

CZU 340.12

STATUL DE DREPT: ÎNTRE LEGISPRUDENȚĂ ȘI JURISPRUDENȚĂ



Elena ARAMĂ,
doctor habilitat în drept, profesor universitar (USM)
Ira SÎLI,
doctorand (USM)

The term „legisprudenţă” came recently in legal vocabulary, and refers to the legislative work. Social reality is pressuring the legislature to arrive at appropriate ways of regulating social relations. Jurisprudence its results contribute to the formation and consolidation of a legal system that meet society's expectations and participate in training, a state of law. To that end between the compilers and applying the right must be a permanent connection (directly and/or through science), which in this article is illustrated by the examples of constitutional and european jurisprudence.

Legisprudenta is rational theory of legislation, which is to develop the idea of freedom as a principle. giving the legislator the possibility to exceed the jurisprudence, to create something new. However, a rule is coming as an innovation, but this is not always properly understood and applied, leaving room for interpretation, which complicates the legal qualification. Thus, the outcome of the application and its legal qualification. preceded by actions of the interprets the rule, and the assessment capacity and anticipate of the possible evolutions of social relations as reflected in normative-legal text, approved by the legislature.

Keywords: legisprudenta; legal norm; jurisprudence; legitimacy; legal qualification; freedom; democracy; law.

Termenul „jurisprudență” este demult și pe larg folosit în doctrina juridică, pe când cel de „legisprudență” este de dată relativ recentă [1]. Elaborarea sau crearea dreptului este o activitate de mare rezonanță în orice societate contemporană, ea urmărind funcționarea în bune condiții a mecanismului social, derularea raporturilor membrilor societății într-o atmosferă de calm, colaborare și, nu în ultimul rând – de recunoaștere și respectare a drepturilor altor persoane și promovarea drepturilor proprii. Această activitate în statele democratice revine în temei organului legislativ. Dar organul legislativ poate avea (în special, în statele în tranziție spre democrație, dar nu numai [2]) mania grandorii, să nu fie însuflețit de idealuri nobile, pot exista și alte pricini, astfel încât să ia decizii sub presiunea unor promisiuni populiste electorale, a unor interese de grup, de partid etc. De aceea în statul de drept se pune problema unor limite pentru legislator, astfel încât raporturile persoanelor între ele și raporturile persoanelor cu autoritățile statului să se poată realiza civilizat cu ajutorul justiției, în general, dar în particular și în mod expres, prin intermediul justiției constituționale.

Prof. belgian Luc J.Wintgens a remarcat într-un studiu [3] faptul că problema elaborării dreptului nu este suficient cercetată la nivelul teoriei generale a dreptului și aceasta, în particular, pentru motivul separării dreptului de politică, iar cauza centrală a acestei stări de lucruri este văzută în faptul că această separare a fost operată doar din rațiuni politice. Ruptura s-a făcut din rațiuni epistemologice, care ascund deciziile și opțiunile politice. Valorile morale și politice – se bazează pe un fundament pretins neutru. Pentru a elabora o teorie a rațională a legislației (legisprudență), autorul meditează asupra modelului de organizare politică începând cu perioada modernă, modelul acestei organizări fiind bazat pe teoria contractului social, iar acesta – perceput ca un act de voință a indivizilor care, aidoma unei procuri, împuternicește suveranul să stabilească modele de comportament.

Declarația franceză a drepturlor omului și cetățeanului din 1789 întemeiază concepția legiscentristă asupra legii ca act al voinței generale, dar căruia Consiliul Constituțional francez în 1985, printr-un veritabil *obiter dictum*, i-a limitat întinderea: „Legea exprimă voința generală doar în respectul Constituției”.

În Elveția, pentru a depista această voință generală, există instituția evaluării legislative, care are la bază așa-numita inversiune normativă ce se inspiră din faptul că producerea normelor juridice nu poate fi delegată fără control unor organe și că acesta poate veni și de jos în sus (contrar schemei Kelseniene). Evaluarea legislativă se prezintă ca un proces democratic ce creează condiții pentru un dialog transparent, obiectiv și rațional [4].

Pe fundamentul oferit de perceperea legii ca act al voinței generale, încă la începuturile perioadei moderne, s-a construit ceea ce L.Wintgens numește LEGALISMUL FORTE (puternic), care are ca element etatismul în elaborarea legii, adică legea provine de la stat, care singurul știe ce este bine pentru toți. Ca o consecință, în plan epistemologic studiul dreptului este redus la studiul unor propoziții adevărate. Astfel dreptul a fost asimilat științelor naturii, de aceea s-a considerat că poate fi studiat și cercetat cu aceleași metode ca și științele naturii, iar ***sistemul juridic*** – se

prezintă ca unul închis, compus din propoziții logic interconectate. Legalismul puternic a exclus orice teoretizare a legislației pe motiv că este problemă politică, și nu juridică, de aceea subordona elementul juridic celui politic. Această situație se ilustrează foarte bine de adresarea unui deputat francez colegilor din opoziție cu fraza: „Juridic nu aveți dreptate, pentru că politic sunteți în minoritate".

Legalsmul puternic prezumă raționalitatea legiuitorului și nu discută motivele lui, argumentând că el exprimă voința politică. Conform versiunii forte a legalismului, judecătorul doar aplică regulile create, este „gura care pronunță legea", astfel încât teoria nu s-a ocupat de crearea regulilor de către judecător. Judecătorul este limitat la simpla cunoaștere a drepturilor și obligațiunilor și la aplicarea lor în cazuri individuale. A urma regulile este, mai întâi, o acțiune cognitivă, iar realizarea lor – una de aplicare. De aici a decurs logic preocuparea teoriei pentru a cerceta activitatea judecătorului și aplicarea dreptului de către judecător, iar legiuitorul a rămas după culisele scenei juridice, rolul său fiind doar de adoptare a deciziilor politice. Drept consecință a suveranității bazată pe modelul contractului social ca o procură, a urmat teza: legiuitorul nu este ținut de reguli, similar judecătorului, că altfel pierde suveranitatea, iar Constituția nu este altceva decât un program politic, care nu are constrângeri pentru legiuitor. L.Wintgens combate această teză, fiind convins că se poate construi o teorie a legislației, că legiuitorul poate fi actor juridic, nu numai politic. Pentru a elabora o teorie rațională a legislației, el consideră necesare: scoaterea în evidență a semnificației libertății, realizarea lecturii alternative a contractului social și identificarea principiilor legisprudenței. În scopul elucidării primului aspect, autorul califică concretizarea concepției de libertate: a realiza libertatea înseamnă a acționa pe baza unei concepții a libertății nedeterminate. Pentru a realiza acest demers, autorul belgian folosește încă doi termeni: „concepția de libertate" și „concepția asupra libertății". „Concepția de libertate" este definită de înșiși indivizii care, în lipsa unei limitări exterioare, acționează conform propriilor concepții: ei înșiși aleg limitările libertății, concepțiile lor de libertate. Dacă, din contra, subiecții acționează conform unei concretizări a libertății care nu este a lor, ei acționează conform unei concepții asupra libertății, ceea ce este o limitare a libertății externe a subiectului, adică tocmai opusul concepției de libertate, considerată ca internă.

L. Wintgens face schița unei noi lecturări a contractului social, punând la bază modelul schimbului, ceea ce diferă comparativ cu modelul procurii, iar ca rezultat dă un legalism slab – LE LÉGALISME FAIBLE. Modelul contractului social asimilat procurii date suveranului pentru un motiv: la Hobbes – securitate, la Rousseau – egalitate, obligație morală – la Kant determină scopul sistemului juridic, justifică a priori orice limitare viitoare externă, fără a fi cunoscută în momentul aderării la contract, pentru că procura are un caracter general, numărul limitărilor nu este mărginit de oarecare criterii. Dacă concepem libertatea în sens moral ca finalitate a ordinii juridice, atunci obținem o versiune mai ușoară a contractului social, în care dreptul face posibilă realizarea moralității, moralitatea prevalează asupra dreptului, dar aceasta este relativă dacă concepțiile asupra libertății pot fi preferate concepțiilor de libertate.

Modelul schimbului aplicat contractului social tratează libertatea ca principiu și implică prioritatea concepțiilor libertății, ce nu pot fi înlăturate în favoarea concepțiilor asupra libertății decât cu condiția unei justificări explicite, care are ca scop menținerea echilibrului necesar între *axa politică* și *axa morală*. Această exigență de concretizare exprimă prioritatea concretizărilor morale asupra concretizărilor politice ale libertății. ***Principiile legisprudenței,*** care concep libertatea ca principiu, impun jusificarea oricărei limitări externe, a oricărei substituiri a concepțiilor de libertate cu concepțiile asupra libertății. Această obligație de justificare a legisprudenței se definește ca o teorie rațională a legislației ce concepe libertatea ca principiu, având ca scop menținerea echilibrului necesar între limitările politice și morale ale libertății. Limitările politice nu se justifică prin sine și justificarea limitărilor externe este supusă unui proces de legitimare continuă. Ideea de justificare este o formă de respect. J.Rawls considera că această obligație consolidează suplimentar fundamentul contractual al statului [5].

La J.Habermas complexul parlamentar apare ca un ansamblu de instituții ce are ca sarcină asigurarea unei porozități a sistemului politic formal față de spațiul public neformal și acțiunea într-un context de justificare a deciziilor. Contextul de justificare a deciziilor este înțeles ca unul reglementat de reguli procedurale, a căror funcție este de a asigura prezumția de acceptabilitate rațională a deciziilor adoptate în urma deliberării, indiferent dacă decizia avea la origine o propunere guvernamentală sau o revendicare din sfera publică neformală [6].

L.Wintgens numește patru principii ale legisprudenței: alternativitate (PA), impactul normativ (PN), temporalitate (T) și coerență (C). Dintre ele, deosebit de relevante pentru calificare sunt: principiul impactului normativ (PN) și principiul coerenței (PC).

Principiul impactului normativ (PN) – cere justificarea impactului normativ al limitărilor libertății, cu atât mai mult dacă ele prevăd sancțiuni, pentru că în acest caz se produce un dublu atentat la libertate, întâi pentru că limitările externe exclud acțiunea în baza concepției de libertate, în al doilea rând – că împiedică acțiunea în baza concepției de libertate. În modelul

contractului social de tip „schimb” limitările externe nu constituie ca atare raţiuni exclusive de acţiune (pe care le regăsim în modelul „procura”); aici, sistemul juridic are o finalitate modestă: a face posibilă moralitatea. Respectând PA, sancţiunile nu sunt automat mijlocul cel mai adecvat de a realiza scopul limitării externe. Pornind de la ideea lui Hart, care a deconectat validitatea de la limitarea externă şi sancţiune, L.Wintgens înantează PN care este mai exigent: pentru că nu este conexiune necesară între o regulă şi sancţiune, consideră această relaţie contingentă şi impune în mod obligatoriu să fie justificată relaţia dintre regulă şi sancţiune. Justificarea sancţiunii include argumente ce apără o limitare suplimentară a libertăţii. Sancţiunile de natură pecuniară sau fisică reprezintă o posibilitate printre altele pentru a realiza un tip de comportament şi multiplicarea acestor posibilităţi permite gradarea variabilă a densităţii normative, în care sancţiunea reprezintă maximumul.

Pentru a respecta PN, concepţia asupra libertăţii trebuie să cântărească mai greu decât concepţia libertăţii; în consecinţă trebuie justificată concepţia asupra libertăţii. Substituirea unei concepţii a libertăţii prin concepţia asupra libertăţii nu justifică automat exclusivitatea sancţiunii. Ceea ce trebuie realizat este finalitatea – un obiectiv ori un scop. PN cere ca mijloacele de realizare a obiectivului regulii să rezulte dintr-un proces de punere în balanţă a alternativelor. În acest proces de punere în balanţă a alternativelor, un rol important are activitatea de interpretare şi calificare. Pentru a califica o situaţie ca fiind pasibilă de a încălca un drept, este necesar ca şi legiuitorul să identifice a priori elemente de fapt, ce pot constitui obstacole în calea lbertăţii. Această poziţie o are Curtea Europeană a Drepturilor Omului, care îndeamnă legiuitorii naţionali să arate temeiuri obiective, raţionale pentru diferenţa de tratament, altfel ea este discriminatorie, adică nu urmăreşte un scop legitim sau, deşi scopul este legitim, lipseşte proporţionalitatea dintre mijloace şi scop. În *cazul Markin vs Rusia,* CtEDO a considerat că nu s-au cântărit interesele în conflict – securitatea naţională şi interesele militarului-tată de a îngriji copilul. În cazul respectiv, scopul era legitim, dar s-a pus problema proporţionalităţii mijloacelor pentru atingerea scopului. Reclamantul, militarul Konstantin Markin, divorţat, a acuzat discriminarea sa pentru că nu i s-a acordat concediu de îngrijire a copilului până la 3 ani, drept pe care femeile din armată, ce educă singure un copil, îl au. Curtea Constituţională a Federaţiei Ruse a respins această cerere, arătând că în virtutea specificului activităţii militarilor de profesie, lor li se impun anumite restricţii. Argumentele Curţii Constituţionale ruse: 1. Faptul că legiuitorul a făcut o excepţie pentru femeile militari de profesie şi le-a conferit acest drept se explică prin scopul de a asigura o bună educaţie copiilor, căci este demonstrat că legătura copilului mic cu mama sa acţionează pozitiv asupra formării personalităţii copilului; 2. Tradiţional femeile se ocupă de educaţia copiilor şi 3. Militari femei sunt puţine în armată.

Curtea Europeană însă nu s-a lăsat impresionată de aceste argumente, considerându-le insuficiente şi a concluzionat că militarul K.Markin a fost discriminat în sensul art.14 al Convenţiei Europene, căci orice diferenţă de tratament este discriminatorie, dacă nu are un temei obiectiv şi rezonabil, şi dacă scopul legitim nu este proporţional cu mijloacele folosite pentru a-l atinge. În cazul lui Markin, Curtea Europeană a recunoscut că scopul este legitim, că în cazul militarilor de profesie restrângerea drepului la viaţă privată şi de familie se justifică prin scopul legitim de a asigura capacitatea de luptă a armatei şi a asigura securitatea naţională. Totodată, Curtea Europeană a arătat că statul nu a întemeiat suficient pricinile pentru care se justifică diferenţa de tratament, deci mijloacele nu erau proporţionale cu scopul, astfel încât legiuitorul trebuie să întreprindă măsuri pentru a asigura nediscriminarea [7].

În literatura juridică din Federaţia Rusă, a fost exprimată opinia că, deoarece în Convenţie nu este o normă care să exprime conţinutul principiului egalităţii, Curtea Europeană a apelat la principiul proporţionalităţii între scopul legitim urmărit prin restrângerea dreptului şi mijloacele folosite pentru a atinge acel scop. Curtea Europeană caută doar proporţionalitatea în legătură cu cazul concret ca orice altă instanţă judiciară, pe când Parlamentul în cadrul unui sistem complex de proceduri caută balanţa intereselor legitime sociale de aşa o manieră încât realizarea unor interese să nu fie o piedică pentru realizarea altora [8]. S-ar putea replica acestei opinii faptul că CtEDO, ca orice Curte, înfăptuieşte o muncă de calificare prin căutarea proporţionalităţii între mijloace şi scopul urmărit, dar şi organul legislativ ar trebui să facă un lucru asemănător şi căutând acel echilibru de interese să prevadă cât mai multe posibilităţi de intervenţie legislativă, adoptând pe cea optimă.

În această speţă, vedem accentul pus pe balanţa, echilibrul de interese legitime individuale şi sociale, de aceea legiuitorului i s-au înaintat solicitări de ordin legislativ. În literatură a fost formulată opinia că insistenţa Curţii Europene în direcţia legislativă poate duce la diminuarea protecţiei copiilor. Căci Parlamentul ar fi avut următoarele variante la dispoziţie: 1. Lipseşte şi femeile militari de a avea dreptul la concediu pentru îngrijirea copiilor; 2. Ori acordă şi bărbaţilor militari acest drept. Având în vedere că bărbaţii sunt cu mult mai numeroşi în armată şi luând în calcul criza familiei contemporane şi numărul mare de divorţuri, realizarea celui de al doilea scenariu, acordând un astfel de drept şi femeilor, şi bărbaţilor, ar fi dus la diminuarea capacităţii de luptă a armatei, deci era

evidentă punerea în pericol a securităţii naţionale. Primul scenariu ar fi fost la îndemâna legiuitorului, dar în acest caz cine ar fi câştigat faţă de situaţia prevăzută de legislaţia anterioară? Nimeni, deci nici copiii acelor femei-militari care până la intervenţia legislativă au avut acel drept. Totuşi, în cazul dat, s-a prefigurat şi o soluţie de compromis în spiritul hotărârii Curţii Constituţionale şi a Curţii Europene, şi anume: având în vedere că femeile militari fac parte din personalul auxiliar al armatei şi nu exercită în temei acţiuni legate direct de capacitatea de luptă a armatei, de acordat dreptul de avea concediu de trei ani pentru îngrijirea copilului şi acelor bărbaţi militari care sunt în formaţiunile auxiliare, astfel încât între femeile militari şi bărbaţii militari ce fac parte din formaţiunile auxiliare nu va fi diferenţă de tratament. În cazul în care bărbaţii militari din formaţiunile de luptă vor acuza discriminarea, statul va putea argumenta proporţionalitatea restrângerii drepturilor acelor militari şi scopul legitim urmărit – asigurarea securităţii naţionale. S-ar putea adăuga că, în cazul soluţiei de compromis propuse, diferenţa de tratament nu se mai situează între genuri (egalitatea persoanelor de genuri diferite fiind un scop stringent al Consiliului Europei), ci între tipuri de activităţi în cadrul armatei, de aceea şi argumentarea acestei diferenţe este mult mai uşoară decât în cazul diferenţelor de tratament al bărbaţilor şi femeilor. Cu o problemă similară s-a confruntat şi Curtea Constituţionlă a Republiciii Moldova, în urma sesizării sale de către avocatul parlamentar care a solicitat controlul constituţionalităţii art. 32 alin (4) lit.j) a Legii din 22 iulie 2005 cu privire la statutul militarilor. Autorul sesizării a pretins, în special, că prin specificarea categoriei „femei-militari" norma contestată instituie o discriminare a militarilor fondată pe gen la obţinerea concediului pentru îngrijirea copilului.

În Hotărârea sa nr.12 din 1 noiembrie 2012 Curtea Constituţională a considerat că excluderea militarilor de gen masculin de la exercitarea dreptului la concediul parental, în timp ce militarii de gen feminin au acest drept, nu poate fi considerată ca fiind fondată pe o justificare obiectivă sau rezonabilă. Prin urmare, Curtea a conchis că această diferenţă de tratament constituie o discriminare fondată pe gen. Curtea a atenţionat că în hotărârile sale Curtea Europeană menţionează permanent că statele se bucură de o largă marjă de apreciere în domeniul securităţii naţionale, inclusiv al forţelor armate, şi că drepturile militarilor, în anumite cazuri, ar putea fi supuse unor restricţii mai mari decât cele autorizate pentru civili.

În acelaşi timp, Curtea a considerat neargumentat pretinsul risc pentru eficienţa operaţională a armatei, deoarece nu i-au fost prezentate informaţii concludente care ar demonstra că extinderea concediului de îngrijire a copilului pentru militarii de gen masculin ar dăuna puterii de luptă şi eficienţei operaţionale a forţelor armate, în timp ce acordarea acestui drept militarilor de gen feminin nu comportă un astfel de risc.

Curtea a statuat că o astfel de restricţie generală şi automată, impusă unui grup de persoane, fiind fondată pe gen, depăşeşte domeniul de aplicare a unei marje acceptabile de apreciere a statului, oricât de largă ar fi, şi că este incompatibilă cu normele constituţionale.

Pentru Curte, este posibil să se realizeze scopul legitim de protecţie a securităţii naţionale în alt mod decât prin limitarea dreptului la concediu de îngrijire a copilului pentru militarii de gen feminin şi excluderea militarilor de gen masculin de la exercitarea aceluiaşi drept.

Totodată, Curtea a reţinut că, având în vedere cerinţele speciale ale armatei, excluderea dreptului la concediu parental poate fi justificată în privinţa unui militar, bărbat sau femeie, care, din cauza unor factori, precum poziţia sa ierarhică, raritatea calificărilor tehnice sau participarea sa la operaţiunile militare de pe teren, nu poate fi uşor înlocuit în sarcinile sale [9]. Astfel, şi în această decizie jurisprudenţa constituţională a demonstrat incoerenţele comise de organul legislativ, ceea ce s-ar fi putut evita în caz de o legisprudenţă de calitate şi eforturi de a califica cu anticipaţie posibilele situaţii încălcătoare de drepturi.

Cea mai recentă Hotărâre (16 martie 2017) a Curţii Constituţionale a Republicii Moldova cu privire la excepţia de neconstituţionalitate a art. 80 alin. (2) din Legea finanţelor publice şi responsabilităţii bugetar-fiscale a demonstrat din nou lacune în activitatea legislativă. Conform legii sus-menţionate, de la persoanele fizice şi juridice care au primit din partea autorităţilor/instituţiilor bugetare mijloace financiare sub formă de plată prealabilă, pentru dezafectarea acestora pe perioada care depăşeşte termenul prevăzut de contract, se percepe la bugetul respectiv o sumă calculată, în funcţie de rata de bază aplicată de Banca Naţională a Moldovei la principalele operaţiuni de politică monetară pe termen scurt.

Curtea Constituţională a constatat că suma calculată pentru neexecutarea contractului în termenul legal instituit este percepută cu titlu de penalitate legală. Fiind o formă a răspunderii civile contractuale, penalitatea legală trebuie să întrunească aceleaşi condiţii prevăzute de lege pentru angajarea răspunderii contractuale, în special – vinovăţia debitorului. În acest sens, Curtea a subliniat relevanţa prevederilor art.624 alin.(5) Cod civil, potrivit cărora debitorul nu este obligat să plătească penalitate în cazul în care neexecutarea nu se datorează vinovăţiei sale.

Prin urmare, Curtea a statuat că până la adoptarea de către Parlament a noilor prevederi legale, sancţiunea pentru neexecutarea în termen a contractelor încheiate cu o instituţie bugetară urmează a fi aplicată în corespundere cu prevederile legislaţiei civile şi a clauzelor contractuale [10]. Astfel în cazul

dat Curtea a lăsat o portiță pentru ca Parlamentul în cazul în care insistă asupra responsabilității obiective să justifice aceste limitări impuse debitorului, posibil, să justifice diferența de tratament dintre debitorii contractuali din sfera privată și debitorii contractuali din sfera publică.

Adecvarea mijlocului la scopul urmărit este o activitate ce vizează, în primul rând, legiuitorul, care trebuie să califice faptele, raporturile pentru a elabora o reglementare juridică nouă. Aprofundarea calificării unei categorii juridice poate implica o muncă de căutare a proporționalității, adică ceea ce rezultă din ideea echilibrului dintre drepturi/interese divergente [11] .

Ideea ECHILIBRULUI a fost evocată pentru caracterizarea condiţionării reciproce a soluţiilor juridice unele prin altele nu ca una mecanică, dar ca o legătură organică care se manifestă dacă nu se ţine cont de ceva prin multiple dificultăţi ca şi organismul care se apără de un element străin inasimilabil. În acest caz, instituţiile se prezintă ca o reţea, schimbarea uneia cere şi schimbarea alteia pentru ca sistemul juridic să fie armonios. Luarea în considerare a scopurilor, obiectivelor în procesul de calificare juridică corespunde unei tradiţii la fel de profunde ca cea ce punea accent pe forma logică a dreptului, adică tocmai ceea ce se face în cazul calificării folosind interpretarea teleologică.

Dreptul poate fi prezentat şi ca sistem teleologic, ca ansamblu de reguli ce arată mijloace pentru a realiza scopuri, ce pot fi exprimate în termeni de interese, valori. Caracterul sistemic al dreptului în perspectiva judecătorilor rezidă în temei în raportul deductiv, de la norma generală la faptul singular, dar caracterul de sistem al dreptului în ochii legiuitorului se prezintă în temei ca un raport inductiv – de la faptele singulare la norma generală, dar şi unii, şi alţii nu pot evita să privească lucrurile şi în raport practic de mijloc – scop. Într-o instituţie pe baza acestui raport regulile se ierarhizează şi cheia este furnizată de finalitatea instituţiei şi prin gradul de proximitate de la mijloc la scop, mijlocul de mai departe fiind subordonat unui mijloc mai apropiat. Dacă se utilizează un mijloc mai dens normativ – sancţiune – justificarea trebuie să respingă celelalte alternative cu impact mai lejer.

Principiul coerenței (PC) – este principiul de justificare a limitărilor externe bazate pe ansamblul sistemului juridic. Un sistem juridic nu este un simplu lanț static de limitări externe: este un ansamblu complex și dinamic, compus din reguli primare și secundare. Coerența este legată de consistență – ca absență a contradicțiilor. Coerența are grade (a face sens în ansamblu), iar consistența e o chestie de tot ori nimic (logic).

Coerenţa sistemului juridic are particularităţi şi limite în raport cu cele ale unui sistem formal.

O primă particularitate rezidă în chiar definiţie, atunci când lipsa coerenţei se manifestă în constatarea unei contradicţii, rezultatul afirmării simultane a adevărului unei propoziţii şi a negării ei, în drept lipsa coerenţei este constatarea a două directive incompatibile, la care este imposibil a te conforma simultan, fie pentru că impun obligaţii opuse, fie pentru că una interzice ceea ce permite alta şi nu te poţi conforma decât încălcând una dintre ele, afirma Ch. Perelman.

A doua particularitate rezidă în modul de identificare a antinomiilor juridice: în sistemul formal ele sunt recognoscibile, în drept o contradicţie formală, adică literală, nu-i suficientă pentru a da aceloraşi semne un sens diferit sau un alt câmp de aplicare pentru a evita conflictul dintre norme. De aceea se spune „antinomii aparente” [12], adică există o incompatibilitate, posibil a fi înlăturată printr-o interpretare conciliatoare.

Ultima particularitate (a treia) a coerenţei sistemului juridic se manifestă în faptul că atunci când o contradicţie formală face sistemul inutilizabil, se abandonează cel puţin elementele generatoare de contradicţie, pe când antinomia juridică cere o soluţie ce face să predomine aplicarea unei norme, excluzând-o pe cealaltă. Cele trei reguli de acordare a priorităţii: superiori, posteriori, speciali nu-i pot asigura sistemului juridic coerenţă originară, ci doar una derivată.

Activitatea legislativă trebuie să satisfacă exigența coerenței tot așa cum judecătorul se sprijină pe caracterul sistemic al ordinii juridice, legiuitorul, de asemenea, trebuie să țină cont de ordinea juridică în ansamblul ei. În legisprudență, raționalitatea legiuitorului nu este prezumată, așa cum face legalismul forte. Legiuitorul trebuie să justifice limitările cu scopul ca și judecătorul să dezvolte argumente de coerență. Inima democrației deliberative este în deliberare publică, ea presupune că cetățenii posedă o cultură liberală comună, că socot binele suprem înțelegerea. S-a propus o analogie între dezbaterile judiciare și cele parlamentare, scoțând în evidență trăsăturile comune în ceea ce privește acțiunile – de identificare, explicitare și apreciere; referitor la scop – o decizie justă; ambele dezbateri desfășoară argumente pro și contra. Au fost arătate părțile puternice ale unei astfel de analogii: procedura dezbaterilor în contradictoriu; subiecții dezbaterii nu se conving unii pe alții, ci pe al treilea, care ia decizia. Pentru succesul acestei deliberări, sunt necesare condiții: seriozitatea dezbaterilor, echitatea procedurală, cetățeni informați și civic implicați, atenți la activitatea parlamentară [13].

Activitatea legislativă se desfășoară potrivit scopurilor urmărite de statul respectiv, care tinde a deveni stat de drept și are la bază anumite reguli. Propriu-zis, însăși viața face presiuni asupra legiuitorului în vederea găsirii unor modalități adecvate de reglementare a relațiilor sociale în sensul stabilirii și dezvoltării armoniei sociale. Sarcina dificilă a organului legislativ

constă în a transpune faptele sociale – cu cerințele, tendințele și legitățile lor – în relații normativ-juridice, ceea ce implică, mai întâi, o activitate cognitivă fundamentată [14].

Activitatea cognitivă fundamentată științific se îndreaptă, în primul rând, spre cercetarea conținutului faptelor sociale care impun anumite comandamente sociale, pornind de la ele, legiuitorul le va transpune în forma specifică a normelor juridice, în acte normativ-juridice. Dacă normele juridice elaborate vor exprima imperativele social-economice, atunci elaborarea dreptului poate fi numită științifică, consideră A.Vallimărescu [15]. Ea va fi filosofică în măsura în care va exprima un postulat rațional.

Renumitul autor francez F. Geny, cu aproape un secol în urmă, a caracterizat procesul de creare a dreptului ca unul ce oscilează între „dat" și „construit". „Dat"-ul (înțeles ca realitate socială exterioară dreptului) constă din patru elemente: cel natural, istoric, rațional și ideal.

„Dat"-ul natural este exprimat de condiții ale realității – de natură fizică, morală, economică, politică. „Dat"-ul istoric este un fel de zestre istorică, adică un dat natural consolidat de istorie – un fond de precepte ce servesc drept cadru al conduitei umane. „Dat"-ul rațional reprezintă direcția fundamentală ce asigură elaborarea științifică a dreptului, se referă la condiții de ordin rațional, el constă din regulile de conduită pe care rațiunea le extrage din natura omului și din legăturile sale cu lumea, pentru el este necesar apelul la justiție în sens de virtute ce tinde spre just. „Dat"-ul ideal reprezintă o tendință spre organizarea dezirabilă a raporturilor juridice și apare ca un răspuns la aspirațiile morale și sociale ale civilizației, ceea ce îl face să fie supus modificărilor în timp și în spațiu, datorită subiectivității sale. F. Geny considera că descoperirea datului stă la baza elaborării științifice a dreptului, după care intervine elaborarea tehnică a dreptului [16]. Aceste idei pot fi regăsite și la mulți alți autori contemporani care au suplimentat explicațiile, multiplicându-le.

Autorii contemporani (J.-L.Bergel, P. Delnoy) prezintă procesul de elaborare a dreptului ca fiind constituit din două etape: prima fiind de diagnosticare a necesității legislative, numită și etiologie, și diagnostic al necesităților sociale, și a doua – determinarea soluțiilor legislative.

Prima fază – preparatorie, de cercetare, pentru ca ea să nu fie inutilă sau neadaptată, trebuie ca decizia de a legifera să rezulte din compararea dintre aprecierea critică a reglementărilor existente şi a avantajelor şi inconvenientelor pe care le va avea legea nouă. Evaluarea critică se va referi la lacunele, contradicţiile legii vechi, inconvenientele practice ale legii vechi în funcţie de observarea faptelor şi a fenomenelor sociale, de opiniile şi aspiraţiile societăţii, grupurilor şi de consideraţiunile de ordin social, economic, politic, psihologic ce permit a cântări interesele în cauză, a le ierarhiza pentru a stabili prioritățile şi a face alegeri. Cercetările se vor alimenta de la istoria dreptului şi dreptul comparat ce revelează diverse modele legislative, practici de aplicare, avantaje şi inconveniente. Vor putea fi efectuate sondaje, chestionarele fiind adresate mediilor juridice: magistraţi, notari, avocaţi, consultanţi juridici etc. [17].

Studiile sociologice au valoare indicativă pentru legiuitor, fie că este vorba de sondaje de opinie pe eşantioane reprezentative, grupuri profesionale sau de interese, lobby. Grupurile profesionale deseori contestă sondajele în care este implicat un public nespecialist şi are dreptate, dar aceasta înseamnă că dezbaterile dintre democraţie şi tehnocraţie sunt inevitabile. Abuzul de sondaje poate falsifica opinia publică şi pune în evidenţă fragilitatea şi contradictorialitatea lor. Tot legiuitorul poate decide, folosind statistici. Sondajele sunt mai puţin relevante în cazul unor chestiuni mai apropiate de suflet, dar pot fi mai relevante – în materie economică şi fiscală, unde datele cantitative şi efectele mecanice sunt determinante. Pot fi completate cu tehnici de experimentare sau simulare, de a examina nu numai raţiunile, dar şi efectele previzibile ale unui proiect de lege [18].

Intervenţia legislativă are sens şi necesitatea ei apare în funcţie de obiective şi scopuri bine determinate, pentru realizarea cărora trebuie căutate mijloace adecvate. Cu atât mai mult cu cât legea nu înseamnă numai reguli de conduită, inspirate din valori morale, ci este şi un mijloc de realizare a politicilor publice ale statului, atunci când alegerea poate fi nu între bine şi rău, dar între bine şi bine. Legea a devenit un mijloc de transformare a realităţii fizice şi sociale, ca un cadru textual ce trebuie să se adapteze în permanenţă la realităţile schimbătoare. Aceasta implică finalităţi ierarhizate, mergând de la finalităţi abstracte la obiective precise, eventual, eşalonate în timp [19]. Legiferarea şi ştiinţa sunt legate, dar sunt diferite după scopuri, metode şi rezultate. Procesul de cunoaştere a legităţilor funcţionării dreptului sunt o etapă importantă, dar se găseşte în afara procesului legislativ.

Legiuitorul tinde ca actele sale să corespundă legităţilor obiective, de aceea operează cu informaţii asupra rezultatelor, practicii altor ţări. Dar se vede că ştiinţa nu are răspunsuri univoce la toate problemele, unele rămânând a fi discutabile. Teza corectă despre fundamentarea ştiinţifică a legii se realizează specific, cu moduri diferite de cele ştiinţifice. Procedura gnoseologică a legiuitorului se îndreaptă înspre a afla ce este în ştiinţă şi poate fi util şi pentru elaborarea unui proiect anume. Sunt autori care confundă *legiferarea* cu *investigarea ştiinţifică*, deci nu deosebesc cunoaşterea ştiinţifică ca descoperirea noului şi cunoaşterea ca aflarea cunoştinţelor. Aceasta din urmă constituie

stadiul primar de transfer al cunoştinţelor ştiinţifice în sfera practicii.

Cunoaşterea ştiinţifică poate să rămână nesolicitată de practică. Numai când legiuitorul se decide să o folosească se poate vorbi că stă la baza practicii, dar pentru aceasta trebuie ca legiuitorul să fie cunoscut cu rezultatele ştiinţei în forma concepţiei proiectului de lege. De obicei, legiuitorul nu creează ceva nou, dar nu-i exclus ca în proiect să creeze ceva nou, necunoscut ştiinţei, căci creează un model de conduită al subiecţilor raporturilor sociale ce va contribui la dezvoltarea normală a statului şi societăţii. În proiect pot să se reflecte, în mod abstract, cele mai esenţiale atribute, astfel încât cel mai specific raport să aibă în normă toate caracteristicile necesare. Pentru aceasta, trebuie de realizat următoarele sarcini:

La expunerea normelor, legiuitorul trebuie să răspundă la întrebările: 1. În ce scop? 2. Ce urmărește această reglementare? 3. Care sunt temeiurile motivaționale ale acțiunilor juridice? 4. În ce condiții norma va funcționa? 5. Ce drepturi şi obligaţii revin? 6. Ce măsuri de reacție vor fi pentru cei care încalcă norma respectivă?

Creând norme, legiuitorul trebuie să vadă legătura lor reciprocă, să aibă toate elementele, normele noi să nu contravină Constituției şi principiilor, iar drepturile subiective să poată fi realizate, să fie accesibile, reale pentru toți subiecții.

Legea astfel adoptată, dacă va avea în calitate de obiect bunuri ce sunt socotite valoroase de membrii societății, îi va motiva s-o realizeze, iar pentru ca legea să fie acceptată, membrii comunității trebuie cointeresați în aplicarea ei. Legea este capabilă să realizeze funcția de conducere a proceselor sociale şi politice numai dacă este respectată benevol de majoritatea membrilor societății, fiindcă statul de drept poate exista doar în virtutea unui consens principial al societăţii sau, cel puțin, prin acceptarea liber consimțită a sistemului său juridic.

Referințe:

1. În literatura juridică din spațiul postsovietic, pentru prima dată termenul a fost utilizat de V.I. Cervoniuk în 2009: Червонюк В.И. *Теория государства и права*. Москва: Инфра-М, 2009, с. 52.

2. Cu titlu de exemplu, Jeremy Waldron scria: „Noi nu avem un model normativ sau aspirațional necesar legislației, ci, din contra, jurisprudența noastră este invadată de imaginea unei activități legislative ca o tranzacție, un brocheraj al cailor, un iarmaroc de animale, eviscerarea porcilor, … adică orice alt lucru decât adoptarea unor decizii politice plecând de la principii". A se vedea: Waldron J. *The Dignity of Legislation*. New York: Cambridge University Press, 1999, p. 2.

3. Wintgens Luc J. Étude pour une nouvelle théorie de la législation. In: *Archives de la philosophie du droit*, 2005, t.49, p.251-273.

4. De l'évaluation à l'action législative. In: *Actes du colloque en l'honneur du prof. J.-D. Delley.* Geneve, 2009, p.64.

5. Rawls J. *Théorie de la justice, 1971*. Trad. fr. C. Audard. Paris: Seuil, 1987, p. 209.

6. Leydet D. La déliberation publique dans les assemblées parlementaires In: http://www.participation-et-democratie.fr/sites/default/files/ehess2011leydet1.pdf vizitat 18 martie 2017.

7. http://europeancourt.ru/tag/markin-protiv-rossii/vizitat la 12 februarie 2017.

8. Лапаева В.В. *Типы правопонимания: правовая теория и практика*. Москва: Российская Академия правосудия, 2012, с. 564.

9. www.lex.justice.md/md/345394/

10. http://www.constcourt.md/libview.php?l=ro&idc=7&id=978&t

11. Jeuland E. Un aproche non-utilitariste du contrôle de proportionnalité. In: *La Semaine juridique*. Supplement au nr.1-2, janvier 2016, p.21.

12. Perelman Ch., Olbrechts-Tyteca L. *Traité de l'argumentation. La nouvelle réthorique.* Bruxelles: Editions de l'Université de Bruxelles, 1976, p.262.

13. Leydet D. *Op.cit.*

14. Popa N. *Teoria generală a dreptului.* Ediția V. București: C.H. Beck, 2014, p.173.

15. Vallimărescu A. *Tratat de enciclopedia dreptului.* București: Lumina Lex, 2000, p.315.

16. Geny Fr. *Science et technique en droit privé positif*. III partie. Élaboration technique du droit positif. Paris: Librairie de la Societé Recueil Sirey, 1921, p.175.

17. Bergel J.-L. *Méthodologie juridique.* Paris: PUF, 2001, p.278-280.

18. *Ibidem*, p.284.

19. Delley J.-D. Penser la loi a une démarche méthodique. In: *Légistique formelle et matérielle, actes du V Congres de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique.* Aix-en-Provence: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1997, p.99.