

REFLECȚII PRIVIND DEFICIENȚELE ȘI DISCORDANȚELE NORMATIVE DE NATURĂ SĂ AFECTEZE ASISTENȚA JUDICIARĂ PRIVIND RECUPERAREA BUNURILOR INFRAȚIONALE

REFLECTIONS ON LEGAL DEFICIENCIES AND DISCORDANCES AFFECTING MUTUAL LEGAL ASSISTANCE IN CRIMINAL ASSET RECOVERY

[https://doi.org/10.52327/1813-8489.2021.3\(111\).15](https://doi.org/10.52327/1813-8489.2021.3(111).15)

CZU: [341.4+341.9]:343.272

Alesea SCORPAN,
doctorandă,
Universitatea de Stat din Moldova

SUMMARY

Most of the legal impediments that appears in front of the criminal assets recovery at the international level are the requirements for mutual legal assistance (MLA); excessive banking secrecy; lack of procedures for non-conviction-based confiscation; and excessively difficult procedural and evidentiary laws. Removing legal impediments is obviously essential. Absent a clear and sound legal framework, asset recovery becomes, in a best-case scenario, arduous and, in a worst-case scenario, impossible. Thus, the analysis of the reports of the practitioners in the field at international level, can offer us solutions, which will raise the state to another level.

The long process of asset recovery and the low level of cooperation is the best evidence of the shortcomings that stagnate the process of recovering criminal assets.

Keywords: recovery, confiscation, seizure, criminal assets, international cooperation, legal assistance, corruption, legal impediments.

REZUMAT

Majoritatea impedimentelor legale care apar în calea recuperării bunurilor infracționale la nivel internațional constau în cerințele pentru acordarea de asistență juridică reciprocă (MLA); secretul bancar excesiv; lipsa procedurilor de confiscare a activelor fără condamnare și legi procesuale și probatorii excesiv de grele. Înlăturarea impedimentelor legale este, în mod evident, esențială. În absența unui cadru legal clar și solid, recuperarea activelor devine, într-un scenariu optim, dificilă și, într-un scenariu neplăcut, imposibilă. Astfel, cercetarea rapoartelor practicienilor din domeniu la nivel internațional, ne poate oferi soluții, care vor ridica statul la un alt nivel.

Procesul îndelungat de recuperare a activelor și nivelul scăzut de cooperare este cea mai bună dovadă a existenței deficiențelor care stagnează procesul de recuperare a bunurilor infracționale.

Cuvinte-cheie: recuperare, confiscare, sechestrare, bunuri infracționale, cooperare internațională, asistență juridică, corupție, impedimente legale.

Delapidarea fondurilor publice din țările în curs de dezvoltare este o problemă imensă cu un impact uriaș asupra dezvoltării. Aceste furturi schimbă esențial direcția resurselor publice valoroase de la lupta cu sărăcia abjectă și infrastructura fragilă prezente deseori în aceste țări. Deși magnitudinea exactă a veniturilor corupției care circulă în economia globală este imposibil de constatat, estimările demonstrează gravitatea și amploarea problemei. Se estimează că între 20 și 40 de miliarde de dolari se pierd în țările în curs de dezvoltare în fiecare an din cauza corupției [6, p. 10].

Ceea ce nu intră în aceste estimări sunt costurile corupției față de societate și impactul devastator al acestor crime asupra țărilor victime. Furtul de active de către oficialii corupți, adesea la nivelul cel mai înalt al guvernului, slăbește încrederea în instituțiile publice, dăunează climatului investițiilor private și lipsește țara de finanțări necesare care ar putea reduce nivelul de sărăcie, precum sănătatea publică, educația și infrastructura [8, p. 9].

Inițiativa de recuperare a activelor furate (StAR) estimează că doar 5 miliarde de dolari din activele furate au fost repatriate în decurs de 15 ani. Diferența imensă între chiar și cele mai mici estimări ale activelor furate și cele repatriate demonstrează importanța abordării cu forță a impedimentelor de recuperare a activelor. Cooperarea internațională este esențială. Impedimentele de recuperare a activelor au fost discutate în numeroase lucrări străine, iar Convenția Națiunilor Unite împotriva corupției (UNCAC) urma să fie soluția pentru multe dintre aceste impedimente [7].

Cu toate acestea, procesul îndelungat de recuperare a activelor, nivelul scăzut de cooperare și dificultățile raportate de practicieni la întrunirile anuale ale reprezentanților oficiilor de recuperare a activelor sugerează că multe impedimente sunt încă în vigoare. Timpul și rapoartele lor au fost de neprețuit

în identificarea impedimentelor în recuperarea activelor și în elaborarea recomandărilor pentru a depăși aceste impedimente.

Pornind de la cele expuse, primul impediment ar fi diferențele tradițiilor legale, aici ne referim la familia de drept romano-germanică și cea a common-law-lui (drept comun). Diferențele în terminologii, care se extind de la denumirea infracțiunilor (care poate afecta determinările unei duble incriminări) și termenii de confiscare care au semnificații diferite în jurisdicții diferite. Un alt moment important - termenul specific dreptului comun de „recuperare civilă” este înșelător, deoarece îl asociază automat cu procedura civilă, chiar dacă cazul poate avea aspecte penale. În mod similar, „sechestrare civilă” sau „confiscare civilă”, termeni folosiți în anumite jurisdicții de drept comun pentru a descrie confiscarea de fapt (confiscarea de proprietate) fără o condamnare, pot fi problematici în jurisdicțiile cu sistem de drept romano-germanic unde sunt echivalate cu o acțiune juridică privată și, prin urmare, nu face obiectul unei scrisori de solicitare a asistenței juridice reciproce (MLA).

O altă diferență constă în instrumentele de constrângere și confiscare utilizate. Deși chiar și la jurisdicțiile cu același sistem de drept pot fi folosite instrumente juridice diferite, între jurisdicțiile cu sisteme de drept diferite această diferență este și mai pronunțată. Dacă cei din sistemul romano-germanic utilizează deseori confiscarea extinsă (confiscarea bunurilor din activități infracționale care nu sunt legate direct de infracțiune) pentru îmbogățirea ilicită, atunci jurisdicțiile cu sistemul de drept comun pot confisca activele bazându-se pe standarde mult mai joase de probe, acorduri de recunoaștere a vinovăției și prezumții [3, p. 47].

De asemenea, cerințele cu privire la probatoriu diferă de la un sistem la altul. De exemplu, perchezițiile în jurisdicțiile de

drept comun trebuie să fie autorizate de către un judecător și necesită dovezi că sunt suficiente motive rezonabile pentru a crede că a fost comisă o infracțiune și că probele sunt la locul unde urmează să fie efectuată percheziția, în timp ce multe jurisdicții din sistemul romano-germanic permit judecătorului de instrucție sau procurorului să conducă toate acțiunile necesare pentru stabilirea adevărului, prezentând mult mai puține dovezi în comparație cu cerințele într-un sistem de drept comun. Astfel, dacă nu cunoaștem cerințele statului în care solicităm careva acțiuni, putem colecta în mod necorespunzător dovezi care se vor dovedi a fi inadmisibile sau, în cazul nostru, insuficiente dacă ne-am adresa cu o scrisoare MLA către un stat cu sistemul de drept comun.

Cerințele de admisibilitate nu au rămas nici ele fără atenție. Dacă jurisdicțiile de drept comun, în general, solicită o declarație scrisă confirmată, pentru a fi folosită ca probă în instanță sau solicită autentificarea documentelor pentru ca dovezile să fie admise într-o instanță, atunci multe jurisdicții din sistemul de drept romano-germanic nu au astfel de cerințe [3, p. 48].

Astfel, pentru a elimina acest impediment, considerăm oportun ca jurisdicțiile să ofere acces la informații despre recuperarea activelor în cadrul sistemului lor juridic, inclusiv dispozițiile legale relevante și informații despre cerințele cu privire la probatoriu, tipuri de tehnici de investigare disponibile și tipuri care nu sunt permise, în limba engleză, fie printr-o pagină web, fie prin organizarea unor ateliere de lucru. Totodată, jurisdicțiile ar trebui să utilizeze termeni clari, concisi și universali la elaborarea cererilor de scrisori MLA, precum cele din articolul 2 din Convenția Organizației Națiunilor Unite împotriva corupției (UNCAC) și în Convenția Națiunilor Unite Împotriva Criminalității Transnaționale Organizate (UNTOC), și să explice concis sensul fiecărui termen utilizat.

Lipsa mecanismelor de înghețare rapidă a activelor este un alt impediment, însă nu pentru Republica Moldova. În, Republica Moldova, spre deosebire de alte state europene, există acest instrument. Agenția de Recuperare a Bunurilor Infracționale emite ordinul de înghețare a bunurilor infracționale pe un termen de până la 15 zile, în baza solicitării în scris a autorităților competente străine [4, art. 10, alin. (2)]. Acest fapt nu înseamnă lipsa impedimentelor pentru Republica Moldova în momentul când ea este statul solicitant, și acel stat nu are aceleași prevederi legislative. Din motivul că activele pot fi ascunse în câteva minute și printr-un singur click, organele competente trebuie să acționeze într-un mod prompt. Orice întârziere în executarea unei cereri de înghețare poate fi fatală pentru recuperarea bunurilor. Spre regret, procedurile cu scrisorile MLA nu sunt suficient de agile pentru a aborda această realitate, în special pentru urmărirea, înghețarea sau confiscarea activelor.

Deși multe jurisdicții permit scrisorile MLA în faza urmăririi penale sau o dată ce există motive de a crede că există probabilitatea să fie pornită urmărirea penală, câteva jurisdicții totuși impun ca condiție să fie înaintată învinuirea înainte de a oferi asistență juridică în reținere sau confiscare [3, p. 54].

Pentru eliminarea acestui impediment este necesar ca statele să permită expedierea de scrisori MLA la faza pornirii urmăririi penale cu privire la o potențială activitate criminală, chiar dacă acuzațiile nu au fost încă instigate și desigur, introducerea mecanismelor care să permită înghețarea temporară a activelor înainte de depunerea unei cereri formale de MLA. Totuși, la această fază nu suntem în stare să eliminăm acest impediment din partea altor state, dar este important să fim informați despre prezența acestui mecanism în legislația statului solicitat.

Legile privind secretul bancar repre-

zintă un impediment pe motiv că băncile și alte instituții financiare din majoritatea jurisdicțiilor au interdicția de a divulga informații personale și de cont despre clienții lor, cu excepția anumitor situații prevăzute de lege sau regulament. Unele jurisdicții oferă procurorilor capacitatea de a obține informații despre existența unui cont, dar cerând ca procurorul să solicite printr-o încheiere judecătorească obținerea informațiilor suplimentare despre conținutul și tranzacțiile de pe cont. Poate fi chiar o problemă serioasă pentru a furniza informații despre un client bancar oricărei părți terțe, inclusiv unui stat străin, cu excepția cazului în care sunt îndeplinite criterii foarte specifice. Este clar că investigatorii au puține alternative la obținerea de informații despre conturi specifice acolo unde există legi stricte ale secretului bancar. Fără aceste informații, confiscarea este imposibilă [5, art. 46, alin. (8)].

Secretul bancar nu ar trebui să se protejeze împotriva investigațiilor asupra unor acțiuni infracționale pe care jurisdicția originară și cea solicitată le-au incriminat. În astfel de cazuri, o jurisdicție ar trebui să ofere informațiile solicitate cu privire la activitățile contului bancar prin aplicarea convențiilor multilaterale, a tratatelor bilaterale sau a legislației interne privind scrisorile MLA. În special, UNCAC prevede că "Statele părți nu pot invoca secretul bancar pentru a refuza asistența judiciară prevăzută de prezentul articol." [5, art. 40] și tot această Convenție prevede că "Fiecare stat parte veghează, în cazul anchetelor judiciare naționale asupra infracțiunilor stabilite conform prezentei convenții, la ceea ce constituie în sistemul său juridic mecanisme corespunzătoare pentru a depăși obstacolele care pot rezulta din aplicarea legilor asupra secretului bancar." [5, art. 31, alin. (7)] și " ...Un stat parte nu poate invoca secretul bancar pentru a refuza să dea curs dispozițiilor prezentului paragraf." [3, p. 58].

În unele cazuri, jurisdicțiile solicitate nu vor furniza documente reglementate de legile privind secretul bancar atunci când activitățile specifice (inclusiv evaziunea fiscală) sunt considerate infracționale în jurisdicțiile originare, dar nu în jurisdicțiile solicitate. Pentru a depăși acest obstacol, informațiile sunt furnizate uneori fără o solicitare formală de MLA. De exemplu, Unitatea de Informații Financiare (FIU), rolul căreia în Republica Moldova îl îndeplinește Serviciul Prevenirea și Combaterea Spălării Banilor, poate obține informații de la FIU la FIU, iar apartenența la Grupul Egmont de Unități de Informații Financiare ajută la facilitarea acestei cooperări și accelerează schimbul, oferind membrilor acces la site-ul web securizat Egmont. Totuși, informațiile furnizate în acest mod nu sunt adesea admise ca probe în instanță [4, art. 14, alin. (11)]. Această restricție poate însemna că autoritățile știu unde se află veniturile corupției, dar nu sunt în măsură să o dovedească în instanță și, prin urmare, nu sunt în măsură să restricționeze, sechestreze sau să confisce bunurile, dar în schimb cunosc în ce direcție să expedieze scrisori MLA în vederea obținerii probelor legale, fără irosirea timpului. Totodată, este de menționat faptul că Agenția de Recuperare a Bunurilor Infracționale din Republica Moldova se bucură de privilegiul de a solicita informația similară de la băncile naționale fără obținerea unei încheieri judecătorești.

Astfel, informațiile (documentele, materialele etc.) transmise pentru activitatea Agenției de Recuperare a Bunurilor Infracționale de furnizorii de date relevante, de organele de urmărire penală, de organele procuraturii, de instanțele judecătorești sau de alte autorități competente, în scopul prevăzut de prezenta lege, nu constituie divulgare a secretului comercial, bancar, profesional sau a datelor cu caracter personal [2, p. 35].

Considerăm că jurisdicțiile ar trebui să adopte legislația care să limiteze, precum

și să definească cu exactitate „informațiile protejate”. Aceste informații ar trebui să aibă un domeniu foarte restrâns. În cazurile în care anchetatorii sau procurorii din jurisdicțiile de origine au un interes legitim și articulabil în examinarea acestor înregistrări, legile privind secretul bancar ar trebui să fie suficient de largi pentru a răspunde acestor solicitări. Totodată, jurisdicțiile nu ar trebui să permită secretului bancar să împiedice extinderea asistenței și furnizării de documente sau altor informații în cazurile în care tranzacțiile suspecte care implică conturi identificate mai implică și alte conturi care nu au fost identificate în cerere.

Un alt impediment specific Republicii Moldova este lipsa unui mecanism de confiscare care nu se bazează pe condamnare. Această confiscare este valoroasă, deoarece influența funcționarilor corupți, spre exemplu, poate împiedica investigațiile în întregime sau să le târăgăneze, astfel încât oficialul ar putea să decedeză sau să fugă într-o țară, legislația căreia îl va scuti de o eventuală condamnare. Alternativ, funcționarul corupt poate avea imunitate în anumite jurisdicții. Deoarece un regim de confiscare care nu se bazează pe condamnare, poate continua indiferent de orice imunitate de care ar putea beneficia oficialul corupt. Un număr tot mai mare de jurisdicții au adoptat o legislație care să permită confiscarea fără condamnare [5, art. 54].

Acest tip de confiscare are loc cel mai adesea într-unul din cele două moduri. Primul este confiscarea în contextul procesului penal, dar fără a fi necesară o condamnare sau constatarea vinovăției. În aceste situații, legile cu privire la confiscare sunt încorporate în codurile penale naționale, precum și actele menite să lupte cu spălarea de bani sau legile privind drogurile și sunt considerate proceduri „penale” pentru care se aplică legile procedurale penale. Al doilea mijloc este confiscarea în afara procedurilor penale, cum ar fi într-o procedură civilă sau

administrativă. Aceasta este o procedură separată care poate avea loc independent sau împreună cu orice procedură penală aferentă. Într-o serie de jurisdicții, acest mijloc de confiscare este denumit „confiscare civilă” sau „sechestrare civilă”.

Țările fără dispoziții de confiscare care nu se bazează pe condamnare ar trebui să introducă în legislația internă permisiunea utilizării acestui instrument. Aceste legi nu numai că vor lărgi măsurile disponibile pentru combaterea corupției și spălării de bani pe piața internă, dar pot ajuta și alte jurisdicții care vor solicita asistență. Astfel, considerăm că confiscarea ar deveni mai rapidă și mai eficientă și uneori poate fi unica soluție pentru cazurile când persoana este decedată, a fugit din țară sau se bucură de imunitate.

Reieșind din cele expuse, considerăm că jurisdicțiile ar trebui să adopte o legislație internă care să permită confiscarea fără o condamnare. Cel puțin, confiscarea fără o condamnare ar trebui să fie permisă atunci când făptuitorul este mort, fugar sau se bucură de imunitate, sau în alte cazuri adecvate. Totodată, jurisdicțiile ar trebui să permită, cel puțin, executarea ordinelor străine de confiscare fără o condamnare. Astfel, potrivit art. 54, par. 1, lit. (a) al Legii nr. 158-XVI pentru ratificarea Convenției Organizației Națiunilor Unite împotriva corupției „...fiecare stat parte, conform dreptului său intern: a) ia măsurile necesare pentru a permite autorităților sale competente să dea efect unei decizii de confiscare a unei instanțe judecătorești aparținând altui stat parte;” iar mai apoi lit. c) prevede „...fiecare stat parte, conform dreptului său intern: are în vedere să ia măsurile necesare pentru a permite confiscarea unor asemenea bunuri în absența unei condamnări, atunci când autorul infracțiunii nu poate fi urmărit din cauza decesului, evadării sau absenței ori în alte cazuri corespunzătoare”. [5, art. 57, alin. (2)]. Ținând cont de faptul că Republi-

ca Moldova este parte a acestei convenții, prevederile acesteia sunt în vigoare pentru Republica Moldova, însă aceste prevederi nu au fost transpuse în legislația națională.

Incapacitatea de a returna activele în jurisdicțiile de origine, este un alt impediment cu care ne putem confrunta în procesul de recuperare a bunurilor. În conformitate cu articolul 57 din UNCAC, fiecare stat parte adoptă, conform principiilor fundamentale ale dreptului său intern, măsuri legislative și alte măsuri care se dovedesc a fi necesare pentru a permite autorităților sale competente să restituie bunurile confiscate (minus cheltuielile suportate), atunci când acționează la cererea unui alt stat parte, conform convenției și ținând seama de drepturile terților de bună-credință [5, art. 57]. În comparație, articolul 14, alineat (3), litera (b) din UNTOC, în cazul când un stat parte acționează la cererea unui alt stat parte, el poate avea în vedere în mod special să încheie acorduri sau aranjamente care să prevadă împărțirea cu alte state părți, sistematic ori de la caz la caz, a acestui produs sau acestor bunuri, ori fondurilor provenite din vânzarea lor, conform dreptului său intern sau procedurilor sale administrative [1, art. 14, alin. (3), lit. (b)].

În timp ce dispozițiile UNCAC depășesc clar cerințele UNTOC, multe jurisdicții permit doar partajarea activelor confiscate, mai degrabă decât returnarea acestora și necesită un acord de partajare a activelor sau o decizie a guvernului în acest sens, păstrând între timp anumite procente din sumele confiscate pentru ei înșiși. Doar un număr foarte limitat de jurisdicții au autoritatea legală să returneze 100% din activele furate în cazurile referitoare la infracțiuni UNCAC și direct bazându-se pe dreptul lor intern. Doar jurisdicțiile suverane pot negocia acorduri bilaterale de partajare a activelor. Având în vedere numărul mare de jurisdicții off-shore care se califică ca dependente de coroană sau de teritorii de peste mări, cum

ar fi Insulele Channel, această cerință limitează sever numărul jurisdicțiilor cu care pot fi împărțite activele și constituie astfel un impediment semnificativ.

O altă problemă este aceea că acordurile de partajare, de la caz la caz, tind să fie negociate numai după confiscarea activelor. În acel moment, jurisdicția solicitată deține bunurile confiscate, inclusiv în cazurile în care confiscarea a avut loc la cererea unei alte jurisdicții și în baza unui ordin de confiscare străin. Jurisdicțiile originare se află astfel într-o poziție de negociere slabă mai ales după ce au furnizat deja toate probele necesare obținerii ordinului de confiscare.

Astfel, considerăm că pentru infracțiunile din categoria UNCAC, jurisdicțiile ar trebui să pună în aplicare legislația care să permită returnarea tuturor bunurilor confiscate la cererea străină (minus cheltuieli) în conformitate cu articolul 57 din UNCAC. Însă, pentru toate celelalte infracțiuni, inclusiv cele prevăzute în UNTOC, jurisdicțiile ar trebui să instituie o legislație care să permită partajarea directă a activelor bazată pe dreptul intern, în absența unui acord bilateral de partajare a activelor. Acordurile bilaterale de partajare care stabilesc modul în care activele trebuie valorificate sau împărțite pot fi încheiate de la caz la caz.

În concluzie, în contextul celor menționate, considerăm totuși că acestea sunt doar unele dintre impedimente care pot apărea pe calea recuperării bunurilor infracționale în cadrul cooperării internaționale. Numărul lor de fapt este mult mai mare. Esența recomandărilor pentru soluționarea eficientă a impedimentelor legale este acceptarea unei abordări mai flexibile și mai pro active în ceea ce privește dubla incriminare (incriminarea infracțiunii în ambele jurisdicții) și reciprocitatea; să fie luate măsuri pentru a limita motivele de refuz ale scrisorilor MLA și pentru a opri refuzul automat al MLA din motive de interes

economic. În plus, acest studiu recomandă cu fermitate ridicarea sistematică a secretului bancar în cazuri internaționale care implică toate infracțiunile UNCAC și UNTOC. În sfârșit, este necesară adoptarea și punerea în aplicare a unei legislații care să permită confiscarea în lipsa unei condamnări.

Recuperarea prin cooperare internațională a activelor este o problemă juridică complexă, iar practicarea sa este în continuare complicată în dependență de

fiecare etapă a cooperării internaționale. Complexitatea face și mai dificilă mobilizarea atenției și a eforturilor pentru a depăși impedimentele identificate în acest studiu. Am identificat recomandări-cheie care, puse în aplicare, ar oferi practicienilor instrumentele necesare pentru îmbunătățirea eficacității în cazurile de recuperare a activelor. Sperăm că monitorizarea progreselor în implementarea lor va conduce la creșterea numărului de cazuri de succes de recuperare a activelor.

BIBLIOGRAFIE

1. Convenția Națiunilor Unite împotriva criminalității transnaționale organizate din 15.11.2000, adoptată la New York la 15 noiembrie 2000.
2. Greenberg, Samuel, Grant and Gray, Stolen Asset Recovery: A Good Practices Guide for NCB Asset Forfeiture, 2009, 280 p.
3. Kevin M. Stephenson, Larissa Gray, Ric Power, Jean-Pierre Brun, Gabriele Dunker, Melissa Panjer, Barriers to Asset Recovery. An Analysis of the Key Barriers and Recommendations for Action, 2011, 200 p. În: <https://star.worldbank.org/sites/default/files/Barriers%20to%20Asset%20Recovery.pdf>
4. Legea nr. 48 din 30.03.2017 privind Agenția de Recuperare a Bunurilor Infracționale, în vigoare de la 19.05.2017.
5. Legea pentru ratificarea Convenției Organizației Națiunilor Unite împotriva corupției nr. 158-XVI din 06.07.2007. Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 103-106/451 din 20.07.2007.
6. Raymond Baker, Capitalism's Achilles Heel: Dirty Money and How to Renew the Free-Market System, Hoboken, NJ: John Wiley & Sons, Inc., 2005, 450 p.
7. „Report of the Commonwealth Working Group on Asset Repatriation”, London: Commonwealth Secretariat, Marlboro House, August 2005.
8. United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) and the World Bank, „Stolen Asset Recovery (StAR) Initiative: Challenges, Opportunities, and Action Plan”, Washington, DC: World Bank 2007, 52 p. În: https://www.unodc.org/pdf/Star_Report.pdf

Prezentat: 20 septembrie 2021.

E-mail: alesea.ivancova@mail.ru