

Introducere

Această lucrare este un curs, care de adresează studenților primului an de licență în drept. Ea prezintă cunoștințele elementare, pe care aceștia trebuie să le dobândească pentru a putea începe studiul dreptului. Nu este vorba, așadar, de o operă care își propune să revoluționeze cunoașterea juridică, ci de una care asigură instrumentele necesare accesului la ea. Este motivul pentru care abordările originale, deși nu lipsesc, sunt subsecvente descrierii ideilor de bază și tendințelor majore ale doctrinei juridice.

Structura cursului este concepută de Mădălina Cristina Dănișor, care este titularul disciplinei la Facultatea de Drept a Universității din Craiova. Ea este diferită de structura cursului al cărui prim autor a fost Dan Claudiu Dănișor¹, pentru că rezultă dintr-o altă metodologie. Această nouă structură încearcă să răspundă mai bine cerințelor studenților, să adapteze cursul numărului de ore alocate disciplinei în programul studiilor juridice și să evite suprapunerile cu alte discipline de studiu. În consecință, lucrarea nu se referă la unele probleme care sunt incluse, de regulă, în programa teoriei generale a dreptului, așa cum este predată în facultățile de drept din România. Mai întâi, nu se referă la noțiunea de stat și la raporturile statului cu dreptul, căci aceste probleme fac, de obicei, obiectul cursului de drept constituțional. În al doilea rând, am eliminat problemele care privesc subiecții de drept, personalitatea juridică și drepturile subiective, căci ele fac obiectul părții generale a dreptului civil, valabilă pentru întreg dreptul privat, în timp ce specificul acestora în dreptul public este tratat în cadrul cursurilor de drept constituțional și drept administrativ. În fine, am eliminat problema organizării justiției, care este studiată la drept constituțional, și pe cea a organizării procesului judiciar, studiată în cadrul cursurilor de drept procesual.

Cursul acesta nu este unul de filosofie a dreptului. Totuși, o anumită opțiune filosofică stă la baza lui. Este vorba de o înțelegere aparte a liberalismului. Lucrarea va fi marcată, în consecință, de câteva dintre ideile directoare ale filosofiei liberale, care, chiar dacă nu sunt abordate direct și sistemic, vor fi conturate, sperăm că suficient de clar, pe parcursul analizei problemelor elementare care constituie obiectul lucrării.

Datorită caracterului voit subsecvent al filosofiei juridice care o fundamentează, lucrarea va fi structurată pe baza unei definiții simplificatoare a dreptului, care îl conturează ca fiind un sistem de norme juridice. Suntem conștienți că această simplificare eludează problemele fundamentale ale definirii dreptului, dar o adoptăm, provizoriu, pentru că ea ne permite să scriem o introducere în drept, adresată celor care, pășind pentru prima dată pe tărâmul acesta, nu-i cunosc nici harta, nici limba². Ne vom ocupa, mai întâi, de limba dreptului, de conceptualismul juridic, de definițiile juridice și de categoriile juridice elementare: enumerări, tipologii, clasificări, universalități, prezumții, ficțiuni și prevederi numerice. Apoi, ne vom ocupa de structura teritoriului pe care dreptul îl reprezintă, începând cu elementele sale de bază, normele juridice și continuând cu asamblările, din ce în ce mai complexe, ale acestora: instituțiile juridice, ramurile dreptului, dreptul public și dreptul privat, dreptul național, dreptul internațional și dreptul organizațiilor supra-naționale. În partea a doua a cursului, vom încerca să vedem ce fel de sistem este sistemul juridic,

¹ Dan Claudiu Dănișor, Ion Dogaru, Gheorghe Dănișor, *Teoria generală a dreptului*, București, C.H. Beck, 2008.

² Expresia îi aparține lui Victor Cousin, care a folosit-o cu prilejul introducerii unui curs de enciclopedia dreptului în Franța, în 1840, și este preluată din Edmond Picard, *Le droit pur*, Paris, Flammarion, 1908, p. 9.

conturând dialectica între închiderea și deschiderea sa, analizând modurile și consecințele înțelegerii lui ca un sistem ierarhizat și arătând ce consecințe normative pot fi extrase din faptul că dreptul este un sistem, care trebuie să fie clar, coerent, complet și consistent.

Dar simplitatea structurii nu trebuie să înșele. Problemele fundamentale ale dreptului nu sunt eliminate din analiză, ci doar prezentate ca rezultat al studiului elementelor structurale ale sistemului juridic. Bazându-ne pe o astfel de metodologie, vom ajunge, de exemplu, de la descrierea modurilor de deținere a normei juridice, la o concepție originală a juridicității, de la ideea ramificării dreptului, la conturarea regulilor care normează ramificarea sistemului juridic, chiar la punerea sub semnul întrebării a necesității ramurilor, de la descrierea instituțiilor juridice, la o concepție constructivă asupra acestora, de la descrierea ierarhiei surselor dreptului, la o critică a confuziei între aceasta și ierarhia normelor și la punerea sub semnul întrebării a necesității unei astfel de ierarhizări, de la descrierea procedurilor elementare de interpretare a dreptului, la ideea unor norme necesare care le ierarhizează, și așa mai departe.

În această structură nouă, bazată pe o nouă metodologie, vor fi reluate sau rescrise unele texte deja publicate de cei doi autori în alte lucrări³. Modul asamblării lor în această carte va crea însă un sistem de analiză care este nou. În consecință, metodologia și sistematizarea lucrării sunt cele care îi conferă originalitatea ca manual introductiv în drept.

³ Vom indica, în note, aceste preluări sau rescrieri, de regulă la începutul părții din lucrare în care ele sunt utilizate. Publicațiile celor doi autori din care sunt reluate texte sunt indicate în bibliografie.

PARTEA I

DREPTUL ESTE UN SISTEM DE NORME JURIDICE

Dreptul este un sistem. Acest sistem este unul *normativ*, adică unul care cuprinde *norme*. Normele acestui tip de sistem sunt diferite de alte norme prezente în societatea dată. Diferența constă în faptul că ele sunt *juridice*. Și cum, ca orice normă, norma juridică este formată prin intermediul conceptelor, care se leagă între ele într-un text, aceste concepte însele și regulile formării textului trebuie să fie *juridice*. Problema centrală este, în consecință, *juridicizarea*. Mai întâi, a conceptelor, definițiilor și categoriilor. Mai apoi, a normelor, noțiune în care trebuie cuprinse regulile, dar și principiile, politicile, politicul, obiectivele și operațiunile.

Dreptul este un sistem compus din subsisteme. Este vorba de grupările de norme juridice, din ce în ce mai largi, care pot fi distinse în interiorul sistemului normativ. Aceste subsisteme sunt instituțiile juridice, ramurile dreptului, grupările ramurilor însele, în domenii ale dreptului, cum sunt dreptul public și dreptul privat, ori dreptul național și dreptul internațional. În cadrul analizei fiecărui subsistem, vom încerca să vedem care sunt criteriile care stau la baza diferențierii sale specifice în cadrul sistemului juridic și, pornind de la critica acestora, să vedem în ce mod ar putea fi justificată derogarea lor de la dreptul comun, pentru a decide dacă aceste subsisteme ar trebui să existe și, dacă da, cum ar pot fi ele integrate într-un sistem care trebuie să rămână unitar.

Titlul I

CONCEPTUALISMUL JURIDIC

Capitolul I

Conceptele juridice

Dreptul⁴ nu are, în mod evident, privilegiul de a avea un limbaj propriu exhaustiv. Am putea spune că cele mai multe concepte utilizate în drept sunt împrumutate din alte ramuri ale cunoașterii. Destul de rarele concepte care-i sunt proprii nu primesc prea adesea o definiție care să poată fi calificată, în funcție de metodologia actului de definire însuși, ca *juridică*. Cum recunoaștem un concept *juridic* sau o utilizare *juridică* a unui concept nejuridic devine, în aceste condiții, greu de spus. Cert este doar că există unele reguli ale juridicizării conceptelor. Le vom sintetiza în cele ce urmează.

Prima trăsătură distinctivă a conceptelor juridice este că ele sunt *normative*. Conceptele juridice constrâng realitatea, nu o urmează. Aceasta înseamnă că întotdeauna o redactare constatativă a normelor juridice este doar o redactare defectuoasă sau o necesitate stilistică. De exemplu, dacă norma este redactată de maniera „România este stat de drept”, aceasta nu înseamnă că norma constată un fapt, ci că ea impune statul de drept ca formă de organizare a statului român. În drept, „este” trebuie interpretat întotdeauna ca „trebuie să fie”. Din această trăsătură distinctivă a conceptelor juridice rezultă regula potrivit căreia orice normă juridică trebuie interpretată în sensul în care produce efecte juridice. Din acest unghi de vedere, nu există norme neobligatorii. Pot exista norme care nu sunt aplicabile prin constrângere, dar aceasta nu înseamnă că ele sunt facultative.

Din această trăsătură distinctivă a conceptelor juridice rezultă o alta: conceptele juridice trebuie să fie concepte *operaționale*. Lipsa de eficiență operațională dejuridicizează conceptul. De exemplu, calificarea actelor premergătoare urmăririi penale ca fiind *sui generis*, cum face Curtea Constituțională⁵, este evident neoperațională din punct de vedere juridic. Indiferent cât s-ar strădui Curtea, conceptul de „acte sui generis” nu poate fi juridicizat. Consecința acestei idei este că orice concept care nu este operațional nu este valid din punct de vedere juridic. Previzibilitatea normei cuprinde și acest aspect. Astfel că o normă care cuprinde concepte neoperaționale este neconstituțională. De exemplu, una care sancționează penal faptele care afectează moralul armatei, cum prevedea la un moment dat legislația franceză⁶, sau una care sancționează propaganda în favoarea statului totalitar, cum o făcea legislația română⁷.

Conceptele juridice trebuie să fie *formale*. Această regulă rezultă din faptul că ele desemnează o formă a unei acțiuni, o realitate formală care acționează (o persoană) sau asupra căreia se acționează (un subiect). Conceptele nejuridice trebuie, în consecință,

⁴ Acest capitol este o rescriere a unei părți a articolului Dan Claudiu Dănișor, *Juridicizarea conceptelor*, Dreptul nr. 3/2011, pp. 52-69.

⁵ Decizia nr. 995 din 8 iulie 2010, publicată în Monitorul Oficial nr. 594 din 23.08.2010; vezi, pentru comentariul deciziei, Mădălina Cristina Putinei, *Pandectele Române* nr. 11/2010, pp. 104-111.

⁶ Decretul-lege din 30 octombrie 1935.

⁷ Art. 286 din vechiul Cod penal.

formalizate pentru a căpăta un sens juridic. De exemplu, conceptul de stat desemnează, din punct de vedere material, un teritoriu și o populație. Dar, din punct de vedere juridic, conceptul desemnează un subiect care acționează, o persoană, desigur fictivă, o *formă* juridică. Când spunem, de exemplu, că statul legiferează, nu ne gândim deloc la elementele materiale constitutive, căci nici populația, nici teritoriul nu creează norme juridice, ci la acest subiect distinct, care nu are materialitate, căci nu poți atinge sau vedea statul acesta care normează, ci doar oamenii care îl reprezintă.

Când un concept nejuridic este folosit într-o normă juridică el trebuie interpretat ca un concept formal. Din nefericire, de multe ori, juriștii omit să opereze clar acest tip de formalizare. De exemplu, atunci când interpretează conceptul de *popor*. În limbajul sociologic, popor înseamnă un ansamblu de persoane care împărtășesc anumite valori culturale și au anumite trăsături fenotipice comune. Când dispunem însă într-o constituție că „fundamentul statului este unitatea poporului”, ca în art. 4(1) din Constituția României, nu putem utiliza termenul *popor* în sensul sociologic de mai sus. El trebuie juridicizat. Or, de multe ori, acest lucru este uitat. De exemplu, când se susține că unitatea statului este bazată pe unitatea culturală și, chiar dacă mai mascat, pe unitatea etnică a poporului. Sau când minoritățile naționale nu sunt incluse în poporul român, fiind considerate minorități care locuiesc în statul românilor, având un statut aparte, fiind *tolerate*, uneori chiar *protejate*, dar nu sunt parte a „poporului român”. Or, cert este că textul Constituției are în vedere un sens juridic al termenului *popor*, diferit de cel sociologic, căci ea afirmă că statul român, bazat pe unitatea poporului, este patria comună a tuturor cetățenilor săi fără deosebire de chiar elementele de diferențiere utilizate pentru configurarea noțiunii de *popor* din punct de vedere sociologic: rasă, etnie, religie, limbă etc.

Juridicizarea conceptului ar presupune, deci, o acțiune de formalizare. Din punct de vedere juridic, poporul trebuie, deci, să primească un sens formal. Iar această formalizare presupune mai întâi ca noțiunea de *popor* să fie transferată din sfera cunoașterii în sfera acțiunii. Poporul este atunci un subiect care acționează. Apoi, trebuie ca acțiunea să fie privită din punct de vedere juridic, adică nu prin raportare la scopurile sociale, ci la alegerea formală a metodei de acțiune. Poporul este atunci un subiect care decide formele de atingere a rezultatelor. Din punct de vedere juridic, nu este relevant care acțiuni sunt valoric mai bune, ci cum putem să alegem una dintre multiplele posibilități fără să încălcăm un echilibru formal just între persoanele care formează acest colectiv pe care îl numim popor. Poporul este atunci, din punct de vedere juridic, un ansamblu de persoane care decid, potrivit unei proceduri echitabile pentru membrii grupului, modul de acțiune pentru atingerea intereselor acestui grup. Din punct de vedere formal, poporul este într-un stat democratic o procedură prin care membrii grupului social desemnează pe cei care ocupă funcția de decizie, majoritatea. Grupul creează două funcții: majoritatea și opoziția. Prin poziționarea liberă a membrilor săi, grupul desemnează titularii momentani ai celor două funcții. Unitatea poporului de care vorbește Constituția înseamnă că niciun grup sociologic determinat nu poate pretinde să ocupe funcția majoritară, datorită trăsăturilor sale obiectiv determinate. Din punct de vedere juridic, este interzis ca o majoritate sociologică să se erijeze în majoritatea politică și, deci, normativă. Corolarul este că nu poate fi creat nici un regim juridic diferit persoanelor în raport de afilierea lor la grupurile sociologic determinate.

Din caracterul formal al conceptelor juridice rezultă că noțiunile juridice *nu au un conținut valoric* în sine, ci doar pentru noi. Astfel, societatea este, din punct de vedere juridic, o *ordine*. Juridic vorbind, această ordine nu are un conținut, ea este ordinea pentru ordine. Conținutul valoric îl primește când privim ordinea din punctul de vedere al subiecților, adică al celor supuși ordinii, căci oamenilor nu le este indiferent în ce ordine trăiesc. Ordinea socială nu are ca elemente constitutive, din punct de vedere juridic, oamenii, ci raporturile dintre ei. De aici rezultă regula potrivit căreia dreptul reglementează doar raporturile, el neputând să impună nimic conștiinței individuale. Regula se constituie ca unul dintre drepturile naturale ale omului în epoca revoluțiilor moderne. Ea se derivă în libertatea conștiinței, libertatea credințelor religioase, libertatea de exprimare etc.

Conceptele juridice *sunt construibile pe baza unei metodologii contextualiste*, nu a unei esențialiste. Un concept nejuridic configurat într-o manieră esențialistă trebuie transformat într-un concept determinat contextual, pentru a deveni juridic. De exemplu, conceptul de *etnie* este definit în baza metodologiei esențialiste pornind de la trăsăturile obiective ale grupului vizat. Sunt reținute, de obicei, limba, independența economică, numele grupului, organizarea politică, posesiunea unui teritoriu, sau altele asemenea. Defectul primordial al acestor definiții este că ele fac din decupajul etnic al unei societăți un decupaj fix⁸, că acreditează ideea că etnia, ca și rasa, este o fatalitate biologică, o trăsătură moștenită, asupra căreia individul nu are, în mod real și efectiv, niciun control. Te naști, de exemplu, român pentru că ai părinți români și nu poți schimba nimic din această realitate. Definiția esențialistă este, de aceea, greu de împăcat cu libertatea individuală și autonomia subiecților, care sunt principii fundamentale de organizare a dreptului democrațiilor liberale moderne. Din viziunea esențialistă rezultă inevitabil, pe de altă parte, o oarecare ierarhizare a grupurilor etnice, în funcție de cât de bine reușesc să transpună în concret trăsăturile esențiale determinate în abstract, căci, de exemplu, unele vor fi independente politic, adică națiuni, iar altele vor fi dependente politic, adică minorități naționale suspuse statului unei alte națiuni. Or, această ierarhie este greu de împăcat cu egalitatea în drepturi ca principiu de organizare justă a societății. O tentativă este cea de redefinire a egalității ca drept la diferență, dar este clar că diferența și egalitatea sunt de fapt concepte opuse și că unificarea lor este greu de înțeles. Definirea esențialistă a etniei nu poate fi, deci, integrată valid în sistemul juridic bazat pe principiile libertății, autonomiei și egalității subiecților.

Pentru a obține un sens juridic al conceptului, trebuie reconsiderată acțiunea înseși de definire. Conceptul trebuie privit ca unul ce se construiește contextual. Va fi, astfel, trăsătura etnic determinantă cea care situează conjunctural în opoziție, din punct de vedere subiectiv, grupurile care împart același spațiu: geografic, cultural, politic, economic, religios etc. Astfel, opoziția fundamentală între români și maghiari este cea teritorială. Cele două grupuri își dispută de secole stăpânirea teritoriului unei zone a Ardealului. Conceptul de etnie trebuie să fie operaționalizat, din punct de vedere juridic, plecând de la acest tip particular de opoziție etnică. În schimb, opoziția între români și țigani este una culturală: sedentarism contra nomadism, ceea ce implică forme de subsistență economică, de construcție a vieții intime și familiale și de reglementare juridică diferite în cadrul celor două grupuri.

⁸ Pentru o definire politică a minorităților naționale vezi Dan Claudiu Dănișor, *Minoritatea națională: de la definiția sociologică la definiția politică*, Revista de Drept Public nr. 2/2003, pp. 17-27.

Când utilizăm termenul *etnie* în textul constituțional, sensul lui nu este, deci, stabil, ci mobil, depinzând de tipul de opoziție fundamentală pentru membrii grupurilor sociale în cadrul societății politice. Astfel, dreptul la păstrarea și dezvoltarea identității etnice este diferit în cazul maghiarilor și țiganilor. În cazul maghiarilor, încălcarea identității etnice este prezentă ori de câte ori decupajul teritorial este folosit pentru determinarea participării. De exemplu, atunci când legea partidelor politice impunea pentru ca o asocieră să fie înregistrată ca partid ca membrii săi să fie din cel puțin jumătate din județele țării. În cazul țiganilor, identitatea etnică este afectată când legea fundamentează anumite concepte juridice prin privilegierea sedentarismului contra nomadismului. De exemplu, când definea violarea de domiciliu nu în raport de noțiunea generică de spațiu în care se desfășoară aspecte ale vieții intime și familiale, ci de noțiunile de locuință și loc împrejmuit, utilizând, deci, valorile sedentariilor contra valorilor nomazilor.

Conceptele juridice sunt *neutre*. Această neutralitate este derivată din neutralitatea ordinii sociale. De exemplu, morala publică are din punctul de vedere al celorlalte științe sociale un conținut, dar, din punct de vedere juridic, ea trebuie să fie astfel configurată încât normele juridice să nu fie bazate pe alegerea, voluntară sau involuntară, a unei morale contra alteia. Interpretarea conceptelor juridice pornind de la morala publică trebuie, de asemenea, să fie neutră. De exemplu, când legea încriminează penal răspândirea de materiale obscene, noțiunea *obscen* nu trebuie configurată în raport de un anumit tip de morală publică, ci trebuie să fie neutră. Dacă alegem să bazăm norma pe valoarea morală a pudorii, atunci ar trebui ca judecătorul să se transforme în critic de artă și să aprecieze limita de la care nuditatea este obscenă. Dacă facem din conceptul de obscenitate un concept neutru, atunci el nu are la bază o *morală*, chiar *publică*, ci ideea de protecție a celor moralmente vulnerabili, de exemplu a minorilor. Judecătorul va interpreta conceptul în funcție de finalitatea protecției minorilor, fără a avea pretenția de a face critică de artă. Nu mai este important dacă materialul este moralmente obscen, ci, indiferent de calitatea lui morală, este important cui se adresează: unei persoane neformate moral sau uneia formate, ori prezumată a fi astfel.

Conceptele juridice operează o *proceduralizare* a sensului substanțial din celelalte științe sociale, ca rezultat al caracterului lor formal, care presupune că ele nu se fundamentează pe o valoare. Dar această afirmație cuprinde două idei. Prima este neutralitatea față de valorile de aceeași natură, analizată mai sus. Cealaltă presupune că noțiunile juridice nu se bazează pe alegerea între una dintre sferile valorice. De exemplu, nu pot să privilegieze viziunea politico-economică în fața celei sociologice etc.

Atunci când configurăm normativ noțiunea de familie, de exemplu, dacă ținem seama de acest tip de neutralitate, nu o putem centra pe problema de economie politică a modalității de existență a patrimoniului soților, cum a făcut-o codul socialist al familiei, centrând-o pe ideea comunității de bunuri și configurând relațiile nepatrimoniale în raport de o finalitate determinată pornind de la desconsiderarea proprietății private. Familia era în optica socialistă amenajată juridic contra proprietății private, nu pentru a asigura protecția formală în relațiile nepatrimoniale dintre membrii ei sau față de terți. Vorbesc desigur de norma fundamentală a instituției, nu de normele subsecvente, pentru că în raport de aceasta vor fi validate toate celelalte, mai mult sau mai puțin transparent. Pentru a fi juridică, instituția familiei nu trebuie să opereze o alegere valorică între valorile economiei politice și cele ale sociologiei grupurilor primare de identificare. Ea trebuie să fie neutră.

Pentru ca noțiunea juridică să fie neutră față de sferele valorice, ea trebuie să fie definită mai degrabă ca o procedură decât ca o valoare. Un exemplu îl reprezintă noțiunea de *bun*. Se spune că noțiunea are două sensuri. „Mai întâi, într-un sens larg, bunurile desemnează atât lucrurile, cât și drepturile privitoare la acestea (...). Pe de altă parte, în sens restrâns prin bunuri se înțeleg numai lucrurile asupra cărora pot exista drepturi patrimoniale”. Pentru ca lucrul să devină *bun* în sensul din urmă trebuie „să aibă o valoare economică și să fie susceptibil de apropiere”⁹. Conceptualizarea noțiunii de bun este făcută mai sus pornind de la alegerea unei sfere a valorilor, cea a economiei. Bunul nu este însă un lucru privit din unghiul de vedere al valorii sale economice, ci din unghiul de vedere al valorii sale sociale în general. Când vorbim de patrimoniu, acesta subzistă golirii lui de orice valoare economică. Un patrimoniu vid rămâne o valoare socială. Persoana are patrimoniu, chiar dacă nu are nimic în el. Nu valoarea economică configurează noțiunea. La fel se întâmplă cu noțiunea de bun. Valoarea socială în genere, chiar în lipsa unei valori economice, configurează noțiunea. Lucrul rămâne *bun* ori de câte ori persoana intră în raporturi sociale prin raportare la el. Raporturile acestea sunt obiectul dreptului patrimonial. Iar bunul trebuie definit, din punct de vedere juridic, ca *un sistem de reguli care asigură procedura de protecție față de ceilalți subiecți de drept în cadrul raporturilor sociale referitoare la valoarea socială a unui lucru*. Acest tip de definiție nu mai postulează un tip de valoare la baza noțiunii de *bun*, ci proceduralizează conceptul, în sensul că devine centrală pentru definirea noțiunii procedura de protecție a persoanei, nu valoarea lucrului, deși aceasta rămâne importantă. Privită din acest unghi de vedere, noțiunea de bun are ca finalitate libertatea persoanei, nu apropierea economică. Scopul aproprierii bunurilor nu este utilizarea lor economică, ci libertatea pe care această utilizare o asigură. Acest sens este vădit în cazul utilizării constituționale a conceptului de *drept de proprietate*. Când art. 44 din Constituție folosește conceptul, el are, mai întâi de toate, sensul de libertate a aproprierii. Obiectul său îl reprezintă independența pe care proprietatea privată o asigură persoanei, nu bunurile în sensul economic al termenului. Nu valoarea economică a proprietății este apărată prin art. 44, ci libertatea pe care ea o asigură celor care o au. Extrapolând, valoarea economică a bunurilor este subsecventă libertății individuale. Protecția persoanei este centrală pentru noțiunea de bun. Noțiunea devine, astfel, procedurală.

Caracterul *evolutiv* al conceptelor juridice este unul extrem de pregnant. Ele pot să fie înțelese doar dacă este luat în considerare contextul istoric și cultural în care sunt utilizate. În consecință, un concept necontextualizat în celelalte științe sociale trebuie contextualizat pentru a putea primi o utilizare juridică. De exemplu, noțiunea de *bun* analizată mai devreme este una neevolutivă dacă o privim din punct de vedere filosofic. Un lucru este *bun* în sine din acest unghi de vedere. Noțiunea de *bun* este derivată din punct de vedere filosofic din cea de *bine*, o noțiune a-istorică. Din punct de vedere juridic, ea capătă un sens contextual. Terenul *bun* vine în drept de la valoarea socială, istoric determinată. Nu este vorba de societatea *ideală* sau de perfecțiunea în viață, ci de gradul maxim de libertate contextuală oferit de proprietate. Astfel, indivizii umani nu mai sunt considerați bunuri, din punct de vedere juridic, când costurile sociale ale folosirii sclavilor sunt mai mari decât beneficiile. Oamenii tratați ca persoane sunt mai eficienți, din punct de vedere social, decât

⁹ Ion Dogaru, Sevastian Cercel, *Drept civil. Partea generală*, București, C.H. Beck, 2007, pp. 62-63.

oamenii tratați ca bunuri. Sfera noțiunii de bun se reduce, în acest fel, la lucruri. Deci, noțiunile nejuridice trebuie istoricizate, pentru a deveni juridice.

Caracterul evolutiv al noțiunilor juridice mai are însă un sens. Când noțiunea are deja caracter istoric evolutiv și în celelalte științe sociale, pentru a o juridiciza trebuie ca această evoluție să fie privită dintr-un unghi aparte de vedere: caracterul evolutiv este determinat de trecerea de la un spațiu cultural la altul. De exemplu, de la cel creștin la cel musulman. Astfel, familia este în primul spațiu cultural monogamă și în al doilea posibil poligamă. Când cele două grupuri culturale coexistă, dreptul nu poate elimina un sens al noțiunii prin pedepsirea penală a celor care îl adoptă pe celălalt. Din punct de vedere juridic, noțiunea de *morală publică* nu poate fi determinată prin generalizarea moralei grupului majoritar. Morala unei minorități este la rândul ei *publică* din acest unghi de vedere. Doar dacă este înțeleasă astfel, morala majoritară nu poate elimina moralele minoritare. Dreptul nu poate, ca urmare a acestei trăsături distinctive, să se bazeze decât pe ceea ce se află la intersecția tuturor doctrinelor morale prezente în societate la un moment dat.

Capitolul II Definițiile juridice

Secțiunea 1

Caracterele distinctive ale definirii juridice a conceptelor

Având în vedere caracterele conceptelor juridice analizate mai sus, trebuie ca definirea unui astfel de concept, a unei instituții juridice sau a unui subsistem juridic să urmeze reguli specifice.

Prima regulă este că *definirea conceptelor juridice trebuie să fie totdeauna constructivă*, nu explicativă. „Prin definiție explicativă se înțelege o definiție care tinde să dea seama de un concept «dat dinainte» și care preexistă, prin ipoteză, operației însăși de definire. Prin definiție constructivă, dimpotrivă, se înțelege o definiție care tinde să creeze un concept nou prin chiar actul definirii. Dacă prima dintre aceste definiții poate fi considerată adevărată sau falsă din punct de vedere logic, după cum ea corespunde în mod efectiv conceptului de care pretinde să dea seama, cea de a doua, dimpotrivă, din cauza caracterului său convențional, nu poate fi calificată nici ca adevărată, nici ca falsă, ceea ce nu exclude faptul că ea ar putea fi apreciată în termeni de «pertinență», în ce privește obiectivele urmărite și consecințele pe care poate să le angajeze în câmpul cunoașterii și comunicării»¹⁰. Definiția constructivă este utilizată, în general, dintr-o nevoie de ruptură epistemologică în raport cu reprezentările dominante vehiculate de limbajul uzual și în raport cu anumite limbaje tehnice specializate. Cel de-al doilea fel de definiție, cea explicativă, caută, dimpotrivă, să desprindă, printr-o analiză empirică urmată de generalizare, sensul dominant al unui concept.

Conceptele juridice sunt în mod necesar constructive. Ele nu sunt niciodată generalizări ale unei cunoașteri sensibile. De altfel, generalizările explicative nu sunt decât aparent regula conceptualizării când avem de a face cu artefacte. Conceptul de *masă*, de exemplu, poate fi gândit ca rezultat al unei generalizări a datelor sensibile, desprinse din analiza mai multor mese. Dar dacă ne gândim la cel care a conceput prima oară o masă, atunci trebuie să recunoaștem că el nu avea ce generaliza, că el construise conceptul însuși de masă fără să fi văzut vreodată o masă, că el nu putea utiliza decât o conceptualizare constructivă. Regulile sau conceptele juridice sunt prin natură artefacte. Ele sunt normative, pe de altă parte, adică constrâng realitatea, nu o descriu. În consecință, trebuie cu necesitate *construite*.

O consecință a acestei necesități de definire constructivă a conceptelor juridice este că ele trebuie definite mai degrabă în termeni de *pertinență*, decât de *adevăr*. Acest lucru înseamnă că ori de câte ori analiza sau normarea este făcută în termenii adevărului și falsului ea depășește sfera tipică dreptului, fiind, în consecință, excesivă, sau chiar expresia unei tendințe totalitare a sistemului. De exemplu, când o regulă juridică definește ce înseamnă operă de artă sau când stabilește prin norme punitive conținutul moralei publice, impunând obligații care au ca scop perfecționare morală a indivizilor. Consecința acestei limitări a dreptului este că el nu poate impune valori perfecționiste și nu poate restrânge

¹⁰ François Ost, Michel van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruylant, Bruxelles, 1987, p. 166.

drepturile individuale în numele realizării acestora. Dreptul acesta limitat trebuie să fie *rezonabil*, nu *rațional*. Ca urmare, conceptele juridice sunt *conjuncturale*, în sensul că ele se preocupă și pot norma doar de ceea ce este conjunctural posibil și preferabil, adică *rezonabil*.

Definirea conceptelor juridice *nu trebuie să fie aditivă*, adică făcută prin enumerarea unor trăsături distinctive, ci *normativă*, adică trebuie să impună realității, nu s-o descrie. De exemplu, definiția tipică dată constituției de către doctrina românească, este aditivă și descriptivă. Ea pornește de la ideile următoare: 1. Constituția este legea fundamentală a unui stat; 2. cuprinde norme juridice; 3. aceste norme sunt constituționale pentru că sunt învestite cu forță juridică supremă; 4. obiectul de reglementare al acestor norme sunt relațiile sociale fundamentale; 5. aceste relații sunt esențiale pentru instaurarea, menținerea și exercitarea puterii. Practic acest tip de definiție nu are nicio aplicabilitate juridică validă în domeniul determinării sferei dreptului constituțional. Cu alte cuvinte, astfel de definiții nu oferă un criteriu, *valid din punct de vedere juridic*, al împărțirii normelor juridice în constituționale și neconstituționale. Definiția pare să constate doar că, de regulă, dispozițiile constituțiilor cuprind astfel de reglementări. Dar nu ne oferă niciun criteriu care să ne ajute să decidem *de ce* constituțiile cuprind astfel de norme și care este trăsătura lor *juridică* distinctivă care le determină *material* acest caracter constituțional. Genul de definiție amintit descrie o realitate sociologică, cea a cuprinsului majorității constituțiilor formale contemporane, dar nu este normativă, adică nu poate analiza critic și decide constructiv *ce ar trebui să cuprindă în genere* o constituție. Este ca și cum ai descrie fauna marină arătând toți peștii, dar nu ai putea să afirmi că pentru a trăi acolo aceștia au nevoie de branhii. Pentru a corecta această lipsă de operaționalitate juridică, trebuie ca definirea să devină constructivă și, în consecință, normativă. Conceptul trebuie să constrângă. Astfel, trebuie să decidem, pentru a-l defini juridic, *ce trebuie să cuprindă o constituție*. Este clar că ea trebuie să cuprindă *norme*, iar acestea trebuie să fie *juridice*. Trebuie, apoi, să putem decide, în baza definiției construite, care norme trebuie să fie într-o constituție și care nu. Dacă procedăm astfel, atunci Constituția este sistemul normelor care au ca obiect de reglementare modul producerii normelor de comportament, numite, pentru că se referă indirect la comportamente, norme secundare.

Definirea conceptelor juridice trebuie să fie totdeauna *sistemică*, căci conceptele juridice, ca și normele juridice, sunt întotdeauna părți ale unui sistem. Nu există realitate normativă sau de conceptualizare a normativității nesistemică. Acest caracter al conceptualizării juridice are câteva consecințe importante. În primul rând, trebuie întotdeauna ca în definirea unui concept juridic să fie detectată norma de validare. În doilea rând, trebuie stabilită metoda de validare. În fine, verificarea pertinentei conceptelor juridice presupune întotdeauna verificarea îndeplinirii cerințelor încadrării lor sistemice. A defini o noțiune juridică este echivalent cu a introduce o normă în sistem. În consecință, conceptualismul juridic este în mod necesar un sistem ierarhizat, cum sistemul juridic însuși este un astfel de sistem.

Ierarhizarea este proprietatea sistemului conceptelor juridice care constă în determinarea includerii unui concept juridic în sistem doar în baza unui alt concept al sistemului. Criteriile de juridicitate ale unui concept sunt, deci, determinate doar printr-o procedură de producere, nu prin judecăți de valoare. Când determinăm, deci, includerea unui concept în sistemul conceptualismului juridic, trebuie să determinăm care concept