

CZU: 343.359.2

ELEMENTUL SUBIECTIV AL SPĂLĂRII BANILOR

Maria STRULEA

Universitatea de Stat din Moldova

Fiind o infracțiune pentru care scopul, ca semn al laturii subiective, este expres prevăzut de legiuitor, spălarea banilor se comite cu intenție directă. Totodată, spălarea banilor, fiind *delictum subsequens*, are ca obiect material produsul unei *infracțiunii principale/predicat*, față de care se aplică modalitățile normative ale faptei prevăzute la art.243 alin.(1) CP RM. Se ridică întrebarea: care ar trebui să fie elementul intelectual al vinovăției autorului spălării banilor în cazul în care el nu a participat la săvârșirea infracțiunii predicat? Or, spre deosebire de alte legislații penale, legea penală a Republicii Moldova nu distinge dacă autorul spălării banilor este sau nu autor la infracțiunea predicat.

Cuvinte-cheie: spălarea banilor, vinovăție, latura subiectivă, infracțiune predicat, participație, suspiciune, convenție.

THE SUBJECTIVE ELEMENT OF MONEY LAUNDERING

The money laundering, being an offence, the purpose of which, as a sign of subjective side, is expressly provided by the legislator, is committed with direct intent. At the same time, being a *delictum subsequens*, the money laundering has as material object the product of a primary predicate offence, against which the normative modalities of the act provided by art.243 para.(1) of the Criminal Code are applied. The question arises as to what should be the intellectual culpability element of the subject (author) of money laundering if he/she did not participate in the commission of the predicate offence. Or, contrary to other criminal laws, the criminal law of the Republic of Moldova does not distinguish whether or not the author of money laundering is subject of the commission of the predicate offence.

Keywords: money laundering, guilt, subjective side, predicate offense, participation, suspicion, convention.

Introducere

Spălarea banilor a evoluat ca faptă infracțională având la bază obiectul material provenit din alte fapte infracționale (numite infracțiuni principale sau predicat). De subliniat că spălarea banilor a fost incriminată la nivel național ca o exigență a dreptului internațional. Drept urmare, elementele definitorii ale infracțiunii spălarea banilor au fost determinate de Convenția de la Strasbourg din 1990 și de Convenția din Varșovia din 2005, care au avut la bază dezideratul luptei contra formelor grave de criminalitate răspândită la nivel internațional.

Fiind o infracțiune pentru care scopul, ca semn al laturii subiective, este expres prevăzut de legiuitor, spălarea banilor se comite cu intenție directă. Totodată, spălarea banilor, fiind *delictum subsequens*, are ca obiect material produsul unei *infracțiunii principale/predicat*, față de care se aplică modalitățile normative ale faptei prevăzute la art.243 alin.(1) CP RM.

În conformitate cu Convenția de la Varșovia din 2005, *infracțiunea principală / predicat* se referă la orice infracțiune în urma căreia produsele sunt rezultate și susceptibile de a deveni obiectul unei infracțiuni prevăzute la art.9 din Convenție.

Obligația cunoașterii provenienței bunului

În doctrină și în jurisprudență deseori se ridică întrebarea privind atitudinea subiectivă dedusă din prevederile art.243 CP RM, în conformitate cu care subiectul activ „trebuia să știe” că bunurile constituie venituri ilicite.

Expresia „trebuia să știe” din prevederile art.243 CP RM se referă la latura subiectivă a subiectului spălării banilor în raport cu produsul infracțiunii principale/predicat. Astfel, dispoziția normativă vizează punerea în aplicare a prevederilor art.9 par.3 lit.(b) din Convenția de la Varșovia din 2005, la care Republica Moldova este parte, potrivit căreia: „**par.3.** Fiecare parte poate adopta măsurile legislative și alte măsuri care se dovedesc necesare pentru a conferi, în baza dreptului său intern, caracterul de infracțiune tuturor sau unora dintre faptele prevăzute la paragraful 1, în [...] cazul când infractorul:[...], **b)** trebuia să presupună că bunurile constituiau produse” [1].

Potrivit Raportului explicativ la Convenție, „Articolul 9 alineatul (3) din Convenție se referă la *mens rea*. Procesul de evaluare a dovedit că poate fi foarte dificil să se demonstreze elementul moral al unei infracțiuni

de spălare a banilor, deoarece instanțele deseori prescriu (sau se presupune că prescriu) un nivel foarte ridicat de cunoaștere a originii produselor de către autorii infracțiunii de spălare a banilor. Adăugarea acestui paragraf la prezenta Convenție permite, de asemenea, părților să sancționeze penal autorul presupus al unei infracțiuni penale (a) atunci când a suspectat că bunul a fost produsul unei infracțiuni și / sau (b) atunci când ar fi trebuit să fie conștient de faptul că bunul era produsul unei infracțiuni. Paragraful (a) prevede un element moral mai puțin subiectiv și ar putea fi aplicat unei persoane care gândește cel puțin asupra chestiunii originii produselor (este suficient să suspecteze că bunul este produsul unei infracțiuni), dar nu are certitudinea că bunul în cauză să fi fost unul original infracțional. Punctul 3(b) prevede incriminarea comportamentului neglijent, în cazul în care instanța, pe baza unei evaluări obiective a probelor, se pronunță asupra chestiunii dacă autorul infracțiunii ar fi trebuit să fie conștient de faptul că bunul era produsul unei infracțiuni, pe care a presupus-o sau nu. Paragraful 3 al articolului 9 incriminează actele care nu sunt menționate în Convenția Națiunilor Unite din 1988. Acest paragraf este opțional. Rezultă că dacă o Parte decide să nu-l adopte în dreptul său intern, nu poate fi ridicată sau criticată în cadrul procedurilor de urmat prevăzute de Convenție" [2].

Prin urmare, judecătorul trebuie să aprecieze elementul subiectiv al autorului infracțiunii, față de obiectul material provenit dintr-o infracțiune predicat. Expresia „trebuia să știe” lasă judecătorului puterea de apreciere în raport cu criteriul obiectiv al vinovăției persoanei în raport cu sursa provenienței veniturilor supuse spălării banilor, fără a-i conferi o putere autonomă de incriminare care ar afecta puterea legiuitorului în formularea politicii penale. Astfel, „inculpatul nu poate să fie condamnat pentru o încercare de a săvârși infracțiunea absentă a mentalității specifice, element necesar pentru infracțiunea de fond” [3].

În asemenea condiții, Curtea Constituțională a Republicii Moldova a notat în jurisprudența sa că sintagma „trebuia să știe” se referă la latura subiectivă (care, de altfel, se caracterizează prin intenție directă) a subiectului spălării banilor în raport cu produsul infracțiunii principale/predicat, care urmează a fi stabilită în fiecare caz concret. Totodată, Curtea a reținut că intenția sau scopul infracțiunii poate fi dedus din împrejurări de fapt obiective, luându-se în considerare cunoștințele sau statutul subiectului, mai ales în cazul neonorării unor obligații opozabile acestuia prin efectul legii [4].

De altfel, Curtea a reținut că cuvintele „trebuia să știe” din art.243 CP RM își au suportul normativ anume în convențiile prenotate.

Respectivul subiect de discuție s-a ridicat și în jurisprudența altor state. În context, jurisprudența franceză a evidențiat teza autonomiei spălării banilor, prin care nu este necesar ca autorul infracțiunii de spălare să fi cunoscut natura exactă, circumstanțele și nici măcar identitatea autorului infracțiunii principale [5], reafirmand indiferența principiului cunoașterii calificării infracțiunii principale a spălării banilor [6].

Neonorarea obligațiilor profesionale la care s-a referit Curtea Constituțională a Republicii Moldova, atunci când a interpretat restrictiv sintagma „trebuia să știe” din dispoziția art.243 CP RM, se referă la categoria unor profesioniști cărora legea le-a oferit competența în a reacționa în cazul tranzacțiilor suspecte sau cu risc de a fi implicați în spălarea banilor.

Mai mult decât atât, în conformitate cu recomandările GAFI [7], statele trebuie să se asigure că elementul intențional pentru a proba spălarea banilor să poată fi dedus din circumstanțele factuale obiective. Este de amintit în acest sens jurisprudența engleză, prin care instanța superioară a anulat trei condamnări pe motiv că urmărirea penală a trebuit să demonstreze că acuzații au știut (și nu doar au bănuit) că banii au constituit încasările infracțiunii [8].

Drept urmare, este necesar să se stabilească, pe baza probelor certe, că bunurile constituie venituri ilicite, provin din săvârșirea infracțiunilor, iar făptuitorul trebuia să știe aceasta, în virtutea unor criterii obiective, inclusiv normative. În lipsa acestor circumstanțe nu se poate înregistra fapta spălării banilor.

Revine probatoriului să determine *in concreto* în ce măsură subiectul trebuia să cunoască caracterul ilicit al obiectului material al spălării banilor, astfel încât aprecierea vinovăției persoanei să se fundamenteze pe criteriul normativ și să exprime obligația persoanei de a prevedea posibilitatea survenirii urmărilor prejudiciabile cu respectarea măsurilor de precauție prescrise.

Sintagma „trebuia să știe” din prevederile art.243 CP RM s-ar interpreta prin prisma atitudinii psihice a autorului infracțiunii spălării banilor (indiferent de participarea sa la infracțiunea predicată), astfel încât el să nu se afle în eroare asupra caracterului penal al faptei săvârșite.

Cunoașterea („știe”) sau suspiciunea („trebuia să știe”) reprezintă o cerință esențială a răspunderii penale pentru spălarea banilor. Astfel, în cazul în care o persoană nu știe sau nu suspectează că bunul în cauză este

rezultatul unui comportament criminal, chiar dacă în realitate este, aceasta nu va fi ținută responsabilă de spălarea banilor; or, cunoașterea sau suspiciunea sunt, prin urmare, *mens rea* pentru infracțiunea principală a spălării banilor [9].

Făcând referință la recomandarea 20 a GAFI [10], obligația de raportare a suspiciunii provenienței infracționale a veniturilor și a implicării lor în eventuala spălare de bani este pusă în sarcina unui profesionist, astfel încât suspiciunea pe care o are subiectul să fie dedusă din atribuțiile activității sale.

Tocmai de aceea, pentru un segment îngust de subiecți, în dependență de circumstanțele cauzei, existența unei suspiciuni a spălării banilor (sau a tranzacțiilor suspecte) trebuie să fie determinată *in mod obiectiv*, indiferent dacă persoana are sau nu o bănuială, ceea ce reprezintă în sine un test de neglijență [11].

Sub acest aspect, ar fi relevantă jurisprudența constituțională, potrivit căreia sarcina probațiunii revine acuzării, iar situația de dubiu este interpretată în favoarea celui acuzat (*in dubio pro reo*). Regula *in dubio pro reo* constituie un complement al prezumției de nevinovăție, un principiu instituțional care reflectă modul în care principiul aflării adevărului se regăsește în materia probațiunii. Ea se explică prin aceea că, în măsura în care, în pofida dovezilor administrate pentru susținerea vinovăției celui acuzat, îndoiala persistă în ce privește vinovăția, atunci îndoiala este echivalentă cu o probă pozitivă de nevinovăție [12].

Totodată, existența unor probe dincolo de orice îndoială rezonabilă constituie o componentă esențială a dreptului la un proces echitabil și instituie în sarcina acuzării obligația de a proba toate elementele vinovăției de o manieră aptă să înlăture dubiul [13].

Tocmai reieșind din principiul prezumției de nevinovăție, stabilirea laturii subiective nu se poate face decât deducându-se din elementul obiectiv – neonorarea unor obligații opozabile, printre care se numără, de exemplu, prezumția credinței funcționarului în exercitarea cu loialitate a obligațiilor de serviciu.

Standardele în materia prevenirii spălării banilor sugerează necesitatea utilizării unei abordări holistice bazate pe risc. Abordarea bazată pe risc nu este o opțiune nejustificat de permisivă. Aceasta implică utilizarea unui proces de luare a deciziilor bazat pe dovezi pentru a combate mai eficient riscurile de spălare a banilor și de finanțare a terorismului [14].

Totodată, suspiciunea – prezumția ilegalității bunului, ar putea fi interpretată când „inculpatul trebuie să creadă că există o posibilitate, mai mult decât fantezie, despre existența faptei relevante. Un sentiment vag de neliniște nu ar fi suficient” [15].

De menționat că obligația deducerii provenienței ilegale a venitului nu se aplică *in extenso* oricărui profesionist în sarcina căruia este pusă această prezumție de cunoaștere. De exemplu, avocatul trebuie totuși să fie scutit de respectiva obligație pentru informațiile obținute în legătură cu apărarea, reprezentarea juridică sau consilierea juridică a clientului său [16].

Concluzii

Nu ar fi imputabilă lipsa previzibilității normei penale de la art.243 CP RM, deoarece și potrivit jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului previzibilitatea legii nu trebuie neapărat să fie însoțită de certitudini absolute [17]; or, dreptul trebuie să știe să se adapteze schimbărilor de situație.

Referințe:

1. Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme, Varsovie, 2005
2. Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme, 2005.
3. PIERRE RAINVILLE, Gradation de la Culpabilité Morale et des Formes de Risque de Prejudice dans le Cadre de la Repression de la Tentative, La, 37 C. de D. 909 (1996).
4. Decizia nr.109 din 07.11.2017 de inadmisibilitate a sesizării nr.138g/2017 privind excepția de neconstituționalitate a unor prevederi din articolul 243 alineatul (1) literele a) și c) din Codul penal al Republicii Moldova nr.985-XV din 18 aprilie 2002 (spălarea banilor), par.36,37.
5. Decizia Curții de Casație, Secția Penală, 3 decembrie 2003, n° 02-84.646 ; Bull. crim. 2003, n° 234; JCP ed. G 2004, II, 10066.
6. Crim. 20 mai 2015, , n° 14-81.964, RPDP 2016, note M. Segonds.
7. Recommandations du GAFI - Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération.

8. ALI, HUSSAIN, KHAN, BHATTI (R v Liaquat Ali, Akhtar Hussain and Mohsan Khan Shahid Bhatti) [2005] EWCA Crim 87.
9. PAUL MARSHALL. Chancery Bar Association Money Laundering Note Part 1 - May 2013 rev.1.
10. "Toutes les opérations suspectes, y compris les tentatives d'opérations, devraient être déclarées quel que soit leur montant" din *Recommandations du GAFI - Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment décapitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération, mise à jour octobre 2016, GAFI, Paris.*
11. PAUL MARSHALL. Chancery Bar Association Money Laundering Note Part 1 - May 2013 rev.1.
12. Hotărârea Curții Constituționale a Republicii Moldova nr.21 din 20 octombrie 2011, §27.
13. Decizia nr.109 din 07.11.2017 de inadmisibilitate a sesizării nr.138g/2017 privind excepția de neconstituționalitate a unor prevederi din articolul 243 alineatul (1) literele a) și c) din Codul penal al Republicii Moldova nr.985-XV din 18 aprilie 2002 (spălarea banilor); a se vedea în acest sens și: MARC SEGONDS. *Les métamorphoses de l'infraction de blanchiment ... ou les enjeux probatoires de la lutte contre le blanchiment.* – AJ pénal n°4 avril 2016, DALLOZ.
14. Directiva (UE) 2015/849 a Parlamentului European și a Consiliului din 20 mai 2015 privind prevenirea utilizării sistemului financiar în scopul spălării banilor sau finanțării terorismului, de modificare a Regulamentului (UE) nr.648/2012 al Parlamentului European și al Consiliului și de abrogare a Directivei 2005/60/CE a Parlamentului European și a Consiliului și a Directivei 2006/70/CE a Comisiei.
15. R v DA SILVA [2006] EWCA Crim 1654, England and Wales Court of Appeal (Criminal Division) Decisions
16. Cour Constitutionnelle de Belgique, 23-01-2008, *Moniteur belge* (Journal officiel), 11.02.2008
17. *Cauza HERTEL împotriva Elveției* (59/1997/843/1049), hotărârea din 25-08-1998, §35.

Date despre autor:

Maria STRULEA, doctor în drept, conferențiar universitar, Facultatea de Drept, Universitatea de Stat din Moldova.

E-mail: struleamaria@yahoo.fr

Prezentat la 26.04.2018