

SPALAREA BANILOR. CONTINUTUL INCRIMINARII

Continutul constitutiv

a) Elementul material

Privita sub aspectul elementului sau material, infractiunea de spalare a banilor ar parea ca nu se mai identifica cu infractiunea de tainuire, si aceasta, în principal, pentru ca actiunile specifice tainuirii par sa presupuna un contact material cu bunul, pe când faptele de spalare a banilor ar parea sa rezide, în primul rând, în constituirea de titluri (documente) nereale privind proprietatea ori alte drepturi asupra bunului.

Astfel, îndeosebi daca ne referim la modalitatea prevazuta în art. 23 alin 1 lit. b din Legea nr. 656/2002 („ascunderea sau disimularea ... proprietatii bunurilor ori a drepturilor asupra acestora, cunoscând ca bunurile provin din savârsirea de infractiuni”), ar trebui sa spunem ca infractiunea de spalare a banilor este o infractiune de fals în înscrisuri, al carei element de specificitate rezida în scopul de favorizare ori de autofavorizare urmarit de agent; sau, în alti termeni, ca infractiunea de spalare a banilor ar fi o infractiune de fals în înscrisuri, care se savârseste fie de catre un participant la infractiunea principala, în scop de autofavorizare, fie de catre un tert, în scopul de a favoriza un infractor. Însa o asemenea afirmatie trebuie categoric respinsa, pentru simplul motiv ca nici o infractiune de fals nu poate fi analizata în acest fel, anume ca un mijloc oarecare de savârsire a altei infractiuni. Dupa cum s-a observat înca de multa vreme¹, orice fals în înscrisuri constituie prin el însusi un scop si aduce atingere unui interes social determinat (unei valori sociale distincte) – încrederea publica în valoarea probatorie a înscrisurilor. Ca urmare, orice fals în înscrisuri se prezinta ca o infractiune de sine statatoare, pentru care agentul raspunde separat, iar nu ca o modalitate a elementului material al altei infractiuni (în cazul de fata, al infractiunii de spalare a banilor care, în aceste conditii, ar trebui, probabil, sa fie analizata ca o infractiune complexa, care absoarbe infractiunea de fals). Si apoi, rationând astfel, ar însemna ca, atunci când falsul în înscrisuri se comite în scop de autofavorizare, agentul sa fie exonerat de raspundere, având în vedere regula (principiul) ca autofavorizarea nu se pedepseste. De aceea, trebuie sa conchidem ca referirea care se face (în art. 23 alin. 1 lit. b din legea nr. 656/2002) la faptele de „ascundere sau disimulare... a proprietatii bunurilor ori a drepturilor asupra acestora” reprezinta o inadmisibila eroare, mai ales ca, repetam, un drept subiectiv nici nu poate constitui obiectul material al vreunei infractiuni, asa cum lasa sa se creada textul legal citat (în acest text, chiar si stilul este de neiertat, fiindca, trecând peste faptul ca „ascundere” si „disimulare” înseamna acelasi lucru, din el ar trebui sa mai deducem si ca proprietatea este altceva decât un drept asupra bunurilor).

Însa, daca facem abstractie de textul mentionat (art. 23, alin. 1 lit. b din Legea nr. 656/2002) – text care, oricum, nu pare sa aiba vreun sens – putem observa ca, în celelalte modalitati (schimbarea, transferul, dobândirea, detinerea sau folosirea), faptele de spalare a banilor nu difera prin nimic de faptele de tainuire. În orice caz, termenii care descriu elementul material al infractiunii de spalare a banilor au un identic înteles cu aceia care descriu elementul material al tainuirii – de exemplu,

„schimbarea” bunului, care este o modalitate specifica infractiunii de spalare, poate sa însemne fie „transformarea” bunului (adica schimbarea înfatisarii acestuia), fie „valorificarea” bunului (adica înlocuirea lui cu o valoare echivalenta sau mai mare), acestea doua din urma fiind prevazute ca modalitati ale elementului material al tainuirii; sau „primirea” bunului (prevazuta ca modalitate a tainuirii) implica, cu necesitate, „detinerea” (prevazuta ca modalitate a spalarii banilor). De altfel, asa se si explica faptul, sesizat de mai multi autori², ca, în Franta, magistratii prefera sa retina infractiunea de tainuire, facând abstractie de incriminarile relative la „albire” („blanchiment”) – ceea ce, desigur, nu ar fi posibil daca cele doua infractiuni ar avea un continut diferit.

Identitatea existenta între faptele de spalare a banilor si faptele de tainuire devine si mai evidenta daca ne îndreptam atentia asupra discutiilor care se poarta, actualmente, cu privire la elementul material al tainuirii. Astfel, dupa cum arata prof. Ph. Conte, fara a renunta formal la conceptia traditionala, în care actele de tainuire presupuneau în mod necesar detentia lucrului, jurisprudenta a largit considerabil sfera acestor acte – de exemplu, s-a decis ca, daca tainuitorul a transmis lucrul unui tert care s-a angajat sa-l transporte, acesta din urma raspunde, la rândul sau, pentru tainuire, chiar daca el nu avea acces la lucrul transportat⁴; sau ca raspunde pentru tainuire acela care a pus la dispozitia unui escroc contul sau bancar, ajutându-l astfel sa transfere sumele obtinute din infractiune⁵; ori acela care a intermediat cumpararea unui obiect de arta furat⁶. De unde rezulta ca, în conceptia actuala a jurisprudentei, pentru existenta infractiunii de tainuire este suficient ca agentul sa aiba, chiar si numai pentru un timp foarte scurt, puterea de a dispune de bun.

În fine, este necesar sa facem unele precizari si în legatura cu fapta de a folosi (sau de a profita de) un lucru provenit dintr-o infractiune. Legiuitorul francez, de pilda, a considerat ca aceasta fapta ar fi independenta de acelea de primire si detinere a lucrului – ceea ce ar explica de ce el a incriminat distinct aceasta fapta, prevazând-o în art. 321-1 alin. 2 C. pen., ca varianta asimilata a infractiunii de tainuire. Sau, întrucât în legislatia româna nu exista o asemenea prevedere, jurisprudenta noastra a considerat uneori ca fapta de a trage profit de pe urma unei infractiuni nu se încadreaza printre acelea care realizeaza elementul material al tainuirii; în consecinta, s-a dispus achitarea inculpatului care a profitat de bautura si tigarile cumparate de un alt inculpat, din banii rezultati din vânzarea unui bun sustras de acesta⁷. Dar, astfel de solutii legislative sau jurisprudentiale ridica mari semne de întrebare, fiindca, desi nu se poate nega ca folosirea sau întrebuintarea lucrului (inclusiv pentru consum) înseamna mai mult decât primirea si, implicit, detinerea acestuia, totusi, folosirea presupune în mod necesar detinerea, caci nimeni nu se poate folosi de un lucru care nu se afla, în fapt, la dispozitia sa. Desigur, nu este exclus ca, în speta citata, instanta sa fi avut în vedere ca inculpatul nu a primit bunurile (bautura si tigarile), ci s-a servit singur, însa, chiar în acest caz, ea nu putea dispune achitarea, având în vedere ca fapta întrunea elementele constitutive ale infractiunii de furt (cel care fura de la un hot este, de asemenea, hot); iar daca, dimpotriva, hotul consimtise la consumarea bunurilor de catre inculpat, atunci existenta infractiunii de tainuire nu mai putea fi pusa la îndoiala; în acest din urma caz, se putea vorbi nu doar de „primirea”, ci si de „dobândirea” unor bunuri provenite din infractiune, întrucât, în conformitate cu prevederile art. 1909 C.

Civ., posesia bunurilor mobile se face sa se nasca o prezumtie de proprietate. Cât priveste faptul ca bunurile consumate nu erau cele furate, acest fapt, am aratat, nu înlatura existenta infractiunii de tainuire, deoarece bunurile care iau locul celor provenite dintr-o infractiune se considera, si ele, bunuri provenite dintr-o infractiune.

b) Urmarea imediata si legatura cauzala

Deoarece noul Cod penal (publicat la 29 iunie 2004) a înscris infractiunea de spalare a banilor printre infractiunile contra patrimoniului, s-ar putea crede ca aceasta este o infractiune materiala, a carei urmare imediata consta într-o paguba. În orice caz, în ce priveste tainuirea exista, neîndoielnic, o asemenea parere, din moment ce, în majoritatea lucrarilor de specialitate, se sustine ca tainuirea ar avea ca urmare imediata „trecerea bunului în alta sfera patrimoniala”⁸.

O atare parere este însa gresita.

În primul rând, o simpla lectura a textelor legale ne arata ca existenta infractiunii de spalare a banilor, la fel ca si existenta infractiunii de tainuire, nu este conditionata de producerea unui rezultat anume, prevazut expres de lege (ca element al continutului de incriminare) – ceea ce înseamna ca, privita sub aspectul urmarii sale juridice, spalarea banilor, ca si tainuirea, este o infractiune de pericol, iar nu o infractiune de leziune.

În al doilea rând, mai putem observa ca nici în fapt sau, mai exact, nici privita sub aspectul „urmarii fizice”⁹, infractiunea de spalare a banilor nu produce neaparat o paguba, ci, ca si tainuirea, ea creeaza, în principal, o stare de pericol pentru înfaptuirea justitiei (împiedica luarea masurii confiscarii sau restabilirea situatiei anterioare infractiunii). Oricum, afirmatia ca tainuirea ar avea ca urmare imediata trecerea bunului în alta sfera patrimoniala trebuie categoric respinsa, din moment ce în continutul patrimoniului intra nu bunurile, ci doar drepturile asupra lor (patrimoniul, reamintim, este definit ca o universalitate juridica), iar drepturile nu se pot naste din infractiuni (în realitate, tainuitorul nu devine niciodata proprietar, ci ramâne un simplu detentor al bunului, inclusiv atunci când a platit un pret pentru acesta). Si apoi, chiar în eventualitatea ca infractiunea principala este o infractiune patrimoniala, nu trebuie omis ca activitatea de tainuire reprezinta, în primul rând, un sprijin acordat persoanei infractorului (reamintim ca tainuirea difera de favorizarea reala exclusiv sub aspect subiectiv) si, doar în subsidiar, o contributie la pagubirea subiectului pasiv al infractiunii principale – ceea ce înseamna ca urmarea fizica principala a tainuirii este o stare (iar nu un rezultat) si ca aceasta infractiune trebuie caracterizata ca o infractiune formala, în care problema stabilirii legaturii cauzale se pune numai în cazul când însasi infractiunea principala a creat o paguba; într-un asemenea caz, se stie, tainuitorul raspunde civilmente, în limita bunurilor tainuite.

De aceea, nu ne mai ramâne decât sa subliniem ca aceste din urma observatii își pastreaza valabilitatea si în cazul infractiunii de spalare a banilor si ca, de altfel, si alti autori caracterizeaza infractiunea de spalare a banilor ca o infractiune formala, de simpla atitudine¹⁰.

c) Vinovatia

Asa cum am mai avut prilejul sa aratam¹¹, nu trebuie sa confundam vinovatia penala – care presupune ca se poate imputa agentului o anumita actiune ilicita (înterzisa de lege) – cu elementul subiectiv al infractiunii – care presupune ca se poate imputa agentului un anumit rezultat, descris si înterzis de lege (rezultat ilicit). Or, întrucât

infractiunea de spalare a banilor nu este o infractiune de rezultat (de leziune), ci o infractiune de simpla atitudine sau de pericol, se înțelege ca, în cazul acestei infractiuni (la fel ca și în cazul tainuirii), nu se pune problema stabilirii elementului subiectiv, ci numai problema stabilirii vinovatiei.

Totusi, însasi stabilirea vinovatiei se dovedeste a fi, în acest caz, destul de complicata, atât fiindca unele dintre actiunile care realizeaza elementul material al infractiunii ar putea fi lesne atribuite altui subiect, cât, îndeosebi, fiindca ele nu pot fi declarate ilicite mai înainte de a se fi stabilit (dovedit) caracterul ilicit al motivelor care au stat la baza lor.

Astfel, în ce priveste riscul unei atribuirii gresite a actiunii, s-a observat¹² deja ca este posibil ca agentul sa detina în masina sa un lucru despre care nu are cunostinta, întrucât acesta a fost pus acolo, fara stirea sa, de altcineva. Legiuitorul ar fi putut însa sa evite asemenea observatii, folosind, în descrierea elementului material al infractiunii, termeni univoci si care personalizeaza actiunea (adica termeni care presupun o manifestare constienta din partea agentului) – ceea ce nu s-ar putea sustine, de pilda, în legatura cu termenul „detinerea” care este, dimpotriva, echivoc si impersonal (actiunea astfel descrisa nu implica, neaparat, cunoasterea ei de catre agent, din moment ce, cum s-a putut vedea, se poate detine ceva si fara a sti acest lucru).

Cât priveste caracterul ilicit al motivelor actiunii, acesta decurge din cunoasterea de catre agent a împrejurarii ca actiunea sa priveste un bun provenit dintr-o infractiune – întrucât agentul cunoaste provenienta bunului si totusi actioneaza (savârseste fapta), trebuie sa se conchida ca el a voit sa acorde ajutor unui infractor si ca, asadar, actiunea sa are un motiv (o cauza psihologica) ilicita. În aceste conditii (si numai în acestea), actiunea agentului devine o actiune ilicita. În orice caz, este necesar sa sesizam ca actiunile care realizeaza elementul material al infractiunii de spalare a banilor (sau al tainuirii) sunt, în mod obisnuit, actiuni licite, permise de lege si ca ele capata caracter penal (ilicit) numai din momentul în care agentul dobândește aceasta cunoastere, anume ca actiunile sale privesc bunuri provenite din infractiuni; numai în virtutea acestei cunoasteri, actiunile de detinere, dobândire, folosire etc. devin actiuni ilicite – ceea ce explica de ce dispozitia de incriminare pretinde în mod expres, ca o conditie de existenta a infractiunii, sa se dovedeasca cunoasterea de catre agent a împrejurarii ca bunul care constituie obiectul material al faptei sale provine dintr-o infractiune.

Privitor la conditia esentiala mentionata este, credem, util sa reamintim ca, printre problemele ridicate de incriminarea relativa de tainuire s-a numarat si aceea daca infractiunea subzista si în cazul în care agentul nu a cunoscut de la început provenienta ilicita a bunurilor, ci a aflat mai târziu. Dupa cum se arata în doctrina franceza, în aceasta privinta s-a produs un revirement, caci, daca multa vreme jurisprudenta a dat dovada de severitate, considerând ca trebuie sa raspunda pentru tainuire si acela care continua sa detina bunul dupa ce a aflat ca el provine dintr-o infractiune, începând din anii '70 jurisprudenta a adoptat un alt punct de vedere, opus celui dintâi, pronunțându-se în sensul ca, pentru existenta tainuirii, este absolut necesar ca agentul sa fi cunoscut, înca de la primul act de executare, adevarata provenienta a bunului.

Sau, tot în legatura cu conditia mentionata, s-a pus întrebarea daca ceea ce trebuie sa cunoasca agentul este însusi caracterul penal al faptei din care provine

bunul ori este suficient ca el sa cunoasca ca acea fapta face obiectul unei anchete sau, în general, al unui proces penal, indiferent în ce faza s-ar afla acesta. Ca raspuns la aceasta întrebare, într-o prima opinie (Chaveau et Hélie) s-a sustinut ca ceea ce trebuie sa cunoasca agentul este însasi existenta infractiunii principale si ca, în consecinta, nu ar putea sa existe tainuire (de bunuri ori de persoane) decât daca s-a constatat, printr-o hotarâre anterioara de condamnare, savârsirea infractiunii principale. Ulterior, aceasta opinie a fost însa abandonata în favoarea alteia, în care se observa ca, rationând astfel, se nesocoteste scopul incriminarii, care este acela de a asigura înfaptuirea, fara imixtiuni, a justitiei penale; or, în raport cu scopul urmarit de legiuitor, apare ca lipsit de relevanta faptul ca autorul infractiunii principale nu a fost gasit vinovat sau ca, în privinta sa, a operat o cauza care înlatura raspunderea penala; în raport cu scopul incriminarii, ceea ce intereseaza este doar faptul ca s-a deschis o ancheta cu privire la fapta principala si ca, prin actele de tainuire, se stânjeneste sau se împiedica activitatea organelor judiciare. Cu alte cuvinte, conform celei de-a doua opinii, devenita majoritara, agentul trebuie sa cunoasca doar faptul ca bunul provine dintr-o fapta prevazuta de legea penala, fara a interesa daca autorul acelei fapte a fost identificat sau daca, potrivit legii, el poate fi sau nu considerat infractor.

În fine, cât priveste modul în care se poate proba existenta cunoasterii necesare, se impune sa sesizam ca jurisprudenta mai admite si azi ca aceasta proba ar putea sa se rezume la o simpla prezumtie de fapt (de exemplu, la stabilirea faptului ca agentul a cumparat bunul la un pret foarte scazut; ori fara factura; sau a cumparat de la o persoana care, în mod normal, nu ar putea sa posede acel bun) – ceea ce a stârnit protestele doctrinei, multi autori¹⁵ observând ca acestea sunt doar indicii de vinovatie si ca se impune ca probatoriul sa fie întregit prin alte mijloace de proba (marturii, înscrisuri, alte indicii), în caz contrar solutia aparând ca neîntemeiata. Deoarece toate aceste chestiuni se ridica, neîndoielnic, si în cazul infractiunii de spalare a banilor, nu putem încheia aceste consideratii fara a sublinia ca solutiile (sustinite de doctrina actuala) privitoare la stabilirea vinovatiei în cazul tainuirii își pastreaza valabilitatea si în cazul infractiunii de spalare a banilor. Drept urmare, agentul poate fi declarat vinovat de savârsirea infractiunii de spalare a banilor numai daca a cunoscut, înca de la început, faptul ca actiunea sa are ca obiect un bun provenit dintr-o fapta prevazuta de legea penala si numai daca s-a dovedit, într-adevar, existenta acestei cunoasteri; în acelasi timp însa, odata facuta dovada acestei cunoasteri, agentul trebuie considerat vinovat de savârsirea infractiunii de spalare a banilor, indiferent de solutia care s-ar pronunta în legatura cu infractiunea principala.

d) Scopul

În modalitatile prevazute în art. 23 alin. 1 lit. a din Legea nr. 656/2002 (schimbarea sau transferul de bunuri), infractiunea de spalare a banilor subzista numai daca se face dovada ca agentul a actionat „în scopul ascunderii sau al disimularii originii ilicite” a bunurilor ori „în scopul de a ajuta persoana care a savârsit infractiunea din care provin bunurile sa se sustraga de la urmarire, judecata sau executarea pedepsei”.

Dar, pe lângă faptul ca nu se vede motivul pentru care stabilirea scopului este ceruta numai în aceste doua modalitati („schimbarea” sau „transferul” bunurilor), formula „în scopul ascunderii sau al disimularii originii ilicite a acestor bunuri” este atât de vaga, încât ramâne de neînteles scopul care ar trebui dovedit. Un reper am putea gasi doar în faptul ca textul indica si un al doilea scop (acela de a ajuta un

infractor sa se sustraga de la urmarire, judecata sau executarea pedepsei) – ceea ce ne trimite cu gândul la cele doua modalitati ale infractiunii de favorizare: favorizarea personala (în care agentul ajuta un infractor sa îngreuiere sau sa zadarniceasca urmarirea penala, judecata sau executarea pedepsei) si favorizarea reala (în care agentul ajuta un infractor sa pastreze folosul sau produsul infractiunii). Cu alte cuvinte, de aici ar rezulta ca, în cazul schimbarii sau transferarii bunurilor (si numai în acest caz), infractiunea de spalare a banilor pretinde, în plus, sa se dovedeasca existenta unui scop de favorizare reala sau de favorizare personala.

Astfel formulata, aceasta cerinta a legii se prezinta însa ca o eroare. Potrivit unei concepii care a fost consacrata în mai multe legislatii europene, diferenta dintre tainuire si favorizarea reala rezida în scopul aparte al tainuirii, care este acela de a obtine, pentru sine ori pentru altul, un folos material. Or, întrucât printre conditiile de existenta a infractiunii de spalare a banilor nu mai figureaza scopul de a obtine, pentru sine ori pentru altul, un folos material, dar figureaza, în schimb, scopul de favorizare, ar trebui sa caracterizam aceasta infractiune dupa cum urmeaza: infractiunea de spalare a banilor este o infractiune de favorizare reala care se comite în scop de favorizare, reala sau personala – ceea ce este un nonsens (caci nu se poate ca acelasi lucru, favorizarea, sa fie, în acelasi timp, si mijloc si scop).

Totusi, o atare eroare comporta, dupa parerea noastra, si un avantaj, întrucât pune în evidenta o alta eroare, cu consecinte mult mai grave, care s-a produs prin anii '20 sau '30, atunci când în unele legislatii (româna, italiana, germana etc.) termenul „tainuire” a încetat sa mai desemneze faptele de favorizare sau protejare a infractorilor¹⁶, dându-i-se o semnificatie diferita, în virtutea careia tainuirea devenea o infractiune distincta de aceea de favorizare. Astfel, desi au pornit de la premisa, absolut corecta, ca tainuirea prezinta un element care-i confera specificitate si o impune ca o infractiune aparte, penalistii europeni de la începutul secolului XX nu au reusit sa analizeze cu atentie faptele si sa identifice, cu adevarat, acea componenta a tainuirii care o diferentiaza de infractiunea de favorizare; iar ca urmare, relatia existenta între infractiunile de tainuire si favorizare a ramas incerta. Trecând peste faptul ca accentul s-a pus, cum am aratat, pe acel scop aparte al tainuirii (scopul de a obtine un folos material) si, asadar, pe un element pur subiectiv, nu s-a mai tinut seama nici de ideea de la care se pornise, anume aceea ca, sub aspect obiectiv, actele de tainuire se identifica cu cele de favorizare reala. Oricum, numai asa s-ar putea explica de ce doctrina penala a ajuns la concluzia ca favorizarea ar fi o infractiune mai grava decât tainuirea¹⁸.

Evident, o atare concluzie trebuie respinsa, fiindca nu se poate pretinde ca infractiunea de favorizare este mai grava decât infractiunea de tainuire, din moment ce s-a pornit de la ideea (teza) ca cele doua infractiuni difera, exclusiv, sub aspect subiectiv, elementul de diferenta constând în acel scop aparte al tainuirii (de a obtine un folos material) – element care este de natura sa sporeasca, iar nu sa diminueze gravitatea faptei. Însa, din felul în care a fost motivata aceasta concluzie – anume ca „cel care tainuieste un bun provenit dintr-o infractiune fara a urmari obtinerea vreunui folos material, înseamna ca înțelege sa ajute pe infractor pentru a îngreui sau zadarnici astfel înfaptuirea justitiei penale”¹⁹ – am putea desprinde si noi o concluzie, care s-ar constitui, totodata, si ca o explicatie mai profunda si generala a erorilor comise la momentul separarii conceptelor penale de tainuire si favorizare: la acea

data, doctrina penala europeana înca omitea faptul ca orice actiune (comisiune sau omisiune) are un scop, si ca scopul (care este un element intern, subiectiv) nu se poate stabili decât pe baza actiunii, a manifestarii exterioare a agentului, care, numai ea, poate dovedi scopul imediat sau mediat urmarit de agent.

De unde a decurs o întreaga serie de alte omiteri. Astfel, a trecut, de asemenea, neobservat faptul ca, daca faptele de tainuire se confunda cu cele de favorizare reala, înseamna ca tainuitorul urmareste, si el, sa ajute pe infractor, ca scopul sau imediat este un scop de favorizare reala (de a asigura infractorului folosul sau produsul infractiunii) – cel puțin, asa rezulta din prevederile legale în materie (art. 264 C. pen.), fiindca, în realitate, nu exista favorizare reala, ci numai personala (ascunzând bunurile provenite din infractiune, agentul îngreuiaza sau împiedica, în primul rând, descoperirea infractorului si, abia în subsidiar, el îngreuiaza sau împiedica confiscarea bunurilor ori repararea pagubei), asa încât scopul imediat al tainuitorului nu poate fi decât un scop de favorizare personala. Dupa cum a trecut neobservat si faptul ca, întrucât tainuitorul urmareste si un al doilea scop, un scop mediat (acela de a obtine, pentru sine ori pentru altul, un folos material), înseamna ca el nu se mai limiteaza la actele de favorizare (de ascundere a bunurilor provenite din infractiune), ci comite si alte acte, care reflecta scopul sau mediat si pe care le-am putea caracteriza ca acte de coruptie (el pretinde sau primeste bani sau alte foloase materiale). Oricum, este neîndoielnic ca, spre deosebire de favorizator, tainuitorul nu mai actioneaza dezinteresat, ci conditioneaza imixtiunea sa în problemele justitiei penale de obtinerea unei remuneratii. Ceea ce înseamna ca specificul tainuirii rezida tocmai în prezenta celei de-a doua categorii de acte (constând în pretinderea ori acceptarea promisiunii de foloase materiale si, eventual, chiar în obtinerea unor astfel de foloase); prezenta unor asemenea acte face ca activitatea tainuitorului sa difere întrucâtva de cea a favorizatorului, înfatisându-se, în ansamblu, ca o activitate de prestare de servicii, ca o activitate (ilicita) lucrativa, din care se pot obtine venituri substantiale (tainuitorul participa, de regula, la împartirea bunurilor provenite din infractiune). De unde rezulta, pe de o parte, ca *tainuirea nu este o infractiune simpla, ci este o infractiune complexa, care absoarbe infractiunea de favorizare (reala)*, iar, pe de alta parte, ca, întrucât ea cuprinde, în plus, si alte acte, acest fapt este de natura sa îi confere o gravitate mai mare; pe scurt, de aici rezulta ca infractiunea de tainuire este mai grava decât cea de favorizare, iar nu invers.

În sustinerea caracterului complex al infractiunii de tainuire se mai poate invoca si faptul ca teza contrara – potrivit careia tainuirea este o infractiune simpla – ar fi constituit, în masura în care ar fi fost adoptata de jurisprudenta, o sursa de solutii contradictorii si inechitabile. Daca tainuirea ar fi, într-adevar, o infractiune simpla, ar fi trebuit ca, asa dupa cum sustin adeptii acestei teze²⁰, agentul sa fie facut raspunzator de savârsirea unui concurs (probabil, ideal sau formal) între infractiunea de tainuire si infractiunea de favorizare reala, ori de câte ori a urmarit atât scopul de favorizare reala (de a asigura infractorului folosul sau produsul infractiunii), cât si scopul specific tainuirii (de a obtine un folos material) – ceea ce ar însemna, în fond, o practica judiciara arbitrara, în care existenta unitatii ori pluralitatii de infractiuni sa depinda exclusiv de aprecierea personala a judecatorului; si aceasta, nesocotind faptul, cât se poate de evident, ca tainuitorul urmareste, întotdeauna, ambele scopuri. Dar, cel puțin dupa stiinta noastra, jurisprudenta nu a retinut niciodata un asemenea concurs de

infracțiuni, astfel ca ne îngaduim a considera aceasta poziție a jurisprudenței ca o recunoaștere (tacită) a caracterului complex al infracțiunii de tainuire.

Nu putem încheia aceste considerații fără a menționa și că, dacă teza pe care o criticăm s-a menținut până în prezent, acest fapt nu este deloc întâmplător, ci reprezintă o consecință oarecum firească a modului în care a fost definită tainuirea. În orice caz, un examen comparativ al celor două infracțiuni (tainuirea și favorizarea) pare să infirmе afirmația că actele de tainuire coincid, sub aspect obiectiv, cu cele de favorizare reală (definițiile lor par diferite) și, în plus, doctrina a și interpretat aceste definiții în așa fel, încât s-ar putea crede că actele de tainuire nu coincid decât în mica parte cu cele de favorizare reală. Astfel, de regulă, se susține²¹, că favorizarea (fie personală, fie reală) poate consta în orice acțiune (comisiune) sau inacțiune (omisiune) care se prezintă ca un „ajutor dat infractorului” (legiuitorul însuși a descris elementul material al favorizării în acest fel, și anume, doar prin referire la scopul urmărit de agent)²²; însă, în ce privește tainuirea, nu s-a mai putut susține același lucru, fiindcă, prin dispoziția înscrisă în art. 221 C. pen., legiuitorul a limitat elementul material al acesteia la patru acțiuni (comisiuni), expres arătate în text. Cu toate acestea, actele de tainuire coincid, într-adevăr, cu cele de favorizare reală, atât pentru că, așa cum s-a decis în jurisprudența și cum se susține și de către o parte a doctrinei, favorizarea, indiferent dacă e reală sau personală, pretinde, cu necesitate, existența unor acte pozitive de ajutorare (infracțiunea de favorizare nu se poate realiza prin omisiuni), cât și pentru că acțiunile prin care se poate realiza infracțiunea de favorizare reală sunt exact acelea descrise în dispoziția care incriminează tainuirea.

Oricum, se poate vedea că, singura omisiune care poate fi analizată ca un act de favorizare reală (ca un ajutor dat „pentru a asigura infractorului produsul sau folosul infracțiunii” – art. 264 C. pen.) este nedenunțarea (sau o variantă de specie a acesteia, cum ar fi, de exemplu, omisiunea sesizării organelor judiciare), iar întrucât nedenunțarea și variantele sale sunt prevăzute în dispoziții de incriminare speciale, se înțelege că aceste dispoziții se vor aplica cu prioritate, înlăturând aplicarea dispozițiilor care incriminează favorizarea, astfel că este exclusă o favorizare reală realizată prin omisiune. În același timp însă, întrucât nu numai actele de favorizare reală, ci și actele de favorizare personală pot face obiectul unei tranzacții oneroase, ocazionând obținerea de foloase materiale necuvenite, normal ar fi fost ca definiția tainuirii să acopere și aceste din urmă acte (de favorizare personală), mai ales că, așa cum am arătat deja, toate actele de favorizare sunt, în realitate, acte de favorizare personală (distincția între o favorizare personală și o favorizare reală prezintă o utilitate strict didactică). Totuși, este neîndoielnic că, potrivit concepției care a stat la baza elaborării noțiunii penale de tainuire, actele de tainuire nu se pot confunda niciodată cu cele de favorizare personală – ceea ce ne obligă să sesizăm că o atare concepție nu a fost și nici nu poate fi justificată și, mai mult decât atât, că, în virtutea sa, s-ar fi putut ajunge la situația, cu totul inacceptabilă, că o identică faptă (favorizarea), comisă într-un identic scop (acela de a obține foloase materiale), să atragă tratamente juridice sensibil diferite, după cum, în cazul concret, s-ar fi reținut forma favorizării reale sau forma favorizării personale (conform acestei concepții, în cazul favorizării reale, ar trebui, repetăm, să se rețină în sarcina agentului un concurs între infracțiunea de favorizare și cea de tainuire; în schimb, în cazul favorizării personale, agentul ar trebui să răspundă numai pentru aceasta

fapta, reținându-se, eventual, ca circumstanta agravanta, existenta scopului de a obtine foloase materiale).

În orice caz, numeroasele neajunsuri pe care le comporta definitia infractiunii de tainuire – asa cum apare ea în unele legislatii europene (printre care se numara si legislatia noastra) – au constituit, neîndoielnic, unul din motivele pentru care distinctia între infractiunile de tainuire si favorizare nu a fost admisa în toate legislatiile europene. Legislatia franceza, de pilda, nu a consacrat o asemenea distinctie; în dreptul francez exista numai infractiunea de tainuire (nu si cea de favorizare), însa, dupa cum releva un examen al incriminarilor în materie (art. 321-1, art. 434-6, art. 434-7 din Codul penal francez), diversele fapte de tainuire (de lucruri, de persoane, de cadavre) corespund acelor care constituie, în dreptul nostru, infractiunea de favorizare a infractorului.

Ni se pare însa evident ca, actualmente, când problema armonizarii legislatiilor se pune mai insistent ca oricând, aceasta stare de lucruri trebuie sa înceteze, ca se impune deci un raspuns unanim la chestiunea daca, într-adevar, este necesar sa se faca distinctie între infractiunile de tainuire si favorizare. Stabilirea unui acord asupra acestei chestiuni a devenit chiar imperioasa în conditiile aparitiei unui al treilea concept penal – acela de „spalare” (sau „albire”) – care se suprapune conceptelor mai vechi de tainuire si favorizare.