

CUPRINS

EDITORIAL

Mihai BĂDESCU, Pledoarie pentru o mai bună legiferare 13

I. DOCTRINĂ

Dan Claudiu DĂNIȘOR, Oamenii au Dreptul – drepturile omului ca sinteză a drepturilor subiective și normelor secundare 18

Verginia VEDINAȘ, Dreptul administrativ român la cumpăna dintre milenii, veacuri și regimuri politice 29

Mădălina-Elena MIHĂILESCU, Protejarea drepturilor minorităților prin aplicarea principiului multiculturalismului la nivel european 66

II. PRACTICI INSTITUȚIONALE

Elena Emilia ȘTEFAN, Încetarea mandatului primarului prin referendum local..... 74

Silviu-Ionuț VOICU, Aspecte de interes în materie contravențională: primirea la muncă pe teritoriul României a unui străin fără aviz de angajare sau de detașare 85

III. JURISPRUDENȚĂ

Eugenia MARIN, Examen selectiv din practica judiciară a Secției de contencios administrativ și fiscal a Înaltei Curți de Casație și Justiție..... 97

IV. CRONICI EDITORIALE

Verginia VEDINAȘ, Tratat de contencios administrativ, Editura Universul Juridic, noiembrie 2022 119

V. EVENIMENT

Dan Constantin MĂȚĂ, Verginia Vedinaș (coordonator), *Codul administrativ comentat. Explicații. Jurisprudență. Doctrină*, vol. I (art. 1-364¹), vol. II (art. 365-638), Editura Universul Juridic, București, 2022-2023 123

Julien CAZALA, Le droit administratif en Roumanie, L'Harmattan, Paris, 2022 Autor: conf. univ. dr. habil. Cătălin-Silviu Săraru 127

Emilia Lucia CĂTANĂ, Sesiunea de comunicări științifice a Institutului de Științe Administrative „Paul Negulescu” cu tema „Viața publică sub impactul codificării. 3 ani de la adoptarea Codului administrativ”, Sibiu, 25-26 noiembrie 2022 129

Anca Jeanina NIȚĂ, **Anthony MURPHY**, Universitatea „Ovidius” din Constanța, Facultatea de Drept și Științe Administrative *Conferința națională „Dreptul la un trai decent și componentele sale esențiale”* 18.11.2022, Sala Senatului Universității „Ovidius” din Constanța..... 134

Verginia VEDINAȘ , Sesiunea științifică „30 de ani de la reluarea învățământului superior juridic la Oradea, 6-7 octombrie 2022”	138
Ion CRAIOVAN , Conferința Internațională a Academiei Europei (A.E.) „Building Bridges 2022” – Câteva însemnări privind relația dintre știință și cunoașterea dreptului	140
Cristian Dumitru MIHEȘ , Conferința națională „Contenciosul administrativ”, ediția a III-a	145

Pledoarie pentru o mai bună legiferare

Prof. univ. dr. **Mihai BĂDESCU**

ASE București, președinte executiv al Asociației Române de Drept Constituțional

1. Societatea contemporană se confruntă, printre altele, cu o acută criză a dreptului, fenomen social (normativ) privit atât din punct de vedere al edictării, elaborării actelor juridice normative, a legii, în sens larg, cât și din punctul de vedere al realizării sale, fie prin respectarea conștientă de către membrii societății a normelor de drept, fie prin aplicarea acestora de către entitățile (organele statului) îndrituite cu competențe în materie.

Ne îndreptăm atenția, în cele ce urmează, doar înspre **elaborarea legii**, construcția propozițiilor normative, a normelor juridice, activitate care, fără nicio îndoială, se află într-un moment critic, de dificultate, în situație de „criză”, stare ce necesită un „tratament” adecvat și, mai ales, o **reconsiderare a rațiunii pentru care se impune o legiferare adecvată realităților sociale** prezente, pentru a asigura o efectivă protecție a drepturilor și libertăților fundamentale cetățenești.

Faptul că legea nu mai apare ca o „arcă sfântă” – cum era considerată în secolul al XIX-lea – este evident (R. Duminică). Legiferarea nu se mai fundamentează pe cele două condiții esențiale ale sale, **cunoașterea realității** și, respectiv, aplicarea adecvată a **tehnicii legislative**, care are menirea să asigure concordanța, compatibilitatea dintre realitatea socială și realitatea reflectată de norma de drept, tehnică alcătuită dintr-un complex de metode și procedee care au drept scop asigurarea unei forme corespunzătoare conținutului reglementărilor juridice (N. Popa), care permit ca soluțiile de fond să dobândească practicabilitate, capacitate de inserare în viața socială (A. Naschitz).

Doctrina de specialitate atrăgea atenția asupra acestei realități cu mult timp în urmă: legea începe să piardă din prestigiul pe care îl are, devenind, nimic altceva, decât rezultatul unei proceduri de guvernământ, pierzându-și caracterele tradiționale (normă generală, abstractă și permanentă); legile se succed cu o viteză foarte mare și nu mai furnizează decât soluții provizorii (G. Burdeau).

În aceeași ordine de idei, se apreciază că legea a devenit, de fapt, un rit asemenea unei incantații, supraîncărcat de detalii, adesea imprecis și, evident, ineficace, tot mai puțin accesibilă cetățenilor și tot mai dificil de interpretat de către judecători (P. Mazeud).

Astăzi, legea și parlamentul, odinioară magnifice în funcționarea lor sub aspectul reprezentării voinței generale, traversează un proces de relativizare, de scădere a rolurilor lor simbolice și politice (B. Melkevic).

Mai mult, disfuncțiile actualelor sisteme de drept au cauze mai profunde decât se credea, fiind vorba de „*dominația unor entități defazate față de realitate asupra sistemului juridic, care poate fi tradusă prin recursul aproape patologic la schimbarea legislației ori de câte ori sistemul social se confruntă cu o problemă funcțională*” (D.C. Dănișor).

2. Nu cu multă vreme în urmă (octombrie 2022), la noi, a avut loc Conferința Națională „*Criza procesului legislativ și a calității legii în România – stat de drept*,”

*democratic și social, membru al UE*¹, reuniune științifică la care au participat reputați teoreticieni și practicieni ai dreptului, reprezentanți ai autorităților și instituțiilor centrale (Senatul României, Avocatul Poporului, Curtea Constituțională, Consiliul Legislativ, Academia de Științe Juridice din România, Uniunea Juriștilor din România), foști judecători la Curtea Constituțională, profesori universitari din mai multe universități din țară.

În comunicările lor, participanții au scos în evidență **profunda criză a legiferării în România**; numai câteva exemple pot fi, credem, relevante: „*Trăim deja o criză a dreptului?*” (N. Popa); „*Legiferarea superficială – compromiterea statului de drept, a drepturilor și libertăților fundamentale*” (R. Weber); „*Exigențele constituționale privind calitatea legilor*” (M. Enache); „*Contribuția Consiliului Legislativ la procesul legislativ și la calitatea legilor*” (F. Iordache); „*Nodul gordian al crizei legislative sau revizuirea Constituției*” (I. Chelaru); „*Lumini și umbre în procesul legislativ din Parlamentul României*” (B. Ciucă); „*Tensiuni în sistemul judiciar*” (T. Toader); „*Transformarea regulilor în excepții și a excepțiilor în reguli – caracteristică negativă a procesului legislativ din România*” (V. Vedinaș); „*Marea dilemă a legisticii: între (complexa) elaborare genetică și (simpla) redactare a textului actului normativ*” (M. Duțu); „*Control și echilibru în mecanismul delegării legislative. Rolul Parlamentului în asigurarea caracterului de excepție al legiferării*” (M. Safta); „*Unele efecte juridice imperative ale «avizelor externe» consultative asupra procesului legislativ și a jurisprudenței instanțelor naționale*” (A. Stoica); „*Succinte considerații privind constituționalizarea și mondializarea statului de drept, realitate conflictuală a raportului dintre dreptul intern al Statului și dreptul internațional*” (M. Voicu);

Ideile, opiniile și viziunile pertinente prezentate în comunicările susținute, au adus în atenție – dacă mai era nevoie! – realitatea dramatică în care trăim, din această perspectivă. Câteva dintre acestea:

- astăzi, ignorarea sensului și finalității reale ale legii, are ca efect nefast limitarea sau anihilarea drepturilor garantate de Constituția României;
- libertatea de a reglementa (de către legislativ și executiv) devine, de multe ori, un instrument al restrângerii drepturilor și libertăților, generează „*poluarea normei constituționale*” prin prevederi parazitare și dispoziții temporare (impuse de așa-zise „situații excepționale”);
- deficitul de democrație a generat efecte nocive grave: „*mișcarea străzii este proclamată izvor de drept*” (precum în sec. al XIX-lea), politica „*amic-inamic*”, impunerea de clișee ș.a.;
- paranoia accelerării legislative – în UE și în România – a generat „*monștri normativi*” în dreptul UE și, în replică, în dreptul național;
- neaducerea la îndeplinire a deciziilor C.C.R. – rămase neaplicate ani la rând – a evidențiat dezinteresul puterii executive și legislative;
- criza de încredere a poporului, beneficiar real al legii, față de Parlament s-a accentuat (în 2022 – 14%); „*oamenii citesc diferit legea, iar legile bune pentru bibliotecă nu sunt utile pentru popor*” (R. Cazanciuc).

¹ În organizarea Secției de Drept Internațional și Drept Comparat a Academiei de Științe Juridice din România și a Facultății de Drept și Științe Administrative a Universității „Ovidius” din Constanța (pe larg, www.juridice.ro – „Unele concluzii din Conferința Națională „Criza procesului legislativ și a calității legii în România – stat de drept, democratic și social, membru al UE”).

3. Fără să greșim, credem, că în România, **legea este într-o serioasă „criză”** generată, printre altele, de:

a) ignorarea principiilor (cerințelor) legiferării și anume: principiul fundamentării științifice a activității de legiferare, asigurarea raportului optim dintre statica și dinamica dreptului, corelarea sistemului actelor normative, accesibilitatea și economia de mijloace în elaborarea normativă. **Consiliul Legislativ – organ specializat de elaborare și coordonare legislativă** – aduce în atenție, în mod repetat, prin observațiile și propunerile pentru îmbunătățirea proiectelor de acte juridice normative, carențe care se manifestă – de o bună perioadă de timp – în activitatea de legiferare. Cu titlu de exemplu, enumerăm:

- alegerea inadecvată a nivelului actului normativ, prin neobservarea (a se citi necunoașterea) normelor de competență;
- propuneri de norme care există, în aceeași formă, în cuprinsul unor acte normative în vigoare;
- expuneri de motive care nu argumentează suficient necesitatea adoptării reglementărilor în formele propuse;
- insuficienta conturare a soluțiilor – de o manieră clară și precisă – care să faciliteze aplicarea prevederilor actului normativ;
- lipsa de armonie internă între soluțiile exprimate în cuprinsul proiectului;
- prevederi de modificare și completare a unor acte normative care afectează unitatea de concepție a actului supus intervenției legislative;
- necorelarea cu legislația de interferență;
- abrogarea unor prevederi abrogate anterior (!);
- modificarea sau abrogarea unor texte dintr-un alt act de modificare și nu din actul normativ de bază, în care textele modificatoare s-au integrat;
- formularea unor modificări sau completări de texte, fără a se avea în vedere ultima formă a actului normativ;
- nerespectarea – în cuprinsul textelor – a normelor gramaticale;
- folosirea de cuvinte neasimilate în limba română și netraducerea acestora pentru a fi înțelese ori traducerea lor inadecvată, în special în actele normative care au realizat corelarea cu legislația Uniunii Europene;
- texte cu exprimări neclare, ambigue sau eliptice, din care nu rezultă expres voința legiuitorului... și exemplele ar putea continua;

b) incapacitatea statului de drept actual de a asigura previzibilitatea și accesibilitatea legii, previzibilitate manifestată prin posibilitatea de cunoaștere a legii, a faptului că *legea trebuie să aibă un caracter public* și să nu poată fi interpretată arbitrar, fiind astfel, suficient de clară pentru a fi înțeleasă de către destinatarul său. Previzibilitatea trebuie să concretizeze atât conținutul legii, cât și procedura adoptării și aplicării ei. Caracterul public al normei juridice înseamnă că *norma trebuie să fie o creație a spațiului public*, adică ea trebuie să fie creată în acel spațiu rezultat din uzajul public (dreptul statului trebuie să fie nu un drept al grupurilor, ci al cetățenilor, al celor care acționează în spațiul public pentru binele comun). În realitatea juridică românească, *desele modificări ale legilor* – indiferent că vin înainte sau după intrarea legii în vigoare – *generează imprevizibilitate*, afectează caracterul previzibil al normei; o lege intempestivă sau una care este foarte des modificată este contrară statului de drept;

c) inserția excesivă a Guvernului în activitatea de legiferare se manifestă prin faptul substituirii de către Guvern a Parlamentului, legiferând astfel, abuziv, fie prin ordonanțe, fie prin angajarea răspunderii, punând astfel în ecuație jocuri politice și diverse interese. Un asemenea „comportament” generează legi care, eufemistic exprimându-ne, se bucură de o prezumție relativă de constituționalitate (!!!), precum codurile anilor 2009-2013, ajustate, ulterior, prin alte legi și mai ales, prin decizii ale C.C.R.

Fără îndoială, **instituția delegării legislative este consacrată constituțional**, însă ea este o *soluție procedurală de excepție* care trebuie aplicată în cazuri speciale, de anormalitate legislativă, când Parlamentul nu are posibilitatea sau este împiedicat de o situație obiectivă să reglementeze urgent anumite relații sociale (R. Duminică). Cu ușurință însă, putem constata că, din cauza miilor de ordonanțe de urgență adoptate după 1991, România s-a aflat într-o permanentă „*situație extraordinară*”, aspect care nu poate fi acceptat. Chiar dacă au fost aduse „*argumente*” diverse în „*justificarea*” utilizării excesive a ordonanțelor de urgență (precum: necesitatea realizării programelor de guvernare, îndeplinirea diverselor criterii solicitate de către U.E., nevoia de accelerare a reformelor etc.), aceste justificări nu pot fi luate în serios. În același sens, s-a pronunțat și Comisia Europeană care a arătat că *procesul de luare a deciziilor* de către Guvern *este* în continuare *dezechilibrat*, acesta continuând să se bazeze pe *ordonanțe utilizate prea des*, fără o justificare prea clară, pentru a ocoli procedurile parlamentare.

Prin **procedura de a recurge la ordonanțele de urgență** s-a continuat *tendința de întărire a puterii Guvernului în detrimentul Parlamentului și de diminuare a gradului de transparență a procesului de elaborare a actelor normative*.

Un alt aspect de adus în analiză, pe scurt, îl reprezintă **limitarea constituțională** [art. 114 alin. (6) din Constituția României], a *emiterii ordonanțelor de urgență*, care nu pot afecta regimul instituțiilor fundamentale ale statului, drepturile, libertățile și îndatoririle prevăzute în Constituție, inclusiv drepturile electorale. Ori, *în mod repetat*, guvernele României au modificat – prin O.U.G. – legislația în materie electorală, **fapt care nu este constituțional**.

Modificările legilor electorale prin O.U.G. sunt masive, repetate și la intervale scurte, modificări care sunt complet diferite de formele inițiale adoptate de Parlament. Aici, o „bilă neagră”, poate fi așezată și în dreptul Curții Constituționale care, după cum cu ușurință se poate constata, și-a abandonat, de multe ori, rolul său de gardian al respectării Constituției.

Procedura angajării răspunderii Guvernului în fața Parlamentului asupra unui proiect de lege (consacrată constituțional în art. 114) reprezintă un alt instrument aflat la dispoziția Guvernului, ce îi permite să intre în sfera de reglementare primară a relațiilor sociale și, din acest punct de vedere, apreciem, alături de alți autori (I. Muraru, E.S. Tănăsescu, V. Vedinaș, D.C. Dănișor), că *Guvernul a utilizat, deseori, în mod abuziv*, această procedură, mai ales, când a emis reglementări de o importanță vitală pentru statul de drept (în materie penală, civilă, drept al muncii, educație, statute profesionale, dialog social, restituire a imobilelor, salarizarea personalului plătit din fonduri publice, reorganizarea unor autorități și instituții publice etc.)

4. Am analizat, pe scurt, doar trei importante cauze ale crizei legii contemporane. Care sunt consecințele acestei crize? Instabilitate legislativă și instituțională, noninteligibilitatea legilor, utilizarea politică a acestora, tratamentul mediatic al lor, formalism

*juridic excesiv, diluarea conceptului de „solidaritate” și, pe cale de consecință, amplificarea individualismului cu orice preț, pot fi câteva asemenea consecințe. Toate acestea conduc la diminuarea respectului general față de lege, la lipsa de claritate și coerență a legii, la existența unor neconcordanțe între lege și realitate, la insecuritatea juridică a persoanei, și, în sfârșit, la **criza democrației**.*

5. În final, pentru toate aceste motive, **pledăm pentru îmbunătățirea consistentă a activității de legiferare, pledăm pentru o reîntoarcere cât mai degrabă a legiuitorului la fundamentele legiferării**, amintindu-i mereu că „legile nu sunt pure acte de putere... sunt acte de înțelepciune, de justiție, de rațiune (...), legislatorul nu trebuie să piardă din vedere că legile sunt făcute pentru oameni și nu oamenii pentru legi, că ele trebuie să fie adaptate caracterului, obișnuințelor și situațiilor poporului pentru care sunt făcute” (J.-É.-M. Portalis).

Oamenii au Dreptul – drepturile omului ca sinteză a drepturilor subiective și normelor secundare

Prof. univ. dr. **Dan Claudiu DĂNIȘOR**

Facultatea de Drept, Universitatea din Craiova,

Centrul de Cercetări Juridice Fundamentale;

Academia de Științe Juridice din România;

Academia Oamenilor de Știință din România

Abstract

Starting from the critique of essentialism and the confusion between the hierarchy of legal norms and the hierarchy of sources of law, this study shows why human rights must be considered constitutive for the public space. The change of methodological perspective and the reconsideration of the philosophical premises which lie at the basis of the understanding of the relations between the legal order and the rights of the subjects enable the reconfiguration of the notion of human rights, which are viewed as secondary norms, not only as being enshrined by this type of norms, as being materially constitutional. Human rights therefore still belong to the subjects and, in this sense, are subjective, but they are, at the same time, secondary norms. The two aspects of rights – subjective and normative – concern the same reality, but they represent different concepts of it. Their synthesis implies that people have Law, not only rights, i.e. their rights are the source and the effective cause of the so-called objective law.

Keywords: *human rights, fundamental rights and freedoms, natural rights, secondary norms, constitutionalization.*

Drepturile omului sunt înțelese de regulă ca fiind prerogative ale subiecților de drept. De aceea ele sunt considerate drepturi subiective. Deosebirea lor față de celelalte drepturi, cele care nu sunt ținute ca fiind drepturi ale omului, ar consta în caracterul lor fundamental, motiv pentru care sunt redenumite drepturi și libertăți fundamentale. Explicația pare simplă și rezonabilă. Ceva mai complicat de explicat este de unde le vine această fundamentalitate. De regulă, explicația este esențialistă: este fundamental un drept (sau o libertate) care este atașată nemijlocit naturii umane sau naturii societății. Ele sunt considerate atunci drepturi naturale. Alteori, caracterul fundamental este derivat din poziția ierarhic superioară a sursei juridice care le consacră și protejează: un drept al subiecților devine fundamental dacă este consacrat și protejat de o sursă suprareleghislativă, o constituție ori un tratat internațional. Când esențialismul se combină cu teoria ierarhiei surselor dreptului, drepturile fundamentale sunt definite ca „acele drepturi subiective aparținând cetățenilor, esențiale pentru

viața, libertatea și demnitatea acestora, indispensabile pentru libera dezvoltare a personalității umane, drepturi stabilite prin Constituție și garantate prin Constituție și legi”¹.

Prima problemă a acestui tip de înțelegere este esențialismul. Susținătorii săi eludează, de regulă, explicarea esenței omului și/sau societății sau, chiar dacă o tentează, le este foarte greu, dacă nu imposibil să o definească coerent din punct de vedere juridic, să-i juridicizeze conceptul. A doua problemă este datorată înțelegerii defectuoase a raporturilor dintre ordinea obiectivă și ordinea subiectivă, care conduce la teorii incapabile să înțeleagă drepturile și libertățile ca fiind constitutive pentru ordine și, în consecință, pentru spațiul public, ele fiind concepute doar prin opoziție față de acesta, situate, așadar, într-un spațiu privat al subiecților. A treia problemă este datorată confuziei dintre teoria ierarhiei surselor dreptului și teoria ierarhiei normelor și plasarea drepturilor omului în poziția care le asigură fundamentalitatea în raport de situarea sursei care le reglementează, nu de situarea normei.

Eu cred că depășirea acestor dificultăți presupune conceperea drepturilor omului nu doar ca drepturi subiective², ci și ca norme. Nu este vorba însă de faptul că ele ar fi stabilite prin norme, ci de faptul că sunt prin ele însele norme. Drepturile omului sunt astfel plasate în sfera a ceea ce de regulă este numit drept obiectiv, prin opoziție față de dreptul subiectiv. Aceasta nu înseamnă că ele nu mai sunt ale subiectului, ci că raporturile subiectului cu ordinea trebuie reconfigurate, ordinea trebuind să fie înțeleasă ca rezultând din voința subiecților și ca având drept cauză eficientă conservarea drepturilor lor, nu ca fiind rezultatul unei cauzalități situate dincolo de subiecți și care este, de aceea, obiectivă. Aceasta implică faptul că drepturile omului nu mai sunt situate în spațiul privat, ci sunt constitutive pentru spațiul public însuși, care devine un loc al drepturilor, nu al puterii. Întrebările la care trebuie răspuns pentru a explica această re poziționare metodologică sunt: (I) „De ce sunt drepturile omului norme?” și (II) „Ce fel de norme sunt drepturile omului?”. Voi tenta un răspuns la aceste întrebări în paginile care urmează.

I. De ce sunt drepturile omului norme?

Prima critică a esențialismului ce caracterizează de regulă concepțiile despre drepturile omului poate fi internă. Ea presupune admiterea bazării fundamentalității drepturilor pe natura lor, dar această natură nu mai este conceptualizată ca o descriere a unei esențe a omului și/sau a grupului social, ci este situată anterior apariției societății umane, într-o stare pre- sau ne-socială a omului, starea de natură. Când revoluționarii francezi declarau, în 1789, că scopul oricărei asocieri politice este conservarea drepturilor naturale ale omului³, ei aveau în vedere o naturalitate de acest tip. Drepturile naturale ale omului ar fi drepturi pe care el le are *înainte* de a se asocia în vreo societate.

¹ I. Muraru, *Drept constituțional și instituții politice*, București, Ed. Actami, 1995, vol. I, p. 189.

² Pentru o concepție care diferențiază drepturile fundamentale de drepturile subiective în doctrina românească, vezi S. Rădulețu, *Libertăți fundamentale*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 2006, pp. 19-25.

³ Declarația Drepturilor Omului și Cetățeanului, art. 2: „Scopul oricărei asocieri politice este conservarea drepturilor naturale și imprescriptibile ale omului. Aceste drepturi sunt libertatea, proprietatea, siguranța și rezistența la opresiune”.

În această viziune, drepturile sunt așadar desemnate ca drepturi *naturale* nu pentru că ar transpune o esență care fondează din interior omul sau societatea, ci pentru că aparțin omului aflat în starea de natură, aparțin celui care, cum zicea Aristotel, „dacă [...] nu are trebuință să se întovărășească în societate, este [...] un zeu”⁴. Critica internă a esențialismului consideră că drepturile naturale ale omului aparțin în continuare omului prin natura sa, dar natura omului nu mai este înțeleasă prin raportare la omul social sau la societatea în care el trăiește, ci prin raportare la autonomia sa față de societate, natura despre care este vorba fiind a unui om aflat în afara oricăror legături comunitare, un om *în stare pură*, în mod utopic *zeificat*. Omul care are drepturi nu trebuie înțeles ca o realitate istorică, ci un concept *a priori*, adică un concept nealterat de experiențele istorice pe care oamenii le-au avut, unul nederivabil din generalizarea experiențelor. El este construit printr-o conceptualizare autoreferențială, adică pe baza ideii pe care noi ne-o facem despre noi înșine când ne situăm în afara oricăror legături comunitare și pe care o obiectivăm ca *just-ificare* (deci ca pe o obiectivare *justă*) a societății. Acest tip de om devine *real* doar prin conceptualizare, precum ceva *ce trebuie să fie*, ca o realitate *normativă*.

Tocmai acest concept normativ de om, situat în afara grupului și anterior oricărei asocieri politice, este cel care are drepturi *naturale*. Nu că le-ar fi avut vreodată în istorie, ci în sensul că trebuie să le aibă. Este just ca aceste drepturi să se impună să existe, chiar dacă în realitate ele nu au existat niciodată în istoria omenirii, este just ca ele să devină *normă*. Este iluzoriu, desigur, să căutăm în realitate un om care ar fi existat în afara oricărei societăți și care ar fi avut drepturile pe care modernii le consideră naturale, dar este necesar, pentru ca oamenii să nu (re)devină simple instrumente în mâna altora sau a comunității, ca acest om să fie *conceput* și ca lui să fie necesar să-i fie *alocate rațional* unele drepturi care nu depind de comunitatea care l-ar putea instrumentaliza. Drepturile naturale ale omului sunt *postulate*, nu descoperite în realitatea omului pre-social sau a-social.

Această situație a drepturilor naturale ale omului în domeniul lui *trebuie să fie* le face prin natură *norme*. Ele sunt limite naturale ale oricărei autorități care se aplică asupra oamenilor, pentru că ele sunt condiția apariției oricărei societăți și, deci, a oricărei autorități, singura condiție care justifică societatea. De aceea revoluționarii francezi *dispuneau*, nu *constatau* că scopul oricărei asocieri politice este conservarea lor și tot de aceea toate constituțiile moderne, care sunt concepute ca limite-garanții, încep cu drepturile.

A doua critică care poate fi adresată esențialismului definirii tipice a drepturilor omului este externă. De data aceasta nu mai este vorba de a redefini esența omului sau a societății, ci de a arăta că ideea că omul sau societatea au o esență trebuie depășită pentru că ea este incompatibilă cu existența însăși a drepturilor omului. Problema esențialismului constă atunci în faptul că el este cu necesitate determinist: oamenii și societatea fac ce fac sau sunt ce sunt pentru că esența lor le comandă să facă sau să fie astfel. În consecință, pentru teoriile deterministe dreptul nu poate fi decât rezultatul unor evoluții obiective, cauzale. În varianta dură a teoriilor deterministe, această determinare este absolută. Dreptul există în natura lucrurilor, iar oamenii nu fac decât să-l descopere și să-l formuleze. Aceasta era varianta antică tipică de înțelegere a dreptului, care ar fi fost natural în sens propriu, în sensul că ar fi existat în natura

⁴ Aristotel, *Politica*, I, I, 12.

lucrurilor. În epoca modernă, evoluția aceasta obiectivă (adică cea care nu depinde de subiecți) a fost situată fie la nivelul dezvoltării obiective a ideilor (sau a Ideii), fie la nivelul realității sociale factuale. Rezultatul a fost, și într-un caz, și în celălalt, un tip de drept autonom față de voința politică a oamenilor, un drept care ar rezulta din descoperirea legilor obiective ale rațiunii umane sau ale societății. Pentru determiniștii idealști, dreptul este rezultatul progresului tehnicilor de cunoaștere, al mentalităților, al ideilor despre societatea bună etc., în timp ce pentru determiniștii materialști dreptul este rezultatul progresului forțelor de producție, al piețelor, al schimbului de bunuri, al legăturilor sociale, al organizării de clasă etc., dar în ambele cazuri voința oamenilor nu are vreun rol în crearea dreptului, ci doar în descoperirea și formularea lui. Legile juridice sunt susceptibile de a fi adevărate sau false, fiind sau nefiind adecvate realității obiective, ca și legile științelor naturii. Rezultatul este că legile create pe baza voinței politice a oamenilor nu sunt „adevăratele legi”. Voința umană are un rol în acest proces obiectiv, dar acest rol nu privește decât momentul *subiectiv*, ea rămânând doar voință *particulară*, iar „voința subiectivă nu este voință liberă”⁵. De aceea, pentru acest tip de teorie juridică, contractul, acordul voințelor particulare, chiar dacă este „social”, nu poate fi fundament al dreptului. Doar instituționalizarea obiectivă creează spiritul inter-uman, adică *întregul* social. Spiritul uman și, în consecință, voința se eliberează doar când devin *obiective*, adică independente de orice subiect particular și de orice subiectivizare. Libertatea omului este redusă la adecvarea actelor sale cu această voință universală, este doar înțelegerea necesității conformării.

Pornind de la acest mod de înțelegere a dreptului, nu poate fi normată vreoa superioritate a drepturilor subiective sau a unora dintre ele, cele fundamentale, față de ordinea juridică obiectivă. Drepturile omului nu pot fi, în această viziune, decât *concesii* făcute individului. Și, ca orice concesie, ele sunt la dispoziția celui care le conde, adică a ordinii juridice obiective. Esențialismul și determinismul în varianta lor dură nu pot justifica existența unor drepturi ale omului care se constituie în limite ale ordinii juridice obiective, ci doar ale unor drepturi care sunt stabilite de către această ordine.

Varianta „moale” a determinismului presupune că „trăsăturile caracteristice ale oamenilor, «structurile de personalitate», emoțiile, atitudinile, opțiunile, deciziile, actele care emană de la ei joacă într-adevăr un rol în tot ceea ce se întâmplă, numai că sunt ele însele rezultatul unor cauze, psihice și fizice, sociale și individuale, care la rândul lor sunt efecte ale altor cauze și așa mai departe, într-o înlănțuire neîntreruptă. Conform celei mai cunoscute versiuni a acestei doctrine, sunt liber dacă pot face ceea ce doresc și dacă pot, eventual, alege între cele două posibilități ale acțiunii pe care vreau s-o întreprind. Numai că alegerea mea este determinată ea însăși de o cauză, căci altfel n-ar fi decât un eveniment întâmplător; iar această alternativă epuizează toate posibilitățile – astfel că a vorbi de o alegere liberă, într-un sens în care ea nu este nici cauzată și nici întâmplătoare, nu are niciun sens”⁶. Determinismul „moale” presupune, așadar, că indivizii aleg, dar această alegere însăși este determinată de cauze independente de voința lor. Oamenii aleg într-un anumit fel și nu în altul pentru că se nasc albi sau negri, de o etnie sau alta, bărbați sau femei etc., condiții obiective pe care

⁵ G.W.F. Hegel, *Phénoménologie de l'esprit*, Paris, Aubier, 1991, p. 72.

⁶ I. Berlin, *Patru eseuri despre libertate*, București, Ed. Humanitas, 1992, pp. 25-26, traducere de L. Ștefan-Scarlat a lucrării *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, 1969.

ei nu le stăpânesc. Individul nu are cum să modifice aceste determinații: voința sa nu are niciun efect asupra pigmentului pielii sau a faptului că se naște din părinți români sau maghiari ori că se naște bărbat sau femeie. Desigur, putem face un efort intelectual de a ne plasa într-o stare anterioară condiției noastre obiective și, din acea stare, încă neutră, să judecăm dacă un regim juridic care ține cont de faptul că omul este negru sau alb, român sau maghiar, bărbat sau femeie etc. este just sau nu, dar aceasta nu schimbă faptul că nu controlăm condiția nașterii noastre și nici faptul că alegerile noastre depind de ea. Putem decide *ca și cum* nu am ști dacă vom fi albi sau negri, dar luăm *în mod necesar* în considerare faptul că oamenii s-au născut cu unele determinații obiective. Desigur, unii oameni ar putea fi determinați să se comporte altfel decât le impune natura, prin recompense ori prin pedepse. Dar aceste mijloace de acțiune socială asupra indivizilor au limite. Ele nu au, de exemplu, niciun efect asupra anumitor indivizi. Spunem despre cei care nu reacționează la acești stimuli sociali că sunt incurabili, că anumite comportamente sunt atât de înrădăcinate în firea lor că nu se mai pot schimba, că sunt determinați de ele. S-a putut susține, de pe aceste poziții, că unii oameni sunt predispuși la crimă și că nu pot fi educați niciodată să renunțe la ea. Unii au crezut chiar că pot să determine trăsăturile obiective care l-ar caracteriza pe criminal în genere. Determinismul „moale” nu se deosebește cu nimic de cel dur pe planul efectelor: ambele duc în lumea ideilor imuabile, iar această raportare la ceea ce este în sine rău sau în sine bun și determinarea unei realități ideale prin raportare la aceste idei obiective evacuează libertatea individuală și drepturile derivate din ea din sfera alegerilor fundamentale. Dacă totul are o cauză obiectivă, iar determinismul, chiar „moale” fiind, gândește astfel, oamenii pot influența prin exercițiul voinței lor anumite decizii, dar, din cauză în cauză, se ajunge inevitabil la o cauză care nu mai permite alegerile voluntare ale acestora în niciun fel, la cauza primă, altfel zis, la principiu.

Principiile sunt deci determinate dincolo de voința oamenilor. Oamenii nu le aleg în niciun fel.

Când ne situăm pe planul constituirii juridice a societății în cadrul trasat de determinismul „moale”, presupunem în mod necesar că oamenii aleg, însă doar până se ajunge la principiile constitutive însele, care scapă oricărei voințe subiective. În acest sens, principiile sunt necesare. În antecedenta oricărei decizii bazate pe libertatea de alegere stă un astfel de principiu pe care oamenii nu sunt liberi să îl aleagă. Determinismul „moale” susține deci că „voința nu poate intra în joc decât după ce scopurile sunt determinate și doar pentru a adapta utilizarea mijloacelor la realizarea acestora. Legislația scopurilor îi scapă [...]”⁷. Or, acest lucru înseamnă că oamenii nu pot concepe drepturile omului ca scop al societății decât dacă în realitate ele nu sunt deja un astfel de scop. Drepturile omului nu mai sunt normative, ci doar constatative.

Pentru a putea norma drepturile omului ca scopuri ale societății politice și deci ca limite ale dreptului obiectiv, trebuie să renunțăm la determinism și, deci, la esențialism. Este ceea ce tentează o parte a filosofiei politice liberale. Ea nu mai constată cum este în mod necesar realitatea omului sau a societății, nu mai caută o esență a acestora, ci construiește o realitate umană și socială dependentă de voința indivizilor. Societatea bazată pe acest tip de filosofie liberală este cu necesitate o *construcție*, nu mai este *naturală* (rezultată din natura lucrurilor, a grupului sau a omului), ci *artificială*, o

⁷ M. Kail, *En finir avec le déterminisme social*, L'Homme & la Société, 2008/1 n° 167-168-169, pp. 6-7.

societate construită de oameni, printr-un instrument inventat de ei, prin contract. Ea este o utopie dacă o raportăm la realitatea faptelor sociale, dar este o utopie constitutivă. Fără ea, omul *ar putea* avea drepturi, dar nu *ar trebui* să aibă astfel de drepturi, iar societatea *ar putea* să respecte drepturile omului, dar nu *ar trebui* să se constituie ca să le apere.

Societatea bazată pe această filosofie liberală este o societate *pluralistă*. Ea nu are o esență și nu este bazată pe un adevăr *ultim*. Fundamentul ei este tocmai faptul că nu are un fundament. Rezultatul este că oamenii pot alege liber între o multitudine de doctrine morale sau comprehensive, comparându-le orizontal și nu prin raportare la vreun principiu superior lor, la vreun Adevăr rezultat din natura lucrurilor, a omului sau a societății înseși. Societatea liberală este o dialectică. Dreptul unei astfel de societăți nu mai poate fi adevărat sau fals. El nu mai este *obiectiv*, ci *subiectiv*, în sensul că el nu mai are la bază vreo evoluție socială determinată obiectiv, ci doar voința subiecților. Acești subiecți *stăpânesc* dreptul. Acesta este sensul cel mai larg ideii conform căreia „oamenii au dreptul”. Drepturile omului sunt expresia faptului că oamenii stăpânesc dreptul, că sunt *sui iuris*, că nu mai trebuie să fie supușii cuiva sau a ceva determinat altfel decât prin voința lor. Drepturile omului sunt cele care fondează dreptul așa-zis obiectiv, și nu invers.

Alegerile oamenilor și nu vreo dezvoltare obiectivă sunt cele care fondează spațiul public. În consecință, drepturile omului sunt constitutive pentru spațiul public însuși. Ele nu mai sunt situate în fața acestuia și, eventual, garantate într-un spațiu propriu distinct, într-un spațiu privat, ci sunt drepturi *publice* subiective. Spațiul public nu mai este un spațiu al puterii, ci al drepturilor omului. Constituirea societății este, în această viziune, un act de exercitare a drepturilor omului, care preexistă, în maniera explicată succint mai sus, oricărei stări de societate. Societatea apare printr-un *contract*. Ea are la bază un act *civil*, nu un act politic, în acest sens fiind *civilizată*. Obiectul acestui contract, încheiat între oamenii care au drepturi, este constituirea societății. Este motivul pentru care el este numit contract *social*. Acest contract nu este un fapt istoric, ci doar o *just-ificare* a societății, căci bazarea ei pe contract o face un instrument util pentru oameni, nu o realitate superioară lor, căci face ca o parte a drepturilor naturale ale omului să fie păstrată (și apărată) și după părăsirea stării existenței naturale, deși el cedează o altă parte a drepturilor sale naturale pentru a trăi în societate. Contractul social este cauza motrice sau eficientă a societății. Această cauză trebuie să existe în fiecare moment al existenței ei. Libertatea și drepturile omului sunt constitutive pentru societate în acest fel. Ceea ce este decisiv pentru argumentația juridică din acest studiu este că, *a contrario*, ordinea nu constituie cauza motrice a societății și că retragerea acordului subiecților face ca ordinea socială să nu mai fie *just-ificată*. Aceasta înseamnă că nu există societate decât dacă este compusă din oameni liberi. Din punct de vedere juridic, această libertate, înțeleasă ca o condiție formală a societății, se transpune în faptul că societatea există ca societate doar dacă oamenii *au drepturi*. Dacă oamenii (sau unii oameni) nu mai au drepturi, atunci nu mai există societate.

Se instituie astfel o dialectică aparte între ordinea obiectivă și ordinea subiectivă. Pentru ca ordinea obiectivă să nu se definească ca limitare a libertății, ci doar ca eliminare a dezordinii⁸, dreptul obiectiv trebuie să rămână respectuos față de drepturile subiective.

⁸ Unele dintre ideile care urmează au fost dezvoltate în D.C. Dănișor, M.C. Dănișor, *Aparența de ordine juridică a regimurilor politice totalitare*, în *Aparența în drept. In honorem Flavius Antoniu Baias*,