

O M Â N I A R O M Â N I A
CURTEA DE APEL CLUJ
SECȚIA PENALĂ ȘI DE MINORI

Dosar nr. 4892/117/2012

Cod operator date cu caracter personal 8428

Î N C H E I E R E

Ședința publică din 03 iunie 2015

Instanța este constituită din:

PREȘEDINTE : I.- C.M.

JUDECĂTOR : D.P.

GREFIER : N.N.

MINISTERUL PUBLIC – Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și
Justiție - Direcția de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată
și Terorism - Serviciul Teritorial Cluj reprezentat prin procuror :

D.D.

Pe rol fiind soluționarea apelurilor declarate de către inculpatul R.A. și D.I.I.C.O.T. – S.T.C. împotriva sentinței penale nr.158 din 23 aprilie 2013 a Tribunalului Cluj, privind și pe inculpații H.A.A. și L.Z., aceștia fiind trimiși în judecată după cum urmează:

- inculpatul R.A., pentru săvârșirea infracțiunilor de: deținere a unei parole cod de acces sau date informatice în scopul săvârșirii infracțiunii de transfer neautorizat de date, prevăzute și pedepsite de art. 46 alin. 2 din Legea nr. 161/2003, cu aplic. art. 41 alin. 2 Cod penal; transmitere neautorizată de date de identificare în scopul efectuării de operațiuni prevăzute de art. 1 pct. 11 din Legea 365/2002, prevăzute de art. 27 alin. 3 din Legea 365/2002, cu aplic. art. 41 alin. 2 Cod penal; deținere de droguri de risc, fără drept, pentru consum propriu, prevăzute și pedepsite de art. 4 al. 1 din Legea 143/2000, cu aplic. art. 41 al. 2 C.p., totul cu aplic. art. 33 lit. a Cod penal;

- inculpații H.A.A. și L.Z., pentru săvârșirea infracțiunii de favorizare a infractorului, prevăzute de art. 264 C.pen., cu aplicarea art. 41 alin. 2 C.pen.

La apelul nominal se prezintă inculpatul – apelant R.A. personal și asistat de apărătorul ales, d-l avocat R.C., din cadrul Baroului Cluj, inculpatul L.Z. personal, asistat de apărătorul desemnat din oficiu, d-l avocat P.P., din cadrul Baroului Cluj și inculpata H.A.A. personal și asistată de apărătorul ales, d-l avocat R.C., din cadrul Baroului Cluj, în substituirea avocatului titular, d-na avocat O.C.

Procedura de citare este legal îndeplinită.

S-a făcut referatul cauzei, constatându-se că a fost înregistrată la dosar în data de 03 aprilie 2015, completată la data de 03.06.2015 din partea inculpatului – apelant R.A., prin apărătorul său ales, o cerere prin care solicită sesizarea Înaltei Curți de Casație și Justiție pentru dezlegarea a problemei de drept vizând interpretarea dispozițiilor art. 421 alin. 2 lit. b

C.proc.pen., în sensul de a se stabili dacă instanța de apel se poate pronunța asupra excepțiilor invocate în temeiul art. 300 alin. 2 raportat la art. 332 alin. 2 C.proc.pen. anterior.

Curtea pune în discuția părților această cerere.

Apărătorul ales al inculpaților R.A. și H.A.A. arată că prin motivele de apel a solicitat trimiterea cauzei la parchet or, potrivit Noului Cod de procedură penală instanța de apel nu are temei de drept în baza căruia să dispună restituirea cauzei la procuror, astfel cum era prevăzut în legislația anterioară. În aceste condiții se pune întrebarea dacă instanța va mai putea analiza excepțiile invocate și care va fi soluția în condițiile în care le apreciază întemeiate. Având în vedere succesiunea de legi în timp și lipsa unei prevederi tranzitorii pentru situații similare celei din prezenta speță, inculpatul este în situația de a fi lipsit de o cale de atac cu privire la soluția pe excepțiile invocate, fapt ce contravine cu art. 2 par. 1 din Protocolul nr. 7 adițional la Convenția Europeană a Drepturilor Omului, care acordă acuzatului dreptul la un dublu grad de jurisdicție în materie penală.

Reprezentantul Ministerului Public nu se opune admiterii solicitării de sesizare a ICCJ.

Apărătorul inculpatului L.Z. este de acord cu sesizarea ICCJ.

CURTEA

Expunerea succintă a obiectului cauzei:

Prin sentința penală nr. 158/23.04. 2013 a Tribunalului Cluj a fost respinsă excepția nulității urmăririi penale ridicată de apărătorul inculpatului R.A.

În baza art. 46 alin. 2 din Legea nr. 161/2003, cu aplic. art. 41 alin. 2 C.pen a fost condamnat inculpatul R.A., pentru săvârșirea infracțiunii de deținere fără drept a unor date informatice în scopul săvârșirii infracțiunii de transfer neautorizat de date, la pedeapsa de 2 ani închisoare.

În baza art. 27 alin. 3 din Legea nr. 365/2002 cu aplic. art. 41 alin. 2 C.pen a fost condamnat același inculpat pentru săvârșirea infracțiunii de transmitere neautorizată de date de identificare în scopul efectuării de operațiuni prev. de art. 1 pct. 11 din Legea nr. 365/2002 la pedeapsa de 2 ani și 6 luni închisoare. A fost condamnat același inculpat pentru săvârșirea infracțiunii de deținere de droguri de risc fără drept pentru consum propriu la pedeapsa de 1000 lei amendă penală.

În baza art. 33 lit. a rap. la art. 34 lit. d C.pen s-a constatat că infracțiunile de mai sus sunt concurente și s-a dispus contopirea pedepselor de mai sus în pedeapsa cea mai grea, inculpatul urmând să execute pedeapsa rezultantă de 2 ani și 6 luni închisoare în regim de detenție.

În baza art. 71 din Codul penal a fost privat inculpatul, începând cu data rămânerii definitive a sentinței și până la executarea pedepsei, de dreptul prev. de art. 64 alin. 1 lit. a teza a II-a din Codul penal.

În baza art. 88 C.pen a fost dedusă din pedeapsa aplicată perioada reținerii și arestului preventiv începând cu data de 11.10.2010 și până la data de 06.04.2011. a fost modificat controlul judiciar impus inculpatului prin decizia penală nr. 509/06.04.2011 a Curții de Apel Cluj, modificat anterior prin încheierile penale f. nr. din datele de 21.05.2012, 18.09.2012,

03.12.2012, 22.01.2013 și 19.02.2013 ale Tribunalului Cluj în sensul că au fost înlăturate obligațiile impuse inculpatului în temeiul art. 160² alin. 3¹ C.pr.pen. și menține celelalte obligații impuse acestuia până la rămânerea definitivă a prezentei sentințe.

În baza art. 118 lit. b C.pr.pen. s-a dispus confiscarea specială de la inculpat a următoarelor bunuri folosite la săvârșirea infracțiunilor:

- hard disk marca Western Digital seria (S/N) WCANKM057306 capacitate 250 Gb ridicat cu ocazia efectuării percheziției la domiciliul martorei R.E.
- hard disk marca Western Digital seria (S/N) WMAV2A377110 capacitate 320 Gb și hard disk marca Western Digital seria (S/N) WMAVUII22263 capacitate 1.0 Tb ridicate cu ocazia efectuării percheziției la domiciliul inculpatului

În baza art. 118 lit. e C.pr.pen. s-a dispus confiscarea de la inculpat în favoarea statului suma de 18.100 USD sau echivalentul în lei la data plății reprezentând sume provenite din săvârșirea infracțiunilor.

În baza art. 17 din Legea nr. 143/2000 s-a dispus confiscarea de la inculpat suma de 1,4 grame cannabis sigilată cu sigiliul MI nr. 11036 depusă la camera de corpuri delictive a organului de cercetare penală.

În baza art. 11 pct. 2 lit. a rap. la art. 10 lit. d C.pr.pen. au fost achitați inculpații:

- H.A.A.
- L.Z.

de sub acuza săvârșirii câte unei infracțiuni de favorizare a infractorului prev. de art. 264 alin. 1 cu aplic. art. 41 alin. 2 C.pen întrucât faptelor le lipsește unul dintre elementele constitutive ale infracțiunii.

S-a dispus restituirea către inculpată a următoarelor bunuri: hard disk marca Fujitsu seria (S/N) K411T832RECV capacitate 160 Gb și hard disk marca Fujitsu seria (S/N) K411T832REDD ridicate cu ocazia percheziției

S-a constatat că inculpata a fost reținută pe timp de 24 de ore în perioada 11.10.2010 - 12.10.2010.

În baza art. 189 din Codul de procedură penală s-a stabilit în favoarea Baroului Cluj suma de 600 lei reprezentând onorarii pentru apărători din oficiu (av. P.I. - 300 lei, av. E.-G.O. - 300 lei) ce se va avansa din fondul Ministerului Justiției.

În baza art. 191 alin. 1 C.pr.pen. a fost obligat pe inculpatul R.A. să plătească în favoarea statului suma de 8500 lei cu titlu de cheltuieli judiciare, sumă ce include și onorariul apărătorului din oficiu av. P.I., în temeiul art. 192 alin. 3 C.pr.pen. restul cheltuielilor judiciare avansate de stat au rămas în sarcina acestuia

În drept, s-a reținut de către tribunal că:

1. Fapta inculpatului R.A. care în perioada 2006 - iunie 2009 a deținut în mod repetat, fără drept, programe, parole, coduri de acces sau date informatice, respectiv date de identificare ale cardurilor unor instituții bancare din străinătate, în special din SUA (serii de carduri și coduri PIN), în scopul săvârșirii de infracțiuni prevăzute de Legea nr.161/2003 intrunește elementele constitutive ale infracțiunii de deținere fără drept de programe informatice, coduri de acces, parole sau date informatice, prev. și

ped. de art.46 alin.2 din Legea nr.161/2003, cu aplic. art. 41 alin. 2 Cod penal.

2. Fapta inculpatului R.A. care în perioada 2006 - iunie 2009, folosind adresa de e-mail (adresa de e-mail a fost anonimată) a transmis neautorizat pachete (dumps-uri) de serii ale unor carduri emise de instituții bancare din străinătate, în special din SUA și coduri PIN aferente, unor persoane aflate pe teritoriul Statelor Unite ale Americii (în zona Chicago, New York și San Diego) în vederea efectuării de către acestea a unor operațiuni financiare frauduloase, respectiv în scopul efectuării de retrageri de numerar sau transferuri de fonduri de la ATM sau POS, în schimbul unor sume de bani stabilite dinainte, care erau transferate prin intermediul sistemului W.U. pe numele său și al altor persoane, obținând în această modalitate suma certă de 18.100 USD, explicată mai jos, întrunește elementele constitutive ale infracțiunii de transmitere neautorizată de date de identificare în scopul efectuării de operațiuni prevăzute de art. 1 pct.11 din Legea nr.365/2002, prev. și ped. de art.27 alin.3 din Legea nr.365/2002, cu aplic.art.41 alin.2 Cod penal.

3. Fapta inculpatului R.A. care în luna octombrie 2010, a deținut fără drept pentru propriul consum cantitatea de 1,8 grame canabis (THC), substanță ce se regăsește pe Tabelul Anexă nr.III la Legea nr.143/2000 ar întruni elementele constitutive ale infracțiunii de deținere de droguri de risc, fără drept, pentru consum propriu, prev. și ped. de art.4 alin.1 din Legea nr.143/2000.

Chestiunea de drept ridicată în cauză

Problema de drept cu care Curtea de Apel Cluj apreciază că trebuie sesizată ICCJ și ridicată, de altfel, de inculpați prin apărător este următoarea :,, în temeiul art. 2 din Protocolul nr. 7 la Convenția Europeană a Drepturilor Omului și de prevederile art. 129 din Constituție, care consacră dreptul la un dublu grad de jurisdicție în materie penală atunci când judecata în fond s-a desfășurat în temeiul vechiului Cod de procedură penală, poate instanța de apel să dispună trimiterea cauzei la parchet în vederea refacerii urmăririi penale ori a actului de sesizare a instanței? În același temei poate instanța de apel să dispună excluderea unor probe administrate nelegal în faza de urmărire penală ?”.

Admisibilitatea sesizării Înaltei Curți de Casație și Justiție

Raportat la reglementarea în materie - art.475 C.pr.pen. - Curtea apreciază că sunt îndeplinite condițiile legale pentru sesizarea instanței supreme în vederea dezlegării problemei de drept, întrucât:

- cauza se află pe rolul curții de apel, completul fiind investit cu soluționarea acesteia, în ultimă instanță.
- de lămurirea problemei de drept ridicate depinde soluționarea pe fond a litigiului,
- asupra problemei de drept ridicate, Înalta Curte de Casație și Justiție nu a statuat printr-o hotărâre prealabilă sau printr-un recurs în interesul legii și nici nu face obiectul unui recurs în interesul legii în curs de soluționare.

Punctele de vedere ale părților , a parchetului și a Curții de Apel Cluj

1). Punctul de vedere al inculpaților R.A. și H.A.A.

Prin cererea formulată de către dl avocat R.C., apărător ales al inculpaților R.A. și H.A.A., înregistrată la data de 3 aprilie 2015 (fila 37-39, dos. inst. de apel) la prezentul dosar și completată cu note scrise la data de de 03.06.2015 (fila 164 ,dos. inst. de apel) se solicită sesizarea Î.C.C.J. cu următoarea întrebare : „ în temeiul art. 2 din Protocolul nr. 7 la Convenția Europeană a Drepturilor Omului și de prevederile art. 129 din Constituție, care consacră dreptul la un dublu grad de jurisdicție în materie penală atunci când judecata în fond s-a desfășurat în temeiul vechiului Cod de procedură penală, poate instanța de apel să dispună trimiterea cauzei la parchet în vederea refacerii urmăririi penale ori a actului de sesizare a instanței? În același temei poate instanța de apel să dispună excluderea unor probe administrate nelegal în faza de urmărire penală?” (f. 64 dosarul instanței de apel).

În motivarea acestei cereri se arată în esență că, la momentul trimiterii în judecată au fost invocate încălcarea dispozițiilor legale atât în ceea ce privește efectuarea urmăririi penale cât și a modalității de întocmire a rechizitoriului, iar excepțiile invocate au fost discutate la termenul de judecată din data de 10 septembrie 2012, iar instanța a prorogat pronunțarea asupra lor până la data de 23 aprilie 2013, când a soluționat pe fond cauza.

Conform legislației în vigoare la acea dată soluția instanței de fond cu privire la excepțiile invocate putea fi atacată odată cu fondul, iar instanța de control avea posibilitatea ca în baza art. 380 Cod procedură penală anterior să dispună restituirea cauzei la procuror, pentru refacerea urmăririi penale.

Inculpatul a declarat apel împotriva sentinței penale nr. 158 din 23 aprilie 2013 a Tribunalului Cluj printre motivele de apel referitoare la fondul cauzei se numără și modalitatea de efectuare a urmăririi penale, reiterându-se excepțiile formulate în fața primei instanțe, iar prin intrarea în vigoare a NCPP instanța de apel nu are un temei de drept în baza căruia să dispună restituirea cauzei la procuror astfel cum era prevăzută în legislația anterioară.

Având în vedere succesiunea de legi în timp și lipsa unei prevederi tranzitorii pentru situațiile similare celei din prezenta speță, inculpații se află în situația de a fi lipsiți de o cale de atac cu privire la soluțiile referitoare la excepțiile invocate, fiind privat de un grad de jurisdicție, eludându-se astfel disp. art. 2 paragraful 1 din Protocolul nr. 7 adițional la Convenția Europeană a Drepturilor Omului, care acordă acuzatului dreptul la un dublu grad de jurisdicție, în materie penală.

În cuprinsul Legii nr. 255/2013 nu au fost prevăzute dispoziții tranzitorii aplicabile pentru situația supusă analizei .

2). Punctul de vedere al inculpatului L.Z.

Acesta a apreciat că se impune sesizare a ÎCCJ pentru motivele expuse de către apărătorul inculpaților.

3.) Reprezentantul Ministerului Public a apreciat că se impune sesizare a ÎCCJ .

4). Opinia Curții de Apel Cluj:

Excepția invocată de către apărătorul inculpaților este inadmisibilă pentru următoarele motive:

Potrivit art. 3 din Legea nr. 255/2013 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală și pentru modificarea și completarea unor acte normative care cuprind dispoziții procesual penale – legea nouă se aplică de la data intrării ei în vigoare tuturor cauzelor aflate pe rolul organelor judiciare, cu excepțiile prevăzute în cuprinsul acestei legi.

De asemenea, potrivit art. 6 alin. 1 din legea sus menționată cauzele aflate în curs de judecată în primă instanță la data intrării în vigoare a legii noi în care nu s-a început cercetarea judecătorească se soluționează de către instanța competentă conform legii noi potrivit regulilor prevăzute în aceeași lege.

Din actele dosarului rezultă că trimiterea în judecată a inculpaților s-a dispus la data de 4 martie 2011 prin rechizitoriul Parchetului de pe lângă Î.C.C.J. – D.I.I.C.O.T. – S.T. Cluj în dosarul nr. 215 D/P/2009, iar excepțiile invocate de către inculpatul R.A. referitoare la efectuarea urmăririi penale și a modalității de întocmire a rechizitoriului au fost puse în discuție la termenul de judecată din data de 10 septembrie 2012, iar instanța de fond a prorogat pronunțarea asupra lor până la data de 23 aprilie 2013, când Tribunalul Cluj a soluționat pe fond cauza prin sentința penală nr. 258.

Această sentință care a fost atacată cu apel de către cei trei inculpați R.A., H.A.A. și L.Z. și Parchetul de pe lângă Î.C.C.J. – D.I.I.C.O.T. – S.T. Cluj, apel aflat pe rolul Curții de Apel Cluj, având termen de judecată pentru data de 23 septembrie 2015.

Intrarea în vigoare a Noului Cod de procedură penală a avut loc la data de 1 februarie 2014, astfel că prima instanță s-a pronunțat anterior intrării în vigoare a noului cod, în concordanță cu dispozițiile procesual penale anterioare.

Art. 421 N.C.P.P. ce reglementează soluțiile ce pot fi pronunțate de către instanța de apel nu indică și soluția de restituire a cauzelor procurorului și nici soluția trimiterii cauzei la judecătorul de cameră preliminară, unicul organ judiciar abilitat procesual conform art. 58 Cod procedură penală raportat la art. 341 Cod procedură penală de a restitui cauza la procuror.

Ca atare, în configurația actuală a Codului de procedură penală numai judecătorul de cameră preliminară are abilitatea procesuală în exclusivitate de a dispune restituirea cauzei la procuror, precum și de a dispune excluderea probelor nelegal administrate așa cum rezultă din disp. art. 346 C.p.p.

Dispozițiile art. 408 alin. 2 și 3 C.p.p. prevăd că încheierile pot fi atacate cu apel numai odată cu sentința, cu excepția cazurilor când potrivit legii pot fi atacate separat cu apel, iar apelul declarat împotriva sentinței se socotește făcut și împotriva încheierilor, însă în cauza dedusă judecătii excepțiile invocate au fost soluționate concomitent cu fondul cauzei.

Art. 2 din Protocolul nr. 7 adițional la CEDO prevede că orice persoană declarată vinovată de o infracțiune de către un tribunal are dreptul să ceară examinarea declarației de vinovăție sau a condamnării de către o jurisdicție superioară. Exercitarea acestui drept, inclusiv motivele pentru care acesta poate fi exercitat, sunt reglementate de lege.

Se remarcă că dispozițiile N.C.P.P. care reglementează calea de atac a apelului, inclusiv sub aspectul că încheierile pot fi atacate cu apel numai

odată cu sentința, conform disp. art. 408 alin. 2 și 3 C.p.p sunt în concordanță cu dispozițiile art. 2 din Protocolul nr. 7 adițional la CEDO .

Art. 7 din Legea nr. 255/2013 prevede că acele cauze aflate în curs de judecată în primă instanță în care s-a început cercetarea judecătorească anterior intrării în vigoare a legii noi rămân în competența aceleiași instanțe, judecata urmând a se desfășura potrivit legii noi.

Art. 10 alin. 1 din Legea nr. 255/2013 prevede că apelurile aflate în curs de judecată la data intrării în vigoare a Codului de procedură penală se soluționează de către aceeași instanță potrivit dispozițiilor din legea nouă privitoare la apel.

În contextul celor expuse mai sus, rezultă în mod evident că instanța de apel nu poate pronunța o soluție de restituire a cauzei la parchet în baza art. 332 alin. 2 Cod procedură penală anterior, pentru că dispozițiile art. 421 Cod procedură penală nu prevăd o asemenea soluție și chiar în absența unor dispoziții tranzitorii, instanța de apel nu poate suplini atribuțiile judecătorului de cameră preliminară, care în exclusivitate poate dispune o asemenea soluție doar în faza procesuală a camerei preliminare, iar în speță faza procesuală a camerei preliminare nu a fost parcursă și nici nu poate fi parcursă retroactiv, având în vedere dispozițiile Legii nr. 255/2013 menționate mai sus.

Pe de altă part ,eludarea prevederilor art. 129 din Constituția României invocate , care consacră dreptul la un dublu grad de jurisdicție în materie penală nu pot face obiectul dezlegării unei chestiuni de drept de către ÎCCJ în această procedură, ci eventual a unei excepții de neconstituționalitate.

Curtea în baza art.475 C.pr.pen. Curtea va sesiza ÎCCJ, în vederea dezlegării chestiunii de drept invocate , adică ,, în temeiul art. 2 din Protocolul nr. 7 la Convenția Europeană a Drepturilor Omului și de prevederile art. 129 din Constituție, care consacră dreptul la un dublu grad de jurisdicție în materie penală atunci când judecata în fond s-a desfășurat în temeiul vechiului Cod de procedură penală, poate instanța de apel să dispună trimiterea cauzei la parchet în vederea refacerii urmăririi penale ori a actului de sesizare a instanței? În același temei poate instanța de apel să dispună excluderea unor probe administrate nelegal în faza de urmărire penală ?”.

**PENTRU ACESTE MOTIVE
ÎN NUMELE LEGII
DISPUNE**

În baza art.475 C.pr.pen. dispune sesizarea Înaltei Curți de Casație și Justiție în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea de principiu a problemei de drept adică ,, în temeiul art. 2 din Protocolul nr. 7 la Convenția Europeană a Drepturilor Omului și de prevederile art. 129 din Constituție, care consacră dreptul la un dublu grad de jurisdicție în materie penală atunci când judecata în fond s-a desfășurat în temeiul vechiului Cod de procedură penală, poate instanța de apel să dispună trimiterea cauzei la parchet în vederea refacerii urmăririi penale ori a actului de sesizare a

instanței? În același temei poate instanța de apel să dispună excluderea unor probe administrate nelegal în faza de urmărire penală ?”.

Definitivă.

Pronunțată în ședința publică din 03.06.2015.

PREȘEDINTE

I.-C.M.

JUDECĂTOR

D.P.

GREFIER

N.N. Plecată în C.O.

Semnează prim-grefier M.T.

Red./ICM/ICM.
17.08.2015