

DOGMATICA DREPTULUI ȘI POLITICA JURIDICĂ*

Prof. dr.iur. dres h.c. BERND RÜTHERS

Structură:

I. CE ESTE DOGMATICA DREPTULUI?

- 1) Incertitudinea conceptului
- 2) Teama față de rigidizarea dogmatică
- 3) Reducerea funcțiilor istoriei dreptului
- 4) Dogmatica – servitor al potențailor?
- 5) Încercare de clarificare conceptuală
- 6) Dogmatică și lege
 - a) Incertitudinea limbajului
 - b) Dogmatica – sarcină și produs al interpretării
- 7) Datarea / perisabilitatea dogmelor juridice – diferențe între dogmatica juridică și cea teologică

II. CUM SE NAȘTE DOGMATICA JURIDICĂ?

- 1) Constrângerea către decizii rapide
- 2) Riscurile erorii
- 3) „Adevărul” și validitatea aserțiunilor dogmatice

III. TRANSFORMAREA DOGMATICII ÎN CURSUL TRECERII DE LA STATUL LEGII LA STATUL JUDECĂTORILOR

- 1) Rolul conducător al instanțelor supreme
 - a) Marșul triumfal al dreptului judecătoresc
 - b) Transformarea constituției și conceptul de dogmatică
- 2) Erori dogmatice în dreptul judecătoresc
- 3) Rolul științei dreptului
 - a) Modificarea funcției ancilare și de ofertă
 - b) Funcția critică
 - c) Dogmatică și istorie

* Traducere în limba română și rezumat de Marius Balan. Intervențiile și observațiile traducătorului sunt marcate prin paranteze drepte.

d) Dogmatică și selecția metodelor

IV. CE REALIZEAZĂ DOGMATICA DREPTULUI PENTRU PRACTICA JUDICIARĂ?

- 1) Funcția de ordonare și sistematizare
- 2) Funcția de stabilizare
- 3) Funcția de degrevare
- 4) Interdicția negării
- 5) Funcția critică și de perfecționare / Dogmatica juridică și „sistemul“

V. DOGMATICA JURIDICĂ ȘI POLITICA JURIDICĂ

- 1) Ce înseamnă politica juridică?
- 2) Dogmatica dreptului ca politică juridică “cristalizată”
- 3) Politica juridică și răspunderea pentru consecințe

VI. EROZIUNEA DOGMATICII PRIN DREPTUL JUDECĂTORESC?

I. CE ESTE DOGMATICA DREPTULUI?

1. Incertitudinea conceptului

Când juriștii discută despre dogmatică, conținutul semantic și intensitatea conceptuală sunt de multe ori neclare. Câteodată chiar și analiza termenului ca atare lipsește din tratatele fundamentale, din lexicoane sau din lucrările introductive, deși, ocazional, autorii îl utilizează cu râvnă. Conceptul este presupus ca deja cunoscut, dar rareori este definit, și, chiar atunci, este definit în mod neîndestulător¹. Chiar și studiul amănunțit al lui E. Picker *Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte* (Dogmatica dreptului și istoria dreptului)² presupune conținutul conceptual al dogmaticii dreptului ca deja clarificat și se consacră obiectivului – considerat ca relevant în cel mai înalt grad – de a lega “o dogmatică gândită istoric” de “o istorie a dreptului interogată dogmatic, ca scop al științei și educației [juridice]”³.

2. Teama față de rigidizarea dogmatică

Conceptul de dogmatică declanșează uneori în discursul juridic emoții negative. Pentru mulți, mai ales în timpuri agitate ale schimbărilor decise sau ale răsturnărilor factice ori ale imaginilor despre lume, dogmatica reprezintă

¹ Semnificativ în această privință: W. Fikentscher, *Methoden des Rechts*, Bd. 1-5, J.C.B. Mohr, Tübingen 1975-1977, passim. Vezi apoi F. v. Hippel, *Rechtstheorie und Rechtsdogmatik*, Klostermann, Frankfurt a. M. 1964, passim.

² E. Picker, *Archiv der civilistischen Praxis*, 201. Bd., (2001), p. 763-859.

³ *Ibid.*, p. 848 și urm.

„dogmatismul“, adeziunea față de tradiții dubioase, înstrăinarea dreptului și a juriștilor față de realitatea vieții și de cerințele acesteia⁴.

Disputa asupra eliberării dogmaticii „în vigoare“ de rădăcinile sale istorice constituie o problemă care revine în mod ciclic. Ea devine actuală mai ales în epoci de transformare economică, culturală, socială și politică. Dogmatica juridică, marcată de regulă prin evoluția istorică, apare criticilor ei ca o fortăreață a juriștilor de orientare conservatoare, împotriva noilor puncte de vedere și a noilor reprezentări axiologice, care pun la îndoială și ar putea schimba reprezentările juridice tradiționale⁵.

Seria unor asemenea dispute a fost inițiată în Germania către sfârșitul secolului XIX și începutul secolului XX, prin scrierile polemice ale școlii dreptului liber (Freirechtsschule). Adepții acesteia pretindeau separarea dogmaticii juridice de istoria dreptului⁶. Discursul începea cu teza conform căreia dogmatica juridică și istoria dreptului ar avea sarcini total diferite, și ar fi devenit prin urmare discipline distincte și chiar „diametral-opuse“⁷. Ce-i drept, istoricitatea dreptului este importantă și semnificativă pentru istoria dreptului. Dreptul contemporan este determinat însă nu de istorie, ci de factorii de putere reali, pe plan economic, politic, social și etc.

Adepții dreptului liber au fost însă precedați de dogmaticienii pozitivismului legii, care prin fixația față de legislația recentă, au căzut frecvent pradă unei interpretări pur literale, neglijând sau pierzând cu totul percepția asupra contextului istoric. Această atitudine se regăsește în forma cea mai autentică în teoria interpretativă – pe care sub acest aspect o putem numi aproape sterilă – a marelui Hans Kelsen, creatorul „teoriei pure a dreptului“.

Un nou val al criticii fundamentale la adresa dogmaticii juridice a fost declanșat odată cu pătrunderea curentelor neo-marxiste în știința dreptului, la finele anilor '60 ai secolului trecut. „Capitalismul târziu“, declarat antiuman și morbid (Habermas) și „societatea de tranziție“ liberalistă a Republicii Federale

⁴ Vezi în acest sens, cu numeroase argumente, Picker, *op. cit.*, p. 771 și urm., 780 și urm.

⁵ Vezi de exemplu J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 2. Aufl., Athenäum-Verlag, Frankfurt a.M. 1972, p. 90 și urm.

⁶ H. Kantorowicz (Gnaeus Flavius), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Winter, Heidelberg, 1906, p.104 și urm.; idem., în „Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform“, 1907/8, Heft 4, p.108 și urm.; idem., în „Recht und Wirtschaft“ 1, 1911, p. 47 și urm.; E. Fuchs, *Juristischer Kulturkampf*, Braun Verlag, Karlsruhe, 1912, p. 98 și urm.; idem., în „Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie“ 1918/19, p. 17 și urm. Pentru intensitatea polemică a acestei discuții, vezi E. Picker (mai sus, nota 2) p. 767.

⁷ Carl Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Duncker & Humblot, Leipzig, Bd. 1, 1892, p. 531 și urm.; Victor Ehrenberg, *Die deutsche Rechtsgeschichte und die juristische Bildung*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1894, p. 6.

urmas a fi înlocuite printr-un socialism [de tip] nou. S-a redescoperit faptul că știința dreptului este și o știință socială. Acest lucru a fost susținut încă din secolul XIX de către Lorenz von Stein care reproșa științei dreptului și statului din Germania înstrăinarea față de realitate și care și-a marcat astfel despărțirea de jurisprudență⁸. Acum, dogmatica juridică este criticată din nou, de data aceasta de pe poziții fundamentale marxiste⁹.

În cazul examinării rolului dreptului și al juriștilor în timpul dictaturii lui Hitler, preluarea necritică a punctelor de vedere marxiste a dus la rezultate remarcabile. Astfel unii neo-marxiști convingși, în analiza situației din anii '70, au ajuns să nu recunoască democrația bazată pe drepturile fundamentale ca antipod al dictaturilor național-socialistă și comunistă și să recomande, dimpotrivă, dictatura marxistă ca terapie pentru Reich-ul lui Hitler¹⁰.

Exemplele atestă un lucru: disputele dogmatice fundamentale constituie manifestări ce însoțesc cu regularitate situațiile de răsturnare revoluționară, reală sau dorită. În acest sens există pentru secolul XX o mulțime de cazuri concrete, în Germania și în Europa. Aceste evenimente și aceste discursuri au inițiat și promovat un proces amplu de separare între dogmatica juridică și istoria dreptului. Ele sunt astăzi în Germania, discipline distincte sub aspectul obiectului, metodelor și interesului cercetării¹¹.

Există și alte motive care au concurat la aceasta: în știința istoriei, în filozofie și în istoria dreptului s-a răspândit convingerea că, oricum, nu se poate învăța nimic din istorie¹².

⁸ Lorenz von Stein, *Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft Deutschlands*, Cotta-Verlag, Stuttgart 1876.

⁹ Semnificativ: Hubert Rottleuthner, *Klassenjustiz*, în „Kritische Justiz“ (KJ) 1969, p. 1 și urm.; idem, *Richterliches Handeln – Zur Kritik der juristischen Dogmatik*, Athenäum Fischer-Taschenbuch Verlag, Frankfurt a.M., 1973; idem, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, Fischer Verlag, Frankfurt a.M. 1973.

¹⁰ Pentru detalii, vezi W. Fikentscher, *Methoden des Rechts*, Bd.3, J.C.B. Mohr, Tübingen 1976, p. 327 cu trimitere la H. Rottleuthner, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, Fischer Verlag, Frankfurt a.M., 1973, p. 209 și urm. Critica – datând din 1973 – a lui Rottleuthner față de statul de drept al Legii Fundamentale [a Germaniei] era mai dură decât cea a dreptului statului național-socialist.

¹¹ E. Picker, în „Archiv für civilistische Praxis“ 201. Bd. (2002), p. 763 și urm.

¹² Vezi de exemplu controversa A. Lübbe ./ B. Rüthers în: „Rechtshistorisches Journal“ 7. Bd. (1988), p. 417 și urm. și 8. Bd. (1989), p. 387 și urm.; apoi Michael Stolleis, în Rainer Eisfeld (ed.), *Gegen Barbarei. Essays Robert W. Kempners zu Ehren*, Athenäum-Verlag, Frankfurt a. M., 1989, p. 385 și urm.; R. Dahrendorf, *Gesellschaft und Demokratie in Deutschland*, Piper Verlag, München, 1965, p. 33; Schieder în *Festschrift für Hermann Heimpel*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1971, p. 1 și urm., 25 și urm.; E. Picker, în Werner Flume und Wolfgang Schön (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk*, O. Schmitt-Verlag, Köln, 1997, p. 953.

3. Reducerea funcțiilor istoriei dreptului

În opinia multora, programul unei istorii a dogmaticii juridice a fost înmormântat odată cu distanțarea față de școala istorică a dreptului¹³. În consecință, istoria dreptului joacă în învățământul juridic contemporan un rol pe care, chiar și exprimându-ne eufemistic, l-am putea desemna ca „marginal”. Prin dislocarea sistematică a istoriei dreptului și a filozofiei dreptului din învățământ se renunță (în mod deliberat?) la evidențierea elementelor contextuale majore, la perceperea și păstrarea achizițiilor durabile, consolidate și modificate istoric, pe planul cunoașterii și la acceptarea concluziei firești, conform căreia „fără trecut nu există viitor”: știința originii constituie o condiție indispensabilă pentru evaluarea corectă a prezentului și pentru o configurare umană a viitorului.

Nu voi discuta aici despre străvechea dispută teoretică asupra faptului dacă oamenii pot învăța ceva din istorie, dar mă voi mulțumi să constat că unii pot, dar cu siguranță nu toți. După istoria lor recentă plină de răsturnări și transformări, germanii au avut ocazia să caute posibilități practice de a trage învățăminte din istorie, fără a se lăsa derutați de subtilități teoretice excesive. Acest lucru este atestat, nu în ultimul rând, de istoria constituțională. Ce altceva este orice nouă constituție, decât o încercare de a găsi o ordine politică mai bună, după experiențele dureroase ale trecutului? Legea Fundamentală [a Germaniei din 1949] poate fi privită, cel puțin până în momentul de față, ca exemplu de succes al capacității de a învăța ceva pe planul dogmaticii constituționale din experiența istorică.

Actul de a învăța presupune capacitatea și disponibilitatea:

- de a percepe în mod imparțial realitatea relevantă și
- de a deduce concluzii din cea ce se cunoaște, pe baza rațiunii practice.

Așadar trebuie să putem să învățăm și să vrem să învățăm. Dogma conform căreia nu se poate învăța nimic din istorie distruge șansa de a deveni, pe baza experienței, dacă nu înțelepți, măcar puțin mai înțelepți. Acest lucru este valabil și în privința raportului dintre istoria dreptului și dogmatica juridică.

4. Dogmatica – servitor al potentatilor?

Mulți juriști – și nu numai acestora – dogmatica dreptului le apare, prin prisma istoriei dreptului din secolul XX, ca dubioasă sau chiar sinistă. În succesiunea diverselor sisteme politice, ea a contribuit în mod considerabil la fabricarea și fundamentarea unor decizii diferite, uneori chiar opuse pentru

¹³ Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., 1967, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, p. 423.

aceleași conflicte de interese, pe baza acelorași texte de lege. Ce fel de dogmatică este aceasta, care face posibil ca prin bagheta magică a teoriei dreptului să apară „interpretări” sau mai degrabă „mistificări”^{*} nelimitate?

Din această primă examinare, un lucru ni se pare evident: dogmatica dreptului se vădește a fi deosebit de elastică și capabilă de adaptare la condiții sociale, politice și economice diferite precum și față de criterii axiologice schimbate. Ea poate fi chiar motor al evoluției pe planul politicii juridice, având deci elemente dinamice, alături de cele conservatoare.

5. Încercare de clarificare conceptuală

Tocmai modulurile opuse de funcționare a ceea ce este desemnat ca dogmatică a dreptului fac să fie necesară o clarificare conceptuală cât mai precisă cu putință.

Cuvântul „dogmă” provine din limba greacă. El are un întreg spectru de semnificații posibile, cum ar fi „opinie bine stabilită”, „dispoziție” a unei instanțe competente sau „teză” ori „principiu”. În filozofia antichității târzii, cuvântul desemna formularea didactică a unor „adevăruri fundamentale” sau a unor „teze stabilite cu certitudine, valabile”. De aici „dogma” a fost preluată în teologia creștină. Pentru biserica catolică, ea constituie un articol de credință proclamat public și obligatoriu.

În sens larg, cuvântul desemnează „o convingere fundamentală”, care este asigurată contra dubiilor nu numai prin argumente raționale, ci și prin declarația de autoritate și prin acceptarea bazată pe credință¹⁴. În această accepțiune, dogma are pretenția recunoașterii și a valabilității.

Dogmatica este prin urmare teoria privitoare la aceste dogme, cărora în diversele discipline le revin semnificații și funcții diferite. Semnificația comună constă în aceea că dogmele reprezintă cunoștințele fundamentale ale unui domeniu teoretic, recunoscute ca valabile și obligatorii. Felul obligativității poate fi însă foarte diferit, de la o disciplină la alta.

Ce anume ne spune acest concept al dogmaticii, dezvoltat teologico-filozofic, atunci când îl transpunem în științele juridice?

O privire asupra istoriei dreptului ne arată că în toate timpurile a existat necesitatea de a formula principii juridice fundamentale. Aici este vorba cu

^{*} Joc de cuvinte intraductibil: „Auslegung”, însemnând în limba germană „interpretare”, „comentariu”, este foarte apropiat fonetic și sub aspectul construcției morfologice de „Einlegung” (intervenție, adaos). Am preferat să redăm cel din urmă termen prin „mistificare” întrucât, în contextul de față, adausul sau intervenția aplicantului dreptului în textul legii are semnificația unei mistificări (n. tr.).

¹⁴ *Der große Brockhaus in 12 Bänden*, Bd. 3, Brockhaus-Verlag, Wiesbaden 1978, p. 219.

precădere nu de aserțiuni demonstrabile rațional, ci de ipoteze fundamentale (Grundannahmen), „axiome”, care sunt presupuse ca valabile, dar care, pe baza experienței noastre, dedusă din schimbarea succesivă a diferitelor concepții juridice dominante, pot fi oricând revizuite. Aici intră de exemplu decizia pentru un canon și o ordine a rangului valorilor fundamentale, așa cum sunt ancorate în catalogul drepturilor fundamentale din Constituție. Legea fundamentală este prin urmare înțeleasă și aplicată de Curtea Constituțională și de doctrina dominantă* în mod consecvent, deși nu și necontestat, drept „ordine axiologică” obligatorie. Judecățile axiologice sunt, ce-i drept, discutabile sub aspect rațional, de exemplu sub aspectul decelării reglementărilor normative care ar fi utile prosperității durabile a societății. Ele însă nu sunt „demonstrabile logic”. De aceea, stabilirea și impunerea judecăților axiologice în ordinea juridică reprezintă o sarcină a legislativului a cărei necesitate este evidentă.

Aplicată dreptului, dogmatica înseamnă prin urmare decelarea valorilor fundamentale, a fundamentărilor și a soluțiilor [tipice ale] problemelor în privința dreptului în vigoare. Doar de aici se pot deduce în mod rezonabil și, pe cât posibil, necontradictoriu soluțiile unor cazuri concrete. Ea cuprinde toate tezele teoretice și fundamentale, regulile de bază și principiile ordinii juridice. Acestea sunt în primul rând cele înscrise în textul legii și care pot fi „scoase” prin interpretare, dar și cele pe care justiția și știința juridică le-au adăugat reglementării legale și care au dobândit recunoaștere generală.

De exemplu: „Dreptul de autodeterminare în privința informațiilor”; „Dreptul general al personalității”, § 823, alin. I, BGB**.

Dogmatica trebuie să clarifice dreptul în vigoare, dându-i forță de convingere și invocând valorile fundamentale general recunoscute (convingeri axiologice). Ea constituie totodată *sistemul intern* al unei ordini juridice scrise, cristalizată prin parcurgerea mai multor trepte de dezvoltare, practic de necuprins și nu întotdeauna lipsită de contradicții.

6. Dogmatica și legea

Prima sursă a dogmaticii o constituie legile în vigoare. Ea se dezvoltă din interpretarea, în conformitate cu constituția, a întregii ordini juridice, concepută ca o unitate lipsită de contradicții, ce nu rezidă în legi, ci trebuie produsă printr-o interpretare armonizantă („concordanță”) a lacunelor și contradicțiilor existente.

* În terminologia juridică germană, „herrschende Lehre” indică opinia dominantă în doctrină. Termenul este utilizat în mod current, fiind redat de cele mai multe ori prescurtat (h.L.)

** BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) este Codul civil german, intrat în vigoare la 1 ianuarie 1900. Urmând tradiția Pandectelor, textul său este divizat în „paragrafe”, desemnate prin simbolul “§”.

În această măsură, jurisprudența este o știință a textului¹⁵. Ca și alte științe ale textului (filozofie, teoria literară, istorie, teologie), ea are de-a face în primul rând cu texte. Acestea sunt mai ales textele de lege, note și rapoarte oficiale de fundamentare a legilor, decizii judecătorești, prezentări ale soluțiilor de speță în vederea decelării normelor juridice, discursuri științifice în publicații de specialitate etc.

Textele jurisprudenței – în măsura în care este vorba de drept în vigoare – au, în comparație cu cele ale altor științe ale textului, o obligativitate de ordin special. Ele pretind a avea „validitate”. În aplicarea dreptului, juriștii sunt legați de „lege și drept” (art. 20, alin. III din Legea Fundamentală a Germaniei).

a) Incertitudinea limbajului

Legile sunt formulate prin dispoziții juridice, fiind [sunt redactate] într-o limbă. Limba este un mediu nesigur și imprecis. Conceptele ei sunt adesea polisemantice (de exemplu termenii „funcție” sau „baterie”) sau neclare. Ce este de exemplu „arma” în accepțiunea § 224, alin. I din Codul penal german (articol ce incriminează vătămarea corporală gravă) sau ce înseamnă „pe timp de noapte” în cazul formei agravate de braconaj prevăzută în § 292, alin. II, nr. 2 din același cod? Ce anume este o „componentă esențială” (wesentliche Bestandteile) „inserată pentru producere”, în accepțiunea § 94 BGB?

În plus, semnificațiile cuvintelor („intensitățile”) variază în decursul istoriei, odată cu transformarea sistemelor și reprezentărilor dominante pe plan moral și politic. Se pot cita în acest sens noțiunile de „bună credință” (Treu und Glauben), „bune moravuri” (gute Sitten) sau „motiv temeinic” (wichtiger Grund). Toate conceptele juridice centrale sunt marcate și de influența societății și – prin urmare – au semnificații diferite, în funcție de ordinea de ansamblu a societății¹⁶. Conceptele au, la fel ca și indivizii, istoria lor proprie și – tot la fel de puțin ca și aceștia – nu reușesc să se opună forței timpului lor¹⁷.

b) Dogmatica – sarcină și produs al interpretării

Din cele de mai sus reiese că dogmatica juridică nu poate fi găsită exclusiv în [textul de] lege. La factorii de nesiguranță enunțați mai sus

¹⁵ Bernd Rüthers, *Willkür in den Worten*, în „Frankfurter Allgemeine Zeitung” din 23.12.2002, p. 8; idem, *Rechtstheorie*, München, C.H. Beck, 1999, nr. 150 și urm., 156 și urm.

¹⁶ Lorenz von Stein, *Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft Deutschlands*, Cotta-Verlag, Stuttgart, 1876, p. 135.

¹⁷ Am folosit aici formularea lui Søren Kierkegaard.

(polisemia, nedeterminarea, transformarea sensului) se mai adaugă o altă problemă de interpretare, decurgând din faptul că legile sunt de regulă lacunare.

Deja din secolul XIX se știa că legile, în contrast cu ideea codificării complete și perfecte, pot fi redactate doar în formă incompletă și imperfectă. Din acest motiv, definiția generală a lacunei legii ca „o nedesăvârșire neplanificată” (planwidrige Unvollständigkeit) (Karl Larenz) este problematică. Ea nu ia în considerare lacunele lăsate în mod deliberat de legiuitor, precum și lacunele secundare, care apar după intrarea în vigoare a legii.

Inevitabilitatea caracterului lacunar operează deja în momentul adoptării unei legi noi, întrucât legislativul poate doar rareori să perceapă toate problemele concrete ce necesită a fi reglementate („lacune primare”). Odată cu procesul de îmbătrânire a unei legi (BGB datează din 1900!) și cu transformările sociale, lacunele devin din ce în ce mai numeroase. Instanțele trebuie să decidă în permanență asupra unor probleme de drept, pe care legiuitorul nu putea să le cunoască și să le reglementeze („lacune secundare”). Problemele noi supuse spre soluționare trebuie însă „ajustate” în sistem, în dogmatica ordinii juridice în vigoare.

Juriștii romani știau deja că legile nu pot conține soluții depline pentru toate problemele de drept. La Pomponius (Dig. 1, 2, 2, 12) găsim o definiție remarcabilă a dogmaticii, ea este:

„... quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit”.

Dogmatica este prin urmare ceea ce, fără a fi scris în lege, se bazează pe interpretarea înțeleaptă.

Pe de altă parte, legiuitorul stabilește valori fundamentale și „principii supreme” („oberste Grundsätze” – [formularea lui] H. Coing), care, mai ales dacă sunt ancorate în constituție, emit pretenția unei validități absolute, constituind prin urmare „stâlpi ai dogmaticii” de neclintit, susținând întreaga structură a ordinii juridice. Abia dogmatica evidențiază acest sistem intern al ordinii juridice de ansamblu.

Din acest motiv, sistemul dezvoltat din dogmatică este mai elocvent și mai „valid” decât decizia individuală a legii, care întotdeauna necesită o interpretare. Legile dau în orice caz dogmaticii punctele fixe decisive pentru cunoașterea contextului axiologic intern.

După cum putem deduce din experiența istorică, rămâne o chestiune controversată ce anume ce se poate considera „interpretare înțeleaptă” și ce nu.

Decisiv este în cele din urmă, care concepție se impune ca „dominantă”, fiind acceptată ca „valabilă”. Exemple:

- a) Proprietatea asigurătorie (Sicherungseigentum) versus dreptul la gaj (Faustpfandrecht);
- b) Despăgubiri în bani în caz de lezare a personalității versus § 252 BGB.

De regulă este vorba de o dispută concurențială între diferite concepții asupra chestiunii, care anume este soluția „corespunzătoare”, „corectă”, „conformă sistemului”, „exactă sub aspect dogmatic” sau „valabilă” pentru problemele de reglementare relevante în sistem.

7. Datarea / perisabilitatea dogmelor juridice – diferențe între dogmatica juridică și cea teologică

Aici se întrevede o diferență semnificativă între dogmatica juridică și cea teologică, relevantă în privința temei noastre: dogmatica juridică și politica juridică. În teologia catolică, dogma constituie un adevăr al credinței, revelat prin Sfânta Scriptură sau prin tradiție, imuabil („veșnic”), definit prin „infailibilitate” de către autoritățile bisericești¹⁸. Proclamarea de către autoritatea doctrinară a bisericii constituie temei al adevărului garantat prin credință precum și al imuabilității. Totuși, interpretarea unei dogme bisericești poate fi adaptată concepțiilor istorice ale timpului. Conform doctrinei dogmaticii ecleziastice, conținutul trebuie să rămână neschimbat, determinând o obligație de a crede a tuturor membrilor comunității bisericești. Disputa relansată de Hans Küng în privința conținutului dogmei infailibilității papale, precum și modificările doctrinelor bisericești în domenii precum libertatea religioasă sau drepturile fundamentale evidențiază problemele care apar atunci când prin formulări verbale se încearcă fixarea unor adevăruri atemporal valabile „pentru eternitate”.

Dogmatica juridică are la bază un concept al dogmei fundamental diferit. Legile juridice precum și variantele de ordine juridică întemeiate pe acestea sunt fenomene istorice. Ele se nasc în baza unor factori de configurare și a unor condiții cadru de ordin etnic, geografic, climateric, cultural, economic, religios, social și politic. Ele sunt dependente de timp și modificabile în mod repetat; și trebuie să fie așa. Astfel este clar: dogmele juridice nu sunt un „produs veșnic”.

¹⁸ Vezi, în sens critic, Hans Küng, *Unfehlbar? – Eine Anfrage*, ediția a 5-a, 1975 (prima ediție: Benziger-Verlag, Zürich, 1970); în această privință: K. Rahner (Hrsg.), *Zur Problem der Unfehlbarkeit. Antworten auf die Frage von Hans Küng*, Herder-Verlag, Freiburg i. Br., 1972.

Dogmatica juridică nu este un dat durabil și rigid, ci sub imperiul validității temporare și al schimbării. Ea exprimă ce-i drept voința unei ordini fixate normativ, dorința de continuitate și de încredere în stabilitate, dar este în același timp dependentă de timp și variabilă.

Legea Fundamentală a Republicii Federale Germania prevede într-un anumit loc o excepție de la principiul modificabilității legii. Ea conține în art. 79, alin. III o „clauză a veșniciei” pentru anumite elemente fundamentale ale Constituției. Încercarea fixării în scris a unor valori fundamentale de neschimbat (structura federală a statului, demnitatea umană, statul de drept democratic) trebuie privită pe fundalul experienței dictaturii național-socialiste. Istoria dreptului, și, cu atât mai mult, istoria constituțională pot fi invocate ca probă a faptului că este posibil să se învețe din istorie. Raza de acțiune a „clauzei de veșnicie” este în orice caz contestată, mai ales dacă avem în vedere împrejurarea că Legea Fundamentală a fost privită de către autorii ei din 1949 drept o constituție provizorie. Lăsând la o parte această excepție, legile statale sunt dependente de timp, pot îmbătrâni și pot cădea în desuetudine, în întregime sau în parte.

Dogmatica juridică este prin urmare, altfel decât dogmatica teologică, o doctrină pentru un anumit timp și nu pentru veșnicie. Ea constituie concentrarea sistematică (systematische Zusammenfassung) a dreptului „valabil”, recunoscut în mod preponderent, în privința anumitor domenii problematice și relevante pentru reglementare, fiind concepută în vederea unei evoluții și perfecționări ulterioare.

Acest răspuns provizoriu la întrebarea „Ce este dogmatica juridică?” ne conduce la alte întrebări:

- Cum apare dogmatica juridică?
- Pe ce se bazează pretenția de validitate?
- Ce funcții îi revin dogmaticii?

II. CUM SE NAȘTE DOGMATICA JURIDICĂ?

1. Constrângerea către decizii rapide

Viața, cu a cărei dirijare și judecare au de-a face juriștii, este mereu mai variată, mai colorată și mai dinamică decât legea și decât fantezia reglementatoare a tuturor nomoteților* umani. Circuitul juridic și participanții la acesta sunt nelimitat de inventivi în toate domeniile vieții și ale dreptului.

* Am optat pentru redarea termenului german de “Normsetzer” (desemnând pe cel care “așează” sau “stabilește” normele) prin cuvântul „nomotet”. În Atena, nomoteții erau membrii unui consiliu

Societățile dezvoltate se evidențiază prin rapiditatea uimitoare a schimbărilor și prin complexitatea crescândă a tuturor domeniilor vieții, a formelor lor de organizare și a mijloacelor de control și dirijare. Ordinea juridică a unui stat de drept trebuie să ofere o soluție „corespunzătoare”, conformă sistemului, în cazul tuturor situațiilor, inclusiv a celor nereglementate sau încă necunoscute. Aceasta reprezintă sarcina constituțională a justiției, în domeniul, astfel vizat, al lacunelor legii și ale dreptului¹⁹. Instanțele trebuie să decidă, în limitele competenței lor, în toate litigiile ce le sunt deduse spre judecare. În acest sens operează interdicția denegării de dreptate (*Rechtsverweigerungsverbot*)²⁰. Nu există prin urmare litigii de competența unei curți de justiție care să rămână nesoluționate sau care să poată fi trimise de justiție legiuitorului. Fiecare problemă de drept trebuie să-și afle soluția într-un termen util, reglementat prin norme de drept procesual, din partea instanței competente. Această constrângere temporală distinge jurisprudența și, mai ales, justiția de multe alte științe; doar în medicină lucrurile stau asemănător (SARS, HIV etc.).

2. Riscurile erorii

Pe de altă parte, nici instanțele și nici dogmatica juridică nu se bucură de omnisciență. Ele sunt însă obligate să decidă în toate cazurile litigioase și în toate problemele de drept, chiar dacă sunt noi sau necunoscute pentru ele. Pentru ele operează o cerință specială a legalității acțiunilor, care, de altfel, este valabilă mai ales în politică:

„Necesitatea de a decide merge mai departe decât necesitatea de a cunoaște”²¹.

însărcinat cu examinarea și revizuirea legilor. Activitatea „nomotetică” vizează adoptarea oricărei categorii de norme juridice, fiind așadar mai cuprinzătoare decât legiferarea (n. tr.).

¹⁹ Opinia pe deplin dominantă, în BVerfGE, 34, 269; 65, 182; 69, 188; 75, 243 și urm.; în privința limitelor, vezi BVerfGE 69, 315, 371 și urm.; 82, 6 [conform normelor academice germane, deciziile Curții Constituționale Federale (Bundesverfassungsgerichtentscheidungen) se citează indicând prescurtat culegerea de decizii (BVerfGE), numărul volumului și numărul primei pagini a textului deciziei respective; eventualele pasaje relevante se indică prin numărul paginii din cuprinsul deciziei (n. tr.)].

²⁰ În această privință: E. Schumann, *Das Rechtsverweigerungsverbot*, în „Zeitschrift für Zivilprozeß”, vol. 81 (1968), p. 79 și urm.; B. Rüthers, *Rechtstheorie*, C.H. Beck, München, 1999, nr. 314, 823.

²¹ Arnold Gehlen, *Der Mensch. Seine Natur und seine Stellung in der Welt*, ediția a 12-a (reproducere nemodificată a ediției a 9-a din 1972), Aula-Verlag, Wiesbaden, (ediția I, 1940), p. 303.

Fraza exprimă caracterul provizoriu și posibila permeabilitate față de eroare a soluțiilor dogmatic-juridice. Ca și medicii, sub presiunea constrângerii unor decizii de neamânat, juriștii tatonează, de la caz la caz, după răspunsuri adecvate pentru probleme noi. Dogmatica juridică înmagazinează, analizează și valorifică experiența și urmările modelelor de soluții utilizate până în prezent.

Complexitatea societăților dezvoltate, capacitatea limitată de reglementare a legiuitorului precum și interdicția denegării de dreptate accentuează dificultățile utilizării dogmaticii juridice corespunzătoare unui anumit stadiu de dezvoltare. Este clar un lucru: că ritmul transformărilor sistemelor economice, tehnice, sociale și politice, este legat inevitabil de o dinamizare permanentă a dogmaticilor în disciplinele juridice afectate. Sub influența factorilor menționați, „termenele lor de expirare” devin din ce în ce mai scurte.

3. „Adevărul” și validitatea aserțiunilor dogmatice

Nu există răspunsuri „adevărate” sau „corecte” la problemele deschise ale reglementării. Acestea admit de regulă soluții diferite, percepute toate ca „drepte” de către susținătorii lor și deduse pe baza experienței juriștilor sau a istoriei dreptului comparat, având în vedere, nu în ultimul rând, confruntarea pentru soluții „drepte” în cadrul parlamentelor statelor democratice. În cele din urmă este vorba de problema „dreptului și a dreptății”²².

Confruntarea opiniilor juridice în literatura de specialitate și cea a partidelor în parlament, precum și deciziile contradictorii sub multe aspecte ale justiției, [în cazul Germaniei] nu rareori ale completelor aceleiași instanțe federale supreme, atestă relativitatea soluțiilor juridice. În această confruntare de opinii, practica judiciară are nevoie de orientare pentru activitatea sa profesională. Aceasta ar trebui să-i fie oferită de către o dogmatică juridică atent elaborată. Ea poate arăta ce anume soluții și argumentări rezonabile, compatibile cu sistemul există în privința unei probleme de drept și care din propunerile concurente [în acest sens] merită prioritate.

De elaborarea tezelor doctrinare ale dogmaticii, fundamentate pe lege și pe doctrina acceptată ori pe decizia axiologică proprie, este legată pretenția că soluția respectivă este cea corespunzătoare și „valabilă” a unei probleme de drept. Totuși trebuie să ținem cont de următoarele:

Nu poate exista un „adevăr” al tezelor dogmatice sau al propunerilor de soluții din partea dogmaticii. Problemele reglementării juridice au întotdeauna

²² Vezi în acest sens, B. Rüthers, *Rechtstheorie*, C.H. Beck, München, 1999, nr. 343 și urm., 349, 400.

implicații axiologice (wertbezogen). Normele juridice conțin judecăți de valoare ale autorilor normelor, privind modul în care ar trebui reglementată, în opinia lor, viața în comun a oamenilor. Același lucru este valabil în privința conținutului esențial al tezelor dogmatice.

În privința problemei dacă judecățile de valoare și tezele normative, având pretenția obiectivității științifice, pot fi dovedite ca „adevărate” sau „corecte”, la începutul secolului XX a apărut o controversă – la a cărei declanșare a contribuit în măsură considerabilă Max Weber – și care continuă întrucâtva și în zilele noastre: „disputa judecății de valoare” (Werturteilstreit)²³. Trebuie să mă limitez aici la concluzia relevantă pentru mine al acestei controverse:

În cazul tuturor normelor juridice și aserțiunilor normative, categorie în care intră și tezele dogmaticii juridice, este vorba de a stabili ce anume este de făcut pentru reglementarea anumitor domenii ale vieții, care anume imperative de acțiune (Handlungsgebote) trebuie să fie valabile. Asemenea teze nu sunt demonstrabile ca „adevărate” sau „corecte”. Ele pot fi discutate și argumentate doar ca fiind adecvate, rezonabile, corespunzătoare sistemului²⁴. O corectitudine absolută a normelor legii, a normelor cazuisticii judecătorești sau a tezelor dogmaticii este prin urmare exclusă. Acest lucru este ilustrat și de împrejurarea că mereu apar cazuri litigioase similare, pe care instanțe diferite sau chiar complete ale aceleiași instanțe superioare la soluționează în sens opus. Nu rareori [în cazul Germaniei], instanțele federale își revizuiesc propria practică judiciară referitoare la aceeași problemă. De exemplu, Curtea Federală de Muncă (Bundesarbeitsgericht) și-a schimbat de mai multe ori opinia în privința noțiunii de „angajați cu funcție de conducere” (leitenden Angestellten) sau a răspunderii angajaților. Și legiuitorul reglementează din nou sau chiar în sens diferit aceeași materie la intervale scurte de timp, mai recent chiar în cadrul mandatului aceleiași coaliții guvernamentale.

Cunoașterea umană nu este niciodată definitivă în domeniul științelor. Chiar și cunoașterea empirică a științelor naturii, în opinia Curții Constituționale

²³ Vezi doar K. Acham, *Sozialwissenschaften und Wertgeschehen*, precum și H. Albert, *Wertfreiheit als methodisches Prinzip*, ambele studii în E. Töpisch, *Logik der Sozialwissenschaften*, ediția a 12-a, Athenäum-Verlag, Frankfurt a.M., 1993, p. 165 și urm. și respectiv 196 și urm.; Th. Adorno, *Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie*, ediția a 14-a, Luchterhand, Darmstadt, 1991. În privința semnificației acestei dispute pentru jurisprudență, vezi B. Rüthers, *Rechtstheorie*, C.H. Beck, München, 1999, nr. 294 și urm.; 579 și urm.

²⁴ B. Rüthers, *Rechtstheorie*, C.H. Beck, München, 1999, p. 121 și urm.

Federale (Bundesverfassungsgericht), care în această privință se raliază „raționalismului critic” ilustrat de Xenofan și de Karl R. Popper, se află:

„mereu doar în stadiul cel mai recent al erorii posibile”²⁵

Această rezervă trebuie să fie valabilă mai ales în privința aserțiunilor dogmaticii juridice. Datorită implicării lor axiologice, ele trebuie să aibă un grad de certitudine nicicum mai mare, ci mult mai mic decât cel al aserțiunilor din științele naturii.

Din acest motiv nu există teze dogmatice absolut adevărate sau corecte în sensul unor cunoștințe valabile atemporal. De regulă ele se află într-un raport de concurență cu alte modele de soluționare. Este vorba în acest caz mai degrabă de o utilitate mai mare sau mai mică, de plauzibilitatea argumentării, de raționalitate de sistem raportată la lipsa de contradicții a ordinii juridice de ansamblu și de consecințele probabile.

III. TRANSFORMAREA DOGMATICII ÎN CURSUL TRECERII DE LA STATUL LEGII LA STATUL JUDECĂTORILOR

1. Rolul conducător al instanțelor supreme

Obligația pentru instanțe de a decide cât mai rapid în privința problemelor litigioase relevante în sistem și care le sunt supuse spre judecată face ca autoritatea instanțelor supreme să ocupe un loc central în analiza problemei de față.

a) Marșul triumfal al dreptului judecătoresc

Republica Federală Germania parcurge în ultimele decenii un proces de transformare dintr-un stat al legii (Gesetzesstaat) într-un stat al judecătorilor (Richterstaat)²⁶. Epocii codificărilor, din secolele XVIII și XIX, i-a luat locul, odată cu începutul secolului XX și cu primul război mondial, o epocă a legilor-măsurii individuale ale statului (staatliche Maßnahmengesetze) și a creării de norme de către judecători (richterliche Normsetzungen). Ca prim pași ai acestei

²⁵ BverfGE, 49, 89, 143 („Cazul calcarului”), decizie publicată și în „Neue Juristische Wochenschrift”, 1979, p. 359 și urm., 363. Este remarcabil că instanța citează aici teoria cunoașterii propriie raționalismului critic, fără a-i menționa autorul, pe Popper. Vezi și K.R. Popper, *Auf der Suche nach einer besseren Welt*, Piper-Verlag, München, Zürich, 1986, p. 41 și urm.; 51 și urm.

²⁶ Vezi B. Rüthers, *Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?* în Eduard Picker / Bernd Rüthers (Hrsg.), *Recht und Freiheit. Symposium zu Ehren von Reinhard Riccardi*, München, 2003, p. 111-136; versiune prescurtată în „Juristenzeitung”, 2002, p. 365 și urm.

tranziții trebuie menționați admiterea de către instanțe a „bazei afacerilor” (Geschäftsgrundlage) – clauza *rebus sic standibus* – ca temei al refuzului de a presta, contrar voinței legiuitorului care a elaborat BGB, precum și „decizia de reevaluare” (Aufwertungsurteil) a Curții Federale (Reichsgericht), din 28 noiembrie 1923²⁷. Detaliile sunt cunoscute și pot fi omise aici. Este suficientă următoarea teză:

*Cea mai mare parte a dreptului valabil astăzi nu mai este dreptul legii, ci drept judecătoresc al instanțelor supreme*²⁸.

Această teză poate fi verificată în toate domeniile dreptului, dar mai ales acolo unde reglementările normative pertinente acoperă un spațiu restrâns (de exemplu: dreptul constituțional) sau lipsesc cu totul, întrucât disponibilitatea de reglementare din partea legiuitorului este, indiferent de motive, redusă (exemple: codul german al muncii, dreptul conflictelor de muncă). În toate domeniile cu o densitate redusă a reglementărilor, domenii care acoperă în măsură tot mai mare practic toate disciplinele juridice, pentru toți cei implicați sau afectați, este decisivă întrebarea:

Cum va decide instanța supremă?

În funcție de răspunsul la această întrebare, vor încerca să-și orienteze conduita toți participanții la circuitul juridic. A doua teză pe care o susțin este:

Avansul cantitativ și prioritatea calitativă a dreptului judecătoresc a modificat între timp substanțial conceptul și modul de elaborare a dogmaticii juridice.

În largile domenii menționate, judecătorii instanțelor supreme au devenit nomoteți „de profesie”, într-o măsură necunoscută anterior, sau chiar legiuitori supleanți (Ersatzgesetzgeber). Acest fapt conferă o dimensiune nouă întrebării cum anume ia naștere dogmatica juridică. Este ea creată și prezentată de instanțe supraordonate sau este produsul unui proces interactiv de experiență și cunoaștere, rezultantă a acțiunii conjugate și echilibrate din partea legiuitorului, a instanțelor și a literaturii de specialitate? Dogmatica privită ca emanație exclusivă a directivelor autoritare ale statului, apare chiar de la prima vedere ca o reprezentare puțin convingătoare, mai ales într-un stat liberal.

²⁷ Vezi în această privință, B. Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung*, ediția a 5-a, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1997, p. 13 și urm., 36 și urm. și 66 și urm.

²⁸ B. Rüthers, *Rechtstheorie*, C.H. Beck, München, 1999, nr. 41 și urm., 235-258, 822 și urm., 865 și urm.

Pe de altă parte, deciziile instanțelor ultime, prin normele cazuistice cuprinse în ele, determină în mod decisiv conținutul ordinii juridice și totodată conținutul dogmaticii juridice. Trebuie doar să ne amintim de „Decizia Mutlangen”^{*} a Curții Constituționale Federale, în care prin schimbarea opiniei unui singur judecător, o tradiție jurisprudențială de 80 de ani a fost abolită, contrazicând chiar propria practică anterioară²⁹.

Sensul original al cuvântului „dogmă” dobândește o actualitate marcată odată cu transformarea în direcția unui stat al judecătorilor (Richterstaat). Ca și în antichitate, el reprezintă acum o *dispoziție autoritară*, o *teză obligatorie*.

Prin normele lor cauzale (Fallnormen), instanțele supreme adoptă acte de politică juridică asemănătoare celor ale legislativului. Numărul exemplor este legiune ([vezi cazurile] „c[ulpa] i[n] c[ontrahendo], p[ositive] V[ertrags]-V[erletzung]”, „Herrenritter”, „Mutlangen”, „răspunderea angajatului”, „dreptul la autodeterminare informațională” ș.a.)^{***}. În privința acestor exemple se confirmă fundamentarea validității juridice pe care a formulat-o Hobbes în secolul XVII în al său *Leviathan*:

„Auctoritas, non veritas facit legem”³⁰

Autoritatea sprijinită de forță creează dreptul.

* Mutlangen este o localitate din Sud-Estul Germaniei (Landul Baden-Württemberg), în apropierea căreia era amplasată în anii '80 ai secolului trecut o bază americană de rachete Pershing II. Activiștii unor organizații pacifiste și antiamericane au organizat aici, începând cu anul 1982, masive demonstrații de protest constând în blocarea “fără violență” de către participanți a căilor de acces din și spre această bază. Poliția a intervenit, arestând un mare număr de manifestanți, care au fost ulterior judecați și condamnați de instanța locală cu amendă penală pentru săvârșirea infracțiunii de “constrângere” (Nötigung), prevăzută în § 240 din Codul Penal German (Strafgesetzbuch). Alineatul I al paragrafului menționat incriminează “constrângerea cuiva, contrar legii, la comiterea unei acțiuni, la tolerarea unei acțiuni sau la inacțiune, prin violență (Gewalt) sau prin amenințarea cu un rău tangibil”. Într-o controversată decizie pronunțată la 11 noiembrie 1986 (BverfGE, 73, 206), Primul Senat al Curții Constituționale Federale a infirmat aceste decizii de condamnare, apreciind ca neconstituțională interpretarea extensivă dată de instanța de fond noțiunii de “violență” din textul § 240 C. pen. German (n. tr.).

²⁹ BverfGE, 92, 1, contra BverfGE, 73, 206. Vezi comentariile în această privință la Tröndle / Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze* [comentariu al Codului penal german (n. tr.)], ediția a 49-a, C.H. Beck, München, 1999, § 240, nr. 2 b și urm.

** “Încălcare pozitivă a contractului” (n. tr.).

*** Este vorba de decizii deosebit controversate ale unor instanțe federale germane (mai ales Curtea Constituțională Federală și Curtea [Supremă] Federală), din ultimele decenii (n. tr.).

³⁰ Thomas Hobbes, *Leviathan*, Cap. XXVI [pentru versiunea engleză vezi Thomas Hobbes, *Leviathan* [1651], with selected variants from the Latin edition of 1688, Edited with Introductions and Notes by Edwin Curley, Hacket Publishing Company, Inc., Indianapolis / Cambridge, 1994, XXVI, 2, la p. 173: „[a]nd first, it is manifest that law in general is not counsel, but command” (n. tr.)].

b) Transformarea constituției și conceptul de dogmatică

Nu este o exagerare să vedem în schimbarea în direcția unui stat al judecătorilor (Richterstaat), sumar înfățișată aici, o transformare decisivă a constituției, puțin remarcată și subestimată pe planul teoriei statului. Separația puterilor, așa cum este prevăzută în art. 20, alin. III din Legea Fundamentală a dobândit o înfățișare nouă. Puterea de a stabili norme a fost transferată – într-o măsură necunoscută până în prezent – de la legislativ către justiție. Datorită independenței judecătorilor, un control politic în privința modului de exercitare a funcției de către aceștia este exclus. Ei sunt aleși în instanțele federale pe viață, iar la Curtea Constituțională Federală, pe 12 ani. Prin urmare, în mare măsură în Republica Federală Germania, adoptarea normelor (Normsetzung) nu mai ține de Parlament, ci de judecătoria instanțelor ultime. Pe măsură ce ordinea juridică constă tot mai mult din drept judecătoresc, prerogativa de adoptare a normelor a devenit un domeniu al juriștilor. Sub acest aspect, Republica Federală mai poate fi desemnată doar în anumite limite drept democrație parlamentară. Prerogativa de adoptare a normelor (Normsetzung) a migrat în proporție considerabilă în mâinile unei „aristocrații de juriști” sau, mai bine, în ale unei „aristocrații de judecători”. Criteriile studiilor universitare necesare, ale calificării și ale experienței profesionale, procedura de desemnare precum și vârsta minimă necesară confirmă această clasificare.

Odată cu avansul dreptului judecătoresc, s-a schimbat și dogmatica. Când vreme conceptul de drept a fost marcat cu precădere de dreptul legii (Gesetzesrecht), conceptul de dogmatică desemna acel context explicativ cuprinzător (übergreifender Erklärungszusammenhang) al ordinii juridice, care – după cum spunea deja Pomponius – nu putea fi dedus pe deplin din textul unei singure legi. Prin „interpretări iscusite”, știința dreptului încerca să dezvolte un „sistem intern” unitar, o reglementare de ansamblu consecventă în sine și fără contradicții a diverselor domenii ale vieții sociale. Punctul central de orientare era reprezentat de țelurile reglementării legiuitorului.

Extinderea dreptului judecătoresc însemna totodată și retragerea, sau cel puțin o diminuare a rolului, legislativului în domeniul stabilirii obiectivelor reglementării. Liniile directoare ale politicii juridice nu mai sunt trasate în primul rând de legiuitor, ci de către justiție, în măsură din ce în ce mai considerabilă. Ea determină prin urmare și punctele fixe ale dogmaticii aflate în curs de transformare. Un exemplu în acest sens îl reprezintă modificarea delimitărilor dintre domeniul de protecție al libertății mediilor de informare și cel al protecției onoarei și imaginii personale, conform articolelor 1,2 și 5 din Legea Fundamentală. Un alt exemplu constă în extinderea aproape fără limite a protecției

contra concedierii, în cazul unei concedieri din motive ținând de persoana sau de comportamentul angajatului, și aceasta în contra obiectivelor legiuitorului³¹.

Această tendință, de a deplasa prerogativa adoptării normelor dincolo de limitele separației puterilor, în domeniul justiției, este încă întărită de practica Curții Constituționale Federale, prin care, în cazul controlului normativ (Normenkontrolle), instanța nu se limitează la a examina conformitatea cu Constituția a legilor, ci prescrie în plus Parlamentului linii directe privind modul cum trebuie să arate legislația viitoare în domeniul respectiv, pentru a putea face față cerințelor Curții³².

Deciziile instanțelor supreme au față de circuitul juridic efecte asemănătoare cu cele ale legilor, indiferent de faptul că privesc domeniul lacunelor ori modifică o reglementare legală în vigoare sau practica judiciară existentă. Acest efect este consolidat de legile procedurale din toate domeniile dreptului, prin obligativitatea admiterii accesului în justiție și prin obligația prezentării considerentelor (Vorlagepflicht) în cazul unor decizii ale instanțelor inferioare ce se abat de la linia practicii judiciare³³. Instanțelor supreme le sunt atribuite astfel funcții de adoptare a unor linii directe. În cele din urmă reglementările procedurale au drept consecință faptul că legarea față de lege a instanțelor (art. 20, alin. III și 97, alin. I din Legea Fundamentală) este sancționată mai puțin efectiv decât legarea instanțelor inferioare față de dreptul judecătoresc al instanțelor supreme.

Instanțele federale supreme au preluat așadar un rol de dirijare aproape absolut în evoluția ordinii juridice și a dogmaticii juridice. Prin această funcție au devenit concurente ale legiuitorului și, nu rareori, concurente *de pe o poziție superioară*. În această privință, a avut loc o transformare tacită dar profundă a modului de repartizare competențelor conform art. 20, alin. III și 97, alin. I din Legea Fundamentală, în raport cu intențiile autorilor Constituției.

Partidele au observat de mult acest lucru, fapt dovedit de lupta politică pasionată, deseori cu mijloace neortodoxe pentru ocuparea înaltelor funcții de judecător³⁴. Între timp, această luptă are – nu doar în cazuri izolate – repercusiuni problematice asupra ponderii criteriului calificării profesionale a aleșilor. După cum o atestă numeroase plângeri din partea concurenților

³¹ Detalii, la B. Rüthers, *Vom Sinn und Unsinn des geltenden Kündigungsschutzrechtes*, în „Neue Juristische Wochenschrift“, 2002, col. 1601 și urm.

³² Vezi în această privință, în detaliu, W. Brohm, *Die Funktion des BVerfG – Oligarchie in der Demokratie*, în „Neue Juristische Wochenschrift“, 2001, col. 1-10; B. Rüthers, *Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?* În „Juristenzeitung“, 2002, p. 365 și urm.

³³ B. Rüthers, *Rechtstheorie*, C.H. Beck, München, 1999, nr. 245 și urm.

³⁴ B. Rüthers, *Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?*, în „Juristenzeitung“, 2002, p. 365 și urm.

[dezavantajați], tendința în cazul partidelor mari [creștin-democrații și social-democrații] este de a prefera fidelitatea față de partid și compatibilității pe plan politico-ideologic competenței profesionale și independenței judecătorești³⁵. Un proiect de reformă a modului de alegere a judecătorilor de la instanțele federale, inițiat prin Consiliul Federal (Bundesrat) are foarte puține șanse de reușită.

În toate disciplinele juridice, avansul dreptului judecătoresc prezintă pentru elaborarea unei dogmatici unitare un risc crescut sub aspectul pierderii viziunii de ansamblu și al contradicțiilor, datorate structurii normative mixte, de drept legal și judecătoresc. Chiar și în cazul activității legislative a Parlamentului se ajunge tot mai des la contradicții privind valorile („lacune de coliziune”) și la respingeri în adoptarea unei singure legi sau a mai multor acte legislative. Însă lucrările pregătitoare ale ministerelor implicate atenuază oricum acest risc. Multiplicarea legiuitorilor „de rezervă” (Ersatzgesetzgeber) constituie aici o considerabilă sursă de pericol. Concepțiile și deciziile contradictorii ale diverselor senate (complete) ale instanțelor federale supreme, inclusiv în cazul Curții Constituționale Federale, nu constituie nicidecum excepții.

Un capitol special îl reprezintă în acest context așa numitul *horror pleni*. Conceptul respectiv desemnează reticența unor senate (complete) ale instanțelor federale, de a convoca – așa cum este prevăzut în lege – senatul superior, în cazul unei abateri plănuită de la practica judiciară a acestuia. Primul senat al Curții Federale de Dreptul Muncii (Bundesarbeitsgericht) a răsturnat literalmente, în privința „parității mijloacelor de luptă” și a principiului *ultima ratio* în dreptului conflictelor de muncă, practica Marelui Senat al aceleiași instanțe, urmată consecvent din 1974, fără a prezenta nici măcar o singură dată în prealabil Marelui Senat, soluțiile sale divergente de la principiile acestuia, așa cum o prevedea Legea instanțelor de dreptul muncii, în § 45, alin. II. În ciuda criticii prompte și repetate la adresa acestor încălcări repetate ale legii³⁶, care, în raport cu art. 101, alin. I, fraza a 2-a din Legea Fundamentală („judecătorul stabilit de lege”), constituie totodată și încălcări ale Constituției, senatul respectiv a refuzat să ofere vreo fundamentare juridică a acestei strategii contrare legii. Una din consecințele alterării parității mijloacelor de luptă constă în șomajul de masă – în creștere continuă începând cu anul 1980 –, pe care Consiliul experților [în probleme de

³⁵ *Ibidem*, loc. cit.

³⁶ B. Rütters, *Beschäftigungskrise und Arbeitsrecht. Zur Arbeitsmarktpolitik der Arbeitsgerichtsbarkeit*, Frankfurter Institut, Stiftung Marktwirtschaft und Politik, Bad Homburg v. d. H., 1996, p. 106 și urm. (în continuare: B. Rütters, *Beschäftigungskrise ...*); idem, în „Der Betrieb“, 1990, p. 113 și urm.; idem, *Mehr Beschäftigung durch Entrümpelung des Arbeitsrechts?*, în „Neue Juristische Wochenschrift“, 2003, nr. 8.

muncă] îl atribuie de mult timp, în rapoartele sale anuale reglementării neinspirate în anumite domenii ale dreptului muncii³⁷.

2. Erori dogmatice în dreptul judecătoresc

Soluții adevărate sau absolut corecte ale problemelor nu ne poate oferi nici dreptul judecătoresc al instanțelor supreme. Asemenea soluții nu există. Există însă, demonstrabil, soluții și decizii contrare legii, contrare țelurilor [acesteia], contradictorii, necorespunzătoare sau bazate pe erori de raționament, așadar „false”. Și instanțele federale se pot înșela. Însă ele se înșeală într-un mod special, asigurat și întărit prin lege constituțională:

Ele se înșeală cu putere de lege (rechtskräftig).

Această constatare are o considerabilă relevanță juridică. Chiar și deciziile eronate, contrare legii, constituției sau sistemului configurează, prin forța lor juridică și prin caracterul lor executoriu, viața juridică și realitatea socială și politică. Judecătorilor federali angajați pe planul politicii juridice le este foarte bine cunoscută această trăsătură a deciziilor lor, ca și importanța acesteia.

3. Rolul științei dreptului

Elaborarea dogmaticii juridice reprezenta – pe baza concluziilor școlii istorice a dreptului întemeiată în secolul XIX de Friedrich Carl von Savigny – o sarcină primordială a științei dreptului, în care acesteia din urmă îi revenea un rol conducător de necontestat. Lucrurile au mers până acolo încât savanților juriști le revenea, în baza științei lor, competența de a crea un „drept al juriștilor”. Odată cu tendința de evoluție de la statul legii (Gesetzestaat) către statul judecătorilor (Richterstaat), situația s-a schimbat decisiv.

a) Modificarea funcției ancilare și de ofertă

Jurisprudența a urmat cu solicitudine această evoluție. Aici este deosebit de evidentă credulitatea necritică față de noile creații de drept judecătoresc ale instanțelor federale.

Știința dreptului nu mai analizează și construiește dogmatica juridică în conformitate cu criteriile axiologice ale legislației și în spiritul tradiției și al doctrinei confirmate în timp, ci într-o agilitate nu rareori servilă față de actele de stabilire a normelor și de norme cauzale elaborate de instanțelor supreme. Este remarcabilă în special obediința lipsită de spirit critic, manifestată timp de

³⁷ B. Rüthers, *Mehr Beschäftigung durch Entrümpelung des Arbeitsrechts?*, în „Neue Juristische Wochenschrift”, 2003, nr. 8.

decenii de teoria germane a dreptului, precum și de dreptul constituțional, față de multiplele creații inedite ale Curții Constituționale Federale în domeniul drepturilor fundamentale și a întregii dogmatici constituționale.

Dogmatica dreptului german în vigoare devine astfel o *dogmatică tot mai efemeră a dreptului judecătoresc*, și nu o dogmatică a ordinii juridice legale și nici pe departe una a științei dreptului. Ceea ce se poate constata astfel în privința Germaniei este valabil în bună măsură și pentru dreptul european, în baza rolului conducător al Curții Europene de Justiție.

Tezelor dogmatice și propunerilor de soluții elaborate de știința dreptului nu le revine o autoritate comparabilă cu cea atestată în cazul deciziilor relevante pe plan dogmatic ale instanțelor supreme. Știința modernă a dreptului nu poate „crea” o dogmatică juridică de sine stătătoare, așa cum a fost, timp de secole „dreptul juriștilor” (Juristenrecht), evidențiat de școala istorică a dreptului. În statul constituțional modern, acesteia îi lipsește o asemenea competență de elaborare a normelor. Ea este legată de „directivile” nomoteților („Vorgaben” der Normsetzer) (legiuitorul și dreptul judecătoresc), chiar și acolo unde poziția ei este critică față de aceștia. Totodată ea colaborează la nașterea și dezvoltarea dogmaticii prin analizele sale, prin prelucrările sale sistematice și fundamentările contextelor argumentative și, nu în ultimul rând, prin evidențierea contradicțiilor axiologice ale instanțelor ce elaborează normele. Acest lucru se petrece nu în baza autorității ei ca instanță de adoptare a normelor (Normsetzungsinanz), care-i lipsește, ci prin forța de convingere a argumentelor sale. Forța respectivă este deosebit de eficace acolo unde se evidențiază contradicțiile interne, greșelile de gândire și tendințele eronate de abatere de la obiectivele legii, prezente în dreptul judecătoresc.

Cel mai important mijloc de cunoaștere al științei dreptului constă în discursul deschis, care se raportează la tezele și modelele de soluții ale justiției și ale teoriei dreptului, incluzând potențial și instanțele judecătorești. În orice caz este de remarcat că instanțele federale evită din ce în ce mai mult să se confrunte cu vocile critice din literatura juridică la adresa deciziilor lor. Conștiința de sine și a puterii din partea „legiuitorilor supleanți” (Ersatzgesetzgeber) în marșul triumfal al dreptului judecătoresc a dus la situația că în deciziile instanțelor supreme sunt citate cu prioritate, iar uneori exclusiv, contribuțiile publicistice aprobatoare, emanând din propriile rânduri, [chiar și] ale judecătorilor care au luat parte la adoptarea deciziilor, iar vocile critice sunt pur și simplu ignorate. O asemenea strategie de imunizare sub forma unei „chițibușare științe juridice de

curte” (Hofjuristerei*) este foarte puțin convenabilă unei funcționări corespunzătoare a instanțelor superioare.

În cursul dialogului necesar se constituie, alături de ierarhiile autoritative (legislativ și justiție), care dispun de putere de reglementare originară, și ierarhii de competență argumentativă. Adversarii „opinie dominante” într-un anumit domeniu obișnuiesc să o atace, etichetând-o drept „cartel dominant al citărilor”**, aceasta atât timp cât nu ajung ei înșiși în poziția de a exercita o influență dominantă pe planul politicii juridice³⁸.

În lumea specialiștilor, concepțiile diferite în cadrul unei dispute asupra unor probleme de politică juridică sau de dogmatică a dreptului trebuie nu doar enumerate, ci și cântărite în funcție de forța de convingere a premiselor și a argumentelor lor³⁹. În afară de aceasta, joacă un rol și prestigiul autorului opiniei respective, bazat pe contribuțiile sale științifice anterioare. În fine, forța de a răzbate a unei teze dogmatice este influențată și de calitatea literară a prezentării ei, de reputația editurii sau a organului publicistic, adică de accesul către și de acceptanța din partea publicului științific.

Pe această cale se naște în decursul unei discuții juridice orientate pe problemă ceea ce se poate desemna, cu critici și rezerve, drept „opinie dominantă” sau chiar „opinie preponderentă”⁴⁰.

Și în cadrul acestui proces, se poate spune, în urma unei analize realiste, că rolul conducător revine practicii judiciare a ultimelor instanțe (instanțele federale, Curtea Constituțională Federală).

* Termenul „Hofjuristerei” este greu traductibil. „Juristerei” constituie un arhaism desemnând știința dreptului (îl întâlnim de exemplu în celebrul monolog al lui Faust din primul act al piesei lui Goethe); în timp, semnificația sa a devenit marcat peiorativă, vizând chițibușurile procedurale și tertipurile avocațești. Juristul de curte (Hofjurist), ca și juristul coroanei (Kronjurist) este juristul în slujba deținătorilor puterii – în cazul vizat de autor „curtea” desemnează, firește, instanțele supreme – și care este dispus să găsească oricând, sau să inventeze, dacă este cazul, argumente în sprijinul acestora (n. tr.).

** Formula „cartel al citărilor” semnifică în limbajul colocvial-academic german grupul de autori, caracterizat prin afinități politice, ideologice sau chiar personale, care se citează reciproc în mod sistematic, ignorând cu consecvență contribuțiile celor dinafară, în special atunci când au tendința de a critica pozițiile susținute de membrii „cartelului”.

³⁸ Vezi, de exemplu, R. Washer, *Das Arbeitsrechtskartell*, în „Kritische Justiz”, 1974, p. 369 și urm.; W. Däubler, *Das Arbeitsrecht I*, ediția a 8-a, Rohwolt, Reinbeck, 1986, p. 35 și urm.; vezi și U. Wesel, *Juristische Weltkunde*, ediția a 7-a, Suhrkamp Verlag, Frankfurt a.M., 1994, p. 159 și 189 și urm.

³⁹ F. Eckholt-Schmidt, *Legitimation durch Begründung. Eine erkenntnistheoretische Analyse der Drittwirkungs-Kontroverse*, Duncker & Humblot, Berlin, 1974, p. 16 și urm., și passim.

⁴⁰ În sens critic, vezi U. Wesel, *op. cit.*, p. 159 și 189 și urm.

Indiferent de contradicțiile lor interne și de direcționările greșite, erorile cu forță juridică ale ultimelor instanțe se impun manualelor și comentariilor [de legi și acte normative], drept „opinii dominante”, chiar și atunci sunt criticate și respinse ca eronate în cea mai mare parte a literaturii juridice.

b) Funcția critică

Atunci când au avansat la poziția de opinie dominantă, tezele dogmatice au șansa recunoașterii generale și a „validității” în discursul științific și, mai mult chiar, în practica judiciară, întrucât au fost confirmate în doctrină și în precedente judiciare. Validitatea lor se bazează pe împrejurarea că au fost examinate și acceptate de mai mulți, precum și pe aceea că, prin intermediul deciziilor instanțelor ultime, configurează *de facto* viața juridică.

Rolul științei dreptului constă așadar, printre altele, în elaborarea unor proiecte concurente între ele și mereu noi pentru modele de soluții și teze dogmatice, precum și în analiza și evaluarea critică a acestora. Instanțele nomotetice, așadar legiuitorul și curțile selectează din această ofertă soluțiile⁴¹ care li se par plauzibile și corespunzătoare obiectivelor [lor] și le transformă – prin acte nomotetice – în drept valabil.

c) Dogmatica și istoria dreptului

Prin această funcție de ofertă și control față de instanțele nomotetice, științei dreptului îi revine și o funcție de control transdisciplinară cu privire la unitatea și lipsa de contradicții a sistemului dogmatic. Ea nu-și epuizează potențialul de cunoaștere și sarcinile în politica de zi cu zi, a proiectelor de reformă ale momentului, care nu rareori sunt determinate de temeuri schimbătoare (de exemplu interesul menținerii la putere a unei coaliții guvernamentale). Dimpotrivă, istoria dogmaticii juridice înmagazinează înțelegerea, viziunile și experiența practicii statale și judiciare a secolelor.

Prin aceasta devine clară indispensabilitatea gândirii istorice pentru reușita oricăror demersuri dogmatice. Metodologiile și dogmaticile juridice nonistorice duc cu ușurință la „un zbor în orb” pe plan științific. Le măresc riscul de a expune dreptul efectelor discreționare ale politicii cotidiene și contradicțiilor axiologice altfel evitabile. Ele ignoră sau resping un important patrimoniu de cunoaștere și experiență juridică. Dogmatica fundamentată istoric constituie – ca și întreaga istorie a dreptului – o sursă de cunoaștere de sine stătătoare pentru

⁴¹ N. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1974, p. 24.

soluționarea problemelor juridice. Ea este de neînlocuit pentru un demers științific corespunzător, atât pe planul teoriei, cât și al practicii⁴².

Experiențele și angajamentele schimbătoare ale juriștilor germani în răsturnările constituționale ale secolului XX fac să pară greu de înțeles împrejurarea că mai există tratate și manuale, uzuale pentru învățământul juridic și consultate curent de practicieni, care trec sub tăcere, ignoră sau expediază dezinvolt forțările, răstălmăcirile și pervertirile dreptului petrecute în ordinea juridică germană și a multor alte state europene. Chiar și pentru domeniile unor întregi discipline științifice este valabilă teza dedusă din experiență, conform căreia, fără cunoașterea și acceptarea originii istorice, nu poate reuși o construcție rațională a prezentului și a viitorului.

d) Dogmatica și selecția metodelor

Gândirea istorică are o semnificație specială în privința selecției metodelor în interpretarea legii, precum și pentru realizarea adecvată, respectând Constituția, a cerințelor statului de drept (separația puterilor), conform art. 20, alin. III, precum și 97, alin. I din Legea Fundamentală, în ceea ce privește aplicarea dreptului⁴³.

Problemele metodologice sunt în esența lor probleme constituționale, și anume probleme ale distribuției puterii și ale deplasării competențelor între puterile statului.

Metoda aplicării dreptului, aprobată și utilizată în prezent de Curtea Constituțională Federală și de celelalte curți federale, desemnată în mod înșelător ca „metodă obiectivă”, este în miezul ei decis anistorică. Ea admite în mod deliberat și discreționar anihilarea obiectivelor reglementărilor și a țelurilor normative ale legiuitorului. Privind cu luciditate procedeul, această metodă dă posibilitatea aplicanților dreptului, ca, sub eticheta unei operații aparent legată de dispozițiile legii, să realizeze implementarea propriilor concepții de politică juridică, și nicidecum interpretarea voinței legiuitorului.

Orice interpretare a legii conformă Constituției trebuie să înceapă prin investigarea de către aplicantul dreptului a obiectivului istoric al legiuitorului, precum și a țelurilor reglementărilor acestuia. Cel care renunța la aceasta – cum

⁴² După cum remarcă judicios, E. Picker, în „Archiv für civilistische Praxis“, 201. Bd. (2001), p. 763 și urm., 821 și urm., cu nota 206.

⁴³ În detaliu, B. Rüthers, *Rechtstheorie*, C.H. Beck, München, nr. 640 și urm., 696 și urm., 744 și urm., 777 și urm., 822 și urm., 936 și urm.

o face de regulă interpretarea aparent „obiectivă” – consideră neglijabile voința de reglementare și țelul configurării normative din partea legiuitorului (Parlamentul ca reprezentant al suveranului). El nici nu vrea să afle când și de ce se abate de la voința legiuitorului. Interpretarea conformă Constituției în sensul exigențelor democrației (prerogativa de adoptare a normelor de către Parlament) și a separației puterilor specifică statului de drept reclamă așadar întotdeauna ca prim pas încercarea de a cerceta scopul istoric al normei (historischer Normzweck). Acest demers include două probleme:

- 1) Care anume era situația de pornire, care l-a determinat pe legiuitor să intervină?
- 2) Ce obiective ale reglementării a urmărit legiuitorul?

Aceste întrebări constituie doar primul pas, și nicidecum ultimul, al unei aplicări a dreptului adecvate pe plan metodologic și conformă Constituției. Însă fără acest pas, aplicarea dreptului se transformă cu ușurință într-o uzurpare din partea puterii judecătorești a prerogativei adoptării normelor și într-o înlăturare a deciziilor axiologice ale legiuitorului în favoarea deciziilor axiologice adoptate pe cont propriu de instanțe.

Întrebarea privitoare la obiectivul original al normei atestă faptul că jurisprudența este în mod incontestabil o știință istorică. A înțelege o normă juridică înseamnă mai întâi cunoașterea situației inițiale și a țelului reglementării, care au constituit ocazia emiterii actului legislativ.

Faptul că selecția metodelor reprezintă un factor decisiv pentru împletirea inseparabilă dintre dogmatica juridică și istoria dreptului nu este observat întotdeauna cu claritate⁴⁴. Doar metoda care caută să examineze mai întâi obiectivele reglementării legiuitorului istoric poate înțelege și contextul situației sale de pornire. Cel care recunoaște dogmatica juridică drept o structură de ordine, modificabilă și crescută istoric, trebuie să confere metodei istorice un rang incontestabil, însă, în orice caz, nu și o prioritate absolută.

Mai există și o altă împrejurare care face gândirea istorică indispensabilă pentru juriști. Succesiunea interpretărilor și ingerințelor „nelimitate” („unbegrenzter” Aus- und Einlegungen)^{*} în Germania și în Europa ultimului

⁴⁴ Vezi E. Picker, în „Archiv der civilistischen Praxis” 201. Bd., (2001), p. 763 și urm., la p. 823, cu nota 206. Când citează din lucrarea mea *Rechtstheorie*, Picker trece cu vederea pasajele relevante de la nr. 778-821.

^{*} Joc de cuvinte greu traductibil, explicat mai sus, care vizează faptul că, de multe ori, interpretul este un intervenient care în loc să „scoată” sensul unui text, îl introduce cu de la sine putere, iar arbitriul poate avea loc sub forma unei interpretări „nelimitate”. Ideea respectivă este

secol atestă, pentru a folosi formularea lui Heinrich Mitteis, valoarea vitală (Lebenswert) a istoriei dreptului, și anume necesitatea unei conștiințe și a unei legături istorice a științei și practicii cu doctrina și tradiția confirmată în timp.

IV. CE REALIZEAZĂ DOGMATICA DREPTULUI PENTRU PRACTICA JUDICIARĂ?

1. Funcția de ordonare și sistematizare

Dogmatica ordonează cuprinzătorul și mereu schimbătorul material juridic după criterii sistematice. Acesta este fragmentat actualmente în numeroase legi individuale, deseori contradictorii și concepute lacunar, precum și într-o multitudine inimaginabilă de decizii ale instanțelor supreme. Fără sistematizarea realizată de dogmatică, el nu poate fi cuprins, prelucrat analitic și aplicat în mod unitar. Abia această ordine face posibilă o viziune asupra sistemului axiologic intern al ordinii juridice de ansamblu, care oferă criteriul relevant atunci când se decide conform „legii și dreptului”, după cum prevede art. 20, alin. III din Legea Fundamentală*. Prin dogmatică, dreptul devine inteligibil, predabil, accesibil și aplicabil.

2. Funcția de stabilizare

Tezele dogmatice oferă modele de soluții pentru anumite probleme decizionale în diversele domenii de reglementare ale dreptului. Dacă sunt toate recunoscute ca „valabile”, ele fac posibile decizii identice pentru aceleași grupe cazuistice pe o perioadă îndelungată. O dogmatică elaborată întărește predictibilitatea hotărârilor judecătorești, deci și siguranța juridică, în special în chestiuni nereglementate de lege. Dogmatica promovează și stabilizează unitatea ordinii juridice.

3. Funcția de degrevare

Numărul proiectelor de soluții, posibile și sustenabile este deseori considerabil în cazul anumitor probleme de reglementare. Dacă nu ar exista dogmatica, ar trebui ca în fiecare caz examinat să fie discutate din nou toate soluțiile imaginabile. Dogmatica oferă pentru fiecare problemă de drept cunoscută modele de

dezvoltată pe larg într-o importantă lucrare a autorului, intitulată *Die Unbegrenzte Auslegung – Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus* (Interpretarea nelimitată – despre transformarea ordinii juridice de drept privat în național-socialism), J.C.B. Mohr, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1968 (ediția a 5-a: 1997) (n. tr.).

* Dispoziția citată stabilește că “[l]egislativul este legat de ordinea constituțională, iar puterea executivă și cea judecătorească, prin lege și drept” (n. tr.).

soluții recunoscute și confirmate în timp. Practica instanțelor poate recurge la ele, renunțând astfel să examineze, cu ocazia fiecărei decizii, problemele de ordin axiologic, în raport cu toate căile posibile spre o soluție. Așadar, pentru practica de zi cu zi, dogmatica reprezintă o degrevare considerabilă.

4. Interdicția negării

Tezele dogmatice constituie rezultatul unor analize critice și al unor evaluări deja efectuate și confirmate în timp, care din acest motiv au dobândit recunoaștere în practica judiciară, în teorie și în literatura de specialitate. Din acest motiv, în cazul unei îndepliniri raționale a sarcinilor proprii, ele nu pot fi pur și simplu negate. Celui care vrea să decidă abătându-se de la dogmatică, în cazul în care vrea să fie luat în serios pe plan profesional, îi revine obligația de a-și fundamenta soluția, trebuind așadar să-și prezinte argumentele „mai bune”. Sau trebuie să dovedească faptul că dogmatica existentă ratează intențiile (scopurile normative ale) legiuitorului, ori le desconsideră în mod deliberat. În orice caz, operează „interdicția negării” (Negationsverbot).

O abatere de la dogmatica tradițională nu este justificată, dacă ținem cont de interesul previzibilității practicii judiciare (certitudinea juridică), în cazul în care pentru soluția divergentă pledează argumente la fel de bune [ca pentru cea tradițională]. Argumentele pentru abatere trebuie să justifice în plus și ruptura față de doctrina confirmată în timp, adică [să compenseze] și pierderea încrederii comunității juridice față de ordinea juridică existentă și recunoscută până în acel moment. Celui care decide contra dogmaticii în vigoare îi revine prin urmare și o considerabilă sarcina a argumentării.

Dogmatica limitează astfel libertatea juriștilor în aplicarea dreptului, sub aspectul atitudinii față de dreptul în vigoare, adică față de lege, de dreptul judecătoresc și de principiile dogmaticii ca atare. Mai presus de toate, ea restrânge „elasticitatea interpretării”, în accepțiunea „teoriei dreptului liber” (freie Rechtslehre), adică extensibilitatea nelimitată a dreptului în vigoare pe cale de interpretare și de perfecționare evolutivă a dreptului (Rechtsfortbildung). Dogmatica juridică include și aplicarea dreptului conform constituției, legată de principiile democrației și ale unei separații a puterilor, specifice statului de drept. Ea determină prin urmare în mod considerabil raportul dintre program (lege, fundamentele dreptului, principiile dogmatice) și decizie (hotărâre judecătorească). Ea definește condițiile și limitele spațiilor de manevră ale judecătorilor în adoptarea unei decizii, admisibilitatea unor noi modele de construcție și argumentare pentru soluționarea unor probleme de drept⁴⁵.

⁴⁵ Niklas Luhmann, *op. cit.*, p. 24.

Sub acest aspect, dogmatica poate să producă efecte dincolo de limitele dreptului în vigoare. Și argumentele pledând pentru reformele necesare ale dreptului în vigoare pot fi fundamentate prin dogmatică, așa cum ne arată art. 1, alin. II din Codul civil elvețian.

5. Funcția critică și de perfecționare

Conform unei opinii larg răspândite, juriștii sunt conservatori sau chiar reacționari. Ei soluționează litigii de ieri cu legi de alaltăieri, pentru că „dintotdeauna au făcut asta așa”. În aceasta constă și una din rezervele față de dogmatica juridică. Totuși, dogmatica nu are misiunea de a cimenta pentru totdeauna modele tradiționale de soluții. Prin aceea că ordonează sistematic dreptul în vigoare, ea creează totodată și premisele unei analize și critici diferențiate a ordinii juridice, în toate compartimentele sale. Contradicțiile devin vizibile și pot fi descoperite și înlăturate. Noile soluții pot fi inserate în sistemul existent ori creează ocazia dezvoltării în continuare a acestuia.

Abia complexitatea manifestată prin dogmatică a perspectivelor axiologice ale dreptului permite controlul deciziilor și rezultatelor urmărite prin ea, precum și o orientare adecvată a consecințelor. O dogmatică elaborată constituie astfel baza criticii dreptului, a perfecționării evolutive a dreptului și a înnoirii acestuia. Un progres în cunoaștere pe bază științifică nu este posibil fără dogmatică, chiar și atunci când acesta trebuie impus – prin argumente mai bune – contra acesteia.

Dogmatica oferă instrumentele conceptuale pentru o practică juridică gândită și elaborată științific. Ea conține „discuția înmagazinată” în istorie a problemei respective și oferă totodată impulsuri pentru critica acesteia și pentru dezvoltarea unor noi proiecte de soluții. Aici se află unul din temeiurile libertății cercetării și a doctrinei în știința dreptului. Ea are sarcina de a recunoaște contradicțiile și argumentele fictive din doctrina și practica judiciară și să impună dezvăluirea obiectivelor și a criteriilor axiologice ascunse, de politică juridică. O direcționare a științei dreptului doar către necesitățile actuale ale politicii dreptului și ale practicii judiciare, precum și orientarea învățământului juridic exclusiv în raport cu deciziile ultimelor instanțe, așa cum este moda în prezent, ratează misiunea științifică a disciplinei. Dogmatica ansitorică constituie un drum greșit dinainte programat, în special sub aspectul funcției critice a jurisprudenței în raport cu justiția, aflată sub imboldul transformării statului de drept într-un stat al judecătorilor. Critica și schimbarea practicii judiciare aflate în eroare constituie elemente necesare ale unui demers pe planul științei dreptului.

V. DOGMATICA JURIDICĂ ȘI POLITICA DREPTULUI

Astfel am ajuns, după o lungă introducere, la miezul propriu zis al subiectului nostru. După cum vom vedea, va fi vorba aici doar de a trage concluziile din cele expuse anterior.

1. Ce înseamnă politica juridică?

Numim politica dreptului configurarea (die Gestaltung) vieții sociale și politice prin norme elaborate și impuse de stat. În teoria dreptului, funcția de dirijare și de configurare a dreptului este recunoscută în prezent ca fiind cea mai importantă sarcină a dreptului precum și a fiecărei norme juridice în parte⁴⁶. Dreptul este un instrument specific de dominație în vederea impunerii deciziilor voinței politice. Fiecare regulă de drept constituie o bucată de substanță politică „scursă și solidificată” în normă.

2. Dogmatica dreptului ca „politică juridică cristalizată”

După cum am mai spus, dogmatica juridică este încercarea de a explica dreptul în vigoare la un moment dat fără contradicții și cu capacitatea de a convinge rațional, ca un sistem axiologic unitar⁴⁷. Cea mai importantă prestație a ei constă în cuprinderea, ordonarea și sistematizarea întregului drept în vigoare în principii, care trebuie luate în considerare ca fiind aserțiuni „valabile” și care nu pot fi negate în mod discreționar de către cei ce aplică dreptul sau de către instanțele abilitate să elaboreze norme⁴⁸. Prin aceasta, dogmatica sintetizează principiile importante ale dreptului pe un metanivel, deasupra regulilor individuale, vădind în egală măsură claritate „de cristal”, transparență și concentrare. Astfel, ea constituie baza, oferă punctele de pornire și trasează limitele dezvoltării – necesare sau dorite, însă în conformitate cu sistemul – a dreptului.

Dogmatica dreptului este mai mult decât un sistem formal și „doar clasificator” de ordonare. Toate conceptele și principiile dogmatice înmagazinează o ordine axiologică fundamentată în ordinea juridică și presupusă de aceasta⁴⁹.

⁴⁶ B. Rüthers, *Rechtstheorie*, nr. 72 și urm., 91 II.

⁴⁷ Vezi mai sus, I, 5.

⁴⁸ Vezi mai sus, V, 1-5.

⁴⁹ B. Rüthers, *Rechtsordnung und Wertordnung – Zur Ethik und Ideologie im Recht*, Universitätsverlag, Konstanz, 1986; idem, *Rechtstheorie*, nr. 72 și urm.

La o examinare atentă, datorită dependenței sale față de elaborarea normelor, dogmatica apare, cel puțin mijlocit, ca un produs al politicii juridice.

Prin recunoașterea ei ca „opinie dominantă”, ea este ceva în genul structurii interne sau al „scheletului juridic” al fiecărei societăți ori ordini statale, care conferă sau ar trebui să confere acesteia soliditatea necesară. Într-o terminologie științific neutră și general abstractă, ea reprezintă valorile fundamentale și obiectivele reglementării în ordinea juridică respectivă. O dogmatică liberă de determinări valorice și de ideologie nu poate exista. Ea nu se bazează niciodată exclusiv pe logica formală, ci tinde întotdeauna spre consolidarea anumitor judecăți de valoare și spre realizarea anumitor obiective ale reglementării. Ea conservă o anumită ordine socială și statală.

3. Politica juridică și răspunderea pentru consecințe

Formularea aserțiunilor dogmatice este repartizată către mai multe instanțe. Legiuitorul poate interveni prin normările sale în fundamentele ordinii juridice și să schimbe ori să înlăture principii dogmatice valabile, fără a fi nevoie ca acest lucru să apară expres în redactarea noilor dispoziții. Prin normele lor cauzale (Fallnormen), curțile de justiție de ultimă instanță pot de asemenea să modifice în mod substanțial anumite structuri dogmatice, și aceasta de multe ori și mai puțin vizibil decât în cazul schimbării dispuse de către legiuitor. Exemplele sunt legiune; menționez doar Decizia Mutlangen a Curții Constituționale Federale, ori acordarea de către Curtea Federală (Bundesgerichtshof) a unor despăgubiri în bani pentru lezarea dreptului la personalitate, dar și lichidarea „principiului *ultima ratio*” în caz de conflicte de muncă, de către Primul Senat al Curții Federale de Muncă (Bundesarbeitsgericht), contra opiniei Marelui Senat.

Și știința dreptului participă, prin propunerile sale de reformă sau de perfecționare a dreptului, în domeniile fiecărei ramuri, la dezvoltarea dogmaticii; rolul său fiind cu preponderență unul *de consiliere*.

Perfecționarea în continuare și restructurarea dogmaticii constituie, indiferent din partea cui ar veni, activități de *politică juridică*. Această participare la politica juridică implică pentru toți participanții și răspunderea pentru consecințele acțiunilor lor. Acest lucru este valabil inclusiv – și mai ales – pentru nomoteții dreptului judecătoresc, precum și pentru propunerile de reformă ale științei dreptului⁵⁰. În caz de introducere a unor noi principii, concepte și

⁵⁰ Th. Wälde, *Juristische Folgenorientierung*, Athenäum-Verlag, Königsstein / Ts., 1979, p. 12 și urm.

figuri juridice dogmatice operează o regulă imperativă a cântării consecințelor, întrucât autorii acestora configurează prin aceasta și o bucată din realitatea socială și politică. Demersul intelectual și inițiativele de reformă pe plan dogmatic nu pot face abstracție de orientarea în raport de consecințe (Folgenorientierung), sub aspectul unei etici a responsabilității.

VI. EROZIUNEA DOGMATICII PRIN DREPT JUDECĂTORESC?

Unul din cei mai importanți judecători ai Curții Supreme a SUA spunea:

„Bineînțeles, noi [Curtea Supremă,] suntem subordonați Constituției; dar ce anume este Constituția, spunem noi”⁵¹.

Transpusă instanțelor supreme din Republica Federală Germania, aserțiunea respectivă devine din ce în ce mai actuală. Acest lucru este valabil și pentru relația ei cu Constituția, cu dogmatica și cu politica juridică.

Deja juriștii romani au remarcat – după cum o atestă citatul din Pomponius⁵² – faptul că dogmatica trebuie înțeleasă ca rezultat al unei interpretări inteligente. Interpretarea autentică a ordinii juridice revine în Republica Federală Germania curților federale, iar în ultimă instanță, Curții Constituționale Federale. Ele joacă prin urmare rolul principal în stabilirea dogmaticii valabile⁵³.

Întrucât instanțele sunt supuse „legii și dreptului” (art. 20, alin. III din Legea Fundamentală), iar conform art. 97, alin. I [din același act normativ], sunt independente și supuse doar legii, nu însă stăpâne și creatoare ale ordinii juridice, selecției metodelor și fidelității față de metode a instanțelor supreme le revine un rol proeminent pe planul dreptului constituțional și al politicii constituționale. Disponibilitatea lor de a servi Constituția și dreptul este decisivă pentru menținerea și evoluția statului de drept democratic.

În acest sens, trebuie este necesar să pornim de la ideea că instanțele și judecătorii, în principiu, acceptă și intenționează să respecte și să transpună în fapt regula aplicării dreptului în conformitate cu Constituția și în limitele legii. Însă dacă examinăm practica judiciară reală a curților federale, aserțiunile metodologice ale acestora precum și realizarea practică a acestora, greu ne putem reprima rezervele și îndoelile.

⁵¹ „We are under a Constitution, but the Constitution is, what the judges say it is”, în C. E. Hughes, *Adresses and Papers of Charles Evan Hughes*, New York, 1908, p. 139.

⁵² Vezi mai sus, I, 6.

⁵³ Vezi mai sus, III, 1.

Nu este vorba doar de mărunțișuri formale. Problemele metodologice sunt probleme constituționale. Este vorba de principiile democrației, ale statului de drept și ale separației puterilor, așadar de distribuția puterii în stat.

Curtea Constituțională Federală și, în urma ei, celelalte curți federale, se declară adepte ale așa zisei interpretări obiective. Ea este – și, rațional, greu se poate contesta aceasta – opusul a ceea ce pretinde prin numele său că ar fi. Ea deschide fiecărui complet de judecată (Spruchkörper) posibilități largi, până în prezent aproape nelimitate, de a-și impune propriile reprezentări subiective asupra reglementării. În caz de dubiu, judecătorii sunt cei care decid care anume răspunsuri la problemele de drept ce le sunt deduse spre soluționare apar, din perspectiva lor, ca raționale în mod „obiectiv”. Este ignorat sau trecut cu vederea faptul că raționalitatea obiectivă depinde indisolubil de preconcepțiile lor subiective.

Caracterul contradictoriu sub aspect metodologic al practicii interpretative a Curții Constituționale Federale a fost semnalat de mai multe ori⁵⁴. Confruntat cu întrebarea privind metoda pe care instanța o consideră cu adevărat drept adecvată, Wolfgang Zeidler, pe atunci Președinte al Curții Constituționale Federale, a răspuns astfel:

„Știți, de fapt, la noi, fiecare caz își are propria metodă”

Arbitrariul orientat în funcție de rezultatul dorit (ergebnisorientierte Beliebigkeit) ca principiu metodologic? Practica Curții nu pledează nicidecum contra informației oferite de Președinte.

Dacă examinăm practica metodologică a celorlalte ramuri ale puterii judiciare, vom remarca faptul că lămurirea dată mai sus va fi mai degrabă confirmată decât contrazisă. Un judecător desemnat pentru instruirea profesională a magistraților de la o Curte Superioară a Landului (Oberlandesgericht) mi-a prezentat astfel experiența sa:

„Nu există în Senatul meu o metodă circumscrisă cu precizie, exercitată în mod constant. Se argumentează aproape exclusiv în direcția unui drept al grupelor de cazuri (Fallgruppenrecht), în care litigiul de soluționat este comparat cu cazuri soluționate anterior. Dacă lipsește o speță anterioară comparabilă, atunci demersul nostru nu se orientează către o ordonare a cazului litigios în ordinea juridică, conform unor principii juridice și decizii axiologice ale legii. Mai degrabă se va argumenta deliberat în direcția unei soluții pretins ‘obiectiv raționale’ sau, ‘practic adecvate’. Țelul nu este elaborarea unei reguli conforme legii și general valabile în privința acestei grupe de cazuri, ci evidențierea unei,

⁵⁴ Detalii la B. Rüthers, *Rechtstheorie*, nr. 799 și urm.

excepții', care trebuie scoasă de sub incidența oricărui criteriu de evaluare tradițional.

Deseori nu sunt examinate și controlate nici măcar minimalele efecte obligatorii ale „interpretării raționale”. Relevanța constituțională a selecției metodelor este necunoscută colegilor sau – urmând exemplul Curții Constituționale Federale – este negată⁵⁵. Nu sunt menționate temeurile materiale ale controverselor între metoda istorică și cea „obiectivă” și nici necesitatea unei stabilirii unei legături între criterii. Consecințele alternative ale selecției metodelor pentru conținutul ordinii juridice nu sunt nici măcar percepute.

Argumentele metodologice – în cazul în care totuși apar – servesc de regulă doar ca fațadă, pentru a deghiza rezultatul preconceput cu aparența unei căi raționale de adoptare a deciziei. În fapt, diversele metode sunt utilizate în mod diferit, de la caz la caz. Astfel, fiecare caz își capătă propria metodă. Pe această cale, contra tuturor obiecțiilor de fond și de ordin metodologic, se vor impune în cele din urmă acele metode care susțin soluția preferată de completul de judecată (Senat). De cele mai multe ori nu se poate percepe și recunoaște un concept metodologic clar sau o ordine în aplicarea metodelor la interpretarea legii ori la stabilirea și rezolvarea lacunelor. Acest lucru este valabil în mod corespunzător în privința tuturor mijloacelor de interpretare. Textul unei dispoziții este, în funcție de intenția de a decide, univoc sau neclar, istoricul adoptării textului clar, obscur sau irelevant, obiectivul istoric al normei obligatoriu, depășit, imposibil de stabilit sau insuficient exprimat în textul legii.

Toate acestea sunt garnisite cu 'rețete de bucătărie' fără caracter obligatoriu, cum ar fi 'conținutul univoc al textului' (eindeutiger Wortlaut), 'interpretarea strictă a dispozițiilor excepționale' (enge Auslegung von Ausnahmevorschriften), 'teoria aluziei' (Andeutungstheorie), 'căutarea lacunelor' (Lückensuche), 'decelarea tipologică a dreptului' (typologische Rechtsfindung), iar în caz de nevoie, cu 'natura lucrului' (Natur der Sache) sau cu 'esența' (Wesen)".

Atât din relatarea verbală a unui observator cu o înaltă pregătire profesională. Această manieră de lucru, deseori deliberat imprecisă sub aspect metodologic, practică inițial de instanțele supreme, a fost adoptată între timp și de către celelalte instanțe. Ea extinde – într-un mod mai mult decât discutabil sub aspect constituțional – puterea de adoptare a normelor și spațiile de manevră ale unor decizii axiologice proprii (Eigenwertungsspielräume) ale justiției în raport cu legiuitorul. Ea contribuie masiv la nesiguranța juridică și la disoluția unei dogmatici fiabile.

⁵⁵ Vezi BverfGE, 88, 145, 147.

Involuția și chiar dispariția unei dogmatici fiabile prin dreptul nesigur și oscilant al judecătorilor poate fi observată în cazul practicii judiciare schimbătoare a Curții Federale de Muncă (Bundesarbeitsgericht) în numeroase domenii, de exemplu cel al răspunderii angajaților⁵⁶, al protecției contra concedierii⁵⁷ și mai ales în cel al dreptului conflictelor de muncă⁵⁸. Abia dacă se poate vorbi de o oarecare predictibilitate pentru circuitul juridic a deciziilor judecătorești din aceste domenii. Siguranța juridică – parte a statalității de drept – a fost înlăturată *de facto* de către Curtea Federală de Muncă în domenii precum protecția împotriva concedierii sau dreptul conflictelor de muncă.

Știința dreptului a avut fie o atitudine pasivă și necritică față de această evoluție, fie a sprijinit-o activ (ultimul caz fiind mai frecvent). Jurisprudența și justiția din Germania sunt [în prezent] foarte departe de o conștientizare clară a metodologiei. Deciziile instanțelor ultime sunt de multe ori privite și acceptate ca adevăruri revelate. Critica sistematică față de sincretismul metodologic larg răspândit e tot mai rară.

În raport cu experiența juriștilor germani pe planul interpretărilor și ingerințelor nelimitate*, după numeroase schimbări de sistem și constituționale, acest lucru este absolut surprinzător. În foarte puține țări au existat generații de juriști care să fi putut dobândi un „know-how” metodologic atât de cuprinzător pe planul răstălmăcirii întregii ordini juridice precum cel al juriștilor germani între 1919 și 1990. După răsturnările din 1919, 1933, 1945 și 1990, ei au devenit „experți în reorientare” (Wende-Experten).

Nu cumva refularea numeroaselor schimbări ideologice și de sistem din învățământul juridic german își arată aici fructele târzii?

⁵⁶ Detalii la Brox / Rüdgers, *Arbeitsrecht*, Kohlhammer Verlag, Stuttgart, Berlin, Köln, ediția a 15-1, 2002, p. 82 și urm.

⁵⁷ B. Rüdgers, *Beschäftigungskrise ...*, (lucrare citată la nota 36), p. 57 și urm., idem, în „Neue Juristische Wochenschrift”, 2002, col. 1601-1609.

⁵⁸ B. Rüdgers, *Beschäftigungskrise ...*, (lucrare citată la nota 36), p. 104 și urm.; idem, *Mehr Beschäftigung durch Entrümpelung des Arbeitsrechts?*, în „Neue Juristische Wochenschrift”, 2003, col. 546-552.

* În original: „mit den unbegrenzten Aus- und Einlegungen”; vezi observația noastră care precede nota 45 (n. tr.).

LEGAL DOGMATICS AND LEGAL POLITICS

- Summary -

Following an introductory overview of several foundational conceptual issues relating to the definition and genesis of legal dogmatics, the paper examines the gradual transformation of legal dogmatics in the process of shifting from a statute-based state (Gesetzestaat) to a judicial state (Richterstaat). In the author's view, the main functions fulfilled by legal dogmatics in the realm of legal practice include: ordering and systematisation, stabilisation, the function of exoneration, „prohibition of denial” and the criticism and perfecting function. The primary thesis of the author focusses on the relation between legal dogmatics and legal politics, the former being seen as the „crystallized” instantiation of the latter. Irrespective of the political or ideological affiliations of the members of the judiciary, the encroachments of judicial interventionism combined with biased or ad-hoc methodological approaches – including „unbounded interference and interpretation” – in deciding political-charged cases are nowadays the main threats to both legal dogmatics and to the „Rechtsstaat”.