

PREFAȚĂ

Constituția României din 1991 este actul constitutiv al statului român post-comunist. Ea debutează cu un Titlu dedicat principiilor generale. Între aceste dispoziții, care asigură fundația normativă a noii ordini politice și juridice, cele pe care constituanții români le-au considerat a fi cele mai importante privesc caracterele generale ale statului român, suveranitatea, teritoriul, unitatea poporului, egalitatea între cetățeni, principiile relațiilor internaționale ale României și cele ale raporturilor dintre dreptul intern și cel internațional. Interpretarea acestor norme constituționale face obiectul acestei lucrări.

Constituția României din 1991 este rezultatul voinței poporului român de a reveni la principiile normative universale ale modernității liberale și, în același timp, la identitatea națională, după ce primele fuseseră zdruncinate de totalitarismul practicat de regimul socialist etatist, iar cea de a doua de internaționalismul comunist, care masca, cu greu, dominația politică imperialistă a Uniunii Sovietice.

Răspunzând acestor două cerințe, Constituția României post-comuniste este tensionată între două filosofii, care pot fi cu greu compatibilizate, cea liberală și cea naționalistă. Prima centreează construcția politică și, în consecință, statul pe drepturile și libertățile individuale, care, pentru că sunt fundamentul oricărei asocieri politice, devin fundamentale, cea de a doua pe voința grupului național, pe un fel de spiritualitate colectivă, care domină conștiințele individuale.

Dar Constituția statului român post-comunist nu este singulară din acest unghi de vedere. Toate constituțiile moderne sunt o combinație, mai mult sau mai puțin reușită, a două tipuri de constituție: Constituția-garanție-a-drepturilor și Constituția-națională. Filozofia care o fondează pe prima este individualistă și voluntaristă, în timp ce la baza celei de a doua stă o filozofie colectivistă și deterministă. Or, aceste două tipuri de filozofie par ireconciliabile, ceea ce face ca toate constituțiile moderne, inclusiv cea a României, să integreze o aporie și să încerce, fără să reușească vreodată pe deplin, să o depășească. Ele sunt, de aceea, de multe ori, paradoxale.

Principiul fundamental al Constituției-garanție-a-drepturilor este că spațiul public și puterea politică sunt constituite prin voința indivizilor, prin cedarea unei părți a drepturilor lor naturale – cele pe care le aveau în starea de natură, înainte ca orice societate să existe – în schimbul protecției asigurate de corpul social, astfel creat, în cadrul juridic al unui contract, zis social, dar nu pentru că nu ar fi juridic, ci pentru că obiectul lui este constituirea societății. Scopul oricărei asocieri politice este, având în vedere cauza ei eficientă, conservarea drepturilor naturale ale omului. Constituția-garanție-a-drepturilor se vrea universală: nu este vorba de constituirea unei comunități particulare, ci de oricare comunitate politică; nicio comunitate politică – și, în consecință, nicio putere politică – nu poate exista decât dacă are ca scop conservarea drepturilor omului, care sunt situate, prin natură, dincolo de particularitățile culturale, spațiale sau temporale. Sistemul mijloacelor de protecție a acestor drepturi naturale este formalizat juridic într-un tip de constituție care pune în centrul normativității protecția drepturilor și în care toate formele juridice de organizare a puterilor publice sunt menite, în ultimă instanță, să realizeze această funcție de protecție. Central pentru acest tip de Constituție este să nu mai existe niciun stăpân. Ea organizează o putere politică, care – chiar dacă este suverană și chiar dacă este constituită și exercitată democratic – trebuie să fie subordonată unor reguli juridice care garantează drepturile omului, care se transformă, astfel, din prerogative concesionate, în norme care se impun puterii, indiferent de tipul ei. Acest sistem de protecție a drepturilor contra puterii politice și dreptului

creat politic se numește în sistemele juridice romano-germanice ‘stat de drept’, iar în spațiul culturii juridice anglo-saxone ‘Rule of Law’. El protejează personalitatea autonomă a indivizilor față de conștiința colectivă și de formele ei politice sau juridice de manifestare, oricare ar fi ele.

Principiul fundamental al celeilalte forme de constituție, Constituția-națională, este că spațiul public și puterea politică sunt expresia conștiinței colective a unui grup particular, națiunea. Acest grup se particularizează în cadrul omenirii prin anumite trăsături identitare: rasă, etnie, religie, limbă etc., pentru a constitui un spațiu politic distinct. Ordinea juridică validă în interiorul acestui spațiu al națiunii – vital pentru ea, și suport necesar al normelor juridice – are ca sursă spiritul acesteia, distinct de al oricărei alte națiuni și de cel al indivizilor care o compun. Norma fundamentală a acestui tip de ordine juridică, constituția, care este referentul validității regulilor ei, este o stare de conștiință a națiunii, care nu depinde de voințele indivizilor de aici și de acum, ci de tradițiile comune și, eventual, de un proiect de viitor comun, căci națiunea este un spirit transcendent, care unește indivizii ce sunt, cu cei ce au fost și cu cei ce vor fi părtași ai unor trăsături comune. În consecință, „ideea care stă la baza postulării națiunii ca sursă primordială a dreptului este una deterministă: dezvoltarea obiectiv determinată a națiunii este sursa dreptului. Cum ‘izvorăște’ dreptul din această sursă primordială are mai puțină importanță pentru teoriile dreptului național. [...] Este clar că terminologia însăși induce ideea de lipsă de control, de determinare obiectivă: dreptul ‘țâșnește’ din sursa lui, ‘izvorăște’ fără să vrea cineva asta și se impune pentru că este obiectiv, adică deasupra oricărei voințe subiective, inclusiv a statului. În acest sens, producerea dreptului de către spiritul națiunii este ‘spontană’, adică nedependentă de vreo procedură de producere. Nu poate fi vorba, în consecință, de vreo validitate (în sensul de respectare a vreunei proceduri prevăzute în vreo normă superioară) a normelor dreptului care are ca sursă nemijlocită națiunea, în esență a Constituției naționale. Nu există nimic dincolo de ‘izvor’; nici vreun drept natural, nici vreo lege divină”¹. Ne-voile conștiinței naționale sunt fundamentul ordinii juridice. Constituția națională nu este niciodată doar expresia unei voințe politice dintr-un moment istoric dat, căci această voință trebuie să fie conformă cu dezvoltarea naturală a națiunii, transpusă în tradițiile ei. Spontaneitatea se transfigurează în creație lentă, în dezvoltare organică, căci națiunea este o ‘ființă’, care există în mod real, nu doar în mintea noastră, și care se dezvoltă ca orice ființă vie. În concluzie, concepția care stă la baza ideii de Constituție-națională este particularistă, deterministă, spiritualistă și organicistă. Ea este exact opusul concepției care stă la baza Constituției-garanție-a-drepturilor, care este universalistă și voluntaristă, făcând din revoluție – nu din evoluție – motorul schimbării necesare a dreptului.

Conceperea constituției ca o garanție a drepturilor universale ale omului cere ca aceeași formă de constituție să fie aplicată tuturor, peste tot și oricând, în timp ce conceperea constituției ca o expresie a spiritului națiunii cere ca fiecare stat-națiune să aibă o constituție particulară, diferită de a oricărui alt stat-națiune. Se creează, în consecință, în interiorul tuturor constituțiilor moderne, o tensiune acută între statul de drept, care ar fi prin natură universal și democrație, care ar fi prin natură națională, deci particulară.

Constituțiile moderne sunt departe de a gestiona rațional această tensiune. Cum ambele forme de constituție se bazează pe ficțiuni – cea națională, pe transformarea națiunii dintr-o construcție mentală într-o realitate, cea garanție a drepturilor, pe ficțiunea unor drepturi care ar fi existat înaintea oricărei societăți și a unui contract prin care acest om natural ar fi constituit

¹ Mădălina Cristina DĂNIȘOR, Dan Claudiu DĂNIȘOR, *Teoria generală a dreptului*, București, Universul Juridic, 2023, p. 149.

societatea –, nu poate fi vorba de o prioritate logică a uneia sau alteia, ci doar de una ideologică. Însă, odată ce opțiunea ideologică a fost făcută, printr-o revoluție, societatea respectivă este obligată să adopte un anumit ideal-tip de constituție, căci, odată adoptat un anumit ‘cod’ cultural, sistemul juridic este obligat să introducă normele, inclusiv pe cele constituționale, pornind de la acesta¹. Spațiile juridice moderne s-au scindat, astfel, în funcție de pretenția de a centra sistemul pe drepturi sau pe putere, în liberale și autoritare. Desigur, există în realitate grade de liberalism, ca și grade de autoritarism, dar substanța – dacă nu și forma – normelor secundare, care transpun principiile constitutive, este aceeași, odată ce opțiunea ideologică este făcută.

Cartea pe care o aveți în față va analiza constructiv articolele 1, 2, 3, 4, 10 și 11 din Constituția României, cele care definesc principiile care fondează statul și relațiile sale cu alte state, încercând să compatibilizeze, prin interpretare, cele două forme de constituție care coexistă în toate sistemele constituționale ale democrațiilor liberale moderne organizate ca state de drept.

Mai înainte de a trece la analiza efectivă a textelor constituționale, voi încerca să lămuresc ce este o constituție și cum modul înțelegerii conceptului influențează metodologia cercetării pe care o utilizez pentru a atinge rezultatul pe care această carte și-l propune, pentru ca apoi să analizez ce se înțelege prin principiu general constituțional.

Cartea este structurată așa cum sunt structurate articolele din Titlul I al Constituției României, intitulat „Principii generale”, care fac obiectul analizei, cu o completare a art. 4, cu un principiu pe care, din păcate, constituanții români l-au neglijat, cel al libertății individuale, care este normat în Constituția României doar ca drept fundamental, foarte lapidar, în art. 23(1), care dispune doar că aceasta este inviolabilă.

Această lucrare va fi integrată într-o lucrare mai amplă, în care voi comenta, pe aceleași baze metodologice și filozofice, toată Constituția României. Este motivul pentru care uneori voi face referire la comentarii ulterioare ale textelor constituționale.

¹ Dan Claudiu DĂNIȘOR, *Dreptul și revoluția*, Revista de Drept Public nr. 2/2017, pp. 23-44.

CE ESTE O CONSTITUȚIE? LĂMURIRI METODOLOGICE

Ce ar trebui să cuprindă o constituție? Intuiția ne spune că ar trebui să fie vorba despre constituire. Și cum constituția este o lege, ar trebuie să fie vorba despre constituirea societății din punct de vedere *juridic*. În consecință, constituția unei societăți se referă la cum societatea respectivă *trebuie* să fie constituită *just*. De aceea, cartea pe care o aveți în față este o analiză *normativă*, adică una care se referă la ceea ce *ar trebui* să fie o constituție. Ea privește realitatea *juridică* a constituirii societății, adică acel ceva care ține de *just* și care determină oamenii să construiască o societate, având legătură, mai întâi de toate, cu o realitate aparte, cu motivația juridică a oamenilor, cu scopurile pe care ei le consideră fundamentale, cele care se constituie în cauze normative eficiente ale sistemului social în ansamblul lui, care îl țin drept pe o fundație solidă.

Prima întrebare la care trebuie să răspundă constituția este „care sunt scopurile juste în vederea cărora oamenii se unesc într-o societate și cum sunt ele determinate?”. În consecință, constituția trebuie să fie o metodologie juridică de determinare a scopurilor. Una obligatorie, care constrânge, în consecință, la un anumit tip de conceptualizare auto-referențială. Tipul acestei constrângeri determină tipul constituției și, în consecință, tipul societății, impunând o anumită structură de bază a acesteia, o fundație, adică o structură obligatorie a raporturilor dintre solidaritatea care pretinde să transforme un grup într-o societate, relațiile orizontale și verticale între membrii societății care se pot transforma în instituții și libertatea pe care subiecții o pot păstra după ce instituie societatea. Această libertate se transpune, într-o democrație liberală, din punct de vedere juridic, în drepturile subiecților care rămân în afara puterii ce acționează în numele conștiinței comune și care sunt conservate, ca fiind intangibile pentru normele juridice edictate de societate și, deci, sunt fundamentale pentru subiecți.

Este evident că oamenii au avut scopuri fundamentale diverse în diferite momente ale istoriei lor. Dreptul care constituie societatea, dreptul constituțional, ca realitate conceptuală și ca sistem de studiu al acestei realități, depinzând de motivația subiectivă a oamenilor care constituie societatea, va evolua odată cu evoluția acestei mentalități. El este, cu alte cuvinte, cu necesitate *subiectiv* și se potrivește doar oamenilor care îl creează și a căror conviețuire o canalizează, pentru a o transforma într-o realitate instituțională, o societate.

Constituția va fi reconfigurată de fiecare dată când este reconfigurat scopul în vederea căruia oamenii constituie societatea. Ea este contextuală. Contextualizarea sa necesară depinde de trei factori principali, care se întrepătrund: epoca istorică în care a fost creată, spațiul cultural care îi oferă suport și filozofia care îi justifică principiile. Combinarea acestor factori determină oamenii dintr-un moment și dintr-un spațiu să creadă că o anumită formă instituțională de organizare socială este ideală pentru ei.

Contextualizată astfel, constituția este obiectul de studiu al acestei cărți. Ea este determinată ca fiind o constituție modernă, constituită prin opoziție față de filozofiile și principiile care au fondat sistemele juridice anterioare, de care oamenii au vrut să se debaraseze, și nu prin generalizarea unor trăsături esențiale. Geneza ei este, din acest unghi de vedere, opozițională. Acest nou tip – revoluționar – de Constituție trebuia să aibă un scop diferit de al tuturor sistemelor constituționale anterioare și să construiască noi mijloace normative de realizare a acestui scop. Dar această revoluționare a constituției nu a fost – și nu este – decât parțială, căci, deși constituțiile moderne dispun că scopul oricărei asocieri politice ar trebui să fie conservarea drepturilor naturale

ale omului, făcând din normarea constituțională a drepturilor mijlocul normativ privilegiat de realizare a acestui scop, ele fac din națiune un suveran, care stăpânește, ca orice suveran de dinaintea epocii moderne, spațiul politic și dreptul creat politic, făcând din conservarea propriei existențe scopul oricărei asocieri politice și din exercițiul autorității mijlocul privilegiat de realizare a acestui scop.

Realizarea scopurilor presupune utilizarea anumitor mijloace. A doua întrebare la care trebuie să răspundă studiul juridic al unei societăți este, în consecință, „Care sunt mijloacele juste utilizabile pentru a atinge scopul societății date?”. Din punct de vedere juridic, aceste mijloace se transformă din acțiuni asupra oamenilor și bunurilor în norme care încadrează acțiunea. Așa că întrebarea devine „Ce norme pot fi utilizate în societatea dată pentru a realiza scopurile constituirii ei?”. Constituția este, din acest punct de vedere, sistemul normativ care încadrează posibilitatea de alegere a mijloacelor normative.

Metoda pe care trebuie să o utilizăm pentru a constitui juridic o societate – și pentru a explica din punct de vedere juridic această constituire – nu poate fi decât *juridică*. Faptul că multe sisteme constituționale nu constrâng eficient alegerea mijloacelor normative și că multe lucrări de drept constituțional își delimitează neclar obiectul de studiu se datorează, după părerea mea, unor carențe ale acestei metodologii, care pot fi cauzate fie de faptul că metoda utilizată nu este juridic validă, fie de faptul adoptării unei viziuni metodologice esențialiste, când ar trebui adoptată una contextualistă.

Când constituția este definită prin intermediul unor concepte nejuridice și fără ca aceste preluări conceptuale să fie în vreun fel juridizate, rezultă definiții și ale Constituției de genul: ‘Constituția este ansamblul relațiilor sociale ce apar în procesul instaurării, menținerii și exercitării stărilor de putere, adică ansamblul relațiilor politice’. Prima presupuziție metodologică a acestei concepții despre constituție este că există o grupă distinctă de relații în cadrul relațiilor sociale, relațiile politice, care se asamblează într-un subsistem social cu legi distincte de constituire, adică presupuziția că politicul este distinct, în mod real și efectiv, de social. A doua presupuziție este că subsistemul normelor constitutive ale unei societăți politice poate fi delimitat în cadrul sistemului juridic prin natura (esența) aparte a relațiilor sociale care îi constituie obiectul de reglementare, înainte de reglementarea distinctă a acestora.

Eu cred că ar trebui să renunțăm la aceste presupuziții. Din punctul meu de vedere, nu există o grupă mai restrânsă de relații sociale care pot fi calificate drept politice și care ar fi separabile, ca obiect al reglementării, prin vreo esență aparte, ci, dimpotrivă, toate relațiile sociale sunt politice, dacă sunt privite dintr-un anumit unghi de vedere. De regulă, politicul este considerat un univers de relații în care sunt cuprinse raporturi și stări de o ‘natură’ specifică. Determinarea acestei ‘naturi’ a fost făcută, de cele mai multe ori, prin căutarea unei diferențe specifice a relațiilor politice față de genul proxim al relațiilor sociale. Această metodologie esențialistă și această definire prin tehnica diferenței specifice nu sunt însă inevitabile. Separarea politicului de social nu este o realitate, ci o concepție, care nu poate fi ținută ca imuabilă. Există multe tentative ale (re)unificării lor. O astfel de tentativă o reprezintă și această carte. Pentru a reuși, cred că trebuie să mă degajez de un bilateralism prea sumar (care lipsește cercetarea de mobilitate, de multilateralitate, de polivalență și de ubicuitate), cel care definește societatea politică doar în funcție de opoziția între guvernanți și guvernați și determină relațiile politice doar în raport de ea.

Politicul poate fi văzut și dintr-o altă perspectivă, ca fiind socialul în întregul său observat dintr-un anumit unghi de vedere¹. Acest unghi de vedere particular – și nu natura specifică a relațiilor incluse într-o sferă distinctă a relațiilor politice – ar fi, atunci, criteriul definirii lui. Ideea fundamentală care stă la baza acestui tip de reunificare a politicului și socialului este că dintre toate grupurile sau societățile care ne solicită adeziunea sau participarea există una singură care impune o apartenență juridic obligatorie tuturor membrilor săi și, pornind de aici, impune o participare obligatorie a tuturor tipurilor de relații sociale la realizarea unui scop impus prin norme obligatorii: starea de societate *politică*². Sistemul acesta de determinare a obligației juridice de integrare și a scopurilor societății politice este constituția. Ea reprezintă un cadru obligatoriu de (re)unificare a societății, prin fuziunea conceptelor unei (unor) teorii politice cu conceptele dreptului efectiv aplicabil în societatea dată, cu dreptul pozitiv. Relațiile sociale sunt, în consecință, politice doar pentru că sunt privite din unghiul de vedere al atașării lor obligatorii la realizarea scopului constitutiv al unei societăți, printr-o constituție, nu pentru că ar avea o esență anume. Obligativitatea integrării lor în societatea dată, ca mijloace necesare realizării scopului social, impusă normativ, le face politice.

Cea de a doua premisă metodologică amintită mai sus este, la rândul ei, din punctul meu de vedere, problematică. Chiar dacă am admite că există o diferență esențială obiectivă între relațiile politice și celelalte relații sociale, definirea unui sistem normativ prin caracterul relațiilor sociale la care se referă nu este validă, pentru că, de fapt, „problema nu este dacă acest criteriu este obiectiv sau nu, ci dacă el este un criteriu care poate fi folosit în mod operațional pentru a distinge un sub-sistem *normativ* în cadrul unui sistem *normativ*, odată ce el nu se referă în niciun fel la specificul *normelor* – și cu atât mai puțin la specificul sistemului lor –, ci doar la specificul obiectului asupra căruia normele acționează. Este ca și cum ai vrea să departajezi omul de restul regnului animal pe baza faptului că pământul pe care îl ară oamenii este deosebit de solul pe care pasc ciutele sau de cel pe care vânează leii. Așa cum natura solurilor nu are nicio legătură directă cu clasificarea animalelor, tot astfel, natura relațiilor sociale nu are nicio legătură directă cu clasificarea normelor, căci ele sunt situate în alt plan”³.

Definirea constituției în raport de grupa de relații sociale care ar fi distinse de celelalte relații sociale înainte de reglementarea lor distinctă, posibilă pentru că ar exista o esență care le-ar fi proprie, diferențiindu-le în mod obiectiv de celelalte relații sociale, este în mod inevitabil subiectivă, tautologică și juridic insesizabilă⁴. Subiectivă, pentru că fiecare poate introduce în sfera materială a constituției anumite norme, după cum judecă, ideologic determinat, importanța acestora; circulară, pentru că noțiunea de constituție este definită prin intermediul unor noțiuni care se definesc în raport de ea (de exemplu, puterile publice sunt cele instituite prin constituție, iar constituția este definită prin referire la puterile publice); juridic insesizabilă, pentru că noțiunile utilizate, de regulă, în vederea definirii (relații sociale, fundamental, putere, libertate) nu sunt juridice și sunt, cu necesitate, imprecise în măsura în care nu sunt remaniate pentru a putea fi valid utilizate în drept, adică juridicizate, ceea ce se întâmplă aproape întotdeauna.

¹ Vezi, Raymond ARON, *Sociologie des sociétés industrielles. Esquisse d'une théorie des régimes politiques*, Paris, Centre de documentation universitaire, 1958 (Les cours de Sorbonne 1957-1958. Sociologie).

² Vezi, de exemplu, John RAWLS, *La justice comme équité. Une reformulation de Théorie de la justice*, Paris, La Découverte, 2008, p. 20; Gérard BERGERON, *Fonctionnement de l'État*, Paris, Librairie Armand Colin, Seconde édition, 1965, p. 186.

³ Mădălina Cristina DĂNIȘOR, Dan Claudiu DĂNIȘOR, *op. cit.*, p. 121.

⁴ Pierre AVRIL, *Les conventions de la constitution*, Paris, P.U.F., 1997, p. 68.

Tocmai această *juridicizare* este metoda care fundamentează cercetarea constituției pe care încerc să o realizez în această lucrare. Ea îmi va permite să delimitez constituția prin specificul *instrumentului* pe care îl folosim pentru a cerceta constituirea juridică a societății, nu prin natura, care ar fi intrinsec diferită, a unor fenomene sau relații sociale. Rezultatul acestei metodologii va fi, pe de o parte, faptul că sfera materială a sistemului normelor constituționale diferă de sfera lui formală, în constituția unei societăți trebuind să fie incluse norme care nu sunt formalizate în legea ei fundamentală, că nu mai are importanță doar ce este într-o constituție, ci și ceea ce ar trebui să fie și, din varii motive, nu este, ceea ce obligă, în mod necesar, la completarea constituției formal în vigoare. Pe de altă parte, juridicizarea perspectivei asupra constituirii unei societăți presupune că ceea ce trebuie cuprins în actul său constitutiv, într-o constituție, este întotdeauna o normă juridică (nu doar o cerință politică), care constrânge relațiile sociale să se constituie într-un anumit fel, să se instituționalizeze din punct de vedere juridic și obligă aceste instituții să aleagă într-un anumit fel mijloacele normative de acțiune asupra subiecților. Sistemul normativ *constituie* societatea, nu o *descrie*. Privit astfel, juridicul, deși este, evident, creația unei societăți, o obligă să se constituie într-un anumit fel, și nu în altul.

Această metodă departajează viziunea pe care o promovez în această lucrare de viziunile esențialiste care caracterizează cea mai mare parte a studiilor actuale care au ca obiect constituția. Esențialiștii definesc dreptul fie prin natura fenomenelor, relațiilor sau comportamentelor sociale reglementate (esențialism materialist), fie prin natura proprietăților lui intrinseci, esențiale, adică a proprietăților care fac din drept ceea ce este și fără de care realitatea studiată nu ar mai fi drept (esențialism idealist). Pornind de la prima variantă a esențialismului, cea materialistă, constituția este definită ca subsistemul juridic care normează anumite relații sociale fundamentale, identificate, de regulă, ca fiind cele care țin de modul constituirii și exercitării puterii politice. Criteriul definirii dreptului care constituie societatea este, atunci, obiectul reglementării, iar acesta este determinat printr-o referire la caracterul 'fundamental' al relațiilor sociale. Acest gen esențialist de definire nu constituie un punct de vedere *juridic* asupra constituției, pentru că determinarea esenței relațiilor sociale care se constituie într-un obiect distinct de reglementare nu este juridică. Ce înseamnă caracterul fundamental al relațiilor sociale? Dacă relațiile sociale sunt fundamentale pentru că au anumite caracteristici intrinseci, o anumită esență, iar, dintre ele, constituția le reglementează doar pe cele care privesc puterea, atunci ar trebui, înainte de toate, să vedem ce le dă caracterul respectiv. Or, determinarea *juridică* a acestui caracter lipsește din teoriile care practică acest tip de esențialism. Orice relație socială poate fi judecată ca fiind fundamentală. Depinde de unghiul din care o privești și de presupuzițiile tale ideologice. Alegerea puterii statale ca obiect de reglementare este, la rândul ei, ideologică. Pentru a evita ideologizarea, trebuie ca această metodologie a definirii – utilizarea unor concepte nejuridice pentru a defini un obiect juridic – să fie părăsită. Definirea constituției trebuie *juridicizată*.

Consecința primă a eliminării presupuziției metodologice a esențialismului materialist este că subsistemele juridice, inclusiv cel constituțional, nu mai sunt distinse în primul rând în funcție de relațiile sociale reglementate, ci în funcție de scopurile urmărite prin normativizarea lor și în raport de metoda de reglementare care le este tipică. Aceasta înseamnă că teleologia și metodologia primează asupra obiectualității. Doar dacă procedăm în acest fel putem să rămânem atașați de principiul că normele, fiind juridice, adică obligatorii, constrâng realitatea socială să devină cum credem noi că trebuie să fie, nu urmează schimbările realității, care ar deveni, dacă am proceda astfel, prin ele însele, normative. În consecință, constituția ar trebui definită, deci delimitată, mai

întâi în raport de scopul urmărit prin constituirea unei societăți date, pe care îl voi numi scop constitutiv, în al doilea rând în raport de mijloacele utilizate pentru această constituire, pe care le voi numi mijloace constitutive și abia în al treilea rând prin delimitarea obiectului reglementărilor constitutive, dependentă de alegerile făcute în sfera primelor două criterii.

Corectarea carențelor metodologice ale viziunii esențialist-materialiste asupra dreptului presupune juridicizarea conceptelor și noțiunilor ne-juridice utilizate pentru a-l defini. Dacă o aplicăm problemei definirii constituției, trebuie să pornim procesul de definire de la realitatea juridică, nu extra-juridică (relațiile sociale, puterea etc.) și să detectăm care sunt premisele nemijlocit juridice ale procesului de definire. Prima premisă este că dreptul este un *sistem de norme*. A doua premisă este că obiectul normelor este determinat în funcție de *scopul* dreptului și de *metoda* proprie acestuia.

Într-un sistem care are ca scop conservarea drepturilor naturale ale omului, cum este cel modern liberal, utilizarea normelor este făcută pentru a determina subiecții să aleagă ei înșiși un anumit tip de comportament. Această metodă departajează sistemul juridic modern liberal de un simplu sistem de constrângere. Orientarea alegerilor subiecților se poate face direct, prin prescrierea comportamentelor de urmat, sau indirect, prin determinarea metodelor prin care este ales un anumit tip de normă care cere un anumit tip de comportament. Așadar, într-un sistem juridic întâlnim întotdeauna, în funcție de obiectul lor, determinat în raport de scop și de metodă, două tipuri de norme: norme *primare*, care au ca scop (și deci ca obiect de reglementare) comportamentele, și norme *secundare*, care au ca scop (și deci ca obiect de reglementare) modul în care vor fi produse normele de comportament¹. Normele calificate ca secundare prin raportare la comportamentele subiecților de drept sunt ‘prin natură’ constituționale. Dar ‘prin natură’ nu mai înseamnă ‘care au o esență particulară’, ci ‘care adoptă o anumită metodă de determinare a alegerilor subiecților’: mijlocită. De exemplu, „să nu furi!” este o normă primară, căci se referă la ce comportament nu trebuie să aleagă subiectul, dar pe care el poate să-l aleagă. În schimb, principiul legalității infracțiunilor, care presupune că infracțiunile sunt stabilite doar prin lege, este o normă secundară, căci determină modul în care vor fi stabilite normele de comportament de genul celei care încriminează furtul; obiectul reglementării nu mai este determinarea alegerii unui comportament de către subiecți, ci determinarea autorității și formei în care vor fi produse normele care fac acest lucru; raportat la comportamentul subiecților, norma este mediată, secundară. În consecință, prima normă va fi ‘prin natură’ legală, în timp ce cea de a doua va fi ‘prin natură’ constituțională. Metoda de definire a constituției se păstrează, de data aceasta, strict în sfera juridicului. Aplicând-o, putem defini constituția ca fiind sistemul normelor secundare, adică al normelor care reglementează modul de producere a normelor de comportament. Trierea normelor constituționale din ansamblul normelor juridice este, dacă utilizăm un astfel de criteriu, simplă: toate normele care reglementează modul în care cei care normează – societatea, statul sau indivizii înșiși – vor putea să normeze comportamentele sunt constituționale, iar cele care normează comportamentele subiecților nu sunt constituționale. Caracterul ‘fundamental’ al normelor dreptului constituțional este construit, în consecință, nu prin raportare la anumite valori sau relații sociale, ci prin raportare la producția normativă: fără un nucleu de norme secundare, sistemul juridic nu își poate regla propria producere și, în consecință, nu poate fi valid. Este sensul în care constituția este numită lege fundamentală: în baza ei este fondat – validat – întregul sistem

¹ Herbert Lionel Adolphus HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, Editions Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976; traducere în limba română, *Conceptul de drept*, Editura Sigma, Chișinău, 1999.

al normelor juridice care au ca obiect de reglementare obținerea unui comportament din partea subiecților de drept.

Critica ce poate fi adresată acestei concepții, care utilizează pentru a defini constituția criteriul funcției normelor, este că „acest criteriu privește normele prin raportare la celelalte norme, nu subsistemul normativ prin raportare la sistemul normativ. Ceea ce trebuie adăugat este, în consecință, funcția specifică a subsistemului, determinată prin raportare la cea a sistemului și a celorlalte subsisteme care îl compun. Când vrem să definim regnul animal nu definim un animal, ci definim categoria însăși. Tot astfel, când trebuie să definim o ramură a dreptului nu putem să ne oprim la definirea normei care îi este unitatea de bază, ci trebuie să găsim trăsăturile specifice ale subsistemului însuși”¹. Ar trebui să putem construi un concept de ‘subsistem al normelor secundare’, pe care să-l deosebim, în cadrul sistemului juridic dat, de celelalte subsisteme normative, prin anumite trăsături sistemice specifice. Întrebarea este, așadar, ‘ce unește într-un sistem normativ aparte normele secundare, pe lângă faptul că fiecare dintre aceste norme este secundară?’. Acest ‘ceva aparte’ trebuie situat în sfera dreptului, nu în sfera relațiilor sociale, așa că subsistemul nu poate fi departajat în funcție de natura relațiilor sociale reglementate. Diferența trebuie constituită, așadar, la nivelul funcțiilor normative ale subsistemului.

Dacă funcția normelor secundare este să încadreze producerea normelor de comportament, care este funcția sistemului acestor norme secundare, adică funcția constituției? Este clar că trebuie să fie vorba de funcția constituției însăși, nu de funcția normelor ce o compun. Intuiția ne spune, dat fiind numele subsistemului normativ, că funcția lui este *constituirea*. Mai întâi, a societății, din punct de vedere juridic, adică în mod just. Mai apoi, a ordinii normative, ca ordine justă și ca sistem coerent, complet și consistent. Constituirea juridică a societății presupune, așadar, că societatea, ca să rămână justă, trebuie să poată fi judecată ca fiind juridică în orice aspect al constituirii ei. Funcția constituției ca sistem normativ este, așadar, să excludă orice relație sau constrângere care nu este juridică. Nu trebuie să existe niciun act sau fapt prin care un subiect să poată fi obligat să fie sau să facă altceva decât vrea el să fie sau să facă care să nu fie încadrat normativ de o normă care trebuie să fie validă ca normă juridică. Puterea, indiferent de natura sa, nu poate lua ‘măsuri’, ci este obligată, întotdeauna, să acționeze doar în baza unui titlu normativ și numai în limitele trasate de acesta. Drepturile omului, care sunt constitutive pentru sistemul social și pentru puterea politică ce îl dirijează, trebuie înțelese, la rândul lor, ca norme, nu ca prerogative. Aceste norme limitează orice putere: a comunității, a puterii politice sau a altora. Normele însele nu sunt ‘stăpâne’ peste oameni. Ele sunt, la rândul lor, bazate doar pe o altă normă, care le autorizează și încadrează producerea. Funcția sub-sistemului normativ numit ‘constituție’ este să oblige la constituirea societății, puterii și normativității doar pe baze juridice.

Celălalt mod esențialist de definire a dreptului și a constituției, cel idealist, ipostaziază un concept de drept anistoric și acultural și pretinde că îi descoperă caracterele esențiale. Este vorba de o viziune ‘filozofică’ asupra dreptului, care ar fi distinctă de viziunea celorlalte științe sociale. Problema unei astfel de viziuni este că dreptul așa cum poate fi observat este un fenomen social contingent, a cărui configurare depinde de concepțiile oamenilor și de practicile sociale și este, în mod evident, diferit de la o cultură la alta și de la epocă la alta. În consecință, dreptul nu pare să se preteze la o astfel de ipostaziere în ‘necesitate eternă’. Doar dacă nu este vorba de caracterul necesar al acestei contingențe însăși, de „adevărul universal și invariabil că dreptul și ideea de

¹ Mădălina Cristina DĂNIȘOR, Dan Claudiu DĂNIȘOR, *op. cit.*, p. 121.

drept sunt în aceeași măsură trăsături contingente și variabile ale civilizației umane”¹. Universal ar putea fi, în consecință, doar faptul că dreptul este contingent. Metodologic vorbind, aceasta înseamnă că singura necesitate universală este cea a contextualizării dreptului. Nu există, deci, un drept universal valabil, ale cărui trăsături esențiale le-am putem detecta, ci doar o metodă universală de a aborda dreptul.

Departajarea viziunii metodologice pe care o adopt în această lucrare de viziunea esențialistă idealistă este mult mai dificilă decât departajarea de cea materialistă. Pentru a o opera, trebuie să abordez câteva probleme de teorie generală a dreptului: ce înțeleg eu prin ‘concept’, ce înțeleg printr-un ‘concept al dreptului’ prin diferență față de un ‘concept despre drept’ și care este statutul Constituției din punct de vedere conceptual².

„Conceptele sunt maniera în care noi concepem aspecte ale lumii și se situează între, de o parte, cuvinte și semnificația lor, prin care conceptele sunt exprimate, și, de cealaltă parte, natura lucrurilor cărora ele li se aplică”³. Conceptele sunt o ‘gândire concretă’, adică, deși sunt, în mod evident, rezultatul unei gândiri, ele devin o realitate concretă, care există independent de fiecare gândire particulară luată în parte. Acest lucru înseamnă că, odată ce dreptul este „un concept înrădăcinat în auto-înțelegerea societății noastre [...], atunci când studiem natura dreptului, noi studiem, într-o largă măsură, natura propriei noastre auto-înțelegeri”⁴. Noțiunile juridice, înțelese astfel, sunt realități *sui generis*, situate la un nivel intermediar între semnificația cuvintelor și natura realității semnificate. De exemplu, proprietatea nu este o realitate obiectivă (nu există proprietate în natură), dar nici nu se rezumă doar la semnificația unui cuvânt, ci reprezintă concepția noastră ‘obiectivă’ despre cum trebuie să fie construite raporturile dintre noi când ele se referă la lucruri. Proprietatea este o gândire concretă, una care obiectivează un mod al grupului uman de a se auto-concepe. Ea este inteligibilă doar în interiorul unui astfel de grup. Un om primitiv, care trăiește în ceea ce contractualiștii numeau ‘starea de natură’, nu va înțelege nimic din conceptul de proprietate, pentru că el nu are ‘posesia’ conceptului. Doar cei care trăiesc în societatea în care s-a forjat conceptul o au. Dreptul este, astfel, dependent de o cultură.

Conceptele sunt, în același timp, instrumente și obiecte ale înțelegerii. Ca obiecte ele au specificul de a fi realitățile intermediare pe care am încercat să îl schițez mai sus, dar și ca instrumente ele au unele particularități. Prima este deja conținută în explicația de mai sus: conceptele, mai ales cele reflexive, cum sunt cele juridice, pot fi ‘posedate’, fără a fi neapărat ‘stăpânite’⁵. Nu există subiect care să nu posede o înțelegere intuitivă a conceptelor politice și juridice utilizate în societatea sa, chiar dacă ea este, de cele mai multe ori, vagă. De aceea, cel puțin aparent, toți ne ‘pricepem’ la drept, ca și la politică. Fără această posesie elementară a conceptelor politice și juridice tipice societății date de către toți membrii săi societatea respectivă nu ar fi posibilă. Această posesie nu trebuie însă confundată cu stăpânirea conceptelor. A stăpâni conceptul unui lucru înseamnă a cunoaște caracterele necesare ale aceluia lucru. În cazul

¹ *Idem*.

² Această parte a lucrării reprezintă o reluare a ideilor din lucrarea Mădălina Cristina DĂNIȘOR, Dan Claudiu DĂNIȘOR, *Teoria generală a dreptului*, București, Universul Juridic, 2023.

³ Joseph RAZ, *Can There Be a Theory of Law?*, în *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Edited by Martin P. Golding and William A. Edmundson, Oxford, Blackwell Publishing, 2005, p. 325.

⁴ Joseph RAZ, *Can There Be a Theory of Law?*, în Joseph RAZ, *Between Authority and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 31.

⁵ Joseph RAZ încearcă să facă distincția între posesia, stăpânirea și explicarea conceptului de drept. (Vezi Joseph Raz, *Can There Be a Theory of Law?*, în *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, *op. cit.*, pp. 324-342.) Voi încerca propria explicație, care părește presupuziția esențialistă a acestuia.

instrumentelor, această cunoaștere include funcțiile lucrului, care sunt legate de posibilitățile acestuia, dar și de abilitatea subiectului de a folosi lucrul, fiind situată între subiectivitate și obiectivitate. De exemplu, oricine poate poseda o dalta pentru lemn, dar asta nu îl face capabil de sculptură în lemn. Stăpânirea utilizării instrumentului pentru sculptură presupune o înțelegere mai profundă a funcțiilor lui și abilități pe care subiectul obișnuit nu le are. Trebuie să înveți arta sculpturii, pentru a putea utiliza dalta în vederea ei. Tot astfel, pentru a stăpâni conceptele juridice, trebuie să înveți arta dreptului. Stăpânirea conceptelor juridice, ca instrumente ale dreptului, poate fi făcută doar dacă înțelegi 'natura' dreptului. Paradoxul este că învățarea artei dreptului poate fi făcută doar cu ajutorul conceptelor juridice, adică natura dreptului este dependentă de instrumentul înțelegerii dreptului, de concepte. Dar paradoxul este doar aparent. Și sculptorul trebuie să utilizeze dalta pentru a-și însuși arta sculpturii. Practica este cea care îl învață. El va utiliza experiența celor care stăpânesc deja arta, care i-o vor explica, dar arta sa nu este o copie a acestor explicații, ci o reinventare a artei înseși. Ceea ce trebuie să realizeze explicarea făcută conceptelor artei dreptului, teoria juridică, este să susțină procesul de reinventare permanentă, prin practică, a dreptului. Obiectul teoriei juridice este reinventarea dreptului, nu simpla explicare a dreptului pozitiv. Ea este o „trecere de trecere”¹, fiind situată dincolo de particularitatea unui sistem juridic oarecare, dar nu pentru că generalizează trăsăturile comune ale sistemelor de acest tip, ci pentru că este normativă, pentru că este un izvor al dreptului pozitiv, situată fiind în amonte său, nu în aval. Conceptele teoriei dreptului sunt, în consecință, într-o formă aparte, ontologice, nu doar gnoseologice.

Când spun că dreptul aparține unei culturi, spun că fiecare cultură are propriul concept despre drept. Obiecția ar fi că, odată ce există drept în toate aceste culturi, trebuie să existe unele trăsături transculturale care ne dau posibilitatea să calificăm fiecare dintre aceste realități particulare ca fiind 'drept'. Dar obiecția presupune că doar generalizarea unor trăsături esențiale comune tuturor sistemelor de drept existente ne conduce la forjarea conceptului de drept. Or, dacă conceptele sunt acele realități intermediare de care vorbeam mai sus, atunci ele nu există ca generalizări ale trăsăturilor esențiale ale lucrurilor obiective cărora li se aplică, ci într-un alt mod. Hegel explică sugestiv acest 'alt mod': „Mișcarea noțiunii trebuie să fie considerată, ca să spunem așa, ca un joc (*Spiel*). Termenul diferit de ea pe care ea îl pune, nu este în realitate un termen diferit de ea”². În acest fel, noțiunea are virtutea „de a nu fi decât o dezvoltare a ei însăși”³. Acest sens al noțiunii îl avem în vedere „când vorbim de idei înăscute”⁴. Conceptul dreptului nu este decât o astfel de idee 'înăscută', care se dezvoltă din ea însăși în cadrul oferit de viața spirituală a unei comunități culturale. Hegel dă exemplul o sămânță din care crește o plantă, care are în ea planta întregă, deși, evident, ea nu este chiar planta, ci doar potențialitatea ei. Pentru drept, comunitatea culturală este solul în care este sădită această sămânță. Acesta este sensul prim al ideii *autopoiesis*-ului (auto-producerii) sistemului juridic: el se dezvoltă din el însuși, deși, desigur, are nevoie de o comunitate și este, cum zicea același Hegel, „cultura cea care dă *existența* dreptului” [sublinierea mea; pe care o voi marca în restul lucrării prin (s.m.)], iar cultura „este sfera relativului însăși”. În calitatea sa de *concept*, dreptul este relativ autonom față de comunitatea culturală, căci,

¹ Vezi Gheorghe DĂNIȘOR, *Metafizica devenirii*, București, Editura Științifică, 1992.

² *Grande Encyclopédie*, §161, citat din G.W.F. HEGEL, *Logique de Hegel*, Tome 2, Paris, Librairie Philosophique de Ladrage, 1859, p. 200.

³ *Idem*, p. 200.

⁴ *Idem*, p. 200.