

**Măriuca Oana CONSTANTIN**

## **Identitatea culturală – o posibilă circumstanță atenuantă? Admisibilitatea clauzei culturale în procesele penale din România<sup>1</sup>**

Acest studiu își propune să contribuie la definirea și delimitarea conceptului de clauză culturală și, în același timp, să identifice provocările pe care le implică utilizarea în practica judecătorească a unui mecanism juridic concret, derivat din acest concept. Structura articolului este pliată pe cele două obiective enunțate. Primul capitol expune ce este clauza culturală, conturând principiile care o exclud, premisele care i-ar putea justifica necesitatea și controversele etice atașate conceptului. Dezbaterea aduce în prim-plan situații în care tradițiile unor minorități etno-culturale sfidează normele penale. Al doilea capitol abordează frontal tema admisibilității și aplicabilității sale concrete, conturând în linii generale relația dintre justiția penală și identitatea culturală ca element de individualizare. Atenția este mutată pe formele și modalitățile prin care judecătorul român poate lua în calcul specificul cultural atunci când se pronunță în spețe penale în care aspectele identitare sunt relevante. Fără a oferi un răspuns definitiv dilemelor etice care rezultă din clauza culturală, ultimul capitol descrie limitele pe care le are transformarea conceptului într-o instituție juridică propriu-zisă.

Pe scurt, clauza culturală presupune considerarea argumentelor privind specificul identitar într-un proces penal sau civil – atunci când fie persoanele, fie faptele lor au legătură directă cu apartenența la o minoritate culturală. La nivel teoretic, discutăm despre argumentele în favoarea și în detrimentul folosirii acestui mecanism. La nivel practic, abordăm tema efectelor lui în relația victimă – infractor. Analiza urmărește relațiile normă legală – normă morală și minoritate – majoritate. Tema legitimității clauzei culturale presupune tocmai includerea ambelor dimensiuni, într-o manieră interdisciplinară.

În introducere, mai sunt necesare câteva clarificări privind: sfera de aplicare (și de analiză) a acestui mecanism, caracterul „neoficial” al utilizării sale concrete, precum și opțiunea pentru sintagma de „clauză culturală” ca denumire.

Deși clauza culturală este invocată atât în procese civile, cât și cele penale care au o componentă identitară, studiul se limitează strict la analiza admisibilității ei în domeniul penal și a dilemelor etice caracteristice acestei sfere.

Clauza culturală (ca mecanism) nu are drept corespondent o instituție juridică propriu-zisă, reglementată legislativ, nici în România, nici în statele în care frecvența și constanța invocării ei au fost pretextul teoretizării, precum SUA sau Marea Britanie. Așadar, un avocat nu poate invoca și o instanță nu poate aplica această „clauză” ca *temei juridic formal*. În schimb, argumentul identității etnice, culturale sau religioase, ridicat ca justificare pentru comiterea unei fapte penale sau pentru aplicarea unui regim juridic penal ori civil diferit nu este un *instrument* străin practicii judiciare. Nu este mai puțin adevărat că în România, deși incidentă

---

<sup>1</sup> Această lucrare a beneficiat de suport financiar prin proiectul „Rute de excelență academică în cercetarea doctorală și postdoctorală – READ” cofinanțat din Fondul Social European, prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013, contract nr. POSDRU/159/1.5/S/137926

în unele spețe<sup>2</sup>, fie pentru că părțile o semnaleză, fie pentru că instanța o folosește sub umbrela rolului activ al judecătorului sau a individualizării pedepsei, clauza culturală rămâne un fenomen invizibil, nesemnalat, în ciuda posibilelor sale consecințe. De aici și necesitatea de a discuta despre el în lucrarea de față și de a supune dezbaterii implicațiile manifestării lui. Având în vedere că există diferențe majore de la un sistem de drept la altul, ne limităm aici la dreptul penal românesc.

În ce privește denumirea, „clauza culturală” este o traducere a conceptului „cultural defense”, consacrat în practica judiciară și în doctrina din SUA. Opțiunea de a traduce „cultural defense” prin „clauză culturală” aparține lui Gabriel Andreescu: „Corespondentul imediat în română, „apărare culturală”, ni s-a părut mai puțin clar ori flexibil decât „clauză culturală”, sintagmă pe care o vom utiliza sistematic”<sup>3</sup>. Voi adăuga în acest sens noi argumente. De ce „clauză” și nu „apărare”? Întrebarea devine și mai relevantă dacă ținem cont de faptul că nu un proces, ci un contract are clauze. Există câteva explicații de substanță pentru această opțiune terminologică. În primul rând, specificul identitar este invocat ca apărare – în special în penal, dar și pe calea acțiunii principale – cu precădere în procese civile (deci nu ca apărare). Rezultă că, raportat la planul procedural, nu ar fi suficient de cuprinzător. Deși în acest studiu ne limităm la sfera penală, introducem un concept care include și domeniul civil.

În al doilea rând, termenul *apărare* trimite la ideea de vulnerabilitate. Or, o minoritate nu este întotdeauna vulnerabilă, sau contextul în care apare voința *apărării culturale* nu este asociat cu vulnerabilitatea. Desigur, este incontestabilă valoarea drepturilor culturale sau necesitatea de a proteja minoritățile în fața asimilării și pe membrii acestora de discriminări ori de abuzuri din partea majorității. Însă, așa cum vom vedea în cele câteva exemple pe care le prezint în lucrare, unele tradiții invocate ca *apărări* nu indică vulnerabilitatea minorității în fața majorității, ci încearcă legitimarea vulnerabilității unora dintre membrii grupului în fața minorității, în numele tradiției. Este cazul evident al crimelor de onoare, al mutilărilor genitale sau al mariajelor timpurii. Așadar, folosirea termenului de „apărare” nu numai că nu ar fi procedural corectă, dar ar induce o idee greșită.

În al treilea rând, sintagma „clauză culturală” este cea mai potrivită opțiune pentru a surprinde natura triplă a conceptului (dar și ale instrumentului derivat din concept): juridică, etică și politică. Aplicarea clauzei culturale prezintă importanță nu doar pentru domeniul juridic, ci și în plan socio-politic. Considerând exemplul mariajelor timpurii – acestea au efecte profund negative asupra minorelor de etnie romă din unele comunități tradiționale, în termeni de autonomie personală, libertate individuală sau egalitate de gen. Folosirea specificului identitar ca justificare în procesele penale care rezultă în urma acestei practici reprezintă nu doar o utilizare *de facto* a unui instrument juridic „neoficial”, ci și o legitimare indirectă a abuzurilor interne din cadrul comunităților tradiționale. Aplicarea „oarbă” a unor norme morale aparent definitorii pentru o minoritate culturală este însoțită de riscuri indirecte pentru cei mai vulnerabili membri ai săi. De aceea, este necesară observarea, semnalarea, încadrarea și dezbaterea fenomenului aplicării clauzei culturale și, în egală măsură, dezbaterea conceptului.

Așadar, mecanismul clauzei culturale presupune întotdeauna o exercitare în plan juridic. În același timp, implică un raționament etic al judecătorului care se confruntă cu provocarea

---

<sup>2</sup> Pentru o prezentare detaliată, a se vedea: *M.O. Constantin*, „Clauza culturală în jurisprudența penală din România” în *Noua Revistă de Drepturile Omului*, 3/2011, pp. 21-36.

<sup>3</sup> *G. Andreescu*, *Strategii multiculturaliste neliberale decente și indecente*, în NRDO nr. 4/2010, nota 13 de la p. 54.

morală de a pune în balanță, a concilia sau a ierarhiza drepturi. Este adevărat că, în esență, orice proces are o componentă etică pentru că legea nu ar trebui să fie separată de virtutea dreptății. Dar în cazul clauzei culturale provocarea este mai complexă, fiindcă un verdict sensibil cultural definește nu doar relația dintre infractor și victimă, ci și pe cea dintre minoritate și majoritate, protecția pe care o acordă statul membrilor comunității și măsura în care intervenția lui este legitimă în „viața privată” a acesteia. Fără a exagera, putem afirma că aplicarea clauzei culturale în plan juridic are impact politic. Prin urmare, am ales denumirea de „clauză culturală” pentru a face aluzie la ideea de contract social.

Ținând cont de toate precizările de mai sus, în continuare, facem distincția între conceptul de clauză culturală urmărind ce ar putea legitima (sau exclude) această teorie (capitolul 1) și realitatea concretă în care utilizarea acestui mecanism juridic produce consecințe atât pentru inculpați, cât și pentru victimă (capitolul 2), cu scopul de a trasa concluzii capabile să concilieze într-o oarecare măsură controversalele atașate temei (capitolul 3). Acest studiu nu este o pledoarie pentru reglementarea și utilizarea clauzei culturale, ci o semnalare a faptului că ea se aplică *de facto*. Scopul este acela de a prezenta mecanismul și, odată cu el, dezbaterile privind efectele clauzei culturale. Cu alte cuvinte, studiul dezvoltă conceptul existent și controversa pe care o ridică.

### I. Clauza culturală în teorie și controversele utilizării sale practice

Pentru a explica ce este clauza culturală, mai întâi identificăm fundamentele și premisele sale (fără a trece la o dezbateră amănunțită a valorii lor de adevăr). Teoreticienii care pledează în favoarea folosirii ei<sup>4</sup> susțin că identitatea culturală: (1) influențează faptele, (2) este relevantă în stabilirea verdictului și (3) justifică atenuarea pedepsei sau chiar exonerarea făptuitorului de răspundere ori de pedeapsă. Din această perspectivă, influența identității culturale se răsfrânge asupra deciziilor morale și asupra acțiunilor individului. Cu alte cuvinte, prima asumție a clauzei culturale este aceea că nu vedem lentilele prin care privim realitatea. Identitatea culturală este lentila morală a acțiunii, iar în cazul în care faptele penale rezultă din tradiție, infracțiunea este condiționată cultural. A doua asumție, care derivă din prima, este că, în cauzele penale cu specific identitar, un verdict just este condiționat de înțelegerea de către judecător a contextului cultural al faptei<sup>5</sup>. A treia asumție și cea mai importantă este că, în prezența unei motivații ce decurge direct din esența culturală a persoanei, inculpatul nu este răspunzător (sau nu este atât de răspunzător) din punct de vedere moral cum ar fi fost dacă avea altă identitate culturală, iar acest lucru justifică o aplicare diferită a legii penale<sup>6</sup> sau chiar înlăturarea răspunderii ori a pedepsei. Cu aceste premise, clauza culturală funcționează ca o strategie juridică prin apartenența culturală devine circumstanță atenuantă și justifică, de la caz la caz și la niveluri morale diferite, comiterea unei infracțiuni.

Mergând și mai în profunzime, observăm că fundamentul filosofic al clauzei culturale este relativismul cultural – doctrină care susține că persoanele din afara unei comunități (indiferent dacă sunt particulari sau judecători), nu pot formula critici legitime despre obiceiurile caracteristice comunității respective. Fiindcă nicio cultură nu este superioară alteia, nici standardele

<sup>4</sup> A se vedea *A.D. Renteln*, *The cultural defense*, New York, Oxford University Press, 2008.

<sup>5</sup> *A.D. Renteln*, op. cit, p. 9.

<sup>6</sup> *N.A. Gordon*, *The implications of memetics for the cultural defense*, în *Duke Law Journal*, vol. 50/2001, p. 1810.

morale (și implicit legale) ale majorității nu pot sta la baza unei evaluări legitime a cutumelor unei minorități, oricât de bizare ar părea unele practici și chiar și atunci când încalcă legea<sup>7</sup>. Cu alte cuvinte, din această perspectivă relativistă, convingerile și tradițiile unei comunități nu pot fi judecate decât conform standardelor interne și contextului care le generează. Clauza culturală poate fi definită ca o consecință normativă a relativismului cultural, care susține că aplicarea legii penale trebuie să țină cont de specificul identitar.

Acest punct de vedere omite aspecte esențiale: (i) pentru victima unei infracțiuni nu contextul cultural al făptuitorului este relevant, ci modul în care este afectată de fapta penală, asigurarea protecției victimei fiind obiectivul prioritar al justiției penale; (ii) multiplicarea standardelor morale și legale generează un cadru de nesiguranță pentru victimele (reale și potențiale), dar și la nivel social; (iii) un verdict sensibil cultural constituie o legitimare indirectă a tradițiilor și are impact în primul rând asupra relației dintre comunitate și cei mai vulnerabili membri ai săi.

Această problematică devine cu atât mai vizibilă în spețele delicate. Oferim câteva exemple din practica judiciară americană, cu precizarea că jurisprudența penală cu specific cultural din România nu este nici la fel de vastă și nici la fel de intensă. Exemplele sunt relevante pentru a înțelege provocările substanțiale pe care legitimarea clauzei culturale le are în sfera dreptății, deși, cel puțin la nivel teoretic, își propune să genereze verdicte echitabile față de membrii minorităților culturale.

Într-o speță din 1985 din California, o femeie de origine japoneză, Fumiko Kimura, după ce a aflat despre infidelitatea soțului său, a încercat să se sinucidă, intrând în ocean, împreună cu cei doi copii ai lor. În urma gestului său, doar copiii au decedat, în timp ce ea a fost salvată. Acuzată de omor, doamna Kimura a susținut că fapta comisă este justificată, fiind o tradiție japoneză, *oya-ku shinju*, ce constă în sinuciderea părintelui înșelat împreună cu copiii<sup>8</sup>. În cauza *People c. Rev Chung și Rev. Choi* din 1997, o femeie de origine coreeană a fost supusă unui ritual de exorcizare care presupunea intervenții fizice brutale. Ceremonia de vindecare a fost realizată de soțul acesteia, împreună cu preoții Chung și Choi, dar rezultatul nu a fost „alungarea demonilor”, ci decesul victimei. Instanțele americane au încadrat fapta la omor din culpă, dar, ținând cont de specificul cultural și religios, au redus considerabil pedeapsa, condamnând partenerul victimei la doi ani de închisoare, iar pe cei doi preoți la câte patru ani<sup>9</sup>. Într-o altă speță, domnul Moua, membru al tribului laoțian Hmong, a sechestrat o femeie din același trib, obligând-o să întrețină relații sexuale, în ciuda împotrivirii acesteia. În fața judecătorilor, Moua și avocatul său au susținut că fapta comisă corespundea unei practici tribale caracteristice culturii Hmong, numite *zij poj nam* sau „căsătorie prin răpire”, conform căreia bărbatul răpește femeia și o sechestrează în casa familiei lui, unde întreține relații sexuale cu ea. Există așteptarea ca femeia să refuze avansurile sexuale, fiindcă această atitudine demonstrează probitatea sa morală<sup>10</sup>.

Am selectat aceste exemple pentru impactul lor. Sunt cauze care nu au doar o componentă identitară, ci și un caracter „senzațional”. Scopul prezentării lor a fost acela de a sublinia că apartenența la o minoritate și considerarea tradiției ca relevantă pot conduce la pedepse

<sup>7</sup> J. Donnelly, *Universal Human Rights in Practice & Theory*, Cornell University Press, 1989, p. 44.

<sup>8</sup> N.S. Kim, *The cultural defense and the problem of cultural preemption*, în *New Mexico Law Review*, vol. 27, 1997, p. 102.

<sup>9</sup> A.D. Renteln, op. cit., p. 30.

<sup>10</sup> N.S. Kim, op. cit., p. 103.

diminuate excesiv chiar și în cazuri extreme. Rezultă trei întrebări: (1) *poate fi trasată o linie între o utilizare justificată și una abuzivă a clauzei culturale?*; (2) *există situații în care imperatiile culturale pot scuza fapta, sau (3) crearea unor standarde duble ar trebui exclusă, fără excepții, pentru a preveni posibilele abuzuri?*

Un răspuns pentru prima întrebare a fost oferit de Renteln care a propus un „test” al clauzei culturale, prin care să stabilească existența, validitatea și caracterul decisiv al cutumei în comiterea faptei, dar și dacă respectarea ei încalcă alte valori fundamentale. Concret, acest test implică răspunsuri afirmative la trei întrebări:

1. *Inculpatul este membrul unei minorități?*
2. *Tradiția invocată este caracteristică pentru minoritatea respectivă?*
3. *Inculpatul a fost influențat de tradiție în comiterea faptei?*<sup>11</sup>

Cele trei condiții identificate de Renteln sunt cumulative. Întrunirea lor garantează *considerarea* elementelor culturale de către instanță în faza deliberativă a procesului, dar nu sunt suficiente pentru aplicarea ei și pentru obținerea unei sentințe favorabile. Pentru a influența verdictul, Renteln adaugă a patra condiție: respectarea tradiției nu are consecințe fizice sau psihice grave asupra altei persoane, nu îi pune în primejdie viața și nu încalcă drepturile fundamentale ale acesteia<sup>12</sup>. Argumentul lui Renteln poate fi rezumat la două idei. Chiar și atunci când cutumele încalcă norma legală, membrilor minorităților nu trebuie să li se nege posibilitatea de a urma propriile obiceiuri, sau să fie pedepsiți pentru acest lucru, atunci când acestea au avut un rol real pentru fapta comisă. Invocarea lor va trebui să influențeze și soluția, cu excepția situațiilor în care tradiția afectează integritatea altor persoane.

Pe baza acestui raționament, Renteln susține că absența unei clauze culturale *de iure* este cauza reală a aplicării ei abuzive *de facto*. Fără reglementare, nu există nici limite, iar elementele culturale, inevitabil relevante, vor fi considerate de instanță. Modul în care sunt utilizate rămâne la discreția totală a judecătorilor care, în absența unei expertize antropologice obligatorii în cadrul unei „proceduri a clauzei culturale” riscă să interpreteze incorect obiceiul, fie în detrimentul făptuitorului (atunci când tradiția îndeplinește condițiile pentru admisibilitatea ei), fie în detrimentul victimei (atunci când condițiile nu sunt îndeplinite). Cu toate acestea, soluția lui Renteln nu stinge dilemele din jurul conceptului.

Este adevărat și nu putem ignora întrebarea firească despre „ce a fost în mintea făptuitorului” la comiterea faptei. Așa cum arată Sellin, posibilă vinovăție diminuată este un argument cu suficientă greutate în favoarea clauzei culturale, atunci când ceea ce poate fi catalogat drept comportament criminal este și un produs al identității<sup>13</sup>. O pedeapsă corectă, în viziunea lui Renteln, este o pedeapsă proporțională cu vinovăția, iar o faptă penală motivată cultural are un făptuitor „mai puțin vinovat” decât un individ acuzat de o faptă identică (din punctul de vedere al laturii obiective a infracțiunii), dar care nu a avut nici un stimulent sau imperativ cultural (din punctul de vedere al laturii subiective a infracțiunii). O asemenea logică arată că principala motivație pentru admiterea clauzei culturale de către judecător este încercarea de a compensa necongruența dintre vinovăția legală și vinovăția morală, atunci când un dezechilibru de acest tip există.

<sup>11</sup> A.D. Renteln, op. cit., p. 64.

<sup>12</sup> Ibidem.

<sup>13</sup> T. Sellin, Culture, conflict and crime, New York, Social Science Research Council, 1938.

Nici Renteln, nici Sellin nu se referă la faptul că, deși vinovăția morală ar putea fi mai mică, gradul de pericol social al faptei este, de cele mai multe ori, accentuat din cauza vulnerabilității victimelor. Este drept că nu toate obiceiurile care contravin legii au un caracter asupritor, dar Okin arată că, din punct de vedere statistic, cele mai multe „apărări culturale” invocate în procesele penale din SUA sunt corelate egalității de gen, în special controlului exercitat asupra femeilor și tinerelor fete<sup>14</sup>. Cu cât comunitatea are așteptări mai mari în sfera privată de la femei decât de la bărbați, cu atât șansa obținerii unui statut egal în orice sferă este mai mică<sup>15</sup>. Mai mult, inegalitatea de gen va fi tradusă în mod artificial ca o cerință culturală, când, în realitate nu este altceva decât un abuz, ce nu poate fi justificat de cutume<sup>16</sup>. Minorii (indiferent de gen) sunt a doua categorie de vulnerabili. Cu cât comunitatea are așteptări mai mari de la minori și o capacitate mai largă de a decide pentru ei, nestingherită nici măcar de aplicarea legii, cu posibilitatea lor de a decide în mod autonom va fi mai mică, rămânând captivi în comunitate.

Tradițiile opresive își găsesc domeniul predilect în sfera privată și rămân invizibile publicului până când ajung în fața judecătorului. În astfel de cazuri (deloc rare) admiterea clauzei culturale contribuie indirect la legitimarea practicilor și la perpetuarea vulnerabilității membrilor care beneficiază de cea mai redusă protecție în comunitate. Or, rolul justiției este tocmai acela de a-i ocroti pe cei mai vulnerabili, compensând eventualele abuzuri intern<sup>17</sup>. Din această perspectivă, specificul identitar nu poate scuza încălcarea drepturilor altora, pentru că efectul atenuării pedepsei sau al exonerării de răspundere nu ar mai fi o individualizare justă și adecvată pentru făptuitor, ci ar echivala cu o „discriminare” a victimelor și a persoanelor vătămate. Mai exact, acestea nu ar beneficia de aceeași protecție și de compensarea încălcării drepturilor în aceeași măsură ca victimele unui raport juridic penal identic la nivel obiectiv, dar lipsit de componenta identitar-culturală<sup>18</sup>.

Acest tip de „individualizare” traduce în plan juridic relativismul cultural. Cu alte cuvinte, legea încetează să mai aibă o aplicare universală, fiind înlocuită de relativismul legal, care presupune aplicarea unor standarde interne-subiective ale moralei comunității, în locul celor externe-obiective ale legii. Acest lucru face clauza culturală o formă de manifestare a multiculturalismului liberal. Așa cum explică Andreescu:

În funcție de raportul dintre drepturile individuale și cele de grup identificăm două tipuri de multiculturalism: liberal – atunci când drepturilor individuale li se acordă prioritate, și neliberal – în ipoteza în care acestea sunt refuzate în numele preeminenței privatității de grup<sup>19</sup>.

Atunci când această privatitate implică restricții interne la adresa libertății individuale a membrilor grupului și are repercusiuni asupra femeilor și copiilor din comunitate<sup>20</sup>, aplicarea

---

<sup>14</sup> S. Okin, *Is multiculturalism bad for women?*, Princeton University Press, 1999.

<sup>15</sup> Ibidem.

<sup>16</sup> M.M. Sheybani, *One person's culture is another's crime*, în *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 9/1987, p. 752.

<sup>17</sup> D. Lambelet Coleman, *Individualizing justice through multiculturalism: the liberal's dilemma*, în *Columbia Law Review* nr. 5, vol. 96/1996, p. 1337.

<sup>18</sup> J.J. Sing, *Culture as sameness: toward a synthetic view of provocation of culture in criminal law*, în *Yale Law Journal*, 1999, p. 1845-1884.

<sup>19</sup> G. Andreescu, *Strategii multiculturaliste neliberale decente și indecente*, în NRDO, nr. 4/2010, p. 59.

<sup>20</sup> W. Kymlicka, *Multicultural citizenship*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

clauzei culturale nu este nimic altceva decât reținerea acestor restricții ca relevante sau chiar determinate în proces. Folosirea mecanismului clauzei culturale de judecător oferă legitimitate, prin autoritatea de lucru judecat, raporturilor de putere din comunitate și restricțiilor interne abuzive, fără a mai avea legătură cu protecția legitimă a unei minorități vulnerabile în relația cu majoritatea.

Admitem că elementele culturale ar putea fi relevante în încercarea de a face dreptate și de a individualiza pedeapsa, dar judecătorul nu trebuie să omită celelalte aspecte: (1) neomogenitatea morală din cadrul comunității înseși – înainte de a cataloga o practică drept caracteristică pentru grupul respectiv; (2) dubla-vulnerabilitate a victimelor – înainte de a acorda prioritate tradiției; (3) egalitatea de gen și autonomia individuală – a căror încălcare se ascunde frecvent în spatele specificului cultural.

Privind contextul mai larg, adresăm întrebarea: o consecință normativă a relativismului cultural (și moral) și o expresie a unui multiculturalism neliberal pot fi compatibile cu o societate democratică, deschisă, în care drepturile omului sunt virtutea primordială? Răspunsul meu este următorul: sub umbrela protectoare a tradiției nu pot fi legitimate abuzuri, chiar dacă ar exista argumente să calificăm vinovăția morală a făptuitorului ca fiind mai mică. În relația dintre infractor și victimă, prioritate trebuie acordată victimei, iar legea trebuie interpretată și aplicată în interesul ei. De aceea, transformarea clauzei culturale într-un temei juridic nu ar face altceva decât să creeze premisele pentru relativismul legal. La fel, aplicarea ei *de facto*, în absența unei instituții juridice corespunzătoare. Acesta este punctul de vedere pe care îl adoptăm în această analiză și care servește drept fundament pentru următorul capitol privind compatibilitatea cadrului legislativ românesc cu clauza culturală.

## II. Clauza culturală în procesele penale – un mecanism legitim?

Clauza culturală este invocată (și, uneori, aplicată) atât în spețe în care comportamentul tradițional însuși este o infracțiune, fiind incriminat ca atare de legislația penală, cât și în cauze în care numai consecințele respectării obiceiului întrunesc elementele constitutive ale infracțiunii. În prima categorie se situează tradiții precum „crimele de onoare”, care constituie prin ele însele infracțiunea de omor. În a doua situație se regăsesc cauzele rezultate din cutume precum „logodna minorilor”. De pildă, chiar dacă mariajele timpurii nu sunt scoase în mod expres în afara legii (în România), ele conduc la comiterea infracțiunilor de act sexual cu minor sau instigare la act sexual cu minor, sub a căror incidență sunt supuse aprecierii instanței.

Indiferent care ar fi situația, clauza culturală nu există *de iure*, ca instituție juridică, nici în state în care argumentul apartenenței identitare este deja uzat<sup>21</sup>, nici în România, unde mecanismul este nou sau, cel puțin, conștientizarea aplicării lui este o noutate. Dacă în capitolul anterior am discutat despre legitimitatea etică a mecanismului pentru a contura conceptul, în acest capitol urmărim compatibilitatea lui cu dreptul penal și procesul penal din România.

Pentru a explica trăsăturile specifice ale clauzei culturale în sfera penală, discutăm despre forma juridică pe care aceasta o poate îmbrăca, în absența unei reglementări *de iure*. Așa cum am arătat în primul capitol, efectele aplicării ei *de facto* în procesele penale constituie problema reală pe care mecanismul o creează, indiferent de modalitatea sub care este admis. De aceea, atragem atenția asupra formelor juridice în care poate fi „deghizată” folosirea clauzei

<sup>21</sup> Gordon, op. cit., p. 1809.

culturale. Punctual, analizăm dacă poate fi solicitată de apărare ori aplicată de judecător drept (i) cauză de neimputabilitate sau (ii) circumstanță atenuantă ce conduce la o pedeapsă mai blândă decât cea care ar fi fost aplicată pentru un conținut infracțional identic, în absența identității culturale a făptuitorului. În sens mai larg, ne concentrăm asupra (i) relației dintre faptă și gradul de vinovăție al făptuitorului și (ii) asupra individualizării pedepsei, în contextul dreptului penal român.

### 1. O formă de constrângere morală?

Normele morale prezente în societate variază, chiar dacă norma legală este unică și general valabilă. Pe lângă aspectul material al infracțiunii, care presupune o conduită exterioară, există și o dimensiune moral-umană corelată felului în care se raportează făptuitorul la valorile sociale protejate de legea penală. Având în vedere realitatea că valorile sociale nu sunt omogene, în ce măsură este just ca judecătorul să ia în calcul aceste variații morale? O aplicare egală a legii penale presupune standarde morale unice și fixe sau flexibilitate morală? În lumina argumentelor expuse în primul capitol, conștientizăm riscurile multiplicării acestor standarde. În același timp, nu putem ignora aspectul personal al comiterii infracțiunii și faptul că, în prezența unor imperative culturale, vinovăția făptuitorului necesită o analiză mai atentă. În acest subcapitol construim începutul acestei analize, prin raportare la tema imputabilității și a cauzelor care o exclud.

Vinovăția a fost definită în doctrina penală drept atitudinea psihică a făptuitorului care, la momentul infracțiunii, nu a fost supus constrângerii și a avut reprezentarea faptei și a consecințelor sale periculoase din punct de vedere social<sup>22</sup>. Pentru ca fapta să fie infracțiune și să antreneze aplicarea unei pedepse, nu este suficient ca ea să aparțină material făptuitorului, ci trebuie să fie și imputabilă acestuia.

Imputabilitatea, în sensul legii penale, este o condiție a vinovăției și presupune capacitatea de a înțelege, a voi și a putea, în timp ce vinovăția este o condiție a responsabilității (adică a răspunderii penale) înțeleasă ca obligație a persoanei de a răspunde pentru faptele comise<sup>23</sup>.

Noul Cod Penal stabilește în art. 23 că fapta prevăzută de legea penală nu constituie infracțiune dacă a fost comisă în condițiile vreuneia dintre cauzele de neimputabilitate, și anume: constrângerea fizică, constrângerea morală, excesul neimputabil, minoritatea făptuitorului, iresponsabilitatea, intoxicația, eroarea, cazul fortuit<sup>24</sup>.

În cazul constrângerii morale, persoana este privată de libertatea de voință și de acțiune, iar ceea ce face sau nu face este o consecință a presiunii exterioare. Prezența acestei constrângeri exclude vinovăția.

Întrebarea la care încercăm să răspundem este: în ce măsură clauza culturală poate fi asimilată constrângerii morale? Pornim de la premisa că, în anumite situații, elementul cultural nu exercită doar influență asupra faptei, ci are caracter imperativ din punct de vedere

<sup>22</sup> A. Boroș, *Drept penal. Partea generală*, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 147-148.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> Cauzele de neimputabilitate sunt un element de noutate în legislația penală și trebuie separate de cauzele justificative care înlătură vinovăția făptuitorului, chiar dacă fapta îi este imputabilă: legitima apărare, starea de necesitate, exercitarea unui drept sau îndeplinirea unei obligații și consimțământul victimei. Acestea din urmă reprezintă împrejurări cu caracter obiectiv, care se răsfrâng și asupra participanților, spre deosebire de cauzele de neimputabilitate, care au caracter subiectiv și personal, cu excepția cazului fortuit.



moral. Există două ipoteze generale: cea în care membrii comunității exercită presiuni morale asupra făptuitorului și cea în care făptuitorul percepe normele morale ca imperative și constrângătoare. În ambele situații, se manifestă sau se resimte o formă de presiune care determină fapta, indiferent dacă cel care o comite conștientizează sau nu efectele ei. Cu toate acestea, dacă urmărim prevederile legislației penale române, nu găsim o suprapunere perfectă între clauza culturală și constrângerea morală, dar nici o incompatibilitate evidentă.

Pentru ca această cauză de neimputabilitate să opereze, în primul rând este necesară o acțiune de constrângere exercitată asupra făptuitorului, printr-o amenințare de către o altă persoană. Amenințarea trebuie să-i producă o temere puternică, de natură să îl oblige să acționeze în sensul dorit de cel care amenință. Neavând libertate de voință, rezultă că el acționează fără vinovăție. Cel care exercită amenințarea trebuie să fie o persoană fizică, ce urmărește săvârșirea faptei prevăzute de legea penală prin intermediul celui amenințat. De asemenea, amenințarea poate fi directă sau indirectă, verbală sau scrisă. Ea trebuie să fie serioasă, adică să aibă capacitatea de a genera în conștiința celui amenințat convingerea că, dacă nu va săvârși fapta penală, riscul cu care este amenințat el sau o altă persoană se va produce. A doua condiție este ca amenințarea să fie gravă, vizând un pericol pentru viață, libertatea, integritatea corporală ori bunurile persoanei amenințate ori ale altei persoane<sup>25</sup>.

Observând condițiile constrângerii morale, echivalarea ei cu imperativul cultural pare o operațiune forțată și artificială. În majoritatea spețelor din sfera penală în care clauza culturală este invocată, amenințările sunt îndreptate împotriva victimei, care se află în imposibilitatea de a decide, anihilându-i autonomia de voință. Făptuitorul percepe acțiunea sa drept necesară, firească în baza codului moral al comunității culturale din care face parte sau chiar obligatorie, dar presiunea nu este realizată de o altă persoană, ci rămâne o chestiune de percepție subiectivă, insuficientă pentru a considera clauza culturală o formă de manifestare a constrângerii morale.

Un exemplu autohton este cel al mariajelor timpurii. Într-un raport<sup>26</sup> din 2009 realizat pe această temă, autoarele subliniază că în noțiunea include mai multe forme de logodnă a minorilor: mariajul forțat, mariajul timpuriu, mariajul aranjat. Dintre acestea, mariajul forțat presupune ca una sau ambele părți să fie „logodite” fără acceptul lor. Caracterul forțat implică o constrângere prin amenințare sau alte metode de presiune: fizică, psihică sau acte de manipulare privind necesitatea supunerii în fața valorilor și rolurilor tradiționale. Libertatea de alegere este criteriul principal de delimitare, cu toate că cele trei categorii se pot intersecta. Chiar și în cazul în care minorii achiesează la logodnă, vârsta lor nu justifică un acord valid, deci putem discuta în continuare despre constrângere<sup>27</sup>.

Așa cum am arătat de la început, aici amenințările vizează victima și conformarea acesteia la cutumă, nu a făptuitorului. Logodnicul (dacă este major) nu a fost constrâns la act sexual cu un minor. Nici părinții nu au fost constrânși la infrațiunea de instigare la act sexual cu minor. Dimpotrivă, ei se aflau în cunoștință de cauză cu privire la caracterul penal al faptei și la efectele ei și, în ciuda acestei reprezentări, au decis, având libertate de voință și fără

<sup>25</sup> A. Boroș, op. cit., p. 319.

<sup>26</sup> Nicoleta Bițu și Crina Morteau, *Mariajele timpurii în comunitățile de romi: stat de drept, autonomie culturală și drepturi individuale*, Romani CRISS, 2009.

<sup>27</sup> Idem.

constrângere<sup>28</sup>, să se supună unui obicei opresiv pentru minori. Prin urmare, în astfel de cazuri imperativul cultural nu poate fi considerat o formă a constrângerii morale, chiar dacă s-a dispus neînceperea urmăririi penale a părinților, iar făptuitorii majori ai infracțiunii de act sexual cu un minor au primit pedepse sub minim. Fapta este în continuare imputabilă și pedepsibilă, chiar dacă este motivată cultural și chiar dacă cel care a comis-o o percepe ca obligatorie. Excepție fac situațiile în care există cu adevărat constrângere morală din partea altei persoane, în termenii Codului penal. Totuși, în acest caz, amenințarea nu ar avea legătură cu specificul identitar. Rămâne de discutat, tot pe terenul vinovăției, în ce măsură clauza culturală poate acționa ca circumstanță atenuantă. Cu alte cuvinte, chiar dacă o infracțiune influențată cultural este imputabilă celui care a comis-o, vinovăția sa și implicit răspunderea sa pot fi diminuate?

## 2. Identitatea culturală justifică pedepse mai blânde?

Conform principiului individualizării, răspunderea penală trebuie să fie diferențiată în funcție de gravitatea infracțiunii și de persoana infractorului pentru a asigura o sancționare corectă<sup>29</sup>. Deși judecătorii dispun de largi posibilități în a stabili modul de executare a pedepselor, selectarea mijloacelor de individualizare nu se face arbitrar, ci în funcție de criteriile impuse de Codul penal<sup>30</sup>. Rezultă că reducerea pedepsei sub minimul special sau agravarea ei, cu posibilitatea depășirii maximului special, este condiționată de reținerea ca relevante și determinante a unor stări, situații, calități sau alte elemente ale realității care, deși nu fac parte din conținutul constitutiv al infracțiunii, au legătură fie cu fapta săvârșită, fie cu persoana infractorului. Specificul identitar poate fi unul dintre acestea? Cu alte cuvinte, clauza culturală devine, în contextual individualizării pedepsei, o circumstanță atenuantă informală?

Sensul clauzei culturale este acela că atitudinea ori acțiunile cuiva ar trebui scuzate ori tratate luând ca circumstanță atenuantă cultura de origine unde acestea sunt acceptabile sau chiar o normă de conduită<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> Enunțul ar avea nevoie de o dezvoltare, căci se poate prezuma adaptarea lui la contexte și prin nuanțe.

<sup>29</sup> Legea penală distinge între individualizare legală, judiciară și administrativă. Individualizarea legală este stabilită de legiuitor în procesul elaborării legii penale care definește cadrul general al pedepselor, limitele minime și maxime de pedeapsă pentru fiecare infracțiune, ținând cont de valorile sociale protejate. Individualizarea judiciară se realizează de către instanța judecătorească și constă în adecvarea pedepsei prevăzute de lege la o faptă concretă și la un făptuitor concret. Prima realizează o prevenție generală, în timp ce a doua realizează atât o prevenție generală, cât și una specială. Individualizarea administrativă vizează executarea.

<sup>30</sup> Criteriile generale de individualizare sunt prevăzute în art. 74 alin. (1) C.pen. conform căruia stabilirea duratei ori a quantumului pedepsei se face în raport cu gravitatea infracțiunii săvârșite și cu pericolozitatea infractorului. Evaluarea acestora se face în funcție de:

- a) împrejurările și modul de comitere a infracțiunii, precum și mijloacele folosite;
- b) starea de pericol create pentru valoarea ocrotită;
- c) natura și gravitatea rezultatului produs ori a altor consecințe ale infracțiunii;
- d) motivul săvârșirii infracțiunii și scopul urmărit;
- e) natura și frecvența infracțiunilor care constituie antecedente penale ale infractorului;
- f) conduita după săvârșirea infracțiunii și în cursul procesului penal;
- g) nivelul de educație, vârsta, starea de sănătate, situația familială și socială.

<sup>31</sup> G. Andreescu, op. cit., p. 54.

În afară de distincția între circumstanțe atenuante și circumstanțe agravante, care se face în raport cu efectul pe care îl produc asupra pedepsei, circumstanțele se mai clasifică în circumstanțe legale și judiciare. Cele dintâi sunt prevăzute expres de lege și, odată constatată existența lor, impun judecătorilor obligația de a le reține<sup>32</sup>. Legea enumeră doar cu titlu exemplificativ (nu limitativ) circumstanțele atenuante judiciare<sup>33</sup>. Pe lângă împrejurările enumerate, instanța are libertatea de a reține ca circumstanță atenuantă orice altă împrejurare care este importantă pentru faptă și făptuitor, însă constatarea ei nu conduce la obligativitatea diminuării pedepsei. Aplicarea lor este lăsată la aprecierea judecătorilor. Chiar dacă este stabilită existența efectivă a unei asemenea circumstanțe, instanța poate refuza acordarea ei atunci când, în raport de datele cauzei nu s-ar justifica o pedeapsă sub minimul special<sup>34</sup>.

O primă concluzie, la acest punct, este aceea că, și în situația în care instanța ar reține specificul cultural ca împrejurare relevantă a cauzei, stabilirea unei vinovății diminuate și a unei pedepse mai mici pe baza acestui argument este doar o potențialitate, nu o necesitate. Pentru a o aplica, judecătorul trebuie să considere toate circumstanțele cauzei, inclusiv raportul dintre făptuitor și victimă și impactul infracțiunii asupra victimei.

Invocarea clauzei culturale solicită, de fapt, ca individualizarea faptei, a gradului de pericol social și al vinovăției făptuitorului să se realizeze nu numai în lumina legii (evaluare externă), ci și în lumina culturii din care provine (evaluare internă). Deși absența unei evaluări suprapuse prezintă un risc al inflexibilității, opțiunea pentru evaluarea dublă implică riscul folosirii stereotipurilor și riscul legitimării abuzurilor față de victime, așa cum am indicat în prima secțiune a studiului. Este cea mai frecventă capcană a clauzei culturale, care transformă un mecanism aparent menit să facă dreptate minorității, într-un instrument care o marginalizează și, mai mult, prin legitimarea unor tradiții abuzive, consfințirea unor stereotipuri și încălcarea drepturilor vulnerabililor.

În mod ironic, individualizarea pe considerente identitare poate conduce la o generalizare a stigmatelor plasate asupra unei comunități. Un exemplu prim exemplu este cauza *R. c. Adesanya* (1974) din jurisprudența Marii Britanii. Speța a implicat interpretarea ritua-lului însemnării fizice a minorilor. Doamna Adesanya, imigrantă nigeriană aparținând religiei Yoruba, a invocat respectarea tradiției cultului său atunci când, în ajunul Anului Nou, a realizat cu ajutorul unei lame de ras, mici incizii pe obrajii celor doi fii ai săi, în vârstă de 9 și 14 ani. Pârâta a susținut că acțiunea era menită să-i ajute pe fiii săi să se perceapă ca membri ai Yoruba și că băieții au fost de acord. Adesanya a fost acuzată de vătămare corporală în fața Tribunalului Penal Central din Londra, dar a pledat ca nevinovată, invocând clauza culturală și susținând că, fără aceste însemnări fizice, nu ar fi putut participa ca adulți la viața comunității. Dacă nu s-ar fi supus cutumei, *absența* însemnelor ar fi fost privită în contextul cultural al tribului său drept neglijență sau abuz. Pe de altă parte, *prezența* însemnelor era calificată, conform legislației britanice, drept neglijență, abuz și vătămare corporală. În condițiile în care coexistența unei evaluări interne cu evaluarea externă era imposibilă, judecătorul a

---

<sup>32</sup> Circumstanțele atenuante legale sunt: depășirea limitelor legitimei apărări; depășirea limitelor stării de necesitate; acoperirea integrală a prejudiciului material cauzat prin infracțiune în cursul urmăririi penale sau al judecății până la primul termen de judecată.

<sup>33</sup> În art. 75 alin. (2) C.pen. sunt enumerate următoarele împrejurări care pot constitui circumstanțe atenuante: eforturile depuse de infractor pentru înlăturarea sau diminuarea consecințelor infracțiunii; împrejurările legate de fapta comisă, care diminuează gravitatea infracțiunii sau pericolozitatea infractorului.

<sup>34</sup> *A. Boro*, op. cit., p. 512.

stabilit că obiceiul nu putea fi o justificare pentru infracțiunea comisă și nu putea decât să o condamne pe doamna Adesanya. Cu toate acestea, instanța a dispus și diminuarea pedepsei aplicate<sup>35</sup>. Este interesant totuși că, deși a confirmat că încălcarea legii nu poate fi scuzată, judecătorul a considerat necesar să reducă substanțial pedeapsa, însă nu a verificat și validitatea tradiției invocate. Renteln arată că, în realitate, modul în care a acționat doamna Adesanya este diferit de tradiția propriu-zisă. În triburile Yoruba, însemnarea are loc la scurt timp după naștere și nu este asociată cu Anul Nou. În plus, după „standarde nigeriene”, inciziile trebuiau să fie foarte mici, spre deosebire de cele realizate în speță. Din punct de vedere antropologic, nu este clar nici dacă însemnările faciale ale copiilor încă erau permise în Nigeria la momentul comiterii faptei<sup>36</sup>. Recunoscând imperativul tradiției, instanța nu numai că a legitimat o practică abuzivă, dar a consacrat o practică inexistentă și un stereotip cu privire la minoritatea din care doamna Adesanya făcea parte.

O situație similară este cazul mariajelor timpurii care conduc la procese penale în România. Deși această tradiție nu este caracteristică tuturor comunităților rome, ci numai celor tradiționale<sup>37</sup>, reținerea acestei practici în hotărârile judecătorești ca esențială pentru întreaga minoritate romă și reducerea pedepsei sub minimul special pe baza acestui considerent are același efect dublu: justifică conformarea la tradiție, în detrimentul efectelor ei asupra victimelor și plasează un stigmat asupra întregii comunități rome, deși aceasta nu este omogenă<sup>38</sup>.

Mai periculos decât riscul stereotipurilor este cel al legitimării obiceiurilor opresive. În concluzie, sentința penală în cazul proceselor cu elemente culturale nu poate fi decât rezultatul unui raționament etico-politic transversal, care aplică întotdeauna o evaluare obiectivă, externă (norma legală), dublată de o individualizare a faptei și a vinovăției făptuitorului care ține cont de criteriile interne (norma morală), dar acestea nu pot avea caracter determinant. Judecătorul trebuie să interpreteze contextul acordând prioritate intereselor victimei. Specificul identitar nu poate fi un mijloc de „a scăpa mai ușor”, iar cultura nu poate fi o justificare pentru abuzuri. Aceasta idee are caracter general, indiferent de particularitățile fiecărei cauze, dar aprecierea concretă se poate realiza de la caz la caz, aspect definitoriu pentru mecanismul clauzei culturale.

### III. Clauza culturală – o instituție penală *de lege ferenda*? Limite și consecințe ale aplicării clauzei culturale

Am menționat deja că nu există o clauză culturală *de iure*, dar ea este invocată, utilizată și aplicată *de facto*, indirect în cadrul proceselor penale, uneori „deghizată” sub umbrela altor instituții juridice. Acest capitol adresează două întrebări. Este justificabilă din punct de vedere moral crearea unei clauze culturale formale, care să poată opera ca temei juridic în procesele penale? În ce măsură un asemenea instrument de individualizare este compatibil cu o societate democratică și deschisă?

În analiza noastră pornim de la premisa că aplicarea unui mecanism juridic derivat din relativismul cultural (și moral) pavează drumul spre un relativism legal, fiindcă aplicarea clauzei culturale nu este doar o simplă considerare a specificului identitar. În esență, ea

<sup>35</sup> A.D. Renteln, op. cit., p. 50.

<sup>36</sup> Ibidem.

<sup>37</sup> N. Bițu, op. cit., p. 12.

<sup>38</sup> O.M. Constantin, op. cit., p. 17.

conduce la o individualizare a pericolului social și a vinovăției făptuitorului dincolo de standardele obiective ale legii, adică pe baza unei evaluări subiective ce ține cont de standarde morale interne grupurilor, adesea contrare normelor legale și chiar drepturilor omului. În continuare, (i) prezentăm pe scurt argumentele care favorizează și cele care se opun acestei reglementări și (ii) formulăm o recomandare.

Am arătat că strategia clauzei culturale nu poate fi asimilată constrângerii morale, chiar dacă făptuitorul percepe acțiunea sa drept imperativă conform eticii comunității din care face parte, dar este posibilă aplicarea ei ca circumstanță atenuantă. Principiul individualizării este cel care impune ca răspunderea penală să țină cont de persoana infractorului. Judecătorul poate reține orice context corelat făptuitorului (deci inclusiv specificul identitar), care ar justifica o pedeapsă mai mică, dar constatarea acestor elemente nu creează obligația atenuării pedepsei, ci are caracter facultativ.

Indiferent dacă operează sub masca circumstanțelor atenuante sau dacă am vorbi despre o clauză culturală formală, efectele sunt aceleași: unul direct – constând în diminuarea pedepsei, și unul indirect – legitimarea tradiției în discuție și reținerea ei ca relevantă în proces ori determinantă pentru verdict. Riscul principal al folosirii acestui mecanism este, de asemenea, același: consacrarea implicită a raporturilor de putere din comunitate chiar și atunci când acestea se reflectă în cutume și restricții interne abuzive.

Dacă admitem că faptele sunt influențate de specificul identitar, rezultă că un verdict este echitabil doar când judecătorul are o viziune clară asupra universului cultural care a generat acțiunea, iar o pedeapsă este corectă numai când este proporțională cu vinovăția. Nu împărtășim această viziune. Chiar dacă am admite că vinovăția morală este redusă, pericolul social al faptei este, în cele mai multe situații de acest tip, mai mare, din cauza vulnerabilității victimelor. Așadar, deși reținerea elementelor culturale poate părea justificată contextual, trebuie conștientizate de fiecare dată dilemele etice, efectele secundare, limitele mecanismului și detaliile mai puțin evidente.

În plus, nu orice practică a unei comunități este definitorie pentru ea. Fără omogenitate morală în grup nu se poate stabili cu claritate rolul pe care îl are o tradiție în comiterea faptei, în ce măsură este doar o scuză sau chiar a avut un caracter hotărâtor asupra comportamentului infracțional. Mai mult, dacă victima nu împărtășește aceleași opțiuni, ar fi nedreaptă reținerea relevanței unei cutume cu caracter opresiv. Tocmai această neomogenitate morală poate transforma un verdict aparent echitabil în raport cu specificul identitar într-o modalitate de stigmatizare minorității prin atașarea unei etichete false.

Pe baza unui raționament asemănător, Renteln avansează un argument dificil de combătut în favoarea reglementării „clauzei”. Atunci când apartenența la o comunitate și la un set de obiceiuri devine relevantă, judecătorul o va lua în considerare sub o formă sau alta. În absența unei clauze culturale formale, care să definească limitele legale și morale ale mecanismului, riscul aplicării ei „după ureche” (în cel mai bun caz) și abuzive (în cel mai rău caz) este inevitabil. De aceea, Renteln propune un test (prezentat în primul capitol) și o procedură a clauzei culturale care să impună ca obiceiul și autenticitatea lui să fie analizate și interpretate antropologic, prin expertiză, înainte de a-l reține ca relevant sau decisiv în hotărârea judecătorească.

Dar și așa, individualizarea pe criterii identitare rămâne o formă de manifestare a unui relativism legal, fiindcă recunoașterea unor apărări culturale, atunci când conținutul infracțional și tradiția devin echivalente, înseamnă abandonarea unei evaluări strict externe (legale) și împrumutarea lentilelor evaluării interne.

Există o modalitate prin care aceste două perspective pot fi conciliate? Donnelly susține că relativismul și universalismul nu sunt antagonice, ci pot coexista. De aceea, el plasează la extremele unui continuum: relativismul cultural radical și universalismul radical. Primul susține că unica sursă a validității unei norme juridice sau morale este cultura. Al doilea consideră cultura irelevantă pentru validitatea normelor legale. Donnelly subliniază că aceste două poziții extreme sunt tipuri ideale, iar în interiorul continuum-ului se află poziții intermediare, care îmbină cele două viziuni, în ponderi diferite. Pe această linie de gândire, atunci când normele și valorile se confruntă, dreptatea va impune stabilirea și interpretarea de la caz la caz<sup>39</sup>. Un raționament simetric ar putea justifica instituirea unei clauze culturale formale.

De aceea, în această secțiune, realizăm o propunere prudentă *de lege ferenda*. Pot exista cazuri în care specificul identitar este o caracteristică esențială în speță și va fi luat în calcul de judecător. Dar este posibil să fie considerat de instanță și când nu prezintă o importanță majoră sau chiar când urmărește legitimarea unor tradiții abuzive. Judecătorul dispune de libertate în condițiile circumstanțelor atenuante judiciare. Important este să fie prevenită o aplicare „oarbă” a mecanismului, adică o aplicare neprecedată de documentare exactă privind tradiția și fără conștientizarea impactului social extins al prioritizării cutumei. Din moment ce judecătorul are, oricum, libertatea necenzurată de a reține imperativul cultural ca circumstanță atenuantă judiciară în sentința penală, ceea ce se impune este stabilirea unor limite pentru această posibilitate specifică și nu reglementarea clauzei culturale în sine. Această diferență de nuanță este importantă. Ceea ce propunem este definirea legală a unor limite obiective și nu crearea unui mecanism ce poate fi caracterizat ca o consecință normativă a relativismului cultural. Dar, pentru a contura restricțiile, trebuie enunțată legal și clauza culturală.

În aceste condiții, susținem că reglementarea ei trebuie să fie supusă în primul rând unor reguli „tehnice” clare.

(1) Circumstanțele culturale trebuie să rămână în sfera circumstanțelor *judiciare*, nu legale. Există o diferență netă între cele două, la nivelul efectelor. O circumstanță judiciară este *facultativă* și generează *posibilitatea* de a *considera* în speță anumite împrejurări. O circumstanță atenuantă legală s-ar înscrie într-o cu totul altă filosofie, pe care nu o agreăm pentru clauza culturală, fiindcă ar genera obligativitatea *admiterii* ei de fiecare dată când specificul identitar este incident în speță.

(2) În formularea prevederii legale, accentul trebuie plasat pe *restricții*, nu pe circumstanța culturală în sine. Mai exact, propunerea vizează introducerea unui nou *exemplu* între cele enumerate la art. 75 C.pen. drept posibile circumstanțele judiciare.

(3) Norma trebuie să specifice clar condițiile în care clauza culturală poate fi reținută, astfel încât să ghideze judecătorul spre un verdict echitabil.

Propunerea poate fi rezumată în următoarea formulare: *Pot constitui circumstanțe atenuante judiciare elemente legate de identitatea culturală sau religioasă a făptuitorului doar dacă aceste elemente sunt incontestabil definitorii pentru comunitatea din care face parte făptuitorul, au avut un rol determinant în comiterea faptei și nu au afectat integritatea fizică, psihică sau drepturile fundamentale ale altor persoane.*

Această formulare asigură oferă un reper. Individualizarea pe baza specificului identitar este o situație cel puțin problematică, fiindcă nu există o rețetă unică. Este adevărat că doar de

---

<sup>39</sup> J. Donnelly, op. cit. p. 400.

la caz la caz putem discuta despre detalii ale aplicării, dar câteva principii general, rezumate în formularea de mai sus, sunt necesare din considerente de claritate.

Întrebarea care persistă, totuși, este dacă privim reglementarea clauzei culturale ca pe o scurtătură către relativism sau ca pe o modalitate de creare a unor limite solide contra posibilelor abuzuri care ar putea apărea în contextul reținerii împrejurărilor legate de tradiții culturale. Considerăm că doar a doua situație ar putea justifica reglementarea ei. Scopul este asigurarea unei aplicări conștiente, documentată și considerând efectele ei dincolo de perimetrul faptelor. Chiar dacă legitimitatea clauzei culturale rămâne un subiect de controverse, reglementarea limitelor ei este sigura soluție tehnică pentru a preveni efectele indzirabile social.

#### **IV. Concluzii**

Acest studiu elaborează pe marginea conceptului „clauzei culturale” și tratează dilemele etice care îi definesc efectele. Am arătat că, indiferent dacă este consacrată legal sau nu, utilizarea clauzei culturale în procesele penale prezintă riscul legitimării implicite a unor tradiții opresive și a unor restricții interne, în detrimentul celor mai vulnerabili membri ai comunităților.

Am pornit de la premisa că transformarea clauzei culturale într-un temei juridic nu ar face altceva decât să creeze premisele pentru relativismul legal. Am constatat că, în absența unei clauze culturale consacrate formal, mecanismul ei oricum se produce, dar în mod confuz, iar prevenirea efectivă a aplicării “oarbe” a acestui mecanism se poate realiza numai prin reglementarea condițiilor și restricțiilor aplicării clauzei culturale. Cele două nu pot fi reglementate separat. De aceea, am formulat o propunere de includere a unei „circumstanțe culturale” între exemplele de la art. 75 din noul Cod penal, care stabilește regimul circumstanțelor atenuante judiciare. Această mențiune în lege este utilă din punct de vedere tehnic, chiar dacă nu este incontestabilă în plan etic. Esențial este faptul că garantează restrângerea posibilității aplicării acestui mecanism, prin caracterul facultativ și preventiv, dar mai ales prin stipularea clară a unor condiții cumulative. Rămânem fideli argumentelor enumerate pe parcursul lucrării, care pot fi rezumate astfel: sub umbrela protectoare a tradiției nu pot fi legitimize abuzuri, chiar dacă vinovăția morală a făptuitorului pare mai mică. În relația dintre infractor și victimă, prioritate trebuie acordată victimei, iar legea trebuie interpretată și aplicată în interesul ei.