art. 280 - 282 C.pr.pen. și art. 102. alin. (2) C.pr.pen, a se constata nulitatea următoarelor acte procesuale: ordonanța de începere a urmăririi penale din data de 9 aprilie 2019 dispusă de organele de cercetare penală - și - din cadrul Serviciului Rutier Bihor; ordonanța de efectuarea în continuare a urmăririi penale față de suspect din 15 mai 2019; ordonanța de punere în mișcare a acțiunii penale din data de 6 ianuarie 2020.

*În principal*, inculpatul a solicitat a se dispune excluderea tuturor mijloacelor de probă administrate în prezenta cauză ca urmare a nulității principalelor acte procesuale, iar *în subsidiar* a solicitat a se dispune excluderea celor 2 acte întocmite de organele de constatare/cercetare penală denumite „raport din 08.11.2019 întocmit de -” și „raport din 19.11.2019 întocmit de -”, excluderea de la dosarul cauzei a înregistrărilor efectuate de organul de constatare/organul de cercetare penală cu telefonul mobil personal, precum și a procesului-verbal de vizionare a imaginilor ca probă derivată.

În justificarea solicitărilor sale, cu referire la nulitatea ordonanței de începere a urmăririi penale din data de 9 aprilie 2019 dispusă de organele de cercetare penală - și - și a ordonanței de efectuarea în continuare a urmăririi penale față de suspect din data de 15 mai 2019 emisă de proc. - și ordonanța de punere în mișcare a acțiunii penale din 6 ianuarie 2020, inculpatul a arătat, în fapt, că la data de 9 aprilie 2019 organele de constatare - și -, ambii din cadrul Serviciului Rutier Oradea, s-au sesizat cu privire la fapta ce face obiectul prezentului dosar, astfel încât aceștia au încheiat procesul verbal de constatare din 09 aprilie 2019 în temeiul art. 61 Cod.proc.pen. În conținutul acestui proces verbal de constatare, se arată cu lux de amănunte consumarea unei infracțiuni flagrante de refuz de recoltare mostre biologice de sânge, faptă presupus a fi săvârșită de inculpatul -

Se menționează de inculpat că, în aceeași zi, la data de 9 aprilie 2019, organele de constatare, numiții - și -, „se transformă” din punct de vedere procesual, în organe de cercetare penală, dispunând începerea urmăririi penale în cauză asupra faptelor pe care tot aceștia le-au constatat cu propriile simțuri în dimineața zilei de 9 aprilie 2019. În acest context devine incidentă decizia nr. 302/2017 a Curții Constituționale, care reglementează un caz de nulitate absolută privitor la nerespectarea dispozițiilor legale în ceea ce privește competența funcțională, materială și după calitatea persoanei a organului de urmărire penală.

Susține inculpatul că se poate constata din lecturarea actelor procesuale că există o încălcare a normelor de competență exact de la debutul prezentei cauze, arătând că atunci când un organ de constatare precum cel prevăzut la art. 61 alin. 1 lit. „c” - în speță organ de ordine publică (poliție/jandarmerie) constată săvârșirea unei infracțiuni în mod nemijlocit, devin incidente prev. art. 293 care reglementează constatarea infracțiunii flagrante.

În acest sens, inculpatul arată că, atât art. 61 alin. 4, care se adresează în genere organelor de constatare care au suspiciuni rezonabile privind săvârșirea unei infracțiuni cât și art. 293 alin. 4, care se adresează aceluiași organe de constatare, care însă au perceput nemijlocit săvârșirea faptei, au obligația de a încheia un proces verbal de constatare a infracțiunii, în cazul celei din urmă chiar un proces verbal de constatare a infracțiunii flagrante, sens în care automat calitatea acestor organe de

constatare, în dosarul format ca urmare a sesizării acestora, se rezumă doar la calitatea de martor, neputând efectua acte de urmărire penală în cauză sau să li se atribuie calitatea de organ de cercetare penală în aceeași cauză, calitatea de martor având întâietate atât față de calitatea de organ de cercetare penală cât și față de calitatea de avocat sau judecător. În acest sens, dat fiind faptul că aceste organe de constatare au perceput nemijlocit activitatea desfășurată de făptuitori, evident că dobândesc calitatea de martor în procesul penal și nu orice altă calitate, percepția nemijlocită asupra faptei fiind anterioară întocmirii vreunui act de sesizare ori act de urmărire penală în cauză.

De aceea, subliniază inculpatul, atât art. 64 alin. 4 cât și art. 293 alin. 3 Cod proc.pen. prevăd obligația imperativă a organelor de constatare de a înainta de îndată procesul-verbal întocmit în asemenea condiții organului de urmărire penală, care este singurul îndrituit să efectueze acte de urmărire penală. Mai mult, art. 114 alin. (4) cod proc.pen. arată că pot fi audiate în calitate de martor și persoanele care au întocmit procese-verbale în temeiul art. 61 și 62, desprinzându-se cu ușurință concluzia că organele de constatare nu pot avea decât calitatea procesuală de martor în procesul penal, putând fi audiate în acest sens, întrucât art. 65 prin raportare la 64 Cod penal arată că, organul de cercetare penală este incompatibil să efectueze acte în cauză atunci când a fost, conform alin. (1) lit. „c” al art. 64 - martor în procesul penal.

Astfel, inculpatul arată că există o diferență procesuală diferită de modalitatea sesizării din oficiu prevăzută de art. 294 Cod proc. pen. și cea a constatării infracțiunii flagrante prevăzută de art. 293 Cod proc.pen ori a constatării săvârșirii infracțiunii în condițiile art. 61 cod proc.pen., această distincție fiind oferită chiar de art. 288 care prevede că organul de urmărire penală este sesizat prin „plângere sau denunț, prin acte încheiate de alte organe de constatare prevăzute de lege ori se sesizează din oficiu”.

Consideră inculpatul că atunci când un organ de urmărire penală se sesizează din oficiu, el este îndrituit să efectueze acte de urmărire penală, însă atunci când un organ de constatare care percepe în mod nemijlocit faptele și încheie un proces verbal de constatare a infracțiunii flagrante nu mai poate exercita acte procesuale în cauză, incubându-i obligația de a înainta procesul-verbal organului de urmărire penală, urmând ca organul de constatare să dobândească singura calitate procesuală posibilă, adică cea de martor în condițiile art. 114 alin. (5) cod proc.pen.

Prin urmare, susține inculpatul, se impune constatarea nulității ordonanței de începere a urmăririi penale din 9 aprilie 2019 emisă de organele de urmărire penală - și -, care inițial au fost organe de constatare, fiind evident că și actele subsecvente urmează același regim juridic, impunându-se desființarea acestora.

*Cu privire la excluderea celor două acte denumite „raport din 08.11.2019 întocmit de -” și „raport din 19.11.2019 întocmit de -”* inculpatul arată că acestea nu au valoare juridică și nu pot fi folosite în procesul penal. Solicită inculpatul a se avea în vedere că nici măcar nu există un act de administrare al celor două mijloace de probă (filele 28 - 34) menționate în rechizitoriu și de care parchetul se folosește în acuzare, în acest caz singura soluție legală fiind de a exclude de la dosarul cauzei aceste mijloace de probă întocmite pro causa, de către organe de constatare/cercetare penală inițiale cu încălcarea normelor de procedură și a competenței funcționale astfel cum este recunoscută aceasta prin decizia nr. 302/2017 a CCR.

Inculpatul solicită, de asemenea, excluderea mijlocului de probă constând în DVD-ul pus la dispoziție de către organul de constatare/organul de cercetare penală inițial, numitul -, arătând că această chestiune de nelegalitate a administrării la dosar a înregistrărilor audio-video efectuate cu mijloace proprii de către - derivă din lipsa extragerii probei printr-un procedeu informatic apt să asigure autenticitatea înregistrării video, respectiv printr-o percheziție informatică autorizată de judecătorul de drepturi și libertăți.

În susținerea acestei opinii inculpatul invocă minuta întâlnirii reprezentanților ICCJ cu președinții secțiilor penale ale curților de apel de la Brașov din 4-5 iunie 2015.

În altă ordine de idei, inculpatul susține că nu rezultă cum au ajuns aceste înregistrări la dosarul cauzei având în vedere faptul că nu există un proces verbal de predare primire a suportului optic pe care organul de cercetare penală - l-a vizionat.

***Analizând actele și lucrările dosarului prin raportare la obiectul procedurii de cameră preliminară, prevăzut de art. 342 Cod procedură penală, judecătorul de cameră preliminară de***

*la instanța de fond* a reținut că prin rechizitoriul din data de 22.06.2020, emis în dosar nr. 1989/P/2019 al Parchetului de pe lângă Judecătoria Oradea, s-a dispus trimiterea în judecată a inculpatului -, pentru săvârșirea infracțiunii de refuz sau sustragere de la prelevarea de mostre biologice, prev. de art. 337 Cod penal.

În esență, în actul de sesizare s-a reținut de către procuror în sarcina inculpatului - faptul că în data de 09.04.2019, în jurul orei 08.00, a condus autoturismul marca Mercedes cu numărul de înmatriculare -, pe DC 77 Nojorid-Livada de Bihor, și fiind depistat de organele de poliție a fost testat cu aparatul alcooltest, rezultând o valoare de 0,68 mg./l alcool pur în aerul expirat, iar ulterior, fiind condus la S.M.L. Bihor, a refuzat recoltarea de probe biologice de sânge în vederea stabilirii alcoolemiei.

În dovedirea situației de fapt s-au reținut de către procuror următoarele mijloace de probă și acte procedurale/procesuale: proces-verbal de constatare a infracțiunii flagrante (f. 20-21); rezultat alcooltest și proces-verbal refuz de recoltare (f. 21-22); raport de folosire a forței și a mijloacelor din dotare (f. 24-26); rapoartele întocmite de către polițiștii constataatori, insp. Pr. -și Asp. - (f. 28-34); proces-verbal de vizionare a imaginilor video și suportul optic aferent (f.37); proces-verbal de vizionare a imaginilor video și suportul optic aferent, proces-verbal predare primire DVD cu înregistrări (f. 165-169); declarațiile inculpatului - (f. 54-57, 60-68); declarațiile martorei - (f. 71-79, 172-177); declarațiile martorului - (f. 80-89, 178-183); declarația martorei - (f. 89-93); declarația martorului - (f. 94-98); declarația martorei - (f. 185-191); declarația martorului - (f. 192-195); fișă de cazier rutier (f. 122); fișă de cazier judiciar (f. 123);

*Referitor la cererea principală a inculpatului*, de a se constata nulitatea următoarelor acte procesuale: ordonanța de începere a urmăririi penale din data de 9 aprilie 2019 dispusă de organele de cercetare penală - și - din cadrul Serviciului Rutier Bihor; ordonanța de efectuarea în continuare a urmăririi penale față de suspect din 15 mai 2019; ordonanța de punere în mișcare a acțiunii penale din data de 6 ianuarie 2020 și de a se dispune excluderea tuturor mijloacelor de probă administrate în prezenta cauză ca urmare a nulității principalelor acte procesuale, judecătorul de cameră preliminară din cadrul Judecătoriei Oradea a reținut următoarele:

În speță, la data de 09.04.2019 a fost întocmit de către agentii constataatori insp. pr. -și a.s.p. -, ambii din cadrul Serviciului Rutier Oradea actul de constatare a săvârșirii prezumtivei infracțiuni prev. art.337 Cod penal din data de 09.04.2019 (*Procesul-verbal de constatare a infracțiunii flagrante-filele 20-21 dosar up*). În esență, în conținutul acestui proces verbal de constatare se arată cu lux de amănunte consumarea unei presupuse infracțiuni flagrante de refuz de recoltare mostre biologice de sânge, fapta presupus a fi săvârșită de inculpatul - la data de 09.04.2019.

În continuare, aceiași agenți constataatori, insp. pr. - și a.s.p. - în calitate de organe de cercetare penală, *dispun prin ordonanța din data de 09.04.2019 începerea urmăririi penale* în cauză cu privire la infracțiunea de refuz sau sustragere de la prelevarea de probe biologice, prev. de art.337 Cod penal, făcând trimitere la actul de sesizare, respectiv procesul-verbal de constatare a infracțiunii flagrante mai sus amintit.

Ulterior, a.s.p. - a fost audiat și ca martor în cursul urmăririi penale, conform declarației de la filele 94-98 dosar up.

Din succesiunea actelor procesuale prezentate până în acest moment, judecătorul de cameră preliminară a constatat o încălcare a normelor de competență chiar de la debutul procesului penal din faza de urmărire penală în speța de față.

Astfel, a observat că procesul-verbal de constatare a infracțiunii flagrante întocmit la data de 09.04.2019 de către agentii constataatori insp. pr. - și a.s.p. - a fost calificat ca fiind act de sesizare a organelor de cercetare penală, astfel cum rezultă din Ordonanța de începere a urmăririi penale din data de 09.04.2019 și în care s-a făcut trimitere încă de la început la conținutul acestui proces verbal de constatare iar la final s-a menționat că actul de sesizare îndeplinește condițiile prevăzute de lege.

Cu toate acestea, este evident ca organul de cercetare penală nu s-a sesizat din oficiu în speță, temeiul începerii urmăririi penale fiind determinat de actul de constatare a organelor de poliție, în conformitate cu dispozițiile art.61 alin. 5 Cod procedură penală.

Așadar, judecătorul de cameră preliminară a observat că începerea urmăririi penale s-a realizat de către aceleasi persoane care au avut și calitatea de organe de constatare a prezumtivei

infrațiuni, respectiv de insp. pr. - și a.s.p. -, practic în aceeași cauză s-au suprapus calitățile de organ de constatare și de organ de cercetare penală.

Judecătorul de cameră preliminară din cadrul Judecătoriei Oradea a apreciat că un organ de constatare care percepe în mod nemijlocit faptele și încheie un proces verbal de constatare a infracțiunii flagrante nu mai poate exercita acte procesuale în cauză, incubându-i obligația de a înainta de îndată procesul verbal împreună cu mijloacele materiale de probă organului de urmărire penală, conform art. 61 alin. 4 cod proc.pen., urmând ca în cauza respectivă organul de constatare să dobândească singura calitate procesuală posibilă, adică cea de martor în condițiile art. 114 alin. 4 cod proc.pen.

Este adevărat că polițiștii pot fi în același timp și agenți constatatari și polițiști calificați ca organe de cercetare penală, însă problema de competență partajată capătă relevanță dacă aceasta suprapunere are loc în aceeași cauză, astfel cum a fost reținut anterior.

În condițiile date, organele de constatare dobândesc, prin efectul legii, calitatea de martor conform art.114 alin.4 Cod procedură penală, indiferent dacă vor fi sau nu audiate în cauză, prin urmare, calitatea de subiect procesual, astfel cum a fost definită de art.34 Cod procedură penală, judecătorul de cameră preliminară din cadrul Judecătoriei Oradea a apreciat că această calitate devine incompatibilă cu calitate de organ judiciar reglementată de dispozițiile art.30 Cod procedură penală, legea procesual-penală partajând participanții la procesul penal potrivit competențelor și calitatii lor, în organe judiciare, avocat, părți, subiecți procesuali principali și alți subiecți procesuali.

În cauza de față, judecătorul de cameră preliminară a constatat că prin actul de voință a persoanelor implicate în constatarea săvârșirii prezumtivei infracțiuni de refuz de recoltare mostre biologice de sânge, acestea s-au exclus din sfera calității de subiect procesual, respectiv de martor, stabilită de art.114 alin.4 Cod procedură penală. Rațiunea legiuitorului de a da prioritate calității de martor în situațiile în care se constată o dubla calitate este de la sine înțeleasă și decurge din principiul aflării adevărului.

Astfel, calitatea de martor are întâietate și față de calitate de avocat dar și față de calitatea de organ judiciar, acestea din urmă având posibilitatea teoretică de a fi exercitate și de către alte persoane care nu au luat la cunostință în mod direct și nemijlocit despre fapta cercetată, principiu regăsit și în dispozițiile art.114 alin.3 Cod procedură penală.

În speța de față, judecătorul de cameră preliminară de la Judecătoria Oradea a constatat că organul de constatare a efectuat și acte de urmărire penală, cel puțin cele referitoare la începerea urmăririi penale, cu încălcarea normelor de competență funcțională și partajată de dispozițiile art.29 și urm. Cod procedură penală.

Consecința acestei încălcări se încadrează cazului de necompetență funcțională, raportată strict la cauza dedusă judecătii, sancționată de lege prin nulitatea absolută conform deciziei nr.302/2017 a Curții Constitutionale, care instituie un caz de nulitate absolută privitor la nerespectarea dispozițiilor legale în ceea ce privește competența funcțională, materială și după calitatea persoanei a organului de urmărire penală.

Întrucât judecătorul de cameră preliminară a constatat viciul nelegalității chiar de la debutul începerii urmăririi penale în cauză, prin aplicarea dispozițiilor art.280 alin.2 Cod procedură penală a dispus ca toate actele procesuale și procedurale întocmite ulterior începerii urmăririi penale *in rem*, inclusiv ordonanța de efectuare în continuare a urmăririi penale, ordonanța de punere în mișcare a acțiunii penale, actul de sesizare al instanței, să fie desființate și, totodată, toate probele administrate în cauză să fie excluse.

În această situație, doar actul de sesizare a organului de urmărire penală, respectiv procesul-verbal de constatare a infracțiunii flagrante din data de 09.04.2019, întocmit de insp. pr. - și a.s.p. - , a fost menținut, acesta nefăcând parte din categoria actelor de procedură supuse controlului de legalitate în cadrul și în limitele prevăzute de art. 342 și urm. Cod procedură penală.

Întrucât se va dispune, în baza art. 280 alin. 2 cu referire la art.102 alin.3 Cod procedură penală constatarea nulității absolute a tuturor mijloacelor de probă administrate în dosar nr. 1989/P/2019 al Parchetului de pe lângă Judecătoria Oradea, judecătorul de cameră preliminară de la instanța de fond a constatat că au rămas practic fără obiect *solicitățile subsidiare* ale inculpatului, privind excluderea celor două acte întocmite de organele de constatare/cercetare penală denumite

„Raport din 08.11.2019,, și „Raport din 19.11.2019,, excluderea de la dosarul cauzei a înregistrărilor efectuate de organul de constatare/organul de cercetare penală cu telefonul mobil personal, precum și a procesului verbal de vizionare a imaginilor.

**Împotriva acestei încheieri, în termen legal, a declarat contestație Parchetul de pe lângă Judecătoria Oradea (f. 4-13),** prin care, în temeiul art. 425 ind. 1 alin. 7 pct. 2 lit. a) C.proc.pen. raportat la art. 347 alin. 1 C.proc.pen., s-a solicitat desființarea încheierii penale nr. 1672 din 15.10.2020 pronunțată de judecătorul de cameră preliminară din cadrul Judecătoriei Oradea și pronunțarea unei soluții de respingere a cererilor și excepțiilor formulate de către inculpat ca fiind nefondate, iar în temeiul art. 342 alin. 2 C.proc.pen. să se constate legalitatea sesizării instanței cu rechizitoriul din data de 22.06.2020, emis în dosarul nr. 1989/P/2019 al Parchetului de pe lângă Judecătoria Oradea, privind pe inculpatul -, trimis în judecată pentru săvârșirea infracțiunii de refuz sau sustragere de la prelevarea de mostre biologice, prev. de art. 337 C.pen, să se constate legalitatea administrării probelor a efectuării actelor de urmărire penală și să se dispună începerea judecății cauză.

Cu titlu preliminar, se arată că organele de cercetare ale poliției judiciare efectuează activități de constatare a infracțiunilor, de strângere a datelor în vederea începerii urmăririi penale de cercetare penală.

Potrivit art. 3 din Legea nr. 364/2004, republicată, poliștii care nu fac parte din poliția judiciară au dreptul și obligația de a efectua orice act de constatare a săvârșirii infracțiunilor, conform legii. Așadar, organele de constatare sunt organe extrajudiciare, prin urmare nu au calitatea de organe de urmărire penală, iar actele pe care le pot îndeplini sunt strict și limitativ prevăzute de lege.

În prezenta cauză, numiții - și - au acționat încă de la început ca organe de cercetare ale poliției judiciare, așa cum se poate observa din procesul-verbal de constatare a infracțiunii flagrante din dosarul de urmărire penală nr. 1989/P//2019 al Parchetului de pe lângă Judecătoria Oradea.

În doctrină se arată că, în cazul infracțiunilor flagrante, procesul-verbal de constatare a acestora încheiat de organele de urmărire penală are natura juridică atât a unui act de constatare a infracțiunii, cât și a unui act de sesizare din oficiu.

Prin urmare, Parchetul a apreciat că în mod corect s-a menționat în cuprinsul ordonanței de începere a urmăririi penale faptul că actul de sesizare îndeplinește condițiile prevăzute de lege, întrucât, indiferent de titulatura pe care o primește, un asemenea act îndeplinește atât funcția unui act de sesizare, cât și pe cea a unui proces-verbal de constatare.

Față de aceste aspecte, apreciază că ordonanța de începere a urmăririi penale în rem a fost dispusă în condiții de legalitate, numiții - și - fiind de față la săvârșirea infracțiunii de refuz de recoltare a probelor biologice, iar art. 60 și art. 306 alin. 2 C.proc.pen., potrivit cărora „organele de cercetare penală au obligația de a efectua acte de cercetare care nu suferă amânare” au impus efectuarea actelor care reclamă urgentă, dispoziție cu caracter imperativ, care nu poate fi eludată de către organele de cercetare penală. A fortiori, supunerea inculpatului testării cu aparatul alcooltest procesul-verbal prin care acesta a refuzat să își dea consimțământul la recoltarea probelor biologice sunt acte care au reclamat în mod obiectiv urgența întocmirii lor în cauză, fiind menționate chiar în cuprinsul procesului-verbal de constatare a infracțiunii flagrante. De altfel, art. 190 alin. 8 C.proc.pen. arată că recoltarea de probe biologice se efectuează în cel mai scurt timp, prin urmare actele întocmite (în acest caz rezultatul alcooltest și procesul-verbal de refuz de recoltare a probelor biologice) pot fi valorificate în cursul procesului penal și nu se impune anularea acestora.

Judecătorul de cameră preliminară a apreciat că organele de constatare dobândesc, prin efectul legii, calitatea de martor conform art. 114 alin.4 Cod procedură penală, indiferent dacă vor fi sau nu audiate în cauză, iar ratiunea legiuitorului de a da prioritate calității de martor în situațiile în care se constată o dublă calitate este de la sine înțeleasă și decurge din principiul aflării adevărului. S-a mai arătat că, calitatea de martor are întâietate și față de calitatea de avocat, dar și față de calitatea de organ judiciar, acestea din urmă având posibilitatea teoretică de a fi exercitate și de către alte persoane care nu au luat la cunoștință în mod direct și nemijlocit despre fapta cercetată, principiu regăsit în dispozițiile art. 114 alin.3 C.proc.pen.

Parchetul apreciază, în primul rând, faptul că în mod greșit s-a interpretat acest alineat, întrucât în cuprinsul său se face vorbire despre „*faptele împrejurările de fapt pe care persoana le-a cunoscut înainte de a dobândi această calitate*”, dispoziția referindu-se la persoana care are cunoștințe despre fapte sau împrejurări de rapt care constituie probe în cauza penală și căreia i-a fost acordată de către organele judiciare calitatea de martor, motiv pentru care nu ar mai putea exercita calitatea de expert, avocat, mediator sau reprezentant al unei părți sau subiect procesual principal (dar legea nu face vorbire despre calitatea de organ judiciar).

Din acest motiv, apreciază că nu se poate vorbi despre o dobândire a calității de martor prin efectul legii, ci trebuie să se raporteze la momentul la care persoana a fost citată sau desemnată în calitate de martor în cauză. De altfel, chiar Curtea Constituțională a arătat în cuprinsul Deciziei nr. 243/2018, publicată în Monitorul Oficial nr. 632 din 20 iulie 2018, faptul că justificarea reglementării de la art. 114 alin. 3 C.proc.pen. este ca persoana care a furnizat o probă într-o cauză penală să nu poată, ulterior, chiar ea să evalueze proba respectivă.

Or, în prezenta cauză numitul - a fost audiat în calitate de martor ulterior efectuării ordonanței de începere a urmăririi penale în rem, fiind, de altfel, singurul act de urmărire penală la care a participat în cauză.

Învederează și faptul că începerea urmăririi penale cu privire la faptă nu are caracterul formulării unei acuzații împotriva unei persoane nici chiar atunci când aceasta este cunoscută, indicată în actul de sesizare ca fiind cea care a comis infracțiunea reclamată, ci doar are semnificația instituirii cadrului procesual în care se pot strânge probe cu privire la o infracțiune determinată.

Consideră astfel că audierea sa nu este prohibită de lege, chiar dacă nu se circumscrie situației prevăzute de art. 114 alin. 4 rap. la art. 61 și 62 C.proc.pen., întrucât, potrivit art. 115 C.proc.pen., orice persoană poate fi citată audiată în calitate de martor, cu excepția părților, a subiecților procesuali principali, iar audierea, în prezenta cauză, a numitului - a fost necesară pentru a verifica suținerile inculpatului.

Chiar în măsura în care s-ar reține imposibilitatea audierii în calitate de martor a organului de cercetare penală după ce a efectuat acte de urmărire penală, Parchetul apreciază că nu este vorba despre o necompetență funcțională, astfel cum a reținut judecătorul de cameră preliminară, care s-ar încadra cazului de nulitate absolută conform Deciziei nr. 302/2017 a Curții Constituționale, publicată în Monitorul Oficial nr. 566 din 17 iulie 2017. Consideră totodată că în mod greșit a fost indicată această decizie care analizează încălcarea normelor privind competența materială după calitatea persoanei a organului de urmărire penală, și care, în privința competenței funcționale, face distincție între funcțiile judiciare în general și delimitarea competenței între procuror și organele de cercetare penală în special.

Astfel, învederează că în prezenta cauză se impune a se face distincție între necompetența funcțională a organului de urmărire penală și incompatibilitatea între calitatea organului de urmărire penală și calitatea de martor. Competența funcțională determină categoriile de activități ce pot fi desfășurate de un anumit organ judiciar, fiind o expresie a principiului separației funcțiilor judiciare consacrat la art. 3 C.proc.pen., iar incompatibilitatea este determinată de existența unui dubiu cu privire la obiectivitatea celor care participă la desfășurarea procesului penal. Astfel, art. 65 alin. 1 raportat la art. 64 alin. 1 lit. c) C.proc.pen. prevede faptul că organul de cercetare penală este **incompatibil** să efectueze acte de cercetare penală dacă a fost expert sau martor, în cauză.

Curtea Constituțională a arătat în cuprinsul Deciziei nr. 243/2018, publicată în Monitorul Oficial nr. 632 din 20 iulie 2018, faptul că lipsa de imparțialitate funcțională a organului de cercetare penală (Curtea făcând clar referire la calitatea de organ de cercetare penală, respectiv calitatea de martor), în ipoteza în care acesta a exercitat funcții diferite în cadrul aceluiași proces penal, determină cel mult o nulitate relativă a actelor efectuate de acesta, în condițiile art. 282 C.proc.pen.

Or, în această situație încălcarea dispozițiilor trebuie să producă o vătămare drepturilor inculpatului, iar acesta trebuie să dovedească existența vătămării și chiar în cazul dovedirii, această nulitate relativă poate fi dispusă numai dacă vătămarea nu poate fi înlăturată decât prin anularea actului.

În cauză, Parchetul apreciază că nu există o incompatibilitate între calitatea de organ de cercetare penală și calitatea de martor, având în vedere că momentul la care numitul - a întocmit

ordonanța de începere a urmăririi penale a precedat audierea sa în calitate de martor, prin urmare se impune a se constata legalitatea întocmirii actului de urmărire penală, întrucât acesta a luat la cunoștință despre faptele și împrejurările de fapt reținute în actul de sesizare, înainte de a dobândi calitatea de martor în cauză, iar după audierea sa nu a mai efectuat niciun act de urmărire penală, nefiind încălcată astfel dispoziția de la art. 64 alin. 1 lit. c) C.proc.pen.

Cu privire la celelalte critici aduse de către inculpat, privind excluderea celor două acte întocmite de către organele de cercetare penală și intitulate „Raport din 08.11.2019”, respectiv „Raport din 19.11.2019”, solicită să se constate că acestea au natura juridică a unor înscrisuri întocmite ca urmare a folosirii forței a mijloacelor din dotare și care vin în completarea formularului tipizat privind aceleași aspecte, iar acestea oricum nu au fost avute în vedere în cuprinsul analizei efectuate în prima parte a actului de sesizare a instanței, fiind doar enumerate în cuprinsul secțiunii „Mijloace de probă”.

Referitor la excluderea de la dosarul cauzei a înregistrărilor efectuate de organul de cercetare penală cu telefonul mobil personal, precum a procesului-verbal de vizionare a imaginilor, arată că înregistrările au fost ridicate în baza ordonantei emisă în data de 19.08.2019 în care se menționează în mod expres că se dispune predarea de către numitul - a imaginilor surprinse cu telefonul mobil la data de 09.04.2019 privind depistarea numitului -, fiind așadar obținute în urma unei proceduri ce nu necesită o autorizație prealabilă emisă de un judecător, iar lipsa întocmirii unui proces-verbal de predare primire ar constitui cel mult un caz de nulitate relativă, în măsura dovedirii vătămării provocate a imposibilității înlăturării acestora în alt mod decât prin anularea actului.

Totodată, criticile inculpatului asupra fiabilității autenticității înregistrărilor video depuse de către numitul - nu pot fi cenzurate în cursul procedurii de cameră preliminară motivate din prisma dreptului la apărare în ceea ce privește situația concretă din prezenta cauză, ci pot reprezenta eventuale critici în cadrul formării convingerii instanței pe parcursul judecării cauzei pe fond.

În final, Parchetul a anexat practică judiciară în sensul constatării legalității actelor de urmărire penală în situația audierii organului de cercetare penală ulterior efectuării actelor de urmărire penală, respectiv încheierea finală de cameră preliminară nr. 162/2020 pronunțată în dosarul nr. 1038/271/2020/a1 de către Tribunalul Bihor (f. 25-32).

La termenul de judecată din data de 03.12.2020, inculpatul -a invocat (f. 38-41) **excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 65 alin. (1) raportat la art. 64 alin. (1) lit. c) Cod de procedură penală**, apreciind ca sunt contrare următoarelor dispoziții:

- art. (1) alin. (5) din Constituția României care prevede că „în România, respectarea Constituției, a supremației sale și a legilor este obligatorie”.
- art. 11 alin (1) din Constituția României care prevede că „statul se obligă să îndeplinească întocmai și cu bună-credință obligațiile ce îi revin din tratatele la care este parte” și alin. (2) „tratatele ratificate de Parlament, potrivit legii, fac parte din dreptul intern.”
- Art. 16 alin. (1) din Constituția României care prevede că „cetățenii sunt egali în fața legii și a autorităților publice, fără privilegii și fără discriminări”.
- art. 20 din Constituția României alin. 1 „dispozițiile constituționale privind drepturile și libertățile cetățenilor vor fi interpretate și aplicate în concordanță cu Declarația Universală a Drepturilor Omului, cu pactele și cu celelalte tratate la care România este parte” iar conform alin. 2 „dacă există neconcordanță între pactele și tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului, la care România este parte, și legile interne, au prioritate reglementările internaționale, cu excepția cazului în care Constituția sau legile interne conțin dispoziții mai favorabile.”
- art. 21 alin. (3) din Constituția României care prevede expres faptul că „părțile au dreptul la un proces echitabil și la soluționarea cauzelor într-un termen rezonabil.”
- art. 6 din Convenția E.D.O. care prevede că „orice persoană are dreptul la judecarea cauzei sale în mod echitabil, în mod public și în termen rezonabil de către o instanță independentă și imparțială, instituită de lege (...)”.

În fapt, se arată că, la data de 9 aprilie 2019, organul de constatare - și -, ambii din cadrul Serviciului Rutier Oradea, s-au sesizat cu privire la fapta ce face obiectul prezentului dosar, astfel

încât aceștia au încheiat procesul verbal de constatare din 09 aprilie 2019 în temeiul 293 Cod proc.pen. raportat la art. 61 Cod.proc.pen. În conținutul acestui proces-verbal de constatare a infracțiunii flagrante, s-a descris cu lux de amănunte consumarea unei infracțiuni flagrante de refuz de recoltare mostre biologice de sânge, faptă presupus a fi săvârșită de inculpatul -

În aceeași zi, la data de 9 aprilie 2019, organele de constatare, numiții - și -, „se transformă” din punct de vedere procesual, în organe de cercetare penală, dispunând începerea urmăririi penale în cauză asupra faptelor pe care tot aceștia le-au constatat cu propriile simțuri în dimineața zilei de 9 aprilie 2019.

Se poate constata din lecturarea actelor procesuale că există o încălcare a normelor de competență exact de la debutul prezentei cauze.

Învederează că atunci când un organ de constatare precum cel prevăzut la art. 61 alin. (1) lit. „c” - în speță organ de ordine publică (poliție/jandarmerie) constată săvârșirea unei infracțiuni în mod nemijlocit, devin incidente prevederile art. 293 care reglementează constatarea infracțiunii flagrante.

În acest sens, atât art. 61 alin. (4) care se adresează în genere organelor de constatare care au suspiciuni rezonabile privind săvârșirea unei infracțiuni, cât și art. 293 alin. (4) care se adresează acelorași organe de constatare, care însă au perceput nemijlocit săvârșirea faptei, au obligația de a încheia un proces verbal de constatare a infracțiunii, în cazul celei din urmă chiar un proces verbal de constatare a infracțiunii flagrante, sens în care automat calitatea acestor organe de constatare, în dosarul format ca urmare a sesizării acestora, se rezumă doar la calitatea de martor, neputând efectua acte de urmărire penală în cauză sau să li se atribuie calitatea de organ de cercetare penală în aceeași cauză

Dat fiind faptul că aceste organe de constatare au perceput nemijlocit activitatea desfășurată de făptuitori, evident că dobândesc calitatea de martor în procesul penal și nu orice altă calitate. Percepția nemijlocită asupra faptei este anterioară întocmirii vreunui act de sesizare ori act de urmărire penală în cauză.

De aceea, atât art. 64 alin. (4) cât și art. 293 alin. (3) cod proc.pen. prevăd obligatia imperativă a organelor de constatare de a înainta de îndată procesul verbal întocmit în asemenea condiții organului de urmărire penală, care este singurul îndrituit să efectueze acte de urmărire penală.

Mai mult, art. 114 alin. (4) Cod proc.pen. arată că „*pot fi audiate în calitate de martor și persoanele care au întocmit procese-verbale în temeiul art. 61 și 62*”. De aici se desprinde cu ușurință concluzia că organele de constatare nu pot avea decât calitatea procesuală de martor în procesul penal, putând fi audiate în acest sens.

Conform art. 65 prin raportare la 64 C.p., organul de cercetare penală este incompatibil să efectueze acte în cauză atunci când a fost, conform alin. (1) lit. „c” al art. 64 - martor în procesul penal.

Sesizează faptul că există o diferență procesuală diferită de modalitatea sesizării din oficiu prevăzută de art. 294 Cod proc. pen. și cea a constatării infracțiunii flagrante prevăzută de art. 293 Cod proc.pen ori a constatării săvârșirii infracțiunii în condițiile art. 61 cod proc.pen., această distincție fiind oferită chiar de art. 288 care prevede că organul de urmărire penală este sesizat prin plângere sau denunț, prin acte încheiate de alte organe de constatare prevăzute de lege ori se sesizează din oficiu.

Consideră astfel că atunci când un organ de urmărire penală se sesizează din oficiu, el este îndrituit să efectueze acte de urmărire penală, însă atunci când un organ de constatare care percepe în mod nemijlocit faptele și încheie un proces verbal de constatare a infracțiunii flagrante nu mai poate exercita acte procesuale în cauză, incubându-i obligația de a înainta procesul verbal organului de urmărire penală, urmând ca organul de constatare să dobândească singura calitate procesuală posibilă, adică cea de martor în condițiile art. 114 alin. (5) cod proc.pen.

Într-un exercițiu de imaginație, am putea constata că a interpreta că prezentul cadru procesual este legal, este ca și cum am accepta ca un judecător care a fost martor ocular la un eveniment, să judece respectiva cauză ce are ca obiect acel eveniment. Or, de esența procesului penal este

obiectivitatea, nefiind permisă nicio ingerință de tip subiectiv, mai ales din partea participanților la procesul penal.

Prin urmare, apreciază că în mod categoric se impune efectuarea unui examen de constituționalitate a dispozițiilor art. 65 alin. (1) raportat la art. 64 alin. (1) lit. „c” din Legea nr. 135/2010 privind Codul de Procedură Penală, **întrucât acest text de lege nu reglementează cazul de incompatibilitate a organului de cercetare penală care anterior a avut calitatea de organ de constatare.**

Apreciază că aceste dispoziții legale sunt constituționale numai în măsura în care este reglementată ca o cauză de incompatibilitate acumularea calităților de organ de cercetare penală cu cea de organ de constatare în prezenta cauză.

Altfel, s-ar cea contextul juridic în care un organ de constatare care a perceput nemijlocit activitatea infracțională să nu devină organ de cercetare penală și să administreze probe după propriile convingeri, lipsit de obiectivitate și afectând în mod determinant cursul cercetării în faza de urmărire penală.

Mai mult, organul de cercetare penală care a avut calitatea de organ de constatare, va trebui să facă aplicabilitatea art. 114 alin. (4) Cod proc.pen. (analiza criteriilor de admisibilitate a unei probe - utilitate /pertinență etc), sens în care va decide dacă se impune audierea propriei persoane sau nu. În caz afirmativ, se întreabă retoric cum va proceda organul de cercetare penală atunci când va trebui să-și ia propria declarație. De asemenea, se întreabă retoric dacă se va cita pentru audierea sa în calitate de martor și va încunoștiința avocații despre efectuarea acestui act de urmărire penală.

Logica juridică poate reliefa faptul că, un asemenea context este nelegal, apelând la următorul silogism juridic: a) dacăc acceptăm premisa că: organul de constatare = organul de cercetare penală; b) și acceptăm premisa că: organul de constatare = martor (conform art. 114 alin. (4) C.p.p.); c) Ar trebui să acceptăm concluzia că organul de cercetare penală = martor (ceea ce este nelegal întrucât această concluzie este infirmată de dispozițiile art. 65 alin. (1) rap. la art. 64 alin. (1) lit. „c” Cpp). Pe cale de consecință, un organ de constatare nu va putea fi niciodată și organ de cercetare penală în aceeași cauză, din rațiunile expuse anterior, incompatibile cu Constituția României și CEDO.

Apreciază astfel că situația juridică astfel creată este incompatibilă cu art. 1 alin. (5) din Constituția României, art. 16 din Constituția României și art. 6 din CEDO, transpus de altfel în Constituția României la art. 23, fapt pentru care că se impune un control de constituționalitate asupra dispozițiilor art. 65 alin. (1) raportat la art. 64 alin. (1) lit. „c” din Legea nr. 135/2010 privind Codul de Procedură Penală.

În baza tuturor acestor considerente, solicită să se constate că sunt îndeplinite condițiile de admisibilitate a prezentei excepții de neconstituționalitate prevăzute de art. 29 alin. (2), (3) și (4) din Legea 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale, întrucât: este formulată de o persoană care are calitatea de parte într-un proces; excepția este ridicată în fața instanței judecătorești investită cu soluționarea cauzei; excepția vizează o dispoziție legală aflată în vigoare ce se află în legătură directă cu prezenta cauză; prezenta critică nu a mai făcut obiectul unui control constituțional.

***Cu privire la excepția de neconstituționalitate invocată în cauză de inculpatul -, judecătorii de cameră preliminară din cadrul Tribunalului Bihor rețin următoarele:***

Excepția de neconstituționalitate constituie un mijloc procedural prin intermediul căruia se asigură, în condițiile legii, analiza conformității anumitor dispoziții legale cu Constituția României. Potrivit art. 146 lit. d) din Constituția României, competența de a hotărî asupra excepțiilor de neconstituționalitate privind legile și ordonanțele, ridicate în fața instanțelor judecătorești, revine Curții Constituționale.

Sesizarea Curții Constituționale nu se face direct, căci Legea nr. 47/1992 stabilește un veritabil filtru, în virtutea căruia instanța efectuează un examen cu privire la îndeplinirea condițiilor de admisibilitate, în funcție de care admite sau respinge cererea de sesizare a instanței de contencios constituțional.

Calea procedurală reglementată de art. 29 din Legea nr. 47/1992 nu oferă instanței în fața căreia se invocă excepția posibilitatea de a controla constituționalitatea propriu-zisă a prevederilor

legale contestate, ci doar de a aprecia asupra condițiilor de admisibilitate a excepției de neconstituționalitate.

Din redactarea art. 29 din Legea nr. 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale rezultă că cerințele de admisibilitate ale excepției sunt și cele de admisibilitate a cererii de sesizare a Curții cu excepția ridicată, respectiv aceasta trebuie să fie ridicată în fața instanțelor de judecată, la cererea uneia dintre părți sau, din oficiu, de către instanță ori de procuror, în cauzele în care participă; să vizeze neconstituționalitatea unei legi sau ordonanțe ori a unei dispoziții dintr-o lege sau dintr-o ordonanță în vigoare; să nu aibă ca obiect prevederi constatate ca neconstituționale printr-o decizie anterioară a Curții Constituționale și să aibă legătură cu soluționarea cauzei, în orice fază a litigiului și oricare ar fi obiectul acestuia.

În analiza acestor condiții, prin raportare la cererea de sesizare a Curții Constituționale cu excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 65 alin. (1) raportat la art. 64 alin. (1) lit. c) Cod de procedură penală, se constată că excepția a fost invocată de inculpatul intimat -, într-un dosar aflat pe rolul Tribunalului Bihor, având ca obiect contestația formulată de Parchetul de pe lângă Judecătoria Oradea împotriva încheierii penale nr. 1672/CP/2020 pronunțată la data de 15.10.2020 de judecătorul de cameră preliminară din cadrul Judecătoriei Oradea, în dosarul nr. 8288/271/2020/a1, în cadrul căreia a invocat printre altele, nulitatea ordonanței din data de 01.04.2020 prin care s-a constatat nulitatea absolută a ordonanței de începere a urmăririi penale din data de 09.04.2019 (întocmită de organul de cercetare penală care a întocmit procesul-verbal de constatare a infracțiunii flagrante și a fost audiat ca martor în cursul urmăririi penale) și a tuturor actelor de urmărire penală întocmite în dosarul nr. 1989/P/2019 al Parchetului de pe lângă Judecătoria Oradea, cu consecința excluderii tuturor probelor obținute.

Textele criticate nu au fost declarate neconstituționale printr-o decizie anterioară a Curții Constituționale.

În ceea ce privește ultima condiție de admisibilitate, se reține faptul că examenul legăturii cu cauza trebuie făcut în concret, prin raportare la interesul specific al celui care a invocat excepția și înrâurirea pe care dispoziția legală considerată neconstituțională o are în speță. Stabilirea existenței interesului se face pe calea verificării pertinentei excepției în raport cu procesul în care a intervenit, astfel încât, decizia Curții Constituționale în soluționarea excepției să fie de natură a produce un efect concret asupra conținutului hotărârii din procesul principal. Prin urmare, cerința relevanței este expresia utilității pe care soluționarea excepției invocate o are în cadrul rezolvării litigiului în care a fost invocată.

În cazul de față, interesul inculpatului intimat în invocarea excepției de neconstituționalitate constă, în esență, în faptul că dispozițiile art. 65 alin. (1) raportat la art. 64 alin. (1) lit. c) Cod de procedură penală, permit efectuarea de acte de cercetare penală de către organele de constatare a infracțiunii flagrante care au și calitatea de organe de cercetare penală ale poliției judiciare, potrivit art. 55 alin. (4) lit. a) C.p.p., anterior dobândirii de către acestea a calității de martor în cauză, incompatibilitatea survenind doar după momentul dobândirii calității de martor. În opinia inculpatului, calitatea de martor în astfel de situații se dobândește *ab inițio*, chiar din momentul luării la cunoștință de faptele și împrejurările de fapt care constituie probe, astfel încât, organul de constatare a infracțiunii flagrante și care a întocmit procesul-verbal de constatare a infracțiunii flagrante nu poate avea și calitatea de organ de cercetare penală și nu are competența materială sau funcțională (incompatibil funcțional) să întocmească acte de urmărire penală în cauză (precum ordonanța de începere a urmăririi penale).

Prin urmare, constatând îndeplinite condițiile de admisibilitate mai sus menționate, în baza art. 29 alin. (4) din Legea nr. 47/1992, republicată și modificată, se va admite cererea de sesizare a Curții Constituționale cu privire la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor a dispozițiilor art. 65 alin. (1) raportat la art. 64 alin. (1) lit. c) Cod de procedură penală, invocată de inculpatul - cu domiciliul procesual ales la -, în dosarul nr. 8288/271/2020/a1 al Judecătoriei Oradea, având ca obiect contestația formulată de Parchetul de pe lângă Judecătoria Oradea, împotriva Încheierii penale nr. 1672/CP/2020 pronunțată la data de 15.10.2020 de judecătorul de cameră preliminară din cadrul Judecătoriei Oradea.

**Opinia judecătorilor de cameră preliminară din cadrul Tribunalului Bihor față de obiectul excepției de neconstituționalitate**, este în sensul că nu sunt încălcate principiile constituționale ale legalității, egalității și nediscriminării, ale liberului acces la justiție și la un proces echitabil garantate de art. 1 alin. (5), art. 11 alin. (1), art. 16 alin. (1), art. 21 alin. (3) și art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, pentru următoarele considerente:

Pentru început, se constată că motivul invocat de inculpat nu se circumscrie unui motiv de nulitate absolută – necompetența funcțională a organului de urmărire penală, ci privește **incompatibilitatea** între calitatea organului de cercetare penală și calitatea de martor.

**Incompatibilitatea** reprezintă instituția de drept procesual penal prin intermediul căreia anumite persoane făcând parte din organele care desfășoară procesul penal sau care ajută la soluționarea acestuia sunt împiedicate să participe la activitatea procesuală datorită unor împrejurări de natură personală de natură a pune sub semnul întrebării obiectivitatea acestora. Cazurile de incompatibilitate sunt prevăzute de art. 64-65 C. proc. pen., iar invocarea excepției de incompatibilitate se poate face fie prin abținere, adică prin încunoștințarea făcută de însuși subiectul procesual față de care operează incompatibilitatea, fie prin recuzare, adică prin denunțarea cauzei de incompatibilitate de către una din părțile cauzei.

În schimb, **competența** reprezintă sfera atribuțiilor legale pe care le au organele judiciare în procesul penal, având are două sensuri doctrinare. Astfel, pe de o parte, aceasta desemnează dreptul și obligația unui organ judiciar de a desfășura o activitate procesuală într-o anumită cauză penală, iar pe de altă parte, prin competență se înțelege acea însușire a unei cauze penale de a fi urmărită și judecată de un anumit organ judiciar (fiind cunoscută și sub noțiunea de justițiabilitate).

Competența funcțională (*ratione officii*), ca formă a competenței, determină categoriile de activități ce pot fi desfășurate de un anumit organ judiciar.

Revenind la obiectul cauzei, se reține în prealabil faptul că, potrivit dispozițiilor art. 65 alin. (1) raportat la art. 64 alin. (1) lit. c) din Codul de procedură penală, **organul de cercetare penală este incompatibil a efectua acte de cercetare penală dacă a fost expert sau martor, în cauză.**

Prin urmare, în calitate de martor, organul de cercetare penală trebuie să fi dat declarații în cauză, sau în calitate de expert și să fi fost anterior desemnat în cauză de un organ judiciar.

Justificarea reglementării acestui caz de incompatibilitate constă în aceea că martorul/expertul și-a exprimat părerea în legătură cu anumite aspecte ale cauzei penale, iar persoana care a furnizat o probă într-o cauză penală să nu poată, ulterior, chiar ea să evalueze proba respectivă, fiind vorba despre o prezumție obiectivă de lipsă de imparțialitate funcțională a organului de cercetare penală, în ipoteza în care acesta a exercitat anterior funcții diferite în cadrul aceluiași proces penal (precum aceea de martor).

În continuare, se constată că dispozițiile art. 114 alin. (4) C.p.p., permit ca anumite persoane să dețină o dublă calitate în procesul penal, respectiv cea de organe de constatare și cea de martori („*pot fi audiate în calitate de martor și persoanele care au întocmit procese-verbale în temeiul art. 61 și 62*”).

Calitatea de martor, astfel cum este rezultă din dispozițiile art. 114 alin. (1) C.p.p., poate fi deținută de „**orice persoană care are cunoștință despre fapte sau împrejurări de fapt care constituie probe în cauza penală**”, în acord cu prevederile art. 115 C.p.p. „*orice persoană poate fi citată și audiată în calitate de martor, cu excepția părților și a subiecților procesuali principali*”. se constată că nu sunt excluse din alte categorii din sfera participanților în procesul penal, astfel cum sunt numerotate la art. 29 C.p.p. (precum organele judiciare, avocatul sau alți subiecți procesuali).

Totodată, se reține că dispozițiile art. 61 din Codul de procedură penală stabilesc în sarcina mai multor organe (printre care și organele de ordine publică și siguranță națională) obligația de a întocmi procese-verbale de constatare ori de câte ori există o suspiciune rezonabilă cu privire la săvârșirea unei infracțiuni, iar potrivit art. 61 alin. (5) C.p.p., procesul-verbal încheiat de aceste organe constituie *act de sesizare* a organelor de urmărire penală și nu poate fi supus controlului pe calea contenciosului administrativ. De asemenea, art. 198 alin. (2) din Codul de procedură penală prevede că procesele-verbale întocmite de organele prevăzute la art. 61 alin. (1) lit. a)-c) constituie acte de sesizare a organului de urmărire penală și nu au valoarea unor constatări de specialitate în procesul penal.

Curtea Constituțională a stabilit în cadrul Deciziei nr. 198 din 7 aprilie 2016 și Deciziei nr. 97 din 1 martie 2018, că procesul-verbal întocmit în condițiile prevăzute de art. 61 din Codul de procedură penală poate constitui "*mărturie în acuzare*", potrivit jurisprudenței de principiu în materie a instanței de la Strasbourg (Hotărârea din 9 noiembrie 2006, pronunțată în Cauza Kaste și Mathisen împotriva Norvegiei, paragraful 53; Hotărârea din 27 februarie 2001, pronunțată în Cauza Luca împotriva Italiei, paragraful 41), organele enumerate în cuprinsul normei căpătând calitatea de "martori" în sensul Convenției (Hotărârea din 24 aprilie 2012, pronunțată în Cauza Damir Sibgatullin împotriva Rusiei, paragraful 45). Prin urmare, Curtea a constatat că posibilitatea conferită de normele procesual penale ale art. 114 alin. (4), de a fi audiate în calitate de martor și persoanele care au întocmit procese-verbale în temeiul art. 61 din Codul de procedură penală (respectiv, organele de constatare), se constituie într-o garanție a respectării dreptului la un proces echitabil, expresie a exercitării dreptului la apărare și implicit a prezumției de nevinovăție.

Contrar susținerilor inculpatului, dispozițiile art. 114 alin. (3) C.p.p. nu prevăd incompatibilitatea între calitatea de martor și calitatea de organ judiciar (organ de cercetare penală) sau de constatare și nici o prevalență a uneia față de cealaltă, astfel cum susține contestatorul, ci întâietatea calității de martor față de:

1. calitatea de expert sau de avocat,
2. de mediator
3. de reprezentant al uneia dintre părți sau al unui subiect procesual principal (suspectul și persoana vătămată potrivit art. 34 C.p.p.).

Așadar, dispozițiile art. 114 alin. (3) C.p.p. nu au nicio relevanță în soluționarea cererii formulate de inculpat. Întâietatea calității de martor față de calitatea de organ judiciar nu este reglementată de dispozițiile art. 114 alin. (3) C.p.p., ci se poate deduce cel mult din dispozițiile art. 64 alin. (1) lit. c) C.pr.pen., dar care nu pot fi interpretare ca o interdicție de exercitare a vreuneia dintre cele două calități procesuale și nicidecum drept motiv de nelegalitate a actelor de urmărire penală întocmite de organul de cercetare penală **anterior** dobândirii calității de martor.

Nu în ultimul rând, trebuie avută în vedere și distincția dintre actele întocmite de organele de constatare cu ocazia constatării unei infracțiuni flagrante și actele întocmite de organele de cercetare penală. Astfel, lucrătorii de poliție care „constată încălcări ale dispozițiilor și obligațiilor a căror respectare o controlează”, încheie procese verbale în sensul art. 61, alin. (5) „(*Procesul-verbal încheiat în conformitate cu prevederile alin. (1) constituie **act de sesizare a organelor de urmărire penală și nu poate fi supus controlului pe calea contenciosului administrativ***)”, pe când lucrătorii de poliție judiciară când efectuează anumite acte în cursul urmăririi penale încheie procese verbale ce pot servi drept mijloace de probă, conform art. 198, alin. (2) Cod proc. pen., care stauează că „**procesul-verbal ce cuprinde constatările personale ale organului de urmărire penală sau ale instanței de judecată este mijloc de probă (...).**”

Așadar, reținem că legiuitorul a prevăzut și alte situații în care organul de cercetare penală furnizează mijloace de probă în procesul penal, respectiv dispozițiile art. 198 alin. (2) C.pr.pen., anterior indicate, fără a se prezuma lipsa de obiectivitate și imparțialitate sau încălcarea dreptului la apărare al suspectului/acuzatului în raport de viitoarele acte de cercetare penală ce ar urma să fie îndeplinite.

În cele din urmă, apreciem ca fiind absurdă ipoteza expusă de inculpat ca, în același moment procesual, organul de cercetare penală să procedeze la propria sa audiere (în calitate de martor) sau să aprecieze cu privire la oportunitatea unui astfel de mijloc de probă, fiind evident că cele două calități nu se pot suprapune într-o asemenea interpretare. Aspectele pe care le-a constatat în mod nemijlocit, prin propriile simțuri, pot fi redată în cuprinsul unui proces-verbal care constituie mijloc de probă potrivit art. 198 alin. (2) C.pr.pen. teza I și nu obligatoriu în cadrul unei declarații de martor. Există însă posibilitatea ca un organ de cercetare penală să fie audiat ca martor în cauză (de către un alt organ judiciar), nefiind interzis de nicio dispoziție legală. În situația în care, anterior audierii sale ca martor, lucrătorul de poliție judiciară a efectuat acte de cercetare penală, apreciem că nu se poate discuta despre o incompatibilitate sau nelegalitate a actelor întocmite. Doar dacă astfel de acte de cercetare penală au fost efectuate ulterior audierii ca martor, ne aflăm sub incidența cazului de incompatibilitate expres prevăzut de lege prevăzut de art. 65 alin. (1) raportat la art. 64

alin. (1) lit. c) Cod de procedură penală. Faptul că însuși legiuitorul a prevăzut acest caz de incompatibilitate, confirmă faptul că există posibilitatea teoretică și practică de dobândire succesivă a celor două calități (martor și organ de cercetare penală), iar în situația în care organul de cercetare penală a fost martor în cauză, devine incompatibil să efectueze în continuare acte de cercetare penală, acestea fiind lovite de nulitate relativă (în condițiile prevăzute de art. 282 C.pr.pen.) și nu absolută, ca urmare a nerespectării competenței funcționale sau materiale, deoarece organul de cercetare penală nu își pierde competența funcțională, ci se prezumă în mod obiectiv o lipsă de imparțialitate și obiectivitate.

Sintetizând cele de mai sus, constatarea unui astfel de caz de incompatibilitate a organului de cercetare penală în cadrul procesului penal ar putea fi de natură să determine *nulitatea relativă* a actelor efectuate de organul de cercetare penală **ulterior** (și nu anterior) dobândirii calității de martor, în condițiile art. 282 din Codul de procedură penală (neîncadrându-se în cazurile de nulitate absolută prevăzute de legiuitor).

Argumentația inculpatului se grefează pe confuzia între instituțiile juridice anterior reținute (incompatibilitate și competența funcțională) și consecințele nerespectării dispozițiilor legale ce le prevăd, dar și pe extrapolarea situațiilor prevăzute la art. 114 alin. (3) C.p.p.. Raționamentul nu poate fi primit și pentru faptul că organul de constatare sau de cercetare penală nu poate dobândi o calitate procesuală (de martor, alt subiect procesual) în afara procesului penal (anterior începerii urmăririi penale). Ulterior începerii urmăririi penale, organele de constatare/de cercetare penală pot fi audiate ca martori, devenind însă incompatibile să mai întocmească acte de urmărire penală.

**Tot la termenul de judecată din data de 03.12.2020, inculpatul - a invocat (f. 43-45), în temeiul art. 475 Cod proc.pen. și urm., o cerere de sesizare a Înaltei Curți de Casație și Justiție în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile cu privire la următoarea chestiune de drept:**

- *dacă în accepțiunea dispozițiilor art. 65 alin. (1) raportat la art. 64 alin. (1) lit. „c” cu trimitere la art. 114 alin. (4) din Legea nr. 135/2010 privind Codul de Procedură Penală, se reliefează o cauză de incompatibilitate în contextul în care organul de cercetare penală efectuează acte de procedură în cauză, respectiv dispune începerea urmăririi penale în cauză, în condițiile în care anterior a avut calitatea de organ de constatare în aceeași cauză.*

- *dacă această incompatibilitate este sancționabilă cu nulitatea absolută în acord de prevederile art. 281 alin (1) lit. „b” și decizia nr. 302/2017 a Curții Constituționale, fiind vorba despre încălcarea normelor de competență materială și funcțională a organului de urmărire penală sau este o cauză de nulitate relativă în acord cu prevederile art. 282 Cod proc.pen. cu trimitere la art. 65 alin. (1) rap. la art. 64 lit. „c” cod proc.pen.”.*

Solicită ca după examinarea condițiilor de admisibilitate înaintarea prezenta excepție Curții Constituționale a României, pentru efectuarea controlului de legalitate.

În cadrul procedurii de cameră preliminară a invocat excepția nulității absolute a ordonanței de începere a urmăririi penale pentru motive ce țin de încălcarea competenței funcționale și materiale ale organelor de cercetare penală, în condițiile în care anterior au avut calitatea de organ de constatare în aceeași cauză.

Astfel a arătat că, la data de 9 aprilie 2019, organul de constatare - și -, ambii din cadrul Serviciului Rutier Oradea, s-au sesizat cu privire la fapta ce face obiectul prezentului dosar, astfel încât aceștia au încheiat procesul verbal de constatare din 09 aprilie 2019 în temeiul 293 Cod proc.pen., raportat la art. 61 Cod.proc.pen.

În conținutul acestui proces-verbal de constatare a infracțiunii flagrante, se arată cu lux de amănunte consumarea unei infracțiuni flagrante de refuz de recoltare mostre biologice de sânge, faptă presupus a fi săvârșită de inculpatul -

În aceeași zi, la data de 9 aprilie 2019, organele de constatare, numiții - și -, „se transformă” din punct de vedere procesual, în organe de cercetare penală, dispunând începerea urmăririi penale în cauză asupra faptelor pe care tot aceștia le-au constatat cu propriile simțuri, în dimineața zilei de 9 aprilie 2019.

A apreciat că din lecturarea actelor procesuale există o încălcare a normelor de competență exact de la debutul prezentei cauze.

Atunci când un organ de constatare precum cel prevăzut la art. 61 alin. (1) lit. „c” - în speță organ de ordine publică (poliție/jandarmerie) constată săvârșirea unei infracțiuni în mod NEMIJLOCIT, devin incidente prev. art. 293 care reglementează CONSTATAREA INFRACTIUNII FLAGRANTE.

În acest sens, atât art. 61 alin. (4) care se adresează în genere organelor de constatare care au suspiciuni rezonabile privind săvârșirea unei infracțiuni cât și art. 293 alin. (4) care se adresează acelorași organe de constatare, care însă au perceput nemijlocit săvârșirea faptei, au obligația de a încheia un proces verbal de constatare a infracțiunii, în cazul celei din urmă chiar un proces verbal de constatare a infracțiunii flagrante, sens în care automat calitatea acestor organe de constatare, în dosarul format ca urmare a sesizării acestora, se rezumă doar la calitatea de martor, neputând efectua acte de urmărire penală în cauză sau să li se atribuie calitatea de organ de cercetare penală în aceeași cauză.

În acest sens, dat fiind faptul că aceste organe de constatare au perceput NEMIJLOCIT activitatea desfășurată de făptuitori, evident că dobândesc calitatea de martor în procesul penal și nu orice altă calitate. Percepția nemijlocită asupra faptei este anterioară întocmirii vreunui act de sesizare ori act de urmărire penală în cauză.

De aceea, atât art. 61 alin. (4) cât și art. 293 alin. (3) Cod proc.pen. prevăd obligația imperativă a organelor de constatare de a înainta de îndată procesul verbal întocmit în asemenea condiții organului de urmărire penală, care este singurul îndrituit să efectueze acte de urmărire penală.

Mai mult, art. 114 alin. (4) Cod proc.pen. arată că „pot fi audiate în calitate de martor și persoanele care au întocmit procese-verbale în temeiul art. 61 și 62”. De aici consideră că se desprinde concluzia că organele de constatare nu pot avea decât calitatea procesuală de martor în procesul penal, putând fi audiate în acest sens.

Conform art. 65 prin raportare la 64 Cod penal, organul de cercetare penală este incompatibil să efectueze acte în cauză atunci când a fost, conform alin. (1) lit. c) al art. 64 - martor în procesul penal.

Astfel, există o diferență procesuală diferită de modalitatea sesizării din oficiu prevăzută de art. 294 Cod proc. pen. și cea a constatării infracțiunii flagrante prevăzută de art. 293 Cod proc.pen ori a constatării săvârșirii infracțiunii în condițiile art. 61 Cod proc.pen., această distincție fiind oferită chiar de art. 288 care prevede că organul de urmărire penală este sesizat prin plângere sau denunț, prin acte încheiate de alte organe de constatare prevăzute de lege ori se sesizează din oficiu ”.

Consideră astfel că atunci când un organ de urmărire penală se sesizează din oficiu, el este îndrituit să efectueze acte de urmărire penală, însă atunci când un organ de constatare care percepe în mod nemijlocit faptele și încheie un proces verbal de constatare a infracțiunii flagrante nu mai poate exercita acte procesuale în cauză, incubându-i obligația de a înainta procesul verbal organului de urmărire penală, urmând ca organul de constatare să dobândească singura calitate procesuală posibilă, adică cea de martor în condițiile art. 114 alin. (5) cod proc.pen.

Într-un exercițiu de imaginație, s-ar putea constata că a interpreta că prezentul cadru procesual este legal, este ca și cum ar accepta ca un judecător care a fost martor ocular la un eveniment să judece respectiva cauza ce are ca obiect acel eveniment. Or, de esența procesului penal este obiectivitatea, nefiind permisă nicio ingerință de tip subiectiv, mai ales din partea participanților la procesul penal.

Prin urmare, apreciază că în mod evident se impune constatarea nulității ordonanței de începere a urmăririi penale din 9 aprilie 2019 emisă de organele de urmărire penală - și - care inițial au fost organ de constatare, pentru motivele arătate mai sus, în temeiul Deciziei nr. 302/2017 a Curții Constituționale, încălcându-se norme de competență materială și funcțională a organului de cercetare penală.

În acest sens, este evident că și actele subsecvente urmează același regim juridic, impunându-se desființarea acestora.

Prin încheierea penală cu nr. 1672/CP/2020, judecătorul de cameră preliminară a admis excepția invocată și a constatat nulitatea absolută a ordonanței de începere a urmăririi penale,

constatând că există o incompatibilitate între calitatea de organ de constare și cea de organ de cercetare penală exercitate în aceeași cauză, iar dispozițiile art. 281 în raportat de decizia CCR nr. 302/2017 sancționează acest aspect cu nulitate absolută.

Parchetul de pe lângă Judecătoria Oradea a formulat contestație, anexând acesteia ca practică judiciară încheierea cu nr. 162/CCPF/2020 din 24 septembrie 2020, pronunțată de Tribunalul Bihor, prin care, într-un caz similar, această instanță a statuat că nu există o asemenea incompatibilitate între organul de constatare și organul de cercetare penală în cauză și chiar dacă ar fi, am fi în prezența unei nulități relative și nu a uneia absolute.

Prin urmare, apreciază că această chestiune poate fi abordată de către Înalta Curte de Casație și Justiție în sensul de a pronunța o hotărâre prealabilă prin care să se dea dezlegare chestiunilor de drept în discuție, fiind îndeplinite toate condițiile prevăzute de lege pentru inițierea unui astfel de resort procesual, cauza fiind aflată pe rolul Tribunalului Bihor, ca ultimă instanță în calea de atac a contestației împotriva încheierii de cameră preliminară, iar practica și doctrina este unanimă în a accepta că un complet de contestație în procedura de cameră preliminară să poată iniția un astfel de resort procesual. În acest sens, face trimitere la deciziile nr. 14/2017 publicată în M.Of. nr. 488 din 28 iunie 2017, nr. 19/2017 Publicată în M.Of. nr. 494 din 29 iunie 2017 sau nr. 2/2018 publicată în M.Of. nr. 307 din 5 mai 2018. Totodată, chestiunea de drept supusă discuției are legătură cu soluționarea cauzei, fiind absolut necesar a se stabili dacă există o incompatibilitate legală în legătură cu cumularea calităților de organ de constare și organ de cercetare penală în aceeași cauză, precum și stabilirea sancțiunii care intervine în cazul unei astfel de situații juridice.

În ceea ce privește *admisibilitatea cererii inculpatului privind sesizarea Înaltei Curți de Casație și Justiție pentru dezlegarea chestiunii de drept*, se constată îndeplinite condițiile prevăzute de art. 475 C.pr.pen., respectiv: existența unei chestiuni de drept de a cărei lămurire depinde soluționarea cererilor și excepțiilor formulate de inculpat în etapa camerei preliminare, în cadrul contestației formulate de Parchetul de pe lângă Judecătoria Oradea împotriva încheierii judecătorului de cameră preliminară de la instanța de fond, inexistența unei dezlegări anterioare a Înaltei Curți de Casație și Justiție sau a unui recurs în interesul legii.

Pentru aceste motive, în temeiul art. 475 și urm. Cod de procedură penală, judecătorii de cameră preliminară din cadrul Tribunalului vor sesiza Înalta Curte de Casație și Justiție, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală, în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea de principiu a chestiunii de drept referitoare la interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 65 alin. (1) raportat la art. 64 alin. (1) lit. c) Cod de procedură penală și art. 114 alin. (4) Cod de procedură penală, în sensul de a se stabili dacă organul de urmărire penală care a întocmit procesul-verbal de constatare a infracțiunii flagrante poate efectua în continuare acte de urmărire, fiind ulterior audiat în calitate de martor în aceeași cauză; în caz negativ, care este sancțiunea procesuală aferentă, respectiv nulitatea absolută a actelor de urmărire penală efectuate, ca urmare a încălcării normelor de competență, în acord cu dispozițiile art. 281 alin. (1) lit. b) C.p.p. și Decizia C.C.R. nr. 302/2017 sau nulitatea relativă în baza dispozițiilor art. 282 C.pr.penală, ca urmare a constatării unui caz de incompatibilitate având în vedere calitatea sa de martor la săvârșirea infracțiunii.

**Opinia judecătorilor de cameră preliminară din cadrul Tribunalului Bihor față de obiectul cererii de sesizare**, este în sensul că organul de cercetare penală care a întocmit procesul-verbal de constatare a infracțiunii flagrante poate efectua în continuare acte de urmărire. În situația în care acesta dobândește la un anumit moment procesual calitatea de martor (calitate ce poate fi atribuită de organul judiciar care instrumentează cauza, din oficiu sau la cererea părții interesate) acesta poate fi audiat în calitate de martor în respectiva cauză. În situația în care organul de cercetare penală (care a fost prezent la constatarea infracțiunii) dobândește ulterior calitatea de martor, devine incompatibil să efectueze alte acte de urmărire penală, fiind incident cazul expres de incompatibilitate prevăzut la art. 65 C.pr.pen., raportat la art. 64 alin. (1) lit. c) C.pr.pen., iar eventualele acte întocmite ar fi lovite de nulitate relativă (nefiind incident cazul de nulitate absolută raportat la nerespectarea dispozițiilor legale privind necompetența materială sau funcțională a organului de urmărire penală).

Pentru început, se constată că motivul invocat de inculpat nu se circumscrie unui motiv de nulitate absolută – necompetența funcțională a organului de urmărire penală, ci privește **incompatibilitatea** între calitatea organului de cercetare penală și calitatea de martor.

*Incompatibilitatea* reprezintă instituția de drept procesual penal prin intermediul căreia anumite persoane făcând parte din organele care desfășoară procesul penal sau care ajută la soluționarea acestuia sunt împiedicate să participe la activitatea procesuală datorită unor împrejurări de natură personală de natură a pune sub semnul întrebării *obiectivitatea* acestora. Cazurile de incompatibilitate sunt prevăzute de art. 64-65 C. proc. pen., iar invocarea excepției de incompatibilitate se poate face fie prin abținere, adică prin încunoștințarea făcută de însuși subiectul procesual față de care operează incompatibilitatea, fie prin recuzare, adică prin denunțarea cauzei de incompatibilitate de către una din părțile cauzei.

În schimb, *competența* reprezintă sfera atribuțiilor legale pe care le au organele judiciare în procesul penal, având are două sensuri doctrinare. Astfel, pe de o parte, aceasta desemnează dreptul și obligația unui organ judiciar de a desfășura o activitate procesuală într-o anumită cauză penală, iar pe de altă parte, prin competență se înțelege acea însușire a unei cauze penale de a fi urmărită și judecată de un anumit organ judiciar (fiind cunoscută și sub noțiunea de justițiabilitate).

Competența funcțională (*ratione officii*), ca formă a competenței, determină categoriile de activități ce pot fi desfășurate de un anumit organ judiciar.

Revenind la obiectul cauzei, se reține în prealabil faptul că, potrivit dispozițiilor art. 65 alin. (1) raportat la art. 64 alin. (1) lit. c) din Codul de procedură penală, *organul de cercetare penală este incompatibil a efectua acte de cercetare penală dacă a fost expert sau martor, în cauză.*

Prin urmare, în calitate de martor, organul de cercetare penală trebuie să fi dat declarații în cauză, sau în calitate de expert și să fi fost anterior desemnat în cauză de un organ judiciar.

Justificarea reglementării acestui caz de incompatibilitate constă în aceea că martorul/expertul și-a exprimat părerea în legătură cu anumite aspecte ale cauzei penale, iar persoana care a furnizat o probă într-o cauză penală să nu poată, ulterior, chiar ea să evalueze proba respectivă, fiind vorba despre o prezumție obiectivă de lipsă de imparțialitate funcțională a organului de cercetare penală, în ipoteza în care acesta a exercitat anterior funcții diferite în cadrul aceluiași proces penal (precum aceea de martor).

În continuare, se constată că dispozițiile art. 114 alin. (4) C.p.p., permit ca anumite persoane să dețină o dublă calitate în procesul penal, respectiv cea de organe de constatare și cea de martori („*pot fi audiate în calitate de martor și persoanele care au întocmit procese-verbale în temeiul art. 61 și 62*”).

Calitatea de martor, astfel cum este rezultă din dispozițiile art. 114 alin. (1) C.p.p., poate fi deținută de „*orice persoană care are cunoștință despre fapte sau împrejurări de fapt care constituie probe în cauza penală*”, în acord cu prevederile art. 115 C.p.p. „*orice persoană poate fi citată și audiată în calitate de martor, cu excepția părților și a subiecților procesuali principali*”. se constată că nu sunt excluse din alte categorii din sfera participanților în procesul penal, astfel cum sunt numerotate la art. 29 C.p.p. (precum organele judiciare, avocatul sau alți subiecți procesuali).

Totodată, se reține că dispozițiile art. 61 din Codul de procedură penală stabilesc în sarcina mai multor organe (printre care și organele de ordine publică și siguranță națională) obligația de a întocmi procese-verbale de constatare ori de câte ori există o suspiciune rezonabilă cu privire la săvârșirea unei infracțiuni, iar potrivit art. 61 alin. (5) C.p.p., procesul-verbal încheiat de aceste organe constituie *act de sesizare* a organelor de urmărire penală și nu poate fi supus controlului pe calea contenciosului administrativ. De asemenea, art. 198 alin. (2) din Codul de procedură penală prevede că procesele-verbale întocmite de organele prevăzute la art. 61 alin. (1) lit. a)-c) constituie acte de sesizare a organului de urmărire penală și nu au valoarea unor constatări de specialitate în procesul penal.

Curtea Constituțională a stabilit în cadrul Deciziei nr. 198 din 7 aprilie 2016 și Deciziei nr. 97 din 1 martie 2018, că procesul-verbal întocmit în condițiile prevăzute de art. 61 din Codul de procedură penală poate constitui „*mărturie în acuzare*”, potrivit jurisprudenței de principiu în materie a instanței de la Strasbourg (Hotărârea din 9 noiembrie 2006, pronunțată în Cauza Kaste și Mathisen împotriva Norvegiei, paragraful 53; Hotărârea din 27 februarie 2001, pronunțată în Cauza

Luca împotriva Italiei, paragraful 41), organele enumerate în cuprinsul normei căpătând calitatea de "martori" în sensul Convenției (Hotărârea din 24 aprilie 2012, pronunțată în Cauza Damir Sibgatullin împotriva Rusiei, paragraful 45). Prin urmare, Curtea a constatat că posibilitatea conferită de normele procesual penale ale art. 114 alin. (4), de a fi audiate în calitate de martor și persoanele care au întocmit procese-verbale în temeiul art. 61 din Codul de procedură penală (respectiv, organele de constatare), se constituie într-o garanție a respectării dreptului la un proces echitabil, expresie a exercitării dreptului la apărare și implicit a prezumției de nevinovăție.

Contrar susținerilor inculpatului, dispozițiile art. 114 alin. (3) C.p.p. nu prevăd incompatibilitatea între calitatea de martor și calitatea de organ judiciar (organ de cercetare penală) sau de constatare și nici o prevalență a uneia față de cealaltă, astfel cum susține contestatorul, ci întâietatea calității de martor față de:

1. calitatea de expert sau de avocat,
2. de mediator
3. de reprezentant al uneia dintre părți sau al unui subiect procesual principal (suspectul și persoana vătămată potrivit art. 34 C.p.p.).

Așadar, dispozițiile art. 114 alin. (3) C.p.p. nu au nicio relevanță în soluționarea cererii formulate de inculpat. Întâietatea calității de martor față de calitatea de organ judiciar nu este reglementată de dispozițiile art. 114 alin. (3) C.p.p., ci se poate deduce cel mult din dispozițiile art. 64 alin. (1) lit. c) C.pr.pen., dar care nu pot fi interpretate ca o interdicție de exercitare a vreuneia dintre cele două calități procesuale și nicidecum drept motiv de nelegalitate a actelor de urmărire penală întocmite de organul de cercetare penală **anterior** dobândirii calității de martor.

Nu în ultimul rând, trebuie avută în vedere și distincția dintre actele întocmite de organele de constatare cu ocazia constatării unei infracțiuni flagrante și actele întocmite de organele de cercetare penală. Astfel, lucrătorii de poliție care „constată încălcări ale dispozițiilor și obligațiilor a căror respectare o controlează”, încheie procese verbale în sensul art. 61, alin. (5) „(*Procesul-verbal încheiat în conformitate cu prevederile alin. (1) constituie **act de sesizare** a organelor de urmărire penală și nu poate fi supus controlului pe calea contenciosului administrativ*)”, pe când lucrătorii de poliție judiciară când efectuează anumite acte în cursul urmăririi penale încheie procese verbale ce pot servi drept mijloace de probă, conform art. 198, alin. (2) Cod proc. pen., care stăuează că „**procesul-verbal ce cuprinde constatările personale ale organului de urmărire penală sau ale instanței de judecată este mijloc de probă (...).**”

Așadar, reținem că legiuitorul a prevăzut și alte situații în care organul de cercetare penală furnizează mijloace de probă în procesul penal, respectiv dispozițiile art. 198 alin. (2) C.pr.pen., anterior indicate, fără a se prezuma lipsa de obiectivitate și imparțialitate sau încălcarea dreptului la apărare al suspectului/acuzatului în raport de viitoarele acte de cercetare penală ce ar urma să fie îndeplinite.

În cele din urmă, apreciem ca fiind absurdă ipoteza expusă de inculpat ca, în același moment procesual, organul de cercetare penală să procedeze la propria sa audiere (în calitate de martor) sau să aprecieze cu privire la oportunitatea unui astfel de mijloc de probă, fiind evident că cele două calități nu se pot suprapune într-o asemenea interpretare. Aspectele pe care le-a constatat în mod nemijlocit, prin propriile simțuri, pot fi redate în cuprinsul unui proces-verbal care constituie mijloc de probă potrivit art. 198 alin. (2) C.pr.pen. teza I și nu obligatoriu în cadrul unei declarații de martor. Există însă posibilitatea ca un organ de cercetare penală să fie audiat ca martor în cauză (de către un alt organ judiciar), nefiind interzis de nicio dispoziție legală. În situația în care, anterior audierii sale ca martor, lucrătorul de poliție judiciară a efectuat acte de cercetare penală, apreciem că nu se poate discuta despre o incompatibilitate sau nelegalitate a actelor întocmite. Doar dacă astfel de acte de cercetare penală au fost efectuate ulterior audierii ca martor, ne aflăm sub incidența cazului de incompatibilitate expres prevăzut de lege prevăzut de art. 65 alin. (1) raportat la art. 64 alin. (1) lit. c) Cod de procedură penală. Faptul că însuși legiuitorul a prevăzut acest caz de incompatibilitate, confirmă faptul că există posibilitatea teoretică și practică de dobândire succesivă a celor două calități (martor și organ de cercetare penală), iar în situația în care organul de cercetare penală a fost martor în cauză, devine incompatibil să efectueze în continuare acte de cercetare penală, acestea fiind lovite de nulitate relativă (în condițiile prevăzute de art. 282 C.pr.pen.) și nu

absolută, ca urmare a nerespectării competenței funcționale sau materiale, deoarece organul de cercetare penală nu își pierde competența funcțională, ci se prezumă în mod obiectiv o lipsă de imparțialitate și obiectivitate.

Sintetizând cele de mai sus, constatarea unui astfel de caz de incompatibilitate a organului de cercetare penală în cadrul procesului penal ar putea fi de natură să determine *nulitatea relativă* a actelor efectuate de organul de cercetare penală **ulterior** (și nu anterior) dobândirii calității de martor, în condițiile art. 282 din Codul de procedură penală (neîncadrându-se în cazurile de nulitate absolută prevăzute de legiuitor).

Argumentația inculpatului se grefează pe confuzia între instituțiile juridice anterior reținute (incompatibilitate și competența funcțională) și consecințele nerespectării dispozițiilor legale ce le prevăd, dar și pe extrapolarea situațiilor prevăzute la art. 114 alin. (3) C.p.p.. Raționamentul nu poate fi primit și pentru faptul că organul de constatare sau de cercetare penală nu poate dobândi o calitate procesuală (de martor, alt subiect procesual) în afara procesului penal (anterior începerii urmăririi penale). Ulterior începerii urmăririi penale, organele de constatare/de cercetare penală pot fi audiate ca martori, devenind însă incompatibile să mai întocmească acte de urmărire penală.

***Analizând încheierea atacată prin prisma actelor și înscrisurilor dosarului cauzei, a motivelor de contestație depuse în scris, din perspectiva dispozițiilor art. 347 alin. 4 CPP potrivit cărora, în soluționarea contestației nu pot fi invocate sau ridicate din oficiu alte cereri sau excepții decât cele invocate sau ridicate din oficiu în fața judecătorului de cameră preliminară în procedura desfășurată în fața instanței sesizate cu rechizitoriul, cu excepția cazurilor de nulitate absolută, judecătorii de cameră preliminară din cadrul Tribunalului Bihor rețin următoarele:***

A) În ceea ce privește cererea de constatare a nulității absolute a tuturor actelor de urmărire penală ca urmare a faptului că începerea urmăririi penale a fost dispusă de o persoană care a avut calitatea de organ constator având în vedere prevederile art. 65 raportat la art. 64 alin. (1) lit. c) C.pr.pen și art. 114 alin. (4) C.p.p., se impun o serie de clarificări:

Pentru început, se constată că motivul invocat de inculpat nu se circumscrie unui motiv de nulitate absolută – necompetența funcțională a organului de urmărire penală, ci privește **incompatibilitatea** între calitatea organului de cercetare penală și calitatea de martor.

*Incompatibilitatea* reprezintă instituția de drept procesual penal prin intermediul căreia anumite persoane făcând parte din organele care desfășoară procesul penal sau care ajută la soluționarea acestuia sunt împiedicate să participe la activitatea procesuală datorită unor împrejurări de natură personală de natură a pune sub semnul întrebării obiectivitatea acestora. Cazurile de incompatibilitate sunt prevăzute de art. 64-65 C. proc. pen., iar invocarea excepției de incompatibilitate se poate face fie prin abținere, adică prin încunoștințarea făcută de însuși subiectul procesual față de care operează incompatibilitatea, fie prin recuzare, adică prin denunțarea cauzei de incompatibilitate de către una din părțile cauzei.

În schimb, *competența* reprezintă sfera atribuțiilor legale pe care le au organele judiciare în procesul penal, având are două sensuri doctrinare. Astfel, pe de o parte, aceasta desemnează dreptul și obligația unui organ judiciar de a desfășura o activitate procesuală într-o anumită cauză penală, iar pe de altă parte, prin competență se înțelege acea însușire a unei cauze penale de a fi urmărită și judecată de un anumit organ judiciar (fiind cunoscută și sub noțiunea de justițiabilitate).

Competența funcțională (*ratione officii*), ca formă a competenței, determină categoriile de activități ce pot fi desfășurate de un anumit organ judiciar.

Revenind la obiectul cauzei, se reține în prealabil faptul că, potrivit dispozițiilor art. 65 alin. (1) raportat la art. 64 alin. (1) lit. c) din Codul de procedură penală, **organul de cercetare penală este incompatibil a efectua acte de cercetare penală dacă a fost expert sau martor, în cauză.**

Prin urmare, în calitate de martor, organul de cercetare penală trebuie să fi dat declarații în cauză, sau în calitate de expert și să fi fost anterior desemnat în cauză de un organ judiciar.

Justificarea reglementării acestui caz de incompatibilitate constă în aceea că martorul/expertul și-a exprimat părerea în legătură cu anumite aspecte ale cauzei penale, iar persoana care a furnizat o probă într-o cauză penală să nu poată, ulterior, chiar ea să evalueze proba respectivă, fiind vorba despre o prezumție obiectivă de lipsă de imparțialitate funcțională a organului

de cercetare penală, în ipoteza în care acesta a exercitat anterior funcții diferite în cadrul aceluiași proces penal (precum aceea de martor).

În continuare, se constată că dispozițiile art. 114 alin. (4) C.p.p., permit ca anumite persoane să dețină o dublă calitate în procesul penal, respectiv cea de organe de constatare și cea de martori („*pot fi audiate în calitate de martor și persoanele care au întocmit procese-verbale în temeiul art. 61 și 62*”).

Calitatea de martor, astfel cum este rezultă din dispozițiile art. 114 alin. (1) C.p.p., poate fi deținută de „**orice persoană care are cunoștință despre fapte sau împrejurări de fapt care constituie probe în cauza penală**”, în acord cu prevederile art. 115 C.p.p. „*orice persoană poate fi citată și audiată în calitate de martor, cu excepția părților și a subiecților procesuali principali*”. se constată că nu sunt excluse din alte categorii din sfera participanților în procesul penal, astfel cum sunt numerotate la art. 29 C.p.p. (precum organele judiciare, avocatul sau alți subiecți procesuali).

Totodată, se reține că dispozițiile art. 61 din Codul de procedură penală stabilesc în sarcina mai multor organe (printre care și organele de ordine publică și siguranță națională) obligația de a întocmi procese-verbale de constatare ori de câte ori există o suspiciune rezonabilă cu privire la săvârșirea unei infracțiuni, iar potrivit art. 61 alin. (5) C.p.p., procesul-verbal încheiat de aceste organe constituie *act de sesizare* a organelor de urmărire penală și nu poate fi supus controlului pe calea contenciosului administrativ. De asemenea, art. 198 alin. (2) din Codul de procedură penală prevede că procesele-verbale întocmite de organele prevăzute la art. 61 alin. (1) lit. a)-c) constituie acte de sesizare a organului de urmărire penală și nu au valoarea unor constatări de specialitate în procesul penal.

Curtea Constituțională a stabilit în cadrul Deciziei nr. 198 din 7 aprilie 2016 și Deciziei nr. 97 din 1 martie 2018, că procesul-verbal întocmit în condițiile prevăzute de art. 61 din Codul de procedură penală poate constitui „*mărturie în acuzare*”, potrivit jurisprudenței de principiu în materie a instanței de la Strasbourg (Hotărârea din 9 noiembrie 2006, pronunțată în Cauza Kaste și Mathisen împotriva Norvegiei, paragraful 53; Hotărârea din 27 februarie 2001, pronunțată în Cauza Luca împotriva Italiei, paragraful 41), organele enumerate în cuprinsul normei căpătând calitatea de „martori” în sensul Convenției (Hotărârea din 24 aprilie 2012, pronunțată în Cauza Damir Sibgatullin împotriva Rusiei, paragraful 45). Prin urmare, Curtea a constatat că posibilitatea conferită de normele procesual penale ale art. 114 alin. (4), de a fi audiate în calitate de martor și persoanele care au întocmit procese-verbale în temeiul art. 61 din Codul de procedură penală (respectiv, organele de constatare), se constituie într-o garanție a respectării dreptului la un proces echitabil, expresie a exercitării dreptului la apărare și implicit a prezumției de nevinovăție.

Contrar susținerilor inculpatului, dispozițiile art. 114 alin. (3) C.p.p. nu prevăd incompatibilitatea între calitatea de martor și calitatea de organ judiciar (organ de cercetare penală) sau de constatare și nici o prevalență a uneia față de cealaltă, astfel cum susține contestatorul, ci întâietatea calității de martor față de:

1. calitatea de expert sau de avocat,
2. de mediator
3. de reprezentant al uneia dintre părți sau al unui subiect procesual principal (suspectul și persoana vătămată potrivit art. 34 C.p.p.).

Așadar, dispozițiile art. 114 alin. (3) C.p.p. nu au nicio relevanță în soluționarea cererii formulate de inculpat. Întâietatea calității de martor față de calitatea de organ judiciar nu este reglementată de dispozițiile art. 114 alin. (3) C.p.p., ci se poate deduce cel mult din dispozițiile art. 64 alin. (1) lit. c) C.pr.pen., dar care nu pot fi interpretate ca o interdicție de exercitare a vreuneia dintre cele două calități procesuale și nicidecum drept motiv de nelegalitate a actelor de urmărire penală întocmite de organul de cercetare penală **anterior** dobândirii calității de martor.

Nu în ultimul rând, trebuie avută în vedere și distincția dintre actele întocmite de organele de constatare cu ocazia constatării unei infracțiuni flagrante și actele întocmite de organele de cercetare penală. Astfel, lucrătorii de poliție care „constată încălcări ale dispozițiilor și obligațiilor a căror respectare o controlează”, încheie procese verbale în sensul art. 61, alin. (5) „(*Procesul-verbal încheiat în conformitate cu prevederile alin. (1) constituie act de sesizare a organelor de urmărire penală și nu poate fi supus controlului pe calea contenciosului administrativ*)”, pe când

lucrătorii de poliție judiciară când efectuează anumite acte în cursul urmăririi penale încheie procese verbale ce pot servi drept mijloace de probă, conform art. 198, alin. (2) Cod proc. pen., care stauază că „**procesul-verbal ce cuprinde constatările personale ale organului de urmărire penală sau ale instanței de judecată este mijloc de probă (...).**”

Așadar, reținem că legiuitorul a prevăzut și alte situații în care organul de cercetare penală furnizează mijloace de probă în procesul penal, respectiv dispozițiile art. 198 alin. (2) C.pr.pen., anterior indicate, fără a se prezuma lipsa de obiectivitate și imparțialitate sau încălcarea dreptului la apărare al suspectului/acuzatului în raport de viitoarele acte de cercetare penală ce ar urma să fie îndeplinite.

În cele din urmă, apreciem ca fiind absurdă ipoteza expusă de inculpat ca, în același moment procesual, organul de cercetare penală să procedeze la propria sa audiere (în calitate de martor) sau să aprecieze cu privire la oportunitatea unui astfel de mijloc de probă, fiind evident că cele două calități nu se pot suprapune într-o asemenea interpretare. Aspectele pe care le-a constatat în mod nemijlocit, prin propriile simțuri, pot fi redată în cuprinsul unui proces-verbal care constituie mijloc de probă potrivit art. 198 alin. (2) C.pr.pen. teza I și nu obligatoriu în cadrul unei declarații de martor. Există însă posibilitatea ca un organ de cercetare penală să fie audiat ca martor în cauză (de către un alt organ judiciar), nefiind interzis de nicio dispoziție legală. În situația în care, anterior audierii sale ca martor, lucrătorul de poliție judiciară a efectuat acte de cercetare penală, apreciem că nu se poate discuta despre o incompatibilitate sau nelegalitate a actelor întocmite. Doar dacă astfel de acte de cercetare penală au fost efectuate ulterior audierii ca martor, ne aflăm sub incidența cazului de incompatibilitate expres prevăzut de lege prevăzut de art. 65 alin. (1) raportat la art. 64 alin. (1) lit. c) Cod de procedură penală. Faptul că însuși legiuitorul a prevăzut acest caz de incompatibilitate, confirmă faptul că există posibilitatea teoretică și practică de dobândire succesivă a celor două calități (martor și organ de cercetare penală), iar în situația în care organul de cercetare penală a fost martor în cauză, devine incompatibil să efectueze în continuare acte de cercetare penală, acestea fiind lovite de nulitate relativă (în condițiile prevăzute de art. 282 C.pr.pen.) și nu absolută, ca urmare a nerespectării competenței funcționale sau materiale, deoarece organul de cercetare penală nu își pierde competența funcțională, ci se prezumă în mod obiectiv o lipsă de imparțialitate și obiectivitate.

Sintetizând cele de mai sus, constatarea unui astfel de caz de incompatibilitate a organului de cercetare penală în cadrul procesului penal ar putea fi de natură să determine *nulitatea relativă* a actelor efectuate de organul de cercetare penală **ulterior** (și nu anterior) dobândirii calității de martor, în condițiile art. 282 din Codul de procedură penală (neîncadrându-se în cazurile de nulitate absolută prevăzute de legiuitor).

Argumentația inculpatului se grefează pe confuzia între instituțiile juridice anterior reținute (incompatibilitate și competența funcțională) și consecințele nerespectării dispozițiilor legale ce le prevăd, dar și pe extrapolarea situațiilor prevăzute la art. 114 alin. (3) C.p.p.. Raționamentul nu poate fi primit și pentru faptul că organul de constatare sau de cercetare penală nu poate dobândi o calitate procesuală (de martor, alt subiect procesual) în afara procesului penal (anterior începerii urmăririi penale). Ulterior începerii urmăririi penale, organele de constatare/de cercetare penală pot fi audiate ca martori, devenind însă incompatibile să mai întocmească acte de urmărire penală.

Aplicând toate aceste considerații la activitatea de urmărire penală în prezenta cauză, judecătorii de cameră preliminară constată, pe de o parte, faptul că **nu este încălcat dreptul la apărare al inculpatului** care poate solicita administrarea oricăror probe, inclusiv audierea în calitate de martor a organului de constatare care a întocmit procesul-verbal de constatare a infracțiunii, nefiind obligatorie administrarea unei astfel de probe în cursul urmăririi penale, iar pe de altă parte, **nu se constată efectuarea niciunui act de urmărire penală de către organul de cercetare penală (-) ulterior** dobândirii calității de martor, doar atunci putând fi puse în discuție dispozițiile art. 64 alin. (1) lit. c) C.p.p. și mai apoi, analiza condițiile prevăzute de lege privind constatarea nulității relative ale unor asemenea acte.

Astfel se constată că, începerea urmăririi penale a fost dispusă de a.s.p. - și -, în calitate de organe de cercetare penală prin ordonanța din data de 09.04.2019, următoarele acte de urmărire penală au fost întocmite de procuror (ordonanța de efectuare în continuare a urmăririi penale din

data de 15.05.2019 f. 14 d.u.p.), și de a.s.p. -, în calitate de organ de cercetare penală al poliției judiciare (aducerea la cunoștința a lui - a calității de suspect, respectiv inculpat și audierea acestuia, audierea martorilor, ordonanța de predare obiecte/înscrișuri/date informatice etc.). Cu excepția ordonanței de începere a urmăririi penale din data de 09.04.2019 nu se identifică niciun alt act urmărire penală efectuat de acesta. - a fost audiat în calitate de martor, la data de 23.12.2019 (f. 94-98 d.u.p.) de către a.s.p. -, iar la data de 08.11.2019 a întocmit un raport (f. 32-34 d.u.p.) în cuprinsul căruia a relatat aspecte constatăte personal la data de 09.04.2019.

B) În ceea ce privește cererile subsidiare formulate de inculpat în etapa camerei preliminare, privind excluderea celor două acte întocmite de către organele de cercetare penală (- și -), intitulate „Raport din 08.11.2019”, respectiv „Raport din 19.11.2019” (f. 28-34 d.u.p.), a declarației de martor date de - la data de 23.12.2019 (f. 94-98 d.u.p.), precum și a înregistrărilor efectuate de acesta cu telefonul mobil personal și a procesului-verbal de vizionare a imaginilor, judecătorii de cameră preliminară din cadrul Tribunalului le vor respinge ca nefondate, pentru următoarele considerente:

Înscrișurile întocmite de - și - la data de 08.11.2019 și respectiv 19.11.2019 au fost întocmite în completarea formularului tipizat intitulat „Raport privind folosirea forței și a mijloacelor din dotare nr. 207148/11.04.2019 (f. 24-25 d.u.p.), având în vedere faptul că inculpatul a fost încătușat și condus în acest mod la sediul SML Bihor.

Referitor la înregistrările efectuate de organul constatat cu telefonul mobil personal și procesul-verbal de vizionare a imaginilor convorbiri efectuate (ca probă derivată), nu se identifică în concret niciun motiv de nulitate relativă sau absolută. Înregistrările au fost depuse de la dosarul cauzei ca urmare a ordonanței de predare obiecte/înscrișuri/date informatice din data de 19.08.2019 (f. 38 d.u.p.), fiind vizionat în ziua imediat următoare, 20.08.2020 (proces-verbal de vizionare imagini de la f. 37 d.u.p.) de către organul de cercetare penală care l-a solicitat, a.s.p. -. În această situație, se reține că mijlocul de probă nu a fost obținut în cadrul unei percheziții sau ca urmare a punerii în executare a vreunei metode speciale de supraveghere sau cercetare care să presupună autorizarea din partea judecătorului de drepturi și libertăți sau a procurorului de caz. Chiar dacă la dosarul cauzei nu se identifică un proces-verbal care să ateste predarea efectivă, această lipsă nu poate constitui un motiv de nulitate relativă a probei obținute, nefiind produsă nicio vătămare concretă inculpatului.

Procedul probatoriu este modalitatea legală de obținere a mijlocului de probă. Proba reprezintă orice element de fapt care servește la constatarea existenței sau inexistenței unei infracțiuni, la identificarea persoanei care a săvârșit-o și la cunoașterea împrejurărilor necesare pentru justa soluționare a cauzei. ***Mijlocul de probă*** constă în cazul de față în ***înregistrările efectuate de persoana vătămată a propriilor convorbiri purtate cu inculpatul***, care au fost puse la dispoziția organului de urmărire penală, în cursul urmăririi penale.

Pe de altă parte, percheziția informatică reprezintă potrivit art. 168 C.pr.pen., un procedeu de cercetare, descoperire, identificare și strângere a probelor stocate pe un suport informatic, realizat prin intermediul unor mijloace tehnice și proceduri adecvate, în acest sens fiind obligatorie încheierea judecătorului de drepturi și libertăți, asigurarea integrității datelor informatice stocate prin efectuarea de copii (tocmai pentru că prin aplicarea procedeelelor specifice analizei este posibilă alterarea sau pierderea informațiilor de pe dispozitivul original, precum și pentru echitabilitatea procedurii și garantarea drepturilor persoanei acuzate), de regulă aceasta se face de către un specialist în prezența suspectului sau a inculpatului.

Problema de practică neunitară ce a făcut obiectul întâlnirii reprezentanților Înaltei Curți de Casație și Justiție cu președinții secțiilor penale ale curților de apel de la Brașov, 4-5 iunie 2015 este una diferită, aceasta privind consecințele consimțământului persoanei la efectuarea percheziției domiciliare sau informatice ( art. 154 – conservarea datelor informatice atunci când există pericolul pierderii sau modificării acestora și art. 168 alin. 2 C.pr.pen.). Astfel, într-o opinie, s-a arătat că atunci când persoana își dă acordul pentru efectuarea percheziției (domiciliare sau informatice) aceasta va fi efectuată fără a mai fi necesară vreo autorizare din partea judecătorului, cu argumentarea că o persoană poate renunța la garanțiile oferite de lege în materia protecției dreptului la viață privată și domiciliu. Într-o altă opinie, s-a arătat că autorizarea din partea judecătorului este

obligatorie și în situația în care persoana în cauză consimte la efectuarea percheziției (domiciliare sau informatice). Participanții la întâlnire au fost de acord cu cea de a doua opinie, deoarece textele legale incidente (art. 154 și art. 168 alin. 2 Cod de procedură penală) instituie reguli imperative și nu sunt prevăzute excepții de la acestea, reținându-se totodată faptul că în ceea ce privește intenția persoanei de a renunța la garanțiile oferite de lege în materia protecției sale private, ***acesta se poate valorifica prin intermediul instituției predării obiectelor, înscrisurilor și a datelor informatice.***

Ori, în cazul de față nu ne aflăm în situația dispunerii unei percheziții informatice și nici a dispunerii măsurii conservării datelor informatice, fiind vorba despre procedee probatorii diferite de instituția predării de obiecte și înscrisuri care, în accepțiunea art. 170 C.p.p., include și datele informatice. Evident că în situația în care s-ar fi dispus percheziția informatică a suportului pe care s-au efectuat înregistrările și/sau conserarea datelor și informațiilor stocate, chiar și în condițiile în care ar fi existat un consimțământ din partea proprietarului, ar fi fost obligatorie autorizația judecătorului de drepturi și libertăți, respectiv ordonanța procurorului, neexistând derogări de la dispozițiile art. 168 sau art. 154 C.pr.pen., în funcție de disponibilitatea sau acordul persoanei care le deține.

Inculpatul are dreptul de a contesta aceste mijloace de probă sub aspectul autenticității, fiabilității și credibilității, însă doar în etapa cercetării judecătorești. În această etapă a camerei preliminare poate invoca motive de nelegalitate privind obținerea acestor mijloace de probă sau aspect ce țin de loialitatea administrării probelor în cursul urmăririi penale potrivit art. 101 C.p.p., motive care nu se regăsesc printre cele formulate de inculpat.

Pentru toate aceste considerente, în baza art. 425 indice 1 alin. (7) punctul 2 litera a) Cod de procedură penală, raportat la art. 347 Cod de procedură penală, judecătorii de cameră preliminară din cadrul Tribunalului Bihor, ***vor admite contestația formulată de Parchetul de pe lângă Judecătoria Oradea***, împotriva Încheierii penale nr. 1672/CP/2020 pronunțată la data de 15.10.2020 de judecătorul de cameră preliminară din cadrul Judecătoriei Oradea, pe care o vor desființa și, rejudecând:

În baza art. 345 alin. (1)-(2) raportat la art. 346 alin. (2) Cod de procedură penală, vor respinge ca nefondate cererile și excepțiile formulate de inculpatul - și vor constata legalitatea sesizării instanței prin rechizitoriul nr. 1989/P/2019 emis la data de 22.06.2020 de Parchetul de pe lângă Judecătoria Oradea, a administrării probelor și a efectuării actelor de urmărire penală, urmând a dispune începerea judecății cauzei, cu privire la săvârșirea infracțiunii de *refuz sau sustragere de la prelevarea de mostre biologice*, prevăzută de art. 337 Cod penal.

În baza art. 275 alin. (3) Cod de procedură penală, cheltuielile judiciare vor rămâne în sarcina statului.

PENTRU ACESTE MOTIVE,  
ÎN NUMELE LEGII  
DISPUN:

În temeiul art. 29 alin. (4) din Legea nr. 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale, republicată, dispune sesizarea Curții Constituționale cu privire la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 65 alin. (1) raportat la art. 64 alin. (1) lit. c) Cod de procedură penală, invocată de - cu domiciliul procesual ales la -, în dosarul nr. **8288/271/2020/a1** al Judecătoriei Oradea, având ca obiect contestația formulată de Parchetul de pe lângă Judecătoria Oradea, împotriva Încheierii penale nr. 1672/CP/2020 pronunțată la data de 15.10.2020 de judecătorul de cameră preliminară din cadrul Judecătoriei Oradea.

Dispune comunicarea Curții Constituționale a copiilor prezentei încheieri, a sentinței penale contestate și a motivării excepției de neconstituționalitate invocate (f. 38-41, dosar contestație).

În temeiul art. 475 și urm. Cod de procedură penală, dispune sesizarea Înaltei Curți de Casație și Justiție, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală, în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea de principiu a chestiunii de drept referitoare la interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 65 alin. (1) raportat la art. 64 alin. (1) lit. c) Cod de procedură penală și art. 114 alin. (4) Cod de procedură penală, în sensul de a se stabili dacă organul

de urmărire penală care a întocmit procesul-verbal de constatare a infracțiunii flagrante poate efectua în continuare acte de urmărire, fiind ulterior audiat în calitate de martor în aceeași cauză; în caz negativ, care este sancțiunea procesuală aferentă, respectiv nulitatea absolută a actelor de urmărire penală efectuate, ca urmare a încălcării normelor de competență, în acord cu dispozițiile art. 281 alin. (1) lit. b) C.p.p. și Decizia C.C.R. nr. 302/2017 sau nulitatea relativă în baza dispozițiilor art. 282 C.pr.penală, ca urmare a constatării unui caz de incompatibilitate având în vedere calitatea sa de martor la săvârșirea infracțiunii.

În baza art. 425 indice 1 alin. (7) punctul 2 litera a) Cod de procedură penală, raportat la art. 347 Cod de procedură penală **admite contestația formulată de Parchetul de pe lângă Judecătoria Oradea**, împotriva Încheierii penale nr. 1672/CP/2020 pronunțată la data de 15.10.2020 de judecătorul de cameră preliminară din cadrul Judecătoriei Oradea, pe care o desființează și, rejudecând:

În baza art. 345 alin. (1)-(2) raportat la art. 346 alin. (2) Cod de procedură penală, respinge ca nefondate cererile și excepțiile formulate de inculpatul - și constată legalitatea sesizării instanței prin rechizitoriul nr. 1989/P/2019 emis la data de 22.06.2020 de Parchetul de pe lângă Judecătoria Oradea, a administrării probelor și a efectuării actelor de urmărire penală.

Dispune începerea judecării cauzei, privind pe inculpatul -pentru săvârșirea infracțiunii de *refuz sau sustragere de la prelevarea de mostre biologice*, prevăzută de art. 337 Cod penal.

În baza art. 275 alin. (3) Cod de procedură penală, cheltuielile judiciare rămân în sarcina statului.

Definitivă.

Pronunțată în ședința camerei de consiliu, azi, data de 27 ianuarie 2021.

**Președinte-judecător de cameră preliminară,**

**Judecător de cameră preliminară,**

**Grefier,**

Încetate raporturilor de muncă la data 15.02.2021

Semnează grefier șef desemnat,

Red.jud.cont. -./26.02.2021

Red.jud.fond. .

Tehnored.Gref. -./29.01.2021

Red. 2ex.orig.

Se comunică 2 ex.pt.conf. inculpat și PTB