DOI: https://www.doi.org/10.31178/AUBD-FJ.2022.1.08

Forum Juridic nr. 1 / 2022

ANALELE UNIVERSITĂȚII DIN BUCUREȘTI - SERIA DREPT

Ineficiența soluției lui Rawls din *Two concepts of rules* în contextul judiciar românesc

Drd. Bogdan Emil Gubici
Facultatea de Filosofie, Universitatea din București

Rezumat: *Lucrarea de față își propune să păstreze deschisă discuția cu privire la necesitatea formulării unei teorii care să seteze linii directoare pentru exercitarea justă a discreției judecătorilor aplicabile în demersul individualizării pedepselor. Pentru a îndeplini acest obiectiv, se expune esența lucrării lui John Rawls, Two concepts of rules, în care autorul prezintă pe scurt criticile aduse justificării pedepsei în temeiul teoriilor utilitariste de către adepții teoriilor retributive, în special cu privire la problema pedepsirii persoanelor nevinovate, apoi propune o soluție pentru rezolvarea acestora. Soluția sa, formulată de asemenea natură încât să devină aplicabilă general, este analizată în contextul judiciar românesc prin raportare la un caz ipotetic, urmărindu-se demonstrarea faptului că demersul lui Rawls, deși legitim, este insuficient, iar problemele justificării utilitariste a pedepsei rămân valabile cel puțin în parte.*

Cuvinte cheie: *retributivism, utilitarism, Two concepts of rules, Rawls, pedeapsă, discreție judiciară.*

The inefficiency of Rawls' solution from Two concepts of rules in the Romanian judicial context

Abstract: *This paper aims to keep open the discussion on the need to formulate a theory that sets guidelines for the fair exercise of the discretion of judges applicable to the individualization of sentences. To achieve this goal, the essence of John Rawls's work, Two concepts of rules, is presented, in which the author briefly presents the criticisms of the justification of punishment based on utilitarian theories, formulated by the proponents of retributive theories, especially on the issue of punishing innocent people, then offers a solution to solve them. Its solution, formulated in such a way as to become generally applicable, is analyzed in the Romanian judicial context by reference to a hypothetical case, aiming to demonstrate that Rawls' approach, although legitimate, is insufficient and the problems of an utilitarian justification of punishment remain valid at least in part.*

Key words: *retributivism, utilitarianism, Two concepts of rules, Rawls, punishment, judicial discretion.*

INTRODUCERE

În secolul al XVII-lea Dumont aducea critici față de atenția redusă adusă filozofiei de către penaliști și arăta că cei mai de seamă sunt cei care memorează multe legi, dispoziții, hotărâri și lucrări doctrinare care sunt citate fără o profundă înțelegere[1]. În secolul al XX-lea Ion Tanoviceanu considera că se face prea multă filozofie penală, iar aceasta joacă un rol prea mare, încât știința propriu-zisă a textelor a slăbit[2]. Ciclicitatea specifică naturii în general dar și a celei umane în special s-a manifestat în ritmul său obișnuit inclusiv în dreptul penal, încât în prezent am putea considera că ne aflăm din nou într-o epocă în care filozofia penală nu este prioritară, deși ea poate fi de un real folos practic.

Forma și fondul politicilor penale din prezent sunt construite pe curente de gândire care au contribuit la formarea acestora strat cu strat vreme de mai multe secole, însă puține discuții mai au loc despre aceste curente și felul în care acestea se manifestă încă și pot produce efecte acolo unde legea nu reglementează. Dacă însă readucem în discuție ideile filozofice care au conceput dreptul penal așa cum îl știm astăzi, atunci putem observa că în ceea ce privește problema justificării pedepsei în societate discuțiile tind să se concentreze în aria retributivismului și a utilitarismului, iar fiecare dintre cele două teorii aduce critici valide celeilalte teorii.

În tratatul de drept penal al lui Vintilă Dongoroz[3] acesta prezenta teoriile retributive și teoriile utilitariste și arăta consecințele acestora și efectele pe care le au în reglementarea normelor legale. Concluzia autorului era că reacția față de fenomenul criminalității trebuie să fie una combinată sau mixtă, ce include atât rațiuni utilitariste cât și rațiuni retributive întrucât niciuna dintre cele două nu este suficientă dacă este aplicată în exclusivitate.

Această idee de combinare a teoriilor a căpătat multe forme ce au conceptualizat teoriile mixte despre pedeapsă, însă nu există o acceptare unanimă a uneia dintre ele, astfel încât discuțiile despre o teorie care poate justifica deplin pedeapsa rămâne deschisă.

Una dintre aceste teorii a fost expusă în 1955 de către Rawls care încearcă în lucrarea *Two concepts of rules* să concilieze cele două tabere prin justificarea aplicării fiecăreia dintre cele două teorii raportat la momentul aplicării și în funcție de autoritatea care are atribuții să o aplice. Intenția lui este legitimă și pare că acesta găsește un răspuns, însă demersul său se oprește prea devreme și lasă, în fapt, problema nerezolvată. Pentru a arăta de ce problema rămâne fără soluție vom analiza întâi în esență teoria lui Rawls din lucrarea amintită și o vom aplica la contextul judiciar românesc de astăzi. Vom face o analiză concretă a unui caz ipotetic și vom arăta că teoria propusă de autor nu este suficientă, iar problema incompatibilităților celor două teorii subzistă.

Scopul imediat al acestei lucrări este de a analiza una dintre celebrele teorii mixte despre pedeapsă față de dreptul penal român pentru a o exclude de la considerarea ca fiind teoria potrivită să justifice pedeapsa cel puțin conform reglementării statului nostru. Odată îndeplinit acest demers se poate tinde către scopul mediat de a descoperi o soluție a îmbinării potrivite a celor două teorii, care să rămână un obiectiv valabil, dar pentru care aria de cercetare să devină mai restrânsă. În definitiv finalitatea este de a găsi instrumentele

[1] *Dumont*, Lois criminelles, p. 25 *apud I. Tanoviceanu* ș.a., Tratat de Drept și Procedură Penală, vol. I, ed. a 2-a, Ed. Curierul Judiciar, București, 1924, pp. 26-27.
[2] *I. Tanoviceanu ș.a*., op.cit., p. 27.
[3] *V. Dongoroz,* Drept Penal, (reeditarea ediției din 1939), Ed. Societăţii Tempus şi Asociaţia Română de Ştiinţe Penale, pp. 466-467.

potrivite în vederea justificării pedepsei însă nu pentru a modela politica penală curentă sau pentru a aduce schimbări acesteia, ci pentru a completa ceea ce legea reglementează insuficient, respectiv pentru a contribui la procesul de individualizare a pedepsei care este reglementat sumar în art. 74 din Codul penal și care lasă o marjă largă de apreciere judecătorilor în lipsa unor repere etice concrete.

EXPUNEREA TEORIEI LUI RAWLS

Retributiviștii apreciază că nicio persoană nu poate fi pedepsită dacă aceasta nu se face vinovată de încălcarea legii și critică teoriile utilitariste pentru că printr-o interpretare *reductio ad absurdum* pot ajunge să permită pedepsirea celor nevinovați atunci când acest lucru este în beneficiul societății[4]. Un exemplu[5] dat de E.F. Carritt pentru o asemenea situație este acesta: dacă o infracțiune gravă ar fi săvârșită des, iar autorii acestor fapte nu ar fi găsiți, ar fi oportun ca o persoană nevinovată să fie trasă la răspundere pentru aceste fapte, dacă s-ar găsi o modalitate ca societatea să fie convinsă că persoana sancționată este autorul real al acelor fapte. Este adevărat că acesta nu este exemplul ideal pentru condițiile teoriei utilitariste privind pedeapsa pentru că persoana sancționată nu ar putea fi descurajată să săvârșească astfel de fapte la fel ca autorul real al infracțiunilor întrucât aceasta nu a săvârșit, de la bun început, acea faptă. Cu toate acestea, pedepsirea acestei persoane nevinovate ar fi descurajatoare pentru ceilalți membrii ai societății și, în consecință, ar conduce la un beneficiu mai mare pentru societate față de ipoteza în care autorul real al infracțiunilor nu este găsit și nimeni nu este sancționat pentru săvârșirea infracțiunilor.

Adepții teoriei retributive consideră că teoria utilitaristă nu prevede limite care să împiedice aceste situații în care pedepsirea ar fi nejustificată și apreciază că pentru aceste motive întreaga justificare a pedepsei în temeiul utilitarismului trebuie abandonată. Maxima utilitaristă nu ar trebui să fie doar: ,,acționează astfel încât să determini îndeplinirea celui mai mare beneficiu posibil pentru societate'', ci ar trebui să prevadă: ,,acționează astfel încât să aduci cel mai mare beneficiu societății cu condiția ca drepturile niciunei persoane să nu fie încălcate"[6].

Este clar că atât adepții teoriei retributive care justifică pedeapsa în temeiul principiului pedepsirii doar a persoanelor vinovate, care se reflectă în dreptul penal român prin instituirea principiului de drept penal al caracterului personal al răspunderii penale[7], sunt împotriva unei politici penale care să permită pedepsirea persoanelor vinovate. De asemenea, în egală măsură, Rawls este împotriva unei asemenea consecințe ce ar putea deriva dintr-o interpretare extremă a teoriilor utilitariste[8], astfel că propune o soluție de interpretare a acestor teorii încât utilitarismul să nu fie abandonat complet, ci să fie aplicat de asemenea manieră încât să nu permită pedepsirea nevinovaților.

[4] *J. Rawls,* Two concepts of Rules, The Philosophical Review, 1955, vol. 64, nr. 1, p. 8.
[5] *E.F. Carritt,* Ethical and Political Thining, Clarendon Press, Oxford, 1947, p. 65, apud *J. Rawls*, op.cit., p. 10.
[6] *J. Rawls*, op.cit., p. 9.
[7] Pentru mai multe detalii despre acest principiu a se vedea *F. Streteanu, D. Nițu,* Drept penal. Partea generală, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 56-57.
[8] Un asemenea înțeles ar putea fi dedus dintr-o interpetare per a contrario a condiției temeiniciei pedepsei expusă de *J. Bentham* în An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, 1781, Ed. Kitchener: Batoche Books, 2000, p. 134.

Față de exemplul lui Carritt, Rawls apreciază că nu se face diferența între situația în care *sistemul de drept* format din instituții are la bază teoria utilitaristă și cazul în care *aplicarea efectivă* de către judecători are la bază teoria utilitaristă și consideră că dacă teoria utilitaristă ar fi aplicată pentru crearea instituțiilor de drept, atunci șansele ca această teorie să justifice pedepsirea unor persoane nevinovate ar fi mult mai mici. Exemplul pe care Carritt îl oferă este plauzibil numai atunci când aplicarea în concret a legii de către judecători s-ar întemeia pe teoria utilitaristă, iar aceștia ar avea posibilitatea de a decide liber cum să sancționeze infractorii în baza principiilor utilitariste[9].

Însă atunci când un inculpat este sancționat pentru săvârșirea unei infracțiuni, judecătorul trebuie să privească înapoi la fapta săvârșită, să încadreze juridic fapta și să aplice astfel pedeapsa prevăzută de lege. În consecință, atunci când reglementează norme, legiuitorul privește în viitor și are în vedere interesele societății, iar judecătorul privește la fapta săvârșită în trecut. Față de această observație autorul susține că rolul judecătorului are la bază retributivismul, iar rolul legiuitorului are la bază utilitarismul. Atât legiuitorul, cât și puterea judecătorească sunt elemente ale unui întreg, însă își păstrează caracteristicile diferite. În măsura în care legiuitorul reglementează faptele care reprezintă infracțiuni și pedepsele aplicabile pentru acestea, puterea judecătorească are rolul de a respecta aceste reguli, aplicându-le în mod automat la cazuri particulare. Drept urmare, cele două teorii, cea retributivă și cea utilitaristă se armonizează temporal, fiecare fiind aplicată la momentul potrivit și prin instituția potrivită[10].

Ulterior expunerii problemei, autorul prezintă două teorii despre conceperea unei reguli cu scopul de a găsi o soluție astfel încât pedepsirea nevinovaților să nu fie posibilă, această consecință nefiind un deziderat. Pe una dintre acestea o numește ,,*the summary view*" (teoria esenței), iar pe cealaltă ,,*the practice conception*" (teoria normei care precedă practica).

Potrivit teoriei esenței, atunci când o persoană are de luat o decizie, aceasta aplică principiile utilitariste la cazul particular pe care îl analizează și decide corespunzător. Același proces este urmat și de alte persoane aflate în aceeași poziție, care vor decide similar în situații similare. Dacă aceeași persoană se va confrunta din nou cu situații similare, va decide similar, la fel cum vor decide și alte persoane care se află în astfel de situații, întrucât principiile utilitariste sunt aplicate de către toți aceștia. Astfel, se stabilește o recurență care generează formarea unei reguli pentru soluționarea cazurilor de acel fel. Aceasta este teoria esenței întrucât regula formată reprezintă esența soluțiilor anterior aplicate în cazurile de acel fel. Dacă astfel de reguli se formează, atunci atribuția persoanei care trebuie să decidă este să observe faptul că situația expusă înaintea sa se încadrează într-un tipar, și să aplice concluzia specifică acelui tipar. Problemele pot fi astfel soluționate mai rapid[11].

În situația aplicării teoriei esenței, întâi au loc deciziile și apoi se formează regula, iar decidentul este liber să aprecieze aplicabilitatea unei reguli astfel formate la cazul său și să ia în considerare elementele specifice cazului pe care îl judecă. Avantajul unei astfel de reguli este că procesul de deliberare este scurtat, întrucât cel care decide are posibilitatea să nu mai aprecieze asupra cazului în ansamblul său ci doar să identifice o compatibilitate a cazului cu regula sub incidența căreia cazul intră[12].

[9] J. *Rawls,* op.cit, pp. 10-13.
[10] Ibidem, pp. 6-7.
[11] J. *Rawls,* op.cit, p. 19-22.
[12] Ibidem, p. 22.

În teoria esenței regula se dezvoltă ca o generalizare utilă a experiențelor anterioare. Exemplul sugestiv al lui Rawls este acela al experienței potrivit căreia în general încălcarea unei promisiuni are consecințe mai negative față de păstrarea ei, astfel că s-a format o regulă nescrisă a necesității respectării promisiunilor[13].

Teoria normei care precedă regula conceptează norma înaintea experiențelor, nu ulterior acestora, ca în cazul teoriei esenței. Întâi există norme sau reguli, iar ulterior instituirii lor cazurile ce cad sub această incidență sunt rezolvate în baza regulilor. În acest fel sunt evitate incongruențele care pot să apară în lipsa unor reguli prestabilite, când fiecare apreciază aplicarea principiului utilității de la caz la caz. Se evită de asemenea imprevizibilitatea felului în care vor fi soluționate cazuri similare. Pentru aplicarea acestei teorii este necesară formarea regulilor în baza principiilor utilitariste, nu a aplicării acestor principii utilitariste la fiecare caz în parte[14].

Persoana care decide în cadrul unui sistem ce presupune reguli prestabilite nu va mai aprecia dacă în cazul respectiv se impune o soluție sau alta întrucât regula este strictă și obligatorie. Acesta este cazul sistemului judiciar, iar judecătorul va trebui doar să încadreze cazul său în regula potrivită și să aplice prevederile acesteia, față de teoria esenței unde judecătorul ar fi putut să aprecieze individual aplicarea corectă a principiului utilității la cazul său, iar posibilitatea de a recurge la o regulă formată ca urmare a experienței era liberă, nu obligatorie[15].

Rawls apreciază că fie teoria esenței, fie teoria normei care precedă practica se aplică în funcție de situația de fapt în viața zi cu zi, iar anumite situații presupun una dintre aceste două teorii, a esenței sau a normei care precedă practica, iar altele aplicarea celeilalte teorii. În cadrul teoriei normei care precedă practica puterea de decizie a judecătorului este limitată de dispozițiile normelor instituite. În schimb, în cazul teoriei esenței judecătorul are puterea de a aprecia de la caz la caz și să aplice principiul utilității. Rawls apreciază că teoria normei care precedă practica este specifică instituțiilor din sistemele de drept[16].

Astfel, instituția pedepsei, pentru că este o instituție care este condusă de norme stricte impuse de o autoritate într-un sistem de drept, necesită respectarea acestor norme fără deliberarea asupra principiului utilității. Un judecător care are rolul de a soluționa un caz particular trebuie să recurgă la normele de drept stipulate expres, nu să aprecieze personal felul în care va aplica principiul utilității la cazul său. Singura marjă de apreciere a acestuia este să individualizeze pedeapsa între limitele prevăzute de lege.

Criticile tradiționale față de teoria utilitaristă pleacă de la premisa că judecătorii au o discreție nelimitată în a decide spețele judiciare prin aplicarea principiului utilității, însă această supoziție este eronată întrucât în sistemul judiciar este aplicabilă a doua teorie prezentată ca urmare a faptului că pedeapsa face parte dintr-un sistem normativ. În consecință, pedeapsa nu face obiectul discreției judecătorului[17].

Concluzia lui Rawls este că dacă este stipulată o normă într-un sistem normativ, atunci singura posibilitate de a acționa este prin raportare la norma respectivă. În acest caz normele vor trebui justificate utilitarist, nu acțiunile care cad sub incidența lor, întrucât acțiunile doar vor fi supuse normelor. În final, autorul precizează că diferențierea între

[13] *D. Boonin,* The problem of Punishment, Ed. Cambridge University Press, 2008, pp. 70-71.
[14] *J. Rawls,* op. cit., p. 24.
[15] Ibidem, pp. 27-28.
[16] *J. Rawls,* op. cit., pp. 29-30.
[17] Ibidem, p. 30.

aplicarea primei teorii sau a celei de a doua este dificilă, însă a doua teorie privește îndeosebi sistemele de drept și argumentele juridice[18].

APLICAREA TEORIEI LA CONTEXTUL JUDICIAR ROMÂNESC

Argumentația autorului pleacă de la critica adusă de retributiviști cu privire la punctul slab al utilitarismului care permite pedepsirea nevinovaților și o combate pe aceasta, însă nu se oprește aici, ci își extinde justificarea pentru întregul sistem penal. Soluția dată nu se limitează la rezolvarea problemei specifice, ci ia în calcul cauza acesteia și o tratează de la rădăcină. Se oferă astfel o variantă care poate fi aplicată în orice situație care presupune aplicarea unei pedepse.

Atât adepții teoriilor retributive cât și Rawls în apărarea teoriilor utilitariste condamnă pedepsirea persoanelor nevinovate. În mod evident, odată cu aceștia, reiterăm de asemenea această condamnare a unei asemenea consecințe. Cercetând însă mai departe, dincolo de acest aspect, trebuie să analizăm în ce măsură teoria lui Rawls se justifică în sistemul nostru de drept.

Teoria lui Rawls pare plauzibilă și la o primă vedere ar putea fi considerată corectă întrucât felul în care este reglementată legea ne arată că este adevărat că judecătorul este obligat să aplice dispozițiile legale și să încadreze o faptă săvârșită de inculpat într-o infracțiune sau alta, dacă acesta este vinovat, sau să constate că fapta nu este prevăzută de lege și să achite inculpatul. Iar în această privință judecătorul nu are de ales.

În cazul în care o persoană lovește o altă persoană judecătorul nu poate aprecia că lovitura este o simplă palmă și că este normal și specific tinerilor să intre în astfel de conflicte sau că minorii au nevoie de puțină disciplină, iar profesorii au dreptul să îi lovească, iar exemplele pot continua. Fapta de lovire este expres reglementată în Codul penal în cadrul art. 193, condițiile răspunderii penale sunt stricte și limitative, iar cauzele exoneratoare de răspundere, de asemenea. Totodată, este prevăzut clar faptul că pentru o astfel de faptă, în varianta tip, pedeapsa prevăzută de lege este închisoarea de la 3 luni la 2 ani sau amenda penală.

În consecință, într-adevăr, judecătorul nu poate să aprecieze contextul și să facă judecăți proprii cu privire la posibilitatea considerării faptei de lovire ca fiind sau nu infracțiune sau ca fiind sau nu susceptibilă de pedeapsă întrucât legea prevede clar, iar judecătorul este obligat să o respecte. O faptă de lovire va fi încadrată corespunzător și pedeapsa aplicabilă va fi o condiție sine qua non pentru judecător care va trebui să individualizeze o pedeapsă între limitele prevăzute de lege și în condițiile legii.

În mod fericit Codul penal nu permite aprecieri din partea judecătorului cu privire la considerarea sau nu a vinovăției unei persoane în vederea sancționării acesteia, ci întotdeauna o persoană va răspunde numai dacă este vinovată. De aceea vom analiza mai departe pentru aprecierea felului în care vinovații sunt sancționați și dacă această sancționare poate fi raportată doar la principiile retributive, cum pretinde autorul analizat.

Vom vedea că în fapt, deși ceea ce este expus în *Two concepts of rules* este valid în măsura în care autorul dezvoltă argumentația sa, totuși realitatea este că judecătorul decide liber cum să sancționeze infractorii în baza principiilor utilitariste, tocmai prin respectarea legii, care îi oferă această discreție.

[18] *J. Rawls,* op. cit., p. 31.

Cel puțin în dreptul penal românesc demersul judiciar nu se oprește aici, la ceea ce legea prevede clar, anume că o faptă este penală și că acesteia i se aplică o anumită pedeapsă. Remarcile lui Rawls nu sunt suficiente pentru realitatea judiciară întrucât legea nu prevede și nu poate prevedea exact ce pedeapsă se aplică fiecărui inculpat în parte care este supus judecății. Judecătorul, într-adevăr, încadrează obligatoriu fapta și este constrâns să se raporteze la pedeapsa prevăzută de lege. Însă legea îi atribuie judecătorului o putere discreționară atât de largă încât am putea afirma că aceasta este echivalentă, cel puțin în unele cazuri, cu lipsa reglementării oricărei pedepse. Judecătorul are la dispoziția sa mai multe instituții de drept penal care îi permit să transforme ceea ce legea, la o primă vedere, prevede ca fiind clar, anume pedeapsa închisorii de la 3 luni la 2 ani, într-un simplu avertisment.

Judecătorul are la îndemână instituția renunțării la aplicarea pedepsei, instituția amânării aplicării pedepsei, acesta poate să suspende executarea pedepsei sub supraveghere sau poate să aplice o pedeapsă cu executare, fie a amenzii penale, fie în regim de detenție, în funcție de condițiile acestor instituții și în funcție de infracțiunea săvârșită, persoana infractorului etc. Este adevărat că toate aceste condiții sunt reglementate expres de lege și sunt obligatorii pentru judecător. Acesta nu este liber să considere că instituția renunțării la aplicarea pedepsei poate fi incidentă oricând, pentru orice fel de infracțiune, oricât de gravă ar fi aceasta și orice consecințe ar fi avut.

Cu toate acestea, pentru o anumită parte a infracțiunilor prevăzute de lege, libertatea acestuia este foarte mare în a alege între diferite forme de pedeapsă sau chiar forme minime de sancțiune care implică lipsa oricărei pedepse. Rawls pretinde că judecătorul are doar atributul de a aplica legea și justifică aplicarea teoriei sale mixte în dreptul penal prin atribuirea judecătorului unui rol retributiv, de simplă respectare a legilor. Însă legea nu stipulează expres și clar orice situație specifică fiecărui infractor și fiecărei infracțiuni, ci aceasta setează dispoziții relativ abstracte, întrucât deși individualizează pedepsele prin limite generale și limite speciale, totuși îi oferă judecătorului o marjă de apreciere între acele limite.

Dacă aplicăm teoria lui Rawls care pretinde că judecătorul doar respectă legea, vom vedea că uneori legea nu prevede suficient de clar încât magistratul doar să o aplice întocmai, ci conferă acestuia o anumită discreție.

Raportat la exemplul de mai sus, privind lovirea unei alte persoane, se cuvine să facem o analiză concretă a acestei infracțiuni și să ne imaginăm scenariile judiciare posibile ale unei astfel de fapte, raportat la instituția pedepsei. Nu vom analiza fiecare posibilitate de individualizare a pedepsei, însă le vom analiza pe cele mai extreme.

Infracțiunea de lovire sau alte violențe în forma tip este prevăzută de art. 193 alin. 1 Cod penal și stipulează pedeapsa cu închisoare de la 3 luni la 2 ani sau amenda penală.

Art. 80 alin. 1 Cod penal prevede că renunțarea la aplicarea pedepsei poate fi incidentă în cazul infracțiunilor pentru care legea prevede pedeapsa de maxim 5 ani, dacă infracțiunea săvârșită prezintă o gravitate redusă, având în vedere natura și întinderea urmărilor produse, mijloacele folosite, modul și împrejurările în care a fost comisă, motivul și scopul urmărit, dacă în raport de persoana infractorului, de conduita avută anterior săvârșirii infracțiunii, de eforturile depuse pentru înlăturarea sau diminuarea consecințelor infracțiunii precum și față de posibilitățile sale de îndreptare, instanța este de părere că aplicarea unei pedepse este inoportună față de consecințele pe care aceasta le-ar putea avea asupra

persoanei infractorului, cu condiția ca infractorul să nu fi fost anterior condamnat[19], sau față de acesta să nu se fi dispus în urmă cu cel puțin doi ani renunțarea la aplicarea pedepsei pentru altă infracțiune, precum și condiționat de faptul că infractorul nu s-a sustras de la urmărirea penală sau de la judecată și nu a încercat să zădărnicească aflarea adevărului ori identificarea și tragerea la răspundere penală a sa ori a participanților.

Într-o asemenea situație instituția pedepsei este înlocuită cu avertismentul. Cu alte cuvinte, deși se reține răspunderea penală a autorului faptei, consecințele suferite ca urmare a săvârșirii faptei sale sunt minime. Infractorul nu este supus niciunei decăderi, interdicții sau incapacități care ar putea decurge din infracțiunea săvârșită.

Așadar, raportat la fapta de lovire, judecătorul, potrivit legii, este liber să aprecieze dacă va aplica pedeapsa de 2 ani închisoare inculpatului sau va opta pentru renunțarea la aplicarea pedepsei. Pentru o astfel de decizie judecătorul nu se află în situația descrisă de Rawls. El nu este constrâns în niciun fel de lege să aplice în mod exact fie instituția renunțării la aplicarea pedepsei, fie să condamne inculpatul la pedeapsa închisorii cu executare.

Legea nu definește ce înseamnă aprecierea asupra conduitei anterioare a inculpatului, cum pot fi apreciate eforturile depuse de inculpat să înlăture sau să diminueze consecințele infracțiunii sau cum cuantifică judecătorul concret posibilitățile de îndreptare ale inculpatului, ci toate acestea sunt lăsate la aprecierea liberă a judecătorului care poate să aprecieze o mare varietate de fapte ale inculpatului sau situații personale ale acestuia ca fiind demne de încadrat în condițiile menționate anterior.

Inoportunitatea aplicării unei pedepse descrisă în cadrul renunțării la aplicarea pedepsei este un concept larg și nedefinit care poate fi interpretat în diverse feluri de către fiecare judecător în parte. Mai mult de atât, se observă că indicațiile oferite judecătorului de către lege sunt formulate în baza principiilor utilitariste și determină judecătorul să privească în viitor, spre capacitatea inculpatului de a se îndrepta, nu doar spre trecut, conform teoriilor retributive.

Privind în profunzimea actului de justiție observăm că realitatea aparent simplă descrisă de Rawls se complică și resetează premisele pe care funcționează teoria autorului. Conceptualizarea unei teorii etice sau a unor teorii etice aplicabile societății trebuie să urmărească să răspundă în mod efectiv la problemele sociale, iar demersul lui Rawls pare insuficient, întrucât se oprește mai devreme decât este necesar.

Autorul este îndreptățit să aprecieze rolul judecătorului cu privire la capacitatea sa de a stabili condițiile răspunderii penale, însă instituția pedepsei și consecințele efective ale acesteia nu se opresc aici. Ceea ce este în măsură egală important pentru realitatea judiciară și socială este necesitatea de a analiza și de a găsi un răspuns pentru felul în care societatea este afectată în mod concret de instituția pedepsei prin raportare la individualizarea acesteia.

În *Two concepts of rules* se propune rezolvarea problemelor utilitarismului prin înțelegerea aplicării teoriei normei care precedă practica la instituția pedepsei. El arată că dacă este stipulată o regulă într-un sistem normativ, atunci singura posibilitate de a acționa este prin raportare la regula respectivă; în acest caz regulile vor trebui justificate utilitarist, nu acțiunile care cad sub incidența regulilor, întrucât acțiunile doar vor fi supuse regulilor[20]. Însă această rezolvare este validă doar în privința răspunderii penale, care este numai o

[19] În condițiile art. 80 alin. (2) lit. a) raportat la art. 42 lit. a) și b) Cod penal.
[20] *J. Rawls,* op. cit., p. 31.

parte din instituția pedepsei și este valabilă doar parțial cu privire la individualizarea pedepsei, pentru că această individualizare va avea loc în limitele prevăzute de lege. Ceea ce este cu adevărat important pentru societate este felul în care aceasta este afectat în mod efectiv de instituția pedepsei, iar acest lucru este într-o legătură mai strânsă cu individualizarea pedepsei, decât cu răspunderea penală, în întreg fenomenul pedepsirii.

În acest cadru al individualizării pedepsei teoria normei care precedă practica nu își mai găsește aplicabilitatea întrucât legea nu pătrunde atât de profund și detaliat în reglementarea expresă a nuanțelor cu care se confruntă judecătorul în alegerea unei forme de sancțiune care poate implica sau nu o pedeapsă. Finalitatea efectivă a îndeplinirii actului de justiție pentru societate este suferirea sau nu a unei pedepse. Acest lucru reconfigurează întregul concept de pedeapsă pentru că în cazul aplicării instituției renunțării la aplicarea pedepsei inculpatul nu suferă nicio pedeapsă, ci doar este avertizat, iar în cazul în care această instituție nu este aplicată, inculpatul poate suferi o pedeapsă cu închisoarea în regim de executare pe o durată de 2 ani, potrivit exemplului nostru, iar aceste aspecte nu sunt acoperite de teoria normei care precedă practica.

Este adevărat că îngrijorările retributiviștilor rămân fără temei și din acest punct de vedere teoria lui Rawls este caracterizată de succes, întrucât deși fiecare judecător care are un caz particular în fața sa poate să aplice pentru fiecare caz în parte principiile utilitariste, acesta nu o poate face dincolo de ceea ce prevede legea, iar aceasta prevede vinovăția drept condiție a răspunderii penale. Puterea judecătorului de a aprecia utilitarist privește însă alte critici aduse de retributiviști utilitariștilor, precum nepedepsirea unei persoane vinovate, pedepsirea disproporționată, folosirea persoanelor ca instrumente etc, care pot fi întâlnite în realitatea judiciară curentă, dar care pentru moment nu fac obiectul observațiilor acestui articol.

Așadar, este valid ce prezintă Rawls, anume că este eronat să considerăm că judecătorii au o discreție nelimitată în a decide spețele judiciare prin aplicarea principiului utilității, întrucât discreția este limitată de ceea ce prevede legea, însă legea permite o discreție largă judecătorului. Este adevărat că dacă este stipulată o normă, atunci singura posibilitate de a acționa este prin raportare la acea normă, însă legea prevede mai degrabă general, decât detaliat.

De aceea nu putem fi de acord cu soluția propusă de Rawls în ceea ce privește problema pedepsei în contextul judiciar care în privința judecătorului nu poate fi raportată la retributivism în totalitate, ci doar parțial, acolo unde legea prevede expres și exact, nu și în situațiile în care normele oferă putere de apreciere judecătorului.

CONCLUZIE

Argumentația Față de cele două concepte cu privire la formarea unor norme, putem fi de acord că teoria normei care precedă practica este valabilă pentru prima parte a procesului de pedepsire a unui infractor. Însă pentru a doua parte a acestui proces s-ar putea argumenta de exemplu că este mai degrabă valabilă teoria esenței întrucât aceasta poate conduce în fapt la efectele efective ale instituției pedepsei în societate Acest lucru se datorează faptului că nu răspunderea penală este cea care are ultimul cuvânt în determinarea consecințelor efective ale pedepsirii unei persoane, ci individualizarea pedepsei.

Într-adevăr, autorul precizează că diferențierea între aplicarea primei teorii sau a celei de a doua este dificilă și apreciază că fie teoria esenței, fie teoria normei care precedă practica se aplică în funcție de situația de fapt. Unele situații din viața de zi cu zi necesită aplicarea unei teorii, iar altele aplicarea celeilalte teorii, iar în alte situații se poate aprecia că este imposibil să se decidă care teorie se aplică. Însă de asemenea precizează că teoria normei care precedă practica este specifică instituțiilor din sistemele de drept ceea ce este doar parțial corespunzător realității judiciare.

Faptul că judecătorul are posibilitatea de a aplica discreționar principiul utilității în vederea individualizării pedepsei vulnerabilizează teoria utilitaristă, în orice formă a acesteia, chiar sub forma acestei teorii mixte a utilitarismului normativ. Se păstrează în acest fel deschise discuțiile dintre retributiviști și utilitariști cu privire la teoria etică ce poate justifica instituția pedepsei mai bine sau cu privire la posibilitatea de a le armoniza pe acestea astfel încât judecătorilor să le fie oferit un cadru de repere care să îi susțină în procesul individualizării pedepselor într-un mod sistematic.

Teoria mixtă propusă de Rawls nu oferă repere concrete pentru judecători pentru ca aceștia să fie susținuți în efortul de a individualiza just o pedeapsă pentru un anumit inculpat întrucât susține că judecătorul trebuie doar să respecte legea. Însă legea, dincolo de limitele speciale de pedeapsă și de criteriile prevăzute în art. 74 Cod penal, nu oferă o rețetă clară a individualizării pedepsei. În acest cadru al individualizării, până la finalizarea demersului pedepsirii, judecătorul trebuie să facă aprecieri proprii care trebuie să fie ghidate deopotrivă de principii utilitariste și retributive aplicate de asemenea manieră încât interpretarea celor două teorii să fie armonizată sistematic inclusiv cu principiile retributive și utilitariste care au determinat răspunderea penală. Așadar nu putem să atribuim în totalitate un rol retributiv judecătorului, de simplă respectare a dispozițiilor legii, întrucât legea nu prevede întotdeauna exact acțiunile care trebuie luate față de diferite situații, ci judecătorul va trebui să aprecieze în baza unor diferite criterii etice, precum cele utilitariste dar armonizate cu cele retributive, felul în care poate fi justificată o pedeapsă concretă într-un caz concret.

Așadar, având în vedere că soluția propusă de Rawls în *Two concepts of rules* nu este suficientă, rămâne deschisă cercetarea în vederea descoperirii unei teorii etice mixte care să justifice pedeapsa inclusiv în ceea ce privește procesul de individualizare a acesteia.