

SEMNIFICAȚIA JURISPRUDENȚEI ȘI AUTORITATEA PRECEDENTULUI ÎN MARILE FAMILII DE DREPT

STELUȚA IONESCU*

Abstract

In its entirety, the issue raised throughout this study is – and it is intended to be understood in such a manner – only an invitation to reflection. All that the present analysis intended to accomplish was bringing together the arguments that constructed, historically and as belonging to one or another law system, the manner in which the role of source of law of the jurisprudence was going to be perceived. The primary reason for this approach was that of discovering how important its reconsideration is today in the Romano-Germanic law systems, knowing that the quasi-major orientation of the doctrine was going to be that of placing the jurisprudence in a constant rapport of subordination to the law.

Such a redimensioning of the problem justifies its present interest also by taking into account the new European configuration, the Romanian law system being asked to respond to the new requirements imposed by the interaction of the two juridical traditions, Romano-Germanic and the common-law, which define the European juridical environment.

1. Tipologia sistemelor de drept. Aspecte generale

Un demers științific ce își propune să exploreze problematica jurisprudenței și a precedentului judiciar vădește ca imposibil de ignorat problema tipologiei sistemelor de drept¹, iar preocuparea pentru determinarea unor criterii în virtutea cărora se delimitează este punctul central al căutărilor doctrinare. Ceea ce se dorește este aducerea la lumină a trăsăturilor generale și a particularităților existente, atât în raport cu sistemele de organizare socială, cât și cu apartenența la un spațiu sau altul de civilizație juridică, iar această operă de a clasifica și categorisi reclamă în egală măsură laturile conținutului dreptului, dar și elementele specifice modului de exprimare a acestui conținut².

* Lector univ. dr., Universitatea „Valahia” din Târgoviște, Facultatea de Științe Juridice, Sociale și Politice.

¹ O abordare interesantă și încă actuală a problemei propune Pierre Legrand, *Dreptul comparat*, traducere și cuvânt înainte de Raluca Bercea, București, Edit. Lumina Lex, 2001.

² Mihai Bădescu, *Familii și tipuri de drept*, București, Edit. Lumina Lex, 2002, p. 9. Despre pluralismul juridic și antropologia sistemelor de drept, precum și despre fenomenele de enculturație, a se vedea și Mario Losano, *Marile sisteme. Introducere în dreptul european și extraeuropean*, București, Edit. All Beck, 2005.

Teoria izvoarelor dreptului arată că identificarea acestora este obligatorie, în absența punerii lor în relație cu circumstanțele istorice, sociale din diverse țări care determină procesele de elaborare a dreptului. Astfel, este de înțeles de ce, deși în linii generale aceleași, izvoarele dreptului au cunoscut un parcurs evolutiv și se pretează indiscutabil la circumstanțieri, căci, așa cum s-a arătat în doctrină³, ele privesc sistemele de drept în timp și în spațiu, în diferite epoci și țări. Explicația existenței acestei „pluralități” a izvoarelor trebuie căutată, înainte de toate, în multitudinea de relații sociale pe care le implică și, mai apoi, în varietatea modalităților de organizare și guvernare a societății.

Dintru început trebuie spus că formarea marilor familii de drept nu este nici pe departe o apariție spontană, situată într-un moment istoric precis, determinat sau, cel puțin, determinabil; ea este finalitatea atinsă de un proces evolutiv, centrat în jurul câtorva surse fundamentale, denumite în doctrină, extrem de sugestiv, „procese de recepție”⁴, a căror menire a fost aceea de a pătrunde în diferite zone geografice și de a modela, după anumite reguli și principii, diferitele sisteme juridice. Sub acest titlu, sunt de semnalat: *receptarea dreptului roman*, aplicabil în formă pură în unele țări sau adaptat în altele, în multe dintre ele, cu aceeași forță juridică și astăzi; *receptarea dreptului francez (rodul elaborărilor napoleoniene)*, care avea să devină drept aplicabil în majoritatea statelor ocupate, menținut în vigoare în unele dintre ele, chiar și după dobândirea independenței; *receptarea dreptului britanic (common-law)*, extins și menținut îndeosebi în fostele colonii, dar nu numai acolo.

Delimitarea tradițională distinge între: *familia de drept romano-germanic* și *familia de drept anglo-saxon*. Se alătură acestora *familia sistemelor de drept socialist* și *familia sistemelor de factură religioasă sau tradiționale*.

Între acestea, interesul cade asupra celor dintâi, geografia juridică a lumii fiind marcată și astăzi de compartimentarea în cele două mari familii de drept, *romano-germanică* și *anglo-saxonă*, având în conținutul lor mari sisteme de drept reunite, de regulă, pe criteriul istoric. Vădindu-și însă insuficiența, acesta avea să fie secondat de alte criterii de delimitare, dintre care, analiza de față preferă să poposească asupra aceluia care se integrează cel mai bine obiectivelor analizei, anume *ierarhia izvoarelor de drept*.

2. Repere privind semnificația jurisprudenței în familiile de drept

Termenul de *jurisprudență* a cuprins de-a lungul istoriei înțelesuri cu nuanțări diferite. Fără a dezvolta, trebuie spus că, dacă la Roma, prin *jurisprudență* se înțelegea activitatea jurisconsultilor (cu deosebire, cea practică), cu timpul,

³ Ion Craiovan, *Tratat elementar de teoria generală a dreptului*, București, Edit. All Beck, 2001, p. 70.

⁴ Este punctul de vedere exprimat de Mihai Bădescu, *Familii...*, p. 10.

termenul avea să definească atât deciziile judecătorești, cât și cunoștințele teoretice⁵. Altfel spus, jurisprudența însemna soluțiile pronunțate de către instanțe cu imperativul respectării sintaxei științei dreptului (prin determinarea și interpretarea normei juridice aplicate unui tip de cazuistică potrivit principiilor legislației).

Sensul în care s-a menținut până astăzi în sistemele de drept continental este cel tehnic, jurisprudența fiind privită drept suma soluțiilor date de autoritățile care fac jurisdicție, îndeosebi instanțele judecătorești.

În țările de limbă engleză însă, sensul noțiunii își menține încă semnificația de a fi știința dreptului, filosofia dreptului sau chiar teoria generală a dreptului⁶. Altfel spus, aici jurisprudența desemnează ansamblul deciziilor judiciare de unde se degajă o regulă de drept, în sensul că în mod constant, s-a dispus aceeași măsură, asupra aceluiași chestiuni de drept.

2.1. Semnificația jurisprudenței în sistemele de drept din familia anglo-saxonă

Denumirea consacrată este aceea a familiei sistemelor de drept *anglo-saxon* sau *anglo-american*. Între sistemele aparținând acestora, trebuie făcută însă o demarcație, întrucât, deși în linii mari ele sunt guvernate de aceleași reguli, există totuși note specifice, de natură să intereseze cercetarea, în întregul ei.

Astfel, *dreptul englez*, de factură consuetudinară, dar nu limitată la aceasta, plasează judecătorul în poziția creatorului de drept. Legea scrisă constituie aici excepția, forța juridică supremă fiind concentrată în ceea ce se cheamă *practica judiciară*. Soluția pe care o pronunță la speță judecătorul are meritul de a se impune pentru cauze aflate pe rolul unor instanțe inferioare și în cauze similare. În raport cu poziția sa de a aplica *dreptul comun*, acesta înțelege ca având existență obiectivă, indiferent dacă este sau nu exprimat în acte, legea apare într-o poziție auxiliară⁷. Dreptul provincial al Angliei se găsește – spune Hegel⁸ – în statute⁹ (legi

⁵ Săche Neculaescu, *Introducere în dreptul civil*, București, Edit. Lumina Lex, 2001, p. 25.

⁶ O expunere dezvoltată în Mauro Cappelletti, *Le pouvoir des juges*, Economica, 1990, p. 23 și urm.

⁷ O atare raportare nu este ferită de critici în doctrină; așa cum am mai arătat deja, nu există unanimitate în a arăta că este salutară o astfel de poziție a elementului judiciar în raport cu legea. Sunt dimpotrivă opinii care argumentează că există multe inconveniente ale unei asemenea proiecții, căci – se arată – „sunt multe precedente cu necorelări și contradicții, de natură să facă dificilă sau chiar să împiedice cunoașterea dreptului de către cei interesați” – pe larg, Ioan Ceterchi; Ion Craiovan, *Introducere în teoria generală a dreptului*, București, Edit. All, 1998, p. 86.

⁸ Hegel, *Principiile filosofiei dreptului*, București, Edit. IRI, 1996, p. 208.

⁹ Extrem de important este a se arăta că aici coexistă trei categorii de surse ale dreptului: *Common-law*, care cuprinde soluțiile date de Curțile regale din Westminster, *equity* (*principiile justiției*), care reprezintă un ansamblu de norme rezultat în sec. al XV-lea și al XVI-lea din jurisdicția Cancelarului, norme destinate să revizuiască dreptul comun și mai nou și *Statute Law* (*Statutory Law*) care reprezintă dreptul statutar, legile votate de parlament, legi a căror aplicare rămâne sub controlul puterii judecătorești.

formulate) și într-o așa-numită lege nescrisă; și pentru că această lege nescrisă este cuprinsă în deciziile curților de justiție și ale judecătorilor, aceștia din urmă sunt chemați în continuu să *legifereze*, prin aceea că ei sunt deopotrivă ținuți să se refere la autoritatea predecesorilor lor.

Pentru *dreptul american*, desprins și el din aceeași familie de sorginte anglo-saxonă, elementele care particularizează derivă, pe de o parte, din modul în care este organizat și funcționează sistemul judiciar, iar pe de altă parte, din raportul stabilit între cutumă și dreptul scris¹⁰.

Referitor la sistemul judiciar¹¹, se remarcă faptul că, statele care compun federația S.U.A, deși sunt, în principiu, supuse acelorași reguli, au elemente particulare, iar în privința jurisdicțiilor, practica este aceea a suprapunerii jurisdicțiilor statale cu cele federale.

Din perspectiva formei pe care o îmbracă dreptul, comunitatea statelor americane, deși nu se desprinde de regula precedentului judiciar, ca izvor primordial de drept, acordă de-a lungul timpului mai multă atenție dreptului scris. Legislația depășește statutul de excepție din dreptul englez și capătă o poziție nouă, reconsiderată. Cu toate acestea însă, spiritul cazuisticii juridice (*case law*) se menține, iar jurisprudența continuă să rămână elementul care formează fondul dreptului.

2.2. Semnificația jurisprudenței în sistemele de drept din familia romano-germanică

Familia sistemelor de drept de factură *romano-germanică* sau continentală, denumită și *latino-continentală*¹² include sistemele de drept din state ca Franța, Germania, Grecia, Italia, Spania.

Ceea ce se promovează în aceste sisteme este o ordine juridică caracterizată de primatul procesului legislativ și a creației sale¹³, aici izvorul de drept cu semnificația juridică cea mai înaltă fiind legea. Trebuie precizat că, *illo tempore*, sistemul de drept romano-germanic a parcurs câteva etape semnificative în evoluția sa: cea dintâi este calificată drept *perioada adoptării Constituțiilor*, etapă specifică

¹⁰ În acest sens, este de remarcat legea fundamentală a S.U.A, constituție în formă scrisă, o construcție normativă de notorietate și cu o relevanță juridică incontestabilă, sursă de inspirație pentru multe alte elaborări de aceeași factură.

¹¹ În acest sens, Philippe Fouchard, *Vers un procès civil universel? Les règles transnationales de procédure civile de l'American Law Institute*, Paris, 2001.

¹² Cum se exprimă Miguel Reale, *Introducción al Derecho*, Ediciones Piramide S.A., Madrid, 1993, p.119. Sistemele de drept de tradiție romano-germanică sunt, la rândul lor, grupate în alte două categorii: pe de o parte, *sisteme cu o pronunțată influență a dreptului francez* (Belgia, Luxemburg, Olanda, Portugalia, Spania, Venezuela, Porto Rico), pe de altă parte, *sisteme de inspirație germanică* (Elveția, Italia, Grecia, Rusia, China, Brazilia); România se încadrează în prima dintre aceste categorii.

¹³ În această problemă, François Terré, *Introduction générale au droit*, 6^e Édition, Paris, Dalloz, 2003, p. 281 și urm.; Boris Stark, Henri Roland, Laurent Boyer, *Introduction au droit*, 5^e Edition, Paris, Litec, 2002, p. 328 și urm.

secolului al XVIII-lea. Acesteia i-a urmat *perioada codificărilor (codurile civile, comerciale)*, etapă specifică secolului al XIX-lea; o a treia etapă avea să fie aceea a adoptării Tratatelor Internaționale, specifică secolului al XX-lea, pentru ca, în prezent, sistemul să parcurgă *perioada mondializării* sub toate aspectele (spațial, juridic, economic)¹⁴.

2.3. Semnificația jurisprudenței în sistemele de drept socialist/sistemul statelor socialiste

Mergând pe firul evoluției istorice, este de semnalat și viziunea epocii socialiste¹⁵ și a sistemelor care aveau să îmbrățișeze doctrina socialistă, cu privire la rolul jurisprudenței, la afirmarea sau la negarea calității sale de izvor formal al dreptului.

Cum, la origine, statele din categoria menționată veneau pe filieră romano-germanică, accentele acestei grupări de drept aveau să se mai mențină. Astfel, norma juridică elaborată de legiuitor, generală și obligatorie, a continuat să constituie elementul de bază al dreptului, autoritatea sa fiind adeseori dusă la extrem, fiind știut faptul că istoria a consemnat situații în care norma însăși avea să fie o platformă pentru acțiuni nedrepte; în numele legii avea să se comită orice, chiar și nedreptatea. Elemente noi pe care le-a promovat spiritul socialist privesc, în linii mari, instaurarea unei noi ordini și a unei societăți de tip nou, în care dreptul este tributary concepției potrivit căreia, el este produsul voinței poporului, voință orientată de doctrina oficială marxist-leninistă, de un tip nou de economie și un gen, nou și el, de raporturi juridice patrimoniale. Dreptul public a căpătat în această perioadă noi valențe, fiind extins în detrimentul evident al autorității diviziunii de factură privată.

Astăzi, fostele țări socialiste, ca urmare a transformărilor socio-politice hotărâtoare aduse de revoluțiile care au marcat istoria deceniului trecut, tind să-și revendice specificul originar, încercând o reîntoarcere la matrice și implicit o reintegrare în familia de drept romano-germanică.

În condițiile celor expuse mai sus, este de la sine înțeles că, în sistemele de drept socialist, practica judecătorească nu s-a bucurat de recunoaștere ca izvor al dreptului și nici nu avea cum să dobândească un atare statut, într-o societate cârmuită de principiile centralizării excesive, ale tendinței excesive pentru egalizare, ale îngrădirii liberei voinței și mai ales, în prezența unei justiții de tip declarativ, populist.

¹⁴ Pe larg, Mădălin Irinel Niculeasa,, *Modernism și postmodernism în sistemul juridic român*, Edit. Juridică Fokus, 2006, p. 10.

¹⁵ Doctrina vorbește despre familii de sisteme de drept socialist, încadrând în această categorie Rusia și alte țări socialiste sau foste socialiste (acestea de regulă desprinse din familia sistemelor de drept romano-germanic ale cărei influențe aveau să se facă simțite și mai târziu).

Deosebit de elocvent, literatura noastră de specialitate¹⁶ avea să afirme, cu privire la problematica în analiză și la sistemul nostru de drept din vremea evocată, că „în teoria și practica dreptului socialist, problema dacă practica judiciară constituie sau nu unul din izvoarele dreptului este soluționată negativ. Soluția dată acestei probleme în dreptul nostru procesual civil socialist are la bază principiul că judecătorii se supun numai legii și hotărăsc după intima lor convingere și călăuzindu-se după legile în vigoare și după conștiința lor juridică socialistă [...] ei aplică normele de drept, dar *nu le pot crea*”.

2.4. Semnificația jurisprudenței în sistemele filosofico-religioase și în sistemele tradiționale

Fără pretenția de a epuiza, trebuie avute în vedere și alte sisteme de drept, cu o rezonanță mai puțin pronunțată, însă cu o existență certă și particularități care merită a fi semnalate. Este vorba aici despre sistemele de drept grupate în două categorii: *sistemele filosofico-religioase* (dreptul musulman și dreptul hindus) și *sistemele tradiționale* (dreptul chinez și japonez)¹⁷.

Primele se caracterizează – așa cum arată și titulatura – printr-o pronunțată influență religioasă; într-un astfel de cadru, izvorul formal preponderent îl asigură aici doctrina, jurisprudența fiind exprimată prin ceea ce se cheamă *Idjitihad*, una dintre cele patru *Cărți*¹⁸ care guvernează și asigură normativitatea în țările în care se aplică aceste sisteme. Pentru dreptul hindus sunt de remarcat însă amprentele sistemului de *common-law* din care s-a desprins, în India însă nu se mai face distincția între *common-law*, *statutory law* și *equity*.

În sistemele de drept tradițional¹⁹, concepția veche exprimată concis „dreptul este pentru barbari” se menține și în epoca modernă; spiritul care animă aceste sisteme de drept este ideea armoniei, a păcii dobândite pe cale pașnică, cu maximă discreție. Apelul la justiție este soluția extremă și de nedorit, la care indivizii nu sunt invitați să purceadă. Aici domnește cultul medierii, al concilierii care, de regulă, are rostul de a estompa conflictul înainte ca acesta să capete caracter litigios și să fie deferit judecății. Specificul acestor sisteme este bine conservat, chiar în condițiile deschiderii (societății japoneze) spre lumea occidentală, pentru că, deși au fost adoptate între timp unele modele normative, preocuparea rămâne una tradițională, aceea a ordinii fără intervenția autorității judiciare. Aspirația

¹⁶ Vasile Negru, Dumitru Radu, *Drept procesual civil*, București, Edit. Didactică și Pedagogică, 1972, p. 17; pentru alte puncte de vedere, Anita Naschitz, Inna Fodor, *Rolul practicii judiciare în formarea și perfecționarea normelor dreptului socialist*, București, Edit. Academiei, 1961, p. 71–92.

¹⁷ Pentru dezvoltări, a se vedea Romul Petru Vonica, *Introducere generală în drept*, București, Edit. Lumina Lex, p. 222 și urm.

¹⁸ Alături de Coran, Sunna și Idjima.

¹⁹ Pe larg, despre familii și tipuri de drept tradiționale și religioase, a se vedea Mihai Bădescu, *Familii ...*, p. 94–138.

jurisprudenței la calificarea de izvor al dreptului, cu atât mai puțin unul formal, se înțelege de la sine că este zădărnicită dintru început, în aceste sisteme de drept.

3. Autoritatea precedentului

3.1. Privire de ansamblu

Problema autorității jurisprudenței sau a valorii normative a acesteia este aceea de a trata *precedentul* ca izvor de drept, atât din perspectiva sistemului *common-law*²⁰, pentru care constituie încă o trăsătură distinctă (chiar dacă, astăzi, forța acestuia nu mai este cea tradițional consacrată²¹), cât și din perspectiva orientării noi a sistemelor de drept romano-germanic, unde se vorbește tot mai des de puterea creatoare de drept a judecătorului (deși aici, prudența face ca doctrina să uzeze de acest termen doar atunci când califică exclusiv practica instanțelor supreme). De aceea, am considerat ca fiind necesar și oportun în acest context, a precede la o abordare succintă, având ca obiect delimitarea aspectelor ce particularizează problematica, în cele două mari familii de drept.

Așa cum am arătat, indiferent de locul pe care îl ocupă într-un sistem sau altul de drept, însemnătatea jurisprudenței nu poate fi ignorată, iar un studiu comparativ al acesteia poate fi extrem de util pentru a lămuri similitudinile de fond, ascunse adesea în diversitatea de tehnici. Este cert însă, că jurisprudența exercită o funcție *compensatorie* în sistemul juridic (oricare ar fi specificul său), pentru bazinul de factură continentală, rolul său fiind acela de a da elasticitate dreptului devenit prea rigid prin legile scrise și puțin flexibile, iar pentru cel anglo-saxon, funcția sa rămâne aceea de a limita libertatea judecătorului.

Nu trebuie uitat niciun moment că cele două mari sisteme de drept corespund celor două tipuri distincte de experiență culturală, rezultând din interacțiunea mai multor factori, în mare măsură – cum am arătat mai sus – de natură istorică.

În acest sens, Angel Latorre²², referindu-se la modul în care s-au cristalizat formele de manifestare a dreptului, surprinde foarte bine această idee, afirmând că „un sistem de izvoare nu este fructul hazardului sau al capriciului, ci consecința multiplilor factori politici, sociologici și ideologici. Dincolo de aceștia, transpare

²⁰ Sensul avut în vedere este cel larg. Altfel, *stricto sensu*, termenul desemnează doar unul dintre cele trei subsisteme normative, tipice marii familii anglo-saxone, celelalte două fiind *equity* și *statut-law/statutory-law* – detalii în Mihai Bădescu, *Introducere....*, p. 134. Categorisirea privește și sistemul american de drept, notele comune menținute fiind inspirate doar din *common-law* și *equity*, fiind cunoscută deja influența sistemelor continentale asupra *statut-law* -ului american.

²¹ Se manifestă tot mai mult preocupări privind uniformizarea și codificarea, ceea ce a dus la introducerea schemelor de drept statutar pentru a reglementa domenii ale dreptului, care au fost guvernate cândva doar de precedent – pentru detalii, Mihai Bădescu, *Familii...*, p. 73 și urm.

²² Angel Latorre, *Introducción al derecho*, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1973, p. 51.

un ansamblu de idei și fapte dominante în comunitatea de care se vorbește. Ceea ce va predomina va fi forma de lege relevantă cu intensitate crescândă de puterea statală, în detrimentul formelor spontane de creare a dreptului”.

„Confruntarea” aceasta între sisteme nu trebuie privită cu dezaprobare, deoarece ea s-a dovedit, în timp, extrem de fecundă²³, aceasta sprijinindu-se pe o constatare realistă: ceea ce a prevalat întotdeauna în a explica primatul uneia sau altuia dintre izvoarele dreptului n-au fost rațiuni abstracte de ordin logic, prețiozități științifice, ci, simplu, temeuri de factură socio-istorică. Tocmai de aceea, se spune cu tărie astăzi, că ar fi absurd a pretinde să se știe care dintre cele două sisteme își probează cel mai bine perfecțiunea, pentru că, doar ignorând istoria fiecărui popor se poate vorbi de un *drept ideal*. Altfel, fiecare dintre ele va veni cu argumentele pe care le va socoti suficiente: pe de o parte, în favoarea fiecărei țări de tradiție continentală va motiva *certitudinea legii*, iar, pe de altă parte, statele de *common-law* ar invoca marea fidelitate față de obiceiuri, percepute ca răspunsuri la aspirațiile imediate ale poporului.

Referindu-se la raportul dintre cele două mari familii de drept, Sofia Popescu²⁴ reține că în sistemele de drept anglo-saxon – puterea creatoare de drept a judecătorului este una din trăsăturile și din caracteristicile esențiale ale acestora. În sistemele de drept romano-germanice, judecătorul nu se poate pronunța pe cale de dispoziții generale. Totuși, în unele sisteme moderne, judecătorului i se recunosc *împuterniciri normative*. Practica judecătorească are importanță pentru interpretarea și aplicarea legii, pentru completarea și adaptarea ei.

Se arată totodată că, *în prezent*, raportul dintre jurisprudență și calificarea ei ca izvor formal al dreptului este astfel abordat, încât se evidențiază faptul estompării contrastului dintre cele două mari familii de drept: în sistemele de drept romano-germanic se recurge la practica judecătorească, în calitate de izvor suplimentar al dreptului, pe câtă vreme în sistemele de drept anglo-saxon, se recurge la lege, ca izvor suplimentar al dreptului²⁵. Influențele reciproce din ultimii ani au făcut ca dreptul legislativ să câștige cu fiecare zi o mai mare importanță în regimul de *common-law*, iar precedentele judiciare să fie reconsiderate, nu de puține ori, în dreptul de tradiție romano-germanică.

Teoreticienii ai dreptului, în scrieri recente, propun o abordare de natură să confirme această apropiere a celor două mari familii de drept, sub raportul rolului pe care îl joacă jurisprudența. Ceea ce se remarcă este o discuție tranșantă despre două elemente care caracterizează fenomenul jurisprudențial, indiferent de sistemul din care face parte. Acestea sunt *precedentul* și *autoritatea*²⁶, iar distincția nu o mai

²³ *Ibidem*.

²⁴ Sofia Popescu, *Statul de drept în dezbaterile contemporane*, București, Edit. Academiei Române, 1998, p. 157–158.

²⁵ Idem, *Teoria generală a dreptului*, București, Edit. Lumina Lex, 2000, p. 158. A se vedea totodată punctul de vedere avansat de autoare, cu privire la autoritatea de care beneficiază hotărârile judecătorești, în acele sisteme în care efectele acestora au un caracter relativ.

²⁶ Dan Claudiu Dănișor, Ion Dogaru, Gheorghe Dănișor, *Teoria generală a dreptului*, București, Edit. C.H.Beck, 2006, p. 144 și urm. În același sens, a se vedea și Roberta Nițoiu, *Teoria*

face acum decât modul în care acestea sunt *percepute*. Astfel, în linii mari, dreptul anglo-saxon conservă precedentul judiciar ca sursă de drept, autoritatea sa fiind generală, aplicabilitatea sa fiind extinsă și asupra altor instanțe și asupra altor cauze similare, judecătorul fiind chemat permanent să distingă între *ratio decidendi* și *obiter dictum*. Dreptul romano-germanic conferă jurisprudenței valoare interpretativă, de mijloc de complinire a lacunelor, de sursă de inspirație pentru legiuitor, judecătorul fiind ținut încă de obligația de a se pronunța în toate cauzele cu care este investit, iar soluția sa rămânând încă una *la speță*.

Parcursul istoric avea să cristalizeze și să aducă în tablou un sistem nou de drept²⁷, individualizat prin trăsături specifice, corespunzătoare fenomenului de integrare din care s-a născut; este vorba despre *sistemul dreptului instituțional comunitar*, sistem de drept de dată recentă, structurat la rândul său în două mari subsisteme, în funcție de natura reglementărilor pe care le conține: **drept comunitar originar și drept comunitar derivat**.

Este esențial de știut că, indiferent de sistemul de drept în care ne situăm sau de etapa istorică parcursă, o idee constantă este aceea că dincolo de caracterul rațional, dreptului nu i s-a recunoscut mereu și pretutindeni natură experimentală. Despre aceasta vorbea profesorul Mircea Djuvara²⁸ când arăta că, în întregul ei, „știința juridică are o *origine experimentală*; experiența are o însemnătate capitală pentru legiferare și pentru interpretarea dreptului. [...] dreptul nu poate și nu trebuie să fie studiat și creat prin deducții raționale, deoarece noțiunile și instituțiile juridice nu pot avea decât o origine experimentală”.

Am expus rezumativ aspectele care redau esența rolului practicii judiciare în marile familii de drept, încercând să surprindem felul în care se particularizează acestea, în funcție de un sistem sau altul de drept și de o etapă sau alta de evoluție istorică.

3.2. Precedentul în sistemele de drept anglo-saxon

3.2.1. Doctrina *stare decisis* – între consacrară tradițională și dificultățile prezentului

Așa cum am arătat, sistemele de *case law* sunt dominate de regula precedentului, situație explicabilă, în primul rând, prin factori de natură istorică. Cum Anglia nu a cunoscut renașterea dreptului roman, așa cum s-a întâmplat în Franța și în alte țări europene, neavând un corp complet de reguli, s-a impus ca necesară crearea dreptului, în măsura nevoilor prezente la acel moment. Așa avea

generală a dreptului, București, Edit. Didactică și Pedagogică, 2006, p. 110 și urm.; Carmen Popa, *Teoria generală a dreptului*, București, Edit. Lumina Lex, 2004, p. 163.

²⁷ Punct de vedere avansat de Victor Dan Zlătescu, *Panorama marilor sisteme contemporane de drept*, București, Edit. Continent XXI, 1994, p. 21.

²⁸ Mircea Djuvara, *Teoria generală a dreptului (Enciclopedie juridică)*, vol. II, București, Edit. Socec, 1930, p. 243.

să se nască *judge made law*, iar dreptul jurisprudențial corespunzător este ceea ce s-a menținut până astăzi, *comon law*, expresia fidelă a spiritului empiric și tradiționalist englez. Consecința imediată care decurge de aici este aceea că, deciziile judiciare au autoritate incontestabilă de *precedent*. În concret, aceasta înseamnă că, judecătorii sunt legați de afirmațiile făcute anterior în soluțiile date de instanțele superioare sau egale în grad ierarhic, în cauze cu elemente similare, care reclamă aplicarea aceleiași reguli de drept. Este ceea ce exprima Roger A. Shiner²⁹, atunci când afirma că „cel de-al doilea dintre clasicele și tradiționalele izvoare de drept este *precedentul*, exprimat în maxima *stare decisis et non quieta movere*”³⁰.

Stare decisis nu trebuie redusă însă la a se înțelege că exprimă practica de a raționa după cazuri deja soluționate; ea exprimă doctrina despre *cum trebuie să raționeze instanțele* și nu despre cum raționează în concret³¹. Tocmai de aceea, doctrina avertizând asupra unei eventuale confuzii, propune să se facă distincție între *precedentul obligatoriu* și *precedentul convingător*, fiind sugerat și modul în care ar trebui exprimat cel dintâi, pentru a se putea face delimitarea necesară³².

Deși acceptată ca reprezentând trăsătura fundamentală a justiției în sistemul de *common law*, date fiind dificultățile cu care judecătorul se confruntă adesea pentru a face aplicația ei, teoreticienii au simțit nevoia de a conferi doctrinei *stare decisis* o justificare de principiu³³. Preocuparea a vizat îndeosebi eventualele situații în care, chemați să aplice un precedent care trimite la o soluție inechitabilă, injustă, judecătorii riscau să se pronunțe în același fel. Într-o atare ipoteză, doctrina *stare decisis* este una nedreaptă. Or, se întrebă Shiner, *cum poate fi justificată, din punct de vedere moral, cerința de a face lucruri imorale?* Răspunsul avea să invoce câteva valori de natură să justifice *stare decisis*, între care un loc aparte ocupând echitatea³⁴ și încercând să explice care este rolul pe care îl are orice valoare în procesul justificării precedentului³⁵.

²⁹ Despre *precedent*, pe larg Roger A. Shiner, *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, Legal Institutions and the Sources of Law*, Springer, 2005, p. 27 și urm.

³⁰ Textul se traduce prin „a susține ceea ce a fost decis și a nu tulbura ceea ce mai este încă”.

³¹ De aceea, avea să se spună că modul în care a evoluat *stare decisis* a determinat mai degrabă conturarea unei practici specifice, a unei practici normative – Roger A. Shiner, *op.cit.*, p. 32.

³² „Este firesc să se exprime ideea de precedent obligatoriu folosindu-se expresiile de: instanțele inferioare trebuie să urmeze hotărârile instanțelor superioare” sau „cazul precedent trebuie să fie urmat de cazul posterior” – Roger A. Shiner, *op. cit.*, p. 36.

³³ Despre necesitatea justificării *precedentului*, a se vedea și Chaïm Perelman, *Justice Re-examined*, publicat în „Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie” 66/1980 și republicat în „Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie”, vol. 93, 2007, p. 162/180.

³⁴ Roger A. Shiner, *op. cit.*, p. 59–60. Sunt enunțate mai apoi alte motive specifice care vin să justifice doctrina: evitarea justiției întârziate, dezirabilitatea uniformității procesului decizional, apelul la valoarea integrității (lucrului păstrat în întregime), apelul la tradiție și respectul pentru trecut, ca valori în sine, de natură să contribuie la justificarea acestei doctrine într-un mod complex, cu diferite ponderi și în diferite contexte.

³⁵ În acest sens, autorul invocă punctul de vedere exprimat de Alexander R., *Constrained by Precedent*, „Southern California Law Review”, 63, 1989, p. 1–64, potrivit căruia, se face distincția între

Și literatura juridică de factură continentală, referindu-se la sistemul de drept jurisprudențial, prezent în sistemele de drept anglo-saxon, identifică serioase probleme³⁶. Una dintre acestea este faptul că, se ivesc numeroase complicații și controverse cauzate de numărul mare de precedente, de imposibilitatea sistematizării lor, ceea ce îl determina pe Hegel³⁷ să afirme: „Ce monstruoasă încurcătură încă domnește acolo, atât în exercițiul Justiției, cât și în dreptul însuși, ne spun cunoscătorii acestora. Ei observă mai ales împrejurarea că, întrucât legea aceasta nescrisă este cuprinsă în deciziile Curților de Justiție și ale judecătorilor, judecătorii sunt continuu chemați să legifereze, prin aceea că ei sunt deopotrivă ținuți să se refere la autoritatea predecesorilor lor care nu au făcut decât să pronunțe legea nescrisă, dar, totodată liberi să nu se refere la această autoritate, întrucât ei înșiși au în ei legea nescrisă, și pe acest temei au dreptul de a se pronunța asupra deciziilor anterioare, dacă ele sunt sau nu de acord cu această lege”.

Și în justiția americană actuală, doctrina *stare decisis*³⁸ este adesea asociată cu unele dificultăți, specifice configurației statale din această parte a lumii. Una dintre ele este lipsa de uniformitate în aplicarea precedentului, în raport cu practica statelor federale, ceea ce face ca, de multe ori, autoritatea precedentului să fie subminată. De pildă, punerea în executare a unei hotărâri judecătorești urmează adesea procedura unui adevărat *exequatur*³⁹. Un exemplu în acest sens oferă literatura noastră juridică, referindu-se la practicile specifice statului Nevada în materia divorțului, în conformitate cu care, pentru a se putea desface căsătoria, singura condiție este ca unul dintre soți să fi locuit pe teritoriul statului cel puțin cinci săptămâni, prilej cu care se vorbește astfel despre așa-zisul divorț-migratoriu⁴⁰.

3.2.2. *Ratio decidendi și obiter dictum*

Fără a dezvolta problema, o chestiune care necesită atenție este și aceea a *structurii hotărârii judecătorești*, exprimată prin semnificațiile lui *ratio decidendi* și *obiter dictum*.

modelul natural al precedentului și *modelul regulă* al precedentului. Dincolo de acestea însă, în același context, Alexander propune ca fiind cel mai bun un model de precedent cu două niveluri, unul relativ la modul în care se poate raționa (plecând de la rolul pe care îl are acesta în funcționarea reală a sistemului de *common law*) și altul instituțional (prezent în cadrul fundamentului moralității politice).

³⁶ Nicolae Popa, Mihail-Constantin Eremia, Simona Cristea, *Teoria generală a dreptului*, București, Edit. All Beck, 2005, p. 176 și urm.; în aceeași problemă, a se vedea și Elena Paraschiv, *Izvoarele formale ale dreptului* – teză de doctorat, Academia Română, Institutul de Cercetări Juridice (Conducător științific prof.univ.dr. Sofia Popescu), București, 2006, p. 127 și urm.

³⁷ Hegel, *op. cit.*, p. 240.

³⁸ O abordare interesantă a problemei, cu circumstanțiere la mediul juridic american actual, în lucrarea semnată Kent Middleton, Robert Trager, Bill Chamberlin, *Legislația comunicării publice*, Iași, Edit. Polirom, 2002, p. 17–20. Autorii propun o categorisire inedită (pentru tradiția juridică de factură continentală – n.ns., S.I.) a legilor, prilej cu care identifică mai multe forme de reglementare, denumite generic *lege*: *legea constituțională*, *legea statutară*, *legea administrativă*, *legea judecătorească*, *legea echității*.

³⁹ Termenul desemnează procedura de recunoaștere și punere în aplicare a unei hotărâri judecătorești străine.

⁴⁰ Pentru detalii, Nicolae Popa, Mihail-Constantin Eremia, Simona Cristea, *op. cit.*, p. 177.

Raportul acestora cu precedentul este foarte bine exprimat într-o opinie din literatura noastră juridică⁴¹ – cu a cărei relevanță suntem de acord – opinie care consideră că, „precedentul nu este decizia în totalitatea sa, ci *ratio decidendi*”⁴² al acesteia”. Aceasta trebuie delimitată de o altă parte structurală a soluției jurisprudențiale, denumită *obiter dictum*⁴³. Se afirmă astfel că, sub acest aspect, problema cu care se confruntă judecătorul sistemului anglo-saxon este tocmai această distincție, considerată drept *creatoare*, având menirea de a asigura dezvoltarea jurisprudenței și de a evita căderea acesteia în automatism.

Apelăm, în finalul acestei subsecțiuni la câteva dintre concluziile pe care le avansează profesorul Mihai Bădescu⁴⁴, atunci când încheie expunerea privind caracterizarea actuală a sistemului de drept englez. Câteva dintre acestea sunt extrem de relevante pentru abordarea de față. Dreptul englez – spune profesorul Bădescu – nu este, așa cum s-ar crede, într-o traducere eronată a denumirii, un drept de tip cutumiar, nici nu a fost vreodată. El este un veritabil sistem jurisprudențial de drept.

Regula precedentului care domină sistemul englez nu trebuie înțeleasă în sensul în care aici soluțiile unor instanțe (fie ele superioare) sunt aplicate cu automatism, făcând posibilă „paralizia” dreptului englez. Este ceea ce îndreptăța doctrina să afirme că este un drept cu o evoluție constantă⁴⁵, iar aceasta este confirmată de mutațiile petrecute în timp și îndeobște cunoscute⁴⁶.

3.2.3. Contribuția subsistemului equity în adaptarea dreptului anglo-saxon

Un rol deosebit, în acest sens, avea să-l aibă *equity*⁴⁷. Gândită de la început în termenii *equity follow the law*, acesta constituia un mod de a controla aplicarea automată a precedentului, fără a se proba caracterul just al regulii exprimate de acesta. *Equity* este cunoscut drept setul de reguli, ce au rezultat (în secolele al XV-lea și al XVI-lea din jurisdicția *Cancelarului*⁴⁸, ca răspunsuri ale celor ce

⁴¹ Dan Claudiu Dănișor, Ion Dogaru, Gheorghe Dănișor, *op. cit.*, p. 145.

⁴² Termenul exprimă principiul în virtutea căruia o cauză este rezolvată, motivele care au determinat soluția, mai exact, esența raționamentului judiciar.

⁴³ Utilizată și ca *obiter dicta* și semnificând ceea ce pronunță, în concret, judecătorul.

⁴⁴ Mihai Bădescu, *Introducere...*, p. 146–147.

⁴⁵ Danièle Frison, *Introduction au droit anglais et aux institutions britanniques*, Ellipses, 2000, p. 62.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 147. Insistența cu care problema era tranșată în secolul al XIX-lea avea ca explicație intenția de a conserva structura tradițională a sistemului, aceea de a fi un drept jurisprudențial. Fenomenul se întâlnea în condiții asemănătoare în Franța, unde *școala exegezei* avea să se impună. Mai târziu, după liberalizarea formalismului, studierea dreptului capătă valențe noi, punându-se accent pe fondul acestuia și mai puțin pe procedura de judecată.

⁴⁷ Subsistemul normativ apărut în Evul Mediu, ca un remediu asupra tendinței de primare a sistemului bazat pe precedente.

⁴⁸ În timp, sarcina de a soluționa aceste plângeri avea să revină unei adevărate instanțe în acest sens, cunoscută drept *Curtea Cancelarului*.

solicitau, printr-un *writ*) restabilirea echității încălcate. Normele astfel elaborate erau destinate să revizuiască dreptul comun, care devenise insuficient și defectuos, echitatea referindu-se la principiile justiției, atunci când acesta se afla în conflict cu dreptul formal⁴⁹. Fără a fi reușit să se constituie într-un corp de norme, cu forță juridică comparabilă *common-law*-ului, *equity*⁵⁰ a avut o contribuție incontestabilă în dezvoltarea dreptului englez⁵¹.

Perelman avea să exprime extrem de convingător rațiunile care au dictat apariția subsistemului *equity*. Enunțul merită expus integral: „Istoria dreptului arată că precedentele care durează timp îndelungat conduc, în situații speciale sau în condiții noi la decizii contrare *echității*. Pentru a preveni ceea ce pare inacceptabil, au fost adaptate mai multe soluții, uneori au fost introduse deosebiri în *ratio decidendi*, alteori s-a recurs la o ficțiune, adică la o falsă construcție a faptelor; uneori norma care stă la baza deciziei a fost reinterpretată și uneori s-a recurs la o instanță care să judece în echitate (*Court of Equity*) [...]”. Dacă juriștii au fost acuzați că sunt conservatori – mai spune Perelman – aceasta se datorează faptului că ei refuză să accepte orice schimbare în drept. Stabilitatea regulilor și a deciziilor contribuie într-adevăr la valori importante, astfel cum sunt: securitatea juridică, previzibilitatea dreptului și încrederea față de drept⁵².

3.3. Precedentul în sistemele de drept romano-germanic

3.3.1. *Stare decisis* în sistemele de *civil law*⁵³

Este cunoscut faptul că, sistemele de *civil law* (romano-germanic, scris, codificat) nu recunosc doctrina *stare decisis*, așa cum este ea înțeleasă în sistemele de *case law*. Cu toate acestea, imposibil de ignorat este faptul că, și aici, este larg răspândită practica potrivit căreia, în soluționarea și motivarea unor soluții jurisprudențiale sunt invocate adesea soluții date în cauze similare⁵⁴, chiar dacă, în mod oficial, în aceste sisteme de drept, *precedentul* nu este considerat izvor de drept.

⁴⁹ Este explicația oferită de Sofia Popescu, *Teoria generală...*, p. 156.

⁵⁰ O analiză pe larg a problemei, în măsură să releve: sensurile noțiunii, originea și dezvoltarea acesteia, contribuțiile și marile principii care guvernează acest subsistem, conflictele dintre *equity* și *common law*, precum și principalele domenii de aplicare a acestuia în zilele noastre – în Danièle Frison, *op. cit.*, p. 63–74.

⁵¹ Pe larg, despre principiile care cârmuiesc raportul dintre *common law* și *equity* – a se vedea Mihai Bădescu, *Familii și tipuri...*, p. 69–72. Ideea este reluată de autor și în lucrarea *Introducere în filosofia dreptului*, București, Edit. Lumina Lex, 2003, p. 136–138.

⁵² Chaïm Perelman, *Justice Re-examined*, *lucr. cit.*, p. 165(63).

⁵³ Problematika a fost expusă mai devreme, în secțiunea privitoare la autoritatea precedentului în marile tipuri și familii de drept, intitulată *Privire de ansamblu*.

⁵⁴ A se vedea și MacCormick D. N., Summers, *Interpreting Statutes, A Comparative Study*, Brookfield, V.I. Dartmouth, Cap. 3–9, 1997, apud Roger A. Shiner, *op. cit.*, p. 72.

Cu toate acestea, literatura noastră juridică, în lucrări relativ recente, propune tratarea problematicii, invocând și pentru sistemele de *civil law*, forța precedentului⁵⁵.

3.3.2. *Jurisprudența continentală – între negarea de jure și recunoașterea de facto*

Abordarea problemei valorii normative a jurisprudenței sau – într-un enunț mai generos – a *puterii sale creatoare de drept* este aceea promovată de literatura de limbă franceză⁵⁶. Aceasta situează jurisprudența între două limite: negarea *de jure* și recunoașterea *de facto*⁵⁷. Pentru a explica această dimensionare a problemei, credem că merită relevate argumentele care susțin o poziție sau alta.

Astfel, cele mai frecvente *argumente care susțin negarea de jure a valorii normative a jurisprudenței*⁵⁸ sunt: imposibilitatea pentru judecător de a se pronunța prin soluții generale și reglementare, autoritatea lucrului judecat și caracterul său relativ (sub aspectul efectelor *inter partes* pe care le produce), caracterul retroactiv al soluției, principiul separației puterilor și independența judecătorilor⁵⁹.

Dacă cele expuse mai sus, fac aplicația unor dispoziții ale legii, economia textelor și spiritul dreptului, în genere, permit și identificarea unor argumente de natură politică, în măsură să întemeieze rezerva în a recunoaște jurisprudenței calitatea de izvor formal de drept. Într-o enumerare propusă de Boris Stark, Henri Roland și Laurent Boyer⁶⁰, acestea vizează: caracterul lent al jurisprudenței în formarea unei reguli de drept, incertitudinea inerentă, căreia i se adaugă sentimentul de insecuritate pe care l-ar presupune un *drept jurisprudențial*, predispus la imprevizibilitate.

⁵⁵ Referirile frecvente sunt acelea care privesc *deciziile de principiu* pronunțate de instanța supremă. Alteori, asociate calificării de *precedent* sunt deciziile Curții Constituționale – detalii în Nicolae Popa, Mihail-Constantin Eremia, Simona Cristea, *op. cit.*, p. 178.

⁵⁶ Pentru exemplificare, a se vedea Boris Stark; Henri Roland; Laurent Boyer, *op. cit.*, p. 332–337. François Terré, *op. cit.*, p. 273–287. Leontin Jean Constantinesco, *Tratat de drept comparat, Vol. II, Metoda comparativă*, București, Edit. All Educațional, 1998, p. 183 și urm.

⁵⁷ O atare abordare propune și doctrina juridică românească a ultimilor ani. Cu titlu de exemplu: Ion Deleanu, *Construcția judiciară a normei juridice*, „Dreptul”, nr. 8/2004, p. 12–36; Dan Claudiu Dănișor, Ion Dogaru, Gheorghe Dănișor, *op. cit.*, p. 146 și urm; Săche Neculaescu, *op. cit.*, p. 25, 26; Corina Adriana Dumitrescu, *Introducere în teoria izvoarelor dreptului*, București, Edit. Paideia, Colecția Paideia-Științe, Seria Drept, 1999, p. 79 și urm.

⁵⁸ Grupate, de regulă, în două categorii: *argumente de text* (cum este, de pildă interdicția prevăzută de lege în art. 4 C. civ. francez) și *argumente politice*.

⁵⁹ Relativ la ultimele două enunțate, profesorul Ion Deleanu alătură și argumente privind textul care reglementează un motiv de recurs civil (art. 304 alin. 4), fondat pe *depășirea atribuțiilor puterii judecătorești*, precum și natura calificată drept „*illogică, chiar bizară*” – relativ la „contopirea în una și aceeași autoritate – instanța judecătorească – a prerogativei de a crea norma juridică” – pentru dezvoltări, Ion Deleanu, *Construcția judiciară...*, p. 15. Cu toată considerația pentru studiul remarcabil, în întregul său, bine argumentat științific și confirmând o dată în plus stilul inconfundabil al autorului, considerăm totuși ușor excesivă o abordare a problemei, în termeni atât de radicali.

⁶⁰ Boris Stark, Henri Roland, Laurent Boyer, *op. cit.*, p. 334.

Printre *argumentele care susțin recunoașterea de facto a valorii normative a jurisprudenței*, două sunt enunțate cu cea mai mare frecvență. Cel dintâi, un laitmotiv al abordărilor doctrinare asupra acestei chestiuni, este acela privind rolul pe care legea îl conferă judecătorului, de a *suplini lacunele*⁶¹. Imposibil de a omite, cel puțin exemplificativ, câteva dintre marile intervenții ale jurisprudenței: instituția juridică a *îmbogățirii fără justă cauză* sau acțiunea *de in rem verso*, instituția juridică a *daunelor cominatorii*, *întregul drept administrativ* (o creație exclusivă a jurisprudenței), specifice dreptului francez. În dreptul german, semnificativă, sub acest aspect, este contribuția jurisprudenței la conturarea instituției juridice a *răspunderii contractuale* (ceea ce avea să determine o reînnoire profundă a întregului sistem legal inițial⁶²). Relevându-i meritele, comparatistul Leontin Jean Constantinesco, observa că „acțiunea înnoitoare a jurisprudenței poate făuri din toate piesele o instituție juridică sau poate întregi sistemul legal. Opera sa participă atunci la cele două forme – de creație (subl. ns., S.I.), deoarece completând un text, umplând o lacună sau lărgind efectele unei instituții, *jurisprudența modifică în mod necesar sistemul legal inițial*”⁶³.

Un al doilea argument, intim legat de cel dintâi, este și acela care-i recunoaște judecătorului rolul de a elimina eventualele *antinomii*, *contradicții*, mijloc menit să asigure coerența ordinii juridice⁶⁴.

Dincolo de acestea însă, mai presus de orice, judecătorul este chemat să adapteze legea nevoilor mereu noi ale vieții. Și această prerogativă avea să facă posibile creații jurisprudențiale, îndeobște cunoscute astăzi. Sunt elocvente două exemple care privesc, la origine, dreptul francez: instituția *regimului matrimonial* și aceea a *responsabilității civile*⁶⁵.

Dacă am recurge la o concluzie, răspunsul la întrebarea privind natura jurisprudenței, în sistemele de drept roman-germanic, nu poate fi, decât unul nuanțat.

Aici, jurisprudența exprimă indubitabil o regulă de drept, nu în sensul celei oferite de cutumă sau de lege, caracterul său fiind unul autonom. O manieră tranșantă a problemei, mai ales în condițiile actuale nu este nici constructivă și nici realistă. O certitudine însă primează: puterea jurisprudenței de a crea *drept*⁶⁶ este, astăzi, mai mult ca până acum, o evidență, pe care, din conservatorism sau din exces de rigoare, evităm a o încadra în tipare noi sau, deși o acceptăm, o facem cu dificultate.

⁶¹ Cu titlu de exemplu, judecătorul este chemat să aleagă între diverse definiții posibile ale unor noțiuni cu caracter general și cu un conținut insuficient determinat sau chiar nedeterminat – sunt îndeobște cunoscute expresii ca „*bune moravuri*”, „*ordine publică*”, „*bună-credință*”, „*echitate*”.

⁶² Leontin Jean Constantinesco, *op.cit.*, p. 175. A se vedea și, Henri Capitant, François Terré, Yves Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome I, 11^e édition, Paris, Dalloz, 2000, nr. 186, pct. 3 și urm.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ Ion Deleanu, *Construcția judiciară...*, p. 25.

⁶⁵ Pentru dreptul nostru, semnificative sunt exemplele care privesc: *proprietatea comună pe cote-părți*, *problema răspunderii delictuale*.

⁶⁶ În sensul larg al termenului.

Asupra problemei s-a oprit și René David⁶⁷, pentru care, jurisprudența nu poate fi considerată creatoare de reguli de drept, în felul în care sunt regulile create de legiuitor. Și – afirmă autorul în continuare – „pentru a judeca importanța pe care o au, în elaborarea dreptului, hotărârile judecătorești, trebuie să ne îndoim de formulele gata confecționate care, în dorința de a sublinia exclusivismul legii, refuză calitatea de sursă de drept a jurisprudenței”. Concluzia la care ajunge autorul este aceea că, „în familiile de drept romano-germanic, rolul jurisprudenței nu poate fi precizat, decât în relație cu cel al legii și, în acest sens, rolul creator al jurisprudenței se disimulează întotdeauna, sau aproape întotdeauna, în spatele aparentei interpretării legii”⁶⁸.

4. Considerații finale

Analiza de mai sus nu are nici pe departe pretenția de a fi epuizat toate aspectele care compun o problematică, atât de complexă și, în egală măsură, atât de fascinantă, și nici nu și-a propus un atare deziderat. Intenția a fost doar aceea de a schița o imagine din care să se poată desprinde care este dimensiunea contribuției pe care o aduce practica judecătorească la făurirea dreptului, din perspectiva răspunsului la întrebarea dacă *jurisprudența este sau nu izvor al dreptului*.

Rățiunea primă avută în vedere a fost aceea de a vedea cât de importantă este astăzi reconsiderarea ei în sistemele de drept romano-germanic, cunoscut fiind faptul că, orientarea cvasi-majoritară a doctrinei noastre avea să fie aceea a situării sale într-un permanent raport de subordonare față de lege. Evident însă că nu trebuie omise și puncte de vedere care afirmau contrariul. Iată, de pildă, profesorul Mircea Djuvara, figură remarcabilă a literaturii noastre interbelice, spunea despre jurisprudență că este „*izvorul formal adânc al dreptului pozitiv*” iar „celelalte trei izvoare – legea, cutuma și doctrina – creează dreptul pozitiv numai în mod indirect prin mijlocirea *jurisprudenței*”, netăgăduind astfel rolul său în rândul izvoarelor dreptului.

Lucrări recente ne întăresc convingerea, iar soluția furnizată ni se pare, în egală măsură, elegantă și realistă. Opinia⁶⁹ – pe care o împărtășim – este aceea că astăzi jurisprudența, în sistemele de drept romano-germanic, fără a aduce atingere caracterului obligatoriu al legii care cârmuiește opera de *jurisdictio* a judecătorului, are caracterul unei *surse persuasive de drept*. Contextul din care se desprinde face vorbire doar despre deciziile de principiu, însă nimic nu se opune a fi extinsă această calificare la o sferă mai largă de soluții pe care le adoptă judecătorul. În

⁶⁷ René David, *Les grands systèmes de droit contemporaines*, Paris, Dalloz, 1950, p. 130 și urm.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 138.

⁶⁹ Dan Claudiu Dănișor, Ion Dogaru, Gheorghe Dănișor, *op. cit.*, p. 147. Remarcăm, de altfel, ca extrem de originală, în întregul ei, abordarea propusă de autori, sub aspectul problemei jurisprudenței în contextul actual.

aceeași problemă, referindu-se la soluții de aceeași natură, denumite însă *decizii cu valoare generală*, se invită la atenuarea regulii deja consacrate, potrivit căreia jurisprudenței nu i se poate atribui rol creator de drept⁷⁰.

În aceeași problemă, într-o monografie semnată Despina Fruth Opreșan⁷¹, autoarea face următoarele remarci cu privire la problema supusă analizei de față, cea mai importantă fiind premisa că, „ceea ce deosebește legea de jurisprudență nu este faptul că, una ar fi izvor de drept și cealaltă nu, deoarece ambele sunt considerate ca fiind creatoare de drept, ci faptul că, dreptul se creează în forme și prin proceduri diferite de către legislativ și judiciar”. Constatarea pe care se sprijinea autoarea vizează un aspect asupra căruia am încercat și noi să insistăm, în debutul lucrării, anume că, în realitate, *nu există identitate între lege și drept*. Or, odată înțeles acest fapt și cunoscând că cea mai mare parte a dreptului este de origine jurisprudențială, jurisprudența nu mai poate fi asociată doar cu o simplă aplicare fidelă a legii, prerogativele sale fiind, neîndoielnic, cu mult mai mari⁷².

Apreciem totodată că, nu trebuie nici absolutizată importanța practicii judiciare. Am atras atenția doar asupra faptului că, trebuie depășită această mare rezervă în a considera că rolul jurisprudenței poate fi ignorat. În nici un caz însă, nu ne asumăm riscul de a lăsa să se înțeleagă, eronat, că propunem o nouă ierarhizare a izvoarelor dreptului scris, pe a cărei treaptă superioară să se situeze jurisprudența. Cu atât mai puțin, că trebuie excluse toate celelalte izvoare ale dreptului consacrate până astăzi, căci consimțim întrutotul la cele afirmate de Vladimir Hanga⁷³: „dacă ar exista numai practica jurisprudențială, dreptul s-ar reduce la o simplă cazuistică [...] ceea ce înlătură elementul de securitate juridică”. Doar așa își găsesc rostul sistematizarea și tehnica juridică, pentru „a nu cădea într-un cazuism anarhic”.

Circumstanțiind la sistemul nostru de drept și anticipând o eventuală viziune critică la adresa teoriei pe care o emitem, justificată de calitatea îndoielnică, dar evidentă, a modului în care lucrează sistemul judiciar românesc actual, ne grăbim să afirmăm că, avem în egală măsură convingerea că, problema *valorizării jurisprudenței* trebuie corelată indiscutabil cu primenirea puterii judiciare și, mai ales, cu calitatea modului în care lucrează judecătorul român. Ceea ce avem în vedere este aprecierea că, pe de o parte, o viziune nouă asupra valorii jurisprudenței ca izvor de drept, în măsură să reprezinte un reper, ar putea constitui, între altele, *un mijloc ferm de responsabilizare* a aceluia chemat să instrumenteze opera de judecată.

Pe de altă parte, trebuie avut în vedere faptul că, alternativa, funcțională până de curând, a absolutizării valorii legii, ca prim și adeseori unic izvor formal de

⁷⁰ În acest sens și cu privire la valoarea *normativă* a soluțiilor date de instanța supremă – Nicolae Popa, Mihail-Constantin Eremia, Simona Cristea, *op.cit.*, p. 178.

⁷¹ Despina Fruth Opreșan, *Puterea judecătorească și independența judecătorului*, București, Edit. Scripta, 2003, p. 96, 97.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Vladimir Hanga, *Dreptul și tehnica juridică*, București, Edit. Lumina Lex, 2000, p. 27.

drept, nu poate să nu-și asume astăzi insuficiențe grave pe care realitatea românească le consemnează cotidian. Sunt notorii și deci nu se cer probate, fenomene precum criza de legitimitate a legiuitorului ori abuzul vădit al executivului cu privire la dreptul său de a legifera. În atare condiții, s-ar impune, credem, cel puțin în plan teoretic pentru moment, o reconfigurare a acestei probleme, o cântărire a argumentelor care au determinat, în timp, o viziune mult prea restrictivă și adesea fondată doar pe considerente de ordin abstract.

Subiectul reclamă evident dezvoltări. Tot ce a dorit să releve analiza de față a fost aducerea laolaltă a argumentelor care aveau să întemeieze, din punct de vedere istoric și ca apartenență la un sistem sau altul de drept, a modului în care avea să fie perceput rolul creator de drept al jurisprudenței. O atare redimensionare a problemei își vedește astăzi actualitatea și prin raportare la noua configurație europeană, sistemul românesc de drept fiind chemat și el să răspundă noilor exigențe impuse de interacțiunea celor două tradiții juridice care definesc mediul juridic european.

Ceea ce propunem așadar, apreciind ca inspirat, este un mod echilibrat de a privi problematica, renunțând la exacerbarea unei preconcepții relativ la ierarhizarea rigidă a izvoarelor, în favoarea unei atitudini științifice deschise unor reevaluări periodice, unor reinterpretări, unor redimensionări necesare, impuse, de altfel de lumea atât de dinamică a dreptului. Nici nu s-ar putea altfel, dacă rămânem în acord cu postulatul că, *dreptul* este un fenomen social, rostul său nefiind altul decât acela de a-i servi omului și de a i se adapta.

În întregul său, problema ridicată în cuprinsul studiului este – și se dorește înțeleasă ca atare – doar o invitație la reflecție. Cât despre dimensiunea analizei, nu putem decât a conveni asupra adevărului exprimat în doctrină, fiind convinși că, „*acțiunea creatoare a jurisprudenței în elaborarea și cizelarea normelor juridice este prea complexă în ea însăși, prea schimbătoare în procedeele sale și prea variată, de la o epocă și de la o ordine juridică la alta, pentru a putea fi redusă la câteva aspecte schematic*”⁷⁴.

⁷⁴ Leontin Jean Constantinesco, *op.cit.*, p. 174.