

CURȚILE CONSTITUȚIONALE ÎNTRE JURISPRUDENȚĂ ȘI
LEGISPRUDENȚĂ*

CONSTITUTIONAL COURTS BETWEEN JURISPRUDENCE AND
LEGISPRUDENCE

MARIUS BALAN¹

Rezumat: Miza politică tot mai mare a deciziilor instanțelor de contencios constituțional a determinat punerea în discuție și contestarea atât a legitimității controlului judecătoresc ca atare, cât și a modului concret de numire a judecătorilor constituționali. Totuși, dreptul a rămas în mare măsură axat pe procesul judiciar, știința dreptului fiind privită ca o profeție asupra a ceea ce va decide instanța supremă (O.W. Holmes). În contextul amplificării și accelerării considerabile a producției de norme juridice de către o categorie tot mai largă de entități instituționale, o deplasare a centrului de greutate a investigației științifice către procesul legislativ – așa cum argumentează promotorii conceptului de „legisprudență” – impune reconsiderarea noțiunii de drept, precum și a procesului de legitimare a autorităților nomotetice.

Cuvinte cheie: justiție constituțională, legisprudență, Curtea Constituțională a României, statul de drept

Abstract: The increasing political stake of constitutional court decisions generates challenges and disputes on both the legitimacy of judicial review as such and the systems of appointment of constitutional justices. However, legal theory remains focused on the patterns of judicial process as long as jurisprudence is considered as a prophecy of what the highest court will do in fact (O.W. Holmes). Given the

* Acest articol constituie versiunea în limba română a comunicării noastre *Les Cours constitutionnelles entre jurisprudence et légisprudence*, prezentată la masa rotundă organizată la Iași de Centre francophone de droit constitutionnel de l'Université Mihail Kogălniceanu și de Asociația Română de Drept Constituțional (25 mai 2012), deja publicată în volumul Conferinței: Genoveva Vrabie, (Éditeur), *La jurisprudence des autorités juridictionnelles – Source de droit?*, Institutul European, Iași, 2013, pp. 97-106.

¹ Lector univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea Alexandru Ioan Cuza din Iași, email: balan@uaic.ro

substantial increase and acceleration of the output of legal rules, a switch of emphasis in scientific research toward the legislative process would be highly appropriate. According to the followers of “legisprudence” the role and scope of legal rules and of legitimacy of nomothetic bodies are to be reconsidered.

Keywords: judicial review, legisprudence, Romanian Constitutional Court, rule of law

La prima vedere rolul judecătorului într-un sistem juridic axat pe dreptul scris și dominat de o gândire pozitivistă este foarte simplu: el va aplica litera textului scris așa cum a fost elaborat de legiuitor; el nu este decât „la bouche qui prononce les paroles de la loi”², pentru a utiliza celebra expresie a lui Montesquieu. Când înțelesul textului este neclar, se recurge la interpretarea gramaticală, dacă nici așa nu avem succes în stabilirea sensului frazei, recurgem la interpretarea logică, apoi la cea sistematică sau chiar la cea istorică. Pentru cei dispuși să meargă dincolo de canonul trasat de Savigny³, recurgem la interpretarea teleologică, încercând să determinăm voința – prezumată – a legiuitorului. Pentru cei a căror îndrăzneală frizează temeritatea, se poate recurge la interpretarea obiectivă, în sensul determinării de către judecător, a ceea ce, în mod obiectiv, ar fi trebuit să voiască legiuitorul.⁴ Miza acestei probleme este încă și mai mare atunci când judecătorul interpretează legea fundamentală.

Pericolul ca judecătorul constituțional să se considere pe sine mai înțelept ca legiuitorul, ba chiar și decât constituantul este prezent oricând și oriunde. Un exemplu ilustrativ în acest sens îl constituie două decizii

² Formula se găsește în celebrul Capitol V (La Constitution d’Angleterre) al Cărții a XI-a din *De l’esprit des lois*,

³ F.K. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, Veit, Vol. I, 1840, pp. 212 și urm.

⁴ Pentru o pledoarie în favoarea „interpretării obiective”, menită să aibă prioritate față de cea „subiectivă”, vezi G. Hirsch, *Auf dem Weg zum Richterstaat*, în „Juristenzeitung“, nr. 18/2007, pp. 853-856. În concepția autorului (judecător la Curtea Federală Supremă – Bundesgerichtshof – din Germania), în caz de conflict între „drept și lege”, voința legiuitorului istoric trebuie să cedeze în fața „criteriilor obiectiv-teleologice”, legea putând fi „mai înțeleaptă decât legiuitorul”. În sens critic: B. Rühres, *Fortgesetzter Blindflug oder Methodendämmerung der Justiz? Zur Auslegungspraxis der obersten Bundesgerichte*, în „Juristenzeitung“, nr. 9/2008, pp. 446-451 (caracterizează augmentarea dreptului judecătoresc drept „transformare pe furis a Constituției”).

„gemene”⁵ pronunțate de Curtea Constituțională a României cu aproape 7 ani în urmă, referitor la constituționalitatea modificărilor regulamentelor celor două Camere ale Parlamentului României. Curtea a considerat, printre altele, neconstituționale prevederile art. 25¹ alin. (1) și (2) din Regulamentul Camerei Deputaților⁶ având următorul conținut:

"(1) Revocarea din funcție a președintelui Camerei Deputaților poate fi propusă, când se schimbă majoritatea politică din Camera Deputaților, de către majoritatea deputaților.

(2) Revocarea din funcție a președintelui Camerei Deputaților poate fi propusă și la cererea a minimum o treime din numărul total al deputaților, în una dintre următoarele situații:

- a) încalcă prevederile Constituției României;
- b) încalcă grav sau în mod repetat prevederile Regulamentului Camerei Deputaților sau ale Regulamentului ședințelor comune ale Camerei Deputaților și Senatului."

În esență, textul Constituției este cât se poate de clar: art. 64, referitor la organizarea internă a Parlamentului, stabilește în alin. (2) că fiecare cameră își alege un birou permanent, din care fac parte Președintele Camerei respective, ales pe întreaga durată a mandatului acesteia, și alți membri, aleși în fiecare sesiune. Fraza finală enunță explicit posibilitatea revocării, înainte de expirarea mandatului, a tuturor membrilor birourilor permanente. Treptat, Curtea a creat o serie de reguli jurisprudențiale cu tendința de a limita posibilitatea revocării președinților celor două camere.⁷ Astfel, revocarea nu se putea face decât la solicitarea partidului căruia îi aparținea președintele Camerei sau, ca sancțiune, în cazul încălcării legii sau regulamentelor. În susținerea acestei jurisprudențe contrare nu numai autonomiei Parlamentului ci și dispozițiilor exprese ale Constituției care

⁵ Decizia 601 din 14 noiembrie 2005, referitoare la regulamentul Senatului și decizia 602 din 14 noiembrie 2005, referitoare la Regulamentul Camerei Deputaților (ambele în Monitorul Oficial I, nr. 1027 din 18 noiembrie 2005).

⁶ În decizia nr. 602/2005, asupra sesizării de neconstituționalitate a unor dispoziții din Regulamentul Camerei Deputaților; decizia „geamănă” nr. 601/2005 a declarat neconstituționale dispozițiile corespunzătoare din art. 30, alin. (1) și (2) al Regulamentului Senatului.

⁷ Vezi decizia nr. 46/1994 (Monitorul Oficial nr. 131 din 27 mai 1994) și decizia nr. 62/2005 (Monitorul Oficial nr. 153 din 21 februarie 2005).

prevăd posibilitatea reevocării președinților Camerei – fără a statua vreo condiție în acest sens – Curtea a postulat teza unui „statut juridic distinct” al acestora în raport cu ceilalți membri ai birourilor permanente. Totodată ea evocă pericolul instabilității perpetue în cazul în care s-ar admite revocarea acestuia de către o majoritate schimbată „contrară voinței electoratului care a definit majoritatea politică a Camerelor”. În opinia Curții, „având în vedere că textul constituțional nu stabilește alte distincții decât cele cuprinse în art. 64, rezultă că revocarea unui membru al Biroului permanent înainte de expirarea mandatului se poate hotărî fie ca sancțiune juridică pentru încălcări grave ale ordinii de drept, fie pentru considerente independente de vinovăția acestuia în exercitarea atribuțiilor, cum ar fi pierderea sprijinului politic al grupului parlamentar care l-a propus”.⁸ Practic instanța noastră constituțională a construit un drept subiectiv a președintelui unei Camere a Parlamentului de a nu fi revocat de majoritate fără acordul partidului care l-a propus sau ca sancțiune juridică „pentru încălcări grave ale ordinii de drept” și a conferit acestui drept subiectiv protecția cuvenită unui drept fundamental, al cărui exercițiu nu poate fi restrâns nici de către majoritatea parlamentară.⁹ Animată de evidente predilecții și animozități politice Curtea și-a adoptat decizia nu pornind de la textul constituțional, ci de la rezultatul dorit cu anticipație, din perspectiva căruia a interpretat textul legii

⁸ Fraza subliniata se remarca atât prin incoerenta formulării cât și prin lipsa de logica. Este neclar de ce „absența altor distincții” din textul art. 64 al Constituției (nu este precizat alineatul, dar presupun că este vorba de al doilea, singurul care menționează pe membrii birourilor permanente) trebuie să ducă la concluzia revocabilității unui membru al biroului permanent fie „cu titlu de sancțiune juridică”, fie „pentru considerente independente de vinovăția acestuia în exercitarea atribuțiilor, cum ar fi pierderea sprijinului politic al grupului parlamentar care l-a propus”. În al doilea rând, fraza este formulată ca o distincție între două situații diferite și nu ca o enumerare limitativă.

⁹ Este foarte probabil ca în memoria majorității judecătorilor care au concurat la adoptarea acestei decizii (numiți cu sprijinul Partidului Social Democrat, partid căruia îi aparțineau președinții de atunci ai celor două Camere) să fi persistat împrejurarea că majoritatea ostilă celor doi președinți s-a format prin „reorientarea” unui partid mărunț (Partidul Umanist Român, rebotezat în 2005 ca „Partid Conservator”), partid care a intrat în Parlament pe liste comune cu PSD. Printr-o constelație atipică de circumstanțe, în decembrie 2004, imediat după alegeri, o majoritate formată din PSD și aliații săi formată din PSD și aliații săi a desemnat președinții camerelor (membrii PSD), iar apoi, sub efectul câștigării turului II al alegerilor prezidențiale de către adversarul PSD, Traian Băsescu, s-a format o nouă majoritate prin schimbarea taberelor de către aliații PSD.

fundamentale printr-o lectură selectivă și tendențioasă.¹⁰ Cazurile în care Curtea noastră constituțională a pronunțat decizii controversate sunt numeroase;¹¹ acest reproș poate fi foarte bine îndreptat și împotriva aproape oricărei alte instanțe de contencios constituțional.¹² Problema nu constă numai în rezultatul dezagreabil al unei soluții,¹³ ci mai ales în semnalul negativ indus sistemului juridic privit în ansamblul său. În concepția clasică asupra dreptului, judecătorul este cel care raționalizează dreptul, cel care găsește un sens și o logică într-un ansamblu disparat și adeseori incoerent de norme abstracte. O imagine întrucâtva schematică prezintă adoptarea legilor ca un proces dominat de factori politici, de interese și majorități politice fluctuante, menținut în limite suportabile de controlul neutru și profesionist al judecătorilor constituționali care veghează la respectarea valorilor intangibile consacrate în legea fundamentală. În arhitectura statului de drept acest sistem funcționează destul de bine. Aspectul pozitiv al acestei

¹⁰ Este interesant că în august 2012, Curtea într-o componență substanțial schimbată (doar 3 din cei 9 judecători ai Curții din 2005 mai erau în funcție), nu s-a prevalat de precedentele clare din 2005 pentru a invalida revocările intempestive ale președinților celor două Camere în cursul crizei din iulie. Aceasta cu atât mai mult cu cât președinții revocați aparțineau Partidului Democrat-Liberal, adică zonei politice a cărei susținere a determinat numirea a cel puțin patru din cei nouă judecători ai Curții (notă inserată de autor după data prezentării acestei comunicări la Masa Rotundă).

¹¹ Vezi în acest sens, pentru a cita doar câteva cazuri mai cunoscute, Hotărârea nr. 1/1996 (M. Of. 213 din 9 septembrie 1996) privind numărarea mandatelor de Președinte ale domnului Ion Iliescu, decizia nr. 73/1995 (M.Of. nr. 177 din 8 august 1995) referitoare la casele naționalizate; deciziile 665/2007 (M.Of. nr. 547 din 10 august 2007), 1133/2007 (M. Of. nr. 851 din 12 decembrie 2007) și 472/2008 (M.Of. nr. 336 din 30 aprilie 2008), toate privind Legea răspunderii ministeriale, decizia nr. 51/2008 (M.Of. nr. 95 din 6 februarie 2008), decizia nr. 62/2007 (M. Of. nr. 104 din 12 februarie 2007) referitoare infracțiunile de la insultă și calomnie, sau decizia nr. 1/2012 (M.Of. nr. 53 din 23 ianuarie 2012) referitoare la eutanasierea câinilor fără stăpân. În unele dintre decizii sunt controversate soluțiile, în altele argumentația, iar în unele cazuri, ambele.

¹² Pentru a cita doar un singur exemplu: celebra decizie a Curții Supreme în cazul *Roe v. Wade* (410 U.S. 113 (1973)) prin care s-a declarat neconstituționalitatea unei legi statale care sancționa penal avortul, soluție ridicată la rangul de „superprecedent” în doctrină, este cât se poate criticabilă sub aspectul interpretării Constituției și al argumentației. Vezi în acest sens J. H. Ely, *The Wage of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, în „Yale Law Journal”, Vol. 82 (1973), pp. 920-949.

¹³ De multe ori, soluția ca atare este acceptabilă sau chiar pozitivă; criticabilă este însă argumentația, metodologia sau, mai degrabă, lipsa acestora.

funcționări nu constă însă în rezultat (i.e. obținerea unei soluții juste și benefice), ci mai degrabă în limitarea unei puteri, deseori irațională și politic egoistă, de către deținătorii altei puteri, nu neapărat animați de idealuri mai nobile. Formal judecătorii par să aibă mereu dreptate; deciziile adoptate de ei sunt luate cu respectarea unor reguli procedurale și a unui terminologiei formale a unui limbaj cu care, prin natura profesiei lor, sunt pe deplin familiarizați. Deciziile legiuitorilor sunt adesea intempestive, adoptate în urma unor deliberări pripite și superficiale sau chiar fără niciun fel de deliberare, sub presiunea unor interese sau temeri electorale sau personale. Statul de drept vede de aceea cu ochi buni fenomenul „judiciarizării”¹⁴ dreptului și a întregii vieți statale. O regulă de drept este consacrată pozitiv abia printr-o hotărâre judecătorească. Idealul statului de drept este ca toate raporturile individului cu semenii săi și față de autoritățile statale să fie fixate prin drepturi subiective realizabile în justiție. Faptul că acest lucru este iluzoriu sau inutil în condițiile concrete ale statului administrativ modern, în care individul este în mare măsură la discreția unor furnizori de servicii, publici sau privați, față de care o procedură judiciară reprezintă o luptă total inegală și lipsită de perspective, sau chiar de miză, este de mult cunoscut.¹⁵ Conceperea normelor juridice din perspectiva unui control judecătoresc în contencios constituțional și a unei aplicări controlate de instanțele de drept comun la sesizarea indivizilor ale căror drepturi subiective sunt protejate sau afectate prin aceste norme obturează în bună măsură percepția și înțelegerea factorilor politici reali influențează elaborarea dreptului. Nu în ultimul rând, această viziune uzuală implică o desconsiderare a „demnității legislativului”.¹⁶ În opinia lui Jeremy Waldron, „Nu doar că nu avem modelul normativ sau aspirațional de legislație care ne trebuie, dar

¹⁴ Vezi în acest sens Ad. Merkel, *Die Wandlungen des Rechtsstaatsgedankens*, în „Österreichisches Verwaltungsblatt“, 8. Jahrgang, 1937, pp. 174-182, studiu preluat în H. R. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck (ed.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, vol. 2, Franz Steiner Verlag - Verlag Österreich G.m.b.H., 2010, pp. 1599-1615, la p. 1609. Autorul citat menționează cerința unei „judiciarizări” (Justizförmigkeit) generale a întregii vieți statale, ca o condiție a libertății personale.

¹⁵ Vezi în acest sens lucrarea clasică a lui E. Forsthoft, *Der Staat der Industriegesellschaft – dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*, C.H. Beck, München, 1971.

¹⁶ Vezi în acest sens J. Waldron, *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, Cambridge, New York (The John Robert Seeley Lectures), 1999.

jurisprudența noastră este invadată de o imagistică ce prezintă activitatea legislativă ordinară ca o învoială, samsarlâc de cai, târg de vite, favorizare de interese, eviscerare de porci, adică orice altceva decât adoptare de decizii politice pe baza unor principii. Și există un motiv pentru aceasta. Pictăm legislația în culori oribile pentru a da credibilitate ideii de control judecătoresc (judicial review) (...) și pentru a reduce la tăcere ceea ce altfel ar reprezenta pentru noi disconfortul față de dificultățile „contra-majoritare” pe care, uneori, se consideră că le implică un control judiciar.”¹⁷

Într-o lucrare relativ recentă,¹⁸ profesorul belgian Luc J. Wintgens abordează dintr-o nouă perspectivă, cea a libertății în principiu nelimitate, împrejurarea că teoria dreptului a fost, și mai este, până în prezent, concentrată aproape exclusiv asupra activității judiciare și mult mai puțin asupra legislației. Explicația poate consta în aceea că raționamentul juridic este axat pe subordonarea față de norme, indiferent de unde acestea ar proveni. Subordonarea față de norme este desemnată de Wintgens drept „legalism”¹⁹. El distinge între „legalismul tare” (strong legalism) și cel „slab” (weak legalism). Legalismul „tare” este caracterizat prin „reprezentationalism”, atemporalitate, instrumentalism deghizat, etatism și, în fine, printr-o metodă științifică de studiere a dreptului.²⁰ În opinia autorului belgian, această formă a legalismului tinde spre excluderea oricărei forme de teoretizare în privința legislației. Legislația este o problemă de politică, iar aceasta, la rândul ei, o chestiune de opțiuni. Dat, fiind caracterul discutabil al oricărei opțiuni, teoria care și le ia drept obiect este condamnată de la bun început la eșec. Soluția oferită de legalism constă în „epistemologizarea” problemei, „transformând rațiunea practică într-o ramură a rațiunii teoretice”. Ceea ce trebuie făcut este restrângând la cunoașterea regulilor conținând drepturi și îndatoriri. Prin urmare, judecătorul devine

¹⁷ Ibidem, pp. 1-2.

¹⁸ L. J. Wintgens, *Legisprudence as a New Theory of Legislation*, în „Ratio Juris”, vol. 19, No. 1 March 2006, pp. 1-25.

¹⁹ Prin „legalism”, Wintgens înțelege acel tipar de gândire juridică, dominant din secolul XVII până la mijlocul secolului XX, conform căruia conduita normativă este o chestiune de conformare față de reguli (rule-following), fără ca proveniența lor să prezinte importanță (Wintgens, loc. cit., la p. 4). Conceptul este preluat după J. Shklar, *Legalism, Law, Moral and Political Trials*, Cambridge, Harvard University Press, 1964.

²⁰ L.J.Wintgens, *op. cit.*, loc. cit., pp. 4-5.

actorul principal în cadrul sistemului juridic, iar legiuitorul acționează ”în spatele scenei” acestui sistem. Conținutul real al dreptului public ar privi, de la Rousseau încolo, stabilirea instituțiilor și nu conținutul deciziilor adoptate de acestea.²¹ Wintgens contestă această abordare, luând ca punct de plecare conceptul de libertate. În absența limitării externe a libertății, subiecții acționează conform propriilor lor concepții, având de ales între diverse limitări, orice acțiune implicând renunțarea la anumite opțiuni, prezente înainte de a acționa. Aceste limitări sunt numite de autor „concepții ale libertății” (*conceptions of freedom*); ele constituie realizări ale libertății, determinări ale nenumăratelor variante posibile, sunt limitări ale libertății operate de însuși subiectul de drept. Limitarea exterioară a activității subiecților se face prin „concepții asupra libertății” (*conceptions about freedom*). Este vorba de acele limitări care sunt necesare exercitării libertății altora. Libertatea are și o dimensiune morală, contrabalansată de dimensiunea sa politică. În teoriile contractualiste (Hobbes, Rousseau) specifice legalismului „tare”,²² dimensiunea politică prevalează asupra sensului moral al libertății, astfel încât „concepțiile asupra libertății” au prioritate față de „concepțiile libertății” (*conceptions of freedom*). Wintgens propune un legalism „slab”, pe baza unui model de contract social desemnat ca „model compromis” (*trade-off model*). În baza acestuia, subiecții nu încredințează suveranului un țel general. Dimpotrivă, libertatea este negociată în cazul fiecărei limitări externe a libertății în parte. Justificarea legislației este caracterizată ca proces al „cântării” și contrabalansării limitărilor morale și politice ale libertății. Este necesar un cadru principial (*principled framework*) aplicabil caracterului rațional al legislației, care să justifice limitările externe ale libertății. Limitările externe sunt supuse unui proces unui proces de legitimare continuă.²³ Cadrul evocat de Wintgens cuprinde patru principii: al alternativității, al densității normative, al temporalității și al coerenței.

²¹ Ibidem., loc. cit., p. 5.

²² Argumentația în ibidem, loc. cit., pp. 7-9. În esență, concepțiile pozitivistice au în vedere un suveran împuternicit cu un mandat general, cu un obiectiv general și absolut al sistemului juridic în ansamblu (siguranța personală la Hobbes, egalitatea la Rousseau), constituind totodată justificare *a priori* a oricărei limitări externe și viitoare a libertății individului.

²³ Ibid., loc. cit., p. 10.

Principiul alternativității reclamă ca limitarea externă a libertății să fie justificată ca o alternativă a interacțiunii sociale eșuate. Altfel decât în cazul legalismului „tare”, unde suveranul reglementează prevenind *a priori* conflictele, punând însă în pericol practicile sociale unde interacțiunea există neconflictuale și se poate menține de la sine, negând sau reducând autonomia subiecților, în cazul legalismului „slab” suveranul poate interveni dar atunci când argumentează că limitarea sa externă este preferabilă unei limitări interne ca rațiune de acțiune, în baza eșecului în interacțiunea socială.²⁴

Principiul densității normative admite o limitare externă este justificată doar în măsura în care este afectată densitatea impactului normativ. Reglementările statale au un grad variabil de „densitate normativă”, unde sancțiunea reprezintă maximumul, fiind posibile tehnici reglatoare alternative precum informarea, etichetarea, stimulente (de genul deducerilor fiscale), auto-reglementarea prin coduri de conduită, acorduri etc. Dacă principiul alternativității vizează justificarea reglementării ca atare, cel al densității normative impune justificarea unei reglementări sancționatoare, atunci când există alternativa unor tehnici reglatoare mai „relaxate”.²⁵

Principiul temporalității subliniază caracterul istoric al oricărei reguli și a oricărei justificări a acesteia. Prin urmare, orice limitare externă a libertății trebuie să survină la „timpul potrivit”. În al doilea rând, ceea ce era corect la un anumit moment poate deveni ulterior inadecvat; justificarea limitărilor externe este un proces continuu, ce presupune și conștientizarea faptului că limitările externe trebuie ținute la curent cu schimbarea circumstanțelor. Limitările externe, posibil căzute în desuetudine, trebuie reexamineate constant din perspectiva celor două principii precedente.²⁶

Principiul coerenței reclamă justificarea limitărilor externe ale libertății din perspectiva sistemului juridic ca întreg. Coerența este deseori asimilată cu non-contradictorialitatea; totuși există niște diferențe. Coerența impune ca „întregul să aibă un înțeles”, fiind o problemă de grad, pe când non-contradictorialitatea este o chestiune de „a fi sau a nu fi”: un sistem

²⁴ Ibid., loc. cit., pp. 10-11.

²⁵ Ibid., loc. cit., pp. 11-13.

²⁶ Ibid., loc. cit., pp. 13-15.

cuprinde sau nu contradicții interne. Wintgens distinge patru niveluri de coerență:

- gradul 0, elementar, specific oricărui discurs, universal și neafectat de timp;
- gradul 1, care implică și o dimensiune temporală: de exemplu, cel specific unei practici judiciare care urmează fidel precedentele;
- gradul 2, care implică justificarea unei abateri de la precedente, în numele coerenței întregului sistem, privit ca întreg;
- gradul 3, care adaugă o dimensiune teoretică sistemului juridic. O soluție răspunde acestui nivel de coerență atunci când are în vedere și perspectiva teoriei dreptului, ba ia chiar în considerare și aspecte ale altor discipline (economie, sociologie, politologie etc.).²⁷

Perspectiva lui Wintgens, care propune limitări suplimentare ale activității legiuitorului²⁸ nu oferă, firește, soluția universală a de a elimina inconsecvențele instanțelor supreme sau constituționale care interpretează sau aplică legea fundamentală. Ea oferă totuși un cadru de evaluare pe criterii raționale și obiective a activității tuturor nomoteților. Problema nu este neapărat lipsa de apetență pentru teorie sau chiar filozofie a judecătorilor supremi,²⁹ ci mai degrabă lipsa unei teorii generale³⁰ care să ofere un algoritm formalizat juridic (și nu justificat ideologic) pentru adoptarea unor soluții coerente de către instanțele supreme sau de contencios constituțional. Renunțarea la o paradigmă iusnaturalistă și adoptarea unui

²⁷ Ibid., loc. cit., pp. 15-21.

²⁸ Dincolo de cele impuse de respectarea drepturilor omului. Acestea ar reprezenta în viziunea sa doar o protecție negativă a unor trăsături esențiale ale libertății, pe când perspectiva legisprudenței ar fi mai adecvată caracterului reflexiv al libertății, ajungând la o implementare pozitivă a autonomiei morale a subiectului de drept.

²⁹ Vezi în acest sens D.C. Dănișor, *Curtea Constituțională a României în capcana nefilosofării*, în „Curierul Judiciar”, nr. 7/2010, pp. 363-366. Autorul presupune adevărată și necesară a Curții Constituționale față de o ideologie liberală, criticând-o pentru neconcordanța soluțiilor cu exigențele liberalismului.

³⁰ Pentru un sistem laborios și coerent de formalizare juridică a domeniului drepturilor fundamentale, vezi R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1986; în traducere: *Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2002.

mod de gândire axat pe supremația textului scris și a certitudinii legii pozitive implică riscul ca periodic instanțele din diverse rațiuni (predilecții ideologice, interese sau idiosincrazii personale ale judecătorilor, conformismul față de curentele de opinie dominante, presiuni politice etc.) să ofere soluții, poate justificabile într-un context mai larg, dar venind în răspăr cu logica strictă a textului. Legisprudența (în special prin discuția referitoare la nivelurile de coerență) este o primă încercare de a percepe și formaliza juridic acest fenomen.

Conduita conformă normelor (rule-following) include un aspect cognitiv și unul volițional. Cel din urmă aspect nu e un pur act de voință, fiind „saturat cu teorie, ce nu se regăsește în norma” ce trebuie interpretată. Teoria analitică a sistemului juridic orientează opțiunea între metodele acceptabile de interpretare; ea este cea care face din sistemul juridic o ordine juridică.³¹

³¹ L. J. Wintgens, *Legisprudence as a New Theory of Legislation*, în „Ratio Juris”, vol. 19, No. 1 March 2006, pp. 1-25.