

S-a născut în orașul Segarcea, județul Dolj.

Studii: profesor universitar doctor habilitat la Facultatea de Drept a Universității din Craiova și membru asociat al Academiei Oamenilor de Știință din România, licențiată în filologie, Universitatea din Craiova, specializarea franceză-română (1995) și în științe juridice, Universitatea din Craiova, specializarea drept (2002), doctor în filologie al Universității din Craiova (2004), doctor în drept al Universității din Craiova (2015).

Activitate: cu o vastă experiență în domeniile filologiei și dreptului, precum și o serie de realizări științifice, este un profesionist dedicat și eficient, capabil să lucreze cu succes în echipe de cercetare. În calitate de membru fondator a patru organizații științifice și participant activ în 10 granturi de cercetare, a acumulat o bogată experiență în colaborarea cu colegii săi pentru a realiza proiecte de înaltă calitate. În plus, a avut privilegiul de a coordona și de a contribui la organizarea a nu mai puțin de 9 conferințe naționale și internaționale, demonstrându-și abilitatea de a lucra într-un mediu interdisciplinar și multicultural.

Publicații: în calitate de membru al echipei editoriale a 6 reviste științifice și consultant științific pentru 20 de cărți la edituri prestigioase din țară, a fost implicată activ în procesul de diseminare a cunoștințelor și promovare a cercetării academice. Mai mult, contribuția sa la organizarea a trei programe operaționale și publicarea a peste 20 de cărți, din care 18 ca autor, coordonarea a 3 lucrări, precum și traducerea a 38 de cărți din și în franceză, demonstrează capacitatea sa de a lucra într-un mediu complex și dinamic. Realizările sale științifice, cu peste 262 de citări și o prezență masivă în bibliotecile naționale și internaționale de prestigiu, precum și în bazele de date internaționale, atestă recunoașterea și impactul cercetării sale în comunitatea științifică.

Diana Dănișor

**Judecătorul – „gură a legii”
sau
jurisprudența – sursă a dreptului?**



Editura C.H. Beck
București 2024



FOTOCOPIEREA
INTERZISĂ!

AVERTISMENT!

Având în vedere amploarea luată de fenomenul fotocopierii lucrărilor de specialitate, mai ales în domeniul Dreptului, atragem atenția că, potrivit art. 14 și 196 din Legea nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe, republicată, reproducerea operelor sau a produselor purtătoare de drepturi conexe, dacă respectiva reproducere a fost efectuată fără autorizarea sau consimțământul titularului drepturilor recunoscute de legea menționată, constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare sau cu amendă. Prin *reproducere*, conform legii, se înțelege realizarea, integrală sau parțială, a uneia ori a mai multor copii ale unei opere, direct sau indirect, temporar ori permanent, prin orice mijloace și sub orice formă.

Nu vă faceți părtași la distrugerea cărții!

Editura C.H. Beck este acreditată CNATDCU și este considerată editură cu prestigiu recunoscut.

Judecătorul – „gură a legii” sau jurisprudența – sursă a dreptului?
Diana Dănișor

Copyright © 2024 – Editura C.H. Beck

Toate drepturile rezervate Editurii C.H. Beck.
Nicio parte din această lucrare nu poate fi copiată fără acordul scris al Editurii C.H. Beck. Drepturile de distribuție în străinătate aparțin în exclusivitate editurii.

Descrierea CIP a Bibliotecii Naționale a României

DĂNIȘOR, DIANA

Judecătorul - "gură a legii" sau jurisprudența - sursă a dreptului? /

Diana Dănișor. - București : Editura C.H. Beck, 2024

Conține bibliografie

ISBN 978-606-18-1449-7

34

Editura C.H. Beck

Calea Plevnei, nr. 172, et. 3, Sector 6, București

Tel.: 021.410.08.47; 021.410.08.73

Fax: 021.410.08.48

E-mail: comenzi@beck.ro

Redactor: Carmen-Nicoleta Cotigă

Cuprins

Introducere	VII
Capitolul I. Lămuriri terminologice	1
Secțiunea 1. Dreptul	1
Secțiunea a 2-a. Definițiile formale ale dreptului	3
Secțiunea a 3-a. Definițiile substanțiale ale dreptului	4
Secțiunea a 4-a. Definițiile dreptului prin finalitățile sale	9
Secțiunea a 5-a. Definițiile antropologice ale dreptului	12
Secțiunea a 6-a. Jurisprudența	16
Secțiunea a 7-a. Sursele dreptului	21
Capitolul II. Jurisprudența în lume	27
Secțiunea 1. Jurisprudența în țările socialiste	27
Secțiunea a 2-a. Jurisprudența în sistemele de drept de <i>common law</i>	34
§1. Considerații istorice	37
§2. Regula precedentului sau <i>stare decisis</i>	40
§3. <i>Ratio decidendi</i> și <i>obiter dictum</i>	44
Secțiunea a 3-a. Jurisprudența în sistemele filosofico-religioase și în sistemele tradiționale	47
§1. Dreptul musulman	48
§2. Dreptul hindus	51
§3. Dreptul chinez	54
§4. Dreptul japonez	55
Secțiunea a 4-a. Jurisprudența în sistemele de drept romano-germanice	57
§1. Jurisprudența nu constituie o sursă de drept	62
§2. Jurisprudența sursă a dreptului	66
Capitolul III. Legitimarea puterii creatoare și normative a judecătorului	73
Secțiunea 1. Exegeza	75
Secțiunea a 2-a. Analogia	81

Capitolul IV. Formarea jurisprudenței.....	88
Secțiunea 1. Formarea progresivă a jurisprudenței	
prin hotărâri succesive	89
Secțiunea a 2-a. Hotărârea de principiu.....	91
Secțiunea a 3-a. Jurisprudența Curții de Justiție	
a Uniunii Europene	95
§1. Curtea de Justiție, judecător ce repartizează	
competențele și puterile în ordinea juridică	
comunitară.....	101
§2. Consacrarea jurisprudențială a drepturilor	
fundamentale.....	113
§3. Dezvoltarea jurisprudențială a principiului	
democratic	127
Secțiunea a 4-a. Jurisprudența CEDO creatoare de drept.....	137
§1. Mecanismul obligațiilor pozitive, construcție	
jurisprudențială.....	139
§2. Hotărârile pilot și hotărârile de principiu	142
2.1. Procedura „hotărârii pilot”	144
2.2. Hotărârile de principiu	170
Secțiunea a 5-a. Rolul creator de drept al judecătorului	
penal internațional.....	187
§1. Procesul de justițiabilitate penală internațională	192
§2. Sursele dreptului penal internațional	198
§3. Libertatea de interpretare, vector al puterii	
normative a judecătorilor penali internaționali	206
3.1. Puterea normativă a judecătorului penal	
internațional	213
3.2. Unificarea regulilor aplicabile conflictelor	
armate, creație pretoriană.....	217
3.3. Extinderea jurisprudențială a conținutului	
definiției violului.....	220
3.4. Extinderea jurisprudențială a conținutului	
noțiunii de întreprindere criminală comună	224
Concluzii	226
Bibliografie selectivă.....	229

Introducere

Experiența metaforică, ca act de imaginație, face ca un concept să devină real prin intermediul intuiției, metaforizarea și creativitatea putând fi, în ordinea discursului, modul de expresie privilegiat al imaginației creatoare, „condiție de posibilitate a lumii ca lume care apare”¹. Dacă metafora „judecătorul – gură a legii” nu pune probleme de înțelegere, interpretarea sa a alimentat reflecția și analiza raporturilor judecătorului cu legea. Legea nu mai este doar un suport ce poate fi transformat sau deformat pentru a îmbrăca sensul care pare să-i convină interpretului, putându-se ajunge chiar la modelizarea sa completă.

Această metaforă îi aparține lui Montesquieu² care, în *De l'esprit des lois*, spune că „judecătorul este gura care pronunță cuvintele legii”, formulă adesea prescurtată în expresia „judecătorul gură a legii”, extraordinară metaforă în care judecătorul este considerat a fi pentru lege ceea ce gura este pentru om, organul care pronunță cuvintele gândite de acesta, care nu are autonomie de gândire, rezumându-se la enunțarea ideilor omului, aflându-se într-o strânsă relație de subordonare față de creierul care le concepe. Imaginea care a alimentat curentul doctrinar numit pozitivism juridic este imaginea judecătorului ce nu are nicio libertate de interpretare a normei și nicio autonomie în raport cu aceasta, nefiind nimic altceva decât gura care pronunță cuvintele legii. Pentru Montesquieu, prin această metaforă, judecătorul este principalul stăpân al aplicării legii în sens strict, cea elaborată de legiuitor, punându-se deci problema relației dintre judecător și legiuitor: un raport de subordonare. Metafora este splendidă, dar ea nu este deloc conformă cu

¹ R. Barbaras, „Métaphore et ontologie” dans *Le tournant de l'expérience, recherches sur la philosophie de Merleau-Ponty, Vrin, Paris, 1998*, p. 276.

² Montesquieu, *De l'esprit des lois*, édition électronique du livre réalisée par Laurent Versini, Gallimard, Paris, 1995.

Capitolul I

Lămuriri terminologice

Orice studiu consacrat dreptului trebuie să plece de la clarificarea anumitor noțiuni care vor fi utilizate pe parcurs. Acest capitol vizează deci să stabilească o bază solidă pe care se va sprijini întregul nostru demers. Vom începe prin definirea dreptului, a surselor dreptului și a jurisprudenței.

Asemenea fundațiilor solide ale unui edificiu juridic, aceste clarificări terminologice stabilesc un cadru conceptual indispensabil. Ele nu se limitează la enunțarea definițiilor, ci sculptează cu rigoare conceptele esențiale care susțin ansamblul. Fiecare noțiune, fiecare definiție este un pilon pe care se sprijină viitoarea construcție intelectuală.

Aceste noțiuni, ca puncte de reper într-un peisaj juridic complex, trasează căile înțelegerii în sânul universului juridic. Ele sunt asemenea unor jaloane luminoase care marchează drumul prin labirintul gândirii juridice, oferind o claritate prețioasă în oceanul complexității legale.

Secțiunea 1. Dreptul

Problema definirii dreptului a alimentat din toate timpurile o literatură abundentă care pare să nu se fi sfârșit. Ceea ce Kant scria acum mai bine de 200 de ani în faimoasa sa lucrare, *Critica rațiunii pure*, este valabil și astăzi: „Juriștii caută încă o definiție pentru conceptul lor de drept”¹. Cu toate problemele puse de definirea acestui termen, care face parte din familia conceptelor care nu sunt clare decât privite de departe, există două tipuri de

¹ E. Kant, *La critique de la raison pure*, Gallimard, Paris, 1968, p. 503.

definiții date dreptului: cele date de juriștii înșiși și cele date de antropologii dreptului. S-a scris că studierea dreptului de către juriști ne face adesea să ne gândim la o știință a religiei, condusă de preoții acestei religii, un fel de logică a absurdului¹. Ea îi conduce adesea pe juriști să nu rețină decât un termen al problemei și să raționeze în două feluri: mai întâi ca și când definirea dreptului nu ar prezenta nicio dificultate² și ar autoriza un răspuns care să aibă „claritatea, precizia și coerența” proprii oricărui adevăr științific³, apoi ca și când ar fi vorba despre „un proiect disperant”⁴, afectat de o „dificultate aproape insurmontabilă”⁵ și care dezvăluie „amețala semantică a conceptului de drept”⁶.

Paul Valéry leagă această problemă a definirii dreptului de un paradox: „Vorbim cu ușurință despre drept... Dar ce este dreptul? Știm și nu știm”⁷. În același sens, Raucent afirmă că „O abordare rapidă a dreptului obiectiv ne conduce să credem că definirea sa are simplitatea evidenței; un studiu mai aprofundat, că ea are inaccesibilitatea misterului”⁸.

Toate cursurile de *Introducere în drept* încep printr-o definiție a dreptului. Aceste definiții au multe puncte comune, dar pot fi grupate în două categorii: definițiile formale (maniera în care dreptul se prezintă) și definițiile substanțiale (se leagă de fondul dreptului).

¹ A.-A. Louis, *Le juridique des anthropologues*, în *Droit et société*, n°5, 1987, Questions d'anthropologie, p. 89-108; doi: 10.3406/dreso.1987.949.

² C. Perelman, *La réforme de l'enseignement du droit et la nouvelle rhétorique*, în *Arch. Phil. Dr.*, nr. 20, 1975, p. 165, în care vorbește despre un consens „despre ceea ce ține și ceea ce nu ține de drept”.

³ L. François, *Le problème de la définition du droit. Introduction à un cours d'évolution de la philosophie du droit à l'époque contemporaine*, Liège, Faculté de droit, d'économie et des sciences sociales de Liège, 1978, p. 9.

⁴ M. Virally, *La pensée juridique*, LGDJ, Paris, 1960, p. 1.

⁵ F. Rigaud, *Introduction à la science du droit*, Vie ouvrière, Bruxelles, 1974, p. 5.

⁶ S. Goyard-Fabre, *Le droit, tâche infinie*, în *Définir le droit*, vol. XXI, t. II, Droits, 1990, p. 25.

⁷ P. Valéry, *Regard sur le monde actuel*, Paris, 1962, p. 37.

⁸ L. Raucent, *Pour une théorie critique du droit*, Gembloux, Duculot, 1975, p. 21.

Secțiunea a 2-a. Definițiile formale ale dreptului

Definițiile formale ale dreptului fac din el un ansamblu de reguli susceptibile de sancțiune statală. Astfel, dreptul este „un corp de reguli ce ordonează viața în societate în așa fel încât să se evite anarhia dintre membrii corpului social”¹. Conform lui Gérard Cornu, dreptul este „ansamblul de reguli de conduită socialmente edictate și sancționate care se impun membrilor societății”². Tot în această categorie se înscrie și definiția lui Boris Stark, care, în introducerea sa generală, spune despre drept că acesta este „ansamblul regulilor de conduită care guvernează raporturile dintre oameni și a căror respectare este asigurată de autoritatea publică”³, definiție preluată de J. Bonnard, care adaugă faptul că ar fi prea simplist să spunem că dreptul este un ansamblu de legi, căci ar fi și inexact, deoarece dreptul poate avea și alte surse (cutume, jurisprudență, doctrină)⁴. Gridel definește dreptul ca „regulă sau serie de reguli chemate să reglementeze identic cazuri definite prin caracteristica lor comună”⁵. Frații Mazeaud spun despre cuvântul drept că „are două sensuri: regula de drept, sau drept obiectiv; prerogativele al căror titular este o persoană sau drepturi subiective”⁶, pentru a-l defini ca „ansamblul regulilor juridice”⁷.

Conform juriștilor, specificitatea regulii juridice este caracterul său obligatoriu, faptul că nerespectarea sa este sancționată prin constrângere statală. Frații Mazeaud spun că „regula de drept este sancționată prin constrângere. Este un caracter specific regulii de drept. O regulă care n-ar fi obligatorie, n-ar fi o regulă de drept”⁸,

¹ C. Larroumet, *Droit civil*, t. I, Économica, 1984, p. 1.

² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 1987, p. 302.

³ B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Introduction au droit*, 4^e éd., Éd. Litec, Paris, 1996, p. 1.

⁴ J. Bonnard, *Introduction au droit*, 2^e éd., Ellipses, 1998, p. 1.

⁵ J.-P. Gridel, *Introduction au droit et au droit français: notions fondamentales, méthodologie, synthèses*, Dalloz, Paris, 1994, p. 1.

⁶ H., J., L. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, LGDJ, Paris, 2000, p. 13.

⁷ Idem, p. 15.

⁸ Idem, p. 24-25.

ceea ce și Aubert, spune cam în aceeași exprimare: „caracteristica decisivă a regulii de drept constă în aceea că ea este o regulă în același timp obligatorie și sancționată de stat”¹.

S-a demonstrat însă că sancțiunea nu este inerentă dreptului, că poate exista drept fără sancțiune², căci „o regulă nu este juridică deoarece este sancționată într-un anumit fel de către grup; ea este sancționată în acest fel de către grup deoarece este juridică”³.

Secțiunea a 3-a. Definițiile substanțiale ale dreptului

Definițiile substanțiale ale dreptului sunt realizate fie plecând de la conținutul, fie de la finalitățile sale. Dacă definițiile ce pleacă de la conținutul dreptului sunt legate de doctrinele idealiste sau de drept natural sau iusnaturaliste, cele ce pleacă de la finalitățile dreptului îi acordă acestuia un scop social care le permite membrilor unei societăți să trăiască bine împreună.

Doctrinele naturaliste postulează că dreptul pozitiv trebuie să fie conform unui ideal de justiție. Pentru unii, dreptul natural este cel dorit de Dumnezeu și care se impune oamenilor, dogmă etern adevărată ce se află la baza civilizației creștine. Un alt curent, cel al *Școlii dreptului natural*, pleacă de la natura omului care este mereu și pretutindeni aceeași, pentru a deduce că există drepturi naturale care aparțin omului și care trebuie să fie recunoscute de dreptul pozitiv. Un drept natural este drept „prin natură, și nu prin convenție”⁴: „Există o justiție și o in Justiție pe care toți oamenii o

¹ J.-L. Aubert, E. Savaux, Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, Sirey, Paris, 2016, p. 20.

² G. Chrétien-Vernicos, Introduction historique au droit, Université Panthéon-Sorbonne, Paris 1. DHDI. Groupe de travail Droits de l'homme et dialogue interculturel. France, Les cours en ligne du DHDI, 2002 (<http://www.dhdi.free.fr/>).

³ A. Weill, F. Terré, Droit civil. Introduction générale, Dalloz, Paris, 1979, p. 16.

⁴ S. Manon, Droit naturel et droit positif, Cours de philosophie, 2008 (<http://www.philolog.fr/droit-naturel-et-droit-positif/>).

au, asemenea unei divinații, și al cărei sentiment le este natural și comun, chiar și atunci când nu există între ei nicio comunitate și niciun contract”¹. Există o justiție naturală a cărei măsură este de natură transcendentă, Cosmosul la greci, Dumnezeu la creștini, rațiunea pentru raționaliștii clasici. Ideea dreptului natural este aceea de a se reclama întotdeauna din ceva străin arbitrarului deciziilor umane, prin opoziție cu convenționalismul juridic ce vede în instituția contractuală a statului fundamentul dreptului². Teoriile dreptului natural consideră că dreptul natural fondează sau ar trebui să fondeze dreptul pozitiv, căci „dreptul pozitiv se bazează în întregime pe dreptul natural, care-i servește ca fundament, măsură și limită în același timp. Legea supremă a oricărei legi pozitive este aceea de a nu fi contrară legii naturale”³.

„Noțiunea de drept natural este cu necesitate absentă atât timp cât ideea de natură rămâne ignorată”⁴, deci nu există descoperire a dreptului natural fără filosofie, Aristotel numind primii filosofi „oameni care discută despre natură” și nu ca predecesorii lor, „care discutau despre zei”, iar Socrate, întrucâtva părintele dreptului natural, fiind primul care face filosofia să coboare din nou pe pământ⁵: „predominanța acestei credințe (legea divin revelată) împiedică nașterea ideii de drept natural sau face din căutarea sa un obiectiv secund: într-adevăr, dacă omul cunoaște prin revelație divin care este calea bună, ce nevoie mai are s-o caute prin mijloace proprii”⁶?

Pentru ca dreptul natural să poată fi gândit este necesară contes-tarea autorității legilor divin revelate („Într-o comunitate guvernată de legi divine este strict interzis să se supună aceste legi unei

¹ Aristotel, Retorica, 1373b.

² Montesquieu, De l'esprit des lois, vol. I, p. 3 ([https://fr.wikisource.org/wiki/De_l%27esprit_des_lois_\(%C3%A9d._Nourse\)/Texte_entier](https://fr.wikisource.org/wiki/De_l%27esprit_des_lois_(%C3%A9d._Nourse)/Texte_entier)).

³ V. Cousin, Du Vrai, du Beau et du Bien, Didier, Paris, 1862, p. 439.

⁴ L. Strauss, citat de M. Rothbard, L'Éthique de la Liberté, Les Belles Lettres, Paris, 1982, p. 35.

⁵ Citat de M. Rothbard, L'Éthique de la Liberté, Les Belles Lettres, Paris, 1982, p. 35.

⁶ L. Strauss, Droit naturel et histoire, Flammarion, 1953, p. 87.

discuții serioase, deci examenului critic, în prezența tinerilor”¹), apoi contestarea cutumei, echivalent prefilosofic al naturii (căci strămoșii sunt concepuți ca zei sau echivalenți ai acestora, dreptul natural clasic apărând ca o reflecție neteologică – principiul non-contradicției: ceea ce este bun nu este rău și dreptul natural este descoperit prin rațiune, nu prin revelație divină). Filosofia creștină persistă în afirmarea existenței unui drept natural: „Țările care nu au lege scrisă fac în mod natural ceea ce este conform legii; neavând lege, ele sunt pentru ele însele legea lor, prescrierile legii sunt scrise în inima lor și le sunt revelate prin conștiință”². Găsindu-și fundamentele în filosofia creștină, individualismul este propice apariției dreptului natural modern: „Este imediat evident că punctul de vedere occidental asupra valorii individului datorează mult creștinismului. Sensul existenței și al valorii individuale este implicit în credința în Dumnezeu”³.

Teoriile moderne ale dreptului natural se dezvoltă, în parte, în opoziție cu absorbția dreptului natural de către teologie, Jean Gerson fiind primul care a dat o teorie modernă a dreptului natural⁴. Dreptul natural modern și contemporan se bazează pe rațiune și pe o strictă separație de teologie. Conform lui Pufendorf, „el prescrie un anumit lucru deoarece dreapta rațiune ne-a făcut să-l judecăm necesar pentru întreținerea societății umane în general”⁵. Dar disciplina dreptului natural s-a debarasat de considerațiile teologice odată cu Hobbes, apoi cu Locke⁶: „Evl Mediu a fost o epocă a misticismului, guvernată de o credință oarbă și o supunere oarbă la dogma că credința este superioară rațiunii.

¹ Ibidem.

² S. Paul, Fides et Ratio, citat în A. Sériaux, Loi naturelle, droit naturel, droit positif selon le catholicisme (http://www.reseau-regain.net/PhiloPolitiquePDF_file/PhiloPolitiquePDF_files/3Ca23-LoiNaturelleCatho.pdf), accesat la 28.03.2014.

³ J.H. Burns, Histoire de la pensée politique médiévale, 1988, p. 555.

⁴ Idem, p. 484.

⁵ A. Dubois, L'évolution de la notion de droit naturel antérieurement aux physiocrates, Revue d'histoire des doctrines économiques et sociales, 1908.

⁶ L. Strauss, Droit naturel et histoire, op. cit., Flammarion, Paris, 1953.

Renașterea a fost tocmai renașterea rațiunii, eliberarea spiritului uman, triumful raționalității asupra misticismului; un triumf deficitar și incomplet, dar pasionat, care a condus la nașterea științei, a individualismului și a libertății”¹. Dreptul natural este deci obligat să-și schimbe radical paradigma în raport cu dreptul natural al antecilor, pentru a supraviețui: individul este considerat, nu un mijloc în serviciul binelui comun, ci un scop, ceea ce face ca dreptul natural individualist să se opună absolutismului, guvernării trebuind de acum înainte să-și justifice puterea: pierzându-și funcția de legitimare a puterii, religia le va fi mai puțin utilă oamenilor de stat, aceștia bazându-se pe alte procedee laice (națiunea, binele comun sau voința populară) pentru a-și legitima puterea.

Teoria idealistă a dreptului, spre deosebire de teoria realistă, posedă un caracter dualist: „căci ea ignoră (...) coexistența unui drept ideal, necreat de oameni și emanând de la o autoritate transcendentă, și a unui drept real, creat de oameni; din contră, ea nu cunoaște decât un drept: dreptul pozitiv creat de oameni”². Conform poziției lui Kelsen, ceea ce este just, este ceea ce spune legea, obsesia partizanilor dreptului natural fiind aceea de a stabili o știință a justiției, distingând între noțiunea de justiție și cea de drept: „Norma de justiție prescrie de ce manieră dreptul, adică un sistem de norme care reglează comportamentul uman, care sunt create prin acte umane și care au o anumită eficacitate, adică dreptul pozitiv, trebuie să fie elaborat în privința conținutului său. Cum norma de justiție prescrie un tratament determinat de aplicat oamenilor, ea nu se raportează (...) la actul prin care dreptul a fost creat. Dacă acest act este conform normei de justiție, adică dacă norma pe care o creează nu posedă conținutul determinat de norma de justiție, norma astfel creată este judecată ca injustă. Numai în acest sens norma de justiție servește drept criteriu de valoare

D. Boaz, Histoire de la liberté, traduction française par Stéphane Geyres et Thomas Heinis, 2012, p. 22 (<https://www.institutcoppet.org/podcast-audio-institut-coppet-histoire-de-la-liberte-par-david-boaz-4eme-partie-mp3-2/>), accesat la 7.05.2022.

² H. Kelsen, Justice et droit naturel, în Droit naturel, lucrare colectivă, trad. E. Mazingue, PUF, Paris, 1959, p. 647.

pentru judecarea dreptului pozitiv”¹. Deci, justiția și dreptul nu pot fi identice, raportul lor putând juca un rol decisiv în aplicarea și respectarea normelor: „un drept pozitiv nu poate fi considerat valabil decât în cazul și în măsura în care drept nu poate semnifica decât ordine valabilă”, validitatea normei de justiție fiind fundamentul validității dreptului pozitiv; „un drept pozitiv este valabil chiar dacă este injust”, ceea ce înseamnă că nu putem presupune o normă de justiție ca fiind valabilă în cazul în care considerăm valabilă o normă a dreptului pozitiv a cărei creație nu corespunde normei de justiție².

Gânditorii contemporani ai dreptului natural îl abordează din perspectivă axiomatică și aprioristă. Conform lui d’Ayn Rand, „Sursa drepturilor omului nu este legea divină sau legea politică, ci legea identității. A e A și Omul este Om. Drepturile sunt condițiile de existență cerute de natura omului pentru propria-i supraviețuire”³. Demonstrația dreptului natural devine științifică sau cel puțin mai științifică, bazându-se pe axiome și pe deducție logică.

O altă teorie recentă care a bulversat disciplina dreptului natural este așa-numita „etică a argumentării”⁴, pentru care simplul fapt de a dori să convingi prin enunțarea unui argument implică recunoașterea într-o argumentație a elementelor sale valide: cercetarea faptelor implică, de o manieră logică, adoptarea anumitor valori sau principii etice: „Ne îndepărtăm totuși de teoreticienii drepturilor naturale prin faptul că nu pretindem că am răspunde la întrebarea de a ști care scopuri ale omului pot sau nu să fie justificate plecând de la conceptul mai larg al naturii umane, ci de la conceptul mai îngust al argumentației”⁵.

¹ Ibidem.

² Ibidem.

³ A. Rand, Atlas Shrugged, 1957, S. Bastide-Foltz (trad.), Les Belles Lettres, Fondation Andrew Lessman, 2013 (https://www.catallaxia.org/wiki/Ayn_Rand:Les_droits_de_l%27Homme), accesat la 7.05.2022.

⁴ H.-H. Hoppe, The economics and ethics of private property, Ludwig von Mises Institute, 1993, 2006.

⁵ Idem, p. 315.

Secțiunea a 4-a. Definițiile dreptului prin finalitățile sale

Definițiile dreptului prin finalitățile sale par mai fiabile. Dacă toți autorii cad de acord asupra faptului că dreptul are ca scop garantarea ordinii și realizarea justiției, ei nu sunt complet de acord asupra modalităților de punere în operă a acestui scop. Fiind un ansamblu de reguli destinate organizării vieții în societate, căci acolo unde există o societate, există și un corp de drept, rezultă că nu există drept fără societate și nici societate fără drept.

În ea însăși, justiția nu ne dă de înțeles ce scop urmărește, dacă-i servește individului, societății sau culturii în general, ea nu este reprezentativă pentru ideea de drept. Ceea ce o lămurește este scopul pe care-l vizează dreptul. Această finalitate a dreptului poate fi înțeleasă din trei perspective: dreptul servește doar individului, societății sau bunurilor culturale¹. Individul cere ca protecția persoanei să fie scopul dreptului, valoarea individuală fiind tributara unei „etici a convingerii”, în timp ce societatea privilegiază valoarea colectivă, fiind tributara unei „etici a răspunderii”. În privința scopului dreptului relativ la bunurile culturale, acesta cere protecția lucrurilor și a proprietății, fiind tributara unei „etici materiale”². Se vede din cele spuse mai sus că finalitățile dreptului sunt parțiale și partizane. Pentru ca o societate să fie justă trebuie ca nicio valoare să nu fie prioritară, căci omul, ca individ, este legat de societate, aceasta neputând fi gândită decât ca societate de indivizi ce nu pot trăi în ea decât prin comunicarea și schimbul de valori culturale.

Contrar concepțiilor ce alimentează conflictul dintre iusnaturalism și iuspozitivism, există o a treia, care exprimă legitimarea externă a dreptului: acesta nu trebuie să se raporteze la niciun

¹ G. Radbruch, Rechtsphilosophie, Gesamtausgabe, vol. II, Heidelberg, 1993, p. 279 și urm.

² S. Grätzel, La philosophie du droit et les fautes du passé. La troisième voie vers une humanisation du droit selon G. Radbruch, Arch. Phil. Dr., nr. 49, 2005, p. 421.

conținut moral¹. Dreptul joacă un rol important în relația dintre lumea trăită și sistem, Habermas considerând dreptul un factor crucial în raționalizarea progresivă a lumii trăite²: „Dreptul care se interpretează formal ca un complex de instituționalizare a atitudinii ce normează spre comunitatea socială, se îndepărtează din ce în ce mai mult de morală; dreptul se cristalizează într-o instituție de constrângere externă”³.

Weber concepe dreptul ca un pur complex de raționalizare cognitivă instrumentală în care problemele sunt explicate și rezolvate de autoritatea politică suverană care reacționează contrar violării normelor sociale, indicând limitele posibilului și ale imposibilului, deci de manieră pozitivă, legalistă și formală. Pentru Habermas, dreptul rămâne, chiar și în epoca modernă, legitimat prin referire la principiile morale ce normează, instituționalizarea sa fiind indispensabilă disjuncției dintre sistem și lumea trăită. „Dreptul, într-adevăr, se stabilește într-o societate și funcționează ca o forță legitimă în jurul căreia se fixează și se dezvoltă o ordine politică de stat și un sistem economic”⁴.

Cohen și Kelsen concep dreptul ca pe o știință, considerând, asemenea lui Kant, că dreptul este o cunoaștere sistematică supusă unui principiu. Dacă pentru Kant unitatea sistematică este plasată într-un concept metafizic al dreptului, la Cohen ea se situează în ideea etică a unității omului, pentru ca la Kelsen ea să se afle într-o ierarhie a normelor plasate sub o normă fundamentală. Pentru Cohen și Kelsen dreptul nu formează în sine un sistem, ci este doar tratat dintr-o perspectivă sistemică (sistemul are natură etică la Cohen și propriu-zis juridică la Kelsen)⁵. Cohen definește știința

¹ A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, Munich, 1997, p. 40 și urm.

² J. Habermas, *Théorie des kommunikativen Hamdelns*. Band 1: Handlungsrationaliät und gesellschaftliche Rationalisierung. Band 2: Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft, Frankfurt, Suhrkamp, 1981a, p. 205-366.

³ D. Mathieu, *La notion de droit dans la théorie de l'agir communicationnel de J. Habermas*, în *Déviance et société*, vol. XVIII, nr. 1, 1994, p. 97.

⁴ Idem, p. 98.

⁵ J.-C. Merle, *La conception du droit de H. Cohen et de H. Kelsen*, în *Revue germanique internationale* [En ligne], 6/2007, 18 octobrie 2010, accesat la 28 februarie 2017, p. 123 (<http://rgi.revues.org/1095>).

juridică prin funcția sa în sistemul constituit în jurul condițiilor conștiinței de sine și a unității de acțiune, adică a voinței¹.

Pentru juristul austriac Hans Kelsen nu există drept original din care s-ar putea deduce o ordine juridică: dreptul nu este decât garantul rezultatului procedural al unei norme fundamentale definite ca principiu de legitimare a validității normelor: „Unei ordini care se bazează pe o normă fundamentală de acest tip, o normă dată îi aparține deoarece ea este creată de maniera determinată în norma fundamentală și pentru că are un anumit conținut determinat. Norma fundamentală nu furnizează decât principiul de validitate al normelor care formează sistemul”². Rezultă de aici că dreptului îi poate fi dat orice conținut, validitatea norme fundamentale nerezultând din legătura sa cu idealurile și valorile, ci din exigența a ceea ce trebuie să fie dreptul și din condițiile sale de validitate. Teoria lui Kelsen separă complet dreptul de morală și nu cunoaște o necesitate sistematică de progres în istorie, el legând validitatea normelor de sistematicitatea constituită de introducerea norme fundamentale: „O pluralitate de norme formează o unitate, un sistem, o ordine, dacă validitatea sa poate fi trimisă la o normă unică drept rațiune ultimă a acestei validități. Norma fundamentală constituie, ca sursă comună, unitatea în pluralitate a tuturor normelor constitutive ale unei ordini”³.

Scopurile dreptului nu sunt suficiente pentru legitimarea sa, ci, conform lui Jürgen Habermas, mai trebuie și ca legalitatea sa să fie garantată⁴. Dreptului îi este atribuită propria sa sursă internă care nu se raportează la alte valori: dreptul este deja prezent acolo unde justiția nu este realizată sau nu încă, ceea ce pune în evidență caracterul său procedural. Garanția dreptului este considerată ea

¹ H. Cohen, *Ethik des reinen Willens*, 1907, rééd., 5e éd., Hildesheim, 1981, p. 591.

² H. Kelsen, *Reine Rechtslehre* (ed. din 1960), Viena, 1992, p. 199 și urm.; H. Kelsen, *Théorie pure du droit* (1932), traducere de C. Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962.

³ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, op. cit., p. 62.

⁴ J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt, 1994, p. 49, traducere în limba franceză de J. Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997.

însăși o valoare, iar garanția acordată dreptului pozitiv poate, și ea, să justifice validitatea unui drept inadecvat totuși și injust¹.

Secțiunea a 5-a. Definițiile antropologice ale dreptului

Chiar dacă nu există nicio teorie interculturală a dreptului care să întrunească unanimitatea cercetătorilor, teoriile antropologice ale dreptului au cel puțin avantajul de a încerca să sesizeze ce anume este dreptul prin experiențele diverselor societăți. Admițând că dreptul este inerent oricărei forme de viață în societate, trebuie ori să-l căutăm în modalitățile sale, ori să-i analizăm conținutul. Chiar dacă în științele sociale au fost formulate diferite concepții despre drept, ele pot fi plasate în două categorii: cea care privește dreptul în termeni de moduri de conduită efective și cea care-l privește în termenii unui model juridic statal. Abordarea normativă a dreptului, corespunzătoare concepției existente în țările de tradiție civilistă, leagă dreptul de un anumit număr de norme explicite și scrise, conținute în texte adesea adunate în coduri.

Eugen Ehrlich și Bronislaw Malinowski sunt giganzii câmpului abordărilor socio-științifice ale dreptului. Ehrlich este promovat la rangul de inventator al sociologiei dreptului și de fondator al științei sociologiei dreptului², în timp ce Malinowski scrie *Crime and Custom in Savage Society*, text ce reprezintă cea mai influentă lucrare de antropologie a dreptului³. Conform acestora, dreptul constă în conduita regularizată și în modurile efective de comportament ale unei comunități, grup sau societate⁴. După Malinowski,

¹ G. Radbruch, *Rechtsphilosophie...*, op. cit., p. 315.

² K. Ziegert, *A Sociologist's View*, în E. Kamenka, A. Erh-Soon Tay (éds.), *Law and Social Contro*, 1980, p. 76; E. Scur, *Law and Society: A Sociological View*, 1968, p. 37.

³ I. Hamnett, *Introduction*, în I. Hamnett (éd.), *Social Anthropology and Law*, 1977, New York, Academic Press, p. 6.

⁴ L. Pospisil, *Anthropology of Law: A Comparative Theory*, New York, Harper & Row, 1971, p. 28-31.

dreptul constă „într-o autoritate centrală, coduri, tribunale și magistrați”¹, nefiind făcut din „instituții independente”², ci reprezentând „un aspect al vieții lor tribale”³. Dreptul trebuie să fie astfel definit prin funcția sa și nu prin modalitățile manifestărilor sale, dreptul asumându-și înainte de toate o funcție de reciprocitate, nu una de sancțiune, comportamentul unui individ fiind mai modelat de relațiile sociale decât de norme și instituții. Ehrlich spunea că societatea este făcută din asocieri multiple, la diferite niveluri: „O asociație socială este o pluralitate de ființe umane care, în relațiile lor unele cu altele, recunosc anumite reguli de conduită drept constrângătoare și-și reglează conduita, în general cel puțin, în funcție de ele”⁴. Atât Ehrlich, cât și Malinowski pun accentul pe faptul că dreptul rezidă în uzanțele efective, fiind un corpus de reguli efectiv urmate care guvernează comportamentele membrilor unui grup social. Marc Galanter definește „dreptul indigen” în termenii unor „scheme concrete de ordonanțare socială”⁵. Sally Falk Moore numește regula „câmp social parțial autonom”, concepție dominantă a dreptului în tradiția pluralismului juridic⁶.

Cea de-a doua categorie este cea a modelului regulilor și instituțiilor dreptului statal, având ca figuri marcante gânditorii Max Weber și Adamson Hoebel, dreptul fiind considerat de aceștia ca punere în operă instituționalizată a normei⁷: termenul de drept garantat trebuie să fie înțeles ca semnificând că există un „aparat coercitiv” pentru a pune în operă norma⁸. Punerea în operă a nor-

¹ B. Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society*, New York, Harcourt, Brace and Company, 1926, p. 14.

² Idem, p. 59.

³ Ibidem.

⁴ E. Ehrlich, *The Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Russell & Russell, New York, 1975, p. 39.

⁵ M. Galanter, în *Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law*, *Journal of Legal Pluralism*, vol. 13, nr. 19/1981, p. 3.

⁶ B. Tamanaha, *The Folly of the 'Social Scientific' Concept of Legal Pluralism*, în *Journal of Law and Society*, 1993, p. 205-207.

⁷ M. Feeley, *The Concept of Laws in Social Science: A Critique and Expanded View*, în *Law & Society Review*, vol. 10, nr. 4/1976, p. 497-498.

⁸ M. Rheinstein, *Max Weber on Law in Economy and Society*, New York, Simon and Schuster, 1954, p. 13.

melor, chiar dacă statul nu este menționat în aceste definiții, este funcția prezumată a instituțiilor juridice ale statului, tribunalele și poliția care, în numele publicului, sancționează violarea normelor¹.

Noțiunea lui Bohannon despre o reinstituționalizare a normelor este legată de ideea lui Hart despre regulile secundare de recunoaștere. El consideră dreptul ca o instituție de control social printre altele, demersul său constând în a distinge dreptul de alte reguli de control social, apoi de a arăta cum anume devine juridică o instituție. Orice instituție generează cutume, fie că această instituție este socială sau juridică. Aceste cutume sunt reguli de comportament ce trebuie respectate pentru buna funcționare a instituțiilor. Cutumele pur sociale sunt fondate pe reciprocitate, în timp ce cutumele ce devin juridice sunt fondate pe reinstituționalizare. Trecerea de la social la juridic se realizează atunci când anumite cutume sunt alese dintre altele de către instituțiile juridice pentru a furniza criteriile de decizie care să permită rezolvarea conflictelor ce aduc atingere bunei funcționări a instituțiilor sociale².

Roscoe Pound concepe dreptul ca pe un mod de control social aplicat prin forță de o societate politic organizată, văzând o conexiune strânsă între dreptul statal și controlul social: controlul social este funcția statului în principal și el se exercită prin intermediul dreptului, efectivitatea sa ultimă depinzând de aplicarea forței de către agenți desemnați³. Concepția acestuia este regăsită în lucrările lui Donald Black, care consideră că „știința nu poate cunoaște decât fenomene, niciodată esențe”⁴, căutarea unei concepții corecte despre drept nefiind științifică⁵, dreptul fiind „un control social guvernamental”⁶. Astfel,

¹ K. Ziegert, *A Sociologist's View*, în *Eugene Kamenka...*, op. cit., p. 76; E. Schur, *Law and Society: A Sociological View*, R. House, New York and Toronto, 1968, p. 37.

² H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961, p. 89-96.

³ R. Pound, *Social Control Through Law*, Yale University Press, New Haven, Conn., 1942, p. 25.

⁴ D. Black, *The Boundaries of Legal Sociology*, Yale Law Journal, 1972, 81, p. 1092.

⁵ Ibidem.

⁶ D. Black, *The Behavior of Law*, New Haven, Conn., Yale University Press, 1976, p. 2.

Roscoe Pound definește dreptul ca fiind un tip de control social care se exercită prin utilizarea sistematică a forței de care dispune o societate politic organizată¹.

Pentru Radcliffe-Browne, termenul drept „desemnează majoritatea, dacă nu totalitatea proceselor de control social. În sens restrâns, termenul desemnează controlul social prin aplicarea sistematică a forței unei societăți organizate politic”², definiție care este realizată plecând de la criteriile derivate din tradiția occidentală ce aplică sistematic forța și sancțiunea coercitivă. Și pentru Hoebel, „o normă socială este juridică dacă faptul de a o neglija sau de a o încălca este regulat contra-atacat, prin simpla amenințare sau în fapt, prin aplicarea forței fizice de către un individ sau un grup ce beneficiază de privilegiul socialmente recunoscut de a putea să se comporte așa”³.

O concepție înrudită pleacă de la ideea controlului social instituționalizat, dreptul fiind considerat, în termenii lui Philip Selznick, „ca endemic în toate instituțiile care se sprijină, pentru a-și exercita controlul social, pe autoritatea și reglementarea formală”⁴, legalitatea fiind cea care distinge dreptul⁵.

¹ R. Pound, *La place et la finalité de la théorie du droit sociologique* (1911), F. Michaut (trad.), *Clio@Thémis*, în *Revue électronique d'histoire du droit*, 2013, p. 488-516.

² A.R. Radcliffe-Brown (1924-1949), *Structure et fonction dans la société primitive*, Fr. și L. Martin (trad.), prezentare și note de L. Martin, nr. 37, Éd. de Minuit, Paris, 1972, p. 207.

³ A. Hoebel, *The Law of Primitive Man*, Cambridge, Ed. Harvard University Press, Mass., 1954, p. 18. A se vedea și A.-I. Dușcă, *Piața internă. Jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene*, Ed. Universul Juridic, București, 2020; A.-I. Dușcă, R. Bischin, *Schema-cadru a hotărârilor Curții de Justiție a Comunităților Europene. Discuție pe marginea hotărârii C.J.C.E. în C. Jipa*, *Revista română de drept comunitar*, nr. 1, Ed. Wolters Kluwer, București, 2009.

⁴ P. Selznick, *Law, Society and Industrial Justice*, New York, Russell Sage Foundation, 1969, p. 7; Ph. Selznick, *The Sociology of Law*, în *International Encyclopedia of the Social Sciences*, New-York, Macmillan, vol. 9, 1968, p. 51.

⁵ R. Cotterrell, *The Sociology of Law*, London, Butterworths, 1984, p. 45-46.