

METODOLOGIA PENALĂ ROMÂNĂ ȘI TOTALITARISMELE SECOLULUI XX

TUDOR AVRIGEANU*

Zusammenfassung

Nachdem der naturwissenschaftliche Positivismus durch den rechtspositivistische Formalismus als herrschende Methodologie eher ergänzt als bekämpft wurde, hatte die rumänische Strafrechtswissenschaft Ende der 1930-er Jahre einen Methodenstreit erlebt, der durchaus aus dem Gedankengut der damaligen Kieler Schule lebte und somit das Verbrechen als «Verletzung der Treuepflicht gegenüber der Schicksalgemeinschaft» begriffen hatte. Ein Vierteljahrhundert später, also im Zeitalter des real existierenden Sozialismus, kam der Formalismus erneut unter Beschuss: diesmal war die Rede sowohl von «Konstanten des Rechts» als auch (und vor allem) von der Beziehung zwischen Strafrecht und der jeweiligen Gesellschaft. Der heute wiedererstärkte Bund zwischen naturalistischem Inhalt und positivistischer Form versteht sich als Reaktion gegen die totalitären Strafrechtsideologien, berührt aber nicht das eigentliche Problem: dass nämlich beide Ideologien nicht etwa neue Begriffe erfunden, als vielmehr die Altbewährten entstellt haben. Wird dies einmal eingesehen, dann lässt sich Verbrechen sowohl als Verletzung einer grundsätzlichen Rechtspflicht als auch als Gefährdung der auf wirkliche Erfüllung von Rechtspflichten angewiesenen Gesellschaft begreifen, womit dann der Weg zu den weiteren und wirklichen Problemen einer Theorie des rumänischen Strafrechts der Gegenwart freigemacht wird.

Schlüsselbegriffe: Naturrecht, Rechtspositivismus, Pflichtverletzung, Gesellschaftsgefahr, Verbrechensbegriff.

„Orice societate (colectivitate) implică în mod natural o viață de relațiune. Omul, prin firea sa, este predispus acțiunii, iar nevoile sale trupești și sufletești îl silesc să activeze. Fiecare persoană fiind supusă acestui imperativ natural, este firesc și de neînlăturat ca acțiunile sale să se încrucișeze, armonizându-se sau ciocnindu-se cu acțiunile altor membri ai grupului social. De aci punctul de plecare al vieții de relațiune”. Vintilă Dongoroz își începe astfel *Tratatul* din 1939, pornind de la starea naturală a oamenilor gândită în condițiile inexistenței unei puteri publice de la care să emane *norme obligatorii* și care să poată *constrânge* prin forță la respectarea acestora. Câtă vreme însă „imperativul natural” al „nevoilor trupești și sufletești” apare, precum la Dongoroz, drept singur motor al acțiunilor umane, elementul unei obligativități normative lipsește cu desăvârșire, iar cel al constrângerii naturale este incompatibil cu caracterizarea omului – tot în acest context – drept

* M.iur.comp.dr. Tudor Avrigeanu, cercetător științific gr.II la Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române.

persoană: în realitate, nu poate fi vorba despre vreo persoană, ci numai despre un *individ* definit exclusiv prin interesele sale, așadar prin căutarea a ceea ce este «convenabil» și prin evitarea a ceea ce este „neconvenabil”¹. Însă, în același timp, omul apare la Dongoroz și ca membru al grupului social, ceea ce presupune *norme obligatorii și relații sociale* între persoane, relații care reprezintă în mod esențial altceva decât niște interacțiuni întâmplătoare și haotice între indivizi, cu alte cuvinte, despre societate – altfel decât despre „colectivitate» – nu se poate vorbi decât în condițiile unor norme obligatorii. Altfel spus, dacă „viața socială, în totalul ei, presupune norme și se poate reduce în ultimă analiză la fenomenul de creațiune și respectare a unor norme date de către un număr de conștiințe comunicante”², atunci „omul, ca ființă socializată, este mai mult decât o simplă entitate biologică, este persoană”³ și „ideea de persoană este în modul acesta fundamental diferită de orice realitate naturală: orice asemenea realitate constituie o individualitate, un individ determinat, pe când orice subiect etic este o persoană și nu un simplu individ natural”⁴.

Considerat potrivit naturii sale de ordine socială, dreptul este gândit ca ordine normativă distinctă atât de ordinea naturală propriu-zisă, cât și de o ordine a constrângerii arbitrare impuse unor indivizi prin simpla forță a unei autorități în virtutea bunului ei plac; pe de altă parte însă, dreptul este realizat atât în cadrul ordinii naturale prin respectarea legilor naturii, cât și în condițiile existenței unei autorități legitime care instituționalizează ordinea normativă concretă a unei societăți în forma legilor juridice obligatorii *erga omnes*, garantând prin constrângere respectarea lor de către fiecare în parte⁵. Absolutizarea oricăreia dintre cele două dimensiuni face ca explicarea teoretică a dreptului să devină în mod *necesar abstractă*, în vreme ce o teorie sistematică a dreptului va avea ca obiect în mod necesar deopotrivă „*dreptul natural* care se întemeiază pe principii *a priori* pure și *dreptul pozitiv* (statutar) care izvorăște din voința unui legiuitor”⁶,

¹ V. Dongoroz, *Drept penal*, București, 2000, n.1.

² E. Speranția, *Introducere în filosofia dreptului*, Cluj, 1946, p. 305.

³ N. Popa, *Teoria generală a dreptului*, București, Lumina Lex 1996, p. 304.

⁴ M. Djuvara, *Eseuri de filosofie a dreptului*, ed. N. Culic, București, Trei, 1997, p. 192.

⁵ A se vedea pe larg M. Djuvara, *Teoria generală a dreptului*, București, 1997, pp. 384 și urm.; J. Ebbinghaus, *Gesammelte Aufsätze, Vorträge und Reden*, Hildesheim, 1968, pp. 161 și urm., 274 și urm., 295 și urm.; G. Geismann, *Ethik und Herrschaftsordnung*, Tübingen, 1974, pp. 55 și urm.; T. S. Hoffmann, *Über Freiheit als Ursprung des Rechts*, ZRph, 2002, pp. 16 și urm.; J. Hruschka, *Die Würde des Menschen bei Kant*, ARSP, 88 (2002), pp. 463 și urm.; G. Jakobs, *Norm, Person, Gesellschaft*, Berlin, 2008, passim; M. Köhler, *Das angeborene Recht ist nur ein einziges ...*, în: K. Schmidt (Hrsg.), *Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung?*, Berlin, 1994, pp. 61 și urm.; H. Krings, *System und Freiheit*, pp. 185 și urm., 209 și urm.; H. Oberer, *Praxisgeltung und Rechtsgeltung*, în: K. Barthlein / G. Wolandt (Hrsg.), *Lehrstücke der praktischen Philosophie und der Ästhetik*, Basel / Stuttgart, 1977, pp. 87 și urm., 97 și urm.; H. Wagner, *Die Würde des Menschen*, pp. 415 și urm.; R. Zaczek, *Gerechtigkeit als Begriff einer kritischen Philosophie im Ausgang von Kant*, ARSP-Beiheft 56 (1994), pp. 105 și urm.; *Über Begründung im Recht*, în: Id., ș.a. (Hrsg.), *Festschrift für E. A. Wolff*, Wien, 1998, pp. 509 și urm., 514 și urm.

⁶ Kant, *Metafizica moravurilor*, AA, VI, 237.

altfel spus: problema fundamentală a oricărei teorii juridice nu o constituie opțiunea în favoarea dreptului natural sau a dreptului pozitiv⁷ – fără dreptul natural, „dreptul pozitiv nu poate fi și nici nu se poate măcar gândi”⁸, fiind astfel aidoma unui „cap ce poate fi frumos, dar din păcate este lipsit de creier”⁹ –, ci determinarea și dezvoltarea sistematică a acelei idei a dreptului¹⁰ în virtutea căreia sunt posibile „o justiție și un drept pozitiv care să se impună în mod rațional cunoașterii și activității noastre fără a fi un simplu produs arbitrar al voințelor dominante”¹¹, ci articularea rațională a coexistenței reale a tuturor voințelor într-un *vinculum iuris* potrivit unei legi universale a libertății¹², astfel încât „sistemul dreptului este domeniul libertății înfăptuite, lumea spiritului produsă din el însuși, ca o a doua natură”¹³. Forța obligatorie a normelor dreptului nu este sinonimă cu constrângerea naturală a unui individ de a face sau de a omite ceva în scopul obținerii propriei plăceri ori al evitării propriei neplăceri, ci reprezintă așteptarea normativă a unui anumit comportament de la o persoană, indiferent de raportul dintre satisfacțiile și insatisfacțiile individuale, astfel că societatea, persoana și norma sunt concepte corelative: „o normă configurează lumea nu potrivit plăcerii și neplăcerii indivizilor, ci potrivit obligațiilor și spațiilor de liberă dispoziție ale persoanelor, deci ale purtătorilor de roluri sociale”, astfel că „putem vorbi despre societate doar atunci când cel puțin o normă are forță obligatorie”¹⁴. Voința liberă este „nu voința arbitrară ca facultate de a face ori a nu face ceva după preferință, ci voința rațională în care se realizează însăși rațiunea practică”¹⁵ iar dreptul este „existența-în-fapt a voinței libere”¹⁶ și astfel relația prin care persoanele se recunosc reciproc

⁷ J. Hruschka, *Vorpositives Recht als Gegenstand und Aufgabe der Rechtswissenschaft*, JZ, 1992, pp. 429 et seq.; Arthur Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, München, 1997, pp. 39 și urm.; M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, p. 109 et seq., 144 : „Jamais le droit naturel n'a sous-estimé l'importance des lois positives!”; comp. pentru o imagine de ansamblu asupra dezbaterilor contemporane G. Ellscheid, *Das Naturrechtsproblem: Eine systematische Orientierung*, în: A. Kaufmann / W. Hassemer (Hrsg.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtslehre der Gegenwart*, Heidelberg, 1994, pp. 179 și urm.

⁸ M. Djuvara, *Eseuri de filosofie a dreptului*, p. 81; comp. și R. Alexy, *On the Concept and the Nature of Law*, „Ratio Juris” 21 (2008), pp. 281 și urm., R. Spaemann, *Zur Kritik der politischen Utopie*, pp. 183 et seq., 198; B. Grünwald, *Transzendente oder pragmatische Normbegründung?*, „Prima philosophia” 3 (1990), pp. 271 et seq., 278 et seq.; G. Luf, *Naturrechtskritik im Lichte der Transzendentalphilosophie*, în: T. Mayer-Maly / P. M. Simons (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für R. Marcic*, Berlin: Duncker & Humblot, 1983, pp. 609 et seq., 623.

⁹ Kant, *Metafizica moravurilor*, AA VI 230.

¹⁰ S. Goyard-Fabre, *Kant et l'idée pure du droit*, „Arch.phil.droit” 26 (1981), pp. 133 et seq.

¹¹ M. Djuvara, *Eseuri de filosofie a dreptului*, p. 67; G. Geismann, *The Democratic Legal Order and Politics*, «Ethics» 81 (1971), pp. 314 și urm., 324: „that „positivism“, for which the only criterion of „law“ and „right“ is their positive existence through legislation (*staat-liche Setzung*), cannot distinguish between a legal order and a pure order of force”.

¹² Kant, *Metafizica moravurilor*, AA, VI, 230.

¹³ Hegel, *Principiile filosofiei dreptului*, § 4.

¹⁴ G. Jakobs, *Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung*, ARSP-Beiheft, 74 (2000), p. 57; *Norm, Person, Gesellschaft*, pp. 63 și urm.

¹⁵ W. Schild, *Ende und Zukunft des Strafrechts*, ARSP, 70 (1984), pp. 71 și urm., 73.

¹⁶ Hegel, *Principiile filosofiei dreptului*, § 29.

și în mod necondiționat ca atare¹⁷, de unde rezultă că relațiile sociale și raporturile juridice nu pot fi înțelese nemijlocit ca relații între „oamenii” priviți ca *indivizi*, ci ele sunt *relații între persoane*¹⁸. „Comunitatea națională exprimă cea mai intensă recunoaștere reciprocă a membrilor ei unii în alții” și „posedă, ca orice grup social, un triplu aspect, unul propriu-zis social, altul moral și altul juridic, deși aceste trei aspecte se contopesc în mod intim în cunoștințele noastre într-o singură reprezentare”¹⁹.

Astfel schițat, programul unei teorii juridice asupra dreptului penal dintr-o ordine socială concretă a relațiilor dintre persoane libere se situează la antipozii concepției pe care cultura modernă românească a dreptului penal a preferat-o încă de la începuturile ei. Așa cum statul modern începe în România în 1866 cu „un text francez aplicat asupra unui popor ce nu-l înțelege”²⁰, și istoria legislației penale române moderne începe la 1864 cu un cod „luat aproape în întregime de pe codicele penal francez de la 1810, împreună cu codul de procedură penală, de către o comisiune care într-un termen extrem de scurt (vreo 3 luni) a și alcătuit cele două proiecte”²¹. „La începutul secolului al XIX-lea, la noi în România, jocul de-a reforma Statului a fost considerat atât de nevinovat, că nu era copil de boier care la înapoierea lui de la studii în străinătate, să nu-și aibă în geamantanul cu bagaje și o traducere după vreun proiect de constituție pentru un viitor Stat românesc”²². Faptul că noul cod penal român era grevat de „multe puncte obscure, pe de o parte din cauza grabei cu care a fost alcătuit, iar pe de alta din cauza felului defectuos cum a fost tradus”²³, nu este, așadar, tocmai surprinzător, așa cum nici remarcă de mai târziu a lui Ioan Tanoviceanu (1858–1917) – în prefața unui comentariu calchiat la rândul lui după „excelentul codice penale adnotat de d. Garçon” – cum că „noi avem codice occidentale, dar le aplicăm în mod oriental”²⁴ nu era lipsită de temei

¹⁷ J. Joerden, *Drei Ebenen des Denkens über Gerechtigkeit*, ARSP, 74 (1988), pp. 307 și urm., 314 și urm.; T. S. Hoffmann, *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, Wiesbaden: Marix Verlag pp. 413 și urm., 419 și urm.; M. Köhler, *Unbedingte Affirmation, Anerkennung und Rechtsverhältnis*, în: W. Schild (Hrsg.), *Anerkennung. Interdisziplinäre Dimensionen eines Begriffs*, Würzburg 2000, p. 91 et seq.; tot aici W. Schild, *Anerkennung als Thema in Hegels Grundlinien der Philosophie des Rechts*, p. 37 et seq.; K. Seelmann, *Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion*, p. 13/14; R. Zaczek, *Die Struktur des Rechtsverhältnisses im Naturrecht Fichtes*, în: M. Kahlo ș.a. (Hrsg.), *Fichtes Lehre vom Rechtsverhältnis*, Frankfurt 1992, pp. 9 et seq.

¹⁸ Hegel, *Principiile filosofiei dreptului*, § 36: „Imperativul dreptului este deci: fii persoană și respectă-i pe ceilalți ca persoane”; comp. E. Speranția, *Introducere în filosofia dreptului*, pp. 332/333: norma socială fundamentală este „norma respectului reciproc”; S. Moccia, *Contributo ad uno studio sulla teoria penale di G.W.F. Hegel*, Riv. it. 1984, p. 131 et seq., 136: „La caratteristica pregnante del concetto Hegeliano di diritto ci sembra, dunque, possa essere identificata nel rapporto di scambievoli riconoscimento di libertà”.

¹⁹ M. Djuvara, *Eseuri de filosofie a dreptului*, p. 295.

²⁰ M. Eminescu, *Opere XIII*, București: EAR, 1985, p. 168.

²¹ V. Dongoroz, *Drept penal*, N. 36.

²² C. Rădulescu-Motru, *Scrieri politice*, București, Nemira, 1998, p. 417.

²³ A. Georgescu, *Prefață*, în: M. Pastion / M. Papadopolu, *Codul penal adnotat*, București, 1922, p. V.

²⁴ I. Tanoviceanu, *Prefață*, în: G. Șt. Bădulescu / G. T. Ionescu, *Codul penal adnotat cu jurisprudență română și franceză*, București, 1911, p. IV.

în condițiile lipsei, la acea vreme, atât a unei elaborări românești sistematice a teoriei dreptului penal dintr-o societate modernă²⁵, cât și a unei societăți moderne concrete, care să asimileze noul drept penal român²⁶. Însă lucrurile nu stătuseră altfel nici la vremea codificării franceze dintr-o vreme când „în știința dreptului se crease un curent și o doctrină a dreptului natural”²⁷, doctrină care „a conceput un om natural liber și egal cu ceilalți, în afară de orice legătură socială, și a descris această *stare naturală*”²⁸ din care „omul ar fi ieșit prin *contractul social*, creînd statul”²⁹. În orice caz, ordinea reală a societății franceze nu-și putea găsi în nici un fel expresia într-un cod care „n-a făcut, de altminteri decât să urmeze concepțiunile teoreticienilor revoluției dela 1789, care de asemeni creaseră instituțiunile politice ale Franței tot în jurul unui om abstract”³⁰, reprezentând o aplicație practică a acelei „teorii nemiloase care decreta că omul este născut în libertate, că nimeni nu are dreptul, fără o învoire specială, să aducă atingere acestui drept de libertate; să rupem deci tot ce a fost până atunci și să transformăm o adevărată societate omenească într-un număr de indivizi răzleți”³¹. Ideea unei stări naturale în care oamenii apar ca ființe *lipsite de identitate*, pașnice și fericite, trăind libere și egale în armonie cu natura, împreună cu ideea unei „forme de uniune care protejează și apără persoana și bunurile fiecăruia prin forța comună a tuturor și în care fiecare, prin faptul de a se asocia cu toți ceilalți, este supus numai voinței sale proprii și este liber ca și înainte”³² va face din Jean-Jacques Rousseau „cel mai ilustru reprezentant al acestui sistem”³³.

Cinismul consecvent al explicației date de Rousseau dreptului penal – „orice răufăcător care atacă dreptul social devine, prin încălcările pe care le comite, un

²⁵ P. Ionescu-Muscel, *Istoria dreptului penal român*, București, 1930, pp. 168 și urm.; Th. Missir, *Roumanie*, în: F. v. Liszt (coord.), *La législation pénale comparée* I, Berlin ș.a. 1894, p. 245: „Les seules études de droit pénal qui aient publiés en Roumanie sont de simples commentaires pratiques et des recueils de jurisprudence”.

²⁶ T. Giaro, *Westen im Osten*, „Rechtsgeschichte” 2 (2003), pp. 123 și urm., 130 și urm., 135.

²⁷ V. Dongoroz, *Drept penal*, N. 37; a se vedea și I. Tanoviceanu, *Tratat* I, N. 47; H. B. Gerland, *The German Draft Penal Code and Its Place in the History of Penal Law*, J.Comp.Legis. & Int'l.L. 11 (1929), pp. 19 și urm., 20: „The main object of the French legislation at the beginning of the nineteenth century was to put into the form of positive laws those fundamental ideas of the eighteenth century which had been developed theoretically under the conception of the Law of Nature». Originile dreptului penal german modern aflîndu-se și ele în aceeași descendență, «it may well appear as one of the ironies of history that the Enlightenment, which had set out to seek a universal law reflecting universal human nature, should lead straight into the era of the national codes” (H. Coing, *The Original Unity of European Legal Science*, Law and State 11 (1975), pp. 76 și urm., 89).

²⁸ M. Djuvara, *Teoria generală a dreptului*, București, ALL, 1995, p. 327.

²⁹ H. Coing, *The Original Unity of European Legal Science*, „Law and State” 11 (1975), pp. 76 și urm., 89.

³⁰ V. V. Pella, *Vieața și represiunea*, București, Curierul Judiciar, 1924, p. 5.

³¹ N. Iorga, *Geneza formelor vieții contemporane*, București, ASE (lit.), 1937, p. 129/130.

³² Rousseau, *Despre contractul social*, trad. Cătălin Avramescu, București, Nemira 2007, I 6.

³³ I. Tanoviceanu, *Tratat de drept penal și procedură penală* I, București, Curierul judiciar, 1924, N. 47.

rebel și un trădător față de patrie și încetează să mai fie un membru al acesteia violându-i legile și chiar declarându-i război”, iar procesul penal însuși „constituie dovada și declarația că el a rupt pactul social și că, în consecință, el nu mai este membru al statului”³⁴ – vorbește de la sine despre ceea ce avea să devină, mai devreme sau mai târziu, noua ordine juridică a majorității națiunilor europene ca efect al Revoluției Franceze. Formarea unei științe moderne a dreptului penal în România, prin recepția curentelor care se cristalizaseră *între timp* în culturile juridice occidentale, avea să mai aștepte însă o jumătate de secol. Critica lui Kant privind „monstruoșitatea” afirmației lui Thomas Hobbes, potrivit căreia suveranul nu-i poate face supusului nici o nedreptate³⁵ rămăsese și la începutul secolului XX la fel de actuală, ca și critica lui Hegel la adresa „abstracțiilor” lui Rousseau, care au condus la „monstruosul spectacol – primul de când avem știință despre neamul omenesc – al încercării de a întocmi un stat mare și real, după dărâmarea a tot ce subzista și era dat în el”³⁶, însă nu aici va fi găsită calea de urmat. Deși se poate considera că „așa cum de renașterea intelectuală a Apusului se leagă numele lui Platon, de a noastră se leagă numele lui Kant”³⁷, cultura dreptului penal român nu a fost niciodată favorabilă apropierei de „cea mai adâncă dintre încercările care s-au făcut vreodată, de a întemeia valorile ideale ale vieții noastre și înainte de toate cele morale”³⁸, ori de o filozofie care „a intrat așa de adânc în mentalitatea omului de azi încât acesta este adesea hegelian fără ca măcar să știe”³⁹. Altfel decât în perioadele istorice subsumate de Auguste Comte (1798–1857) teologiei și metafizicii, studiul societății are a se realiza acum în termenii unei „fizici sociale” limitate exclusiv la ceea ce poate fi supus în mod nemijlocit experienței științifice⁴⁰, iar Constantin Rădulescu-Motru surprinde precis antropologia dominantă în acest context: „Atât cât cuprindea mecanica, atât cuprindea și eternitatea din lucrurile pământești. Rămaseră însă pe dinafară multe alte fenomene ale naturii și în special faptele de conștiință, care nu se pot reduce la mișcări mecanice: aceste din urmă fapte fură socotite ca arătări de lux, ca fapte care nu turbură cu nimic legile universului, fie că ele există, fie că ele nu există. Se ajunsese

³⁴ Rousseau, *Despre Contractul Social*, II, 5.

³⁵ Kant, *Teorie și practică*, AA, VIII, 304.

³⁶ Hegel, *Principiile filosofiei dreptului*, trad. V. Bogdan și C. Floru, București, IRI, 1996, § 258; a se vedea pe larg M. Pawlik, *Hegels Kritik an der politischen Philosophie Jean-Jacques Rousseaus*, „Der Staat” 38, (1999), pp. 21 și urm.; AL. Văllimărescu, *Teoria dreptului natural*, București, Al. T. Doicescu, 1930, p. 83: Contractul Social este „breviarul despotismului”.

³⁷ I. Petrovici, *Scrieri istorico-filosofice*, București, 1925, pp. 207 și urm., 209; din perspectiva istoriei filosofiei din România a se vedea pe larg M. Flonta, *Kant în lumea lui și în cea de azi*, Iași, Polirom, 2005, pp. 198 și urm.; P. Schuster-Stein, *Kants Philosophie in Rumänien*, „Kant-Studien” 86 (1995), pp. 70 și urm.

³⁸ Astfel despre filosofia lui Kant M. Djuvara, *Teoria generală a dreptului*, p. 386.

³⁹ C. Rădulescu-Motru, *Personalismul energetic și alte scrieri*, București, Editura Științifică, 1984, p. 421.

⁴⁰ M. Djuvara, *Eseuri de filosofie juridică*, p. 81: «nimic nu trebuie afirmat dacă nu se întemeiază pe ceva pozitiv, adică pe experiență».

astfel la tăgăduirea faptelor care nu se pot explica prin știința mecanice. Și așa se ajunsese la înjosirea omului. Omul se prefăcu în vierme, pentru a nu turbura, prin faptele sale sufletești, mersul majestuos al naturii”⁴¹.

Ferm convins că „grație progresului științelor pozitive intrăm într-o nouă fază a științelor penale” unde „știința nu se mai face exclusiv în cabinetul de studiu al filosofului, ci mai mult în laboratorul experimentatorului”⁴², Ioan Tanoviceanu – considerat pe drept cuvânt „eflorescența etapei pozitivismului sociologic în România” și pentru care Comte a jucat rolul unui „părinte spiritual”⁴³ – formulează programul teoretic al unui naturalism radical: „... în toată natura, începând de la materia anorganică, trecând prin regimul vegetal și cel animal și ajungând la om și la propriul nostru corp, măsurile de apărare chiar prin distrugere, dacă nu există alt mijloc, sunt o *lege a naturii*, care nu are necesitate de noțiunea metafizică a liberului arbitru și de trilogia: liber, culpabil, vrednic de pedeapsă. În toate aceste cazuri este pur și simplu o apărare contra forțelor vătămătoare inconștiente. Nu vedem pentru ce acele conștiente ar fi supuse altor legi”⁴⁴. Legile juridice fiind asimilate legilor naturale, orice limitare normativă a acestora este în mod principial exclusă, iar analiza lor științifică privește exclusiv randamentul obținut în atingerea scopurilor urmărite de către cel care le edictează și asigură prin forță respectarea lor. Astfel stând lucrurile, potrivit lui Vintilă Dongoroz (1893–1976) „justul” este nu numai „frate bun cu utilul”⁴⁵, ci se confundă în mod necesar cu acesta din urmă, în cuvintele lui Thomas Hobbes: „*jus* și *utile* înseamnă același lucru, iar puterea căreia nu i se poate rezista este una dreaptă”⁴⁶. În consecință, ideea de justiție este fie reconfigurată nominal, astfel încât să coincidă cu eficacitatea dreptului (penal) pozitiv, precum la Traian Pop („elementul dreptății nu este necesar pentru fundamentul pedepsei, fiindcă funcțiunea apărării sociale, fiind o funcțiune a statului, implică în sine dreptate, justiție, fiindcă statul fixează noțiunea justiției, dreptății și aceea ce face statul este drept, just”⁴⁷), fie total eliminată din determinarea conceptului de drept, precum la Vintilă Dongoroz: „dreptul nu este deci decât un ansamblu (un sistem) de reguli de conduită, impuse de puterea publică și menite a asigura ordinea în societate”⁴⁸. Considerând că „problema libertății de voință nu-și mai are locul în știința dreptului penal”⁴⁹ și, trecând

⁴¹ C. Rădulescu-Motru, *Personalismul energetic*, op. cit., pp. 389 și urm., 411/412.

⁴² I. Tanoviceanu, *Tratat*, I, N. 58.

⁴³ P. Pandrea, *Criminologia dialectică*, București, 1945, p. 53.

⁴⁴ I. Tanoviceanu, *Tratat*, I, N. 146.

⁴⁵ V. Dongoroz, *Drept penal*, N. 209.

⁴⁶ Hobbes, *Leviathan*, XIII, 8.

⁴⁷ T. Pop, *Drept penal comparat*, I, Orăștie, 1921, p. 372.

⁴⁸ V. Dongoroz, *Drept penal*, N. 82.

⁴⁹ V. Dongoroz, în: I. Tanoviceanu, *Tratat* I, N. 108¹; a se vedea G. JAKOBS, *Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit?*, în: D. Henrich (Hrsg.), *Aspekte der Freiheit*, Regensburg, 1982, pp. 69 și urm., 80: „Das Strafrecht kennt die Kategorie nicht, in die das Problem der Willensfreiheit gehört”; deosebit de instructiv P. Cary, *A Brief History of the Concept of Free Will: Issues That Are and That Are Not Germane to Legal Reasoning*, „Behavioral Sciences & the Law” 25 (2007), pp. 165 și urm.,

complet cu vederea faptul că, dincolo de orice rezolvare teoretică a acestei probleme, conceptul libertății voinței „nu este inventat de către dogmatica penală, ci îi este prestabilit acesteia, ca parte a realității culturale a interacțiunilor umane și prin aceasta ca parte a substratului preexistent dreptului penal”⁵⁰, Dongoroz propune, ca și Tanoviceanu, o rezolvare definitivă: „Liberul arbitru, îngropat de știință, trebuie înlăturat și de penaliști, fără temere că îndepărtarea lui va zdruncina morala oamenilor”⁵¹.

Ce anume înseamnă o asemenea rezolvare, exprimase deja cu multe secole înainte Sfântul Maxim Mărturisitorul: „Înlătură deci liberul arbitru și nici chipul lui Dumnezeu nu vom mai fi, nici suflet rațional și înțelegător; în mod firesc se va strica natura, nefiind ceea ce trebuia să fie”⁵². Tendința generală a acelei vremi de a renunța la *sistemul teoretic* în favoarea *eclectismului pragmatic* era bine subliniată de Valer Pop, ministrul justiției la data adoptării codului penal român din 1936: acest cod „are la temelie principiul clasic al *responsabilității morale* a infractorului, însă ține seamă de necesitatea apărării societății, bazată pe *pericolul* ce l-ar reprezenta delincventul pentru aceasta”, așadar „se întemeiază pe doctrina școalei clasice, adoptând însă tot ce experiența și practica a putut verifica și consacra din ideile noi ale școalei pozitivistice” și reprezentând astfel „o fericită îmbinare între cele două doctrine care ne face să fim siguri că ne-am așezat pe un teren solid”⁵³. Ion Ionescu-Dolj, președinte al secțiunii de drept public din cadrul Consiliului Legislativ la vremea acestei codificări, îi recunoaștea lui Tanoviceanu meritul de a fi „preparat generațiunea căreia destinul neamului îi rezervase cinstea să înlătură reforma codurilor” tocmai prin dezvoltarea „părții filosofice” – astfel că „doctrina tanoviceană, ca doctrină română” a inspirat această reformă, chiar dacă nu și în ce privește „dramatica problemă a liberului arbitru și a responsabilității morale a omului”, așadar tocmai acolo unde întreaga „parte filosofică” a zisei doctrine își avea fundamentul! – și atrage în același timp atenția asupra faptului că „curentul tehnico-juridic se ridică contra acestei metode, cerând separarea dreptului penal de filosofie și știința criminală”⁵⁴. Refuzând în mod explicit ideea *responsabilității* făptuitorului ca „*persoană* de drept penal”, Vintilă Dongoroz optează pentru raportarea *naturalistă* la „capacitatea psiho-fiziologică a

176 și urm., 179: „an extremely important metaphysical debate, but not one to be adjudicated in a court of law”.

⁵⁰ B. Schünemann, *Die Entwicklung der Schuldlehre in der Bundesrepublik Deutschland*, în: H.-J. Hirsch / T. Weigend (Hrsg.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989, pp. 147 și urm., 151.

⁵¹ V. Dongoroz, în: I. Tanoviceanu, *Tratat I*, N. 175¹.

⁵² Sf. Maxim Mărturisitorul, *Scolii* apud N. Matsoukas, *Teologia dogmatică și simbolică*, IV, trad. C. Coman/C.E.-Chivu, București, Ed. Bizantină, 1999, p. 59.

⁵³ V. Pop, *Prefață*, în: Rătescu C.G. ș.a. (coord.): *Codul penal „Regele Carol II” adnotat*, București, 1937, p. X.

⁵⁴ I. Ionescu-Dolj, *Contribuțiunea profesorului Ion Tanoviceanu la progresul științei penale române*, Academia Română – „Memoriile Secțiunii Istorice” Seria III, XXIII (1941), pp. 381 și urm., 404, 409.

unui individ de a-și da seamă de natura, valoarea și consecințele actelor sale”, ori „normalitatea tuturor facultăților cari participă la actele complexe de cunoaștere, pricepere și voință”: „dreptul penal nu are nevoie și nu se bazează pe ideea de responsabilitate, atât de aleatorie și echivocă. Legile penale intervin când se constată (sic!) un fapt penal, nu fiindcă infractorul și-a angajat responsabilitatea zisă morală, socială, legală sau oricum altfel, ci fiindcă societatea a crezut *util și drept* să intervină, deci fiindcă incidența legii penale e necesară”⁵⁵.

II

Dreptul penal al Romei republicane este un altfel de drept penal decât cel exprimat în *Constitutio Criminalis Carolina* la 1532, și acesta din urmă aparține unei alte societăți decât dreptul unui *code pénal* din 1810 ori cel al unui *Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich* din 1871, în virtutea diferenței dintre principiile ordinii sociale într-o republică din Antichitate, un Imperiu medieval și un stat european modern considerat în diferitele faze și ipostaze naționale ale acestei modernități, nu mai puțin însă: toate sunt *împreună fundamental diferite* de „dreptul” codurilor penale sovietice din 1919 și 1922 ori de cel rezultat în urma aplicării codului penal german din 1871 sub regimul hitlerist, așadar într-o „stare naturală” caracterizată prin raporturile de forță configurate în termenii dictaturii proletarietului respectiv voinței *Führer*-ului. Trecând cu vederea tocmai *realitatea socială* a statelor ajunse sub stăpânirea bandelor hitleriste și bolșevice, o realitate caracterizată de faptul evident că „o normă pe care nimeni nu o mai socotește legitimă în afară de poliție (aceasta din urmă, însă, având forța de partea ei) nu le mai apare celor din afara poliției ca o normă obligatorie, ci ca formulă a condițiilor în care este aplicată constrângerea”⁵⁶, astfel că prin „Nazi subversion of legal forms” și „Soviet abolition of law”⁵⁷ se ajunge în mod inevitabil la contradicția unui „law in a lawless regime”⁵⁸ și la așezarea semnului egalității între drept și o simplă «régularisation de la violence»⁵⁹, Hans Kelsen reformulează teza lui Hobbes potrivit căreia „dreptatea și nedreptatea nu există înainte de constituirea statului”⁶⁰ argumentând tocmai că „dacă dreptatea este considerată criteriu al ordinii

⁵⁵ V. Dongoroz, în: I. Tanoviceanu, *Tratat*, I, N. 594¹⁻².

⁵⁶ G. Jakobs, *Zur Genese von Rechtsverbindlichkeit*, în: G. Höver (Hrsg.), *Verbindlichkeit unter den Bedingungen der Pluralität*, Hamburg, 1999, pp. 5 și urm., 36; a se vedea și J. Hruschka, *Die Todesschüsse an der Berliner Mauer vor Gericht*, JZ 1992, pp. 665 și urm., 667/667; R. Zaczyk, *Über Begründung im Recht*, în: Id. ș.a. (Hrsg.), *Festschrift für E. A. Wolff*, Berlin, W. de Gruyter 1998, pp. 509 și urm., 512.

⁵⁷ M. Rooney, *Law Without Justice? – The Kelsen and Hall Theories Contrasted*, Notre Dame, L. 23 (1948), pp. 140 și urm., 141.

⁵⁸ J. H. Siegelbaum, *The Right Amount of Rights*, B. U. Intl. L. J. 20 (2002), pp. 73 și urm., 77.

⁵⁹ H. Donnedieu de Vabres, *La politique pénale des États autoritaires*, Paris, 1938, p. 13.

⁶⁰ Hobbes, *Leviathan*, XVIII, 4 (OL).

normative numite drept, ordinele coercitive capitaliste ale lumii apusene, privite din perspectiva idealului de dreptate comunist, și ordinea coercitivă comunistă a Uniunii Sovietice, privită din punctul de vedere al idealului de dreptate capitalist, nu înseamnă drept”, astfel că „o noțiune de drept ce duce la asemenea consecințe nu poate fi acceptată de o știință juridică pozitivistă”⁶¹.

Deoarece dreptul este așezat de Kelsen „pe un plan cu totul deosebit și neatârnat de faptele sociale”⁶², constatarea lui Petre Pandrea cum că „neokantianismul formalist este incapabil să explice problemele centrale, ca statul și coercițiunea”, chiar împreună cu trimiterea aferentă la „critica nimicitoare și definitivă a lui Erich Kaufmann și Rudolf Smend”, nu constituie, luată în sine, nimic ieșit din comun; dimpotrivă, cel puțin *prima facie*, ea este cât se poate de plauzibilă. Întregul capitol din *Criminologia dialectică*, pe care Petre Pandrea îl consacră metodologiei penale române, stă deja din chiar titlul său sub semnul „controversei metodologice, iar cheia de lectură este oferită de chiar *retraducerea* acestei sintagme în limba germană: *Methodenstreit*. Dezbaterea pe care Pandrea o *construiește*, mai mult sau mai puțin artificial, între Ioan Tanoviceanu și Vintilă Dongoroz, are ca model evident o controversă metodologică *reală* născută pe tărâmul dreptului constituțional din Germania Republicii de la Weimar și continuată în anii celui de-al Treilea Reich⁶³ cu o virulență deosebită în domeniul dreptului penal⁶⁴. Critica la adresa lui Dongoroz dobândește acum accentele specifice hitlerismului penal. „Școala dongoroziană este o școală retrogradă, comparată cu momentul istoric prin care trecem: este o școală liberal-iluministă și atomizant-raționalistă”, ca atare ireconciliabilă cu „o nouă mistică a statului, individul fiind subordonat comunității”, iar înfracțiunea reprezentând „ieșirea din cercul magic al comunității”, pe scurt: „dreptul penal contemporan este un drept irațional”. Poziția cât se poate de dubioasă a acuzării înseși, poziție care va deveni limpede o dată cu transferul aceleiași acuzații asupra lui Vintilă Dongoroz, unde cercul lărgit al criticilor cuprinde pe lângă „constituționaliști emeriți” precum Carl Schmitt și „penaliști sociologi” precum Wilhelm Gallas, autori care „își fac o diabolică plăcere intelectuală să sublinieze tocmai rădăcinile filosofice, politice și sociale ale juridicismului pur reprezentat de Kelsen”, a cărui doctrină era o pledoarie (și numai o pledoarie) *pro domo*, „născută din complexul habsburgic pentru a apăra o anumită siguranță juridică liberală a unei anumite pături saturate din imperiul austro-ungar”. Dintre judecătorii chemați să dea sentința definitivă în procesul formalismului juridic (penal) fac parte Roland Freisler (1893–1945), viitorul președinte de tristă amintire al sângerului *Tribunal al poporului*, „ministrul de

⁶¹ H. Kelsen, *Doctrina pură a dreptului*, p. 70.

⁶² M. Djuvara, *Eseuri de filosofie a dreptului*, p. 193.

⁶³ Pentru dezvoltările următoare a se vedea B. Rüthers, *Dreptul denaturat: Teorii ale dreptului și juriști proeminenți în cel de-al Treilea Reich*, trad. și studiu introductiv M. Bălan, Iași, Editura Universității A.I.I. Cuza 2005, pp. 76 și urm., 79.

⁶⁴ G. Dahm, *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, ZStW, 57 (1938), pp. 225 și urm.

justiție Gürtner” și chiar *SS-Standarten-führer*-ul Reinhard „Höhn, un mare procedurist german” susținător a ceea ce Pandrea numește „o procedură a purificării” prin care „în mod alternativ, colectivitatea națională este purificată de un membru al său care iese din norme și este însuflețit de o josnică mentalitate .. sau ... se dă ocazie unui inculpat să se spele și să se purifice de acuzația adusă”. Astfel stând lucrurile, nu este de mirare că referințele criticii lui Pandrea se modifică simțitor în raport cu cele folosite în stigmatizarea firmamentului tehnico-juridic italian. „Despre istoria europeană a metodei tehnico-juridice voi da numai două referințe. Voi aminti de lucrarea lui Herbert Krüger despre *Gândire juridică și tehnică juridică în dreptul penal liberal* și de Wilhelm Gallas în *Critica doctrinei infracțiunii ca leziune a unui bun juridic*”⁶⁵. Ambele lucrări indicate de Pandrea trebuie văzute în contextul general al eforturilor inclusiv doctrinare, întreprinse în Germania anilor 1930 pentru „reînnoirea dreptului penal” în acord cu ideologia hitleristă; de aceea, „Gallas polemizează în special cu doctrinarii și adepții metodei tehnico-juridice care elimină valorificările social-etice, singurele care fac posibilă priceperea infracțiunii ca fenomen comunitar și care încearcă să scoată aceste preocupări esențiale din dreptul penal, calificându-le ca *metafizică*”. După lungi pasaje în care Kelsen și Dongoroz sunt criticați ca antimetafizicieni, Pandrea va continua această idee: „Împreună cu Gallas și cu o parte a doctrinei penale moderne, socotim că valorificările social-etice nu pot fi excluse, fiindcă ele sunt «preocupări esențiale din dreptul penal». Demonetizarea acestor cercetări prin faptul etichetării lor ca «preocupări metafizice» este caracterizată de Gallas ca mentalitate liberală, care drapăază sub «tehnicitate» poziția originară antico-munitară, mecanicistă, atomizantă și antistatală, derivativ intelectual al Revoluției franceze de la 1789 și al pașoptismului european”⁶⁶.

Textul de referință pentru Pandrea este „lecția inaugurală ținută la Leipzig în 3 ianuarie 1934” despre *Știința politică a dreptului penal* de Friedrich Schaffstein (1905–2001), „unul din elevii profesorului de drept constituțional Carl Schmitt”⁶⁷. Programul propus de Schaffstein și considerat emblematic pentru concepția nazistă a dreptului penal este radical. „În noul stat caracterizat prin totalitatea mișcării național-socialiste care îl stăpânește, știința dreptului penal nu poate fi gândită decât ca o știință politică a dreptului penal”. „Aproape toate normele, conceptele și diferențierile dreptului nostru de până acum sunt atinse de spiritul Iluminismului și, de aceea, ele trebuie reformate și reconfigurate pe bazele unei noi gândiri și ale unei noi experiențe”⁶⁸. Tradiția juridică din care se născuseră și codurile legate de

⁶⁵ H. Krüger, *Rechtsgedanke und Rechtstechnik im liberalen Strafrecht*, ZStW, 54 (1936), pp. 591 și urm.; W. Gallas, *Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung*, în: *Probleme der Strafrechtsrenewierung: Festschrift für Graf Gleispach*, Berlin/Leipzig, 1936, pp. 50 și urm., 58.

⁶⁶ P. Pandrea, *Criminologia dialectică*, p. 35, 62, 68, 69, 70, 85, 109, 110, 207, 389; *Doctrina modernă a pedepsei*, p. 65. Pentru perspectiva asupra lui Kelsen a se vedea astăzi și I. Stewart, *The Critical Legal Science of Hans Kelsen*, J.L. & Soc’y, 17 (1990), pp. 273 și urm., 275 și urm.

⁶⁷ P. Pandrea, *Criminologia dialectică*, p. 95.

⁶⁸ F. Schaffstein, *Politische Strafrechtswissenschaft*, Hamburg, 1934, p. 6, 26.

numele lui Napoleon – „the Stalin of the French Revolution”⁶⁹ – este astfel combătută, însă prin luarea ca punct de reper nu a metafizicii lui Toma din Aquino, ci a unui naturalism colectivist inspirat de Adolf Hitler. Roland Freisler despre juriștii hitleriști și felul în care văd ei preocupările metafizice: „Noi nu mai pornim de la individ și de la micul său eu. Noi pornim de la comunitate (*Gemeinschaft*) și considerăm că sensul vieții fiecăruia constă în a trăi pentru comunitate”, și anume „potrivit voinței acestei comunități exprimate în mod autoritar prin proclamațiile *Führer*-ului”⁷⁰. Reclamând pentru sine atât „preocupările metafizice” (în vreme ce reprezintă în realitate o inversiune sistematică a vechilor doctrine metafizice⁷¹), cât și recursul la „ordinea morală națională” (în vreme ce reprezintă în realitate o ideologie profund anti-morală și esențialmente anti-națională), hitlerismul pseudo-juridic (penal) își precizează inamicul ideologic: pozitivismul juridic și corelatul acestuia din urmă în teoria dreptului penal, așadar doctrina bunului juridic. Istoria definirii infracțiunii ca „o călcare a unui bun juridic” și a înțelegerii dreptului penal ca „o colecție de norme cu ajutorul cărora se organizează protejarea bunurilor juridice” este conturată corect de Pandrea, pe urmele lui Schaffstein, pornind de la „originea liberală ... evidentă” în concepțiile lui Anselm Feuerbach și Julius Birnbaum⁷², cărora le este însă contrapusă în spiritul de acum obișnuit, referința ce se dorește decisivă: „Schaffstein, care împreună cu Dahm, este unul din inițiatorii și conducătorii școlii penale contemporane germane denumită „Școala de la Kiel”, caracterizează această doctrină a bunurilor juridice ca o „transformare a concepției iluministe de drept natural asupra infracțiunii considerată ca o lezare a unui drept subiectiv oarecare”, iar Walter Schwartz .. adaugă: „dreptul penal, însă, nu este un complex de norme, artificial creat, din considerente de finalitate raționalistă, ci un fragment al ordinii naționale morale. În dreptul penal nou, infracțiunea apare ca o expresie a unor mentalități josnice și anti-sociale și ca o lezare a datoriei față de comunitate”⁷³.

Răfuiala cu Karl Binding și Franz von Liszt, clasicii doctrinei bunului juridic⁷⁴, era din punct de vedere ideologic inevitabilă. Pandrea orientează în acest

⁶⁹ H. J. Berman, *Law and Belief in Three Revolutions*, Val. U. L. Rev., 18 (1984), pp. 569 și urm., 615.

⁷⁰ R. Freisler, *Nationalsozialistisches Recht und Rechtsdenken*, Berlin, W. de Gruyter, 1938, p. 53, 68. – Detaliat asupra jargonului juridic hitlerist M. Stolleis, *Gemeinschaft und Volksgemeinschaft: Zur juristischen Terminologie im Nationalsozialismus*, „Vierteljahrhefte für Zeitgeschichte” 20 (1972), pp. 16 și urm.

⁷¹ W. Schild, *Die nationalsozialistische Ideologie als Prüfstein des Naturrechtsgedankens*, în: G. Luf (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für R. Marcic*, Berlin, Duncker & Humboldt, 1983, pp. 437 și urm.

⁷² J. M. F. Birnbaum, *Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens*, Archiv des Criminalrechts, 14 (1834), pp. 149 și urm.; K. Amelung, *J.M.F. Birnbaums Lehre vom strafrechtlichen «Güter»-Schutz als Übergang vom naturrechtlichen zum positivistischen Rechtsdenken*, în: D. Klippel (Hrsg.), *Naturrecht im 19. Jahrhundert*, Goldbach, 1997, pp. 349 și urm.

⁷³ P. Pandrea, *Criminologia dialectică*, p. 86 cu trimitere pe de o parte la A. Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 12. Aufl. (1836), § 21, pe de altă parte la F. Schaffstein, *Das Verbrechen als Rechtsgutsverletzung? „Deutsches Strafrecht” I* (1935), p. 93 și W. Schwartz, *Industriespionage*, Breslau, 1937, p. 71.

⁷⁴ Armin Kaufmann, *Die Aufgabe des Strafrechts*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1983, p. 5.

punct critica lui Schaffstein către Vintilă Dongoroz: Binding reprezintă „școala clasică a pozitivismului normativist”, anume deoarece el „nu acceptă decât dogmatica pozitivă, la fel ca Dongoroz, stabilind o teorie a normelor după care infracțiunea nu este altceva decât o călcare a normei fixate de Stat”; în vreme ce Franz von Liszt, „cel mai ilustru reprezentant al liberalismului penal în Germania”, ține de „școala (zisă modernă) a pozitivismului de tip naturalist” și „se apropie metodologic de punctul de vedere al lui Dongoroz”; chiar dacă Liszt, altfel decât penalistul român, „a adus o eficiență corectură formalismului liberal prin atenția acordată politicii criminale, ... metodologia lui Dongoroz nu diferă de metodologia lui Franz von Liszt, fiindcă este metodologia timpului și a filosofiei raționaliste, derivate din raționalism cartezian (la Dongoroz) și din raționalism kantian (la Franz von Liszt)”⁷⁵. Altfel decât consideră Pandrea, raționalismul lui Liszt – ca metodă de studiu al dreptului penal – nu are nimic comun cu perspectiva filosofiei practice kantiene, ci cu raționalitatea specifică științelor naturii⁷⁶, ceea ce face însă imposibilă o concepție a dreptului penal din perspectiva ordinii sociale. De aceea, în final Pandrea are dreptate: „Liszt pornește de la societate ca de la un fapt dat, ceea ce nu este cazul. Eroarea este de natură metodologică: „fundamentele metodologice ale științei penale sunt condiționate de necesitățile speciale ale situației politice și spirituale, precum și de formele legii pozitive”. Metodologia penală este „un inventar de instrumente formale, relativ constante, față de conținutul schimbător al codificărilor penale”⁷⁷. După exact douăzeci de ani, ultima dintre cele două propoziții evidențiate de Petre Pandrea într-o lucrare din 1930 a neokantianului german Max Grünhut (1893–1964) privind *Fundamentele metodice ale științei dreptului penal de astăzi*⁷⁸ inaugurează fulminanta contribuție a lui Hans Welzel (1904–1977) la volumul memorial consacrat lui Grünhut în 1965 și tratând *Despre ceea ce este permanent și despre ceea ce este efemer în știința dreptului penal. „Gibt es in der Rechtswissenschaft irgend etwas Konstantes? Există ceva constant în știința dreptului?”*⁷⁹. Tocmai deoarece consideră că știința dreptului penal „nu este o știință abstractă, ci o disciplină ce trebuie să țină seama de realități” tot astfel precum și „dreptul penal, prin excelență, trebuie să țină seama de realități”⁸⁰, Vintilă Dongoroz ar fi putut fi atras mai degrabă de o teorie a dreptului penal care a revoluționat știința dreptului penal în a doua jumătate a secolului XX⁸¹, elaborată pornind de la premisa că „realitatea juridică trebuie să fie

⁷⁵ P. Pandrea, *Criminologia dialectică*, p. 89, 90, 97.

⁷⁶ A se vedea G. Jakobs, *Strafrecht als wissenschaftliche Disziplin*, în: C. Engel / W. Schön (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaften*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, pp. 103 și urm., 119 și urm.

⁷⁷ P. Pandrea, *Criminologia dialectică*, p. 220/221.

⁷⁸ M. Grünhut, *Die methodischen Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft*, în: A. Hegler (Hrsg.), *Festgabe für Reinhard von Frank*, I, Tübingen, Mohr (Siebeck) 1930, pp. 1 și urm., 31, 32.

⁷⁹ H. Welzel, *Abhandlungen zum Strafrecht und Rechtsphilosophie*, Berlin, W. de Gruyter 1975, p. 345.

⁸⁰ V. Dongoroz, în: I. Tanoviceanu, *Tratat*, II, N. 1350¹⁰; Idem., *Drept penal*, N. 186.

⁸¹ A se vedea pe larg H.-J. Hirsch, *Zum 100. Geburtstag von Hans Welzel*, ZStW 116 (2004), pp. 1 și urm.; Armin Kaufmann, *Le rôle de la notion de l'acte dans le droit pénal allemand*, „Annales

a unei persoane care a judecat, care a raționat, care a avut o intenție conștientă” astfel că „după cum a avut o intenție sau alta, realitatea juridică, faptele, se luminează juridicește într-un fel sau altul”⁸². O concepție în cadrul căreia *fapta*, ca proces determinat în mod esențial prin *scopul* urmărit de om, și *vinovăția*, ca expresie a responsabilității omului pentru îndeplinirea obligațiilor ce îi revin ca *persoană* în virtutea unei ordini normative supraordonate propriei *individualități*, sunt considerate „structuri logice ale realității” preexistente oricărei decizii legislative⁸³. Autor nu numai al unor studii de importanță capitală pentru știința dreptului penal, ci și al unei istorii a dreptului natural rămase neîntrecută până astăzi, Welzel sintetiza astfel „ceea ce rămâne” din această istorie dincolo de uriașa diversitate a ideilor: „recunoașterea omului ca *persoană responsabilă*”. Dincolo de orice alte idei, aceasta este cea pe care Dongoroz înțelege să o respingă, iar consecințele acestei respingeri marchează întreaga teorie și dogmatică penală elaborată în baza propriului său program. Concepția „din nefericire foarte răspândită și adânc înrădăcinată” potrivit căreia „abordarea dreptului penal este o chestiune de simplă «tehnică juridică»”, este considerată de Welzel „greșită și profund periculoasă” întrucât „pornește de la premisa că dreptul este în integralitatea sa un produs al legiuitorului; că legiuitorul poate administra în mod arbitrar materia juridică și că dogmatica juridică este, prin urmare, numai elaborarea tehnică a acestei materii juridice «întâmplătoare»”; invers, explicarea finalităților a dreptului penal „pornește de la convingerea că legiuitorul nu este în nici un fel omnipotent, fiind condiționat de limite date și determinate în materia dreptului, iar găsirea și cunoașterea acestor limite reprezintă misiunea unui demers științific în dreptul penal”⁸⁴.

Și potrivit tehnicismului juridic, știința dreptului „are elemente proprii de lucru, indispensabile fie și pentru cele mai reduse cercetări. Aceste elemente sunt norme juridice, adică dreptul obiectiv, sunt drepturi și obligații juridice subiective, sunt subiecte capabile de a avea drepturi și obligații, adică persoane juridice (oameni sau colectivități omenești). În afara lor nu există nici o știință a dreptului și nici a dreptului penal”⁸⁵. Deosebirea față de Welzel apare de îndată ce acest enunț

de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse” XXI (1973), pp. 11 și urm.; G. Stratenwerth, *Die Bedeutung der finalen Handlungslehre für das schweizerische Strafrecht*, SchwZSt 1965, pp. 179 și urm.; F. Loos, *Hans Welzel (1904–1977): Die Suche nach dem Überpositiven im Recht*, în: Id. (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in Göttingen*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1987, pp. 486 și urm.

⁸² M. Djuvara, *Teoria generală a dreptului*, p. 42.

⁸³ H. Welzel, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, pp. 103 și urm.; Idem., *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1962, p. 244; G. Stratenwerth, *Das rechtstheoretische Problem der Natur der Sache*, Tübingen, 1957; Z. Tjong, *Der Ursprung und die philosophische Grundlage der Lehre von den sachlogischen Strukturen im Strafrecht*, ARSP, 54 (1968), pp. 411 și urm.; Armin Kaufmann, *Problems of Cognition in Legal Science with Reference to Penal Law*, „Law and State” 1 (1970), pp. 18 și urm., 26: „structures of things logically and cogently correlated to valuations”.

⁸⁴ H. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 1; *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, p. 239, 244; *Derecho Penal, Parte General*, trad. C. Fontan Balestra, Buenos Aires, R. Depalma, 1956, p. VII.

⁸⁵ A. Rocco, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, Riv. it., 1910, pp. 561 și urm., 570/572.

este întregit cu precizarea lui Mircea Djuvara, potrivit căruia «toate aceste categorii: normă juridică, libertate, persoană, drept obligație, responsabilitate, obiect de prestație, act juridic, se regăsesc în orice enunțare juridică, în orice domeniu ar fi, deci și în dreptul pozitiv. Fără ele nu există gândire juridică – „practică” în sensul kantian – ci ar putea fi numai o cunoștință „teoretică”, cum e cea a științelor despre natură». Tot Mircea Djuvara este acela care în chiar debutul *Teoriei generale a dreptului* din 1930 denumește aceste categorii „permanente juridice”, împrumutând acest termen de la Edmond Picard (1836–1924), „un cunoscut juris-consult belgian ... care a vorbit cel dintâi de permanente juridice” și „din nefericire, deseori fără suficientă precizie filosofică, a reușit să vulgarizeze ideea unui drept pur”⁸⁶. Fără a se referi la Djuvara, Pandrea preia această referință – „permanențele penale nu pot fi găsite cu metoda tehnico-juridică” – și o îndreaptă în 1945 împotriva lui Dongoroz: „nu există justiție în sine și Dreptul pur (așa cum a vrut să-l construiască juristul belgian Edmond Picard), ci o justiție cu pecetea clasei, un Drept dedus din realități sociale și cu interpretări sociologice”⁸⁷. Formula avea să facă o adevărată carieră abia începând din 1956, atunci când Ion Gheorghe Maurer lansează într-un faimos *Cuvânt înainte* pentru primul număr din *Studii și Cercetări Juridice* un „program” de reconsiderare a teoriei dreptului socialist român în lumina constantelor dreptului. Considerat la sfârșitul anilor 1930 a fi reprezentantul unei „școli liberal-iluministe și atomizant-raționaliste” de către un Pandrea fascinat de hitlerismul penal și pentru care „doctrina modernă penală a părăsit concepția liberală a infracțiunii, care este considerată acum tot ca o călcare, dar nu a unor bunuri juridice individuale sau statale, ci ca o călcare a datoriei de credință față de comunitatea statală și națională”, tot Vintilă Dongoroz, constrâns acum să folosească și el un „limbaj special compus din contorsioni stilistice, aluzii de fabulist și reticențe de criptograf”⁸⁸, este însă acela care în 1965, pe linia lui Maurer, se vede constrâns să afirme că „dreptul este voința clasei dominante ridicată la rangul de lege” («characterul de clasă al unui sistem de drept penal este dat de felul formațiunii sociale, de tipul orânduirii sociale și de stat în viața căreia funcționează acel sistem de drept penal»), iar în 1970 să așeze în antiteză „relațiile sociale” și „drepturile, interesele sau bunurile care în orânduirea capitalistă au ca principali și reali beneficiari pe membrii clasei dominante”. Afirmția lui Dongoroz potrivit căreia „ocrotirea relațiilor sociale care sunt amenințate sau atinse prin săvârșirea unei fapte care prezintă pericol social, ca obiect juridic al infracțiunii, este o concepție proprie dreptului socialist” este în mod evident implauzibilă: proprie socialismului penal nu poate fi decât ocrotirea relațiilor sociale „specifice orânduirii socialiste”⁸⁹, în nici un caz însă abordarea infracțiunii ca vătămare adusă relațiilor sociale (ordinii normative a unei societăți) *în genere*. Întrucât dreptul penal socialist funcționa ca „inițiator al proceselor necesare de

⁸⁶ M. Djuvara, *Drept rațional, izvoare și drept pozitiv*, pp. 500 și urm., 503; *Teoria generală a dreptului*, p. 7, 11, 25.

⁸⁷ P. Pandrea, *Criminologia dialectică*, p. 72, 462.

⁸⁸ P. Pandrea, *Criminologia dialectică*, p. 35, 464. Pandrea se referă aici la propria sa experiență.

⁸⁹ V. Dongoroz, *Explicații teoretice*, III, p. 3; *Explicații teoretice*, I, p. 1, 2.

schimbare a societății, prin educarea populației în spiritul conștiinței socialiste”, infractorul nu putea fi conceput decât ca unul dintre acele „elemente insuficient evolute, dar susceptibile de reeducare”⁹⁰, iar analiza teoretică a infracțiunii ca vătămare adusă *relațiilor sociale* (ordinii normative *reale* a societății), așadar ca faptă care „nu pune în pericol doar o persoană particulară, ci însăși existența socială”⁹¹, era în socialism tot atât de imposibilă precum o elaborare sistematică a întregii teorii generale a infracțiunii prin referire la „conceptul încălcării imputabile a unei obligații”⁹² înțelese ca „datorința” unei persoane de respectare a ordinii de drept⁹³ și nu ca „obligația primordială de fidelitate față de comunitatea de iubire și de viață în care se găsește încadrat prin naștere și destin”⁹⁴ sub regimul nazist.

III

„En fait, il n'existe aucune orientation théorique générale, aucun courant de la philosophie du droit qui n'aurait défini, d'une manière ou d'une autre, sa position à l'égard de ce que, selon nous, improprement on appelle souvent le «problème du droit naturel», s'agissant en réalité – lorsqu'on se réfère au *problème*, comme tel, et non point à *la solution* donnée à ce problème par les conceptions de droit naturel, – de la recherche du fondement de l'activité créatrice de droit (ou, plus exactement, des facteurs de configuration des réglementations juridiques), ainsi que des critères d'appréciation de l'*efficacité sociale*, de la *valeur éthique* et de la *validité juridique* des réglementations juridiques existantes”⁹⁵. Formularea *problemei dreptului natural* de către Anita Naschitz în 1966 oferă cheia de interpretare a textului art.17 (1) din codul penal român adoptat la 21 iunie 1968, indicând direcția pe care ar fi trebuit să o urmeze doctrina penală românească din momentul în care analiza acestei probleme – altfel decât în cadrul fixat de ideologia marxistă – a redevenit posibilă. Din nefericire însă, drumul care a fost urmat și care a condus la reforma penală din 2009, a fost cu totul altul. Motivată tocmai prin trimiterea la faptul că „foarte multe din ideile exprimate în lucrare își păstrează actualitatea, constituind repere diriguitoare, momente de referință și surse de înțelepciune la care apelează frecvent doctrina actuală cu o admirație și un respect nemărginit față de clarviziunea și profunzimea ideilor profesorului”, în condițiile în care „transformările

⁹⁰ H.-L. Günther, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik im vereinten Deutschland*, ZStW, 103 (1991), pp. 851 și urm., 854; a se vedea și V. Dongoroz, *Sinteze asupra noului cod penal*, SCJ 1/1969, pp. 7 și urm., 8/9.

⁹¹ Kant, *Metafizica moravurilor*, AA, VI, 331.

⁹² J. Hruschka, *Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?*, JZ, 1985, pp. 1 și urm., 9; P. Rossi, *Traité de droit pénal*, I, Paris 1872, p. 249: «l'élément essentiel du délit est la violation d'un devoir».

⁹³ T. Pop, *Drept penal comparat*, II, Cluj 1924, p. 342, 346.

⁹⁴ P. Pandrea, *Criminologia dialectică*, p. 451.

⁹⁵ A. Naschitz, «*Le problème du droit naturel*» à la lumière du marxisme, RRSS-SJ, 10 (1966), pp. 19 și urm., 21.

sociale, economice și politice petrecute în ultimii ani în țara noastră ... au readus în actualitate unele din ideile inițiale ale profesorului, mai ales pe cele privitoare la specificul ilicitului penal, la fundamentul pedepsei și al dreptului penal⁹⁶, reeditarea din 2000 a tratatului dongorozian din 1939 sub egida Asociației Române de Științe Penale este simptomatică pentru reluarea de către doctrina românească a programului dongorozian în forma lui originară. Renunțarea la „punctul de vedere al pericolului pe care îl reprezintă o acțiune pentru societate” și deopotrivă la înțelegerea acțiunii înseși drept „exteriorizare a voinței ca subiectivă sau morală”⁹⁷, reprezintă esența programului metodologic dongorozian formulat în mod *explicit anterior Explicațiilor teoretice*, așadar a „formalismului neokantian al metodei tehnico-juridice”, formalism care „săvârșește în mod fatal erori, refuzând să ia în considerație la rezolvarea ecuațiilor penale cele două coordonate”⁹⁸.

La scurtă vreme după prăbușirea hitlerismului, Hans Welzel demonstrează că pervertirea ideologică a teoriei și practicii dreptului penal între 1933 și 1945 a reprezentat o dezvoltare consecventă a doctrinelor pozitivistice și neokantiene formulate anterior, alegând pentru aceasta tocmai exemplul anti-juridicității materiale. „Considerat în ansamblul său, dreptul penal al național-socialismului poate fi caracterizat ca fiind în mod extrem utilitar și naturalist. «Just est ceea ce este util poporului». «Pedepsa este un mijloc de purificare biologică a poporului». Dar nu existaseră și înainte doctrine similare? Nu se observă tendințe puternice ale științei dreptului penal, în mare măsură naturaliste și utilitariste deja din a doua jumătate a secolului trecut? Mult timp înainte de național-socialism, anti-juridicitatea «materială» era caracterizată ca pagubă socială; era justificată o faptă care aducea societății mai mult folos decât pagubă”⁹⁹. Consacrarea de către instanța supremă a Germaniei în 1927, pornind de la acest principiu, a stării de necesitate drept cauză justificativă a avortului atunci când el reprezintă ca singură soluție de salvare a femeii gravide este considerată *licită*, are a fi explicată teoretic ca transformare a omului nenăscut – în situația respectivă – dintr-o *persoană* într-un simplu *bun* asupra căruia celelalte *persoane* pot dispune în acord cu *interesele* acestora¹⁰⁰. Aceleași construcții teoretice fiind preluate nu numai de către național-socialismul hitlerist, ci și de internațional-socialismul bolșevic, ele se vor regăsi nu numai într-o retraducere germană valabilă pentru zona Germaniei aflată sub ocupație sovietică¹⁰¹, ci și în limbajul noii doctrine penale dintr-o Românie intrată în sfera aceleiași

⁹⁶ G. Antoniu, *Cuvânt înainte*, în: V. Dongoroz (coord.), *Explicații teoretice*, I, p. V.

⁹⁷ Hegel, *Principiile filosofiei dreptului*, § 218, *Adaos*, § 113.

⁹⁸ P. Pandrea, *Criminologia dialectică*, p. 60/61. Pandrea greșește la rândul lui, atunci când convoacă pentru explicarea omului în acest context „psihologia, filosofia și biologia”.

⁹⁹ H. Welzel, *Teoria de acțiune finalistă*, Buenos Aires, Astrea, 1951, pp. 9 și urm., 11.

¹⁰⁰ G. Jakobs, *Rechtmässige Abtreibung von Personen?*, JR, 2000, pp. 404 și urm.; Idem, *Personalität und Exklusion im Strafrecht*, în: N. Courakis (Hrsg.), *Festschrift für D. Spinellis*, Athen, 2001, pp. 447 și urm., 454 și urm.

¹⁰¹ J. Renzikowski, *Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht der ehem. DDR*, ZStW, 106 (1994), pp. 93 și urm.

ocupații: fapta săvârșită în legitimă apărare este un act „socialmente util” întrucât „contribuie la apărarea drepturilor și intereselor ocrotite de lege și la întărirea ordinii de drept” și la fel, „faptele săvârșite în stare de necesitate” – circumscrise în formula generală privind „salvarea unui interes prin încălcarea altui interes” – au un caracter socialmente „util”¹⁰². Fondarea așa-numitelor cauze justificative pe „ideea absenței unui prejudiciu adus ordinii sociale” deoarece făptuitorul acționează ca „purtător al intereselor sociale și al voinței colective”¹⁰³, astfel că „în cazul unei cauze justificative suntem în prezența a două valori sociale sau interese în conflict, dintre care numai una poate fi salvată”¹⁰⁴ nu ține seama tocmai de faptul că „the principle of balancing of interests remains an extraordinarily unstable foundation for justification ... because the principle can be given content according to arbitrary preconceptions”¹⁰⁵ considerarea subiectivității juridice în termenii naturaliști ai *voinței umane arbitrare* presupune și ea o concepție despre dreptul obiectiv ca ordine rezultată dintr-o *voință arbitrară* a statului transformat din *garant al drepturilor persoanelor* în *administrator* al coliziunilor de *interese individuale*¹⁰⁶.

Experiența istorică confirmând din plin că „pozitivismul juridic, care instaurează divinizarea intangibilă și absolută a autorității legii scrise, fără să o verifice în fiecare clipă prin apelul la ideea de justiție, este o concepție nu numai greșită, dar și adânc primejdioasă”¹⁰⁷, era de așteptat ca revoluțiile est-europene să readucă în atenție așa-numita renaștere a dreptului natural înregistrată în Germania primelor două decenii postbelice¹⁰⁸, astfel că prăbușirea unei ordini impuse prin

¹⁰² V. Papadopol, *Drept penal, partea generală*, în: *Ministerul Justiției, Manual Juridic*, București, Ed. Științifică, 1957, pp. 325 și urm., 344 și urm., 345, 346.

¹⁰³ G. Antoniu, *Vinovăția penală*, București, EAR, 2004, p. 211.

¹⁰⁴ F. Streteanu, *Tratat de drept penal PG, I*, București: CH Beck, N. 245.

¹⁰⁵ T. Lenckner, *The Principle of Interests Balancing as a General Basis of Justification*, *BYU L. Rev.*, 1986, pp. 644 și urm., 668.

¹⁰⁶ G. Geismann, *Menschenrecht, Staat und materiale Gerechtigkeit*, *JRE*, 3 (1995), pp. 213 și urm.; J. Ebbinghaus, *The Law of Humanity and the Limits of State Power*, „Ethics” 3 (1953), pp. 14 și urm., 15. „A lawful and not arbitrary determination of what men are free to do” presupune că „this law does not protect interests at all, neither of individuals nor of communities. It does not even protect freedom; it creates freedom”.

¹⁰⁷ M. Djuvara, *Eseuri de filosofie a dreptului*, p. 317; la fel H. Rommen, *Natural Law: Man and Society*, *Fordham L. R.*, 24 (1955), pp. 128 și urm., 129; E. GILSON, *Dogmatism and Tolerance*, „International Journal” 8 (1952), p. 7: „I will call «totalitarian» any form of political society that sets no moral limits on the powers of the State”; J. Hruschka, *Die Todesschüsse an der Berliner Mauer vor Gericht*, *JZ*, 1992, pp. 665 și urm., 667/668.

¹⁰⁸ Arthur Kaufmann, *Die Naturrechtsrenaissance der ersten Nachkriegsjahre – und was daraus geworden ist*, în: M. Stolleis (Hrsg.), *Festschrift für S. Gagnér*, München, 1991, pp. 106 și urm.; K. KÜHL, *Rückblick auf die Renaissance des Naturrechts nach dem 2. Welt-krieg*, în: G. Köbler, ș.a. (Hrsg.), *Geschichtliche Rechtswissenschaft*, Giessen, 1990, pp. 331 și urm.; J. Arnold / E. Silvermann, *Regime Change, State Crime and Transitional Justice: A Criminal Law Retrospective Concentrating on Former Eastern Bloc Countries*, *Eur. J. of Crime, Crim. L. & Crim. J.* 6 (1998), pp. 140 și urm., 157: „We need not shy away from natural law. If we seriously intend to overcome the princeps legibus solutus principle, national criminal justice must recognize natural law”.

forță ar fi trebuit să determine o restaurare a științelor juridice prin reconsiderarea fundamentelor raționale ale ordinii de *drept*, pornind de la recunoașterea omului ca persoană¹⁰⁹ și a științei dreptului penal pornind de la restaurarea conceptelor desfigurare de hitlerism și comunism și nu de la înlăturarea lor pe motiv că ele însele ar reprezenta creații specifice ale patologiilor juridice reprezentate de „*Nazi subversion of legal forms*” și „*Soviet abolition of law*”¹¹⁰. O asemenea restaurare ar fi trebuit și ar fi putut să însemne punerea în discuție a concepțiilor penale iluministe¹¹¹, „renunțarea generală la teoriile sfârșitului de secol XIX și începutului de secol XX”¹¹² și considerarea infractorului ca „subiect rațional și responsabil”, urmând astfel drumul care ar fi condus „nu înapoi la Kant, ci înainte spre Kant”¹¹³, ori, în cuvintele programatice ale lui Mircea Djuvara, spre „un Kant prefăcut prin Fichte și Hegel și adaptat temelor științifice contemporane”¹¹⁴.

Simpla constatare a faptului că „acela care a dus mai departe teoria normativă [a vinovăției] pe baza concepției finaliste asupra acțiunii a fost Hans Welzel”¹¹⁵ ar fi trebuit să conducă de la bun început nu doar la constatarea *deosebirii radicale* între o abordare a dreptului penal ferită în mod programatic de „infecțiunea ideilor filosofice”¹¹⁶ și construcția științei dreptului penal în mod „sistematic” pornind de la o „teorie a acțiunii umane drepte și nedrepte”, astfel încât „rădăcinile ei ultime ajung până la conceptele fundamentale ale filosofiei practice”, ci la o opțiune fermă între cele două programe teoretice. Respingerea unui demers concentrat înainte de toate „asupra realizării unei legături între dogmatica penală și filosofie și a cizelării permanente a conceptului persoanei responsabile”¹¹⁷ pe considerentul că ar reprezenta o „poziție metafizică ... valabilă numai pentru cei care împărtășesc o atare viziune

¹⁰⁹ H. Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen, Vanderhoeck & Ruprecht, 1962, p. 239/240.

¹¹⁰ M. Th. Rooney, *Law Without Justice? – The Kelsen and Hall Theories Contrasted*, Notre Dame L. 23 (1947–1948), pp. 140 și urm., 141.

¹¹¹ Comp. asupra asumării de către doctrina socialistă a Iluminismului I. Andrejew, *Zur vergleichenden Darstellung des Strafrechts der sozialistischen Staaten*, ZStW, 99 (1987), pp. 152 și urm., 159; E. Buchholz, *Gesellschaftsgefährlichkeit und Strafzweck im Strafrecht der DDR*, ZStW, 99 (1987), pp. 162 și urm., 164/165.

¹¹² I. Andrejew, *Le droit pénal comparé des États socialistes*, Paris, 1981 p. 64.

¹¹³ A. M. Jakovlev, *Das Strafgesetz: Konkretisierung der Strafe oder Gleichheit vor dem Gesetz?*, ROW, 1985, p. 6, 7. Din nefericire, reforma penală din Rusia postsovietică (comp. L. Golovko, *Le nouveau code pénal de la Russie*, RSC, 1997, pp. 561 și urm.; S. Lammich, *Das neue russische Strafgesetzbuch von 1996*, ZStW, 109 (1997), pp. 417 și urm.) nu a urmat acest îndemn, ca de altfel nici o altă reformă penală din spațiul est-european.

¹¹⁴ M. Djuvara, *Eseuri de filosofie a dreptului*, p. 315.

¹¹⁵ G. Antoniu, *Vinovăția penală*, p. 27; comp. și C. Snyman, *The Normative Concept of Mens Rea: A New Development in Germany*, Int'l & Comp. L. Q. 28 (1979), pp. 211 și urm., 214 și urm.; D. Oehler, *La conception juridique allemande de la culpabilité*, „Annales de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse” XXIV, (1976), pp. 73 și urm., 79: „la doctrine finaliste, avant tout, ne veut voir la faute que valorisante, c'est-à-dire seulement normative”.

¹¹⁶ V. Dongoroz, *Drept penal PS*, I, București 1930, § 9.

¹¹⁷ G. Jakobs, *O. Sticht, Sachlogik als Naturrecht?*, GA, 2001, p. 492.

filosofică¹¹⁸, precum și trecerea de la o concepție psihologică la una normativă asupra vinovăției neînsoțită de o reconsiderare principială a subiectivității juridico-penale reprezintă un demers despre care Dongoroz însuși ar fi putut afirma cu toată dreptatea că „se admit aceleași premise dar se ajunge la concluzii diferite, ceea ce dovedește că de multe ori cuvintele fac război ideilor”¹¹⁹. A spune, precum Traian Pop, că „responsabilitatea penală în esență nu este altceva decât reproșul ce-l face statul individului pentru ținuta sa care a vătămat sau primejduit interesele societății”¹²⁰ este echivalent cu a spune că „responsabilitatea se bazează pe pericolul ce-l prezintă infractorul pentru societate”¹²¹, așadar – în cuvintele lui Tanoviceanu care punctează necruțător la adresa lui Enrico Ferri – cu un „nonsens”¹²², câtă vreme „în interesul apărării sociale având în vedere viitorul, iar nu trecutul, trebuie să ne preocupăm de infractor, iar nu de infracțiunea trecută”; dacă „prin pedeapsă voim să împiedicăm pe infractor de a mai comite în viitor vreo infracțiune (în plus și pe cei tentați de a comite criminalitate de a-l imita”, atunci „criteriul cel mai precis pentru stabilirea și măsurarea naturei, gravității și intensității pedepsei este *natura sau firea periculoasă a infractorului* pentru societate” și „numai o astfel de pedeapsă va fi precisă, rațională și utilă”¹²³. Atunci când Ion Oancea format la școala clujeană a lui Traian Pop și ajuns la maturitate științifică lângă Vintilă Dongoroz, arată în *Explicațiile teoretice* că „vinovăția ca atitudine a conștiinței față de rezultatul faptei nu se reduce la un proces psihologic”, cât vreme „în această atitudine a conștiinței se descifrează unele elemente social-politice, astfel încât vinovăția are totdeauna și un conținut social-politic”: „avem de-a face cu o persoană care tinde sau se lasă târâtă spre acțiuni antisociale și că deci o asemenea persoană prezintă o anumită pericolozitate socială”¹²⁴.

Chiar dacă am admite împreună cu Pandrea că „Ioan Tanoviceanu este un pozitivist care se inserează la o interferență între Auguste Comte și materialismul istoric, pe când Vintilă Dongoroz este un neokantian de factură stammleriană și kelseniană”, nu am putea susține, totuși, că între acești doi mari penaliști români

¹¹⁸ G. Antoniu, *Vinovăția în perspectiva reformei penale*, RDP, 2003, 2/ pp. 9 și urm., 12; comp. J. R. Du Plessis, *Hans Welzel's Final-Conduct Doctrine – An Importation From Germany We Could Do Well Without*, SALJ, 101 (1984), pp. 301 și urm., 303; E. Novoa Monreal, *Alternatives et moments critiques du droit pénal d'aujourd'hui*, RSC, 1977, pp. 755 și urm.; 767. Despre idiosincrazia multor juriști față de metafizică, M. Villey, *Law and Values: A French View*, Cath. U. Am. L. Rev., 14 (1965), pp. 158 și urm., 160: „if we think that we can dispense ourselves from metaphysics, it is only that we are servilely and blindly following the conclusions of a single school of metaphysics”.

¹¹⁹ V. Dongoroz, în: I. Tanoviceanu, *Tratat*, I, N. 5.

¹²⁰ T. Pop, *Drept penal comparat*, II, p. 276, 334.

¹²¹ E. Cristescu, *Introducere în știința dreptului penal*, p. 71.

¹²² I. Tanoviceanu, *Tratat*, I, N. 163, a se vedea *mutatis mutandis* pentru un demers invers în contextul unei reforme penale mai recente R. Ottenhof, *L'Avant-projet de révision du code pénal*, RIDP, 1980, pp. 169 și urm., 172/173: „la substitution, dans l'avant-projet, du terme de punissabilité au concept de responsabilité a paru ... relever davantage du verbalisme que de science. Etrange attitude que celle qui consiste à croire qu'il suffit de changer les mots pour changer la nature des choses”.

¹²³ T. Pop, *Drept penal comparat*, III, p. 59, 60.

¹²⁴ I. Oancea, în: în: V. Dongoroz (coord.), *Explicații teoretice*, I, p. 109.

„nu există punți de conciliere doctrinară”¹²⁵. Atunci când Ioan Tanoviceanu refuză ideea unei răspunderi penale a persoanei juridice, motivând că subiect al infracțiunii poate fi „numai omul” deoarece numai el poate fi constrâns psihic printr-o amenințare cu pedeapsa, argumentul său privind imposibilitatea unei constrângeri psihice *immediate* putea fi contrazis imediat, și pe bună dreptate, de către Vintilă Dongoroz, prin referirea la posibilitatea unei constrângeri psihice *mediate*¹²⁶. Confuzia între personalitatea juridică și cea „psihologică” (anume: „facultatea prin care eul devine conștient de diversitatea stărilor sub care apare identitatea propriei ființe”¹²⁷) este aici evidentă, însă faptul că „persoana mea juridică nu este tot una cu persoana mea fizică, nici cu persoana mea psihologică”¹²⁸ nu este luat în considerație nici de către „marii noștri înaintași” Traian Pop și Vintilă Dongoroz, cei care „cu o logică pragmatică și cu remarcabil spirit vizionar ... afirmău răspicat că persoana juridică poate avea o activitate ilicită infracțională”¹²⁹. Tratănd „persoanele ca subiecți de drept penal”, Dongoroz are în vedere în mod explicit oamenii priviți ca atare, așadar ca ființe bio-psiho-fizice¹³⁰ (prin urmare: *natura delinquere potest*) iar autorii de astăzi se referă și ei la „persoana fizică” înțeleasă la fel și în opoziție cu „persoana juridică” a cărei tratare este circumscrisă exclusiv discuției principiului *societas delinquere non potest*¹³¹. Totuși, pentru Dongoroz „chestiunea susceptibilă de discuțiune” nu este „dacă o persoană juridică, ca și o colectivitate amorfă, sunt datoare să respecte legea penală și deci pot fi destinatari ai acestei legi”, ci „numai dacă aceste colectivități pot fi supuse sancțiunilor penale atunci când au nesocotit legea penală”, mai mult: Dongoroz consideră că opțiunea pentru aplicarea de *pedepse* persoanelor juridice ar fi „mai logică și mai conformă cu realitățile”, pe de altă parte, însă, că „problema pedepsibilității persoanelor juridice și-a pierdut din importanță în momentul în care s-a admis introducerea, în cadrul dreptului penal, a măsurilor de siguranță”, iar teza potrivit căreia măsurile de siguranță ar fi nu sancțiuni de drept penal, ci „măsuri administrative” este respinsă *de plano* prin considerarea măsurilor de siguranță ca sancțiuni *de drept penal* alături de pedepsele înțelese ca *sancțiuni penale*¹³². Problema *teoretică* a criteriului de diferențiere între „două forme distincte de răspundere juridică penală”¹³³ este astfel tratată de Vintilă Dongoroz ca o „*mera*

¹²⁵ P. Pandrea, *Criminologia dialectică*, p. 61, 66.

¹²⁶ I. Tanoviceanu, *Tratat*, I, N. 364, 359; V. Dongoroz, *ibidem*, N. 364².

¹²⁷ Kant, *Metafizica moravurilor*, AA, VI, 227.

¹²⁸ M. Djuvara, *Eseuri de filosofie juridică*, p. 149.

¹²⁹ C. Butiuc, *Unele trăsături ale sistemului sancționator penal în cazul persoanelor juridice*, AULB, 2005, p. 107.

¹³⁰ V. Dongoroz, *Drept penal*, N. 68.

¹³¹ C. Bulai, *Manual de drept penal*, PG, N. 238.

¹³² V. Dongoroz, *Drept penal*, N. 68, 142, 205, 223; Idem, *Explicații teoretice*, II, p. 264 (cu variațiunea „sancțiuni preventive” – „sancțiuni penale”); C. Bulai, *Manual de drept penal*, PG, N. 239; C. Mitrache / C. Mitrache, *Drept penal român*, PG, N. 247; critic însă I. Oancea, *Tratat de drept penal*, PG, p. 196 și urm.

¹³³ V. Pașca, *Măsurile de siguranță*, București: Lumina Lex, 1998, pp. 34 și urm., 39.

*questione nominalistica*¹³⁴, deopotrivă în spiritul *naturalismului pozitivist* pentru care o răspundere juridică fondată în configurarea subiectului ca persoană liberă și responsabilă în contextul unei ordini normative sociale¹³⁵ este în realitate „un nonsens” pricinuit de „supraviețuirea ideii spiritualiste a responsabilității morale”¹³⁶ – așa cum din perspectiva opusă așa-zisa răspundere penală a persoanei juridice este „o normă de imputare absurdă”¹³⁷ – și în cel al unui *normativism abstract* pentru care sancțiunea juridică (penală) nu presupune decât o *constrângere statală irezistibilă* atașată de o *normă* îndeplinirii unor condiții de *fapt*, independent de vreo obligație anterioară a celui constrâns. Chestiunea principială a pedepsibilității nu mai poate juca nici un rol, lucru de la sine înțeles în condițiile în care „nu există *mala in se*, ci doar *mala prohibita*”¹³⁸, așadar nu există nici un concept juridic *substanțial* al infracțiunii. Dacă „între ilicitul penal și ilicitul contravențional nu există o diferență calitativă, ci exclusiv una cantitativă determinată de intensitatea atingerii aduse valorii sociale protejate”, atunci afirmația profesorului Florin Streteanu potrivit căreia „dincolo de disputele de ordin doctrinar, consacrarea răspunderii penale a persoanelor juridice își găsește legitimarea în necesități de ordin practic, impuse de *realitățile* vieții economico-sociale contemporane”¹³⁹ se dovedește concluzia logică a programului teoretic, inaugurat în cultura modernă a dreptului penal român de Ioan Tanoviceanu și consolidat de Traian Pop și Vintilă Dongoroz.

Reconsiderarea teoriei generale a infracțiunii, nu în termenii analizei a ceea ce înseamnă *în realitate* „relații sociale” (între persoane) ci în termenii „bunurilor juridice” (ale indivizilor ori colectivităților de indivizi) într-o *anumită* tradiție a dogmaticii dominante din Germania și din spațiul științific „arondat” dogmaticii penale germane¹⁴⁰, este din acest punct de vedere *consecventă* și nu face altceva decât să completeze conceptul *naturalist* al infracțiunii ca proces natural vătămător

¹³⁴ E. Morselli, *La prevenzione generale integratrice nella moderna prospettiva retribuzionistica*, Riv.it., 1988, pp. 48 și urm., 50.

¹³⁵ G. Jakobs, *Strafbarkeit juristischer Personen?*, în: C. Prittwitz ș.a. (Hrsg.), *Festschrift für K. Lüderssen*, Baden-Baden, Nomos, 2002, pp. 559 și urm.

¹³⁶ I. Tanoviceanu, *Tratat*, I, N. 163.

¹³⁷ M. Köhler, *Rechtsstaatliches Strafrecht und europäische Rechtsangleichung*, în: G. Bemann / D. Spinellis (Hrsg.), *Festschrift für G. Mangakis*, Athen/Komotini, 1999, p. 751 și urm., 763. În orice caz, „introducing full corporate criminal responsibility requires a redefinition of what constitutes a criminal act as well as the concept of criminal responsibility” (T. Weigend, *Societas delinquere non potest?: A German Perspective*, JICJ, 6 (2008), p. 928).

¹³⁸ H. Kelsen, *Doctrina pură a dreptului*, p. 147; invers J. Hall, *General Principles of Criminal Law*, pp. 337 și urm.

¹³⁹ F. Streteanu, *Tratat de drept penal*, PG, I, N. 210.1, 210.2.

¹⁴⁰ A se vedea K. Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Athenäum, 1972, pp. 13 și urm.; M. Dubber, *Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law*, Am. J. A se vedea L. 53 (2005), pp. 679 și urm.; Idem, *Positive Generalprävention und Rechtsgutstheorie: Zwei zentrale Errungenschaften der deutschen Strafrechtswissenschaft aus amerikanischer Sicht*, ZStW, 117 (2005), pp. 485 și urm., 499 și urm.; M. Abanto Vasquez, *Acerca de la teoría de bienes jurídicos*, Revista Penal, 17 (2006), pp. 3 și urm.

sau periculos pentru „valoarea socială ocrotită” determinat de un individ în baza capacităților sale naturale și în urmărirea propriilor interese. Antiteza ireductibilă dintre principiul *apărării bunurilor juridice* și cel al *vinovăției*, principii care nu pot fi aduse la un numitor comun și a căror alăturare împiedică de la bun început orice elaborare sistematică a unei teorii a dreptului penal, altfel spus: în vreme ce coordonatele teoretice ale bunului juridic sunt configurate în parametrii naturaliști ai individualității și vătămării unui interes, presupunând întotdeauna o teorie *utilitaristă* a pedepsei configurată în termenii *prevențiunii* generale și speciale, vinovăția presupune întotdeauna – ca încălcare de către o persoană a unei obligații juridice – o teorie *deontologică* a pedepsei, orientată spre restaurarea vătămării normative produse prin infracțiune unei societăți¹⁴¹. „Conceptul material al infracțiunii și teoria bunului juridic se află și astăzi printre cele mai puțin clarificate probleme fundamentale ale dreptului penal”¹⁴² iar lucrurile nu stau altfel nici în materia așa-numitului concept formal al infracțiunii ca faptă tipică, antijuridică și săvârșită cu vinovăție: marile schimbări de paradigmă ale teoriei penale germane mențin numai *forma* tripartită, pe de o parte, și *materia* vătămării sau punerii în pericol a unui bun juridic¹⁴³, pe de altă parte, modificând de fiecare dată *raporturile* dintre atributele faptei (tipicitate, antijuridicitate, vinovăție) și *conținutul* acestor atribute în baza unei înțelegeri diferite a faptei însăși ca simplă *cauzare* a unei vătămări materiale a *intereselor victimei*, cauzalitate final determinată în vederea atingerii unor *scopuri* înțelese ca *interese ale făptuitorului* ori creare și realizare cauzală a unor *riscuri* pentru interesele celorlalți¹⁴⁴. În condițiile în care „dogma infracțiunii ca faptă” a fost de-a lungul ultimelor decenii „pe cât de devoțional mărturisită, pe atât de diferit interpretată”¹⁴⁵, întreaga schemă a ajuns să nu mai reprezinte în doctrina germană de astăzi o „ordine sistematică”¹⁴⁶, ci „o simplă colecție de piese complet eterogene, imposibil de adus la un numitor comun și care au fost de la bun început mutate mereu dintr-o parte în alta”¹⁴⁷.

¹⁴¹ M. Pawlik, *Strafrechtswissenschaftstheorie*, în: M. Pawlik / R. Zaczyk (Hrsg.), *Festschrift für G. Jakobs*, Köln: Heymanns 2007, pp. 469 și urm.; 478 și urm., 481; Idem, „Der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten Menschen-alter”? *Anmerkungen zur Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld im Strafrecht*, în: G. Dannecker, ș.a. (Hrsg.), *Festschrift für H. Otto*, Köln, Heymanns, 2007, p. 133 și urm., 137 și urm., 139/140; a se vedea și *Harm v. Culpability: Which Should Be The Organising Principle of Criminal Law?*, *J. Contemp. Legal Issues*, 5 (1994), p. 1 și urm.

¹⁴² C. Roxin, *Strafrecht AT*, München, CH Beck, 1997 § 2/48: „Der materielle Verbrechensbegriff und die Rechtsgutslehre gehören noch heute zu den am wenigsten exakt geklärten Grundlagenproblemen des Strafrechts”.

¹⁴³ F. v. Liszt, *Traité de droit pénal allemand*, PG I, § 13; H. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlin, W. de Gruyter, 1969, p. 2; C. Roxin, *Das strafrecht-liche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit*, *ZStW*, 116 (2004), pp. 929 și urm., 944.

¹⁴⁴ H.- H. Jescheck, *Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik in rechtsvergleichender Sicht*, *ZStW*, 98 (1986), pp. 1 și urm.

¹⁴⁵ U. Kindhäuser, *Zur Logik des Verbrechensaufbaus*, în: H. Koch (Hrsg.), *Herausforderungen an das Recht: Alte Antworten auf neue Fragen?*, Berlin, Athenaeum, 1998, p. 77.

¹⁴⁶ H.-H. Jescheck / Th. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts AT*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, § 21 III.

¹⁴⁷ H. H. Lesch, *Unrecht und Schuld im Strafrecht*, *JA*, 2002, pp. 602 și urm., 605.

Concluziile, privind nefericita înlocuire a art. 17 din codul penal de la 1968 cu art. 15 al codului penal din 2009, nu vor fi trase aici. În locul acestora, s-ar putea reflecta la posibilitatea unei lecturi a textului din 1968, pornind de la programul schițat la început și pe formulări exemplare ale lui Traian Pop – aflate și ele în contradicție cu cele în care acest autor își expune concepția îndatorată naturalismului penal – care nu și-au pierdut nimic din actualitate. „Societatea trăiește prin cooperarea membrilor săi” și „această cooperare se asigură prin anumite reguli, norme, precepte”, iar „prin pedeapsă formațiunea socială își restabilește ordinea turburată, violată, și în același timp o ocrotește pentru viitor”, pe scurt: „formațiunea socială are nevoie de pedeapsă pentru a-și conserva organizația, ordinea dată, stabilită”. Funcția pedepsei ca «reacțiune socială contra faptelor antisociale»¹⁴⁸ constă așadar în *conservarea* ordinii sociale amenințate prin săvârșirea unei infracțiuni, așadar a unei fapte care pune în pericol „însăși existența socială”¹⁴⁹, așadar a unei fapte care prezintă *pericol social* tocmai deoarece „semnificația ei este: nu această societate!”¹⁵⁰. Membrii societății fiind definiți *ca atare* în mod *obiectiv* prin chiar „cooperarea socială” însăși, așadar prin *voința* de respectare a *normelor* constitutive pentru ordinea acelei societăți, pedeapsa apare în egală măsură aplicabilă „numai individului ... despre care se poate zice că nu voiește să coopereze la menținerea formațiunii sociale”, anume deoarece acest „individ” aflat „în stare de imputabilitate ... a lucrat contra datorinței, știind sau putând și aceasta, deși a fost în posibilitatea de a lucra conform datorinței”¹⁵¹; „față de neculpabil pedeapsa nu are rațiune, căci funcțiunile acesteia sunt lipsite de temei și scop”¹⁵². Mai departe, deoarece „însăși ideea de individ, așa cum o gândim în drept, nu cuprinde un individ pur biologic sau pur psihic, ci un individ *în relații sociale*” iar *voința* trebuie la rândul ei „luată într-un înțeles care să nu ducă la confuzie între social și psihologic”¹⁵³, vinovăția juridico-penală nu este raportată la *voința de fapt* a unui *individ* îndreptată spre realizarea unui *interes* propriu și spre vătămarea unor *interese străine*, ci: *comportamentul unui individ* înțeles ca *exteriorizare* a unei *voințe subiective*¹⁵⁴, care denotă lipsa *voinței obiective* de „cooperare” socială pe care o *persoană* este obligată să o exteriorizeze prin simpla conformare exterioară față de cerințele obiective¹⁵⁵ ale unei norme juridice,

¹⁴⁸ T. Pop, *Drept penal comparat*, III, Orăștie, 1926, p. 10/11, 19, 21.

¹⁴⁹ Kant, *Metafizica moravurilor*, AA, VI 331.

¹⁵⁰ G. Jakobs, *Zur gegenwärtigen Straftheorie*, în: K. M. Kodalle (Hrsg.), *Strafe muss sein! Muss Strafe sein?*, Würzburg, Königshausen & Neumann, 1998, pp. 29 și urm., 34; Idem, *Das Schuldprinzip*, p. 29, 34/35.

¹⁵¹ T. Pop, *Drept penal comparat*, III, p. 25; G. Küchenhoff, *The Problem of Guilt in the Philosophy of Law*, „Law and State” 11 (1975), pp. 67 și urm., 71: „the failure to contribute to the shaping of a collective behaviour that makes human coexistence possible is a (conscious or unconscious) lack of consideration. In a legal context guilt is a lack of consideration”.

¹⁵² T. Pop, *Drept penal comparat*, II, p. 333/334.

¹⁵³ M. Djuvara, *Eseuri de filosofie a dreptului*, p. 107, 110, 111, 222.

¹⁵⁴ Hegel, *Principiile filosofiei dreptului*, § 113.

¹⁵⁵ U. Kindhäuser, *Rechtstreue als Schuldkatgorie*, ZStW, 107 (1995), pp. 701 și urm., 706/707.

îi este *atribuit* subiectului de drept (penal) ca *vinovăție* penală. Cu alte cuvinte: acel membru al societății care „comite o faptă reprobabilă din punct de vedere etico-social .. este culpabil și în consecință i se face *reproș*, adică este tras la răspundere”¹⁵⁶ deoarece prin fapta sa „refuză ordinii de drept și membrilor societății juridicește organizate recunoașterea la care este obligat”¹⁵⁷. În sfârșit, teoria imputării penale este o teorie a criteriilor normative în baza cărora materialității faptului i se atribuie semnificația juridică a divergenței dintre *voința de fapt* a făptuitorului-*individ* și *voința de drept* a membrului societății-*persoană*¹⁵⁸. Întrucât în dreptul penal „imputarea nu privește pur și simplu raportul dintre făptuitor înțeles ca simplu sistem psiho-fizic și o vătămare naturală, ci înțelegerea celor întâmplate ca proiect al unei lumi, ca afirmație asupra felului în care ar trebui să fie organizată societatea”¹⁵⁹, fapta este inseparabilă de făptuitor, iar imputarea penală „nu are rolul de a realiza o corelație între faptă și făptuitor, ci de a preciza ce anume este o faptă”¹⁶⁰, altfel spus: fapta nu reprezintă un dat *ontologic*, ci rezultatul unei construcții *normative*. Condițiile normative în care unui „individ” considerat ca „membru al societății” se impută ca *fapt juridic* ceea ce el „a lucrat” în fapt (așadar: un *proces natural*) atribuindu-i-se răspunderea penală – adică: lipsa voinței de respectare a ordinii acelei societăți (vinovăția penală), adică: nerecunoașterea obligativității acestei ordini (pericolul social), adică: o infracțiune – sunt cele prevăzute de „actul constitutiv” al *legii penale* înțeles ca „totalitatea condițiilor de existență a unei infracțiuni sau, cu alte cuvinte, totalitatea criteriilor și elementelor cari constituiesc un act punibil”¹⁶¹, adică: o *faptă în sensul dreptului penal*.

¹⁵⁶ T. Pop, *Drept penal comparat*, II, p. 346; H. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 16.

¹⁵⁷ W. Frisch, *Schwächen und berechtigte Aspekte der Theorie der positiven Generalprävention*, în: B. Schünemann ș.a. (Hrsg.), *Positive Generalprävention*, Heidelberg, CF Müller 1998, pp. 125 și urm., 139/140; Idem, *Straftat und Straftatssystem*, în: J. Wolter/G. Freund (Hrsg.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem*, Mannheim, 1996, pp. 135 și urm., 146; H. Kaiser, *The Three Dimensions of Freedom, Crime and Punishment*, Buff. Crim. L. Rev., 9 (2006), pp. 691 și urm., 697: „transcendental free riding”.

¹⁵⁸ G. Jakobs, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, München, CH Beck 1992, pp. 20 și urm., 27 și urm.; M. Pawlik, *Strafrechtswissenschaftstheorie*, în: M. Pawlik/R. Zaczyk (Hrsg.), *Festschrift für G. Jakobs*, Köln, Heymanns, 2007, pp. 469 și urm., 486.

¹⁵⁹ G. Jakobs, *Das Schuldprinzip*, p. 27.

¹⁶⁰ H. Lesch, *Unrecht und Schuld im Strafrecht*, JA, 2002, pp. 602 și urm., 609.

¹⁶¹ T. Pop, *Drept penal comparat*, II, p. 83; A. F. Berner, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Leipzig, Tauchnitz, 1898, § 36: „Thatbestand heisst der Inbegriff der Merkmale des Verbrechenens”. V. Dongoroz, *Drept penal*, N. 1, 3, 82; Idem, *Drept penal*, PS, I, § 15: „Prin conținut se înțelege *totalitatea* cerințelor de care legea a legat existența infracțiunii. Acestor cerințe li se spune în limbaj tehnic *elemente*”.

