

ANALIZA RECEPTĂRII ÎN DOCTRINA JURIDICO-PENALĂ A PRINCIPALELOR
TEORII REFERITOARE LA FUNDAMENTUL DREPTULUI DE A PEDEPSI, ÎN
RELAȚIE CU ESENȚA NOȚIUNII DE IMPUNITATE

MIHAI DUNEA*

Abstract

This article includes an inventory of how Romanian doctrine (both current and older) receives the philosophical and legal problem of the state's justification for the right (and obligation) to use punishment as a means of social control. This interesting topic for academic debate is taken one step further in that it provides a correlation between it and the problem of impunity (and hence the legislature's option to renounce or to reduce the punishment for a crime). The author's interest was to see which of the major theories formulated upon this topic is presented as a proper environment for the development of the concept of impunity, or for that of reasons of reduced sentence, and which are not. Conclusions reached were that the retributive system (absolute theories regarding jus puniendi) do not represent such an environment, proof being the Latin quotes under which it became known: punitur quia peccatum est; poena est malle passionis quod infligitur propter malle actionis; poena est noxae vindicta, all expressions in the spirit of the motto: Fiat justitia, pereat mundus (Fiat justitia, ruat caelum). The utilitarian sistem (relative theories regarding jus puniendi) – punitur non quia peccatum est, sed ne peccetur – would have an intrinsic ability to be developed into a theory of impunity and reduced punishment, but history has shown that it was usually augmented in the direction known as ex parte principis, or, when its valuation was made towards the direction known as ex parte populi, it disproportionately chosen to achieve maximum happiness (protection) for the non-delinquent majority, at the expense of trying to ensure the most minimal intrusion into the sphere of fundamental rights of the offenders minority (intrusion manifested by punishment). Therefore, the eclectic theories (the mixed system regarding jus puniendi) – punitur quia peccatum est et ut ne peccetur – presents themselves as the doctrine in the highest position to allow

* Asist. univ. drd., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași,
e-mail: mihaidunea@yahoo.com.

the development of the concepts of legal causes of impunity or of that of reduced punishment.

Key words: *state's right to punish; impunity; reasons to reduce punishment; jus puniendi theories; retribution; utilitarianism; eclectism.*

Fără dubiu, unul dintre subiectele deosebit de interesante care pot fi abordate în dezbateră academică juridico-penală, caracterizat printr-o fecundă încărcătură teoretică a conținutului și printr-o importanță practică de netăgăduit, prin prisma efectului de impact major pe care îl determină în soluționarea raporturilor penale de conflict, este acela al instituției cauzelor de nepedepsire. Cum, însă, analiza unei teme atât de interesante și de vaste nu permite o abordare abruptă, ci presupune în mod imperativ o tratare complexă, impusă de necesitatea raportării coerente la ansamblul fenomenologic a cărui parte o reprezintă entitatea juridico - penală în cauză, astfel încât aprofundarea cunoașterii sale să nu se realizeze într-o manieră trunchiată, ci într-o perspectivă armonizată cu structura instituțiilor fundamentale ale dreptului penal, la care este conectată inclusiv problematica impunității, vom avea în vedere, cu precădere, în următoarele pagini, integrarea studiului privitor la cauzele de nepedepsire în contextul dezbaterii referitoare la legitimitatea instituției fundamentale a dreptului penal reprezentată de sancțiune (în special de sancțiunea penală propriu-zisă, tipică: pedeapsa), căci este firesc a anvizaja cu precădere fenomenul principal, anterior cercetării mai amănunțite a instituției derivate din acesta. Înțelegerea completă și clară a existenței, justificării și funcționării cauzelor de impunitate este, în mod evident, atât de intim și indispensabil legată de aspectele corespunzătoare referitoare la instituția pedepsei, încât faptul că studiul acestora trebuie pus în relație cu relevarea aspectelor principale ale discuției privitoare la *jus puniendi*, se impune¹ - practic - de la sine.

¹ „(...) Când însă reacțiunea represivă a început să fie reglementată, cu drept cuvânt, mintea iscoditoare a omului a trebuit să-și fi pus întrebarea: dar de ce reprimăm?, care este rostul represiunii?, care este justificarea ei?, care este fundamentul său? De răspunsul dat la aceste chestiuni depindea nu numai satisfacerea unei curiozități spirituale, ci însăși chipul în care avea să fie reglementată represiunea, fiindcă este rațional ca, atunci, când cunoaștem rostul unei manifestări, să căutăm a o modela în așa fel, încât acel rost să fie realizat în chipul cel mai desăvârșit.” - Vintilă Dongoroz, *Drept penal*, Institutul de Arte Grafice, București,

Pentru început, apreciem că se impune clarificarea conceptuală a termenului de „fundament” al pedepsei, deoarece doctrina penală² a evidențiat existența a numeroase confuzii generate de încărcătura eterogenă a semnificațiilor acordate acestei noțiuni. Astfel, de-a lungul timpului, căutarea înțelesului fundamentului pedepsei a fost adeseori denaturată de suprapunerea peste acesta a noțiunilor de „scop”, respectiv „funcție”, precum și de utilizarea, în paralel, a unor termeni priviți uneori ca sinonimi, alteori ca exponenți ai unor concepte distincte, cum ar fi: „justificare”, „finalitate”, „esență”, „natură” a pedepsei. Ne însușim, în prezenta lucrare, orientarea³ acelei părți a literaturii de specialitate care a accentuat necesitatea diferențierii între noțiunile interdependente (dar care, teoretic, pot fi privite ca autonome) de „fundament”, „scop” respectiv „funcție” a pedepsei, apreciind că referirea la fundamentul pedepsei vizează acele demersuri orientate către identificarea și relevarea rațiunii de a fi a acestei sancțiuni specifice dreptului penal, a motivului existenței

1939, p. 42. În același sens: „Întrebarea « de ce pedepsim?» nu este retorică și nu reprezintă nici un exercițiu de filosofie în sine. Deși la prima vedere este o întrebare de apanajul politicii penale și un răspuns adecvat ne-ar îndreptăți la soluții legislative mai eficiente, ea are implicații mult mai profunde, pentru că ne-ar putea conduce la concluzia inutilității nu doar a pedepsei, ci chiar a oricărei forme de organizare a statului” - Cristina Rotaru: *Fundamentul pedepsei. Teorii moderne*, Editura C.H.Beck, București, 2006, p. 79.

² Vintilă Dongoroz, în: Ion Tanoviceanu, *Tratat de drept și procedură penală*, Ediția a II-a revăzută și completată de Vintilă Dongoroz, Corneliu Chiseliță, Ștefan Laday, Eugen Decusară, vol. III, București, 1924-1927, p. 197 ș.u.; C. Rotaru, *op. cit.*, p. 36-47.

³ „Fundamentul pedepsei ne indică cauza pentru care pedepsim, finalitatea pedepsei exprimă efectul pe care îl urmărim pedepsind. De aceea, între fundamentul și finalitatea pedepsei există o legătură indisolubilă, așa încât de conceptul celui dintâi va depinde caracterul celei de a doua. (...) Trebuie de asemenea făcută o distincție între scopul (finalitatea) pedepsei și funcțiile acesteia. Funcțiunea nu este decât modalitatea sub care o pedeapsă lucrează în vederea realizării finalității ce se atribuie represiunii. Între funcțiune și finalitate există un raport ca acela de la mijloc la scop, funcțiunea fiind mijlocul prin care se realizează scopul, deci finalitatea. Aceeași legătură indisolubilă care există între fundamentul pedepsei și finalitatea sa există și între finalitatea pedepsei și funcțiile sale, știut fiind că scopul nu poate fi întreg și corect realizat decât atunci când mijloacele întrebuintate sunt perfect adecvate lui.” - Vintilă Dongoroz, în: Ion Tanoviceanu, *op. cit.*, vol. III, București, 1924-1927, p. 197 ș.u.

acesteia, noțiuni sinonime fiind cele de „justificare”, „motivație” sau „cauză determinantă”.

Astfel, separat de conceptul de fundament al pedepsei, vom privi esența (sau natura) pedepsei ca reprezentând modalitatea specifică de manifestare exterioară a acesteia, forma intrinsecă sub care se realizează mecanismul său de funcționare, înfățișarea firească a modului în care se definește și acționează instituția în cauză; iar prin noțiunea de scop al pedepsei, urmează a înțelege finalitățile spre atingerea cărora este întrebuintată aceasta, în vederea satisfacerii motivului ei determinant (fundamentului ei). Privim, așadar, scopul, ca o entitate configurată de modul de fundamentare a pedepsei, iar dirijarea acesteia către îndeplinirea scopului trasat urmează a se realiza, potrivit esenței sale, prin intermediul funcțiilor: după caz, manifestări dorite sau nu (dar acceptate ca natural implicate de natura pedepsei, atât timp cât suportarea costului acestora nu rivalizează cu avantajele implicate de utilizarea acestei sancțiuni aflitive), orientate fie direct, fie indirect, către asigurarea finalității declarate.

Achiesăm, de asemenea, la opinia⁴ potrivit căreia se impune - pentru a garanta o tratare și o înțelegere coerentă a noțiunilor utilizate - acceptarea unei scindări conștiente între două planuri ale discursului privind teoriile asupra pedepsei (planuri a căror interferență involuntară, necontrolată și adesea insesizabilă, explică majoritatea confuziilor care apar, de regulă, în legătură cu aceste teorii, mărturie a faptului că domeniul juridico-penal are aptitudinea de a reține încă postulatul interdicției lui Hume⁵): un plan abstract, filosofico-juridic, axiologic, prescriptiv (normativ),

⁴ C. Rotaru, *op. cit.*, p. 44-47. A se vedea și: G. Antoniu, *Contribuții la studiul esenței, scopului și funcțiilor pedepsei*, Revista de Drept Penal, nr. 2/1998, p. 9-24.

⁵ Cunoscut și sub denumirea de „ghilotina lui Hume” și identificat uneori drept un paralogism, sau un sofism naturalist, principiul metalogic al filosofului scoțian David Hume afirmă în esență (rezultat al interpretărilor formulate pe marginea unui text înscris în lucrarea *Tratat despre natura umană*), că din premise descriptive (faptice, concrete, palpabile) nu pot fi deduse concluzii prescriptive (morale, ideale, abstracte) și nici viceversa, fiind așadar necesar a delimita net (de aici referirea la ghilotină), în analiza unei probleme, sfera concretului (a faptelor) de sfera abstractă (a valorilor, ideilor) - în acest sens: Luigi Ferrajoli, *Derecho y razon, teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, p. 323.

O ideeă asemănătoare apreciem că se poate extrage și din concepția filosofului american John Bordley Rawls, formulată asupra teoriilor dreptății: „Filosofia, înțeleasă ca o căutare a

posibil de factură pre-legislativă (care explică opțiunile de politică penală ale legiuitorului), planul lui „*cum trebuie să fie*” - în cadrul căruia urmează a fi purtată discuția referitoare la identificarea fundamentului pedepsei și, parțial, a scopului imprimat acesteia - pe de o parte; și un plan empiric, al concretului, al dreptului pozitiv, al activității practice efective de realizare a justiției penale (având, așadar, o situație temporală strict post-legislativă), planul lui „*cum este*” - în cadrul căruia pot fi abordate subiectele scopului (dintr-o perspectivă pragmatică, concret-efectivă), esenței (naturii) și funcțiilor pedepsei - pe de altă parte. Potrivit unei opinii⁶, problematica dihotomiei indicate pare a se încadra într-un cadru de dezbatere filosofică mult mai amplu, anume acela al opoziției dintre o viziune idealistă și una realistă cu privire la sistemul juridic; la rândul său, controversa în cauză este doar una dintre multiplele forme de particularizare a unei teme fundamentale a filosofiei, constând în relevarea de posibile răspunsuri la interogațiile ireductibile născute în legătură cu noțiunea dreptății și esența acesteia (or, „din punct de vedere filosofic, ideea de pedeapsă pune la fel de multe probleme ca și cea de dreptate”⁷).

adevărului despre o ordine metafizică și politică independentă nu poate (...) furniza un fundament funcțional și împărțit în comun al unei concepții politice asupra dreptății într-o societate democratică” – J. Rawls, *Justice as Fairness: Political not Metaphysical*, în *Philosophy and Public Affairs*, 14 (1985), no. 3, p. 231, *apud.* Adrian Miroiu, *Teorii ale dreptății*, Editura Alternative, București, 1996, p. 31.

⁶ În acest sens – Hanna F. Pitkin, *Dreptatea: Socrate și Thrasymachos*, în volumul *Teorii ale dreptății*, editat de Adrian Miroiu, Editura Alternative, București, 1996, p. 40, 44 ș.u.

⁷ *Ibidem*, p. 59. Apreciem relevante, în legătură cu aspectele abordate, următoarele reflecții ale autoarei: „Așadar, se pot ivi în mod efectiv tensiuni între scop, substanță, înțeles, pe de-o parte și instituționalizare, formă, practică convenționalizată, pe de alta. Acest fel de tensiune poate apărea numai în legătură cu conceptele al căror înțeles este dependent de aplicarea lor prin intermediul standardelor; (...) apare în raport cu conceptele privitoare la acțiune și la instituțiile sociale (...). În consecință, întruparea lor în practica socială sau în acțiunea individuală reprezintă cu adevărat realizarea lor și aproape că merită realmente aceeași atenție din partea noastră ca și scopul sau idealul inițial (...). Totuși, acțiunile nu sunt pe măsura intenției, iar practica instituționalizată își dezvoltă o direcție proprie. Avem nevoie, întotdeauna, să ne păstrăm conceptele parțial detașate de practicile și instituțiile sociale în care presupunem că s-au realizat, pentru a putea în continuare să criticăm, să renovăm și să revizuim” – *Ibidem*, p. 61.

Fixat fiind, așadar, faptul că prin analiza noțiunii de fundament al pedepsei urmărim să relevăm motivul axiologic care a generat apariția, reglementarea și perpetuarea acestei măsuri coercitive specifice, pe care un anumit tip de normă o prevede drept consecință a încălcării unor precepte de conduită, instituite, la un moment dat, în vederea protejării celor mai importante valori sociale ale unei colectivități umane juridic organizate, este de observat că încercarea de a identifica tipurile posibile de răspuns la întrebarea: „De ce pedepsim?” orientează analiza către una dintre cele mai interesante discuții ale filosofiei dreptului: legitimitatea dreptului penal și - implicit - legitimitatea construcției etatice⁸ a cărui instrument de apărare este acesta! Conștienți fiind, însă, de exigențele cadrului prezent și de necesitatea cantonării studiului asupra unor probleme conexe în niște limite rezonabile, înțelegem să nu accentuăm propriu-zis aceste direcții de analiză, oricât de interesant ar fi acest demers. Nu vom insista, ca atare, asupra fenomenului *teoriilor aboliționiste*, în variatele lor forme de manifestare, limitându-ne doar la amintirea existenței lor și la menționarea caracterului secundar (excepțional, chiar) care le este, de regulă, acordat, în literatura⁹ juridico-penală de specialitate.

Prezenta analiza se va orienta, în continuare, asupra modului în care s-a abordat problematica fundamentului pedepsei din perspectiva *teoriilor justificative* cu privire la dreptul statului¹⁰ de a pedepsi. Astfel, în mod

⁸ C. Rotaru, *op. cit.*, p. 79. De asemenea, la pagina 2 a lucrării, autoarea afirmă: „Pedeapsa este un instrument al violenței instituționalizate în mâinile statului, iar o discuție despre fundamentul pedepsei duce inevitabil la cercetarea legitimității dreptului penal. Nu degeaba s-a repetat până la sațietate că problema dreptului penal începe și se sfârșește cu fundamentul și scopul pedepsei.”

⁹ René Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, vol. I, Ediția a III-a, Librairie de la Société du Recueil Sirey, Paris, 1913, p. 75; I. Tanoviceanu, *op. cit.*, vol. I, p. 26-30; Traian Pop, *Curs de Criminologie*, Institutul de Arte Grafice „Ardealul”, Cluj, 1928, p. 185-188; V. Dongoroz, *op. cit.*, p. 51; C. Rotaru, *op. cit.*, p. 62-68.

¹⁰ În doctrină au fost purtate numeroase și interesante polemici, de-a lungul timpului, în privința momentului istoric limită în raport de care ar trebui să înceapă manifestarea preocupărilor de identificare a unei teorii a pedepsei. Astfel, potrivit unei orientări, analiza fenomenului represiv ar impune inclusiv prospectarea celor mai îndepărtate puncte ale genezei instituției cunoscute astăzi sub denumirea de „pedeapsă”, pe când - potrivit celeilalte orientări - studiul nu ar necesita depășirea cronologic descrescătoare a

tradițional¹¹, se consideră că există trei orientări majore de justificare a represiunii penale, ca instrument etatizat de control social: sisteme retributive (teorii absolute privind pedeapsa), sisteme utilitariste (teorii relative privind pedeapsa) și sisteme mixte (teorii eclecticice privind pedeapsa). Vom aborda pe scurt fiecare dintre aceste modele de fundamentare a pedepsei, încercând a fixa esența lor (așa cum a fost ea receptată, în mod clasic¹², în doctrina penală - cu predilecție în cea română), în vederea surprinderii compatibilității dintre fiecare din ele și conceptul de nepedepsire¹³. Ordinea în care se va realiza prezentarea va fi cea deja indicată în enumerarea de mai sus, corespunzând (potrivit concepției comune) unui tipar cronologic de formulare a concepțiilor referitoare la fundamentul pedepsei.

Fundamentarea pedepsei în ideea de retribuție (teoriile absolute)

Potrivit acestei concepții, întemeiate de-a lungul timpului pe viziuni individualiste, idealiste și liberale¹⁴, explicația actului pedepsirii nu necesită recurgerea la elemente exterioare sistemului de referință în care se manifestă noțiunea analizată (elemente extrapunitive), ea fiind identificată

momentului în care variate (și incipiente) forme de organizare socială de tip statal au preluat, printre atribuțiile de bază, funcția de reglementare, impunere și înfăptuire a justiției, deoarece abia de la acest punct evolutiv încoace se poate discuta propriu-zis despre apariția (în forme esențiale și perfectibile) a noțiunii analizate. Din considerațiuni deja expuse, vom limita referirile prezentei lucrări doar la domeniul de incidență al perspectivei din urmă, deoarece sfera de cuprindere a acestuia este inclusă - fără controverse - și în limitele, mai largi, ale orientării inițiale, pe când reciproca nu este, desigur, valabilă. În legătură cu această problemă, a se vedea: T. Pop, *op. cit.*, p. 62 ș.u., p. 231 ș.u.; V. Dongoroz, *op. cit.*, p. 35.

¹¹ I. Tanoviceanu, *op. cit.*, vol. I, p. 31 ș.u.; T. Pop, *op. cit.*, p. 189 ș.u.; V. Dongoroz, *op. cit.*, p. 49 ș.u., p. 583 ș.u.; C. Rotaru, *op. cit.*, p. 79 ș.u.

¹² Tratarea de față (dat fiind și cadrul cuprinderii ei), va urma orientarea majoritar încetățenită în doctrină, în legătură cu subiectul enunțat, deși sunt de semnalat și interesante aprofundări de specialitate disidente, temeinic argumentate și convingătoare prin erudiția ce susține expunerea. În acest sens, a se vedea: Tudor Avrigeanu, *Pericol social, vinovăție personală și imputare penală. Un program pentru altfel de explicații teoretice ale dreptului penal român*, Editura Wolters Kluwer, București, 2010 (și bibliografia acolo citată).

¹³ Ne referim în principal la impunitate, dar apreciem că, în subsidiar, aceste reflecții se verifică - în mod corespunzător - și cu privire la cauzele de reducere a pedepsei.

¹⁴ C. Rotaru, *op. cit.*, p. 115.

în valoarea intrinsecă asociată însăși pedepsei în momentul impunerii sale¹⁵. Cu alte cuvinte, ceea ce determină măsura represivă și ceea ce se urmărește prin aplicarea ei sunt unul și același lucru: *pedeapsa este un scop în sine!* Fundamentul și finalitatea devin elemente componente ale unui sistem ciclic de reacție, construit în jurul ideii de retribuție, într-o viziune care accentuează în mod maximal influența moralei¹⁶ asupra pedepsei. Aceasta din urmă apare strict ca un echivalent al faptei negative comise (de intensitate infrațională), ca o justă (dreaptă, meritată) răsplătă compensatorie a răului săvârșit prin infracțiune, separat și indiferent de orice altă finalitate¹⁷ pe care ar putea-o manifesta, în concret, actul represiv.

Ideea aceasta a fost exprimată în felurite chipuri, încă din antichitate, unele explicații fixându-se ca reprezentative pentru acest sistem - „punitur quia peccatum est”¹⁸, „poena est mllum passionis quod infligitur propter mllum actionis”¹⁹, „poena est noxae vindicta”²⁰ - imprimând pedepsei o

¹⁵ Ibidem, p. 50.

¹⁶ Se apreciază că teoriile retributive privind fundamentul pedepsei corespund unei concepții potrivit căreia una dintre funcțiile legitime ale statului ar fi realizarea unor idealuri de justiție – C. Rotaru, *op.cit.*, p. 48.

¹⁷ „Conform acestei concepțiuni *idealiste* și raționaliste, Societatea omenească, fără triumful justiției, ar fi o monstruoziitate. A pedepsi faptele rele este deci un imperativ categoric dela care societatea omenească nu se poate sustrage. Justiția cere, deci, ca răul să fie răsplătit cu rău, chiar dacă societatea sau omul nu ar realiza nimic depe urma acelei suferințe (ideea de *justiție absolută*).” – V. Dongoroz, *op. cit.*, p. 47.

¹⁸ „Se pedepsește ceea ce constituie o greșeală (păcatul, fapta vinovată)” [traducerea noastră] - expresia îi este, în general, atribuită lui Lucius Annaeus Seneca (care ar fi utilizat-o pentru a exprima cât mai grăitor diferențele dintre cele două teorii de bază în privința fundamentării pedepsei), trimitere fiind realizată la lucrarea *De ira*, cartea I, cap. XIX – în acest sens: L. Ferrajoli, *op. cit.*, p. 253, cu trimitere la p. 287 (nota de subsol nr. 29). Lucrarea *De ira* poate fi consultată, în textul original (limba latină), la adresa de internet: <http://www.thelatinlibrary.com/sen/sen.ira1.shtml>

¹⁹ „Pedeapsa este răul suferinței, ce se dă pentru răul faptei” [traducerea a fost preluată din C. Rotaru, *op. cit.*, p. 17]. Potrivit profesorului Tanoviceanu (*op. cit.*, vol. I., p.55), expresia îi aparține lui Hugo Grotius, fiind identificată în lucrarea *De iure belli ac pacis*. În același sens: Udo Schaefer, *Crime and punishment*, p. 4, articol consultat la adresa de internet: http://bahai-library.com/articles/criminality_punishment.pdf

²⁰ „Pedeapsa este retribuție pentru fapta vătămătoare” [traducerea noastră] - Ulpian, *Digeste*, 50.16.131, apud. Everett L. Wheeler, *Stratagem and the vocabulary of military*

orientare caracterizată drept o perspectivă îndreptată către trecut: cauza imediată, legală și formală a aplicării și supunerii la executarea pedepsei (infracțiunea comisă), transcende planului faptic al represiunii, reacția împotriva acesteia fiind afirmată drept rațiune axiologică de fundamentare a practicii punitive a statului²¹. Sursa acestei suprapuneri a planurilor de referință este identificată în concepția potrivit căreia realitatea umană concretă trebuie să mimeze și să tindă către reproducerea unei suprarealități ideale (identificată fie în ideea religioasă de divinitate, fie în noțiunea de „drept natural”²², fie în concepții de o stricte etică exacerbată, imposibil de compatibilizat faptic cu tipologii sociale deschise, care afirmă conceptul de pluralism valoric - inclusiv de ordin moral - printre elementele definitorii ce le caracterizează).

Impunând un standard de conduită extrem de exigent și o viziune deosebit de strictă și rigidă în privința penalizării celor care eșuează în demersul de atingere a acestui standard în relațiilor lor de conviețuire socială, concepția retributivă a avut, totuși, meritul de a reverbera în mentalitatea publică²³, precum și pe acela de a evolua, în timp, către

trichery, E.J.Brill, Leiden, Netherlands, 1988, p. 63, lucrare consultată pe platforma de internet: <http://books.google.com>. În același sens: I. Tanoviceanu, *op. cit.*, vol. I, p. 35 (care citează sursa astfel: „Ulpian, în legea 131 Dig. Cart. 2 titlu 16”), precum și U. Schaefer, *op. cit.*, p. 4 (care citează sursa astfel: „Ulpian, Dig. L., XVI, 131 pr.).

²¹ „Pedeapsa e pedeapsă doar când e meritată. Plătim cu pedeapsa pentru că datorăm și nu pentru alt motiv. Dacă pedeapsa este aplicată pentru orice alt motiv, care nu e acela de a reprezenta ce merită subiectul atunci când este culpabil, înseamnă că este o imoralitate, o injustiție evidentă, o crimă abominabilă și niciodată ceea ce pretinde a fi” – Francis Herbert Bradley, *Ethical Studies*, Oxford University Press Inc., New York, U.S.A., Second édition, 1927 [Traducerea textului a fost preluată din: C. Rotaru, *op. cit.*, p. 27].

²² De obicei, în accepțiunea de principiu director, ideal, firesc prin natura lucrurilor, către atingerea căruia ființele umane se orientează instinctiv, pentru a-și asigura instituirea, ameliorarea și perfecționarea ordinii sociale în contextul căreia își desfășoară activitățile și își conduc existența – în acest sens: R. Garraud, *op.cit.*, vol. I, p. 4, nota de subsol nr. 3.

²³ „Societatea corelează pedeapsa cu fapta comisă, de aceea, pentru ea, ca și pentru infractor, pedeapsa va avea totdeauna un caracter retributiv, indiferent de fundamentul sau de finalitatea sa.” – V. Dongoroz, în: I. Tanoviceanu, *op. cit.*, vol. III, p. 202 ș.u. În același sens: „Nu este om, care bucurându-se de bunul său simț, să cuteze a susține, că nu e just, ca crima să fie pedepsită și virtutea recompensată. Aceasta este una din legile ordinii morale, unul din principiile rațiunii, care au același grad de evidență și de autoritate, ca axiomele

formularea unor garanții de maximă importanță pentru destinatarii legii penale, cele mai importante fiind: principiul caracterului personal al răspunderii penale și principiul proporționalității represiunii. Astfel, odată ajunse la un anumit punct evolutiv, teoriile absolute asupra pedepsei s-au legitimat drept poziții defensive împotriva tendinței de instrumentare a individului, postulând importanța recunoașterii și respectării demnității ființei umane și a necesității limitării puterii arbitrare a statului.

Pe de altă parte, fundamentarea pedepsei în ideea de compensare a răului comis, prin supunerea la o suferință, indică drept premisă a întregului sistem de referință o judecată morală a comportamentului făptuitorului (pedeapsa - implicând și un reproș al comunității față de un membru determinat - este meritată, deoarece s-a ales nesocotirea regulii de conduită, prin comiterea unui act reprobabil, în locul opțiunii constând în adoptarea unui comportament obedient, de respectare a valorilor sociale afirmate imperativ drept puncte de coerență esențiale, cu rol determinant în ceea ce privește asigurarea coexistenței în colectivitate a indivizilor și perpetuarea mecanismului etatic de organizare socială). Acest mod de a raționa (bazat pe imputabilitatea morală) este posibil, însă, doar dacă la nivelul planului abstract de referință se exprimă adeziunea față de concepția filosofică care afirmă existența *liberului-arbitru*! Or, acest concept filosofic controversat, neverificabil empiric, a fost atât de disputat și contestat de adepții curentului determinist²⁴, încât unele dintre cele mai pregnante vulnerabilități ale teoriilor absolute privind fundamentul pedepsei au provenit din aceea că temelia sistemului retributiv este consubstanțial modelată cu includerea liberului-arbitru. Potrivit tendințelor interpretative dominante din doctrina actuală²⁵, concluzia a fost că planul de existență a dreptului penal a devenit, astfel, atât de intim contopit cu cel relativ, al dezbaterii filosofice pure, încât certitudinile pe care trebuie să le

geometriei.” – Adolphe Franck, *Philosophie du droit pénal*, Paris, 1899, p. 14 [Traducerea textului a fost preluată din: T. Pop, *op. cit.*, p. 191 – 192].

²⁴ În acest sens, I. Tanoviceanu, *op. cit.*, vol. I, p. 149.

²⁵ Ce e drept, denunțate uneori (arareori), drept rezultatul unui *malentendu* generalizat și întreținut artificial, prin abandonul consultării surselor primare, de regulă de factură filosofică, expresie vie a dictonului latin *ex falso sequitur quodlibet* - T. Avrigeanu, *Pericol social, vinovăție personală și imputare penală*, p. 90.

impună, în mod imperativ, această ramură de drept, în dimensiunea de referință a realității concrete, au fost reduse într-o asemenea măsură, încât bagatelizarea lor a determinat o adevărată criză a sistemului juridic. De aici tendința de renunțare la teoriile absolute privitoare la fundamentul pedepsei și de înlocuire a acestora cu teoriile relative, corespunzătoare sistemului utilitarist.

În ceea ce privește, însă, relația dintre sistemele retributive pure și conceptul de impunitate, se poate afirma că cele două se configurează ca entități principial incompatibile, căci afirmarea necesității absolute de pedepsire a infractorului contrazice premisele fundamentale pe care este construită instituția cauzelor de nepedepsire²⁶. Câtă vreme pedeapsa este singura măsură de satisfacere a ideii imperative de justiție (întinată prin comiterea infracțiunii), iar principiul „Fiat justitia, pereat mundus”²⁷ se afirmă drept linie directoare a sistemului, considerarea impunității este nu doar exclusă, ci și anatemitată, ca erezie care periclitează însăși esența conceptuală a ansamblului cu referire la care se formulează. Reprezentativă, în acest sens, este afirmația lui Platon: „Infracțiunea nu e decât al doilea rău ca mărime; *infracțiunea nepedepsită e cel dintâi și mai mare din toate relele*”²⁸ [sublinierea noastră], precum și diversele referiri²⁹ făcute la adresa acesteia. De asemenea, concepția caracterului incompatibil al impunității cu ideea pură de justiție absolută (pentru care retribuția neabătută este un vector esențial), se consideră, în general, a fi fost grăitor exprimată de filosoful german Immanuel Kant, prin exemplul dat în lucrarea

²⁶ În acest sens – Ad. Franck, *op. cit.*, p. 92.

²⁷ *Să se înfăptuiască justiția / să se facă dreptate, chiar de ar fi să piară lumea* [traducerea noastră]. Expresia mai este întâlnită și sub forma „Fiat justitia et pereat mundus”, ori sub varianta „Fiat justitia, ruat caelum” (*să se înfăptuiască justiția / să se facă dreptate, chiar de ar fi să cadă cerul*).

²⁸ Platon, *Legi, IX*, apud I. Tanoviceanu, *op. cit.*, vol. I, p. 9.

²⁹ Astfel, în contextul afirmației că acțiunea inevitabilă a retribuției „asupra ființelor care nu sunt încă de tot pervertite, la care corupția n-a atins încă cele din urmă trăsături ale naturii umane, este remușcarea; și remușcarea, în același timp că este o pedeapsă, ne deschide izvorul și speranța reabilitării”, Ad. Franck conchide: „Platon a avut dreptate, când a zis că cea mai mare nenorocire care poate să ajungă pe un om, după ce a făcut răul, este de a nu primi pedeapsa ce o merită” – Ad. Franck, *op. cit.*, p. 14 [Traducerea textului a fost preluată din: T. Pop, *op. cit.*, p. 191 – 192].

Metafizica moravurilor, cunoscut de doctrină sub denumirea: *parabola insulei*³⁰.

Fundamentarea pedepsei în ideea de utilitate (teoriile relative)

Expresie a orientărilor filosofice raționaliste, sociale și umanitare³¹, precum și a tendințelor de impunere a unei delimitări tot mai accentuate între drept și morală, teoriile relative referitoare la pedeapsă au respins ca inutilă, irațională și ilegală concepția potrivit căreia pedeapsa ar reprezenta un scop în sine, a cărui realizare trebuie urmărit indiferent de potențialele sale implicații concrete. Apreciind că problema identificării fundamentului pedepsei impune căutarea răspunsului la întrebarea „*Când trebuie să pedepsim?*”, iar nu la aceea „*Când putem pedepsi?*”³², adepții acestei orientări au afirmat utilitatea drept justificare și măsură a reacției sociale punitive. Astfel, accentul este mutat de pe ideea pedepsei meritate, asupra conceptului de pedeapsă necesară, noțiunile de fundament și finalitate fiind scindate: legitimarea și explicația sensului existenței pedepsei rezidă în imperativul protejării premiselor unei bune funcționări a mecanismului social, iar scopul urmărit prin recurgerea la această sancțiune este modelat astfel încât să servească fundamentului din care derivă, fiind

³⁰ Astfel, după ce afirmă: „Legea penală este un imperativ categoric și vai aceluia ce se strecoară (...) spre a descoperi ceva care (...) l-ar descărca pe vinovat de pedeapsă fie și numai parțial (...) căci atunci când dreptatea dispăre, viața oamenilor pe pământ nu mai are nicio valoare”, filosoful german imaginează următorul scenariu intransigent: „Atunci când societatea civilă ar dispărea prin acordul tuturor membrilor săi (de exemplu, un popor care locuiește pe o insulă ar lua hotărârea să se răspândească în lume), cel din urmă criminal care se află arestat ar trebui să fie executat mai înainte de a se lua hotărârea, pentru ca toți ceilalți să nu devină răspunzători de crima comisă și ca ea să nu cadă asupra poporului, datorită faptului că nu a insistat asupra acestei pedepse: căci ar putea fi părtaș la această încălcare publică a dreptății” – citatele traduse au fost preluate din: Tudor Avrigeanu, *Despre pedeapsa statală și dreptul penal la Immanuel Kant. O pledoarie pentru Kant și contra legendei „justiției absolute”*, pct. I, în revista *Studia Universitatis Babeș – Bolyai*, seria *Iurisprudentia*, nr. 1/2005, (materialul poate fi consultat, în format electronic, la adresa de internet: http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articollid=196#_ftn13).

O prezentare a interpretării majoritare a concepției kantiene asupra pedepsei, indicată drept „retribuționism etic”, cuprinzând și referiri la „exemplul insulei”, poate fi găsită în: C. Rotaru, *op. cit.*, p.85 ș.u.

³¹ C. Rotaru, *op. cit.*, p. 115.

³² *Ibidem*, p. 27.

stabilit drept încercare de prevenire a comiterii unor noi fapte de natură infracțională (care, prin consecințele lor, au aptitudinea de a tulbura echilibrul sistemului de relaționare al comunității umane în cadrul căruia se manifestă). Astfel, din punct de vedere ideologic, pedeapsa își pierde statutul intransigent, dar măgulitor, oferit de teoriile absolute³³, dobândind imaginea unui rău necesar³⁴, a unei manifestări nedorite, nefericite, dar trebuincioase și momentan imposibil de substituit cu o alternativă viabilă mai puțin neconvenabilă.

Exprimată prin adagiul „Punitur non quia peccatum est, sed ne peccetur”³⁵, concepția tinde să impună pedepsei o orientare către viitor³⁶ (actul represiv exercitându-se în ideea influenței pozitive pe care e de presupus că o va avea în direcția limitării ulterioare a comportamentelor similare), opusă orientării sale către trecut (în concordanță cu care pedeapsa urmează a se aplica indiferent de implicațiile pe care le-ar putea

³³ „Decăderea” aceasta reprezintă, de altfel, efectul direct al unei viziuni în care (cel puțin la nivel teoretic, ideologic) însuși ascendentul statal asupra individului este cel care se diminuează, fiind negată îndreptățirea acestuia de a justifica intruziuni majore în sfera libertăților individuale pe motivul aducerii la îndeplinire a unui mandat de realizare a unor idealuri, cum ar fi ideea de justiție și de înfăptuire neabătută a dreptății. Astfel, în doctrina germană s-a opinat în sensul că „Statul nu are nici capacitatea, nici îndreptățirea de a realiza ideea metafizică a dreptății. Voința cetățenilor îl obligă să asigure conviețuirea oamenilor în pace și libertate, iar el are a se limita la exercitarea acestei atribuții. Ideea potrivit căreia s-ar putea compensa ori depăși un rău (infracțiunea) prin infligerea unui alt rău (suferința pedepsei) ține de domeniul credinței, la care statul nu poate obliga pe nimeni din moment ce nu-și mai consideră puterea ca venind de la Dumnezeu, ci de la popor.” [Claus Roxin]; în același sens, s-a afirmat că „...realizarea moralității absolute pe pământ nu este și nici nu poate fi atribuția statului, judecând după scopurile și după mijloacele acestuia.” [Hans Heinrich Jescheck] – T. Avrigeanu, *Despre pedeapsa statală ...*, pct. I.

³⁴ „Represiunea trebuie să vină (...) ca o tristă dar indispensabilă necesitate, convertindu-se la rândul ei (...) în prevențiune.” – V. Dongoroz, în I. Tanoviceanu, *op. cit.*, vol. I, p. 189.

³⁵ Pedeapsa nu trebuie aplicată deoarece s-a comis o faptă rea (o infracțiune, un păcat *latto sensu*), ci pentru ca acest lucru să nu se mai repete în viitor (pentru a nu se „păcătui” de acum înainte) [traducerea noastră].

³⁶ „Ceea ce s-a întâmplat nu se mai poate modifica, nu se poate face neîntâmpat; din această cauză trebuie să ne preocupăm nu de aceea că s-a comis o infracțiune, ci de aceea ca să nu se mai comită în viitor. Adică, dreptul de a pedepsi îl justifică considerațiunile, nu de ordin moral, cum susțin teoriile absolute, ci considerațiunile de ordin utilitar. Dreptul de a pedepsi, pedeapsa, se justifică prin utilitatea sau necesitatea sa.” – T. Pop, *op. cit.*, p. 202.

avea), specifică teoriilor absolute. Astfel, retribuționismul este denunțat ca doctrină caracterizată prin misticism și lipsă de raționalitate empirică³⁷, invocându-se imposibilitatea faptică a compensării, față de organismul social, a răului produs prin infracțiune, printr-un rău echivalent, implicat de pedeapsa la care este supus făptuitorul. Din contra, compensarea infracțiunii fiind irealizabilă, iar evenimentele trecute fiind de neschimbat, utilitariștii legitimează actul pedepsirii prin prisma speranței în beneficiile pe care efectul acestei măsuri de reacție socială le poate determina pentru viitor, prin modificări intervenite fie la nivelul persoanei infractorului, fie la alți potențiali infractori, în folosul liniștii sociale. Astfel, teoriile relative asupra pedepsei nu pretind că aceasta nu ar reprezenta o entitate de esență aflictivă, ci doar că admiterea acestei realități faptice nu presupune automat complacerea într-o ciclicitate fundament / scop de factură retributivă. Se caută orientarea rațională a unei instituții cu manifestare negativă, către atingerea unei finalități pozitive, în vederea satisfacerii unei necesități de ordin obiectiv: protejarea organizării sociale a colectivității umane! În această lumină, aflicțiunea presupusă de pedeapsă este axiologic explicată drept un efect colateral, nedorit, dar necesar pentru atingerea scopului superior afirmat, o implicație care este, așadar, insuficientă pentru a face ilegitimă recurgerea la pedeapsă, ca mecanism de asigurare a controlului social. Practic, aspectele indezirabile ale acestei sancțiuni sunt acceptate de utilitariști drept un preț necesar și acceptabil care se impune a fi plătit în încercarea sinceră de a evita, pe viitor, producerea unui rău superior, iar nu drept o simplă gratuitate cu potențial rol de satisfacere a simțului etic, religios sau vindicativ (deși această componentă psiho-socială de pacificare a reacțiilor pasionale ale victimei sau altor membri ai comunității nu este trecută cu vederea, ci tinde a fi valorificată – în concepții care apar, însă, astfel, ca forme preliminare de trecere către teoriile mixte asupra fundamentului pedepsei – ca una dintre funcțiile

³⁷ „ (...) ideea de retribuție nici nu motivează, nici nu modelează pedeapsa. Acceptarea retribuției ca fundament și scop al pedepsei conduce pur și simplu la un spectacol inutil de răzbunare la care societatea nu are drept (...). Fără un interes justificat al societății și fără un scop adecvat acestui interes, pedeapsa poate fi o plăcere sălbatică, dar nu o unitate interesând dreptul” – V. Dongoroz, în I. Tanoviceanu, *op. cit.*, vol. III, p. 49.

multiple prin intermediul cărora pedeapsa urmează a-și atinge scopul complex³⁸).

În mod tradițional, conceptul unitar de finalitate preventivă a pedepsei, în accepțiunea sa utilitaristă, a fost scindat din rațiuni didactice în două componente, care au fost inegal accentuate în diferite epoci, sisteme particulare de drept ori teorii justificative: prevenția specială (referitoare la persoana celui supus direct efectului pedepsei), respectiv prevenția generală (privind efectul indirect pe care prevederea legală, respectiv aplicarea concretă a pedepsei asupra unor persoane determinate, îl poate produce asupra terților). Totodată, teoriile relative au cunoscut o clasificare determinată de interesele variate în vederea protejării cărora se recurgea la practica punitivă. A existat astfel, în cadrul lor, o orientare *ex parte principis* (care prezenta pedeapsa ca instrument legitim al realizării politicii guvernanților, potrivit unei concepții care suprapunea interesele acestora cu scopurile de stat), precum și o orientare *ex parte populi* (congruentă cu viziunea contractualistă potrivit căreia instrumentele etatice mânuite nemijlocit de guvernanți – implicând, de regulă, restrângeri ale drepturilor fundamentale inerente ființelor umane – sunt justificate prin / și destinate utilizării în interesul întregii colectivități organizate social și numai în limita utilității pe care o prezintă pentru aceasta).

În această din urmă formă de manifestare, doctrina teoriilor relative asupra fundamentului pedepsei pare a se înfățișa drept o concepție compatibilă cu ideea de impunitate³⁹ (precum și cu aceea de reducere a

³⁸ „Deși răul din infracțiune nu se poate compensa cu răul din pedeapsă, nu este mai puțin adevărat că, odată cu aplicarea acesteia, se produce o modificare socială (trastorn social) și agresivitatea victimei poate fi stinsă cu aplicarea pedepsei. În acest înțeles, se poate spune că retribuția, ca efect psiho-social de satisfacere a necesităților sociale de pedepsire, a satisfăcut un prim prag al exigenței empirice.” - C. Rotaru, *op.cit.*, p. 49.

³⁹ Citind opinia unui autor francez – avocatul și academicianul Guy Jean Baptiste Target (1733-1806) – indicat drept „unul din redactorii codicelui penal francez” [este vorba de Codul penal francez din 1810, cunoscut și sub denumirea de „Codul penal Napoleon I’], prof. I. Tanoviceanu reproducea următorul punct de vedere: „Necesitatea pedepsei o face legitimă. Ca un culpabil să sufere, nu aceasta e ultimul scop al legii, dar ca infracțiunile să fie prevenite, iată un lucru de mare importanță.» El [Target – n.n.] adaugă că, dacă nici o infracțiune n-ar mai fi de temut, ultimul infractor n-ar mai trebui pedepsit, căci pedeapsa ar fi o barbarie fără folos.” – I. Tanoviceanu, *op. cit.*, vol. I, p. 50. Se observă, în aceste reflecții,

pedepsei), în relație cu acel tip de situații posibile în care utilitatea socială a actului de pedepsire s-ar anunța inferioară beneficiilor ce ar putea decurge din adoptarea unui comportament contrar. Din moment ce pedeapsa nu mai este admisă drept imperativ categoric, iar explicația recurgerii la dânsa pleacă de la premisa necesității sale, reiese că ori de câte ori această necesitate nu se impune cu evidență, sau atunci când rațiuni superioare justifică o atare soluție, este posibil, acceptabil și chiar indicat să se renunțe la sancțiunea penală.⁴⁰ Însă, cu toate că direcțiile teoretice de gândire

o trimitere directă la proaspăt exprimatul (relativ la vremea respectivă) „exemplu al insulei”, utilizat de Kant în lucrarea *Metafizica moravurilor* (apărută în anul 1797) [supra, nota de subsol nr. 30], idee care este dezavuată, într-un veritabil spirit utilitarist, la modă pentru perioada în cauză, caracterizată prin ascensiunea științifică a naturalismului și empirismului, în detrimentul raționamentelor metafizice, apărute de filosoful german. Continuând trimiterile pe această temă la doctrina străină, profesorul Tanoviceanu afirmă mai departe: „Această idee a fost admisă și de marele penalist italian Romagnosi (1761-1835), care o exprimă astfel: «Dacă după o primă infracțiune, ar exista siguranța că nu va mai supraveni o a doua, societatea n-ar mai avea nici un drept să pedepsească.»” – Ibidem, p. 51.

⁴⁰ „Teoriile retribuționiste au fost criticate, deoarece concep pedeapsa într-un mod ce nu servește la nimic. (...) Ele concep pedeapsa ca pe un răspuns firesc la culpabilitate, dar nu se poate pretinde ca statul să aibă dreptul să pedepsească orice culpă (vinovăție). (...) Nu se spune nimic, așadar, în legătură cu *de ce* este justificat (...) să pedepsești (...) *întrucât, dacă este posibilă conviețuirea fără pedepsirea celor vinovați, ar fi greu de explicat rațional aplicarea pedepsei* [sublinierea noastră].” – C. Rotaru, *op. cit.*, p. 109.

Ideea este exprimată și în doctrina penală română mai veche. Astfel, prefățând reeditarea din 1924 a tratatului de drept și procedură penală a profesorului Tanoviceanu (este vorba de ediția a II-a, reeditată postum, revăzută și completată, în principal, de profesorul Vintilă Dongoroz), fostul președinte al Curții de Apel București, N. C. Schina, face următoarea afirmație: „Transformările din trecut ne dau certitudinea celor viitoare. Mai ales că nu trebuie uitat un lucru, și anume că știința penală de astăzi este în dezacord vădit cu normele pozitive în vigoare, cari în neîntreruptul mers al societății, au pierdut pasul, rămânând cu mult în urmă. Iată, de o parte, știința dreptului penal modern pornind de la ideea, că represiunea își are fundamentul în necesitatea apărării sociale; iată, de cealaltă parte, *legea penală actuală lovind cu sancțiuni și acolo unde nu este pericol pentru societate* [sublinierea noastră]. Iată iarăși, de o parte știința penală care recunoaște că pedeapsa nu poate avea decât un rol subsidiar, datorită Statului modern fiind întâi de a preveni și apoi de a reprimă; iată, de cealaltă parte, norma penală în vigoare, care face din pedeapsă un scop, în timp ce criminalitatea sporește din cauză că societatea nu are grijă de preîntâmpinarea ei” – I. Tanoviceanu, *op. cit.*, p. VII. Din fragmentul reprodus reies cu evidență cei doi termeni ai comparației: știința penală modernă invocată este reprezentată de școala pozitivistă,

anvizajate de explicațiile utilitariste ale pedepsei conțin în esența lor aptitudinea de a fi dezvoltate în sensul unui raționament ca acela de mai sus, ele au fost orientate, de regulă, într-o altă direcție. Astfel, opțiunile conturate de fundamentarea utilitară a sancțiunii punitive au dat expresie unei sistem dihotomic, în care conceptul prevenirii infracțiunilor prin intermediul pedepsirii a fost direcționat fie către finalitatea obținerii maximei bunăstări (siguranțe) a majorității non-delinvente a comunității, fie către asigurarea producerii unei minime suferințe (neplăceri) minorității delinvente, căreia i se aplică nemijlocit măsura de constrângere.⁴¹ Istoria a demonstrat, pentru o substanțială durată de timp, o disproporție vădită a preferințelor legislative către cea dintâi opțiune, îndepărtând astfel manifestările concrete ale teoriilor relative pure de aptitudinea lor abstractă de acreditare a noțiunii de impunitate ca o instituție autonom reglementată a dreptului penal.

Din contra, acuzați de adepții retribuționismului că prin afirmarea determinismului în materie juridico-penală (și - astfel - prin contestarea

deosebit de atractivă și în vogă la acel moment, iar legea penală pozitivă amintită o reprezintă normele pe atunci în vigoare, edictate sub influența ideologică a școlii clasice de drept penal. Cu alte cuvinte, se surprinde o contradicție componentă a opoziției fundamentale dintre justificarea de tip retributiv (absolut) și aceea de concepție utilitaristă (relativă) asupra pedepsei. În acest context, observația depreciativă potrivit căreia „...legea penală actuală lovește cu sancțiuni și acolo unde nu este pericol pentru societate...”, corelată fiind cu sistemul de fundamentare retributivă a lui *jus puniendi*, transmite mesajul că, fiind în opoziție cu acesta, tipul utilitarist de legitimare a pedepsei ar presupune înlăturarea potenței punitive a statului în raport de acele tipuri de comportament care nu ar verifica într-o deosebită măsură aptitudinea de a periclita viața de relație socială.

Considerăm că – indirect – o idee conformă acestei direcții de analiză se poate desprinde și din interpretarea unor pasaje aparținând profesorului Dongoroz, în aceeași lucrare. Astfel, analizând problema referitoare la existența unui drept sau a unei obligații a statului de a pedepsi, autorul afirmă: „Noi credem că dacă se poate vorbi de un drept de a pedepsi, este exagerat a se admite că există datoria de a pedepsi. A pretinde că Statul e dator să pedepsească, înseamnă a-i răpi facultatea de a alege între pedeapsă și un alt mijloc de apărare, care ar fi mai util și mai eficace.” – I. Tanoviceanu, *op. cit.*, p. 14. Evident că dacă se admite această construcție teoretică, reiese implicit că trebuie admisă, uneori, existența unor împrejurări în care s-ar putea explica, formal, recurgerea la pedeapsă, dar în care, totuși, să fie recunoscută și reglementată, ca fiind mai utilă, impunitatea.

⁴¹ L. Ferrajoli, *op. cit.*, p. 331 ș.u.

liberului-arbitru și a reproșabilității morale exprimate formal, de către societate, prin actul stabilirii și aplicării pedepsei), lipsesc statul de posibilitatea de a se apăra de acei care săvârșesc acte neconvenabile, prin recurgerea la sancțiuni severe, unii susținători ai explicației utilitariste a pedepsei au replicat în sensul că tocmai în viziunea lor potențialitatea reactiv - preventivă a societății este integral asigurată, intensitatea măsurilor sporind⁴² proporțional cu pericolozitatea obiectivă a făptuitorului, care nu este limitată, ci uneori chiar potențată de concepția deterministă asupra cauzalității infracționale.⁴³ Astfel, departe de a se angaja pe drumul conturării și dezvoltării teoretice a instituției cauzelor de impunitate, ori de reducere a pedepsei (deși prezentau această potențialitate), teoriile relative au evoluat către atingerea – pe alte căi și cu o motivație distinctă – aceluiași punct pe care îl promovau (în legătură cu subiectul abordat în aceste rânduri) teoriile absolute, anume: aplicarea neabătută a pedepsei (*lato sensu*), ca urmare a săvârșirii unei activități indezirabile social din punct de vedere penal, cu ignorarea principială a posibilității de recurgere la mecanisme de tipul nepedepsirii sau diminuării pedepsei.⁴⁴ Se poate chiar

⁴² I. Tanoviceanu, *op. cit.*, vol. I, p. 146 ș.u.

⁴³ Astfel, prezentând poziția școlii pozitivistice în legătură cu această chestiune, în special prin raportare la opiniile unuia dintre principalii reprezentanți inițiali ai acestui curent criminologic, anume Raffaele Garofalo, profesorul Vintilă Dongoroz afirma: „După școala clasică penală [privită ca o poziție de antiteză față de pozitivism, așadar conexasă sistemului retributiv – n.n.] pedeapsa e cu atât mai mică, cu cât forța impulsivă care lucrează asupra voinței e mai mare și viceversa; aceasta e natural fiindcă școala [clasică – n.n.] întemeiază penalitatea pe liberul arbitru, care e cu atât mai redus cu cât forța impulsivă e mai mare și cu atât mai larg în cazul contrariu. Aceasta însă (...) contrazice în mod vădit interesele apărării sociale, căci tocmai acolo unde forța impulsivă e mai mare, este trebuință de forță avulsivă mai puternică” – V. Dongoroz, în I. Tanoviceanu, *op. cit.*, vol. I, p. 161.

⁴⁴ Astfel, concluzionând în sensul că „... sub punctul de vedere al culpabilității (...) criminalul atroce e nevinovat, pentru că e neresponsabil...”, pozitiviștii au concluzionat că teoria retributivă a școlii clasice „... e periculoasă pentru societate și contrazice în mod vădit interesele apărării sociale...”, dar nicidecum datorită motivului că ar fi prea drastică, ci din contra, pe considerentul că este prea puțin severă! „Deaceia după principiile școlii pozitivistice penale se vor lua măsuri mai energice în contra infractorului născut sau de obicei, fiindcă prezintă mai multă rezistență de a se adapta mediului social, și prin urmare mai mult pericol pentru societate. În rezumat ceiace formează o cauză de atenuare după

afirma că unele expresii ale fundamentării utilitariste a pedepsei au ajuns să depășească în intensitate criteriile retributive de pedepsibilitate⁴⁵, căci, încorporând aptitudinea de a renunța la condiționarea reproșului juridic de reproșul etic preexistent, prezintă pericolul anulării uneia dintre garanțiile fundamentale ale sistemului sancționator penal (anume: culpabilitatea), extinzând posibilitatea recurgerii la reacția de apărare socială prin intermediul sancțiunilor de drept penal și la acele categorii de persoane care fuseseră până atunci exceptate de la aceasta, pe motivul lipsei capacității penale, cum ar fi iresponsabilii, născând totodată posibilitatea unei agravări progresive, excesiv de intruzive și anti-garantiste, a sistemului punitiv⁴⁶, față de orice posibil destinatar al său.

Fundamentarea pedepsei în teoriile eclecticice (sistemul mixt)

Identificabile prin preceptul „Punitur quia peccatum est et ut ne peccetur”⁴⁷, teoriile eclecticice tind să concilieze concepțiile antagoniste anterior formulate asupra fundamentului pedepsei, în încercarea de a muta accentul preocupărilor în materie, de la nivelul unei dezbateri abstracte, preponderent teoretice, înspre un plan mai pragmatic, al realităților concrete, în care excesele ideologice sunt infirmate empiric drept

școala penală clasică, este o circumstanță de agravare pentru școala pozitivistă (...)” - Ibidem, p. 162.

⁴⁵ „... un interes practic considerabil se leagă de concepțiunea deterministă; în afară că scăpăm de numeroasele dificultăți relative la libertatea morală față cu influența cauzelor, școala penală pozitivistă apără mai bine societatea fiindcă ea (...) preconizează pedepse mai aspre.” - Ibidem, p. 160.

⁴⁶ „Întrucât scopurile ce justifică pedeapsa interesează pe non-delinvenți, iar mijloacele (sancțiunile) se aplică delinventului, este posibil ca doctrina prevenției (...) [și în general, doctrina utilitaristă – nota noastră] să poată justifica mijloace disproporționate în comparație cu scopurile urmărite” - C. Rotaru, *op. cit.*, p. 51. În continuare, la p. 123 ș.u., se arată: „Se mai reproșează acestor teorii că prin intermediul lor se poate fundamenta o «teroare statală», din cauza lipsei lor de limite și de criterii privind intervenția penală. Binomul «legitimitate-utilitate» se rezolvă totdeauna în favoarea ultimei și experiența istorică a demonstrat că cele mai mari încălcări de drepturi s-au făcut în numele eficienței și buneii conviețuirii. (...) a insista fără limite în eficiența preventivo-generală ar avea ca rezultat (...) chiar transformarea într-un stat polițienesc”.

⁴⁷ Sensul expresiei reiese din corelarea logică a înțelesului expresiei explicate la nota de subsol nr. 18, cu aceea explicată la nota de subsol nr. 35.

contraproductive, iar soluția optimă apare ca rezultat al căii de mijloc, prin recurgere la conciliere. Acest sistem admite să sacrifice din puritatea filosofică a conceptelor originare⁴⁸ cu care operează (aspect care a constituit principala direcție de critică adusă eclecticismului), în urmărirea dezideratului compatibilizării ideilor valoroase și funcționale introduse de către teoriile preexistente în discuția referitoare la justificarea sancțiunilor penale. Lipsurile ideologice apărute ca o consecință firească a compromisurilor făcute din necesitate, pentru a asigura reușita operației de îmbinare a unor sisteme concepute de pe poziții incongruente, eclecticismul le compensează prin construcția unui sistem funcțional de fundamentare a lui *ius puniedr*⁴⁹.

Teoriile eclecticice au atras o modificare a răspunsului la întrebarea - bine formulată de către doctrina utilitaristă - „*Când trebuie să pedepsim?*”, introducând în răspuns referiri determinate de formularea retributivă a interogației: „*Când putem pedepsi?*”. Astfel, teoriile relative au exprimat în general, față de această dilemă, un răspuns a cărui esență indica justificarea pedepsei prin referire la necesitatea și utilitatea sa, fără manifestarea unor preocupări deosebite în direcția dezvoltării conceptului conturabil prin recurgere la tehnica interpretării *per a contrario*, anume limitarea lui *ius puniendi* față de împrejurările în care practica represiv-preventivă nu s-ar

⁴⁸ „... cât este de puțin simpatic eclecticismul din punct de vedere științific, fiindcă îi lipsește originalitatea, creațiunea, omogenitatea, totuși trebuie bine apreciat din punct de vedere practic, pentru foloasele sale practice. Căci are meritul de a fi găsit, în unele privințe, între exagerările diferitelor teorii, drumul mijlociu, pe care a fost îndrumată cu mult folos știința criminală. Prin indicațiunile eclecticismului, știința criminală a fost scutită de salturi prea exagerate în necunoscut, asigurându-și posibilitatea unei evoluții continue. Sub protecția acestui eclecticism, chiar legislațiuni penale eminentemente clasice (...) au putut îmbrățișa, fără zguduiri și fără denaturarea sistemului lor, idei și instituțiuni susținute de școala pozitivistă” – T. Pop: *op. cit.*, p. 461-462.

⁴⁹ „ [Teoriile eclecticice] s-au născut din concilierea (...) teoriilor absolute și relative. (...) Acesteor idei, elemente, li s-a dat temperanța necesară pentru a putea fi puse de acord. Teoriile eclecticice dau o justă satisfacțiune atât exigențelor justiției, adică considerațiunilor de ordin moral, cât și intereselor societății, adică considerațiunilor de ordin utilitar. (...) Astfel s-a conciliat cerința moralei, de a pedepsi pentru fapta rea comisă, cu necesitatea și utilitatea societății de a pedepsi pentru a nu se mai comite în viitor fapta. (...) Dreptatea cere ca pedeapsa să fie meritată (...). Dar nevoile conservării sociale cer ca pedeapsa să fie necesară și utilă acesteia” – T. Pop, *op. cit.*, p. 221-222.

legitima prin utilitatea sa manifestă. Adoptând o poziție de preîntâmpinare și limitare a practicilor abuzive apte să se contureze ca efect al acestor teorii, eclecticii au greșit pe concepția legitimă a fundamentării utilitariste a pedepsei, garanțiile implicate de viziunea retributivă asupra acesteia. Mesajul transmis de sistemul mixt apare, astfel, ca cel mai compatibil cu ideea că alături de lipsa de legitimitate a recurgerii la pedeapsă în acele categorii de situații în care utilitatea acestei practici nu se impune cu puterea evidenței⁵⁰, exercitarea dreptului statului de a pedepsi poate să apară ca nejustificată chiar și în unele contexte în care actul sancționator prezintă, fără dubiu, aptitudinea de a fi util⁵¹. Este vorba de demontarea criticii principale adresată teoriilor utilitariste, respectiv instrumentarea individului în folosul (uneori strict declarativ) al binelui social. Astfel, pentru verificarea conceptului de pedeapsă legitimă, eclecticii adaugă condiției aptitudinii utile a actului de recurgere la pedeapsă, condiția justeței sale, în sensul în care sancțiunea este meritată de către destinatarul său nemijlocit, ca expresie a reproșului pentru atitudinea sa de liberă nerespectare a exigențelor sociale trasate prin normele de incriminare. Așadar, sistemul mixt tinde să nu admită nici pedepsirea nevinovaților, precum nici pedepsirea celor vinovați peste limita ce decurge din proporționarea pedepsei cu gravitatea faptei săvârșite, cu persoana celui care a comis-o și cu gradul de vinovăție implicată în săvârșirea acelei fapte. Criteriul utilitar se îmbină, astfel, cu cel retributiv, în forme și cu accente variate, cele două

⁵⁰ Postulat care se poate dovedi preponderent formal – declarativ, datorită ipotezei suficient de rar verificabile, prezumția rezonabilă în materie putând fi afirmată drept aceea conform căreia mai întotdeauna se poate identifica un potențial subiect de intimidat prin recurgerea la actul represiv.

⁵¹ În doctrina spaniolă, această idee a fost exprimată prin imaginarea a două niveluri de justificare a pedepsei, unul general și altul concret, insistându-se asupra ideii că, la nivelul concret de justificare, trebuie să se admită faptul că „nu orice pedeapsă ce servește protejării acestor relații sociale este legitimă, justificarea sa depinzând de adaptarea la parametrii de valorizare” (dintre care unul poate fi cel al vinovăției). Într-un sens similar, în doctrina germană s-a arătat că necesitatea (utilitatea) unei pedepse eficiente trebuie să fie, totuși, limitată de „admisibilitatea etică a intervenției” (precum și criteriul adecvării la valorile constituționale), oferindu-se drept exemplu soluția castrării celor găsiți vinovați de comiterea anumitor infracțiuni privitoare la viața sexuală. În acest sens: C. Rotaru, *op. cit.*, p. 71.

limitându-se reciproc⁵²: pedeapsa utilă trebuie să înceteze în momentul în care nu e (sau nu mai e) meritată; pedeapsa meritată trebuie să cedeze dacă nu e (sau dacă nu mai e) utilă!

Eclectismul admite așadar pedeapsa ca instrument instituționalizat de asigurare a ordinii sociale și prezervare a existenței statului (ceea ce consfințește perspectiva de factură utilitară asupra represivității), însă nu exclude din mecanismul punitiv noțiunea de justiție sau conceptul de dreptate, pe care le adoptă sub formă de elemente oportune în legitimarea sistemului penal față de membrii grupului social – pentru care retribuția este intim și inseparabil asociată cu fapta incriminată – integrând, astfel, concepte specifice teoriilor absolute, în viziunea proprie de fundamentare a pedepsei, cu titlu de esență și (parțial) funcții ale acesteia. Altfel spus, din ideea de retribuție este extrasă și utilizată componenta utilă. Or, fără dubiu, apare ca utilă menținerea realizării unui ideal de justiție, printre scopurile organizării sociale etatice, astfel încât conferirea unui substrat retributiv lui *ius puniendi* se poate înfățișa ca folositoare, atât timp cât nu se pierde din vedere faptul că adevărata forță motrice care animă mecanismul punitiv este reprezentată de concepte utilitariste: protejarea și garantarea valorilor sociale de bază, prin asigurarea existenței unui climat de ordine, apt să permită dezvoltarea socială.

Aducerea la îndeplinire în mod reușit, de către teoriile eclectice, a dificilei sarcini de îmbinare coerentă a unor accepțiuni filosofico-juridice eterogene, poate fi explicată cu succes, printre altele, tocmai prin referire la capacitatea de structurare a discursului în corespondență cu principiul

⁵² „Niciodată ceea ce nu este just și niciodată ceea ce nu este util” – T. Pop, *op. cit.*, p. 222. În același sens: „Pedeapsa continuă să existe pentru că este necesară pentru menținerea ordinii sociale. Dar pedeapsa este necesară și, ca atare, justificată, numai în măsura în care este adecvată pentru a îndeplini scopurile cărora le este destinată. Nu orice pedeapsă care ar fi eficientă pentru îndeplinirea unui scop poate fi considerată legitimă. De exemplu, amputarea mâinilor celui ce este surprins furând poate fi o măsură eficientă pentru îndeplinirea scopului pedepsei (...), dar asta nu înseamnă că această pedeapsă este justificată, deoarece nu este necesară pentru menținerea ordinii sociale, care poate fi asigurată și în alte moduri. De aceea, pentru a fundamenta o doctrină adecvată justificării (...) dar și limitării dreptului penal, este nevoie de un alt parametru de utilitate pe lângă cel al maximei bunăstări (fericiri) posibile a non-delinvenților, și anume acela al minimumului rău produs delinvenților.” – C. Rotaru, *op. cit.*, p. 51-52.

metalogic al lui Hume, fiind distinse două planuri de percepție asupra pedepsei: unul abstract, altul concret⁵³.

Ne exprimăm prin aceasta adeziunea la următoarea viziune referitoare la maniera de concepere a lui *jus puniendi*: la nivelul planului abstract, într-o sferă non-empirică de referință, identificăm rațiunile axiologice ale existenței pedepsei, motivația explicativă a utilizării sale de către puterea etatică, adică fundamentul său, corespunzător ideilor esențiale exprimate de către teoriile relative (utilitarism). Astfel, instituția pedepsei există și se menține, în cadrul juridic al statului de tip modern, deoarece este necesară menținerea ordinii sociale, prin intermediul ordinii juridice, ca o condiție indispensabilă pentru prezervarea, perpetuarea și dezvoltarea comunității umane, organizate social în stat. Or pedeapsa constituie un instrument care prezintă aptitudinea de a asigura satisfacerea acestei necesități, prin aceea că manifestă însușirea (prin intermediul a diferite mecanisme, exprimate sub formă de funcții ale pedepsei) de a atinge o finalitate declarată cu titlu de scop axiologic: prevenirea comiterii de noi infracțiuni (acestea reprezentând categoria de manifestări cu potențialul cel mai ridicat de amenințare internă a ordinii, păcii, stabilității și progresului juridic și – implicit – social). În planul alternativ, al realității concrete, însă, pedeapsa se manifestă (potrivit naturii sale intrinseci, determinată de evoluția sa istorică, care evidențiază o transformare lentă cu debut în variate reacții – individuale, sociale, religioase – de tip vindicativ) într-o manieră de factură preponderent aflictiv - retributivă. Astfel, în esența sa definitorie, prin natura sa firească, pedeapsa rămâne un instrument al justiției, care tinde a satisface impulsurile umane de

⁵³ Pericolul unei abordări nediferențiate pe planuri distincte de referință a binomului *fundament – scop al pedepsei* este relevat în doctrină prin valorificarea experienței istorice dobândite ca urmare a analizei mecanismelor care au animat sistemele punitive ale unor regimuri totalitare (de tipul celor întemeiate ideologic în idei caracteristice fascismului, nazismului ori comunismului). Astfel, preluarea neamendată, fără adăugarea niciunui corectiv, în planul concret al politicii penale, a principiului director stabilit pentru pedeapsă la nivelul unui plan ideal de referință, „...ar justifica orice sistem penal, indiferent cât de mare ar fi gradul de represiune. Iar duritatea sistemelor represive ar fi din ce în ce mai mare, pentru că totdeauna existența delictelor ar justifica o astfel de augmentare” – C. Rotaru, *op. cit.*, p. 51.

răzbunare ale victimelor infracțiunilor, precum și sentimentul de dreptate și nevoia de securitate prezente în ansamblul oricărei comunități sociale. Odată fundamentată și acceptată filosofic ca instrument de apărare a păcii sociale, justificată existențial prin intermediul noțiunilor de utilitate, necesitate și prevenție, pedeapsa trebuie lăsată să-și manifeste esența retributivă, pentru ca funcționarea sa firească să poată conduce la dobândirea aptitudinii efective de îndeplinire a scopurilor fixate în abstract. Scindarea planurilor de referință permite estomparea inadvertențelor apărute în procesul compatibilizării teoriilor originare privitoare la *ius puniendi*, realizând dificila sarcină de a oferi satisfacție ambelor doctrine în același timp în care le conciliază. Astfel, fundamentul și scopul pedepsei – ambele entități ce nu pot fi demonstrate empiric, aparținând unei opțiuni de tip filosofic – sunt construite pe baze utilitariste, în timp ce ideea absolută a pedepsei juste, echitabile, personale și proporționale cu gravitatea faptei și pericolozitatea infractorului este preluată de planul realității palpabile, retribuția fiind apreciată ca dimensiune esențială, ireductibilă, a represiunii penale.⁵⁴ Mai plastic și sintetic exprimat: „Judecătorul și legislatorul privesc distinct – unul spre trecut, altul spre viitor. Justificarea pe care o face judecătorul sună a retribuționism, justificarea pe care o face legiuitorul sună a punct de vedere utilitarist”⁵⁵.

Temperând viziunea intransigentă a retribuționismului, precum și pragmatismul utilitarist, conferind pedepsei o justificare și un țel mai acceptabile, din punct de vedere axiologic, în raport de standardele contemporane ale justiției telurice, potrivit cărora nu mai este acceptabilă afirmarea caracterului rezonabil al sacrificării atributelor esențiale ale unei ființe umane pe altarul conceptului de dreptate, ori de utilitate / apărare socială, decât în măsura în care un atare act ar fi impus de necesități obiectiv superioare, iar recurgerea la măsura de coerciție ar fi individual

⁵⁴ Jeronimo Betegon, *La justificación del castigo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 216-218, apud. C. Rotaru, *op. cit.*, p. 50, 46.

⁵⁵ J. Rawls, *Two concepts of rules*, în *The Philosophical Review*, 64 (1955): 3 – 32, material consultat în format electronic, la adresa de internet:

<http://www.ditext.com/rawls/rules.html> [traducerea în limba română este preluată din: C. Rotaru, *op. cit.*, p. 46, unde textul a fost tradus din varianta sa spaniolă, cuprinsă în: J. Betegon, *op. cit.*, p. 216].

justificată drept consecință echitabilă a conduitei adoptate anterior de către individ⁵⁶, sistemul eclectic se înfățișează ca doctrină aptă în cea mai înaltă măsură să permită dezvoltarea unei teorii a instituțiilor cauzelor de impunitate, respectiv de reducere a pedepsei. În cadrul sistemelor de drept care pot fi considerate ca reglementând materia juridico - penală într-o manieră consubstanțială cu această orientare teoretică trebuie, așadar, căutate, în special, expresii și caracteristici ale acestor entități juridice.

În perioada contemporană nu încapă îndoială⁵⁷ că sistemul mixt reprezintă opțiunea preponderentă a organelor legiuitoare, fiind apt să asigure justificarea dreptului statului de a pedepsi atât în asentiment cu tipurile de legitimare de ordin politico-statal, cât și cu cele de factură psihologică, lăsând totodată deschisă posibilitatea acceptării pedepsei, de către unii infractori, ca entitate legitimată prin dimensiunea sa individual-

⁵⁶ „Menținerea societății și apărarea valorilor sociale nu pot fi obținute cu orice preț; de aceea pedeapsa nu poate fi redusă la o constrângere în sine, nelimitată decât de interesul apărării sociale și nesusceptibilă de a fi subordonată dreptului. (...) nu toate mijloacele de conservare a societății sunt legitime (...) scopul nu scuză mijloacele. Conservarea societății nu poate fi asigurată decât printr-o pedeapsă justă, care să fie aplicată exclusiv făptuitorului și numai dacă acesta a meritat pedeapsa. (...) dacă societatea nu poate să se apere decât prin injustiție, ea n-are nici un motiv să existe; fără justiție societatea n-are nici un preț” - George Antoniu, *Contribuții la studiul esenței, scopului și funcțiilor pedepsei*, în *Revista de Drept Penal*, nr. 2/1998, p. 9, 10 (o parte din fragmentul reprodus este reprezentată de afirmațiile ilustrului penalist francez Louis Proal, exprimate în lucrarea *La crime et la peine*, Paris, 1911, p. 396-399, pe care profesorul Antoniu îl citează în articolul indicat).

⁵⁷ Apariția unor revirimente, uneori puternice (semnalate de către literatura de specialitate), ale doctrinelor (aparent) originare, nu considerăm a fi de natură a contrazice afirmația emisă, deoarece, în majoritatea cazurilor, este vorba despre expresii reformate ale teoriilor absolute sau relative, care includ amendamente ce temperează viziunile inițiale, ajustări provenind adeseori din adaptarea unor componente integrante ale sistemului declarat a fi în opoziție. Astfel, de regulă, asemenea „revirimente” mențin, de fapt, discursul, în dimensiunea eclectică de referință, re poziționând însă accentul pe substratul retributiv, sau, din contra, utilitarist, al sistemului conceptual, ceea ce nu reprezintă în esență (ci, eventual, doar în formă) o noutate pentru structura teoriilor mixte. În acest sens, a se vedea, de exemplu, concluzia ce se poate extrage din prezentarea noilor concepții retributive, moderne (puternic amendate cu elemente de sorginte originar utilitaristă), în: G. Antoniu, *op. cit.*, p. 12 ș.u.

etică (ispășirea).⁵⁸ Cu alte cuvinte, sistemul eclectic oferă cea mai largă paletă de fundamentări posibile acestei instituții aflictive, la care societatea umană nu poate renunța – chiar dacă s-ar dori aceasta – atât timp cât nu este identificată o alternativă funcțională mai puțin intruzivă, care să i se substituie în mod efectiv, cu măcar aceeași rată de succes.

Se pune însă problema unei metode de identificare clară a ideologiei justificative de pedeapsă caracteristice fiecărei etape legislative penale, astfel încât să poată fi izolate, de-a lungul evoluției lor istorice, acele sisteme întemeiate pe teorii retributive pure, respectiv pe teorii utilitariste clasice (care, după cum s-a evidențiat deja, nu se constituie în medii prielnice pentru dezvoltarea instituției cauzelor de impunitate, nici – în subsidiar – a celor de atenuare a pedepsei), permițând astfel focalizarea studiului asupra legislațiilor fundamentate pe teoriile eclecticice, unde noțiunile de nepedepsire, respectiv reducere a pedepsei, cunosc aptitudinea deplină a potențialei lor dezvoltări. Or, acest demers nu pare a se anunța deosebit de fructuos, deoarece în majoritatea cazurilor, soluțiile dreptului pozitiv au manifestat o rețineră instinctivă față de preceptele radicale ale construcțiilor teoretice pure, cel puțin în domeniul sistemelor de fundamentare a pedepsei. Mai mult chiar, însăși formele originare ale teoriilor înfățișate reprezintă, sub multiple aspecte, rezultatul sintezelor moderne între diverse idei aparținând unor sisteme individuale de gândire a

⁵⁸ Este vorba despre cele trei dimensiuni posibile sub care este posibilă înfățișarea discursului referitor la justificarea pedepsei, expuse de autorul anterior indicat, astfel: „Prin aplicarea pedepsei statul își exercită autoritatea sa suverană, își exprimă voința de a nu lăsa nesancționată încălcarea ordinii de drept, ordine care condiționează menținerea ordinii sociale în ansamblul ei și, în final, asigură ocrotirea eficientă a valorilor sociale fundamentale. Alături de această **justificare de ordin politico-statal** (...), pedeapsa a mai fost justificată și prin argumente de natură **psihologică**, în sensul că ea dă satisfacție nevoii oamenilor de justiție, conviețuirea pașnică a oamenilor nu ar fi posibilă dacă statul s-ar limita numai să apere pe oameni împotriva infracțiunilor, fără să ia măsuri împotriva făptuitorilor, lăsând, de pildă, pe infractori să rămână mai departe nepedepsiți, în rândul concetățenilor lor. O asemenea atitudine ar alimenta dorința oamenilor de a-și face singuri dreptate, ar stimula linșajul și justiția privată. În sfârșit, pedeapsa apare și ca o cerință **individual-etică**, răspunde dorinței condamnatului de a se elibera prin pedeapsă de remușcări și de a se împăca cu ceilalți membri ai societății (...) pedeapsă ca «medicament al sufletului» [sublinierile ne aparțin]. – Ibidem, p. 11.

unor filosofi sau juriști iluștri, care, în ansamblul operelor create, au exprimat, însă, și opinii care pot fi astfel interpretate încât să ajungă a fi revendicate de susținătorii unui alt sistem decât acela ai căror exponenți de vază sunt indicați a fi, inițial.⁵⁹ În aceste condiții, existența unor sisteme legislative istorice care să redea puritatea teoretică a teoriilor absolute, respectiv relative, în legătură cu *jus puniendi*, este adesea o utopie, studiul

⁵⁹ Astfel, deși una dintre expresiile cele mai cunoscute sub care este exprimată concepția retributivă clasică (anume: *punitur quia peccatum est*) este legată de numele lui Seneca, acesta este apreciat, de regulă, ca un distins reprezentant al concepției utilitariste asupra pedepsei – în acest sens (printre alții): I. Tanoviceanu, *op. cit.*, vol. I, p. 44 ș.u. În unele surse, Platon este indicat ca un adept (ba chiar un dezvoltător) al sistemului utilitar – Ibidem, p. 43. În mod contradictoriu, se indică, însă (uneori în cadrul aceleiași surse), opera sa ca sursă în care se regăsește ideea justiției absolute (apreciată, astăzi, drept formă de exprimare componentă a sistemului retributiv) – Ibidem, p. 55. Chiar Kant, în general apreciat ca adept al retribuționismului (în forma sa etică), privit ca „părinte al sistemului justiției absolute”, a ajuns (potrivit unor studii de dată relativ recentă) să fie considerat autorul unei concepții filosofice despre pedeapsă de care „așa-numita «teorie absolută» este cu desăvârșire străină” („...este vorba de nimic altceva decât de transmiterea complet necritică a unei *legende* despre gândirea lui Kant despre pedeapsă...”), „Atât de străină chiar, încât există deja autori care, în urma unor *analize exegetice respectabile*, înclină balanța către o altă extremă: încadrarea lui Kant printre susținătorii teoriilor «relative», sacrificând prin aceasta clarificarea tocmai a problemei dreptății pedepsei” – T. Avrigeanu, *Despre pedeapsa statală* ... (prezentarea structurii articolului) [indentările din text nu ne aparțin]. Grăitoare este și următoarea observație: „(...) în « lupta școlilor », apărători fermi ai orientării clasice, ca Naler și Beling, au susținut principii mixte, iar «teoria mixtă» creată de von Liszt a fost calificată drept teorie relativă” (!) – C. Rotaru, *op. cit.*, p. 174, nota de subsol nr. 9. Extinzând sfera de apreciere, este posibil să identificăm tipologii care ar putea fi dezvoltate armonios împreună în cadrul unor teorii care aparent, se identifică prin adeziunea la sisteme opuse. Astfel, „teoria avantajului injust”, admisă ca formă particulară de manifestare a teoriilor retributive actuale (pentru prezentarea acesteia, a se vedea: C. Rotaru, *op. cit.*, p. 104, 105), poate fi dezvoltată în relație cu direcția de gândire care dezbate conceptul utilitarist de „prevenție generală pozitivă” (Ibidem, p. 128 ș.u.), căci anihilarea avantajului injust obținut prin comiterea infracțiunii, ca urmare a supunerii la executarea pedepsei, care acționează ca un dezavantaj compensatoriu, reprezintă elementul dinamizant al mecanismului de afirmare a dreptului, fortificând convingerile juridice fundamentale și conștiința socială a normei, printr-o atitudine de respect față de drept și de dezaprobare juridică a delictelor, precum și prin satisfacerea sentimentului de justiție al comunității. Desigur, exemplele ar putea continua, cenzurate fiind doar de limitele rezonabile presupuse de cadrul lor actual de expunere.

surselor⁶⁰ demonstrând cel mai adesea că în practica dreptului au fost de obicei cunoscute ambele tipuri de justificări ale pedepsei, desigur, cu fluctuații referitoare la accentuarea temporară mai pregnantă a uneia, în detrimentul celeilalte.⁶¹ S-a arătat chiar că însăși reacția instinctuală, naturală, de răzbunare (acceptată, în general, ca sursă a evoluției ulterioare a teoriilor retributive), „... se prezintă ca o reacțiune nu numai pur represivă, ci și preventivă, fiindcă lezatul, avea în vedere și asigurarea sa pe viitor în contra unor noi agresiuni din partea agresorului”⁶² (inițial); or, atitudinea preventivă, care se îngrijește de asigurarea securității viitoare, constituie o marcă definitorie a preocupărilor utilitariste. Ca atare, sub forme incipiente, instituții legate – *latto sensu* – de ceea ce azi cunoaștem și dezvoltăm sub denumirea de cauze de impunitate, respectiv de reducere a pedepsei, ar putea fi identificate chiar și în unele dintre cele mai vechi dintre sursele juridice cunoscute până astăzi.

Ceea ce este specific, însă, etapelor legislative din trecutul istoric (în general), este acea lipsă de riguroasă sistematizare, de meticuloasă delimitare internă, între diferite instituții care prezintă semnificative similitudini, dar care necesită și recunoașterea unor distincții fondate pe anumite particularități care, deși uneori pot fi sensibile, de nuanță, nu sunt

⁶⁰ De pildă, profesorul Tanoviceanu, după ce indică răzbunarea (și în special talionul, expresie a pedepsei fundamentată retributiv), ca reglementare specifică legislației antice evreiești (I. Tanoviceanu, *op. cit.*, vol. I, p. 34), arată despre sistemul utilitar că „în legea mosaică el se găsește alături de vechiul sistem al răzbunării” (Ibidem, p. 42). De asemenea, ulterior indicării că „Același sistem al talionului îl găsim la Greci și la Romani, în vechiul drept” (Ibidem, p. 34), autorul expune sistemul utilitar, afirmând: „Însă dezvoltarea acestui sistem o găsim mai cu seamă la Greci și la Romani” (Ibidem, p. 43). Astfel, de numele lui Ulpian se leagă atât expresia retributivă „poena este noxae vindicta” (Ibidem, p. 35), cât și aprecierea că „jurisconsultii sunt numiți sacerdoți, fiindcă ei cultivă justiția și lucrează să facă pe oameni mai buni prin recompense și *metu poenarum*”, adică de teama pedepsei [traducerea noastră], ceea ce relaționează cu noțiunea utilitară de prevenție, după caz, specială sau generală (Ibidem., p. 46).

⁶¹ „Formele de represiune (...) au apărut rând pe rând, fără însă ca să se excludă imediat unele pe altele. Fiecare formă nouă s-a suprapus formei anterioare, coexistând câtva timp. Legiuirile din antichitate ne arată că, această coexistență a formelor de represiune a fost un fenomen comun tuturor colectivităților umane. Durata acestei coexistențe a variat de la popor la popor” – V. Dongoroz, *op. cit.*, p. 41.

⁶² T. Pop, *op. cit.*, p. 235.

deloc mai puțin importante și nu suportă ignorare. Fenomen de altfel natural, evolutiv, prezent nu mai puțin în domeniul juridic decât în alte sfere de manifestare a spațiului existenței umane, progresul atras de observarea critică a mecanismelor și legităților conform cărora funcționează diversele instituții sau entități, perfecționarea inerentă consecventă acestui studiu, conduce la generalizări, pe de o parte, dar și la particularizări, delimitări, separări și specializări între fenomene inițial nescindate și tratate generic, în comun, fără aplecare asupra detaliilor care le imprimă totuși un specific de netăgăduit și care justifică – impun chiar – astfel, abordarea lor separată și tratarea într-o manieră corespunzătoare specificului individual pe care îl manifestă.⁶³ Astfel considerăm că trebuie înțeleasă sublinierea din

⁶³ În acest sens: R. Garraud, *op. cit.*, vol. I, p. 103, 104. Autorul subliniază acest proces, încă de la stadiile istorice care au presupus separarea legislației penale de cea civilă, continuând observarea procesului de sistematizare cu apariția normelor penale generale, care grupează elemente comune, anterior reglementate separat, în considerarea unor ipoteze particulare. Credem că este reprezentativă pentru această constatare, o apreciere pornită de la analiza formelor de manifestare ale delictului numit *injuria* în dreptul roman: „În legea celor XII Table existau sancțiuni privitoare la injurie, dar, *ca în oricare legislațiune primitivă, aceste dispozițiuni nu erau grupate la un loc și nu prevedeau delictul în mod general; din potrivă, diferite cazuri izolate erau pedepsite separat, fără a se prescrie un criteriu invariabil*” [sublinierea noastră] - Constantin Stoicescu, *Curs elementar de drept roman*, Editura tipografiei „Curierul Judiciar”, București, 1923, p. 247.

Apreciem că în continuarea acestui stadiu esențial, dar încă incipient, de progres, urmează etapele indicate mai sus, anume sistematizarea normelor generale, prin detașarea unor ipoteze inițial reglementate nediferențiat, dar care în realitate exprimau particularități pregnante, ce le îndrituiau la autonomie legislativă. Un exemplu evocator poate fi identificat nu mai departe decât în sistematizarea părții generale a Codului penal român din 1936 (zis „Cod penal Carol al II-lea”), unde instituțiile cauzelor de excludere a infracțiunii, respectiv de înlăturare a răspunderii penale, erau reglementate la un loc (în Titlul VII, denumit generic „Cauzele care apără de răspundere penală sau o micșorează”), confuzii referitoare la corecta lor natură juridică (aprecierile au în vedere, bineînțeles, actualul stadiu de dezvoltare a științei dreptului) fiind operate inclusiv în redactarea particulară a unora dintre acestea (de pildă, în timp ce, în mod corect, în cazul stării de necesitate - art. 131 - ori al legitimei apărări - art. 132 - se prevede că „nu se socotește infracțiune faptul”, în cazul altor instituții care, de asemenea, înlăturau trăsături esențiale ale infracțiunii, excluzând-o, așadar – e cazul alienației mintale [art. 128], ori al beției [art. 129], sau al constrângerii morale [art. 130], ori al celei fizice [art. 133] etc. – se foloseau expresii cum ar fi: „nu răspunde de infracțiune”, ori „acela care a săvârșit o infracțiune în stare de (...) este apărât de răspundere”, care

rândurile de mai sus, referitoare la înțelesul larg sub care trebuie abordată cercetarea de factură istorică a cauzelor de nepedepsire și a celor de reducere a pedepsei, în legislațiile aparținând unor alte epoci. Stadiul incipient al dezvoltării științei dreptului penal din perioadele respective nu permitea configurarea, înțelegerea, reglementarea și interpretarea multor instituții juridice – instituite astăzi drept entități autonome – decât într-o manieră nedistinctă și nespecifică. Cu admiterea și respectarea acestei realități irefutabile, drept premisă, trebuie așadar să debuteze studiul unor instituții până nu demult (la scară istorică, raportându-ne) tratate și reglementate nediferențiat alături de cauze de care ulterior s-au departajat (proces încă pendinte), cum ar fi: cauzele care exclud infracțiunea, cauzele care înlătură răspunderea penală ori cele care înlătură executarea pedepsei. De aceea, în abordarea istorică a evoluției cauzelor de impunitate, înțelegem să admitem referiri (corespunzător stadiul de evoluție și concepției specifice fiecărei etape particulare), până la punctul de la care a fost afirmată separarea lor ca instituții deosebite, atât la ceea ce admitem astăzi a fi cauze de nepedepsire propriu-zise, cât și la ceea ce – *latto sensu* – s-a apreciat de-a lungul timpului a fi parte integrantă a noțiunii de „impunitate”: cauze de excludere a infracțiunii; imunități determinate de aplicarea legii penale în raport de coordonatele la care se raportează aceasta (timp, spațiu, persoane); cauze de înlăturare a răspunderii penale. Insistăm asupra imperativului de a accepta o asemenea extindere a sferei de cuprindere a instituției impunității doar în raport de dimensiunea demersului de cercetare istorică⁶⁴ a fenomenului, nicidecum în corelație cu

transmiteau, în mod eronat, mesajul unei naturi juridice distincte a acestor cauze, față de primele indicate).

⁶⁴ Apreciem potrivit să invocăm, în acest loc, vorbele profesorului și academicianului Vasile Pârvan, pe care le considerăm – *mutatis mutandis* – relevante și pentru exprimarea sintetică a argumentației de mai sus, referitoare la dimensiunea juridico – istorică a fenomenului impunității: „Cunoștința vieții sufletești actuale, nu în forma ei, ci în spiritul ei, se poate dobândi plecând de la originile daco-romane; noi continuăm azi gânduri născute în mintea străbunilor noștri; unele idei lor le erau neclare, nouă ni s-au lămurit” [sublinierea noastră] – Vasile Pârvan, *Scrieri*, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1981, p. 570, apud. Emil Cernea, *Legea Țării (vechiul drept consuetudinar român)*, Ed. Universul Juridic, București, 2008, p. 19.

stadiul actual de dezvoltare a științei dreptului penal, în care considerăm că entitatea în discuție a ajuns să fie definitiv delimitată de instituția cauzelor care afectează însăși existența instituției fundamentale a infracțiunii, precum și de instituția cauzelor de înlăturare a executării pedepsei, considerând, totodată, că ea se află înscrisă încă într-un proces activ de delimitare față de instituția cauzelor de înlăturare a răspunderii penale.