



UNIVERSITATEA ECOLOGICĂ DIN BUCUREȘTI
FACULTATEA DE DREPT



Program de studii universitare de licență: DREPT

Forma de învățământ: învățământ cu frecvență redusă / învățământ la distanță

Suport de curs pentru disciplina:
METODOLOGIE JURIDICĂ

Titular de disciplină:
Lect. univ. dr. Tudor AVRIGEANU

București
2023

Introducere

Cursul este destinat, în principal, studenților Facultății de Drept din cadrul Universității Ecologice din București – învățământ cu frecvență redusă (IFR) / învățământ (ID), dar poate constitui un util material de studiu și pentru studenții la învățământ cu frecvență (IF).

a. Date privind titularul de disciplină

Nume și prenume:	AVRIGEANU Tudor
E-mail:	tudor.avrigeanu@ueb.education

b. Date despre disciplină

Anul de studiu:	I
Semestrul:	2

c. Obiectivele disciplinei

Obiectivul general al disciplinei	Familiarizarea studenților cu principalele tipuri clasice, dar și cu teoriile moderne sau post-moderne ale acestei gândiri, cunoașterea și însușirea metodologiei juridice, recunoașterea și folosirea tipurilor de raționament juridic în cazuri concrete
Obiectivele specifice	Identificarea tipului de raționament juridic folosit în soluționarea problemelor de drept; deprinderea capacității de opțiune între mai multe tipuri în funcție de caracterul unei probleme; utilizarea în mod adecvat a conceptelor și categoriilor juridice; perceperea dimensiunii istorice a dreptului; dezvoltarea capacității de autoevaluare a propriului raționament juridic; dezvoltarea abilității de a descrie particularitățile gândirii juridice clasice în raport cu cele ale gândirii juridice moderne și postmoderne.

d. Competențe acumulate după parcurgerea cursului

Competențe profesionale	Identificarea corectă a problemelor de drept și a etapelor care trebuie parcurse în vederea soluționării lor; cunoașterea criteriilor în raport cu care se corectitudinea și justetea unei soluții juridice.
-------------------------	--

Competențe transversale	Acordarea de asistență sau consultanță juridică; redactarea lucrărilor științifice și susținerea de comunicări științifice în legătură cu probleme juridice.
-------------------------	--

e. Resurse și mijloace de lucru

Pentru o pregătire temeinică, vă sugerăm să efectuați toate testele de evaluare, astfel încât rezultatul pregătirii dumneavoastră să fie cât mai obiectiv. De asemenea, vă sugerăm să vă alcătuiți propriile dumneavoastră planuri și scheme, acestea ajutându-vă la o mai bună sistematizare a cunoștințelor dobândite.

Fiecare curs debutează cu prezentarea obiectivelor pe care trebuie să le atingeți – din punctul de vedere al nivelului de cunoștințe – prin studierea temei respective. Vă recomandăm să le citiți cu atenție și apoi, la sfârșitul cursului, să le revedeți pentru a verifica dacă le-ați atins în întregime.

Testele de evaluare prezente la sfârșitul fiecărui curs vă vor ajuta să verificați modalitatea specifică de învățare și să vă îmbunătățiți cunoștințele. Timpul recomandat rezolvării testelor este de 30 de minute. Rezolvați testele numai după studierea în întregime a unui curs și nu vă uitați la răspunsuri decât după rezolvarea testului și numai dacă nu reușiți să găsiți răspunsul prin recitirea cursului.

La fiecare curs există indicată o bibliografie selectivă pe care vă sfătuim să o parcurgeți, constituind parte integrantă din materialul supus reflecției. Acest material nu reprezintă o lucrare științifică și nu a fost conceput cu alte scopuri decât acela de a oferi studenților o prezentare sintetică a istoriei și stadiului actual al Metodologiei Juridice, fără pretenții de originalitate față de lucrările și autorii avuți în vedere (în special trebuie menționați profesorii Klaus F. Röhl, Jan Schröder și Rolf Gröschner), ale căror idei au fost de multe ori preferate propriilor idei ale autorului, deși intră în contradicție cu acestea din urmă. Interesul pedagogic a fost preferat oricăror alte considerente.

f. Structura cursului

Cursul de Metodologie Juridică este alcătuit din 14 **unități de învățare**.

Totodată, sunt formulate **2 teme de control**, în vederea evaluării pe parcurs, astfel:

Tema 1 – Unitatea de învățare 2: „Realizați un referat de maximum 5 pagini în care să tratați „Dreptul – știință și tehnică”;

Tema 2 – Unitatea de învățare 8: „Realizați un referat de maximum 5 pagini în care să tratați „Axiomatica și Topica în drept”.

Temele de control se prezintă de către fiecare student, iar rezultatele acestei evaluări se comunică de către cadrul didactic în mod direct și nemijlocit studenților.

Cursul de Metodologie juridică poate fi studiat atât în întregime, potrivit ordinii prestabilite a capitolelor, dar se poate și fragmenta în funcție de interesul propriu mai accentuat pentru anumite teme. Însă, în vederea susținerii examenului este obligatorie parcurgerea tuturor celor 14 unități de învățare și efectuarea testelor prezentate.

g. Cerințe preliminare

Pentru o mai bună înțelegere a materiei, este necesară coroborarea cunoștințelor dobândite în cadrul acestei discipline cu cele acumulate la Teoria generală a dreptului și la Drept roman, având în vedere că disciplina se studiază în anul I, semestrul 2

h. Durata medie de studiu individual

Durata medie de învățare estimăm a fi de aproximativ 28 de ore, iar pentru examen ar fi necesar un studiu de o săptămână.

Studierea fiecărei unități de învățare necesită un efort estimat la 2 ore, astfel încât să se fixeze temeinic cunoștințele specifice acestui domeniu.

i. Evaluarea

La încheierea studierii cursului, este obligatorie realizarea celor două teme de control.

Înainte de examen este indicat să parcurgeți din nou toată materia, cu atenție, durata estimată pentru această activitate fiind de aproximativ o săptămână.

Forma de evaluare (E-examen, C-colocviu/test final, LP-lucrări de control)		
Stabilirea notei finale (procentaje)	- evaluarea finală	50%
	- activități aplicative /laborator/lucrări practice/proiect etc.	
	- teste pe parcursul semestrului	50%
	- teme de control	

Unitatea de învățare 1.

Metodologia juridică: aspecte generale



1.1. Introducere

În cuprinsul acestei unități de învățare sunt prezentate cunoștințele referitoare la ceea ce se înțelege prin metodologia juridică, precum și sfera de cuprindere a acestei discipline în cadrul disciplinelor juridice fundamentale.

Durata medie de parcurgere a acestui capitol este de aproximativ 2 ore.



1.2. Conținut

1.2.1. Terminologie

Metoda juridică este procesul prin care se determină ceea ce este drept în general (abstract) sau într-un caz specific. **Metodologia juridică** este teoria acestei proceduri, spre deosebire de **dogmatica juridică**, teoria dreptului aplicabil în cazuri concrete. Ea include *logica juridică* (teoria formării conceptelor, propozițiilor și concluziilor) și *teoria interpretării juridice*. În sens mai larg, include și *doctrina despre conceptul și izvoarele dreptului*, cu ajutorul cărora se determină mai întâi dreptul aplicabil într-un caz concret. Abia în vremurile moderne relativ recente, componentele individuale ale metodologiei s-au reunit pentru a forma un domeniu unificat.

Termenul „metodă” (metodă) își dobândește doar treptat sensul actual. A fost folosit foarte rar în Evul Mediu, și mai frecvent abia începând din secolul al XVI-lea. La început înseamnă doar un scurt manual, mai târziu ordinea științifică a unei discipline și în final procesul științific propriu-zis al cunoașterii. Termenul „metodologie (juridică)” este și mai recent. Abia la sfârșitul secolului al XVIII-lea termenul de „metodologie juridică” a devenit obișnuit, dar inițial acesta a fost înțeles doar ca un ghid pentru predarea și învățarea dreptului. În sensul avut astăzi în vedere, „metodologia juridică” (*juristische Methodenlehre*) este legat de cursul universitar cu același titlu și având ca titlu secundar „Instrucțiuni pentru propriul studiu al jurisprudenței” predat de Friedrich Carl von Savigny, fondatorul de mai târziu al Școlii Istorice a Dreptului, în 1802/1803 la Universitatea din Landshut (Bavaria).

1.2.2. Gândirea și izvoarele dreptului înainte de revoluția științifică

În Evul Mediu și în modernitatea timpurie este valabil principiul potrivit căruia *lex injusta non est lex*, ceea ce presupune că prin lege trebuie să se înțeleagă nu orice reglementare, ci doar una reglementare corectă sau rațională. În consecință, o „lege”, așa cum a scris Toma de Aquino, este doar „o ordine rațională instituită de persoana responsabilă de administrarea unei comunități” (*Summa theologiae*, I-II, quaestio 90, art. 4). Al doilea izvor pozitiv al dreptului, dreptul cutumiar, trebuie să fie, de asemenea, rezonabil, „rationabilis”, adică nu trebuie să încalce legea naturală sau divină. Până la cotitura reprezentată de dreptul natural modern din secolele XVII-XVIII, metodologia juridică este alcătuită din trei părți principale: topica (teoria argumentării), teoria interpretării și teoria descoperirii sau reprezentării juridice științifice a dreptului.

1.2.3. Topica, interpretarea juridică și teoria jurisprudenței

1.2.3.1. Topica

În mod tradițional, topica (gr. *topos*, loc) este înțeleasă ca parte a doctrinei concluziilor, adică a logicii, fondată de Aristotel și dezvoltată de Cicero cu directă aplicabilitate în evoluția dreptului roman. Deja în acest punct, potrivit lui Michel Villey și lui Franz Wieacker, trebuie făcută diferența dintre concluziile „*apodictice*” ale silogisticii aristotelice clasice și cele „*dialectice*”, care țin de topică. Raționamentele **apodictice** conduc întotdeauna de la premise adevărate la **concluzii adevărate** și sunt folosite în drept mai ales în aplicarea normelor generale în cazurile individuale („Toate actele juridice ale unui minor sunt nule. A este minor, deci...”). Spre deosebire de silogismele apodictice, cele **dialectice** conduc întotdeauna la concluzii care nu sunt adevărate, ci numai **probabile**.

Exemple de *topoi* (*loci*, locuri) ale argumentării: același, asemănător, opusul, consecința etc., dar și mărturia divină și umană. Fiecare dintre aceste *topoi* este asociat cu anumite maxime care pot fi încorporate ca premise într-o concluzie. De exemplu, maxima „ceea ce este similar trebuie tratat în mod similar” este asociată cu „similar” (similar). Acest lucru poate duce apoi la concluzia: „Bolnavii psihici sunt similari minorilor. Actele juridice ale minorilor sunt nule. Lucruri similare ar trebui tratate la fel, deci...”. Toposul „a simili” este cel mai des folosit în drept. Numai toposul mărturiei sau autorității umane are o semnificație comparabilă. Include maxima „Fiecare expert atestat poate fi crezut atunci când afirmă ceva în disciplina sa”, mai ales atunci când majoritatea sau cei mai buni experți sunt de acord. În acest caz, chiar și conform teoriei întemeiate de Aristotel și care a predominat până la sfârșitul secolului al XVII-lea, criteriul probabilității este îndeplinit absolut. Toposul mărturiei umane stă la baza doctrinei despre „*communis*

opinio”, ale cărei premise sunt discutate într-o multitudine de tratate din secolul al XVI-lea și care le este familiar juriștilor până astăzi.

Doctrina tradițională a topicii a fost redescoperită de Theodor Viehweg într-o celebră lucrare despre *Topică și jurisprudență* publicată în anul 1953. Trebuie să reținem că această doctrină nu oferă reguli de drept de-a gata, ci doar premise pentru concluzii, forme de argumentare precum analogia și *argumentum e contrario* care trebuie completate cu conținut juridic concret. De asemenea, trebuie să reținem și faptul că gândirea juridică tradițională în locuri coordonate, dar neordonate ierarhic este în principiu incompatibilă cu gândirea juridică sistematică a timpurilor moderne recente.

1.2.3.2. Teoria interpretării juridice

Teoria interpretării juridice a fost dezvoltată de la bun început de către juriști pe baza diferitelor reguli de drept roman. Primele tratate speciale pe subiecte individuale au apărut în Evul Mediu târziu, iar prezentările mai cuprinzătoare au început în secolul al XVI-lea. Avocații din secolul al XVI-lea și începutul secolului al XVII-lea au făcut distincția între **două tipuri de interpretare**, cea comprehensivă și cea extensivă. Interpretarea **comprehensivă** constă în explicarea, extinderea sau limitarea legii pornind de la sensul acesteia („mens”). Spre deosebire de alte perioade, în perioada modernă timpurie interpretarea prin sensul legii are prioritate față de interpretarea literală. Se vorbește de interpretare **extensivă** în sensul ei actual atunci când aplicarea legii este extinsă după o idee asemănătoare cu „mens”, greu de diferențiat de aplicarea toposului „a simili” (analogia de astăzi). Avocații secolului al XVI-lea erau însă conștienți de diferitele rădăcini ale celor două proceduri (teoria interpretării, respectiv topica). Abia după ce topica tradițională a fost uitată s-a putut naște și controversa în legătură cu diferența dintre analogie și interpretarea extensivă, însă ideile despre natura analogiei și domeniul de aplicare al interpretării legii se schimbă neîncetat până astăzi.

Esența teoriei interpretării din secolul al XVI-lea este de înțeles pornind de la conceptul dreptului așa cum se prezenta acest concept la vremea respectivă, anume un concept al dreptului fondat pe rațiune (ratio) și dreptate (iustitia), unde „sensul” legii (mens) este echivalat cu rațiunea (ratio). Toate acestea se reflectă în dreptul natural, în legea divină revelată și în „ius commune”, iar aceasta înseamnă că primatul dreptului divin-natural și al dreptului roman, care domină teoria izvoarelor dreptului continuă să fie afirmat în teoria interpretării: statutele (legea teritorială și locală) trebuie interpretate în mod restrâns dacă nu corespund „rațiunii”, voința legiuitorului are o semnificație redusă în raport cu „rațiunea”, iar ceea ce înțelegem prin interpretarea istorică se reduce la explicarea cuvintelor și obiceiurilor vechi, neinteresând istoria originilor dreptului pozitiv.

1.2.3.3. Teoria jurisprudenței

În secolul al XVI-lea și la începutul secolului al XVII-lea, o teorie a jurisprudenței în sensul clasic de *juris prudentia* este dezvoltată numai într-o formă incipientă, fiind preocupată mai ales de ordinea și prezentarea materiei juridice propriu-zise. Pentru ordinea de ansamblu a unei științe, din metodologia antică a medicului Galenus s-au transmis trei procedee: (1) analitic (rezolutiv), care pornește de la scopuri către mijloace, (2) sintetic (compozitiv), care avansează de la elementele simple la cele complexe, și (3) dihairetic (definitiv), care lucrează cu împărțirea în specii și subspecii tot mai largi. În încercările lor de sistematizare, juriștii preferă inițial metoda dihairetică, pe care Cicero o recomandase deja și care era cea mai populară printre umaniștii secolului al XVI-lea. În cursul secolului al XVII-lea trece în prim-plan metoda analitică presupusă a fi fost în concordanță cu ordinea tradițională a dreptului roman. În schimb, ideea unui sistem juridic presupunând dezvoltarea sistematică a unor principii juridice noi din unele deja existente este străină juriștilor din secolul al XVI-lea și de la începutul secolului al XVII-lea, a căror gândire pornește de la premisa că toate adevărurile din lume au fost deja descoperite, astfel încât ceea ce mai este de făcut este să li se găsească locul în ordinea lumii.



1.3. Bibliografie recomandată

- a. Michel Villey, *Formarea gândirii juridice moderne*, București, 2023
- b. Philippe Malaurie, *Antologia gândirii juridice*, București, 1996

Unitatea de învățare 2.

Metodologia juridică și dreptul natural (rațional) modern



2.1. Introducere

În cadrul acestei unități de învățare, studenților le sunt prezentate principalele evoluții teoretice care au marcat formarea gândirii juridice moderne

Durata medie de parcurgere a acestui capitol este de aproximativ 2 ore.



2.2. Conținut

2.2.1. Conceptul dualist al dreptului

Începând cu jumătatea secolului al XVII-lea, legea pozitivă și legea naturală sunt tot mai clar nu doar diferențiate, ci separate una de cealaltă, dezvoltându-se astfel un concept **dualist** al dreptului, care este legat pe de o parte de dezvoltarea științelor naturale bazate pe cercetarea empirică, iar pe de altă parte de războaiele civile și religioase din secolele al XVI-lea și al XVII-lea, care îngroapă autoritatea Bisericii și reprezentarea teologică despre lume, constituind esența ordinii juridice existente până atunci în Occidentul european. Față de primatul dreptății și al rațiunii pentru gândirea juridică, de acum câștigă tot mai mult teren reprezentarea dreptului în general și a dreptului pozitiv în special ca nefiind altceva decât comanda unui legiuitor, iar dreptul cutumiar devine la rândul lui dependent de consimțământul legiuitorului.

Legea naturală nu dispare, însă este acum înțeleasă exclusiv ca fiind derivată din rațiunea umană, ceea ce conduce la o extindere considerabilă a conținutului său, dar și la pierderea legitimității divine inițiale. Cât privește aplicarea practică a dreptului, dreptul pozitiv este cel care dobândește primatul cel mai târziu de la mijlocul secolului al XVIII-lea, dreptul natural devenind din criteriu al legitimității dreptului pozitiv, o sursă subsidiară a acestuia din urmă. Descoperirea istoriei (pozitivitatea dreptului) și a rațiunii, dar și tensiunea lor, străbat întreaga teorie juridică a Iluminismului. Consecințele acestei stări de lucruri constau pe de o parte în dispariția topicii tradiționale și, pe de altă parte, în istoricizarea interpretării dreptului pozitiv este istoricizată coroborată cu sistematizarea și extinderea teoriei dreptului natural care ia forma unei științe juridice productive.

2.2.2. Consecințe ale revoluției științifice în drept

2.2.2.1. Revoluția științifică și topica

Topica tradițională cade victima empirismului revoluției științifice din secolul al XVII-lea și a utilizării sale încrezătoare a rațiunii, formalismul nemaiputând oferi răspunsuri satisfăcătoare la întrebările centrale pe care noua epocă le ridică. Astfel, plauzibilitatea unei concluzii de similaritate depinde în întregime de faptul că lucruri cu adevărat similare (de exemplu, copiii și persoanele bolnave mintal) sunt comparate între ele, însp faptul comparației în sine nu depinde de metoda topică însăși, ci ține mai degrabă de istorie, experiență și rațiune. Cu toate acestea, având în vedere posibilitățile limitate ale jurisprudenței de a dobândi o cunoaștere satisfăcătoare a dreptului prin rațiune și experiență, „argumentum a simili” și „argumentum e contrario” – denumit din ce în ce mai mult „analogie” – încă prevalează. De asemenea, toposul mărturiei experților este pus și el la îndoială: orice „communis opinio” n-ar să mai fie considerată nici măcar probabilă în sine (ci doar o „prejudecată”), trebuind, în schimb, verificată ca adevărată pe baza rațiunii și a experienței. Discreditată în cadrul dezbaterilor savante, „communis opinio” rămâne însă în continuare dominantă în viața practică a dreptului.

2.2.2.2. Teoria interpretării

Sub influența pozitivismului, se impune distincția între interpretarea „gramaticală” și „logică”: în vreme ce prima este guvernată de sensul obișnuit al limbajului, cea din urmă joacă un rol hotărâtor în determinarea sensului real al textelor legale, putând fi la rândul ei explicativă, expansivă sau restrictivă. Tendințele pozitivistice ale noii teorii juridice devin și mai evidente într-o creștere și reechilibrare a instrumentelor interpretative. În timp ce înainte principalul lucru care conta era *caracterul rațional și drept (just)* al unei norme, acum ceea ce primează este *voința* celui care a edictat această normă, iar pentru a determina conținutul acestei voințe sunt necesare investigații istorice și numai dacă scopul urmărit de legiuitor nu poate fi determinat cu precizie, interpretul poate recurge la asumarea acelui scop al normei care pare rațional în mod obiectiv.

Noile principii ale interpretării juridice conduc la rezolvarea diferită a vechilor probleme de drept. De exemplu: interdicția de a exporta cereale poate fi extinsă și la exportul de făină? Până în secolul al XVI-lea, răspunsul a fost în general negativ, întrucât interdicția apărea ca „iratională” (restrângere a libertății) și astfel nu poate fi extinsă. În secolul al XVIII-lea, însă, soluția promovată în mod constant a fost cea a extinderii, anume deoarece s-a pornit de la scopul istoric concret urmărit de legiuitor, anume acela de a preveni penuria de alimente.

2.2.2.3. Jurisprudență rațională?

Redescoperirea rațiunii a jucat un rol mai important în jurisprudența secolului al XVIII-lea, când, pentru prima dată este dezvoltată o teorie a productivă privind formarea normelor juridice și a sistemului dreptului. Triumful metodei raționaliste, demonstrative (Descartes) a condus și în drept la reprezentarea necesității introducerii creației sintetice a dreptului, desprinzând prin raționamente apodictice toate concluziile posibile din câteva principii considerate ca axiome cu valoare logică de adevăruri. Locul unde se afirmă această deplasare de metodă nu este însă nici de această dată jurisprudența practică, ci teoria dreptului natural modern. Marile sisteme de drept natural ale secolului al XVIII-lea sunt astfel în mod consecvent consecvent construcții raționaliste bazate pe principii juridice supreme, a căror coexistență nu garantează însă întotdeauna și consistența sistemului.

Altfel însă decât în dreptul natural, o astfel de construcție juridică bazată pe principii raționale era greu de conceput în dreptul pozitiv, care era conceput prin definiție doar ca rezultat al voinței legiuitorului, chiar și atunci când această voință ar fi fost asumată ca arbitrară. Consecința acestei stări de lucruri a constat în replicarea dualismului dintre dreptul natural modern și dreptul pozitiv la nivelul metodei, în vreme ce metodele tradiționale de abordare au fost eliminate aproape definitiv din dezbaterile juriștilor de-a lungul secolului al XVIII-lea.



2.3. Bibliografie recomandată

- a. Michel Villey, Fundamentele gândirii juridice moderne, Universul Juridic, București, 2023
- b. Leo Strauss, Natural Law and History, Chicago, 1953
- c. Jan Schröder, Wissenschaftstheorie und Lehre der praktischen Jurisprudenz, Berlin, 1977

2.4. Teme de control

Realizați un referat de maximum 5 pagini în care să tratați problema modificării conceptului dreptului sub impactul revoluției științifice a epocii moderne.

Unitatea de învățare 3

Școala Istorică a Dreptului și triumful pozitivismului



3.1. Introducere

În cadrul acestei unități de învățare sunt prezentate liniile de evoluție a metodologiei juridice sub impactul Școlii Istorice a Dreptului și a impunerii pozitivismului științific de-a lungul secolului al XIX-lea.

Durata medie de parcurgere a acestui capitol este de aproximativ 2 ore.



3.2. Conținut

3.2.1. Școala Istorică a Dreptului: aspecte generale

Știința juridică modernă, concepută în opoziție cu jurisprudența tradițională, dar și cu doctrinele moderne de până atunci este opera Școlii Istorice a Dreptului din Germania prin fondatorul acesteia, Friedrich Carl von Savigny (1779-1861). Renunțând principial la considerarea dreptului natural ca izvor al dreptului, Savigny reconsideră totodată și dreptul pozitiv, care nu mai este conceput ca provenind pur și simplu din voința și comanda legiuitorului, ci ca un drept care se dezvoltă organic, de-a lungul istoriei în conștiința comună a poporului („spiritul poporului”) și, prin urmare, nu mai este arbitrar și accidental, ci este dat „cu necesitate interioară”. Raționalitatea imanentă a spiritului popular este transmisă dreptului pe care acesta îl produce, astfel încât dreptul în ansamblu – chiar dacă nu întotdeauna în detaliu – apare ca „un lucru rațional”, cu norme ordonate intern într-un sistem uniform.

Față de poziția de inferioritate avută anterior în raport cu dreptul natural și cu dreptul pozitiv, dreptul cutumiar devine acum izvorul originar al dreptului, el neavând nevoie de acordul legiuitorului și putând, de asemenea, să abroge chiar și legea, cu toate că adepții școlii istorice nu omit să recunoască că, de-a lungul istoriei, dreptul cutumiar a fost din ce în ce mai mult înlocuit de lege. Pe de altă parte, grație distincției dintre dreptul cutumiar popular și un drept cutumiar elaborat de juriști prin știința juridică, se poate vorbi chiar de un izvor de drept suplimentar, constând într-un drept științific. Consecințele acestei doctrine sunt diferite pentru teoria interpretării juridice și a jurisprudenței: în timp ce interpretarea normelor juridice luate fiecare în parte este predominant *istorică și exegetică*, raționalitatea internă a ansamblului tuturor acestor norme este dezvoltată *logic și sistematic* de știința juridică.

3.2.2. Teoria interpretării și pozitivismul științific în drept

3.2.2.1. Teoria interpretării

Teoria interpretării, în special a tânărului Savigny, dar și a multor alți autori ai primului secol al XIX-lea, echivalează cu o exegeză consolidată istoric a textelor de lege, interpretul trebuind să ia în considerare doar ceea ce reiese din formularea și contextul legii. Mai târziu, precum majoritatea juriștilor de la jumătatea secolului al XIX-lea, Savigny a relaxat oarecum cerința raportării stricte a interpretului la formularea legii. Celebra secțiune despre interpretarea legilor din „Sistemul dreptului roman de astăzi” (1840) cuprinde canonul metodelor de interpretare a normelor juridice valabil până astăzi: metoda gramaticală, istorică, logică și sistematică, cărora li se adaugă metoda teleologică (raportarea interpretului la „scopul” legii) în cazul în care am avea de a face cu legi „defectuoase”, în acest fel, rațiunea (ratio) redevenind un criteriu de corecție în raport cu formularea legii. Singurul element cu adevărat nou este elementul sistematic care îl înlocuiește pe cel contextual, dobândindu-și însă adevărata semnificație ca determinare științifică a sensului real al legii numai din analiza științifică a dreptului în ansamblul său.

Cele patru metode principale de interpretare ale lui Savigny nu trebuie înțelese ca alternative, ci ca metode ce trebuie aplicate împreună pentru a obține o interpretare adecvată. Pentru a putea înțelege corect doctrina lui Savigny, trebuie, pe de o parte, să ne raportăm la apropierea față de tradiția hermeneutică (Friedrich Schleiermacher) în unele puncte și să conștientizăm, pe de altă parte, că această doctrină le-a apărut contemporanilor ei doar ca o variantă (nu întotdeauna de preferat) a doctrinelor despre interpretare comune în epocă. În orice caz, la jumătatea secolului al XIX-lea a existat un acord larg cu privire la principiile sale fundamentale, astăzi sunt mai puțin asumate, dar totuși în continuare importante, anume: 1) că ceea ce trebuie căutat prin interpretare este ideea legii, iar nu un sens curent „obiectiv” al acesteia, 2) că nu există o ierarhie între metode, ci mai degrabă trebuie să fie apreciate în mod liber pentru a se putea proba „ideea” legii și 3) că sensul obișnuit al unui cuvând folosit în textul legii poate fi, de asemenea, modificat în mod extensiv sau restrictiv.

3.2.2.2. Pozitivismul științific în drept

Ca știință a dreptului pozitiv, știința juridică modernă este fondată pe doctrina descoperirii productive (logico-sistematice) a dreptului, care susține în esență că din normele particulare existente istoric ale dreptului statutar și cutumiar sunt obținute prin „abstractizare” concepte și principii juridice generale, iar acestea servesc la rândul lor la completarea lacunelor și la corectarea normelor particulare defectuoase, putându-se vorbi din punct

de vedere logic, despre o inducție incompletă, a cărei incertitudine este depășită grație premisei idealiste a existenței unui sistem intern al dreptului, atât al celui cutumiar popular, cât și al celui științific. În acest fel, știința juridică dezvoltată de Școala Istorică în secolul al XIX-lea a putut descoperi o concepte și principii juridice, precum persoana juridică sau capacitatea juridică, devenite astăzi de la sine înțelese.

Cu toate acestea, măsura în care acest tip de producție a dreptului caracterizează școala istorică a devenit discutabilă în literatura de istorie juridică de astăzi. Este de necontestat faptul că juriștii de la începutul și mijlocul secolului al XIX-lea nu au lucrat doar cu concluzii inductive și analoge „formale”, ci s-au folosit și de considerente „materiale” de justiție și oportunitate. Totuși, aceasta nu trebuie să conducă la concluzia falsă că o știință juridică logico-sistematică (a cărei desemnare drept „jurisprudență conceptuală” poate fi considerată discutabilă) nu a existat niciodată. Argumentarea folosind concepte, construcții și abstracțiuni a fost omniprezentă și acceptată în mod constant până la mijlocul secolului al XIX-lea, ajungând să fie respinsă abia atunci când s-a impus un nou concept pozitivist al dreptului, care a opus raționamentelor logice „idealiste” ale Școlii Istorice necesitatea unei gândiri „teleologice”.

3.2.3. Pozitivismul legalist

Pozitivismul legalist concepe dreptul numai ca expresie a voinței unui legiuitor, întocmai precum conceptul voluntarist despre drept din secolele al XVII-lea și al XVIII-lea. Reluarea acestui din urmă concept în secolul al XIX-lea s-a realizat însă în condițiile renunțării la dualismul juridic anterior, manifestat într-un concept al dreptului format din dreptul pozitiv și dreptul natural, fiind transformate în consecință și conceptele legii și al dreptului cutumiar. Întrucât dreptul este acum identificat cu legea ca produs accidental și potențial arbitrar al legiuitorului, unitatea sa sistematică nu mai este prin nimic garantată, iar lacunele nu mai pot fi acoperite nici ele de juristul format științific prin apelul la „raționalitatea internă” a dreptului ca sistem, ci de judecătorul însuși, căruia i se concede însăși crearea dreptului, chiar dacă numai în cazuri individuale. În detaliu, se pot distinge, dincolo de forme hibride sau intermediare, trei variante ale noului concept al dreptului:

- varianta *idealistă*, potrivit căreia dreptul pozitiv tinde spre raționalitate și „corectitudine” (G. Radbruch)
- varianta *istorico-sociologică*, ce urmărește să explice legea pornind de la interesele ocrotite sau promovate (R. v. Jhering, P. Heck), și
- varianta *normativistă*, conform căreia dreptul se epuizează fără rest în norma juridică (H. Kelsen).

3.2.3. Consecințe metodologice ale pozitivismului legalist

3.2.3.1. Teoria interpretării

În teoria interpretării juridice apar trei direcții diferite, una idealistă (teoria interpretării „obiective”), una istorică (teoria interpretării „subiective”), precum și una normativistă, iar diferențele dintre ele devin sesizabile în aprecierea mijloacelor istorice de interpretare, dar mai ales în înțelegerea scopului legii („ratio legis”). În timp ce *scopul istoric* al unei legi este decisiv pentru teoria *subiectivă*, teoria *obiectivă* se raportează la ceea ce se consideră a fi rațional în prezent, ținând seama astfel de schimbarea valorilor sociale. În toate cazurile, dacă legea prezintă lacune, devine necesară interpretarea „*praeter legem*”, însă tocmai diferența dintre conceptele dreptului face să devină controversată stabilirea existenței și a întinderii lacunelor, așadar dacă ceva lipsește sau nu în lege și dacă ceea ce lipsește ar trebui completat pe baza fie a intențiilor legiuitorului istoric (teoria subiectivă), fie a nevoilor actuale (teoria obiectivă), în vreme ce doctrina pură a dreptului, strict pozitivistă, neagă însăși existența lacunelor ca atare, care pot fi dintre lacunele „externe” care rezultă din incompletitudinea legii și lacunele „interne” care rezultă din neclaritatea limbii. În măsura în care aceste ambiguități nu pot fi clarificate prin contextul, istoria sau scopul legii, atunci soluția constă în crearea dreptului de către judecătorul însuși.

3.2.3.2. Teoria științei juridice

În teoria științei juridice, juriștii epocii de la sfârșitul secolului al XIX-lea și din prima jumătate a secolului XX, în acord cu noul concept voluntarist-pozitiv al dreptului, se deosebesc net de cei formați în cadrul Școlii Istorice, respingând determinarea logico-sistematică a dreptului prin construirea și formarea de principii din materialul normativ existent ca „jurisprudență conceptuală” și abandonând astfel reprezentarea unei științe juridice productive. Întrucât orice voință are la bază un scop, acesta va guverna și formarea conceptelor, altfel spus: sistemul dreptului nu mai poate fi construit din concepte logic-atemporale, ci în funcție de scopurile aflate în continuă schimbare. Cu toate acestea, jurisprudența de la începutul secolului al XX-lea nu a oferit niciun exemplu de sistematizare teleologică a dreptului în general sau a unei ramuri de drept particulare



3.4. Bibliografie recomandată

- a. Mircea Djuvara, *Drept rațional, izvoare și drept pozitiv*, București, 1995
- b. Valentin Al. Georgescu, *Locul pandectismului în istoria generală a dreptului*, București, 1936

Unitatea de învățare 4

Sarcinile metodologiei juridice



4.1. Introducere

În cadrul acestei unități de învățare este prezentată poziția intermediară a metodologiei juridice în raport cu teoria și practica dreptului, precum și temeiurile constituționale ale sarcinilor ei.

Durata medie de parcurgere a acestui capitol este de aproximativ 2 ore.



4.2. Conținut

4.2.1. Teorie – metodă – practică

Prin metodă se înțelege în mod curent un ansamblu de reguli pe care trebuie să le urmeze abordarea rațională (și, prin urmare, bazată pe teorie) a unor *probleme* în vederea soluționării acestora. De regulă, juriștii nu diferențiază între teorie și metodă, îndepărtându-se astfel de conceptul comun al metodei în alte discipline, situat pe un nivel intermediar între teorie și practică, dar înțelegând la rândul lor prin metodă un ghid pentru a rezolva probleme de drept specifice sau pentru a lua decizii în cazuri juridice particulare. La fel ca și teoria dreptului, metodologia juridică este caracterizată astăzi de un pluralism pronunțat, iar în spatele controverselor metodologico-juridice se află de cele mai multe ori controverse privind probleme fundamentale ale teoriei dreptului. Asemenea *controverse teoretice* nu pot fi însă rezolvate pe planul metodologiei, decât cu riscul de a paraliza *procesul decizional* în practică. **Autonomia metodologiei juridice** față de teoria dreptului se manifestă tocmai prin aceea că metodologia, ca set de reguli destinate realizării *contactului dintre teoria dreptului și realitatea socială*, reprezintă cureaua de transmisie a teoriei către practica decizională a instanțelor judecătorești, așadar un ghid care servește producerii unor hotărâri judecătorești caracterizate prin *dreptate*.

4.2.2. Sarcină constituțională și științificitate

4.2.2.1. Metodologia juridică și izvoarele dreptului

Metodologia juridică poate fi privită ca dezvoltare aplicativă a teoriei izvoarelor dreptului, iar controversele din cadrul acestei materii (monism sau pluralism, etatism sau globalism, ierarhie verticală sau coordonare pe orizontală) se reflectă în consecință pe planul metodologiei. Pornind de la problema obligativității precedentului

judiciar se poate observa cum **diferitele sisteme de drept** își au, în anumite limite, **propria lor metodologie**, și nu în ultimul rând se consideră că dreptului Uniunii Europene îi corespunde o metodologie juridică specială.

Cât privește metodologia comună în linii mari ordinilor juridice aparținând sistemului romano-germanic, se poate porni de la dispozițiile constituționale care constituie aici punctul de plecare pentru teoria izvoarelor dreptului. În România, acest punct de plecare se regăsește în prevederile art. 1 alin. (4) și (5) din Constituție, privind „principiul separației și echilibrului puterilor în stat ... în cadrul democrației constituționale” și faptul că „respectarea Constituției, a supremației sale și a legilor este obligatorie”, stabilind astfel un cadru de care metodologia juridică trebuie să țină seama atunci când configurează propriile reguli privind interpretarea legii de către judecători: faptul că potrivit art. 124 alin. (3) din Constituție „judecătorii sunt independenți și se supun numai legii” constituie temeiul atât al limitelor, cât și al *libertății judecătorului în aplicarea legii* care nu doar nu exclude, ci presupune *concretizarea și, la nevoie, completarea dispozițiilor acesteia*. Faptul că separația și echilibrul puterilor se realizează potrivit Constituției „în cadrul democrației constituționale” a fost, de altfel, interpretat în sensul unei obligații de comportare loială a puterilor una față de cealaltă, iar această loialitate constituțională nu doar nu exclude, ci presupune **cooperarea loială** pe care legiuitorul este îndreptățit să o aștepte de la judecători.

4.2.2.2. „Egalitatea în fața legii”

O altă prevedere constituțională foarte importantă pentru metodologia juridică este cea conținută de art. 16 alin. 1 din Constituție referitoare la egalitatea cetățenilor în fața legii, particularizată în art. 124 alin. (2) care statuează principiul aplicării egale a legii pentru toți cetățenii. Această egalitate, s-a spus, presupune obligația instanțelor judecătorești de a lua aceleași decizii în situații similare, ceea ce înseamnă a judeca întotdeauna din perspectiva unei reguli care se aplică tuturor cazurilor similare, chiar dacă această regulă este formulată pentru prima dată. Într-un anumit caz și nici măcar nu este calificată în mod expres ca atare. Faptul că judecătorii se supun, potrivit Constituției, „numai legii” (art. 124 alin. 3) presupune, pe de o parte, libertatea lor în raport cu jurisprudența altor instanțe (cu excepția anumitor deciziilor Înaltei Curți de Casație și Justiție privind clarificarea unor chestiuni de drept, obligatorii pentru toate instanțele inferioare), pe de altă parte obligația lor de a ține seama de existența acestor precedente, și, cel puțin potrivit unor opinii, de a motiva divergența propriilor decizii în raport cu ele.

4.2.3. Aplicarea dreptului ca artă

Ceea ce metodologia juridică academică neglijează aproape complet în cadrul sistemului de drept romano-german, anume domeniul așa-numitei „jurisprudențe practice” constând în instrucțiuni de prelucrare a cazurilor concrete reprezintă în același timp și punctul practic de pornire în constituirea problemei de drept și identificarea soluției acestei probleme: căutarea unui (posibil) temei de drept pentru o revendicare de fapt, așadar a unei legături între aceasta din urmă și un izvor de drept. Interpretarea textului legal nu pornește niciodată de la o lectură lipsită de prejudecăți, ci este structurată în prealabil de precedente judiciare (hotărâri judecătorești) și teoretice (opinii doctrinare). Orice referire la un astfel de precedent presupune realizarea unei comparații între mai multe spețe, iar formarea unor grupuri de spețe presupune deja o metodă comună de concretizare a termenilor juridici care necesită interpretare, chiar și dincolo de tratarea precedentelor.



4.3. Bibliografie recomandată

Al. Otetelișanu, Este dreptul o știință sau o artă, Revista de Filosofie, nr. 3-4/1933, pp. 416-446.

Unitatea de învățare 5

Critica tradițională a metodologiei juridice



5.1. Introducere

În cadrul acestei unități de învățare sunt prezentate principalele direcții ale criticii formulate din perspectiva modernă tradițională la adresa metodologiei juridice.

Durata medie de parcurgere a acestui capitol este de aproximativ 2 ore.



5.2. Conținut

5.2.1. Certitudine metodologică și critica metodologiei juridice

Cum sarcina metodologiei juridice constă în a căuta metode de soluționare a problemelor juridice concrete, îndeplinirea acestei sarcini depinde de trei condiții prealabile, și anume 1) dacă există cel puțin la prima vedere un **temei juridic** pentru analiza situației de fapt ca problemă de drept, 2) dacă acest temei poate fi **concretizat** într-o măsură suficientă și 3) dacă el, odată concretizat, poate **susține** efectiv soluționarea juridică printr-o **decizie**. Posibilitatea însăși a metodologiei juridice presupune asumarea îndeplinirii cu certitudine a tuturor celor trei condiții, așa cum critica metodologiei pornește de la chestionarea lor în mod principal

Disponibilitatea unui temei juridic pentru luarea deciziilor este relativ lipsită de probleme, mai mult: datorită pluralității existente în materia izvoarelor dreptului, se poate vorbi chiar de o abundență potențial inhibitorie în raport cu decizia. Criticile metodologice vizează, prin urmare, nu atât existența în abstracto a unui asemenea temei, posibilitatea concretizării suficiente a acestuia în vederea luării unei decizii, precum și, în mod filosofic radical, posibilitatea formulării și respectării unor reguli în acest sens.

5.2.2. Critica tradițională a metodologiei juridice

5.2.2.1. „Judecătorul-rege” versus „mașina de silogisme”

Formulată deja pregnant prin atacul lui Rudolf von Ihering la adresa jurisprudenței conceptuale, caracterizată printr-un formalism logic străin de realitatea vieții sociale și de interesele concrete ocrotite sau promovate prin intermediul dreptului, critica metodologiei juridice este exprimată de Școala Dreptului Liber (Hermann Kantorowicz, Eugen Ehrlich) prin imaginea judecătorului văzut ca o mașină automată de subsumare a cazurilor concrete

unor norme abstracte prevăzute de lege, precizând astfel celebra imagine a lui Montesquieu despre judecător ca „gură prin care vorbește legea”. Acestui judecător, criticii mai sus menționați i-au opus la sfârșitul secolului al XIX-lea și începutul secolului XX imaginea unui „judecător-rege” eliberat de constrângerile impuse de lege și astfel în stare să promoveze prin creațiunea de drept schimbările sociale considerate necesare. Așa cum reproșurile lui Jhering la adresa jurisprudenței conceptuale s-au dovedit în cele din urmă în cea mai mare parte neîntemeiate, la fel și opoziția clamată de Școala Dreptului Liber păcătuiește prin exagerare, câtă vreme așa cum normele și conceptele juridice nu pot fi eliminate definitiv în favoarea unui recurs nemijlocit la interesele din realitatea socială, la fel nici imaginea judecătorului ca mașină automată de producție a subsumării faptelor la norme (așa-numitul silogism judiciar) nu era mai mult decât o caricatură.

5.2.2.2. Critica silogismului judiciar

Așa-numita dogmă a subsumării, potrivit căreia hotărârea judecătorească reprezintă *concluzia* unui silogism în care *premisă majoră* o constituie norma generală iar *premisă minoră* starea de fapt este până astăzi contestată cu putere de pe pozițiile retoricii analitice (Ottmar Ballweg) sau ale dialogicii jurisprudențiale (Rolf Gröschner). Această contestare pune în discuție însăși caracterul științific al gândirii juridice, pornind de la clasificarea aristotelică a formelor de cunoaștere: așa cum îi arată și vechiul său nume *iuris-prudentia*, gândirea juridică nu operează cu cunoștințe adevărate (precum știința), ci cu opinii mai mult sau mai puțin întemeiate; în mod corespunzător, judecata specifică dreptului presupune nu un silogism *apodictic* (rezervat de Aristotel raționamentelor care operează cu premise adevărate), ci un silogism *dialectic*.

5.2.2.3. Decizionismul

Potrivit lui Max Weber, numai judecățile adevărate, specifice cunoașterii științifice, pot fi considerate ca susceptibile de temeieri obiective, spre deosebire de judecățile de valoare, care trebuie considerate în ultimă instanță subiective, de unde rezultă că nici deciziile luate în materie juridică, a căror încărcătură axiologică nu poate fi contestată, nu sunt susceptibile de o întemeiere definitivă. Altfel decât Aristotel, pentru Weber consecința acestei stări de lucruri o constituie caracterul *arbitrar* al hotărârilor judecătorești, astfel fiind interpretată deseori și poziția lui Carl Schmitt exprimată într-o lucrare densă intitulată *Lege și judecată* publicată în 1916. Se poate considera însă că, la fel precum alți autori mai recentți, chiar și atunci când decizia este sustrasă domeniului judecăților susceptibile de a fi adevărate sau false, ea nu trebuie să fie neapărat considerată *arbitrară*, ci – pe baza regulilor propuse de teoriile argumentării – poate fi considerată totuși mai *convingătoare* și astfel susceptibilă de a fi pronunțată de orice alt

judecător aflat în aceeași situație.

5.2.2.4. Retorică versus hermeneutică

În contextul dezbatelor prilejuite de scurta renaștere a discuțiilor în jurul dreptului natural de după 1945, disputa privind metodologia juridică a fost reaprinsă în 1953 de Theodor Viehweg (1907-1988) cu o celebră lucrare intitulată *Topică și Jurisprudență* prin care a contestat în mod radical monopolul raționalității metodei logico-sistematice și a readus în atenție formele clasice de argumentare retorică bazate pe opiniile celor implicați concret în procesul de soluționare a unei probleme juridice și pe consensul acestora cu privire la caracterul rezonabil al motivelor plauzibile sau pe respingerea pozițiilor neconvingătoare. Respînse de marea majoritate a teoriei și metodologiei juridice, ideile lui Viehweg au fost dezvoltate de Ottmar Ballweg (1928-2019) ca retorică analitică, dobândind tot mai multă influență în zilele noastre.

Radical opusă curentelor retorice de inspirație aristotelică, hermeneutica a devenit din a doua jumătate a secolului XX grație lucrării lui Hans-Georg Gadamer despre *Adevăr și metodă* teoria universală a metodei juridice ca metodă de a desprinde sensul textelor, continuând astfel o tradiție comună a teologiei și științei juridice din prima jumătate a secolului al XIX-lea prin Friedrich Schleiermacher și Friedrich Carl von Savigny. Cu toate acestea, se poate susține că hermeneutica, înțeleasă ca teorie a interpretării textelor (juridice) rămâne inadecvată dacă își asumă autonomia textului și se consideră pe ea însăși ca o simplă teorie a înțelegerii, în contrast cu o teorie a comunicării, care nu ia un text ca pe un material fără istorie și fără context, ci mai degrabă consideră contextul de ansamblu în care a fost creat ca o condiție prealabilă a interpretării.



5.3. Bibliografie recomandată

- a. Paul Georgescu, Logica probelor și silogismul judiciar, București, 1942
- b. Ottmar Ballweg, Science, Prudence et Philosophie du Droit, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy, vol. 51 (1965), pp. 543-560

Unitatea de învățare 6

Metodologie juridică semantică și constructivistă



6. 1. Introducere

În cadrul acestei unități de învățare sunt prezentate direcțiile de gândire semantică și constructivistă din metodologia juridică configurate în ultima parte a secolului XX și continuate în secolul XXI.

Durata medie de parcurgere a acestui capitol este de aproximativ 2 ore.



6.2. Conținut

6.2.1. Caracterizare generală

La sfârșitul secolului al XX-lea metodologia juridică a rămas împărțită în două mari tabere mari. Prima dintre acestea, adesea denumită tradițională sau pozitivist, poate fi înțeleasă mai neutru despre **școala semantică** a metodologiei, pentru care textul legii reprezintă deopotrivă *punctul de plecare*, cât și *limita* interpretării. Această direcție este urmată atât de teoreticienii, cât și de practicienii dreptului, fiind bazat în primul rând pe hermeneutica clasică și acordând mai puțină atenție dezbaterilor epistemologice. A doua mare direcție, considerată mai avansată în raport cu concepțiile generale ale epocii, se înscrie în **paradigma constructivistă**, alimentată în bună măsură de teoriile juridice post-moderne, fiind caracterizată însă la rândul ei, întocmai precum acestea din urmă, de un înalt grad de eterogenitate, unii autori sprijinindu-se pe *filosofia limbajului*, în vreme ce alții preferă să se raporteze la *teorii ale sistemelor*. Contrastul dintre cele două tabere se manifestă în faptul că școala semantică consideră, pe linie tradițional-pozitivistă, rezolvarea problemelor de drept în cazuri concrete ca **aplicare a dreptului**, în timp ce constructiviștii consideră în mod principal această rezolvare – printr-o hotărâre a judecătorului decizii – ca fiind de fiecare dată un act de **creare a dreptului**.

6.2.2. Concretizarea normei: intermediar între aplicare și construcție

Într-o primă etapă, reprezentarea hotărârii judecătorești ca simplă aplicare a normelor juridice a fost înlocuită prin aceea a concretizării acestora, ele fiind în stadiul inițial prea generale pentru a fi susceptibile de o aplicare imediată. Rezultatul concretizării nu este altul decât o altă normă, specifică speței concrete și astfel susceptibilă de a fi aplicată în rezolvarea acesteia din urmă. Dacă în acest stadiu, concretizarea normei generale într-o normă specifică rămâne încă o aplicare

a legii, constructiviștii postmoderni sunt cei care – pe urmele teoreticienilor literari care proclamă „moartea autorului” în literatură – proclamă *moartea legiuitorului*, negând textelor legale orice conținut semantic de sine stătător și transformând astfel *legea* într-o *ficțiune*.

Reprezentarea care susține această concepție pleacă de la premisa că norma generală suferă la rândul ei efecte pe măsură ce este aplicată în cazurile concrete, însă aceste efecte nu constau într-o consolidare a conținutului ei (cu atât mai mult atunci când cazurile nu ridică dificultăți), ci într-o schimbare a acestuia, astfel încât noțiunea de aplicare însăși a normei este depășită. În realitate însă, se poate considera la fel de întemeiat că aplicarea unei norme, mai ales atunci când nu ridică probleme deosebite, tinde să conducă la o consolidare a ei, altfel spus: fiecare concretizare a normei consolidează și caracterul general al acesteia.

6.2.3. Consecințe principale ale radicalizării constructiviste

Renunțarea la reprezentarea potrivit căreia rezolvarea unei spețe constă în aplicarea unei norme (prin concretizarea acesteia) conferă titularului deciziei (în speță: judecătorului) o libertate remarcabilă în raport cu titularul prerogativei de creare a dreptului prin legiferare în mod necesar generală, altfel spus: judecătorul nu mai poate fi considerat ca ocupând o poziție ierarhic inferioară în raport cu legiuitorul. În practică, această concepție are ca rezultat o mai mare apropiere de așa-numita teorie obiectivă a interpretării, cu consecința că „formarea normei” sau „dezvoltarea juridică” sunt ridicate la scopul procesului. Școala semantică, pe de altă parte, înclină la rândul ei spre teoria subiectivă a interpretării, înțelegând prin aplicarea legii nu doar aplicarea regulilor existente, ci și a principiilor și valorilor reflectate de acestea. În cele din urmă, accentuarea necesității de a lua în considerare specificul cazurilor particulare, specifică mai ales constructiviștilor, constituie totuși un element comun pentru ambele tabere.

Unitatea de învățare 7

Metodologia și teoria juridică postmodernă



7. 1. Introducere

În cadrul acestei unități de învățare sunt prezentate.....

Durata medie de parcurgere a acestui capitol este de aproximativ 2 ore.



7.2. Conținut

7.2.1. Inexistența ordinii

Teoria juridică postmodernă se caracterizează prin despărțirea de filosofia carteziană a conștiinței și odată cu ea de teoriile clasice ale adevărului, de separarea dintre subiectul și obiectul cunoașterii, precum și de separația dintre normativitate și facticitate. Altfel însă decât teoria clasică pre-modernă, ea nu mai este încadrată într-o ordine (teleologică) a lumii al cărei garant este Providența divină. Din acest motiv, lumea însăși se transformă dintr-un *cosmos* bine ordonat într-un haos caracterizat de pierderea oricărei unități și de coexistența unor segmente normative prin excelență fragmentare, fiecare având propria sa logică internă.

7.2.2. Paradoxul deciziei

Pentru metodologia juridică, o asemenea realitate presupune confruntarea cu așa-numitul paradox al (imposibilității) unei decizii, așa cum a fost acesta formulat în teoria sistemelor de către Niklas Luhmann: „Decizia trebuie să informeze despre ea însăși, dar apoi și despre alternativa ei, așadar despre paradoxul constând în aceea că alternativa există (altfel decizia nu ar fi o decizie) și în același timp nu există (altfel decizia nu ar fi o decizie)”. Altfel spus, dacă soluția unei probleme de drept este deja predeterminată și trebuie doar recunoscută, nu există nimic de decis, iar dacă aceeași soluție nu poate fi derivată din reguli, decizia este imposibilă.

În realitate, chiar dacă deciziile juridice sunt încă adesea prezentate ca cunoștințe juridice în metodologie, jurisprudența a abandonat de mult ideea că judecățile sale sunt de natură cognitivă. Datorită faptului că teoria juridică fondată pe teoria sistemelor se înțelege pe sine ca *observator extern* al practicii juridice, contribuția ei metodologică în această materie este fundamental inadecvată, câtă vreme sarcina metodologiei juridice constă tocmai în fundamentarea rațională a deciziilor luate de către judecător ca *participant în interiorul dreptului* ca subsistem social.

Chiar dacă soluția postmodernă propusă de teoria sistemelor ratează însăși problema centrală a rațiunii unei metodologii juridice, nu mai puțin este evident faptul că evoluția tehnologică și avansul globalizării accelerează constant transformarea societății în sensul creșterii complexității sale, pe de o parte prin intensificarea fragmentării conducând la coliziuni între diferitele sisteme, iar pe de altă parte prin dezintegrarea ierarhiilor dintre aceste sisteme care susțineau într-o anumită măsură unitatea socială. La o privire mai atentă însă, această situație nu este cu desăvârșire nouă, câtă vreme și în „Bucovina globală” – scrie Günther Teubner cu trimitere la concepția lui Eugen Ehrlich despre „dreptul viu” – din diferite puncte de plecare s-au dezvoltat diverse regimuri juridice care coexistau și la începutul secolului XX în absența unei coordonări ierarhice. Cu toate acestea, sugestia potrivit căreia metodologia juridică ar trebui să accepte realitatea pluralismului juridic și să procedeze în consecință după modelul regulilor din dreptul internațional privat referitoare la conflictul ordinilor de drept, ar priva-o pe aceasta din urmă de cel mai important instrument de soluționare a conflictelor de norme constând în ierarhia izvoarelor dreptului.

7.2.3. Rețea (network) versus ierarhie?

Altfel decât în matematică și sociologie, în drept nu se operează cu un concept specific al rețelei, astfel că atunci când este folosit aici, termenul „rețea” rămâne ambiguu, descriind atât fenomene reale (crearea de rețele de actori politici sau autorități administrative, de actori economici sau de oameni de știință), cât și convergența informațiilor și argumentelor. Astfel stând lucrurile, rolul reprezentării rețelei în drept servește în principal deconstruirii definitive a ordinii ierarhice tradiționale dintr-o societate prin evidențierea conflictelor existente între diferitele subsisteme sociale. Pe de altă parte însă, ca fenomen social real, *networking*-ul este interesant din punct de vedere sociologic pentru că dincolo de o anumită densitate, rețeaua însăși devine subiect, iar dacă așa stau lucrurile, atunci subiectivitatea juridică însăși trebuie reconsiderată, deși nu neapărat și redefinită în sensul substituirii subiectului responsabil pentru decizia juridică (judecătorul) cu o rețea, oricât de importantă s-ar dovedi în fapt apartenența acestui subiect la una sau mai multe rețele.



7.3. Bibliografie recomandată

- a. Eugen Ehrlich, Despre dreptul viu, „Revista Română de Sociologie” nr. 5-6 (1997), p. 599–607.
- b. Günther Teubner, *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society*, în G. Teubner (ed.), „Global Law Without a State”, Brookfield, Dartmouth, 1997, pp. 3-28.

Unitatea de învățare 8

Scepticismul metodologic (I)



8.1. Introducere

În cadrul acestei unități de învățare sunt prezentate pozițiile sceptice în raport cu metodologia juridică de pe pozițiile filosofiei limbajului și ale pragmatismului filosofic.

Durata medie de parcurgere a acestui capitol este de aproximativ 2 ore.



8.2. Conținut

8.2.1. Scepticismul lingvistico-filosofic

La fel de celebru precum „paradoxul deciziei” formulat de Niklas Luhmann în teoria sistemelor, „paradoxul expresiei” formulat de Ludwig Wittgenstein în filosofia limbajului a fost și el importat în dezbaterile referitoare la metodologia juridică, dezvoltând aceeași atitudine sceptică față de cadrul tradițional al acestei discipline. Paradoxul însuși constă în aceea că deși nu există nicio corespondență fixă între o expresie lingvistică („câine”) și obiectul (animalul real) desemnat de aceasta, comunicarea funcționează totuși între oameni atunci când aceștia folosesc limbajul normal.

Expresiile lingvistice sunt învățate de oameni doar prin referirea la un număr finit de exemple, fiind însă aplicate la nenumărate obiecte identice sau similare. Când cineva folosește un termen pe care l-a învățat, s-ar părea că el urmează o *regulă* care spune că termenul se potrivește în cazul specific și, prin urmare, utilizarea este corectă. Dar faptul de a folosi un cuvânt nu spune în sine nimic despre o realitate exterioară și, prin urmare, nu poate funcționa ca o normă pentru o utilizare viitoare. Fiecare utilizare nouă necesită, prin urmare, o *decizie* care nu rezultă neapărat din utilizarea anterioară a limbii. Prin urmare, utilizarea actuală unui termen nu este determinată de utilizarea anterioară, astfel încât numai dacă regula este înțeleasă ca normă imperativă se poate judeca dacă folosirea cuvântului este sau nu corectă. La rândul ei, această condiție prealabilă a normativității eșuează din cauza problemei regresului, deoarece nicio regulă nu își poate reglementa propria aplicare; norma ar fi la rândul ei o regulă care ar trebui interpretată ca normă.

Cu toate acestea, aporia evidentă dacă ar fi vorba despre *limbajul privat* al unui individ izolat, dispare dacă admitem că utilizarea limbajului este o *practică socială*. În sine, limbajul nu respectă nicio normă, ceea ce trebuie înțeles în sensul că el se schimbă constant și imprevizibil. Orice vorbitor este liber să inventeze cuvinte noi sau să le folosească pe cele vechi altfel decât

înainte, așa cum înainte de a lua o decizie, orice decident consideră că ar putea decide și în sens contrar, dacă ar voi acest lucru. Ceea ce este însă valabil numai pentru *viitor*, nu arată la fel și în condițiile unei analize retrospective: în *trecut*, pentru a fi putut asigura o comunicare eficientă, limbajul nu putea fi decât obișnuit (ca practică socială comună), sau neînțeles (ca afacere exclusiv privată a unui vorbitor individual).

În mod similar, problema a fost ridicată în mod analog și în raport cu normele juridice: la fel ca un cuvânt, și norma ar trebui aplicată unui număr nedefinit de cazuri, or, atunci când este vorba despre aplicarea unei reguli într-un caz nou, atunci, strict vorbind, nu este vorba niciodată de simpla aplicare a regulii, ci mai degrabă de modificarea acesteia. Receptarea lui Wittgenstein de către unii teoreticieni ai dreptului i-a determinat pe aceștia să abandoneze orice interpretare a cuvintelor care era menită să determine un sens dat al textului ca atare.

În practică, multe reguli sunt atât de bine stabilite prin așteptări consistente cu privire la aplicabilitatea lor, atât în cazuri fictive, cât și cu referire la aplicarea în cazuri precedente, încât au sens în ciuda tuturor justificărilor teoretice ale scepticismului: Chiar înainte de a fi aplicate în cazul unei dispute, normele sunt percepute ca fiind reale, guvernând comportamentul oamenilor în societate chiar în lipsa unei comunicări ori decizii prealabile, și la fel: chiar dacă cuvintele și propozițiile textelor juridice, ca simple semne, nu au nicio semnificație obiectivă în sine, există totuși o practică socială generală care exclude arbitrariul, așa cum practica socială a interpretării se realizează nu în mod izolat, ci în cadrul unei comunități a juriștilor .

8.2.2. Scepticismul realist-pragmatic

Potrivit sensului inițial al „pragmatismului”, există o legătură inseparabilă între cunoașterea științifică și scopul acesteia, astfel încât ceea ce este important nu este o derivare corectă din fundamente sigure, ci mai degrabă dovada practică. În filosofia limbajului, „pragmatismul” a devenit oarecum sinonim pentru un constructivism radical, anume pentru concepția că realitatea nu este ceva dat, ci mai degrabă ceva constant (re-)creat prin practica comunicativă. Ca și în cazul scepticismului lingvistic, nici această abordare nu ține seama de faptul că tocmai în cadrul acestei practici ceea ce se comunică în mod real reprezintă de cele mai multe ori elemente vechi (inclusiv texte de lege) și în mult mai puține cazuri elemente (sensuri) cu adevărat noi. Faptul că filosofia științei a renunțat la ideea potrivit căreia s-ar putea ajunge în mod definitiv la o cunoaștere sigură poate constitui un argument eficient împotriva pretenției cuiva de a deține un adevăr definitiv, însă practica cunoașterii științifice a fost tot atât de puțin afectată ca și presuposiția juriștilor că textele de lege cu care lucrează au sens, așa cum în marea majoritate a proceselor, aplicarea legii este neproblematică. Din acest motiv, domenii extinse ale aplicării dreptului pot fi chiar automatizate, de la procesul de solicitare a

înscrierii unui teren în cartea funciară și declarațiile fiscale până la procesarea electronică a multor proceduri administrative în cadrul a ceea ce se numește e-guvernare.

Unitatea de învățare 9

Scepticismul metodologic (II)



9.1. Introducere

În cadrul acestei unități de învățare sunt prezentate pozițiile sceptice la adresa posibilității unei metodologii juridice de pe poziții sociologice și ideologice aparent diametral-opuse, însă cu efecte distructive similare.

Durata medie de parcurgere a acestui capitol este de aproximativ 2 ore.



9.2. Conținut

9.2.1. Scepticismul sociologic post-modern

Deja la sfârșitul secolului al XIX-lea și începutul secolului XX, Școala Dreptului Liber (ea însăși radicalizarea aspectului romantic-social al Școlii Istorice a Dreptului) a susținut cu putere faptul că știința dreptului (etichetată drept „jurisprudență a conceptelor”) s-a înstrăinat de realitatea socială, politică și morală a dreptului. O versiune modernă a acestei jurisprudențe critic-sociologice apărută în SUA a fost celebra *Critical Legal Studies Movement* (CLS), remarcabilă pentru radicalismul grație căruia a formulat teza nedeterminării dreptului prin textele de lege, negând astfel posibilitatea unui pozitivism juridic legitimat democratic: lipsit de sens obiectiv, dreptul dobândește conținut normativ numai grație pre-judecăților politice a celor care îl aplică. Această mișcare a vrut să înțeleagă dreptul dintr-o abordare social-teoretică, dar s-a epuizat în critica dreptului pe bazele filosofiei sociale, mai ales într-o critică a liberalismului juridic și a instituțiilor favorizate de această abordare. CLS a devenit astfel un receptacol pentru teoria juridică critică și diferitele sale aplicații mai recente, precum teoria juridică feministă, teoria critică a rasei ori studiile juridice post-coloniale.

Pentru sociologie și în special pentru sociologia juridică, normele juridice nu mai sunt un dat, ci o problemă studiată deopotrivă cu metode cantitative și cu o intenție critică. În urma acestei critici, normele și-au pierdut o parte din eficacitate, participanții la viața internă asubsistemului juridic asumându-și totodată și rolul de observatori (externi), de unde și scăderea încrederii în predictibilitatea și obiectivitatea dreptului, a jurisprudenței și a profesiilor juridice. Prea puțin susținută prin studii empirice și insensibilă la dogmatica juridică, critica sociologică pare preocupată mai ales de critica dreptului de pe pozițiile unei ideologii social-politice.

9.2.2. „Interpretarea nelimitată” și „legalitatea socialistă”

În societățile supuse unor regimuri politice totalitare, critica sociologică a înstrăinării dreptului de viața reală (în sine justificată, cu condiția de a nu se ajunge la negarea totală a raționalității juridice), a fost radicalizată în forma unei critici realizate de pe poziții explicit ideologice și efective prin implicarea însăși a profesiiilor juridice în instrumentalizarea dreptului spre a servi unor scopuri politice inumane. Astfel, regimul național-socialist din Germania a promovat între 1933 și 1945 în mod explicit o interpretare a dreptului pozitiv subordonată integral postulatelor rasiale ale ideologiei naziste a căror eficiență nu trebuia limitată de nici o formulare existentă în textele de lege aflate (încă) în vigoare; aceeași situație poate fi întâlnită în toate societățile intrate sub dominația regimurilor așa-zis democratic-populare de tip sovietic (1917-1989), în care distincția fundamentală dintre legalitatea așa-zis burgheză și legalitatea socialistă era menită să subordoneze interpretarea normelor juridice în raport cu postulatele ideologice, și aici în special cu linia politică urmată în mod oficial de către partidele comuniste. Se poate astfel considera că în condițiile unor asemenea regimuri, aplicarea metodelor juridice obișnuite, prin care s-ar fi putut evita multe decizii nedrepte, nu mai beneficiază de nici o garanție; pe de altă parte însă, așa cum a fost cazul cu doctrine precum așa-numita doctrină subiectivă în materia participației (respinsă astăzi aproape unanim de către penaliști), inventivitatea doctrinară să poată conduce la evitarea unor decizii nedrepte la care s-ar fi ajuns prin interpretarea unei legi penale excesive prin metodele standard într-un stat de drept.



n.5. Bibliografie recomandată

- a. Bernd Rüthers, Dreptul degenerat, Iași, 2000.
- b. Harold J. Berman, Justice in the USSR, Cambridge/Mass., 1950

Unitatea de învățare 10

Metodologia juridică și practica dreptului



10.1. Introducere

În cadrul acestei unități de învățare sunt prezentate.....

Durata medie de parcurgere a acestui capitol este de aproximativ 2 ore.



10.2. Conținut

10.2.1. Teza sciziunii dintre teorie și practică

În lumea juriștilor se obișnuiește curent să se acuze existența unei sciziuni între regulile prescrise de metodologia juridică și cele urmate în practica judiciară. Din perspectiva teoreticienilor, această acuzație are a fi înțeleasă în sensul nesocotirii de către practicieni a soluțiilor indicate de teorie, nu doar în materie metodologică, ci și în materie doctrinară, așa cum din partea practicienilor este acuzată, uneori în ton cu critica de factură sociologică, lipsa de aderență a teoreticienilor și a doctrinarilor față de exigențele concrete ale practicii. Un indiciu al irelevanței metodologiei pentru practică îl poate constitui și faptul că hotărârile judecătorești rareori se referă în mod explicit la standardele metodologiei, mulțumindu-se de obicei cu citarea comentariilor și a jurisprudenței instanțelor supreme.

Așteptarea ca practica juridică să aplice în mod constant metodologia juridică este nerealistă, și aceasta nu numai din motivul principal sugerat de coexistența în cadrul dreptului a ceea ce se consideră în mod majoritar încă a constitui „știința” cu ceea ce a fost și a rămas dintotdeauna „arta”, dincolo de argumentele doctrinare (ele însele adesea controversate) într-o materie sau alta. Dincolo de aspectele strict intelectuale, luarea deciziilor judiciare este influențată pe cât de inevitabil, pe atât de considerabil de condițiile concrete ale practicii înseși – volumul de muncă, posibilitățile de informare, tipul de procedură judiciară etc., – având ca rezultat în mod necesar o distanță, însă nu o veritabilă sciziune între teorie și practică, cu atât mai mult cu cât aceasta din urmă nu trebuie înțeleasă ca agregare a unor decizii individuale, ci ca un ansamblu instituțional coerent. „Cum gândesc instituțiile” se poate descrie, însă nu poate deveni și un standard normativ, chiar dacă o serie de studii empirice asupra practicii instanțelor supreme de a revizui hotărârile judecătorești ale instanțelor inferioare arată că în mod constant precedentele sunt cel mai important element de justificare în hotărârile instanțelor superioare.

10.2.2. Constituirea „cauzei” în drept

Metodologia juridică este criticată ca fiind departe de practică și deoarece nu acordă un loc adecvat „cazului” concret, neglijând astfel raportul dintre lumea vieții și construcțiile juridice. Practica se preocupă în primul rând de determinarea stării de fapt din speța supusă judecății, iar acest domeniu este aproape complet neglijat de metodologia juridică, ceea ce însă nu poate constitui un argument împotriva acesteia din urmă, câtă vreme stabilirea corectă a stării de fapt necesită metode complet diferite față de cele presupuse de formularea și rezolvarea problemei de drept. Altfel decât în studiile doctrinare, în practică ne aflăm deseori în situația în care problema de drept care urmează a fi soluționată se conturează pornind de la norma care urmează să fie aplicată, și, în același timp, norma juridică este luată în considerare pentru a corespunde unei stări de fapt specifice (manifestarea specific juridică a cercului hermeneutic în care „privirea (judecătorului) se plimbă înainte și înapoi între premisa majoră (a silogismului judiciar: norma de drept) și faptul de viață” (Karl Engisch).

10.2.3. Producerea și prezentarea hotărârilor judecătorești

Potrivit unei teze larg răspândite, susținute de către Hermann Isay, adepții Școlii Dreptului Liber hotărârile judecătorești se datorează într-un prim moment intuiției și judecăților de valoare, fiind verificate abia ulterior prin confruntare cu o normă juridică și astfel raționalizate. Mai aproape de noi, această teză a fost formulată cu mare efect de Niklas Luhmann, căruia i se datorează și distincția între producerea și prezentarea unei decizii, fiind citată deseori ca argument pentru lipsa de eficacitate a metodologiei juridice: argumentele cu care este fundamentată o decizie nu sunt, de regulă, adevăratele motive care au stat la baza luării acelei decizii, ci mai degrabă justificarea ei ulterioară sau, mai rău, ascunderea adevăratelor motivelor. Cu toate acestea, Isay descriese procesul de luare a deciziilor ca fiind irațional, dar în niciun caz nu dorea să-l explice psihologic și cu siguranță să nu-l împingă pe tărâmul arbitrarului sau al necinstei. În ceea ce-l privește pe Luhmann, acesta subliniază încă de la început că nu există nicio cerință ca procesele psihologice reale să urmeze regulile metodologico-juridice, chiar dacă exigențele formale prescrise de metoda prezentării hotărârii sunt întotdeauna prezente din punct de vedere psihologic și în timpul producției mentale a acesteia.

Unitatea de învățare 11

Interpretarea semantică



11.1. Introducere

În cadrul acestei unități de învățare sunt prezentate succint dinamica înregistrată în tabloul metodelor clasice ale interpretării legilor și legătura dintre metodele interpretării și teoriile despre interpretare, precum și problema alegerii ca predominantă a uneia dintre aceste metode

Durata medie de parcurgere a acestui capitol este de aproximativ 2 ore.



11.2 Conținut

11.2.1. Metodele standard ale interpretării

În mod tradițional, în lucrările de teorie generală a dreptului și de metodologie juridică se face o distincție între patru metode standard care formează canonul metodelor: interpretarea gramaticală (lexicală), interpretarea istorică, sistematică și teleologică. În ultimele decenii acest canon a crescut, adăugându-se interpretarea conformă dreptului internațional, cea conformă dreptului european și cea conformă constituției, care au câștigat considerabil în importanță, dar în cea mai mare parte sunt încă tratate ca un subset al interpretării sistematice, deși aceste trei puncte de vedere sunt socotite ca prevalând asupra altora. Dreptul comparat, pe de altă parte, care anterior avea doar o importanță marginală în interpretarea legilor și era, de asemenea, atribuit interpretării sistematice, a devenit atât de important în cursul europenizării și globalizării încât este considerat acum a cincea metodă de interpretare. Luarea în considerare a consecințelor, care până atunci a jucat un rol discret în interpretarea teleologică, ar putea lua viață proprie ca a șasea metodă de interpretare sub influența analizei economice a dreptului în special.

Pe lângă cele menționate, interpretarea obiectivă și cea subiectivă nu sunt metode de interpretare separate, ci mai degrabă teorii despre relevanța metodelor standard. Ele nu servesc ca mijloace de interpretare, ci mai degrabă pentru a determina scopul interpretării, prin urmare, ar putea fi potrivit să vorbim despre o teorie subiectivă și o teorie obiectivă a interpretării, cu atât mai mult cu cât aceste teorii au impact asupra metodelor standard. Teoria obiectivă nu numai că folosește

interpretarea teleologică având în vedere un scop normativ predeterminat de sistemul politic sau un scop general agreat, dar, dacă este necesar, își derivă propriile scopuri din principii și valori. În mod similar, ea folosește și interpretarea sistematică pentru a deveni creativă, dincolo de simpla adaptare a unei soluții în cadrul sistemului de drept.

11.2.2. Problema alegerii metodei

Așa cum afirmase deja Fricrich Carl von Savigny, metodele standard ale interpretării nu concurează una cu cealaltă pentru exclusivitatea folosirii lor în cadrul rezolvării unei probleme, dar pot și trebuie să fie toate utilizate una lângă alta. Diferitele metode nu aduc încă o decizie, ci oferă doar argumente care îndreaptă în aceeași direcție sau opusă. Adesea ele converg atât de mult încât duc direct la o decizie. Atunci interpretarea semantică are succes. Dacă nu este cazul, are prioritate interpretarea conformă dreptului internațional, dreptului european sau constituției. Dacă rezultatul rămâne deschis, trebuie decis într-o a doua etapă de interpretare care aspect ar trebui să aibă o pondere mai mare. Aici teoriile subiective și obiective au focusuri diferite.

Urmărind clarificarea „voinței legiuitorului”, *teoria subiectivă* pune accentul pe formularea și istoria normei. Deși nu se limitează la interpretarea istorică, urmărind reconstruirea voinței legiuitorului istoric, ea consideră totuși și această voință ca fiind obligatorie, judecătorul fiind înțeles ca „servitor intelectual” al legiuitorului (Philipp Heck). Din perspectiva criticilor săi, teoria subiectivă a interpretării ignoră dinamica societății și ocultează contribuția creativă a jurisprudenței la evoluția dreptului, putând ajunge la rezultate care nu pot fi acceptate atunci când împrejurările inițiale s-au schimbat, iar inacțiunea legiuitorului nu permite concluzia inversă că nu dorește nicio schimbare. Invers, potrivit *teoriei obiective*, rezultatul la care ar conduce o interpretare istorico-critică poate fi evitat printr-o abordare diferită a interpretării teleologice, sensul și funcția „rațională” actuală care poate fi atribuită normei fiind decisive. Altfel spus, ceea ce contează nu mai este „voința legiuitorului”, ci „voința legii”, iar legea – potrivit unei maxime tradiționale – este mai inteligentă decât legiuitorul. Din perspectiva criticilor, judecătorul se transformă din servitor al legiuitorului în stăpân al legii.

Distincția dintre *metodele de interpretare* și *teoriile interpretării* permite evidențierea structurării pe două niveluri a interpretării legii, structură care altfel este ocultată, mai ales dacă teoria subiectivă este confundată cu interpretarea subiectivă (=istorico-critică) și teoria obiectivă cu interpretarea teleologică. La primul nivel, metodele standard produc în principiu rezultate verificabile și deci obiective, rezultate care nu se pot contrazice reciproc. Abia pe a doilea nivel al interpretării, rezultatele obținute folosind metodele standard sunt cumpănite unele față de altele în conformitate cu teoriile interpretării, putând fi aduse și alte

argumente, în special de natură politică juridică, pot fi apoi încorporate. Acest al doilea nivel este și locul unde își are locul procesarea *retorică* a argumentelor.

Teoria obiectivă a interpretării nu neagă postulatul dreptului obligatoriu, ci doar îl interpretează diferit, iar problema distincției dintre această teorie și teoria subiectivă poate fi văzută și ca problemă a graniței dintre *interpretarea* și *dezvoltarea* dreptului. În acest caz, teoria obiectivă nu ar mai fi o teorie a interpretării, ci o teorie a dobândirii dreptății după eșecul interpretării printr-o creațiune de drept. Astfel privite lucrurile, eroarea fundamentală a teoriei obiective ar consta în faptul că ea urmărește să mențină *aparența* de simplă interpretare acolo unde nu mai rămâne nimic de interpretat, în locul asumării deschise a dezvoltării creative a dreptului. Pe de altă parte, condiția prealabilă de admisibilitate a unei asemenea dezvoltări înțeleasă în sensul cel mai larg - este o lacună a reglementării, iar o existența acestei lacune trebuie investigată pe baza interpretării subiective.

Unitatea de învățare 12

Metode de concretizare a normelor juridice „soft” (I)



12.1. Introducere

În cadrul acestei unități de învățare este prezentată diferența dintre normele juridice așa-zis tari și cele așa-zis maleabile, precum și metoda de interpretare a acestora din urmă constând în „cumpănirea” (Abwägung, balancing) mai multor variante interpretative posibile

Durata medie de parcurgere a acestui capitol este de aproximativ 2 ore.



12.2. Conținut

12.2.1. Norme juridice „hard” și norme juridice „soft”

Înainte de a trece mai departe în critica metodelor, este util să facem distincția între normele definite și cele nedeterminate. Un exemplu tipic de normă determinată este cel al normei care leagă capacitatea de exercițiu în materie civilă de momentul împlinirii unei anumite vârste (18 ani), în vreme ce în cazul normelor nedeterminate (precum cele referitoare la buna-credință în materie civilă cf. art. 14 NCC sau cea privind calificarea omorului săvârșit „prin cruzimi” în materie penală, art. 189 alin. 1 lit. h NCP). Pentru a ilustra mai bine particularitățile interpretării este de preferat recursul la o altă denominare care reia oarecum această distincție, având însă avantajul de a permite clasificări subsecvente care pot aduce un plus de claritate în materie. Astfel, numim norme „hard” acele norme care pot fi concretizate prin interpretare semantică, în vreme ce normele „soft” sunt acelea care lasă interpretului o libertate mai mare.

La rândul lor, normele „soft” pot fi împărțite în mai multe grupe. În primul rând, sunt menționate așa-numitele **clauze generale**, adică formule cu o anumită tradiție și proeminență, cum ar fi buna-credință, bunele moravuri, justa cauză și siguranța și ordinea publică. Tot „soft” sunt și normele care prescriu interpretului **cumpănirea** lucrurilor sau să ia o decizie discreționară, ori normele care trimit la standarde informale precum cel al diligenței manifestate de un *comerciant prudent*, de un *concurrent loial* ori de *bun profesionist* într-un anumit domeniu, chiar în afacerile de familie (bonus pater familias). În prezența unei asemenea norme, interpretul este dirijat spre un standard real, existent empiric. Invers, în prezența unor trimiteri la termeni juridici nedeterminați care impun *judecăți de constatare empirică* („zgomot inutil”), ori *judecăți de valoare morală* („motive josnice”, art. 77 NCP) sau *materială* („urmări vădit mai grave”, art. 26 NCP), interpretabile numai prin **concretizare**.

12.2.2. Concretizarea prin cumpănire

12.2.2.1. Cumpănirea ca metodă subsidiară

Exemplul tipic pentru această metodă poate fi întâlnit în cazul normei privind cauza justificativă a stării de necesitate prevăzută de art. 20 alin. 2 NCP: „Este în stare de necesitate persoana care săvârșește fapta pentru a salva de la un pericol **imediat** și care **nu putea fi înlăturat altfel** viața, integritatea corporală sau sănătatea sa ori a altei persoane sau un bun **important** al său ori al altei persoane sau un interes general, dacă urmările faptei nu sunt **vădit mai grave** decât cele care s-ar fi putut produce în cazul în care pericolul nu era înlăturat”. În această prevedere pot fi observate majoritatea situațiilor avute în vedere de normele soft, cu deosebire importantă fiind obligația interpretului de a pune în cumpănă interesele făptuitorului și cele ale persoanei vătămate pentru a concretiza ierarhia obiectivă, de asemenea statuată, a intereselor. Același text face de asemenea evidentă distincția între **cântărirea propriu-zisă**, care presupune compararea unor *variabile cuantificabile*, pe de o parte, și **comparația** care trebuie realizată între *variabile calitativ diferite*.

12.2.2.2. Cumpănirea în cazuri particulare

Aplicată cazurilor individuale, cumpănirea este problematică deoarece pare să să înlătore aplicarea principiului referitor la aplicarea egală a legii, punând sub semnul întrebării și principiul universalizării deciziei. Cu toate acestea, punerea în cumpănă a consecințelor individuale ale unei norme generale constituie metoda decisivă în cazurile legte de aprecierea constituționalității normelor prin care este restrâng exercițiul drepturilor fundamentale, ori când trebuie luată o decizie de preferință în cazul conflictului dintre drepturi fundamentale concurente.

Unitatea de învățare 13

Metode de concretizare a normelor juridice „soft” (II)



13.1. Introducere

În cadrul acestei unități de învățare, în continuarea celei precedente, vor fi abordate diferența dintre regulile de decizie și cele de relevanță în materia concretizării normelor soft, precum și concretizarea aceluiași tip de norme prin reguli de echilibrare.

Durata medie de parcurgere a acestui capitol este de aproximativ 2 ore.



13.2. Conținut

13.2.1. Reguli privind decizia și reguli privind relevanța

Metodologia juridică pornește de la principiul potrivit căruia orice decizie juridică concretă, fie ea hotărâre judecătorească sau act administrativ, trebuie prezentată ca avându-și temeiul într-o normă. Pentru actele administrative există totuși în mod excepțional posibilitatea ca folosirea unor termeni juridici nedeterminați să ofere organului administrativ o marjă mai mult sau mai puțin largă de apreciere; în situații foarte complexe pot exista atât de multe circumstanțe relevante, încât nu mai este posibilă precizarea unei reguli de decizie. Sensul termenilor juridici nedeterminați poate fi, s-a admis într-o hotărâre a Tribunalului Constituțional Federal din Germania, „atât de vag datorită complexității mari sau dinamicii particulare a materiei reglementate și concretizarea lor în punerea în aplicare a hotărârii administrative poate fi atât de dificilă încât controlul judiciar ajunge la limitele funcționale ale jurisprudenței. În astfel de cazuri, autorității care aplică legea i se poate acorda libertatea de a lua decizii fără a încălca principiile statului de drept.” (BVerfGE 84, 34 cf K. F. Röhl).

Întrucât pentru recunoașterea acestor cazuri lipsesc standardele clare, acoperirea metodologică a situației presupune echilibrarea disproporției dintre marja discreționară a organului administrativ și interesele potențial încălcate se poate realiza prin înlocuirea regulilor privind decizia propriu-zisă cu *reguli relevante* pentru modul în care această decizie este pregătită. Acestui scop servesc diferitele *proceduri* frecvente mai ales în dreptul urbanismului, al căror scop este implicarea de facto cât mai larg posibilă a tuturor celor potențial afectați de decizie în procesul decizional însuși. Prin aceasta, decizia finală poate fi îmbunătățită prin proceduri și motivare, acestea servind nu în ultimul rând la precizarea responsabilităților

concrete.

12.2.3. Metoda tipologică