

UNIVERSITATEA LIBERĂ INTERNAȚIONALĂ DIN MOLDOVA

Cu titlu de manuscris:

C.Z.U. 340.1 (043.3)

LUPU RALUCA-OANA

**PRECEDENTUL JUDICIAR ÎN SISTEMUL DE DREPT
CONTEMPORAN**

Specialitatea: 551.01 – Teoria generală a dreptului

Teză de doctor în drept

Conducător științific:

**Smochină Andrei,
dr. hab., prof. univ.**

Autor:

Chișinău, 2016

@ Lupu Raluca-Oana, 2016

CUPRINS

ADNOTARE (în limbile: română, rusă, engleză).....	4
LISTA ABREVIERILOR ȘI ACRONIMELOR	7
INTRODUCERE	8
1. DESCRIEREA SITUAȚIEI ÎN DOMENIUL CERCETĂRII PRECEDENTULUI JUDICIAR CA IZVOR DE DREPT	
1.1. Privire istorică asupra precedentului judiciar ca izvor de drept formal în cercetările doctrinare.....	17
1.2. Interesul științific față de precedentul judiciar în doctrina contemporană din spațiul românesc.....	27
1.3. Concluzii la capitolul 1.....	38
2. CONCEPTUALIZAREA PRECEDENTULUI JUDICIAR CA IZVOR DE DREPT DIN PERSPECTIVELE TEORIEI GENERALE A DREPTULUI	
2.1. Evoluția instituției precedentului judiciar.....	41
2.2. Corelația precedentului judiciar cu alte izvoare formale ale dreptului.....	52
2.3. Fundamentarea teoretică a autorității precedentului judiciar.....	63
2.4. Rolul judecătorilor și juriilor în funcționarea instituției precedentului judiciar.....	79
2.5. Concluzii la capitolul 2.....	88
3. LOCUL ȘI ROLUL PRECEDENTULUI JUDICIAR ÎN SISTEMUL DE DREPT CONTEMPORAN	
3.1. Precedentul judiciar în sistemul de drept comun.....	91
3.2. Semnificația precedentului judiciar în sistemul de drept romano-germanic.....	110
3.3. Locul și rolul precedentului judiciar în sistemul de drept al Republicii Moldova.....	115
3.4. Precedentul judiciar în sistemul de drept al României.....	133
3.5. Concluzii la capitolul 3.....	140
CONCLUZII GENERALE ȘI RECOMANDĂRI	143
BIBLIOGRAFIE	147
DECLARAȚIA PRIVIND ASUMAREA RĂSPUNDERII	160
CV-UL AUTORULUI	161

ADNOTARE

Lupu Raluca-Oana, "Precedentul judiciar în sistemul de drept contemporan", Teză de doctor în drept; Specialitatea: 551.01 – Teoria generală a dreptului, Chișinău, 2016.

Structura tezei este următoarea: introducere, trei capitole, concluzii generale și recomandări, 146 de pagini de text de bază, bibliografia din 218 de titluri. Rezultatele tezei de doctorat au fost expuse în 9 lucrări științifice. Volumul total al publicațiilor la tema dată este de circa 2,91 c.a.

Cuvinte-cheie: precedent judiciar, jurisprudență, izvor de drept, sistem de drept, autoritate judecătorească.

Domeniul de studiu. Teoria generală a dreptului

Scopul și obiectivele tezei. Scopul declarat al cercetării îl constituie fundamentarea teoretică a conceptului de precedent judiciar din perspectiva teoriei generale a dreptului, identificarea locului și rolului practicii judiciare și a precedentului judiciar în sistemul izvoarelor formale ale dreptului. Obiectivele avute în vedere sunt: Efectuarea unei analize științifice a conceptului izvor de drept, a necesității de reevaluare a locului și rolului precedentului judiciar în sistemul izvoarelor formale ale dreptului; Analiza comparativă a izvoarelor dreptului în cadrul diferitelor sisteme de drept, corelația precedentului judiciar cu alte izvoare formale ale dreptului; Cercetarea istorică a izvoarelor dreptului cu privire specială asupra precedentului judiciar și practicii judecătorești; Fundamentarea teoretică a autorității precedentului judiciar în familiile de drept anglo-saxone și romano-germanice; Clarificarea științifică a coraportului dintre precedentul judiciar și jurisprudență, practicii judiciare în crearea dreptului.

Noutatea și originalitatea științifică rezidă în faptul că teza constituie un prim studiu în literatura de specialitate a României și Republicii Moldova de a cerceta în mod sistemic precedentul judiciar, locul și rolul acestuia în sistemul izvoarelor formale ale dreptului, precum și argumentarea opiniei personale asupra problematicei tratate. În domeniul novator putem circumscrie abordarea precedentului judiciar din punct de vedere normativ, doctrinar și practic ca factor cu impact determinant asupra creării dreptului în diferite familii de drept.

Problema științifică soluționată constă în elaborarea instrumentarului de identificare și fundamentare științifică a categoriei precedent judiciar din punct de vedere a Teoriei generale a dreptului, fapt ce a condus la determinarea locului și rolului precedentului judiciar și jurisprudenței, practicii judiciare și celorlalte izvoare de drept în familia de drept comun și a celei romano-germanice; se argumentează reconsiderarea poziției precedentului judiciar în sistemul izvoarelor formale de drept, în sensul utilizării acestuia în scopul creării și interpretării unitare a normelor juridice.

Semnificația teoretică a tezei rezidă în reconfigurarea locului și rolului precedentului judiciar în sistemul dreptului, determinarea și definirea conceptului de izvor de drept, modalitățile de manifestare a precedentului judiciar în diferite sisteme de drept și nu în ultimul rând în demonstrarea existenței unor noi izvoare ale dreptului în sistemul de drept al României și Republicii Moldova.

Valoarea aplicativă. Ideile științifice și concluziile cuprinse în conținutul tezei pot fi utilizate în plan doctrinar-teoretic, ca material inițial pentru o abordare ulterioară a problematicei izvoarelor formale ale dreptului; în plan normativ-legislativ, în activitatea de legiferare, în procesul de reformare a legislației ce reglementează elaborarea normelor juridice și rolul precedentului judiciar și practicii judiciare în acest proces; în procesul didactic universitar la temele „Izvoarele dreptului” și „Tipologia sistemelor de drept”.

Implementarea rezultatelor cercetării. Concluziile tezei, elementele de noutate sunt utilizate în procesul de studii la predarea cursului Teoria generală a dreptului în cadrul Universității ”Spiru Haret” din România.

АННОТАЦИЯ

Лупу Ралука-Оана, "Судебный прецедент в системе права", Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук, Специальность: 551.01 – Теория государства и права. Кишинэу, 2016.

Структура работы. Работа состоит из введения, трех глав, выводов и рекомендаций, списка использованной литературы из 218 наименований, 146 страниц основного текста. Результаты отражены в 9 научных публикациях на тему диссертации. Общий объем публикаций на эту тему составляет примерно 2,91 авторских листов.

Ключевые слова: судебный прецедент, юриспруденция, источник права, правовая система, судебная власть. Область исследования. Теория государства и права. Цель и задачи исследования.

Целью данного диссертационного исследования является обоснование понятия судебного прецедента в перспективе разработке Общей теории права, в обеспечение места и роли судебного прецедента в системе формальных источников права. Также целью работы является теоретико-правовой анализ процесса возникновения, становления и развития судебного прецедента, его воздействия на правовую реальность, на применение права в системах общего права и романо-германской правовой семье.

Научная новизна и оригинальность. Впервые с позиций Общей теории права дается сравнительный анализ возникновения и развития судебного прецедента одного из основных источников права в юридической доктрине, а также в практике применения права, в частности применения права в румынском правовом пространстве. Оригинальный характер работы состоит в развитии теории судебного прецедента в условиях новых реалий, которые выражают сущность и характерные черты судебного прецедента. Также в диссертации определяется ценность судебного прецедента в обеспечении толкования и применения закона в условиях интеграции Республики Молдова в Европейский Союз.

Решенная научная проблема состоит в разработке научного инструментария для идентификации судебного прецедента в условиях его выражения в судебной практике Республики Молдова и Румынии, а также в обосновании места и роли судебного прецедента в системе источников права в перспективе научно-теоретического развития Общей теории права.

Теоретическая значимость исследования вытекает из основных результатов данного исследования и того научного анализа, что присутствует в работе в разработке судебного прецедента, а также выводов и рекомендаций предложенные автором. Все это будет способствовать выявлению теоретических характеристик касающихся формальных источников права, соотношению системных элементов источников права, обоснованию роли и места судебного прецедента в романо-германской и англо-саксонской правовых систем.

Практическая значимость исследования. Материалы работы могут быть использованы при изучении соответствующих разделов Общей теории права, основных систем современности, а также в будущих исследованиях. Выводы и предложения могут быть использованы в законодательном процессе, в обосновании проблематики общих источников права.

Внедрение результатов исследования. Выработанные в процессе исследования материалы используются как теоретический супорт для дисциплин "Общей теории права", а также в процессе преподавания курса "Основные правовые системы современности", а также для углубления проблематики изучения форм источников права в Унивеситете Спиру Харет, Констанца.

ANNOTATION

Lupu Raluca-Oana, "Judicial precedent in sources of contemporary laws' system", PhD thesis; Specialty: 551.01 –General Theory of Law, Chişinău, 2016.

Thesis structure is as follows: introduction, three chapters, conclusions and recommendations, 146 pages of scientific text, references 218 titles. The scientific results are published in 9 articles. The total volume of the publications on the subject in question is 2,91 a.l.

Key-words: judicial precedent, jurisprudence, source of law, system of law, judicial authority.

Study domain: General Theory of Law.

Goal and objectives of the thesis. The stated goal of the research is the theoretical substantiation of the concept of "judicial precedent" from the perspective of the General theory of law, the identification of the place and role of jurisprudence and judicial precedent in the system of formal sources of law. The objectives are: a scientific review of the concept "source of law", of the necessity to reevaluate the place and role of jurisprudence and judicial precedent in the system of formal sources of law; the comparative review of the sources of law in different systems of law, the correlation between judicial precedent and other formal sources of law; historical research of the sources of law with emphasis on judicial precedent and jurisprudence; theoretical foundation of judicial precedent authority in the anglo-saxon and roman-germanic families of law; scientific clarification of the correlation between judicial precedent and jurisprudence in creating law.

Scientific novelty and originality. The research represents, in Romania's and Republic of Moldova's doctrine, an endeavor to research the judicial precedent, its place and role in the system of formal sources of law as well as a personal opinion reasoning on the topic. Approaching judicial precedent in terms of legal, doctrinal and practical view, as a factor with determinant impact on the creation of law in different families of law is part of the scientific novelty.

Scientific problem solved is elaborating the tools to identify and found scientifically judicial precedent category from the General theory of law perspective, which led to determining the place and role of the judicial precedent, jurisprudence and other sources of law in the common law and the roman-germanic systems of law; reconsidering judicial precedent role in the formal sources of law is argued for its use to create and interpret unitary the law.

Theoretical importance stems from the reconfiguration of the place and role of judicial precedent within the legal system, determining and defining the concept of source of law, means of representing judicial precedent in different legal systems and last but not least from demonstrating the existence of new sources of law in Romania's and Republic of Moldova's legal systems.

Practical importance The scientific ideas and conclusions of the thesis may be used on a theoretical and doctrinal level, as initial base for a subsequent approach of the formal sources of law; on a legislative normative level, in enactment activity, in the process of reforming legislation stipulating law elaboration and the role of the judicial precedent and jurisprudence in this process; in the university teaching activity for Sources of law and Typology of legal systems.

Implementation of the scientific results The thesis conclusions, the elements of novelty are used in the studying process of the subject General Theory of Law at "Spiru Haret" University in Romania.

LISTA ABREVIERILOR ȘI ACRONIMELOR

CC – Curtea Constituțională
CEDO – Curtea Europeană a Drepturilor Omului
CJUE – Curtea de Justiție a Uniunii Europene
CIJ – Curtea Internațională de Justiție
CSJ – Curtea Supremă de Justiție
ÎCCJ – Înalta Curte de Casație și Justiție
CPC – Codul de Procedură Civilă
CPP – Codul de Procedură Penală
M.O. – Monitorul Oficial
SUA – Statele Unite ale Americii
UE – Uniunea Europeană
URSS – Uniunea Republicilor Sovietice Socialiste
vol. – volumul
art. – articol
alin. – alineat
nr. – numărul
lit. – litera

INTRODUCERE

Actualitatea și importanța problemei abordate. Un demers științific ce își propune să exploreze problematica izvoarelor formale ale dreptului vădește ca imposibil de ignorat problematica practicii judiciare și a precedentului judiciar, iar preocuparea pentru determinarea unor criterii în virtutea cărora se delimitează aceste izvoare în diferite familii de drept, este punctul central al căutărilor doctrinare. Ceea ce se dorește în această lucrare este aducerea la lumină a trăsăturilor generale și a particularităților existente ale precedentului judiciar ca izvor formal de drept, atât în raport cu sistemele juridice existente, cât și cu apartenența la un spațiu sau altul de civilizație juridică, iar această operă de a identifica și categorisi, reclamă în egală măsură laturile dar și elementele specifice modului de exprimare a conținutului precedentului judiciar ca izvor de drept.

Teoria izvoarelor formale ale dreptului arată că identificarea acestuia este obligatorie, în absența punerii lui în relație cu circumstanțele istorice, sociale din diverse țări, care determină procesul de creare a dreptului.

Practica judiciară și precedentul judiciar sunt emanația autorității judiciare, fiind anterioare legii ca izvor de drept. Precedentul judiciar nu a avut același rol în toate sistemele juridice. Rolul său a variat de la o epocă istorică la alta, de la o țară la alta.

Am sesizat în doctrina juridică a Republicii Moldova și a României, în ultimii ani, existența unor opinii în sensul ridicării practicii judiciare și precedentului judiciar la rang de izvor de drept, idee, care se bazează pe o pretinsă superioritate a sistemului de *common-law*, bazat pe precedentul judiciar. Tot ce a dorit să releve doctrina a fost aducerea laolaltă a argumentelor, care aveau să întemeieze, din punct de vedere istoric, și ca apartenență la o familie de drept sau alta, a modului în care avea să fie perceput rolul creator al practicii judiciare și precedentului judiciar. O astfel de redimensionare a problemei își vădește azi actualitatea și raportarea la noua configurație europeană. Dobândirea de către România a statutului de membru cu drepturi depline și semnarea de către Republica Moldova a Acordului de asociere la Uniunea

Europeană a pus în fața sistemelor de drept din ambele state problema să răspundă noilor exigențe impuse de interacțiunea celor două tradiții juridice care definesc mediul juridic european.

Faptul că legea, elaborată de puterea legislativă nu se confundă cu dreptul (ca dimensiune a fenomenului juridic) este o chestiune câștigată în teoria generală a dreptului. Autorii de vază au arătat-o, subliniind că dreptul este un fenomen complex, la a cărui configurare iau parte atât autoritatea legislativă, cât și cea judecătorească, practicienii dreptului și justițiabilii.

În întregul său, problema ridicată în cuprinsul studiului nu poate fi redusă la câteva aspecte schematice. „Dreptul”, pre care-l „spune” judecătorul, nu se limitează la a fixa tiparul normei legale asupra faptului juridic, ci se extinde la explicarea și interpretarea legii, la completarea acesteia prin apelul la principiile dreptului, ajungând în final la soluția juridică, adaptată speței concrete deduse judecății.

Actualitatea temei este dată și de faptul că criza de legitimitate a legiuitorului, ori abuzul vădit al executivului cu privire la dreptul său de a legifera, ridică astăzi acțiunea creatoare a jurisprudenței în elaborarea și cizelarea normelor juridice, care de la o epocă la alta, de la o ordine juridică la alta, este prea complexă prin ea însăși, prea schimbătoare în procedeele sale și prea variată de la o familie de drept la alta.

Scopul și obiectivele tezei. Scopul declarat al cercetării îl constituie fundamentarea teoretică a conceptului de precedent judiciar din perspectiva teoriei generale a dreptului, identificarea locului și rolului practicii judiciare și a precedentului judiciar în sistemul de drept contemporan.

Teza analizează caracteristicile principale ale celor două familii juridice: romano-germanică și cea anglo-saxonă cu accent asupra precedentului judiciar în evoluția sa diacronică. Ne propunem traversarea unui itinerariu care ar cuprinde cercetarea esenței precedentului judiciar, a importanței acestuia pentru crearea dreptului în general, evidențierea diferențelor de abordare și tratare a precedentului judiciar și practicii judiciare din perspectiva celor două mari familii de drept, precum și impactul eventualei unificări normative în contextul lărgirii spațiului comun european asupra sistemului izvoarelor de drept în legislația europeană.

Teza de față conține un studiu al precedentului judiciar în cadrul sistemului de drept, al locului și rolului acestuia din perspectiva teoriei generale a dreptului și al modalităților în care rezultatele studiilor științifice din domeniul teoriei generale a dreptului exercită un impact concret asupra realității juridice, asupra aplicării legii în sistemul de drept romano-germanic și în cel anglo-saxon.

Ipoteza de bază a cercetării de față este că precedentul judiciar este un izvor de drept formal cu “drepturi depline” recunoscut de teoria generală a dreptului, iar în practică aceste “drepturi depline” de izvor de drept se diferențiază de la un sistem de drept la altul. Totuși realitatea zilei de astăzi indică asupra necesității revizuirii unor poziții doctrinare vis-a-vis de locul și rolul precedentului judiciar în sistemul izvoarelor de drept. Evoluția societății marchează diferențe ce necesită a fi luate în seamă la reconsiderarea importanței precedentului judiciar pentru fenomenul de aplicare a legii în contextul unor fenomene precum este extinderea Uniunii Europene.

În baza abordărilor teoretice și formulărilor regăsite în doctrina de specialitate din Republica Moldova și România și din afară, am elaborat un studiu care are drept finalitate determinarea locului și rolului precedentului judiciar în sistemul izvoarelor de drept prin prisma abordărilor de teorie generală a dreptului, dar și prin prisma practicilor de domeniu regăsite în sistemul de drept romano-germanic și în cel anglo-saxon.

Din analiza sistematică a legislației în vigoare și a practicii judiciare, din studiul literaturii de specialitate națională și străină, din cercetarea diferitelor aspecte teoretice și practice în elaborarea prezentei teze se vor avea în vedere următoarele **obiective**:

- efectuarea unei analize științifice a conceptului izvor de drept, a necesității de reevaluare a locului și rolului precedentului judiciar în sistemul de drept contemporan;
- analiza comparativă a izvoarelor dreptului în cadrul diferitelor sisteme de drept, corelația precedentului judiciar cu alte izvoare formale ale dreptului;
- cercetarea istorică a izvoarelor dreptului cu privire specială asupra precedentului judiciar și practicii judecătorești;
- fundamentarea teoretică a autorității precedentului judiciar în familiile de drept anglo-saxone și romano-germanice;
- clarificarea științifică a coraportului dintre precedentul judiciar și jurisprudență, practicii judiciare în crearea dreptului;
- cercetarea importanței deciziilor Înaltei Curți de Casație și Justiție din România și a Curții Supreme de Justiție din Republica Moldova, cât și a Curții Constituționale a Republicii Moldova și a României în interpretarea și elaborarea normelor juridice;
- cercetarea practicii Curții de Justiție a Uniunii Europene și CEDO în evidențierea deciziilor pronunțate de aceste instanțe în cadrul sistemelor de drept din Republica Moldova și din România;

- întemeierea teoretico-științifică a unei reconsiderări a locului și rolului precedentului judiciar și a practicii judiciare în sistemul dreptului contemporan.

Noutatea științifică a rezultatelor obținute. Rezidă în faptul că teza constituie un prim studiu în literatura de specialitate a României și Republicii Moldova de a cerceta în mod sistemic precedentul judiciar, locul și rolul acestuia în sistemul izvoarelor formale ale dreptului, precum și argumentarea opiniei noastre asupra problematicii tratate, care fac împreună un tandem în cristalizarea ideii de reconsiderare a locului și rolului precedentului judiciar din perspectiva teoriei generale a dreptului și conturarea temeiurilor științifice de identificare a acestuia.

Tot în domeniul novator putem circumscrie abordarea precedentului judiciar din punct de vedere normativ, doctrinar și practic ca factor cu impact determinant asupra creării dreptului în diferite familii de drept.

Astfel, în procesul de investigație au fost obținute următoarele **rezultate**:

- a fost realizat un studiu sistemic al literaturii de specialitate, privitor la izvoarele dreptului, în general și a precedentului judiciar în particular, pentru a înlesni evidențierea rolului și locului precedentului judiciar în sistemul izvoarelor formale ale dreptului, dar și a lacunelor întâlnite în reglementările naționale din domeniu;

- a fost realizată o analiză comparativă a izvoarelor dreptului în diferite sisteme de drept contemporan;

- au fost fundamentate istoric, teoretic și practic conceptele de precedent judiciar și jurisprudență;

- a fost făcută o analiză comparativă a familiilor de drept romano-germanice și de drept comun precum și a rolului pe care îl joacă precedentul judiciar și practica judecătorească în cadrul fiecărui mare sistem de drept;

- au fost înaintate propuneri în definirea precedentului judiciar și reconsiderarea locului și rolului practicii judiciare și precedentului judiciar în crearea dreptului;

- a fost efectuată fundamentarea teoretică a autorității precedentului judiciar și a semnificației jurisprudenței în marile familii de drept și în practica CEDO și Curților Constituționale din România și Republica Moldova;

- rezultatele cercetării vor putea fi utilizate atât la dezvoltarea conceptului de izvor formal de drept, cât și la determinarea categoriilor de precedente judiciare care pot sta la baza modificărilor legislative sau a modului de interpretare a normelor juridice.

Problema științifică soluționată constă în elaborarea instrumentarului de identificare și fundamentare științifică a categoriei precedent judiciar din punct de vedere a Teoriei generale a

dreptului, fapt ce va conduce la determinarea locului și rolului precedentului judiciar și jurisprudenței, practicii judiciare și celorlalte izvoare de drept în familia de drept comun și a celei romano-germanice; se va argumenta reconsiderarea poziției precedentului judiciar în sistemul izvoarelor formale de drept, în sensul utilizării acestuia în scopul creării și interpretării unitare a normelor juridice.

Importanța teoretică și valoarea aplicativă a tezei derivă din rezultatele acestui demers științific, sintezele și analizele realizate pe parcursul investigațiilor dar și concluziile și recomandările pe care le aduce autorul la finele lucrării. Toate acestea vor contribui la amplificarea și aprofundarea cunoștințelor teoretice privind izvoarele de drept, coraportul dintre elementele sistemului izvoarelor de drept, importanța precedentului judiciar din perspectiva sistemului de drept anglo-saxon și din perspectiva celui romano-germanic. Ideile științifice și concluziile cuprinse în conținutul tezei pot fi utilizate:

- în plan doctrinar-teoretic, ca material inițial pentru o abordare ulterioară a problematicii izvoarelor formale ale dreptului;
- în plan normativ-legislativ, în activitatea de legiferare, în procesul de reformare a legislației ce reglementează elaborarea normelor juridice și rolul precedentului judiciar și practicii judiciare în acest proces;
- în procesul didactic universitar la temele „Izvoarele dreptului” și „Tipologia sistemelor de drept”.

Implementarea rezultatelor cercetării. Concluziile tezei, elementele de noutate sunt utilizate în procesul de studii la predarea cursului Teoria generală a dreptului în cadrul Universității ”Spiru Haret” din România, au fost expuse în luările de cuvânt la conferințele științifice naționale și internaționale și în articolele științifice publicate.

Aprobarea rezultatelor cercetării. Rezultatele cercetării au fost expuse și aprobate în cadrul conferințelor științifice și forumuri internaționale, cele mai importante fiind următoarele:

1. Judicial precedent - source of law. Conferință internațională: *Challenges for Science and Research in the Crisis Era*. UAMS, vol. 1, Sibiu: Alma Mater, 2011. p. 119-121. (0, 61 c.a).
2. Sources of law - Judicial Precedent. Proceedings of the 3rd International Conference on Law and Social Order, Addleton Academic Publishers, New York, 2013. p. 158-164. (0,81 c.a).
3. Instrumente actuale de unificare a jurisprudenței instanțelor judecătorești în România. În: *Materialele conferinței științifice ”Tendințe actuale în dreptul public. Abordare juridică și filosofică”*, București: Editura Universitară, 2014, p.144-153, (1,07 c.a).

4. Aspecte privind apariția sistemului de drept anglo-saxon. În: Materialele conferințe internaționale anuale ale tinerilor cercetători: Consolidarea statului de drept al Republicii Moldova în contextul evoluției sistemului internațional și proceselor integraționiste. Vol.II, În: Drept Național și Științe Politice, Ediția a VIII-a, 3 iunie 2014, Chișinău, p.52-56. (0,43 c.a).

Sumarul compartimentelor tezei. Structura tezei este determinată de scopul și obiectivele cercetării și este alcătuită din introducere, trei capitole, concluzii generale și recomandări, bibliografie, cuvinte-cheie și lista abrevierilor.

Introducere care include: actualitatea și importanța problemei abordate, scopul și obiectivele lucrării, noutatea științifică a rezultatelor obținute, importanța teoretică și valoarea aplicativă a lucrării, aprobarea rezultatelor.

”Descrierea situației în domeniul cercetării precedentului judiciar ca izvor de drept” – este un capitol introductiv care conține ipotezele și abordările științifice ale celor mai titați cercetători de pe plan internațional și din spațiul românesc cu referire la instituția precedentului judiciar. Sunt reflectate argumentele acestora vis-à-vis de rolul important a precedentului judiciar în sporirea calității actului de justiție.

În 1.1. ”Privire istorică asupra precedentului judiciar ca izvor de drept formal în cercetările doctrinare” – sunt reflectate principalele abordări științifico-teoretice ale instituției precedentului judiciar reflectându-se viziunile autorilor din spațiul internațional vis-à-vis de rolul și funcțiile îndeplinite de precedentul judiciar în sistemul de drept anglo-saxon, dar și vis-a-vis de efectele pe care le are extinderea ariei de aplicare a precedentului judiciar la alte sisteme de drept.

În 1.2. ”Interesul științific față de precedentul judiciar în doctrina contemporană din spațiul românesc” – sunt analizate principalele viziuni ale celor mai importanți teoreticieni din Republica Moldova și România asupra fenomenului precedentului judiciar. Aici este prezentat un ansamblu de abordări teoretice generale în raport cu instituția precedentului judiciar și posibilitatea considerării acestuia în calitate de izvor de drept chiar și în sistemele de drept din afara sistemului de drept anglo-saxon. Este argumentată natura juridică și interesul științific pe care-l prezintă instituția precedentului judiciar pentru teoreticienii și practicienii a două state care nu fac parte din sistemul de drept anglo-saxon și care la nivel normativ nu au consacrat precedentul judiciar ca izvor de drept.

În capitolul 2 – ***”Conceptualizarea precedentului judiciar ca izvor de drept din perspectivele teoriei generale a dreptului”*** – sunt investigate aspecte ce țin de evoluția istorică a instituției precedentului judiciar, cu unele referințe la felul în care importanța acestuia a variat de

la o perioadă istorică la alta, atât în sistemul de drept anglo-saxon, cât și în sistemul de drept romano-germanic. Tot aici sunt regăsite analize ale corelației dintre diferite izvoare ale dreptului din perspectivă doctrinară, enunțarea unor argumente privind delimitarea jurisprudenței de precedentul judiciar din punctul de vedere al sensului acordat fiecăreia dintre aceste noțiuni/sintagme.

În 2.1. "Evoluția instituției precedentului judiciar" – se cercetează diverse abordări istorice ale fenomenului precedentului judiciar. Sunt evidențiate caracterele pe care trebuia să le îmbine precedentul judiciar în diferite etape istorice de dezvoltare a societății pentru ca acesta să fie considerat izvor de drept. Sunt reflectate abordările teoreticienilor contemporani diferitelor etape de dezvoltare și manifestare practică a instituției precedentului judiciar, precum și semnificația acestora pentru instituția precedentului la etapa contemporană.

Paragraful 2.2. "Corelația precedentului judiciar cu alte izvoare formale ale dreptului" – include câteva subcompartimente, fiecare dintre ele aducând câteva clarificări suplimentare de natură teoretică vis-à-vis de instituția precedentului judiciar în cadrul sistemului izvoarelor dreptului. Este realizată prezentarea și analiza teoretică a fiecărui izvor de drept recunoscut ca atare de știința Teoriei Generale a Dreptului. Tot din perspectiva Teoriei Generale a Dreptului este abordată și instituția precedentului judiciar, fiind incluse aici mai multe viziuni ale specialiștilor din domeniu asupra locului și rolului precedentului judiciar în sistemul de izvoare ale dreptului din perspectivă teoretică. Se continuă ideea integratoare a izvoarelor dreptului din perspectivă teoretică punându-se accentul pe corelația dintre precedentul judiciar și alte izvoare ale dreptului precum legea, cutuma etc.

În 2.3. "Fundamentarea teoretică a autorității precedentului judiciar" – sunt cercetate și reflectate diverse categorii de precedente judiciare din perspectivă doctrinară, așa cum le clasifică doctrina de specialitate, este clarificată delimitarea științifică dintre precedentul judiciar și jurisprudență, întrucât vorbirea curentă a multora ce fac parte din categoria profesiilor juridice deseori egalează aceste noțiuni, ceea ce nu este adevărat din punct de vedere științific și lingvistic. Tot acest compartiment expune fundamentele teoretice ale autorității precedentului judiciar în calitate de izvor de drept, precum și rolurile ce revin judecătorilor și juriilor în funcționarea instituției precedentului judiciar în sistemul de drept anglo-saxon.

Sunt aduse în atenție diverse posibile criterii de clasificare a precedentelor judiciare, analizând totodată caracterele și condițiile ce trebuie întrunite pentru încadrarea precedentului judiciar într-o categorie științifică sau alta. În plus sunt analizate efectele fiecărei categorii de precedente.

Se clarifică din punct de vedere lingvistic necesitatea delimitării fenomenelor desemnate prin cele două noțiuni: precedent judiciar și jurisprudență. Acest lucru a devenit necesar în virtutea faptului că practica demonstrează nesocotirea diferenței de sens, ceea ce duce la înțelegerea eronată a acestor fenomene.

Sunt prezentate temeiurile în baza cărora precedentul judiciar dobândește autoritatea identică sau superioară chiar legii în sistemul de drept anglo-saxon, cu reflectarea ulterioară a acelorași temeiuri în sistemul de drept romano-germanic, care la etapa actuală se arată tot mai dispus să recepționeze regula de recunoaștere a precedentului judiciar în calitate de izvor de drept.

2.4. - "Rolul judecătorilor și juriilor în funcționarea instituției precedentului judiciar" – vine să arate subiectele care participă nemijlocit la nașterea precedentului judiciar, accentuând totodată și rolul ce revine acestora – judecătorilor și juraților.

În capitolul 3 – "**Locul și rolul precedentului judiciar în sistemele de drept contemporane**" – sunt analizate formele în care se manifestă precedentul judiciar ca izvor de drept în diferite sisteme de drept, în cel anglo-saxon și în cel romano-germanic în mod principal, dar și în alte sisteme de drept. La fel de importantă este reflectarea manifestărilor precedentului judiciar în practica juridică din Republica Moldova și România.

În 3.1. - "Precedentul judiciar în sistemul de drept comun" – sunt prezentate și evidențiate formele de manifestare a precedentului judiciar în calitatea sa de izvor de drept anume în sistemul de drept anglo-saxon, sunt analizate condițiile în care hotărârile judecătorești devin precedente și cum se raportează aceste precedente la practica de aplicare a dreptului în statele cu sistem de drept anglo-saxon.

În 3.2. - "Semnificația precedentului judiciar în sistemul de drept romano-germanic" autorul analizează felul în care instituția precedentului judiciar a evoluat în cadrul sistemului judiciar și care este raportul dintre lege ca izvor principal de drept și precedentul judiciar în sistemul intern de drept al statelor dar și în dreptul internațional.

Sunt aduse de asemenea unele specificații de natură teoretico-practică în raport cu funcționarea precedentului judiciar ca izvor de drept în anumite state în care s-au infiltrat din anumite motive istorice caracterele sistemului de drept anglo-saxon și nu numai.

În 3.3. - "Locul și rolul precedentului judiciar în sistemul de drept al Republicii Moldova" – se analizează instrumentele juridice care reflectă influența instituției precedentului judiciar asupra practicii de aplicare a dreptului în sistemele de drept din spațiul românesc.

Sunt reflectate pentru început unele aspecte generale privind necesitatea abordării subiectului precedentului judiciar raportat la sistemul de drept al Republicii Moldova.

Este realizată analiza reglementărilor în vigoare pe teritoriul Republicii Moldova care reflectă recunoaşterea efectelor instituţiei precedentului judiciar în raporturile juridice de pe teritoriul statului, în mod special se analizează efectele hotărârilor interpretative date de către Curtea Constituţională şi încadrarea acestora în caracterele juridice ale precedentului.

Sunt aduse în atenţie reglementări din domeniul dreptului penal şi procesual penal care reflectă aplicarea în practică a instituţiei precedentului judiciar şi aduce argumente pro şi contra recunoaşterii calităţii de izvor de drept în domeniul dreptului penal şi procesual penal precedentului judiciar.

3.4. - ”Locul şi rolul precedentului judiciar în sistemul de drept al României” – analizează unele reglementări vitale în vigoare pe teritoriul României care, la fel ca şi în cazul Republicii Moldova, reflectă în practică aplicarea instituţiei precedentului judiciar. Este analizată instituţia recursului în interesul legii prin prisma reglementărilor procesual - civile în vigoare pe teritoriul României, tot aici făcându-se referire şi la hotărârile Curţii Constituţionale a României dar şi la alte proceduri specifice reglementate de Codul de Procedură Civilă a României care dovedesc recunoaşterea practică a calităţii de izvor de drept precedentului judiciar.

Sunt analizate temeiurile juridice de recunoaştere a calităţii de precedente judiciare hotărârilor CEDO şi Curţii de Justiţie a Uniunii Europene pe teritoriul statelor membre UE.

1. DESCRIEREA SITUAȚIEI ÎN DOMENIUL CERCETĂRII PRECEDENTULUI JUDICIAR CA IZVOR DE DREPT

1.1. Privire istorică asupra precedentului judiciar ca izvor de drept formal în cercetările doctrinare

Tratarea precedentului judiciar și a practicii judiciare în doctrină se face în contextul abordării științifice a subiectului izvoarelor de drept. Stricta referire la precedentul judiciar este binevenită doar după o scurtă abordare a noțiunii de izvor al dreptului și după aceasta în încercarea de a pune în lumină locul și rolul precedentului judiciar și a practicii judiciare în cadrul ansamblului de izvoare ale dreptului. Din aceste considerente ne vom referi la unele abordări istorice, doctrinare, urmând ca apoi să identificăm interesul științific al doctrinarilor contemporani față de studiul unuia dintre izvoarele dreptului și anume a precedentului judiciar.

Odată ce menirea dreptului este de a aduce ordine în raporturile sociale, este vital ca ceea ce numim noi izvor de drept să ocupe locul oportun în sistemul dreptului unui stat. Cu atât mai mult este importantă și ierarhizarea sau clasificarea izvoarelor dreptului, identificarea poziției

fiecăruia dintre izvoarele dreptului întru înțelegerea ordinii în care sistemul de drept al statului alege să aplice o normă juridică sau alta.

Pe de altă parte, dreptul este tehnică dar și artă, arta binelui și echității – ”*jus est ars boni et aequi*”, așa cum spunea Publius Iuventius Celsius. G. W. F. Hegel afirmă că „dreptul trece în existența faptică mai întâi prin formă, prin faptul că este pus ca lege...” [51, p. 242]. Dreptul reprezintă un set de reguli stabilite și garantate de stat având drept scop organizarea și disciplinarea comportamentului uman în relațiile cheie în societate, într-un climat specific protecției drepturilor și libertăților fundamentale. Pentru a atinge aceste obiective, dreptul trebuie să fie cunoscut și accesibil tuturor prin intermediul limbajului său și formelor sale specifice de exprimare, izvoarele de drept. Iar spusele lui Hegel precum dreptul trece mai întâi printr-o formă concretă ne denotă faptul că această formă se dovedește necesară și utilă societății într-un moment dat al evoluției acesteia, iar când convingerea că această necesitate trebuie să ia forma unei reguli cu caracter obligatoriu, societatea, prin intermediul organelor abilitate în acest sens conferă statutul de lege sau de izvor de drept acelei reguli, întru siguranța că ea va fi aplicată aducând ordine și stabilitate în raporturile sociale.

Teoria izvoarelor dreptului relevă necesitatea identificării izvoarelor dreptului în contextul în care privesc sistemele de drept în timp și spațiu, în diferite epoci și țări [26, p. 70] în parcursul lor evolutiv și cu circumstanțierile de rigoare. Pluralitatea izvoarelor dreptului își găsește explicația în multitudinea relațiilor sociale implicate și în varietatea modalităților de organizare și guvernare a societății.

Lucrarea de față vine să completeze cadrul de cercetare a fenomenului izvoarelor de drept, domeniu destul de aprofundat de către cercetătorii diverselor perioade istorice de cercetare a fenomenului juridic.

Analizând termenul „izvor de drept” teoria dreptului evidențiază două sensuri: izvor de drept în sens material și izvor de drept în sens formal [99, p. 190-210]. În literatura juridică este propus, de asemenea, termenul „formă a dreptului” în sensul de izvor de drept, ca sinonim al acestuia. Cercetătorul Gh. Avornic consideră că termenul nu este o soluție reușită, deoarece înțelesul conceptului de „formă a dreptului”, sub aspect de categorie juridică, este mult mai larg decât al noțiunii de izvor de drept, și anume: forma dreptului include în sine partea internă, care nu este altceva decât sistemul dreptului și partea externă, care reprezintă izvoarele dreptului.

Termenul „izvor de drept” are mai multe accepțiuni, de exemplu: izvor de drept în sens material și izvor de drept în sens formal, izvoare interne și externe, izvor direct și indirect al dreptului, izvoare scrise sau nescrise etc. [4, p. 271].

Expresia izvoare reale ale dreptului, prin care se înțelege acel complex de factori care îl influențează pe legiuitor și determină substanța, direcția și sensul normelor juridice, cu alte cuvinte, constituie partea reală și profundă a dreptului, fenomenele sociale, economice, morale ce dictează necesitățile juridice și directivele care imprimă dreptului nota sa dominantă, este întâlnită de asemenea în doctrină [123, p. 277].

Noțiunea de izvor de drept, în sens istoric, semnifică un anumit document care atestă o formă suprapusă de drept, sau altfel spus dreptul diferitelor state la diverse etape de dezvoltare istorică. Aceste documente (de exemplu, Codul lui Hammurabi în Mesopotamia, Codul lui Manu în India, Legea celor XII Tabele la romani etc.) sunt pozitive, în măsura în care ele își au importanța și utilitatea lor după circumstanțe [94, p. 292]. „Ele nu au decât valoare istorică și de aceea sunt de o natură trecătoare. Cumințenia legiuitorilor și a guvernelor, în ce au făcut pentru împrejurările date și au stabilit pentru situațiile epocii, este un lucru pentru sine care aparține aprecierii istoriei, de care ea va fi cu atât mai mult recunoscută, cu cât mai mult această justificare va fi sprijinită de un punct de vedere filozofic” [25, p. 207].

Noțiunea de izvor de drept în această lucrare va fi privită în accepțiunea sa juridică, pentru că tratarea precedentului judiciar este realizată având în vedere aspectul juridic al naturii sale ca izvor de drept în sistemul anglo-saxon. Cu toate acestea izvorul de drept vizat în mod special în această lucrare și anume precedentul judiciar, va fi examinat și din perspectiva extinderii considerării lui ca izvor de drept și în alte sisteme de drept, chiar dacă la nivel oficial sau chiar și doctrinar deocamdată nu i s-a conferit statutul de izvor de drept cu toate consecințele legale și de facto depline ce decurg dintr-o atare recunoaștere.

Noțiunea de izvor de drept este folosită și în contextul identificării politicii ca ”izvor politic al dreptului, adică autoritatea politică statală este cea care concepe viitoarele norme juridice, le determină apariția prin sesizarea și proiectarea unor nevoi sociale în plan juridic” [124, p. 34].

Pe de altă parte conceptul de izvor de drept are și o accepțiune ideologică, ca bazin de civilizație juridică la care se conectează un anumit sistem juridic național. În acest context, bazinul de civilizație juridică de tip romano-germanic a influențat numeroase sisteme legale naționale (fiind în mare parte sursa din care acestea s-au inspirat), printre care și sistemul juridic al Republicii Moldova și al României [4, p. 273].

Doctrina, clasificând izvoarele de drept, deosebește izvoarele scrise (care necesită o formulare strict determinată de principiile legiferării, de exemplu actul normativ), de cele nescrise (obiceiul), pe cele oficiale (lege sau jurisprudență), de cele neoficiale (obiceiul și doctrina), izvoarele directe (reprezintă modalitatea prin care normele juridice sunt exprimate, de

exemplu actul normativ), de cele indirecte sau mediate (obiceiul sau normele elaborate de organizații nestatale – ele trebuind să fie validate, sancționate de o autoritate statală pentru a deveni izvoare de drept), izvoarele creative (apar ca un rod al activității autorităților publice, locul primordial revine actelor normative), de cele interpretative (apar în rezultatul operației logico-formale, care are drept scop explicarea înțelesului exact al normelor juridice). B. Negru afirmă că izvoarele interpretative nu cuprind toate actele interpretative, ci doar acelea care conțin interpretări oficiale și, ca urmare, au un caracter general-obligatoriu [94, p. 293-294].

Literatura de specialitate cuprinde și o clasificare a izvoarelor de drept în izvoare suverane (care pot reglementa orice domeniu, de ex., Constituția, legea), subordonate (care sunt limitate în a reglementa anumite domenii, de ex., actele administrative reglementative) și izvoare subsidiare (care au libertatea de a reglementa un anumit domeniu, însă dacă apare vreo contradicție între ele și izvoare superioare din punct de vedere juridic, se vor subordona acestora, de ex., un regulament de ordine interioară care trebuie să nu contravină unei legi) [98, p. 135].

Izvoarele dreptului se mai divizează în izvoare potențiale (care exprimă posibilitatea de a elabora, modifica sau abroga norme juridice) și în izvoare actuale (eficiente, determinate, operând pe relații sociale concrete constând în toate actele normative în vigoare), dar și în izvoare de constituire și de calificare [4, p. 274].

Mircea I. Manolescu, un mare avocat, sociolog și teoretician al dreptului, considera necesară întrebuițarea a două teorii a surselor izvoarelor de drept: teoria surselor legilor pozitive, abstracte și generale și teoria surselor pe care avocatul și judecătorul le au în vedere într-un caz concret, individual, particular [88, p. 14].

Deci, aici, putem trage o concluzie că, prin izvor de drept înțelegem forma de exprimare a normelor juridice în cadrul unui sistem de drept, deci modalitatea de instituire sau recunoaștere a normelor juridice de puterea de stat în procesul de creație a dreptului.

Pentru cercetarea de față avem în vedere clasificarea izvoarelor dreptului în izvoare materiale și formale în scopul încadrării precedentului judiciar într-o anumită categorie și identificării locului și rolului acestuia în sistemul izvoarelor dreptului.

Izvoarele materiale sau izvoarele în sens material desemnează factorii de configurare ai dreptului; voința colectivă determinată de condițiile vieții materiale [7, p. 143]. Ele sunt concepute ca adevărate „dat”-uri ale dreptului, „realitățile exterioare ale acestuia și care determină acțiunea legiuitorului sau dau naștere unor reguli sociale izvorâte din necesitățile practice (dacă este vorba de obicei)” [99, p. 190].

M. Djuvara argumenta că izvorul material al dreptului se întemeiază „pe întreaga acțiune socială a poporului”. Marele savant aprecia că întregul trecut istoric al unei societăți „cu toate instituțiile ei și întreaga mentalitate a ei”, stă „la baza întregului drept”. Conștiința juridică a societății „care explică în ultimă analiză întreg dreptul ei, în toate ramificațiile și manifestările lui, nu se poate cunoaște astfel cu pretenție de rigoare științifică”. Tot el considera că „sociologia stă, ca un fundament, la baza dreptului, căci fără ea nu-l putem înțelege” [41, p. 300]. M. Djuvara numește jurisprudența sau practica judiciară, fără de care precedentul judiciar nu are sens, „izvorul formal adânc al dreptului” și afirmă că „orice normă legală sau cutumiară este generală. Printr-aceasta ea are nevoie să fie individualizată la cazul dat. Această operațiune, prin care experiența trecută, rezumată în normele generale se leagă de cazurile noi care se prezintă, lasă întotdeauna un câmp de apreciere interpretatorului, câmp care uneori poate fi foarte vast” [41, p. 283]. Și într-adevăr conștiința juridică este una dintre premisele catalogării unui fenomen material sau formal drept izvor de drept. Conștiința juridică a societății având un grad înalt va conduce întotdeauna la identificarea cea mai eficientă a izvoarelor de drept, la reformularea regulilor juridice și reconsiderarea locului și rolului fiecărui izvor de drept existent și recunoscut ca atare. Și invers, o societate cu un grad deficitar de conștiință juridică nu va încerca să întreprindă toate acțiunile enumerate de noi mai sus întrucât unul dintre factorii de configurare a dreptului este inclusiv evoluția conștiinței juridice.

Din perspectiva sociologiei juridice se analizează izvoarele materiale ale dreptului. În unele cercetări sunt enunțați factori naturali; factori istorici; factori culturali, în alte analize sunt identificați factori economici; factori politici; factori culturali; factori religioși, în cele mai multe studii se subliniază existența unor factori sociali; factori economici; factori culturali. În toate analizele se subliniază interdependența acestor factori. Aici ar fi obligatorie enunțarea importanței culturii juridice a societății. La fel ca și conștiința juridică, cultura juridică este determinantă în evoluția stării de facto din societate, ne referim aici la respectarea normelor legale, conștientizarea și evaluarea deficiențelor, întreprinderea acțiunilor necesare pentru excluderea lor și ridicarea randamentului activității de aplicare a dreptului. O premisă importantă ca toate aceste acțiuni să fie încununate de succes ar fi anume un nivel înalt al culturii juridice, or, societatea trebuie să fie cultivată în domeniul juridic, ba mai mult decât atât - trebuie să delege puterea de legiferare și de creare a dreptului în general celor mai competenți exponenți ai domeniului. În cazul realizării acestui deziderat, izvoarele dreptului se vor bucura de autoritatea conferită lor prin lege și vor fi aplicate regulile enunțate de către acestea întocmai cu prescripțiile legale.

Cauza ultimă a dreptului, în sensul de izvor, este realitatea socială. Suntem în prezența unor comandamente sociale, care obligă legiuitorul să le cunoască temeinic, pentru a fi în măsură să elaboreze norma cea mai adecvată nevoilor, cerințelor sociale. Cercetătorul trebuie să cunoască aceste comandamente, în perioada când a fost emisă legea, pentru a înțelege și a explica ce a determinat apariția ei. „Dacă vrei să dai statului trăinicie - atenționa J.-J. Rousseau - apropiați cât mai mult punctele extreme; nu permiteți să existe nici oameni prea bogați, și nici săraci din cale afară”. În analiza marelui gânditor, aceste două stări, „în mod firesc inseparabile, sunt deopotrivă pentru binele comun”, deoarece din una „se recrutează făuritorii tiraniei, iar din cealaltă tiranii”, traficul „cu libertatea publică are loc întotdeauna între ei: unul o cumpără, altul o vinde” [110, p. 157].

Cunoașterea bazinelor de civilizație în care s-au conturat normele de drept este foarte importantă în demersul cercetării izvoarelor de drept. Așadar, în bazinul romano-germanic, din care fac parte sistemele de tradiție romanică (școala franceză; sistemul germano-elvețiano-italian; dar și sistemul de drept al Republicii Moldova și României), normele dreptului au un anumit specific, aflându-se sub influența culturii și civilizației din aceste zone, ceea ce marchează unele deosebiri de normele juridice din familiile musulmane, hinduse, chineze [90, p. 221]. Izvoarele, în sens material, trebuie cercetate și dintr-o perspectivă istorică. Realitățile politice, sociale, economice, sunt într-o continuă schimbare, ele diferă de la o etapă istorică la alta. Numai în cazul în care sunt cunoscute - în ansamblul trăsăturilor lor din acea perioadă - pot fi înțelese determinările normelor respective.

Concluzionăm că izvoarele materiale ale dreptului sunt factorii de configurare ai dreptului, acele fenomene de ordin obiectiv și subiectiv, ce contribuie la formarea, modificarea conștiinței sociale și juridice a unei societăți. Realitatea socială este cea care determină evoluția unui anumit tip de sistem juridic și cercetarea izvoarelor materiale ale dreptului conduce spre cercetarea izvoarelor formale ale acestuia.

Dreptul pozitiv, arată Mircea Djuvara, trebuie să fie consacrat, cunoscut în anumite cristalizări, care să-l prezinte. Trebuie să existe forme în care să-l găsim și prin care el se manifestă. Aceste forme care ne arată în ce constă dreptul pozitiv sunt izvoare formale de drept [41, p. 302].

Din punct de vedere juridic, izvoarele formale ale dreptului prezintă un interes deosebit datorită multitudinii de aspecte și modalități, prin care semnificația normei de drept este regulă de conduită socială și se impune ca model de comportament în relații interumane.

Izvoarele formale ale dreptului contribuie la ordinea juridică, corespunzând unei nevoi profunde, și anume nevoia de securitate a societății. ”Ele apar ca o simplă instituție juridică, un mijloc de a asigura o mai bună realizare a justiției, chiar dacă în fixitatea lor, ar putea avea uneori inconveniente și ar putea duce câteodată la soluții inechitabile: între două rele experiența socială multimilenară a ales pe cel mai mic.” [41, p. 260]

Înțelesul juridic al noțiunii ”izvor de drept formal” surprinde multe aspecte, modalități de transformare a conținutului regulii de drept într-o regulă de comportament și impune respectul ca model în relațiile dintre oameni. Studiul izvoarelor formale ale dreptului dezvăluie existența diversității lor care este motivată de multitudinea și varietatea relațiilor sociale, care reclamă reglementare juridică, în evoluția îndelungată a societății. Toate tipurile istorice de drept de până acum au cunoscut o pluralitate de izvoare - acte normative ale autorităților statale, obiceiuri, precedente judiciare.

Supremația unui anumit izvor formal de drept, în cuprinsul unui sistem de drept, se modifică în funcție de gradul dezvoltării sale, fiind influențat de complexitatea relațiilor pe care le reglementează. În cadrul dreptului feudal principala formă de exprimare era obiceiul juridic, pe când în cadrul dreptului contemporan ponderea a căpătat-o actul normativ.

Precedentul judiciar reprezintă piatra de temelie a metodei dreptului comun, mijlocul conceptual care permite legii și justiției să fuzioneze într-un tot unitar. Valoarea inherentă a conceptului de ”precedent judiciar” este cea care presupune căutarea justiției [129, p. 36]. Concepția despre justiție poate fi identificată începând cu filozofii greci care priveau ”egalitatea” ca fiind cadrul justiției [137, p. 389-390]. Aristotel este unul din cei mai influenți dintre gânditorii clasici greci în materia justiției. El definește justiția ca fiind proporțională cu egalitatea. Cerința esențială ar fi ca spețele similare să fie tratate în mod egal, altfel spus direct proporțional cu similitudinea dintre ele.

Importanța precedentului ca și concept în căutarea justiției poate fi identificată în diferențele dintre precedentul bazat pe common-law și predecesorii săi, judecata prin ordalii sau prin luptă. În vreme ce aceste metode își au rădăcinile în simpla șansă sau forța fizică, precedentul din dreptul comun este bazat pe rațiune, egalitate și corectitudine. Judecata prin ordalii a fost specifică perioadei anterioare cuceririi normande și nu avea nici o legătură cu justiția, constând în acuzarea sau achitarea persoanei pe baza hotărârii divine [187, p. 112]. H. P. Glenn afirmă că legea romană era prezentă și în Anglia. Cucerirea normandă a Angliei din 1066 a adus cu sine judecata prin luptă. În decursul unui secol Henry al II-lea (1133-1189) a început procesul unificării Angliei sub un sistem comun de legi [130, p. 13-14]. A apărut un sistem de

legi mai coerent, implicând judecători și un barou. Aceștia au început să păstreze arhive ale acțiunilor lor, deciziile și argumentările instanțelor servind apoi ca instrumente pentru avocați și pentru hotărârile judecătorilor. În jurul anului 1250 Henry de Bracton, judecător, a încercat să explice principiile și procedurile sistemului de drept al Angliei printr-o colecție de cazuistică, demonstrând încrederea puternică în valoarea precedentelor. La scurt timp după eforturile lui Bracton, deciziile au fost înregistrate și instanțele le citau știind că o hotărâre va fi privită ca precedent în cazurile ulterioare, deși nu erau obligatorii în sensul modern al termenului.

În Anglia, sub influența reformării germane din sec. XVI și a revoluției engleze din sec. XVII, a avut loc o transformare a metodologiei legale ceea ce a rezultat în common-law-ul modern. Noul accent asupra istoricității legii engleze, adică a caracterului normativ al dezvoltării sale istorice de-a lungul generațiilor și secolelor, s-a manifestat în modalități noi de sistematizare. Cea mai evidentă manifestare metodologică a noii jurisprudențe istorice a fost apariția doctrinei moderne a precedentului [131, p. 270].

În sistemele de "drept comun" dreptul este elaborat și/sau modificat de către judecători: decizia din cadrul unui proces, aflat pe rolul unei instanțe, este luată având în vedere deciziile luate în procese din trecut și aceasta, la rândul ei, afectează dreptul care va fi aplicat în cazurile viitoare. În cazul în care nu există o prevedere care să fie aplicată pentru cazul supus judecății, judecătorii de "drept comun" au autoritatea și responsabilitatea să "creeze drept" prin crearea precedentului [186]. Common-Law a fost sistemul juridic al societății feudale din Anglia în tiparele căruia a fost turnat conținutul unui drept burghez. După expresia lui Bentham, dreptul englez este o "lege creată de către judecători". Deși în zilele noastre locul ocupat de dreptul scris este considerabil, dreptul englez și al multor alte țări anglo-saxone rămâne un drept al precedentelor. Precedentul judiciar reprezintă mecanismul cel mai important în formarea unui astfel de sistem. Acest drept al precedentelor cuprinde cel mai adesea reguli extrem de tehnice și formaliste, accesibile doar specialiștilor, făcute pentru tribunale, iar nu pentru justițiabili. La început de mileniu trei, sistemul de justiție al uneia dintre cele mai importante țări din tradiția anglo-saxonă a dreptului comun - SUA - legislația codificată (ca în sistemul civil, continental) predomină în raport cu aceea generată de judecători [141].

Este foarte importantă contribuția lui Edward Coke (1552-1643), care a fost cel mai puternic om de știință și de drept al acestui sistem de common-law bazat pe precedent. E. Coke definește legea ca "perfectiunea artificială a rațiunii" care încorporează un dialect juridic de experiență și precedent de-a lungul timpului [140, p. 200]. Un judecător este constrâns de precedent să aplice legea într-un mod egal, în vreme ce o perfecționează neîncetat, studiind

precedentele și împrejurările noilor cauze. Efectiv se ajunge la aceea că dacă unele cauze sunt absolut identice decizia urmează să fie identică, iar în situația în care apar noi circumstanțe judecătorului îi revine sarcina de adaptare a precedentului la situația concretă adăugând contribuția sa interpretativă, științifică și profesională.

Alt autor, William Blackstone (1723-1780), continuând tradiția lui E. Coke vorbește despre funcția de căutare a justiției pe care o are precedentul: ”Este o regulă stabilită să se respecte precedentele anterioare, în situația în care aceleași probleme sunt în litigiu în așa fel încât să se păstreze balanța justiției egală și echilibrată și nu supusă oscilațiilor ce apar cu opinia fiecărui judecător.... conformitatea cu precedentul este o regulă deja stabilită pentru situația în care aspectele care au mai fost judecate revin în fața judecătorilor. Căci trebuie ca balanța justiției să se mențină stabilă și să nu oscileze după opinia fiecărui judecător în parte ... nu stă în puterea nici unuia să altereze și să modifice Common Law după propriile sentimente, pentru că s-a angajat prin jurământ să ne judece nu după judecata lui personală, ci după legile și tradițiile țării, deja cunoscute. Misiunea lui nu este să creeze un nou drept ci să-l păstreze și să-l reprezinte pe cel vechi” [196, p. 48]. Un înalt magistrat britanic, lordul Mansfield împărtășește viziunea lui Blackstone: ” O lege poate rareori prevedea toate cazurile în speță; de aceea *Common Law-ul* care-și are izvoarele în dreptate, se află mai presus decât un Act al Parlamentului” [87, p. 30]. J. C. Carter [138, p. 65] definește precedentul ca fiind ”obicei autentificat”.

W. Blackstone spunea că legea sau cutuma la care se referă mai sus reprezintă sursele de la care a luat naștere colecția de maxime și cutume cunoscute sub numele de common-law, iar Carter menționează că invocă poziția lui Blackstone nu pentru că ar împărtăși-o în totalitate, ci pentru că în opinia sa aceste obiceiuri erau la etapa nașterii și aplicării lor unica sursă de drept administrată și aplicată de instanțe [138, p. 62].

Autoritatea precedentului nu provine din acordul său cu filosofia sau cu simțul realității, nici din faptul că este just ci din faptul că a fost creat, afirmă J. C. Gray [154, p. 28]. N. Duxbury [148, p. 1-31] susține că autoritatea precedentului derivă mai mult din modul în care judecătorii se consideră obligați să urmeze precedentul decât din forța legală a deciziilor anterioare. Cercetătorii Cross și Harris [139, p. 3], observă că ”trăsătura specifică a doctrinei engleze a precedentului este natura sa puternic coercitivă”.

În ceea ce privește activitatea instanțelor, a judecătorilor în crearea precedentelor, în dezvoltarea sistemului anglo-saxon pionul principal a fost judecătorul, susține J. Dainow [66, p. 425]. W. Blackstone [133, p. 34] teoreticianul din sec. XVIII, a introdus teoria declarativă a

legii, afirmând că judecătorii nu fac legea, ci doar, pe baza regulilor precedentului, descoperă și declară legea care a existat dintotdeauna. W. Blackstone nu acceptă că precedentul oferă în vreo situație o alegere între două sau mai multe interpretări ale legii: când se ia o decizie greșită, spune el, decizia nouă care o schimbă sau o anulează pe cea veche, nu dă naștere unei legi noi și nici nu afirmă că decizia anterioară a fost eronată, ci se declară faptul că decizia anterioară nu a fost ”lege”, cu alte cuvinte, a fost soluția greșită. Viziunea lui presupune că există întotdeauna o soluție corectă, ce poate fi identificată în urma unui studiu obiectiv al precedentului. Această teorie este contrazisă de C. Elliot și F. Quinn [136, p. 57] care susțin că în situația în care operațiunea precedentului este știința precisă despre care vorbește W. Blackstone, un număr mare de cazuri în instanțele superioare nu ar mai ajunge deloc în instanță. Bineînțeles că și precizia invocată mai sus nu exclude apariția de noi și noi cazuri ce necesită a fi soluționate în instanță, fiecare aducând ca noutate fie elementul temporal, care implică o evoluție a situației în particular și a societății în general, fie circumstanțe noi inexistente în cauza în care a fost adoptat precedentul etc.

În opinia lui R. Dworkin, judecătorii nu au cu adevărat libertatea să creeze legea; ei recurg mai întâi la cazurile anterioare și din acestea deduc principiile posibil aplicabile speței deduse spre judecată [149, p. 86].

Pe de altă parte, unii cercetători precum D. Kairys [147, p. 126] au un punct de vedere diferit. Ei afirmă că judecătorii au o libertate considerabilă în cadrul doctrinei precedentului. D. Kairys sugerează că nu există raționament juridic în sensul unei metode logice, neutre de determinare a regulilor și a rezultatelor din ceea ce s-a întâmplat anterior. El afirmă că deciziile sunt de fapt bazate pe ”o combinație complexă de factori sociali, politici, instituționali, de experiență și personali”. Aici susținem această poziție întrucât particularitățile implicate de fiecare caz în parte, de situația, poziția fiecărei părți din proces etc. nu pot fi absolut identice, iar în virtutea acestei stări de fapt, judecătorul are nevoie de un spațiu de manevrare suficient de larg, ceea ce ar presupune o libertate în gândirea și luarea deciziei.

În mod similar, J. Griffith [158, p. 93] afirmă că judecătorii își întemeiază deciziile pe ceea ce consideră a fi interesul public, dar că punctul lor de vedere în ce privește acest interes este dictat de trecutul lor și de poziția pe care o au în societate. Cu siguranță fiecare dintre noi, la fel și fiecare judecător are în spate o experiență de viață care își spune cuvântul în luarea oricăror decizii și adoptarea oricăror poziții ideologice sau de altă natură în raporturile sociale. Cu toate acestea există un set de principii pe care se fundamentează exercitarea funcției de judecător, printre care imparțialitatea, echitatea etc. care trebuie să ghideze activitatea în întregime dar și

fiecare caz asupra căruia decide judecătorul în parte. În acest sens, vom menționa că o selecție riguroasă ce asigură înaltul profesionalism al celor ce vin în funcția de judecător ar fi una dintre cele mai importante premise ale exercitării atribuțiilor în cel mai eficient și corect, echitabil mod pentru părțile interesate și implicate direct sau indirect.

J. Waldron [197, p. 77] este de acord cu faptul că judecătorii își exercită puterea de apreciere și că sunt influențați în alegeri de considerații politice și ideologice. El scoate în evidență faptul că a fi judecător în primul rând presupune un angajament față de valorile care înconjoară sistemul juridic: recunoașterea supremației Parlamentului, importanța precedentului, obiectivitatea, siguranța și interesul public. Cu siguranță nu există persoane care ar putea fi totalmente rupte de realitate, elementul subiectiv oricum este prezent. Totuși subiectivismul regăsit într-o decizie sau acțiune a unei persoane nu trebuie să depășească acea doză care să dăuneze interesului părților implicate direct și interesului public. Acest lucru semnifică faptul că indiferent de posibilele influențe subiective, fiecă judecător adevărat profesionist va pune pe primul loc obiectivitatea și profesionalismul, echitatea și dreptatea, alte influențe având impact minim sau neavând nici un impact asupra sorții celor implicați și interesului public.

În ceea ce privește imparțialitatea justiției, afirmă autorul C. Danileț, aceasta necesită întrunirea a două cerințe:

- pe de o parte, activitatea de judecată trebuie să se desfășureze în mod obiectiv, în numele legii, care este egală și generală pentru toți. Nimeni nu este mai presus de lege. De aceea, principiul imparțialității justiției constituie un corolar al principiului legalității ce caracterizează statul de drept, deci reflectă un element important al preeminenței dreptului, anume că verdictul instanței de judecată este definitiv și are forță obligatorie, afară dacă este infirmat de o jurisdicție superioară, pentru nelegalitate sau inechitate [45];

- pe de altă parte, principiul imparțialității presupune ca autoritățile cărora le revine sarcina de a desfășura justiția să fie neutre. Aceste autorități sunt reprezentate de judecători, care sunt obligați să soluționeze cauzele fără părtinire, asigurând astfel egalitatea cetățenilor în fața legii. Acesta este aspectul pe care îl vom analiza în prezentul studiu. Această valoare etică este cea mai supusă presiunilor, de la posibile acte de corupție ale părților comise asupra judecătorilor, până la propria atitudine a judecătorilor sau gânduri ori convingeri. Ea se manifestă tot timpul atâta vreme cât judecătorul este în interacțiune cu ceilalți și îl obligă la un permanent autocontrol al gesticii, mimicii, expresiilor utilizate în sala de judecată ori în hotărârile redactate [45].

Or, concluzia care se impune aici este că statul urmează să asigure independența justiției și imparțialitatea fiecărui reprezentant al sistemului. Astfel, independența justiției este o stare de spirit, care trebuie întregită la nivelul judecătorilor printr-un statut adecvat, iar la nivel instituțional prin stabilirea raporturilor cu puterea executivă și legislativă. Cu timpul, unele curente și școli juridice s-au propunat defavorabil menținerii practicii judiciare și a precedentului judiciar între izvoarele formale ale dreptului. Acest lucru va fi motivat de faptul că, practica judiciară opune rezistență la nou, neputând oferi modele juridice corespunzătoare schimbărilor sociale. De asemenea, precedentul judiciar își pierde din importanță și ca urmare a dezvoltării activității normative a statului.

1.2. Interesul științific față de precedentul judiciar în doctrina contemporană din spațiul românesc

În ceea ce privește valoarea precedentului judiciar ca izvor formal de drept în Republica Moldova, diverși autori specializați în cercetarea diferitelor ramuri ale dreptului dezbat problema precedentului judiciar și impactul aplicării unor reguli ce țin de această calitate asupra sistemului de drept al Republicii Moldova și României, dar și eventualitatea reconsiderării precedentului judiciar în sistemul izvoarelor formale ale dreptului. Eventualitatea necesității reconsiderării precedentului judiciar în calitate de izvor de drept în spațiul românesc își are sorginea în aspirațiile pro-europene ale Republicii Moldova, posibilitatea judecării unor cauze cu origine pe teritoriul statului Republica Moldova la Curtea Europeană a Drepturilor Omului și obligativitatea deciziilor acestei instanțe supranaționale pentru autoritățile statale din Republica Moldova. Aceste circumstanțe se referă nu doar la Republica Moldova, ci la totalitatea statelor integrate în U.E. și la cele ce aspiră la acest statut. Și în cazul României este foarte actuală necesitatea reconsiderării precedentului judiciar în cadrul sistemului izvoarelor de drept recunoscute ca atare pe teritoriul României.

Pornind de la specificul fiecărui stat membru al UE, este evident că sistemul juridic propriu Uniunii este unul rezultat din combinarea mai multor familii de drept, în special din cea a familiilor de drept anglo-saxon cu familiile de drept romano-germanic, apărând, astfel, un sistem de drept atipic, în cadrul căruia se armonizează valori și instituții juridice diferite, încercându-se a se pune în practică, și în acest domeniu comunitar, deviza Uniunii Europene "Unitate în diversitate". Pe fondul acestor sisteme juridice, dreptul comunitar a dezvoltat o "rețea" de izvoare adaptate specificului naturii lui juridice, clasificarea fiind făcută între izvoare scrise interne (dreptul originar, dreptul derivat acte atipice) și externe (acorduri încheiate de UE,

acorduri liant al UE) și între izvoare nescrise interne (principiile generale ale dreptului comunitar, jurisprudența, practica instituțiilor UE) și externe (cutuma internațională) [104].

A. Barbăneagră afirmă la acest subiect că, în procesul de integrare în structurile comunității europene, Republica Moldova s-a obligat la ajustarea legislației naționale la standardele internaționale, garantând promovarea proceselor de democratizare a societății și a celor de reformare a instituțiilor de drept, precum și respectarea drepturilor și libertăților fundamentale ale omului [12, p. 2].

Globalizarea relațiilor economice, sociale, politice și juridice a dus la apropierea instituțiilor de drept din sistemul anglo-saxon și sistemul romano-germanic. Susținând această idee, A. Barbăneagră afirmă că primul pas în apropierea legislației naționale de cea interațională precum și a recunoașterii precedentului ca izvor de drept a fost reprezentat de adoptarea Constituției Republicii Moldova la 29.07.1994 [12, p. 3]. D. Pulbere, de asemenea susține că Republica Moldova recunoaște precedentul judiciar ca izvor al dreptului intern [106, p. 42], aducând ca argument prevederile art. 8 din Constituție care recunosc și declară prioritare actele și tratatele internaționale.

Invocăm, și noi aici, și art. 4, alin. (2) din Constituția Republicii Moldova, care stipulează în alin. (2) că: dacă există neconcordanțe între pactele și tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului la care Republica Moldova este parte și legile ei interne, prioritate au reglementările internaționale [67]. Referitor la art. 8 de care se amintea anterior, menționăm că acesta stipulează că: Republica Moldova se obligă să respecte Carta Organizației Națiunilor Unite și tratatele la care este parte, să-și bazeze relațiile cu alte state pe principiile și normele unanim recunoscute ale dreptului internațional. Intrarea în vigoare a unui tratat internațional conținând dispoziții contrare Constituției va trebui precedată de o revizuire a acesteia (art.8) [67]. Astfel, în dreptul internațional sistemul izvoarelor de drept include și precedentul judiciar, iar reglementarea regăsită la art. 8 implică și referirea la acest sistem al izvoarelor de drept. În ceea ce privește sistemul de izvoare ale dreptului internațional, diverse opinii există vis-a-vis de locul și rolul precedentului judiciar. Asta se datorează în mare parte faptului necodificării dreptului internațional până la momentul actual. Ne raliem la opinia autorilor N. Osmochescu și V. Gamurari, care afirmă că dacă acceptăm că dreptul internațional cuprinde totalitatea normelor ce reglementează relațiile internaționale, cu siguranță vor prevala normele convenționale. Dacă însă acceptăm ideea dreptului internațional în general, el cu siguranță este compus în special din norme cutumiare [96, p. 19].

Totuși dacă e să ne referim la precedentul judiciar așa cum în această lucrare ne centrăm atenția asupra acestuia în calitatea sa de izvor de drept, opiniile referitoare la calitatea aceasta a precedentului se clasifică în:

a) cele ce recunosc precedentul ca participant nemijlocit la codificarea (crearea) dreptului internațional, și

b) cele ce recunosc că precedentul doar ajută la interpretarea normelor convenționale și cutumiare deja existente [96, p. 19].

Deci, diferența este făcută de ideea de creare a dreptului prin intermediul precedentului sau de interpretare a dreptului cu ajutorul a ceea ce numește doctrina precedentului judiciar.

A. Barbăneagră, numit anterior, menționează că existența instituției precedentului judiciar creează noi condiții pentru a se exercita o influență pozitivă asupra formării practicii judiciare din punctul de vedere al concordanței, stabilității și previzibilității ei, iar puterea lui normativă permite de a lua în considerație mai amplu, sub toate aspectele, complet și obiectiv circumstanțele dosarelor penale. Tot precedentul judiciar aduce o influență pozitivă asupra înfăptuirii justiției, reduce subiectivitatea personalității judecătorului la adoptarea hotărârilor procesuale [12, p. 10].

Referitor la opiniile exprimate anterior de a recunoaște sau nu precedentul judiciar, V. Berliba [18, p. 78] consideră oportună distingerea la nivel lingvistic și conceptual a două forme ale noțiunii de precedent judiciar: precedent judiciar cu caracter normativ sau constituțional și precedent judiciar cu caracter interpretativ sau judecătoresc.

În funcție de subiectul care creează precedentul judiciar cercetătorii, numiți anterior, deosebesc: precedentul Tribunalului Internațional Penal, precedentul Curții Constituționale, precedentul Curții Supreme de Justiție, urmând a fi inclus și precedentul Curții Europene a Drepturilor Omului, cea mai masivă încorporare a normelor și principiilor dreptului internațional efectuându-se în Republica Moldova prin intermediul hotărârilor Curții Europene a Drepturilor Omului [12, p. 4; 106, p. 39].

A. Barbăneagră, N. Osmochescu și V. Gamurari, analizând noțiunea de precedent judiciar afirmă că aceasta este parte componentă a practicii judiciare, noțiunea de practică judiciară fiind mai largă decât cea de precedent judiciar [13, p. 129; 96, p. 50]. Practica judiciară, cunoscută și sub denumirea de jurisprudență, cuprinde totalitatea hotărârilor judecătorești pronunțate de instanțe. B. Negru consideră că ” în esență, rolul jurisprudenței constă în interpretarea și aplicarea legii la cazuri concrete. Dacă legea se impune instanțelor judecătorești prin ea însăși, hotărârile instanțelor judecătorești constituie un izvor al dreptului doar atunci,

când în urma unor repetate soluții în același sens, se revine asupra lor și sunt considerate ca formând o regulă de drept obligatorie” [94, p. 303].

Doctrina Republicii Moldova nu are un caracter unitar în ce privește recunoașterea precedentului judiciar în calitate de izvor al dreptului. În vreme ce A. Mariț [89, p. 38] îi atribuie această calitate, S. Botnaru [19, p. 23-25] consideră că izvor al dreptului penal îl constituie doar Constituția, tratatele și convențiile internaționale, legea penală, iar N. Osmochescu și V. Gamurari atribuie hotărârilor instanțelor internaționale doar calitatea de izvor auxiliar de drept [97, p. 25].

Cei doi cercetători N. Osmochescu și V. Gamurari, specializați în dreptul internațional menționează că, în cazul dreptului internațional, când se vorbește despre rolul și locul precedentului judiciar în dreptul internațional se face referire la Statutul Curții Internaționale de Justiție, art. 38, care enumeră sursele aplicabile de către Curte la soluționarea cauzelor. Aici, se regăsesc hotărârile instanțelor judecătorești în calitate de mijloc auxiliar de determinare a normelor juridice. Totuși, sub rezerva art. 59 din același Statut al CIJ, hotărârile leagă doar părțile implicate în raport cu obiectul disputei. Această normă însă urmează a fi suprapusă cu art. 94 alin. (1) din Carta ONU, potrivit căruia, fiecăru stat membru ONU are obligația de a se conforma hotărârii CIJ referitoare la orice litigiu în care este parte [96, p. 19]. Totuși în ceea ce privește atribuirea precedentului la categoria de acte creatoare de drept pare a fi dificilă, întrucât CIJ este autoritatea ce are drept sarcină și menire îndeplinirea justiției și aplicarea regulilor de drept internațional existente și în vigoare la momentul soluționării cauzei.

Cât privește precedentul judiciar pe plan intern, I. Macari [86, p. 37] afirmă că hotărârile de îndrumare ale Plenului Curții Supreme de Justiție sunt obligatorii pentru organele de justiție, dar nu pot fi considerate izvoare de drept penal, iar A. Borodac [20, p. 22] susține că ”un rol însemnat în reglementarea judiciară îl au hotărârile plenurilor Judecătoriei Supreme, deoarece ele sunt obligatorii pentru practica judiciară”.

S. Brînză, [21, p. 15] analizând afirmația lui A. Borodac că de iure precedentul judiciar nu este izvor de drept penal, dar de facto îndeplinește acest rol, atribuie această stare de lucruri calității nu întotdeauna înalte a legii penale. În vederea optimizării calității actului de aplicare a legii penale el nu propune recunoașterea precedentului ca izvor de drept penal, ci concretizarea oficială a normelor penale, detalierea normelor penale, diferențierea pedepselor și elaborarea și fixarea regulilor de evitare a lacunelor și de rezolvare a coliziunilor.

Deși Codul de procedură penală al Republicii Moldova nu conține prevederi referitoare la existența în legea procesual penală a precedentului judiciar ca și instituție a dreptului procesual

penal, Iuri Sedlețchi [113, p. 9] afirmă că legea procesual penală națională conține unele reglementări care dau posibilitatea constatării unor elemente ale precedentului judiciar în activitatea procesual penală ca fiind proprii și pentru sistemul de drept continental. Argumentele aduse sunt de natură legislativă: art. 7 CPP RM care stipulează faptul că hotărârile explicative ale Plenului Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova în chestiunile privind aplicarea prevederilor legale în practica judiciară au caracter de recomandare pentru organele de urmărire penală și instanțele judecătorești și art. 427 CPP RM care prevede că hotărârile instanței de apel pot fi supuse recursului ordinar pentru a repara erorile de drept comise de instanțele de fond și de apel. Aceste hotărâri de interpretare și aplicare a normelor de drept penal și de procedură penală ale Curții Supreme de Justiție în procedura recursului ordinar împotriva hotărârilor instanțelor de apel sunt considerate de A. Barbăneagră, ca fiind ridicate de legiuitor la rang de lege [13, p. 231].

Semnificația deosebită a acestor demersuri științifice constă în faptul că în mare parte este dezvoltată ideea și argumentată necesitatea recunoașterii rolului precedentului judiciar de a fi izvor de drept în cadrul statului. Din punctul nostru de vedere acesta este un moment-cheie pentru asigurarea calității și sporirea eficienței justiției în asigurarea legalității.

B. Negru definește precedentul judiciar ca fiind ”o soluție dată de instanță într-un caz similar anterior, precedentul judiciar multiplu ca totalitatea hotărârilor judecătorești pronunțate de către instanțe ” [94, p. 303]. Același autor, analizând rolul practicii judiciare ca izvor de drept, notează: ” În țara noastră, deși practicii judiciare i se acordă o atenție sporită, ea, ca regulă, nu este considerată ca un izvor de drept. Cu unele rezerve se acceptă de a fi recunoscute ca izvor de drept hotărârile judecătorești ce țin de unele ramuri ale dreptului (dreptul civil, dreptul familial, dreptul muncii etc.)... practica judecătorească, precedentele judiciare sunt bune în măsura în care practicienii țin cont de ele, neabsolutizându-le, în măsura în care ei nu vor fi robii practicii anterioare” [94, p. 39]. În acest sens, este de menționat viziunea lui Hegel: „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, și liberă 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 în acord cu această lege” [51, p. 240].

În viziunea cercetătorilor D. Baltag și A. Guțu ”Conform doctrinei clasice a ”dreptului comun”, acesta este privit ca și cum ar avea o existență obiectivă chiar dacă nu este exprimat în anumite acte. Dacă, însă, o anumită întâmplare nu-și găsește reglementarea în lege, asta nu înseamnă că nu este reglementată. Ei i se aplică ”dreptul comun”. Deci, până la urmă, legea apare într-o poziție auxiliară, ajutătoare față de dreptul comun. De-a lungul anilor s-au adunat un număr imens de precedente, cu multe necorelări, contradicții, fapt ce face dificilă cunoașterea dreptului chiar și pentru specialiști, nemaivorbind de cetățeanul de rând. Accesul la justiție este îngreunat fără asistența unor specialiști, a avocaturii” [8, p. 77].

Referitor la rolul și locul precedentului judiciar în sistemul izvoarelor formale ale dreptului, D. Baltag ajunge la următoarea concluzie, pe care o susținem: ”Nu există actualmente un punct de vedere unic în privința izvoarelor de drept la nivel de discuții. Din punctul nostru de vedere ar fi corect și recomandabil să găsim soluții dintre cele mai bune în unificarea practicii judiciare a instanțelor de judecată, inclusiv stabilirea precedentului judiciar ca izvor formal de drept” [9, p. 52].

D. Baltag de asemenea menționează că, în sistemul anglo-saxon jurisprudența și-a păstrat mereu rolul și forța de izvor principal de drept, judecătorul îndeplinind funcția de autoritate ce stabilește regulile, iar hotărârea judecătorească constituind un precedent obligatoriu pentru viitor. În sistemul de drept continental însă, ca și la noi, nu se recunoaște însă că precedentul judiciar este un izvor de drept, invocându-se principiul separației puterilor în stat. Cu toate acestea, în sistemul de drept anglo-saxon, precedentului judiciar i se recunoaște forța unui principiu care nu poate fi considerat că încalcă separația puterilor în stat [10, p. 31].

Problema recunoașterii valorii de izvor de drept jurisprudenței trebuie obligatoriu corelată cu calitatea actului de justiție. O reșezare a izvoarelor de drept în care să fie inclusă și jurisprudența ar putea genera o responsabilizare a persoanelor îndrituite să instrumenteze judecata. Altfel spus, după cum menționează just E. Aramă [2, p. 295] ”problematica puterii discreționare a judecătorului pune în discuție și multe alte probleme, cum ar fi moralitatea și gradul de calificare al judecătorilor, personalitatea lor, valorile pe care le împărtășesc, creditul acordat de societate judecătorilor”.

Acest lucru este de mai multe ori reiterat în lucrarea de față, anume ideea de recunoaștere a precedentului judiciar în calitatea de izvor de drept în strânsă conexiune cu profesionalismul și integritatea celor ce adoptă deciziile care ar fi pasibile de conferirea calității de izvor de drept astfel încât normele conținute în ele să devină obligatorii pentru situații similare din viitor. Indubitabil precedentul ar avea o valoare incontestabilă dacă cetățeanul are deplină încredere în

sistemul judecătoresc și profesionalismul cu care fiecăruia judecător își exercită atribuțiile. Pe când un sistem judecătoresc discreditat în fața cetățeanului cu siguranță nu ar contribui la realizarea obiectivelor pe care le enumerăm ca fiind pasibile a fi atinse la recunoașterea precedentului în calitate de izvor de drept.

M. Djuvara menționează că, fiecare dintre izvoarele de drept recunoscute consacră reguli constatate în situații juridice preexistente și astfel prin generalizarea acestor situații ajunge la posibilitatea unor aplicațiuni la cazuri viitoare [41, p. 307]. Precedentul judiciar are aceleași calități enumerate recunoscute izvoarelor de drept dacă acestuia i se recunoaște calitatea de izvor de drept.

V. Berliba și R. Cojocaru [18, p. 78] privesc posibilitatea orientării precedentului judiciar în materie penală spre următoarele categorii: precedent de incriminare (ghid al posibilităților de încadrare juridică), precedent de sancționare (ghid al pedepselor) și precedent probatoriu (ghid al probelor necesare a fi administrate în cauza concretă). Ei susțin necesitatea implementării în materia jurisdicției penale a precedentului interpretativ (al Curții Europene a Drepturilor Omului și al Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova) care ar oferi soluții de practică judiciară obligatorii instanțelor judecătorești inferioare pentru rezolvarea unor cauze penale similare. Este necesară în acest sens adoptarea unui mecanism transparent prin care s-ar institui anumite rigori și exigențe pentru a se evita denaturarea normelor de drept material și eventualele abuzuri din partea organelor de drept [18, p.79].

În România, Înalta Curte de Casație și Justiție și Curtea Constituțională au recunoscut caracterul de izvoare de drept, atât pentru jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului cât și pentru jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene. În acest sens menționăm că Gh. Piperea [107] notează că în practică, ÎCCJ a început deja să dea efect principiului precedentului judiciar, respingând recursuri doar pentru simplul motiv că, în cazuri identice sau similare, Curtea s-a mai pronunțat și nu există motive serioase să se revină asupra acestor soluții precedente. Soluțiile jurisprudențiale pronunțate în astfel de cazuri sunt obligatorii *erga omnes*, și nu numai la cazul concret soluționat, deci sunt norme obligatorii de drept.

Același cercetător mai arată că „(...) sistemul anglo-saxon al precedentului judiciar a sfârșit prin a fi adoptat atât de instanțele comunității economice europene (mai ales Curtea de Justiție a Comunității Europene), cât și de Curtea Europeană a Drepturilor Omului” [107]. Această afirmație este însă contrazisă de Mircea Dan Bob [22], sugerând că CJCE și CEDO au ajuns să acționeze în acest mod datorită particularismului situației lor de instanțe supranaționale. Acesta continuă prin invocarea faptului că acest fapt privește doar funcționarea lor și nu este apt

să genereze prin analogie o regula valabilă pentru funcționarea cotidiană a celorlalte instanțe naționale din Europa [22].

La 15 februarie 2013, noul Cod de procedură civilă român a intrat în vigoare, aducând o serie de modificări în mediul juridic românesc, menite să conducă la eliminarea practicii neunitare de la nivelul instanțelor, precum și la accelerarea soluționării cauzelor. Una din cele mai importante modificări aduse de noul Cod de procedură civilă este asigurarea unei practici judiciare unitare. Astfel, Codul a urmărit două coordonate fundamentale: amendarea dispozițiilor referitoare la recursul în interesul legii și consacrarea unui instrument procedural nou, și anume sesizarea Înaltei Curți de Casație și Justiție în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unor probleme de drept. Această hotărâre produce efecte în cauza în legătură cu care a fost pronunțată, fiind obligatorie deopotrivă și pentru celelalte instanțe judecătorești, având astfel ca finalitate îndeplinirea funcției rezervate instituției recursului în interesul legii.

A. Neacșu [95] afirmă că procedura interpretării obligatorii a legii prin ÎCCJ este copiată după codul de procedură francez și nu va trebui să ia prin surprindere instanțele din România câtă vreme este extrem de asemănătoare procedurii întrebării preliminare adresată Curții de Justiție a Uniunii Europene, cu care instanțele deja lucrează de perioade îndelungate de timp.

T. Ștefan și B. Andreșan-Grigoriu [117, p. 139], cercetând evoluția funcționării comunităților europene, remarcă faptul că judecătorii, la început nu făceau trimitere și nu citau, în dezbaterile spețelor noi, alte hotărâri pronunțate anterior, în materii similare. În timp însă, Curtea a preluat unele concepte din dreptul anglo-saxon, citând pasaje și făcând trimitere expresă la jurisprudența sa anterioară. Astăzi, jurisprudența, în dreptul european, face parte din izvoarele nescrise interne, alături de principiile generale ale dreptului european și practica instituțiilor UE, fără a reprezenta izvor de drept european în sensul cunoscut de sistemul common-law, hotărârile pronunțate de Curtea de Justiție de la Luxemburg fiind obligatorii doar în privința modalității de interpretare a dispozițiilor dreptului european, fără a crea norme juridice noi, notează E. S. Tănăsescu [118, p. 38]. Hotărârile Curții de Justiție au creat în timp o jurisprudență coerentă, cu funcție cvasinormativă, impunându-se de facto asupra propriilor hotărâri ulterioare, cât și asupra magistraților naționali afirmă I. Deleanu [42, p. 25].

Reafirmând rolul precedentului judiciar în dreptul european, C. Toader [119, p. 18] evidențiază faptul că primele elemente ale integrării politice au fost realizate pe cale jurisprudențială. Beneficiile precedentului sunt notate de P. Craig și Grainne de Burca [30, p. 587], cel mai important în viziunea lor fiind că instanțele naționale devin ele însele organe de punere în aplicare a dreptului comunitar.

Împărtășim opinia cercetătorilor C.D. Dănișor, I. Dogaru, G. Dănișor, care susțin că jurisprudența, în sistemul 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 [39, p. 147].

Această afirmație nu tinde să absolutizeze importanța precedentului judiciar și nici nu presupune o nouă ierarhizare a izvoarelor de drept, în care locul cel mai important să fie ocupat de către acesta. Într-o atare situație s-ar ajunge la concluzia pe care o împărtășim - dacă ar exista numai practică jurisprudențială, dreptul s-ar reduce la o simplă cazuistică, ceea ce înlătură elementul de securitate juridică și s-ar cădea într-un cazuism anarhic.

Securitatea juridică este unul dintre indicii unei societăți progresiste din perspective juridice. Referindu-ne la practica judiciară, remarcăm faptul că nu ne putem fundamenta toate progresele societății pe plan juridic exclusiv pe deciziile judecătorilor, excluzând de aici efectul și aplicabilitatea legii. Legea este formulată de legiuitor și adoptată anume pentru a uniformiza raporturile juridice, pentru a le conferi o notă de permanență și a exclude ideea de nesiguranță a subiectelor și a pozițiilor juridice pe care acestea le adoptă în cadrul raportului juridic concret.

În doctrina juridică românească se expune opinia conform căreia chestiunea ridicării practicii judiciare la nivel de izvor de drept este o decizie de mare responsabilitate, care ar fi bine să fie luată în cunoștință de cauză, fapt cu care suntem de acord în totalitate. O decizie de acest gen nu va putea fi luată decât după ce s-a răspuns în prealabil la următoarele întrebări:

- ce înseamnă precedentul judiciar și cum a putut el să ajungă izvor de drept în anumite sisteme?

- este pregătit judecătorul român să joace rol de legiuitor?

- este capabilă societatea românească să răspundă pozitiv unei astfel de provocări? [22]

Părerea profesorului Mircea Dan Bob este că trebuie să se extragă și să se rețină, cu mare atenție și în deplină cunoștință de cauză, numai ce este valid și fezabil în mediul nostru. A fi receptiv nu intră în contradicție cu a fi selectiv, menționează același autor [22].

Profesorul Titu Ionașcu, referindu-se la practica judiciară, menționează că se pot contura următoarele trăsături caracteristice ale acesteia: emană de la o autoritate publică, respectiv autoritatea judecătorească, are un caracter oficial, are forța juridică obligatorie pentru cazurile concrete, are formă scrisă, fapt ce-i conferă precizie, este anterioară legii, sub aspectul apariției sale, are caracter evolutiv, dinamic, imprimat de nevoile sociale, a avut un rol creator în drept, are rol în interpretarea și aplicarea legii la cazuri concrete, completează legea când este lacunară [63, p. 82].

Deoarece precedentul judiciar este definit ca “hotărâre anterioară, adoptată de instanțele judecătorești, care poate fi invocată în rezolvarea unor cauze asemănătoare” [47, p. 448] deducem că acesta include în textul său norme juridice obligatorii. Astfel noțiunea de precedent judiciar ne duce la ideea de evidențiere a caracteristicilor acestor norme pentru a le recunoaște obligativitatea de aplicare ulterioară. Profesorul Iuri Sedlețchi menționează că pentru recunoașterea unei hotărâri judecătorești în calitate de precedent este necesară întrunirea următoarelor condiții: hotărârea trebuie să aibă un caracter obligatoriu; hotărârea trebuie să formuleze o normă de drept; ca și precedent judiciar, hotărârea trebuie pronunțată într-o cauză concretă [113, p. 12].

Rezumând cele expuse în doctrină menționăm că, într-adevăr gradul mare de abstractizare caracteristic legii face ca același act normativ să fie aplicat în mod divers la situații similare sau chiar identice. Iar după cum știm legea este adoptată de legiuitor anume pentru a exclude inechitatea și încălcarea drepturilor subiectelor de drept. Totuși în comparație cu legea, precedentul judiciar aduce claritate în ceea ce privește aplicarea legii în cazuri foarte apropiate sau identice, asigură uniformizarea practicii judiciare și conferă un plus de siguranță în perspectivele judecării unei cauze concrete. Din aceste considerente, precedentului i se recunoaște capacitatea de disciplinare a judecătorilor chiar, această problemă fiind una din cele cu care se confruntă Republica Moldova la momentul actual. În perspectivele recunoașterii precedentului judiciar în calitate de izvor de drept justițiabilii ar avea un atu, acela de a ști cum se soluționează o categorie anume de cauze și ar ști ce așteptări să-și stabilească de la judecarea unei cauze concrete.

Multiplele dicuții și dispute referitoare la locul și rolul precedentului judiciar în sistemul izvoarelor formale ale dreptului, nici până la momentul actual nu au stabilit o concepție unitară a acesteia, fapt ce face și mai dificilă sarcina cercetătorului, care a ales examinarea doar a unui aspect al sistemului izvoarelor dreptului, pe cel ce vizează practica judiciară, precedentul judiciar și rolul lor în crearea dreptului. Practica judiciară și precedentul judiciar au rolul de a asigura o anumită securitate raporturilor juridice, astfel încât judecătorul va căuta nu doar să rezolve echitabil cazul concret, ci și să coordoneze decizia sa cu celelalte decizii judiciare, să asigure astfel o unitate și o coerență deciziilor sale date, să desprindă anumite idei călăuzitoare în procesul de efectuare a dreptății. Această nevoie de unitate și coerență, generatoare de securitate, face din precedent un izvor de justiție, chiar dacă nu un izvor formal de drept în sensul strict al cuvântului.

Pentru a-i conferi investigației noastre un caracter mai convingător, cercetarea va fi axată pe un areal de **metode științifice**.

Prin **metoda istorică** va fi reconstituită dezvoltarea precedentului judiciar din perioada cea mai veche până în prezent, metoda comparativă ne va permite să comparăm precedentul judiciar ca izvor formal de drept în diferite bazine de civilizație juridică, în plus, pentru o imagine complexă, comparația se fundamentează pe rezultatele doctrine la care au ajuns specialiștii din domeniu din spațiul comunitar, cel al României și Republicii Moldova.

Una din metodele aplicate va fi și **metoda cantitativă**, care prezumă studierea și sistematizarea bazei normative, jurisprudențiale și doctrine naționale și internaționale, care scot în evidență rolul practicii judiciare și a precedentului judiciar.

În realizarea cercetărilor doctrinare, a analizei comparative a realității practice a problemei precedentului judiciar, **propunem spre cercetare** următoarea **problemă științifică**: elaborarea instrumentarului de identificare și fundamentare științifică a categoriei precedent judiciar din punct de vedere a Teoriei generale a dreptului; determinarea locului și rolului precedentului judiciar și jurisprudenței, practicii judiciare și celorlalte izvoare de drept în familia de drept comun și a celei romano-germanice; argumentarea reconsiderării poziției precedentului judiciar în sistemul izvoarelor formale de drept, în sensul utilizării acestuia în scopul creării și interpretării unitare a normelor juridice.

Inspirându-ne din problema științifică, identificăm următoarele **direcții de cercetare**:

- conceptualizarea precedentului judiciar ca izvor de drept din perspectiva teoriei generale a dreptului – vizând evoluția instituției precedentului judiciar, corelația cu alte izvoare de drept;
- fundamentarea teoretică a autorității precedentului judiciar și rolul judecătorilor și juriilor în funcționarea instituției precedentului judiciar;
- locul și rolul precedentului judiciar în familiile de drept și sistemele juridice naționale – cercetând semnificația precedentului în familia de drept comun și în sistemul de drept romano-germanic;
- precum și locul și rolul precedentului în sistemul juridic al Republicii Moldova și al României.

Evidențiem **scopul tezei** noastre ca reprezentând fundamentarea teoretică a conceptului de precedent judiciar din perspectiva teoriei generale a dreptului, identificarea locului și rolului practicii judiciare și a precedentului judiciar în sistemul dreptului contemporan.

În corpul tezei și-au găsit materializarea eforturile noastre în abordarea problemelor ce țin de practica judiciară și de precedentul judiciar și a importanței lor în sistematizarea izvoarelor formale ale dreptului, ele fiind concretizate în tratarea în profunzime prin realizarea următoarelor **obiective**, sintetizate din **scop**:

- efectuarea unei analize științifice a conceptului de izvor de drept, a necesității de reevaluare a locului și rolului precedentului judiciar în sistemul dreptului contemporan;
- analiza comparativă a izvoarelor dreptului în cadrul diferitelor sisteme de drept, corelația precedentului judiciar cu alte izvoare formale ale dreptului;
- cercetarea istorică a izvoarelor dreptului cu privire specială asupra precedentului judiciar și practicii judecătorești;
- fundamentarea teoretică a autorității precedentului judiciar în familiile de drept anglo-saxone și romano-germanice;
- clarificarea științifică a raportului dintre precedentul judiciar și jurisprudență, practicii judiciare în crearea dreptului;
- cercetarea importanței deciziilor Înaltei Curți de Casație și Justiție din România și a Curții Supreme de Justiție din Republica Moldova, cât și a Curții Constituționale în interpretarea și elaborarea normelor juridice;
- cercetarea practicii Curții de Justiție a Uniunii Europene și C.E.D.O. în evidențierea deciziilor pronunțate de aceste instanțe în cadrul sistemelor de drept al Republicii Moldova și România;
- întemeierea teoretico-științifică a unei reconsiderări a locului și rolului precedentului judiciar și a practicii judiciare în sistemul izvoarelor formale ale dreptului.

1.3. Concluzii la Capitolul 1

Analiza demersurilor teoretice autohtone și străine în materie de izvoare ale dreptului în general și de precedent judiciar în mod special, a necesității și importanței determinării unui mecanism de interacțiune dintre izvoarele dreptului și reglementării statutului *de facto* al precedentului judiciar în sistemul de izvoare ale dreptului prin prisma dezideratelor unui act de justiție de calitate în cadrul statului de drept, ne-au adus la conturarea următoarelor trăsături caracteristice precedentului judiciar și practicii judiciare:

- emană de la o autoritate publică;

- are un caracter oficial;
- are forță juridică obligatorie pentru cazuri concrete;
- are formă scrisă, fapt ce îi conferă precizie;
- este anterioară legii, sub aspectul apariției sale;
- are caracter evolutiv, dinamic, imprimat de nevoile sociale;
- a avut un rol creator în drept, are rol în interpretare și aplicarea legii;
- completează legea, când este lacunară.

Cercetătorii analizează precedentul judiciar prin prisma importanței acestuia pentru justiția unui stat de drept și prin prisma rolului și funcțiilor care revin acestui izvor de drept în înfăptuirea justiției și în instaurarea legalității, precum și în păstrarea ordinii de drept în stat.

Din cercetările doctrinare am ajuns la concluzia că, instituția precedentului judiciar are, între altele, rolul de a asigura o anumită securitate raporturilor juridice, astfel încât judecătorul va căuta nu doar să rezolve cazul concret, ci și să coordoneze decizia cu celelalte decizii judiciare, să asigure astfel o unitate și o coerență deciziilor date, să desprindă anumite idei directoare în procesul de înfăptuire a dreptății. Or, această nevoie de unitate și coerență generatoare de securitate face din precedent un izvor de justiție, chiar dacă nu un izvor de drept în sensul strict.

Statul de drept este statul în care sistemul justiției oferă cea mai înaltă calitate a actului de justiție pentru fiecare cetățean. În același timp, în contextul statului de drept cetățeanul are siguranța stabilității calității actului de justiție, iar precedentul judiciar îndeplinind funcția de izvor de drept poate asigura această stabilitate.

Precedentului i se recunoaște capacitatea de disciplinare a judecătorilor, această problemă fiind una din cele cu care se confruntă Republica Moldova la momentul actual. În perspectivele recunoașterii precedentului judiciar în calitate de izvor de drept justițiabilii ar avea un atu, acela de a ști cum se soluționează o categorie anume de cauze și ar ști ce așteptări să-și stabilească de la judecarea unei cauze concrete.

Precedentul judiciar este în măsură să identifice lacunele cadrului legislativ și normativ, incoerența și deficiențele acestuia și, prin urmare, să ofere soluțiile necesare pentru depășirea acestora, pentru actualizarea legislației și perfecționarea continuă a acesteia.

Problema recunoașterii valorii de izvor de drept precedentului judiciar trebuie obligatoriu corelată cu calitatea actului de justiție. O reșezare a izvoarelor de drept în care să fie inclus și precedentul judiciar ar putea genera o responsabilizare a persoanelor îndrituite să instrumenteze judecata.

Concluzionăm că se impune renunțarea la viziunea restrictivă legată de ierarhizarea izvoarelor de drept prin reevaluări, reinterpretări și redimensionări științifice atât de necesare în lumea dinamică a dreptului, care reprezintă un fenomen social cu rol de a servi cetățeanul și de a i se adapta.

În doctrină sunt analizate, de asemenea, și caracteristicile principale ale celor două familii juridice: romano-germanică și cea anglo-saxonă cu accent asupra precedentului judiciar în evoluția sa diacronică. În teză ne propunem traversarea unui itinerar care ar cuprinde cercetarea esenței precedentului judiciar, a importanței acestuia pentru drept în general, evidențierea diferențelor de abordare și tratare a precedentului judiciar din perspectiva celor două mari familii juridice, precum și impactul eventualei unificări normative în contextul lărgirii spațiului comun european asupra sistemului izvoarelor de drept în legislația europeană.

În lucrările doctinarilor din domeniul juridicului se conține un studiu al precedentului judiciar în cadrul sistemului izvoarelor de drept, al locului și rolului acestuia din perspectiva teoriei generale a dreptului și al modalităților în care rezultatele studiilor științifice din domeniul teoriei generale a dreptului exercită un impact concret asupra realității juridice, asupra aplicării legii în sistemul de drept romano-germanic și în cel anglo-saxon.

Ipoteza de bază a cercetărilor în domeniul jurisprudenței este că, precedentul judiciar este un izvor de drept cu “drepturi depline” recunoscut de teoria generală a dreptului, iar în practică aceste “drepturi depline” de izvor de drept se diferențiază de la un sistem de drept la altul. Totuși realitatea zilei de astăzi indică asupra necesității revizuirii unor poziții doctrinare vis-a-vis de locul și rolul precedentului judiciar în sistemul izvoarelor de drept. Evoluția societății marchează diferențe ce necesită a fi luate în seamă la reconsiderarea importanței precedentului judiciar pentru fenomenul de aplicare a legii în contextul unor fenomene precum este extinderea UE.

În baza abordărilor teoretice și formulărilor regăsite în doctrina de specialitate autohtonă și din afara statului nostru, am elaborat un studiu care are drept finalitate determinarea locului și rolului precedentului judiciar în sistemul izvoarelor de drept prin prisma abordărilor de teorie generală a dreptului, dar și prin prisma practicilor de domeniu regăsite în sistemul de drept romano-germanic și în cel anglo-saxon.

2. CONCEPTUALIZAREA PRECEDENTULUI JUDICIAR CA IZVOR DE DREPT DIN PERSPECTIVELE TEORIEI GENERALE A DREPTULUI

2.1. Evoluția instituției precedentului judiciar

Atunci când ne referim la o cercetare a precedentului judiciar, fără doar și poate că este oportun să pornim o atare abordare de la sistemul de drept anglo-saxon care este cel în care precedentul s-a regăsit în calitate de izvor de drept în varianta originală. În acest context, menționăm că sistemul de drept anglo-saxon (*Common-Law*) reprezintă un mare sistem juridic contemporan, fiind produsul unei evoluții îndelungate. În cele ce urmează vom aborda precedentul judiciar în cadrul sistemului de drept anglo-saxon din perspectivă istorică evolutivă.

Nu se poate abstractiza faptul că rolul și funcțiile precedentului și a practicii judiciare, în general, au fost diferite în funcție de etapa istorică de dezvoltare a societății, iar astăzi diferențele se păstrează și ies la iveală atunci când se încearcă a suprapune diferite sisteme de drept.

Pornim de la faptul că interpretarea dată de jurisconsultii romani a fost considerată creatoare a dreptului, prin *communis opinio, iuris praeiutorum auctoritas*, în dreptul pretorian, adică sistemul soluțiilor pretorului constituia izvor de drept [10, p. 31].

Un moment de referință în istoria practicii judiciare, în general, îl constituie opera lui Trebonian, numită *Corpus Iuris Civile* [155], compus dintr-un ansamblu de hotărâri judecătorești romane (*Institutiones, Digestum, Codex, Novellae*) dinainte și din vremea lui Iustinian [10, p. 31].

În ceea ce privește Anglia, deși a avut multe legături culturale și economice profunde cu restul Europei în Evul Mediu, tradiția sa juridică s-a dezvoltat diferit de cea de pe continent dintr-un număr de motive istorice, o diferență fundamentală regăsindu-se în stabilirea hotărârilor judecătorești ca bază pentru sistemul anglo-saxon și a legii ca bază a sistemului de drept continental.

În condițiile specifice insulelor britanice, mentalitatea juridică s-a impus datorită expansiunii coloniale britanice, pe teritorii întinse din Africa, Asia, America. Astăzi, *Common Law* își găsește aplicarea în Anglia, în Țara Galilor, în Irlanda (dar nu și în Scoția care are un regim juridic propriu), în SUA (cu excepția, statului Louisiana), în Canada (cu excepția, provinciei Quebec), în Australia, în Noua Zeelandă.

Perenitatea sistemului de drept creat în insulele britanice, surprinzătoare la prima vedere, își găsește explicații solide. Insulele britanice cunoscuseră legea htonică, apoi legea romană, din nou legea htonică (repetând astfel modelul mării majorități a continentului), în timp ce legea bisericii creștine era din ce în ce mai prezentă în viața civilă. Legea comercială a Europei se ridica în lumea fără granițe (de atunci) a comerțului iar legea romană reapărea. Deci, legea nu era absentă pentru reglementarea vieții civile în Anglia [157, p. 171].

În schimb în multe, chiar în marea majoritate a teritoriilor ce aparținuseră altădată coroanei britanice, dreptul introdus de colonizatori a găsit un teren vid, pentru că aceștia reprezentau primele populații ce stăpâneau efectiv teritoriile în cauză și care au adus cu ele propriul lor sistem de drept. În alte teritorii, dreptul coloniștilor era confruntat cu sistemele juridice locale, adesea arhaice și cutumiare. În sfârșit în alte țări, cum ar fi India sau Pakistanul, din confruntarea dreptului englez cu sisteme juridice bine conturate și profund înrădăcinate, cum sunt cel hindus sau cel musulman, au rezultat reglementări hibride. Sistemul anglo-saxon este asociat ca origine și dezvoltare cu Anglia [126, p. 87].

Sistemul de *Common Law* s-a născut ca urmare a centralizării puterii de către rege în Evul Mediu [138, p. 133]. Înainte de cucerirea normandă din 1066, nu a existat un sistem juridic național unitar. Sistemul juridic englez era alcătuit dintr-o masă de reguli cutumiare orale, care variaau în funcție de regiune. Fiecare comitat avea propria instanță locală care împărțea dreptatea în conformitate cu obiceiurile locale care erau deseori aplicate într-o manieră arbitrară. Vinovăția sau nevinovăția erau stabilite prin compurgație (*compurgation*) sau prin ordalii. Compurgația era o procedură rituală în cadrul căreia persoanele acuzate puteau înlătura acuzația ce li se aducea, făcând un jurământ prin care negau fapta și coroborând negarea cu jurămintele altor 12 persoane, de regulă vecini sau rude. Dacă o persoană acuzată nu reușea să aducă numărul de persoane impus, pierdea. Acest număr, 12, a fost identic cu numărul juraților care audiau procesele penale în sistemul de drept comun. Judecata prin ordalii era o procedură superstițioasă administrată de clerici care condamnau persoanele la tortură fizică în speranța de a descoperi semne divine de vinovăție sau nevinovăție. De exemplu, o persoană acuzată putea să-și probeze nevinovăția purtând un fier încins sau scoțând o piatră dintr-un cazan cu apă fiartă sau alt "test" de veridicitate. Dacă rana acuzatului se vindeca în perioada prescrisă, era eliberat, dacă nu, de regulă urma execuția [139, p. 57].

Subordonând toate triburile existente pe teritoriul Britaniei, Wilhelm Cuceritorul (1066) și-a propus să aducă dovezi că venirea sa este legitimă, iar în acest scop a generalizat toate obiceiurile locale. Creând instanțe de judecată regale, acesta a obligat judecătorii să aplice obiceiurile locului, iar de aici vine și ideea că judecătorul nu creează norma ci este în căutarea acesteia dându-i interpretarea ulterioară și aplicând-o în modul cel mai oportun [10, p. 34]. Astfel, putem spune că șefii de stat normanzi francofoni ai Angliei au pus laolaltă ingredientele legii comune în aproximativ un secol și jumătate după cucerirea din 1066. Dezvoltarea acestui sistem poate fi privită din două perspective. Perspectiva obișnuită este aceea care susține că a apărut un proces de juridicizare a dispozițiilor regale pentru plângerile adresate coroanei. Mai

întâi, toată lumea venea la rege și la consiliul său, care apoi se adresa cancelarului, care apoi se asigura că un judecător, care administra cauza în mod corect. Împrejurările locale (chiar dacă accidentale la origine) și răspunsul local corect sunt elemente esențiale în nașterea tradiției legii comune. Era o perioadă de renaștere în toată Europa marcată de ascendența legii scrise față de legea htonică; peste tot profesiile juridice se dezvoltau; peste tot se abandonau formele dovezilor non-raționale; peste tot apăruse noua doctrină care afirma că inteligența umană și legea erau compatibile, mai evident în doctrina legii romane. Astfel încât legea comună pare să se nască ca și comună și specifică Angliei, cât și comună și particulară pentru Europa [195, p. 73].

Spre deosebire de dreptul civil continental, sistemul englez nu își are originea într-un set de texte, ci în ceea ce a fost numit ”tradiție exprimată în acțiune”. A început ca drept cutumiar aplicat la curtea regelui pentru a rezolva dispute sau conflicte care afectau direct monarhul. Acestea includeau la început infracțiunile mai grave care au devenit ”Plângerile Coroanei” (Pleas of the Crown) [163]. După invazia normandă au existat încă destule tipuri de instanțe, în afară de cea regală – instanțele minelor de cositor din Devon și Cornwall, instanțele pădurilor regale de vânătoare, de exemplu – dar în principal, în posibilă rivalitate cu instanța regală erau instanțele feudale și boierești. În timpul domniei lui Henry al II-lea clericii de la curte, care făceau parte din anturajul regal, au început să se specializeze în problemele juridice. După cucerirea normandă din 1066, regii medievali au început să își consolideze puterea și să stabilească instituții noi de autoritate regală și justiție, intrând astfel în conflict cu autoritățile locale. În 1154 Henry al II-lea a instituționalizat legea comună, creând un sistem de instanțe unificate ”comun” pentru țară prin încorporarea și ridicarea obiceiurilor locale la nivel național, punând capăt controlului local, eliminând măsurile arbitrare și restabilind un sistem de juriu format din cetățeni care depuneau un jurământ să investigheze acuzațiile penale și pretențiile civile. Judecătorii din domeniu mergeau în călătorii regulate prin țară împărțind dreptatea regelui fiecărui cetățean. Scopul lor era să stabilească un sistem de drept comun pe întreg teritoriul, de aici legile au ajuns să fie cunoscute drept ”comune”. Judecătorii care mergeau prin țară formau un nucleu care avea jurisdicție națională, care nu avea rădăcini locale. Erau astfel mult mai puțin susceptibili de corupție care ruinase o încercare similară la începutul sec. XII, când judecătorii regali fuseseră stabiliți în comunitățile locale. Astfel, începând cu domnia lui Henry al II-lea judecătorii au fost pentru prima dată trimiși în ”circuite”, audiind cereri în locurile importante pe care le vizitau și preluând munca instanțelor locale.

Cu timpul, deciziile judecătorilor au fost consemnate. Cum deciziile acestor instanțe au ajuns să fie înregistrate și publicate, s-a dezvoltat practica de citare a deciziilor anterioare

(precedente) ca argument în fața instanțelor și acestea au fost privite ca având autoritate convingătoare [188, p. 275].

Aceste practici s-au dezvoltat în legea comună a Angliei, lege care era valabilă pe întreg domeniul. Probabil că cel mai convingător motiv pentru care Henry al II-lea ar trebui privit ca ”părintele dreptului comun”, așa cum se susține în doctrină [156, p. 38] este acela că el a fost răspunzător de justiția regală regională și ambulantă prin intermediul căreia legea a devenit cu adevărat comună – disponibilă pentru toți cetățenii. Este de asemenea adevărat că Henry al II-lea care a domnit din 1154 până în 1189 a întreprins acțiuni semnificative pentru a îmbunătăți dezvoltarea dreptului comun, de exemplu popularizând instanța Regelui, numită Curia Regis [168]. Acestea reprezentau adunări la care se discutau deciziile luate de judecători în teritoriu, această procedură reprezentând un fel de schimb de experiență. Rezultatul acestor adunări era selectarea celor mai reușite hotărâri urmând ca ulterior acestea să fie aplicate de judecătorii care plecau în regiuni pentru soluționarea de litigii asemănătoare [10, p. 31]. Aceasta și apare drept calea de formare a dreptului comun. Iar în această manieră, grație metodei Curia Regis, dreptul se popularizează și se uniformizează pe calea practicii judiciare.

Un rol important l-au avut clericii în expansiunea autorității legale a Regelui. Ei au dezvoltat o varietate de forme noi de acțiune legală, numite citații (writs) și au stabilit proceduri care le acorda o importanță sporită și le aducea un venit generos. Sistemul de citații a devenit atât de formal încât legile pe care le puteau aplica tribunalele erau deseori prea rigide pentru a asigura dreptatea. În aceste cazuri, apelul la justiție, ca recurs, trebuia adresat direct regelui. Această dificultate a dat naștere unui nou tip de curte, equity (echitate), cunoscută de asemenea ca și ”Curtea Cancelariei” deoarece era curtea cancelarului regelui. Aceste curți erau autorizate să aplice principiile echității bazate pe multe surse (cum ar fi legea romană și legea dreptului natural), nu să aplice doar legea comună pentru a ajunge la o decizie justă, pentru a găsi soluțiile potrivite în situații dificile, pentru a stabili noi proceduri și pentru a veni în întâmpinarea diverselor probleme.

De-a lungul timpului, prin intermediul Curții Cancelariei s-a dezvoltat un întreg corp de legi colaterale și independente. Astfel, legea engleză a constatat în același timp din ”lege” și ”echitate”. În realitate această echitate, sau soluționarea litigiilor conform normelor de echitate dar nu după normele juridice, a determinat apariția acestei noi ramuri în dreptul precedentului – dreptul de echitate [10, p. 31], așa-numitul *equity-law*. În instanța Cancelariei se adresau persoanele cu cauze asemănătoare ce nu-și puteau găsi soluția în instanțele de drept comun, iar

pe această cale această instanță își creează propriul sistem de precedente, ceea ce a dus la existența a două sisteme paralele de precedente judiciare.

Nu e greu de remarcat asemănarea mare cu legea romană unde dreptul pretorian s-a dezvoltat alături, dar independent de „*jus civile*”. Se poate considera că dezvoltarea engleză a echității și fuziunea sa finală cu legea comună sunt etape în evoluția legii engleze prin care legea romană a trecut cu multe secole în urmă. Sistemul juridic de *common-law* este cu mult mai tânăr, având doar câteva sute de ani de existență. În primele secole ale istoriei dreptului roman, dezvoltarea a fost în mod egal pragmatică, bazată pe experiență și ajustări, de asemenea izvoarele dreptului erau mai degrabă regăsite în sentințe specifice și decrete imperiale decât în compilații sistematice de texte legislative. Prima expunere sistematică a Institutelor lui Gaius în secolul al treilea a prezentat de fapt esența a șapte secole de evoluție juridică.

Deși în zilele noastre locul ocupat de dreptul scris este considerabil, dreptul englez rămâne un drept al precedentelor. Precedentul judiciar reprezintă mecanismul cel mai important în formarea unui sistem, atunci când ne referim la sisteme de drept care recunosc valoarea de izvor de drept precedentului judiciar. Aspectul original al *common-law*-ului este reprezentat de coexistența a trei subsisteme normative, autonome și paralele, care reglementează uneori diferit sau contradictoriu, relațiile sociale: *common-law* în sens restrâns, *equity* și *statute-law* [198, p. 10-11]. Ele exprimă cele trei izvoare principale ale dreptului englez [191, p. 223-224]. În lucrarea de față vom face referire la cele trei componente, acum ele fiind enunțate sub aspectul implicațiilor istorice.

În ceea ce privește componenta de *common-law*, aceasta de fapt a și dat denumirea generală a sistemelor juridice de drept comun, sau anglo-saxon.

Așa cum am putut vedea anterior, istoria și evoluția echității în legea engleză seamănă izbitor cu dezvoltarea justiției pretoriene în dreptul roman. Profesorul Dainow Joseph pune problema dacă sistemul de drept anglo-saxon nu este în procesul de trecere prin etapele dezvoltării pe care dreptul civil (romano-germanic) le-a experimentat cu mult timp în urmă și dacă viitorul acestuia nu poate fi anticipat într-o oarecare măsură în istoria dreptului civil [146, p. 422].

În ambele ramuri ale *common-law*-ului - „lege” și „echitate”- corpul normelor juridice stabilit a apărut în esență din deciziile judecătorești. În conformitate cu teoria declarativă (sau cutumiară), poziția modernă și mai sinceră este să se admită faptul că spețele judecate au fost însăși sursa și esența legii.

Instanțele de drept comun și instanțele de *equity* au funcționat separat până când sistemul ordonanțelor a fost abolit la mijlocul secolului XIX. Chiar și în prezent, totuși, unele state americane au instanțe separate de *equity*. La fel, anumite tipuri de ordonanțe, cum ar fi mandatele și citațiile încă există în practica modernă a *common-law*-ului. Un exemplu este cel al lui *habeas corpus*, care protejează individul de o detenție ilegală [146, p. 422]. La origine un ordin al regelui obținut de un prizonier sau în numele lui, *habeas corpus* aducea prizonierul în fața instanței pentru a se stabili dacă era deținut cu o autoritate legitimă. *Habeas corpus* (1679) s-a dezvoltat în uram apariției *Magna Charta*, care proclama anumite libertăți individuale, una foarte importantă fiind aceea care prevedea că un om liber nu putea fi închis sau pedepsit fără judecata egalilor lui în conformitate cu legea locului, stabilindu-se astfel dreptul la un proces cu jurați. În plus, se declara expres că nimănui nu i se poate refuza dreptatea și justiția. Soluționarea litigiilor era realizată la un nivel local, fiecare regiune acționând independent și fără să cunoască ce făceau celelalte regiuni. Drepturile și obligațiile indivizilor izvorau din natura statutului lor personal în cadrul sistemului [185]. Creșterea și consolidarea sistemului de instanțe în Anglia a avut loc în ordine cronologică mult mai devreme decât evoluția Parlamentului. După ce funcția de elaborare a legii a legislativului și-a dobândit locul important, au existat etape în cursul cărora a apărut o competiție serioasă din partea instanțelor. De vreme ce o lege adoptată de Parlament trebuia aplicată de instanțe, fiecare statut era prin natura proprie o încălcare a domeniului legii comune care întrupa protecția drepturilor oamenilor. De fiecare dată când legislația era direct aplicabilă unei situații particulare, instanțele erau obligate să își pronunțe deciziile în concordanță cu textul legislativ, dar oricând o întrebare sau un echivoc puteau fi invocate, statutul primea o interpretare restrânsă astfel încât să se reducă ingerința asupra dreptului comun și să se mențină o autoritate maximă în instanțe. Aceste conflicte istorice și modalitatea în care au fost rezolvate oferă o înțelegere considerabilă a naturii *common-law*-ului ca sistem juridic.

În Evul Mediu, legea comună (*common-law*) în Anglia coexistă, așa cum se întâmpla cu legea civilă în alte țări, cu alte sisteme de drept. Instanțele bisericești aplicau legea canonică, instanțele urbane și rurale aplicau legea cutumiară locală, Cancelaria și instanțele maritime aplicau legea romană. Doar în secolul al XVII-lea a triumfat legea comună, când Parlamentul a stabilit o verificare permanentă a puterilor regelui Angliei și a pretins dreptul de a stabili legea comună și de a declara alte legi subsidiare.

Această evoluție a unei culturi naționale juridice în Anglia a fost contemporană cu dezvoltarea sistemelor de drept naționale în țările care au adoptat dreptul continental (civil) în timpul perioadei moderne timpurii. În timp ce juriștii umaniști și savanții iluminiști recurgeau la

tradițiile comune ale sistemului de drept civil și la legislația națională și tradiții, juriștii englezi ai acestei ere erau foarte mândri de unicitatea instituțiilor și tradițiilor juridice engleze. Această stare de fapt, inspirată de mișcarea modernă europeană către codificare a rezultat în primul tratat sistematic, analitic despre sistemul de Common Law: „Comentarii ale legilor din Anglia” scris de William Blackstone (1723-1780).

Bineînțeles că evoluția istorică și abordarea științifică a acesteia ar fi incompletă fără trecerea în revistă a celor mai importante aspecte ce reflectă evoluția precedentului în sistemul de drept romano-germanic, deși câteva referințe la acest subiect au fost făcute la începutul prezentului capitol.

Chiar dacă astăzi poziția teoreticienilor din acest sistem este diferită vis-a-vis de calitatea de izvor de drept a precedentului judiciar, totuși nu putem neglijă o evoluție istorică a acestei/acestor poziții. Astfel, interesul juriștilor pentru alte sisteme de drept și pentru dreptul comparat a existat dintotdeauna. Odată cu apariția Pieței Comune și în contextul derulării actelor de comerț internațional este esențială înțelegerea naturii și funcției sistemelor legale ale altor țări. Piața Unică Europeană reprezintă un proiect inițiat de către Jacques Delors și care și-a găsit finalitatea la 1 ianuarie 1993, prin nașterea a ceea ce se numește astăzi Single European Market prin Tratatul de la Maastricht. Parcursul istoric al acestui concept a debutat în anul 1957, când unul dintre obiectivele majore ale Comunității Economice Europene a fost constituirea unei Piețe Comune, cu scopul de a elimina treptat barierele comerciale dintre statele membre [161, p.77].

Majoritatea statelor au adoptat unul din cele două mari sisteme de drept: sistemul anglo-saxon sau sistemul romano-germanic. Sistemul anglo-saxon își găsește originea în Anglia în Evul Mediu și a fost aplicat în coloniile britanice de pe continente. Sistemul romano-germanic s-a dezvoltat în Europa continentală în același timp și a fost aplicat în coloniile puterilor imperiale europene cum ar fi Spania și Portugalia. Sistemul romano-germanic a fost de asemenea adoptat în secolele XIX și XX de țări care avuseseră anterior tradiții juridice distincte, precum Rusia și Japonia, care au căutat să reformeze sistemele lor de drept pentru a câștiga putere politică și economică similară cu cea a statelor din Europa Vestică [125, p. 162].

Deși, Anglia a avut multe legături profunde culturale cu restul Europei în Evul Mediu, tradiția sa juridică s-a dezvoltat diferit față de cea a continentului din motive istorice, și una din diferențele fundamentale a fost stabilirea hotărârilor judecătorești ca bază a sistemului anglo-saxon față de lege, care reprezenta baza sistemului romano-germanic [157, p. 62]. Înainte de a face o incursiune istorică, vom preciza pe scurt ce semnifică.

Așa cum am arătat anterior, sistemul anglo-saxon este în general necodificat, lipsind compilațiile de statute și norme juridice. Se bazează pe precedent, adică pe deciziile deja pronunțate în cazuri similare. Aceste precedente sunt păstrate de-a lungul timpului prin intermediul registrelor instanțelor și sunt documentate istoric în colecții de jurisprudență numite anuare și rapoarte. Precedentele care se aplică pentru a decide în fiecare speță nouă sunt stabilite de judecătorul care prezidează. Drept rezultat, judecătorii au un rol major în conturarea dreptului.

Sistemul romano-germanic este codificat în coduri actualizate permanent și cuprinzătoare care se referă la chestiunile ce pot fi deferite justiției, procedura aplicabilă și pedeapsa pentru fiecare faptă. Rolul judecătorului este să stabilească faptele și să aplice prevederile codului corespunzător. Deși judecătorul deseori aduce acuzațiile formale, investighează speța și decide, lucrează într-un cadru stabilit de un set de legi codificate. Decizia judecătorului este în consecință mai puțin importantă în formarea sistemului de drept decât deciziile legiuitorului și ale cercetătorilor juridici care redactează și interpretează codurile [126, p. 76].

Toate sistemele de drept au același scop - reglementarea și armonizarea activității oamenilor în cadrul societăților în care trăiesc și în fiecare societate sistemul legal face parte din cultura și civilizația ca și din istoria și viața oamenilor. Evenimentele istoriei au condus către anumite asemănări și deosebiri fundamentale ale sistemelor lor juridice. În țările civilizației vestice, cele două sisteme de drept bine cunoscute sunt romano-germanic și anglo-saxon reprezentate în mod special în Franța și în Anglia.

Pentru a pune în evidență momentele-cheie ce le apropie sau le distanțează, există diferite metode avute la îndemână. O cale ar fi examinarea elementelor comune sau pe cele diferite, sau chiar istoria apariției lor și metodele de dezvoltare. O comparație poate fi făcută din punctul de vedere al obiectivelor sociale și economice și al metodelor folosite pentru a atinge aceste scopuri. Toate aceste puncte de vedere sunt relevante dintr-un punct de vedere sau altul, fapt care ne obligă să nu facem abstracție de careva dintre ele. Pe de altă parte, există voci care spun că nu mai există diferențe reale între cele două sisteme de drept, aducând ca argument evoluțiile paralele care au avut loc pentru a satisface aceleași nevoi sociale în condiții generale asemănătoare – diferențele rămase fiind doar chestiuni de formă și nu de esență. Bineînțeles că nu putem fi de acord cu ideea că realitatea ar demonstra o uniformizare între cele două sisteme de drept, diferențele fiind posibil să fie sesizate în mod liber, fără eforturi ieșite din comun.

Realitatea chiar ne demonstrează că pot fi exemplificate și anumite locuri în care cele două sisteme au funcționat împreună în ceea ce poate fi numită „o jurisdicție comună”, și anume în Louisiana, Quebec, Scoția și Africa de Sud. În acest studiu abordarea esențială este căutarea

unei înțelegeri a celor două sisteme și în special identificarea și înțelegerea diferențelor fundamentale ale structurilor lor, metodelor de interpretare și pozițiilor lor față de drept, ca sistem juridic.

Termenul „drept civil” provine din latinescul „*jus civile*”, prin care, cetățenii romani desemnau legile pe care doar „*cives*” erau privilegiați la început să le aibă. Pentru ceilalți oameni, exista „*jus gentium*”.

Originile sale și modelul său sunt găsite în compilația monumentală a legii romane comandată de împăratul Iustinian în sec. VI d.Hr. În vreme ce această compilație a fost pierdută în Occident de-a lungul deceniilor formării sale, a fost redescoperită și transformată în baza instruirii juridice. În Italia în sec. XI și în sec. XVI a ajuns să fie cunoscută drept *Corpus iuris civilis*. Generații întregi de juriști în întreaga Europă au adaptat principiile legii vechi romane din *Corpus iuris civilis* nevoilor contemporane [138, p. 103]. Învățații medievali ai legii bisericii catolice, sau dreptului canonic, au fost influențați de legea Romană când au compilat sursele juridice religioase existente în propriul sistem cuprinzător de drept și guvernarea bisericii, o instituție centrală pentru cultura, politica și studiile superioare medievale.

În Evul Mediu târziu, aceste două legi, civilă și canonică, erau predate în majoritatea universităților și au format baza unui corp legal considerat comun pentru mare parte din Europa. Nașterea și evoluția tradiției legii civile medievale bazate pe legea romană a fost astfel parte integrantă a dezvoltării juridice europene. A oferit o bază de principii juridice și reguli investite cu autoritatea Romei antice de juriști distinși și a oferit posibilitatea unui cod legal cuprinzător furnizând prevederi de drept material și procedural pentru toate situațiile [130, p. 243].

Cum dreptul civil a intrat în vigoare în întreaga Europă, rolul obiceiurilor pământului ca izvor de drept a devenit mult mai important, în special în încercarea statelor europene în dezvoltare de a-și unifica și organiza propriile sisteme de drept. În perioada modernă timpurie, această dorință a generat încercările savanților de sistematizare a prevederilor legale disparate și a legilor locului și să le armonizeze cu principiile raționale ale dreptului civil și dreptului natural. Reprezentativă este opera juristului olandez Hugo Grotius din 1631, *Introducere în jurisprudența olandeză*, care a sistematizat legea romană și legea locului olandeză într-un tot unitar. [157, p. 143]

În întreaga operă a lui Grotius, ideea justiției este o caracteristică necesară a dreptului. Justiția constituie o exigență a rațiunii, un ordin al naturii ființei raționale. Justiția trebuie să domine atât între relațiile indivizilor, cât și în cele dintre popoare și state [121, p. 20].

În secolul XVIII, aspirațiile reformatoare ale conducătorilor Iluminismului s-au aliniat cu dorința juriștilor de a raționaliza legea pentru a da naștere codurilor sistematice și cuprinzătoare.

Astfel, o etapă foarte importantă în formarea dreptului continental a fost reprezentată de adoptarea codurilor civile în multiple țări Europene. Acestea au reflectat unele principii fundamentale, specifice dreptului privat roman. Sfârșitul sec. al XVIII-lea și începutul sec. al XIX-lea au fost marcate de adoptarea codurilor civile: Codul civil bavarez (1756), Codul lui Iosif al II-lea al Austriei din 1786 și Codul Civil complet din 1811, Codul teritorial complet al Prusiei din 1794, Codul german (1896, pus în aplicare începând cu 1900), și Codul Civil al Franței (cunoscut drept Codul Napoleonian) din 1804. Astfel de coduri, conturate de tradiția legii romane sunt modelele sistemelor de drept civil contemporane.

Etapă inițială a procesului de universalizare a dreptului a constituit-o recepția dreptului roman în spațiul cucerit de Imperiul roman, care a oferit Europei un sistem juridic mai mult sau mai puțin unitar [27, p. 136] (în prezent Europa se află într-o etapă de reunificare a legislației, fenomen posibil datorită reformelor, atât politice, cât și sociale care au avut loc în ultimii ani pe vechiul continent), drept care a fost aplicat în multe țări pe parcursul mai multor secole.

Afirmația că țările cu sistemul de drept romano-germanic sunt acelea care și-au adoptat sistemul de drept din legile romane, deși adevărată, este doar o parte din istorie. Mai mult, această referire la legea romană poate fi apreciată mai bine în lumina examinării naturii dezvoltării sale alături de evoluția sa istorică și socială de-a lungul unei perioade de cel puțin o mie de ani, de la începutul legii formale scrise din cele XII Table până la realizarea codificărilor și compilațiilor lui Iustinian [157, p. 24].

Pe măsură ce considerația oamenilor pentru juriștii cu înalte calificări creștea, opinia lor era deseori cerută pentru clarificări și îndrumări. Calitatea remarcabilă a realizărilor lor le-a adus, lor și urmașilor, o recunoaștere în continuă creștere. Astfel, ei au fost nu doar cei care au interpretat din punct de vedere tehnic textele scrise, dar, cunoștințele și înțelepciunea lor au devenit elemente indispensabile în dezvoltarea dreptului. De-a lungul timpului acești juriști au ajuns să se bucure de cel mai înalt prestigiu din drept; împărați și magistrați nu numai că le cereau consultarea și sfatul, dar în general le urmau și le adoptau opiniile [146, p. 422].

În acest timp, nu în ani sau generații, ci în secole, s-au făcut eforturi de coordonare și grupare a legilor; au existat încercări de compilare a rezultatelor unui număr mare de decizii date în spețe judecate, în special a celor foarte importante. Împăratul Iustinian a strâns toți juriștii mari ai timpurilor sale și i-a pus să facă o compilație care i-a imortalizat numele [146, p. 423].

În Evul Mediu, legea romană a fost eclipsată în multe părți ale Europei. Totuși, a reapărut în momente diferite, în modalități diferite, a fost modificată și reinterpretată și până în sec. XVIII-XIX a câștigat aprecierea profundă a juriștilor și erudiților europeni. Legea romană a atins apogeul prestigiului când câteva uniuni politice din Europa vestică au condus la unificarea dreptului privat în mișcări naționale de codificare, în special în Franța și în Germania. Caracteristicile esențiale ale acestor codificări legislative au fixat bazele și au determinat natura sistemelor juridice a căror expresie o reprezentau.

Familia de drept reprezintă gruparea unor sisteme juridice naționale în funcție de trăsăturile comune ale acestora, potrivit criteriului apartenenței dreptului la un bazin de civilizație juridică [200, p. 49]. „Dreptul romano-germanic” sau „Familia de drept romano-germanică” înseamnă marele sistem juridic contemporan care include sistemul juridic francez și german și sistemele naționale înrudite: italian, spaniol, portughez, belgian, românesc, moldovenesc, rus, ucrainean, polonez precum și cele din America Latină.

Sistemul de drept romano-germanic este unul dintre cele mai vechi sisteme de drept și se caracterizează prin descendența romană și tendința spre o puternică codificare și sistematizare [127, p. 20]. Sistemele de drept de tradiție romano-germanică sunt rezultatul recepționării dreptului roman în Europa și în alte părți ale lumii [125, p. 217]. Ocupă un loc însemnat în lumea contemporană, reprezentând originea multor concepte juridice moderne, fiind răspândit astăzi nu 50 numai în Europa, ci și în America Centrală și de Sud (într-o măsură mai mică în Canada și Statele Unite), precum și în Asia și Africa.

Din punct de vedere al structurii sale, marele sistem de drept romano-germanic cuprinde: sistemul juridic francez și sistemul juridic german. Originea comună a sistemelor juridice francez (care are la bază Codul civil francez din 1804) și german (care are la bază Codul civil german din 1896) cu toate deosebirile - de mentalitate, de mod de abordare a fenomenului juridic, de terminologie și chiar de conținut al unor instituții - și asemănările, precum preponderența legii scrise, sistematizarea dreptului pe ramuri și instituții juridice, instituie o anumită structură proprie familiei de drept romano-germanic diferită în raport cu familia de drept anglo-saxon.

În această familie se încadrează sistemul de drept al țărilor care au luat ca model Codul civil francez din 1804 precum Belgia, Italia, Luxemburg, Olanda, Portugalia, Republica Moldova, România, Spania, iar din America de Sud – Venezuela, Porto Rico etc. și sisteme de drept de inspirație germanică cu o pronunțată influență a Codului civil german din anul 1900, recepționat de Elveția, Italia, Grecia, Rusia, China, Brazilia etc. Unitatea familiei de drept

romano-germanică a fost serios compromisă în secolul al XIX-lea, când școala franceză se baza pe studiul Codului civil, iar școala germană pe studiul Pandectelor [137, p. 193].

Ceea ce generic este numit sistem de drept romano-germanic trebuie considerat a fi de fapt un ansamblu de sisteme de drept naționale care au o bogată moștenire comună (dreptul roman), dar fiecare prezentând propriile caracteristici, dezvoltate atât sub influența franceză, respectiv germană, cât și sub influența propriul parcurs al dezvoltării sistemului statal în care se încadrează [125, p.29].

Sistemele din nordul Europei, denumite sisteme nordice, sunt sisteme de tradiție romanistă, cu puternice influențe germanice și de *Common-law*. Regulile de drept sunt diferite în țările cu sisteme de drept din familia romano-germanică. În același timp, în toate sistemele, regulile de drept sunt clasate în aceleași categorii, se folosește același vocabular, rezultat din știința romaniștilor [134, p. 87]. În aceste țări se consideră că baza dreptului se găsește în legislație și această legislație a condus la adoptarea de coduri, mai ales civile.

Sistemul de drept romano-germanic se caracterizează prin preponderența legii și printr-o ordonare ierarhică a legilor, ca izvor principal. Astfel, legea constituțională se află în vârful piramidei, iar celelalte izvoare trebuie să fie întotdeauna în conformitate cu textele constituționale. Jurisprudența și cutuma nu sunt decât izvoare subsidiare. Deși joacă un rol însemnat, jurisprudența nu este hărăzită decât să umple lacunele izvorului principal și, în mod excepțional, ea tinde să completeze sau să modifice textul de lege.

Dacă am face o clasificare a normelor juridice în funcție de forța lor juridică sau a izvoarelor în care ele sunt cuprinse, credem că în majoritatea absolută a țărilor din această familie de drept, în vârful scării ierarhice se vor situa normele cuprinse în Constituții, urmate de normele cuprinse în coduri, legi și în final de cele cuprinse în alte acte normative ale organelor puterii executive din aceste țări. Normele cuprinse în celelalte izvoare nu au decât un caracter secundar, subsidiar. Normele cutumiare au un caracter foarte limitat. Este un lucru firesc deoarece un sistem de drept codificat nu mai poate să lase să supraviețuiască cutuma, ca izvor de drept fundamental. Orice cod desființează izvoarele anterioare și supune evoluția juridică ulterioară legii care, în principiu, este singura autorizată să-l completeze sau să-l modifice. Astfel cutuma joacă un rol limitat și precar pe continent. Dreptul francez a abolit toate cutumele generale și locale conform unei legi adoptate la 31 martie 1804. Ele au supraviețuit în cazuri rare și excepționale prevăzute expres în Codul civil și în uzanțele comerciale.

În sistemul de drept socialist precedentul nu era considerat izvor de drept. Ideea precedentului ca izvor al dreptului era negată cu ardoare și această negare era prezentă în toate

operele științifice, materialele didactice și manualele de teoria statului și dreptului și în disciplinele de ramură. În practică, însă, atitudinea față de precedent era mai puțin intransigentă, mai voalată. Această atitudine poate fi dedusă din faptul că explicațiile de îndrumare ale Plenului Judecătorei Supreme a URSS și ale Judecătoriilor Supreme al republicilor unionale erau obligatorii pentru instanțe, iar hotărârile în cazuri concrete ale Judecătorei Supreme erau utilizate în cazuri asemănătoare de instanțele judiciare inferioare [3, p. 16].

În perioada postsocialistă, precedentul judiciar în continuare nu este expres recunoscut ca izvor de drept, doctrina de astăzi, neavând un caracter univoc referitor la această problemă. Dar, totuși se atestă o schimbare a atitudinii cercetătorilor față de recunoașterea precedentului judiciar ca izvor de drept, concomitent se răspândește sfera de aplicare a practicii judiciare.

2.2. Corelația precedentului judiciar cu alte izvoare formale ale dreptului

Pentru a avea posibilitatea determinării rolului și locului precedentului judiciar în cadrul sistemului de izvoare ale dreptului din perspectiva doctrinei juridice este absolut necesară o incursiune în acest sistem de izvoare. Iar această circumstanță ne obligă să prezentăm, chiar și pe scurt, fiecare element luat în considerație de doctrina teoriei generale a dreptului, și inclus în sistemul de izvoare ale dreptului din punct de vedere teoretic. În acest sens menționăm că evoluția dreptului a consacrat următoarele izvoare formale: obiceiul juridic, doctrina juridică, precedentul judiciar, contractul normativ și actul normativ [101, p. 147].

Obiceiul juridic (cutuma, obiceiul pământului) este cel mai vechi izvor de drept și se naște prin repetarea aplicării aceleiași idei juridice într-un număr mare de cazuri individuale succesive prin crearea de precedente. Este format din reguli de conduită aplicate pe perioade lungi de timp, în temeiul convingerii privind necesitatea lor. Aceste reguli sunt respectate prin puterea autorității publice neformalizate a întregii comunități.

Dacă se face o analiză a cutumei ca izvor formal al dreptului se va constata că ea se întemeiază pe cazuri concrete care au precedat, așa-zisele precedente. După cum consideră profesorul Mircea Djuvara – ”Aceste cazuri au trebuit să fie consacrate, adică să se recunoască valoarea lor juridică, întocmai cum se recunoaște valoarea juridică a unei legi în sistemul nostru, în fiecare din aceste cazuri concrete, rațiunea juridică analizează complexul de relații juridice care-l compun, și constată că unele se repetă; în felul acesta se constituie o noțiune generală, degajându-se ceea ce e comun într-o serie de cazuri concrete; aceasta este norma generală astfel consacrată prin cutumă. Numai grație acestei noțiuni generale se poate, în fine, apoi găsi într-un caz nou o asemănare cu cazurile precedente; se constată că o anumită relație juridică se repetă și în

acest caz nou. În felul acesta cutuma se aplică la cazurile care survin; ele sunt rezolvate printr-un act de aplicare a normelor generale cutumiare și aceasta se face prin jurisprudență în sens larg. Jurisprudența aplică așadar, și deci interpretează, normele cutumiare, cum ar face cu normele legale. Cutuma stă astfel într-o practică îndelungată socotită ca dreaptă. Ea are prin urmare o realitate distinctă de jurisprudență. Aceasta are datoria să o constate și să o aplice, adică, în sens larg, o interpretează. Numai prin jurisprudență cutuma se consacră. Pe de altă parte o jurisprudență constantă poate crea cutume”[41, p. 265].

Cutuma, obiceiul juridic sau obiceiul pământului, presupune pe de o parte uz, o practică veche și de necontestat a justițiabililor și pe de altă parte ilustrează ideea că norma implicată nu poate fi contrazisă de cei interesați. Obiceiul, sub forma unor datini, tradiții și practici cu caracter moral sau religios, a reprezentat modalitatea principală de ordonare a relațiilor sociale și de influențare a acțiunii umane în comuna primitivă. În formă de obicei juridic a continuat să aibă un rol social și ulterior.

Ponderea și importanța acordată de către autoritățile statale obiceiului juridic a variat de la o epocă la alta dar a continuat să își mențină și ulterior rolul social. Acest lucru se referă mai ales la dreptul internațional, fapt amintit de noi în capitolul precedent. Astfel, art. 38 al Statutului CIJ stipulează că în rezolvarea diferendelor internaționale ce-i vor fi supuse, Curtea, care are misiunea de a decide în conformitate cu dreptul internațional, va aplica:

- a) convențiile internaționale, generale sau speciale, care stabilesc reguli expres recunoscute de state în disputa;
- b) cutuma internațională, ca expresie a unei practici generale acceptată ca fiind norma de drept;
- c) principiile generale de drept, recunoscute de națiunile civilizate;
- d) decizii judecătorești, sub rezerva articolului 59 (care prevede ca hotărârile CIJ au valoare obligatorie numai pentru părți și cu privire la cazul respectiv); e) doctrina celor mai calificați specialiști ai diferitelor națiuni, ca mijloace subsidiare pentru determinarea normelor de drept [115, art. 38].

Cât privește considerarea cutumei ca izvor de drept pe teritoriile statelor, obiceiurile recunoscute de puterea de stat și investite de aceasta cu forță juridică, devin obiceiuri juridice (cutume) și devin izvoare de drept. Modul de sancționare și de transformare a obiceiurilor în cutume s-a realizat în practica aplicării dreptului, prin recunoașterea de către instanțele judecătorești, odată cu rezolvarea diferitelor cauze. Primele norme juridice, nu au fost altceva decât transformarea unor obiceiuri în norme obligatorii garantate de puterea publică răzbușarea

sângelui, legea talionului și răscumpărarea. Cutuma a rămas un izvor principal al dreptului de-a lungul antichității și evului mediu.

Rolul obiceiului juridic s-a redus, dar se menține într-o măsură considerabilă în sistemul dreptului anglo-saxon și în fostele colonii ale Marii Britanii, astăzi state independente. Cutuma continuă, de exemplu, să fie un izvor al dreptului maritim [77, p. 160], datorită specificului formării normelor comerțului maritim, în special, ale activităților portuare. Cutuma este și astăzi un izvor al dreptului internațional, deși în epoca contemporană s-a dezvoltat puternic tendința de reglementare scrisă și de codificare a acestuia.

Dreptul cutumiar a avut o importanță majoră și pentru Țara Moldovei. Istoria dreptului românesc cunoaște obiceiul ca izvor al dreptului geto - dac, care s-a menținut în anumite limite și după cucerirea romană [1, p. 7].

Obiceiul juridic, deși extrem de rar, mai continuă să acționeze și în zilele noastre. El nu constituie un izvor de drept important în statele ce țin de civilizația juridică romano-germanică.

Dreptul cutumiar ocupă un loc major în sistemul izvoarelor de drept, în statele ce aparțin familiei juridice anglo-saxone, precum și în statele ce aparțin sistemului dreptului cutumiar african. Astfel, în unele state africane, efortul de creare a unei legislații naționale nu a fost în stare să elimine dreptul cutumiar pe motiv că acesta are o sferă de aplicare foarte largă. Din cauza grelei moșteniri și a nivelului slab de dezvoltare, dreptul cutumiar este încă aplicat [125, p. 236].

Cutuma ca izvor de drept, este inferioară dreptului scris, ea nu prezintă certitudinea acestuia, fiind imprecisă, nesigură, mai greu de constatat și de cunoscut. Prin natura sa are un caracter conservator, deoarece consfințește comportamente rezultate dintr-o practică îndelungată. Considerăm că anume practica dreptului internațional reflectă cel mai bine calitatea de izvor al dreptului contemporan acordată cutumei internaționale.

Doctrina juridică cuprinde analizele, investigațiile, interpretările făcute de specialiștii fenomenului juridic. Acestea formează științele juridice, al căror rol este indiscutabil, atât în privința explicării științifice a actului normativ, cât și în opera de legiferare sau în procesul de creare și în activitatea practică de aplicare a dreptului.

Cercetătoarea S. Popescu menționează că „doctrina înseamnă dreptul, astfel cum este conceput de teorie, explicarea lui științifică, generalizarea și sistematizarea lui” [101, p. 159]. Profesorul A. Văllimărescu considera doctrina ca ”totalitatea părerilor jurisconsulților, exprimate oral sau în scris în operele lor” [122, p. 239]. M. Djuvara precizează faptul că ”doctrina ca izvor

de drept trebuie să lucreze cu idei generale, prin analiza relațiilor juridice cuprinse în cazurile concrete spre a putea ajunge să lege cazurile noi de cele care au precedat” [41, p. 274].

Doctrina (știința dreptului) își are originea în operele jurisconsultilor romani. Ca izvor de drept, știința juridică a fost mai mult recunoscută în epoca antică și cea medievală. Așa, de exemplu, împăratul romanilor Adrian a decis că judecătorii sunt obligați să țină seama de părerea unanimă a celor ce creau dreptul. Adrian a adoptat o dispoziție obligatorie: „Dacă jurisconșulții au păreri unanime, judecătorul nu poate statua în sens contrar” [41, p. 273].

Jurisconșulții au desfășurat o activitate complexă și bogată, privind aplicarea și interpretarea dreptului, adăugându-și o contribuție substanțială în dezvoltarea și chiar crearea dreptului, prin adaptarea reglementărilor juridice la realitățile vieții sociale. Printre jurisconșulții cu renume sunt cunoscuți Papinian, Paul, Ulpian, ale căror opere alături de cele ale lui Modestin și Gaius au căpătat putere de lege pe baza unei hotărâri date în 426, de împărații Teodosius al III-lea și Valentinian al II-lea [114, p. 85].

Opiniile juriștilor reprezintă simple consultații în sistemul de drept al Republicii Moldova și al României, lipsindu-le caracterul obligatoriu. Acestea nu intră în categoria izvoarelor dreptului.

Rolul jurisprudenței poate fi privit astfel: interpretează dreptul, astfel conducând la aplicarea unitară a legii, dă viață dreptului abstract, surprinzând dreptul în dinamica sa, completează textele de lege suplinind lacunele, conducând la noi construcții juridice prin procedeul analogiei, inspiră legiuitorul și contribuie la abrogarea dispozițiilor desuete sau contradictorii, poate promova acțiuni noi în justiție, în absența unor dispoziții normative care să le reglementeze [65, p. 82].

Valoarea normativă a jurisprudenței în afara sistemului de drept *common-law* s-a conturat pe măsura estompării diferențelor dintre cele două familii de drept, doctrina constatând că ”funcția creatoare de norme juridice generale a jurisprudenței, dobândită și amplificată în timp, a fost inițial contestată, dar ea pare acum unanim acceptată, căutându-i doar explicații rezonabile” [43, p. 275].

Cu toate cele precizate menționăm că în multe state, atunci când autoritățile supreme elaborează acte cu caracter de recomandare pentru instanțele de judecată, atunci când se inițiază proiecte de acte normative există procedura de solicitare a opiniei cercetătorilor teoreticieni și a practicienilor vis-a-vis de conținutul proiectelor prezentate. După recepționarea acestora, aceste organe, instituții consultative vin cu argumente ce susțin o poziție sau alta necesare din punctul de vedere al doctrinei de specialitate a fi luate în considerație. Toate argumentele de natură

științifică se studiază de către autoritatea ce a prezentat proiectul de act urmând luarea acestora în considerație în măsura în care se consideră că în conținutul acestuia se aduc îmbunătățiri ce vor fi exclusiv în beneficiul interesului public. Deci, asta o putem numi o formă indirectă de influențare a conținutului actelor normative cu caracter obligatoriu sau de recomandare de către doctrina juridică contemporană. De menționat că, și Statutul CIJ prevede doctrina ca un factor ce poate fi luat în considerație de către această autoritate la soluționarea diferendelor internaționale [115, art. 38].

Contractul normativ este și el unul din izvoarele cu sferă mai restrânsă ale dreptului.

Contractul rezultă din norme juridice și se face în strictă conformitate cu ele. Există totuși o categorie de contracte care nu privesc nemijlocit drepturile și obligațiile unor subiecte de drept determinate, deci nu reglementează raporturi juridice concrete, ci au în vedere reglementări cu caracter general ce stabilesc anumite norme de conduită. Ele poartă denumirea de contracte normative și, în această calitate, au rolul de izvoare de drept [26, p. 237]. Într-adevăr, spre deosebire de contractele concrete care stabilesc drepturi și obligații în sarcina subiecților, istoria dreptului cunoaște forma convențională a creării normelor juridice, situație în care drepturile și obligațiile se manifestă ca reguli de conduită – norme juridice obligatorii pentru părți, în comportamentul lor [8, p. 189].

Contractul normativ are ca trăsătură de bază crearea normelor juridice prin manifestarea liberă a voinței părților și deci presupune procesul de negociere liberă și egală a clauzelor, consemnate juridic. Caracterul clauzelor este obligatoriu și neexecutarea normelor contractuale presupune răspunderea părților. O altă caracteristică importantă este forma specifică de încheiere și ordinea specială de examinare a conflictelor legate de executarea prevederilor lui.

Contractele normativ-juridice, ca izvoare ale dreptului, pot opera în dreptul constituțional, în materia formării federațiilor, ele stabilind principiile fundamentale, convenite de către statele membre (de exemplu, formarea Statelor Unite ale Americii); în dreptul internațional public, manifestat în forma tratatului ori acordului internațional; în dreptul muncii și securității sociale contractul colectiv de muncă este un contract normativ, care evidențiază caracterul general și abstract al reglementărilor relațiilor de muncă, caracterul de permanență, prevederile acestora aplicându-se la un număr nedefinit de cazuri.

Teoria dreptului mai menționează în cadrul contractelor normative și „contractele-tip” rezultate din tendința actuală de standardizare a numeroaselor operațiuni juridice sau „contractele - adeziune”, în care părțile se mulțumesc cu acceptarea și individualizarea lor. Ele sunt

subsidiare dar nu sunt mai puțin izvoare de drept, iar obligativitatea lor pentru destinatari nu e cu nimic mai scăzută [92, p. 139].

Actul normativ juridic ocupă locul central în sistemul izvoarelor dreptului, importanța sa își găsește explicația atât prin cauze istorice, cât și prin rațiuni care țin de trăsăturile lui de conținut și de formă în raport cu celelalte izvoare.

Această categorie juridică include toate formele editate tehnico-legislativ, în care sunt fixate normele juridice de către organele statului, indiferent de denumirea lor – lege, decret, hotărâre, ordonanță guvernamentală, regulamente și ordine ale ministerelor, decizii și hotărâri ale organelor administrative locale.

Cercetătorul I. Dogaru afirmă că actul normativ-juridic are o poziție predominantă în mai toate sistemele naționale de drept din lume, poziție argumentată prin următoarele elemente:

1) actul normativ este creația unui organ al autorității publice, între acestea un rol aparte avându-l Parlamentul, organ compus din deputați și senatori aleși direct de electorat;

2) nevoia societății de siguranță, claritate, ordine și liniște, își găsește suportul în reglementările juridice din actele normative, reguli care pot fi aduse la îndeplinire cu ajutorul forței de constrângere a statului;

3) numai actul normativ răspunde cerințelor de mobilitate a dreptului, ca urmare a dinamicii relațiilor sociale supuse reglementării juridice;

4) numai actul normativ poate acoperi, prin normele sale, întregul câmp de reguli obligatorii pentru întreaga sferă de relații sociale, ce reclamă reglementare juridică;

5) principiul fundamental de drept (și metodă de conducere) al legalității, se realizează și se analizează, în raport cu gradul de respectare a regulilor generale și obligatorii de conduită cuprinse în actele normative;

6) actul normativ este mai susceptibil, decât celelalte izvoare ale dreptului, de a îmbrăca acele forme, întotdeauna scrise, care sunt mai ușor aduse la cunoștință destinatarilor (subiecților de drept), în vederea respectării regulilor ce le cuprinde;

7) actul normativ facilitează opera de înfăptuire a justiției, judecătorul având la îndemână „legea” (actul normativ în care se găsesc normele juridice pe care le aplică);

8) elaborarea normelor juridice este mai facilă și mai sigură prin folosirea actului normativ, ca formă de exprimare a dreptului;

9) modernizarea, încorporarea, sistematizarea și codificarea sunt incomparabil mai ușor de realizat în cazul actelor normative [44, p. 176].

Sistemul actelor normative ale organelor de stat, interdependența acestor acte, precum și ordinea emiterii lor sunt reglementate de constituții și de alte legi. Această reglementare asigură realizarea principiilor democratice ale sistemului de izvoare ale dreptului – supremația legii, caracterul obligatoriu al hotărârilor organelor ierarhic superioare pentru organele ierarhic inferioare, al hotărârilor organelor locale ale puterii în limitele teritoriului din subordine. În felul acesta, se asigură hotărârea uniformă a problemelor principale ale politicii statului în întregul sistem de acte normative.

François Gény [204, p 20] promovează teoria conform căreia legea nu este singurul izvor al dreptului fiind în imposibilitatea de a face față tuturor nevoilor societății. Această teorie se bazează pe următoarele considerente: legea nu poate prevedea totul și este imperfectă prin însăși natura ei; în măsura în care legea a statuat trebuie interpretată ținându-se seama de voința legiuitorului și dacă legea nu a prevăzut și în lipsa unui obicei, judecătorul va proceda prin libera cercetare științifică. Libera cercetare științifică se referă la căutarea soluției în natura pozitivă a lucrurilor, și se va baza pe elemente obiective și științifice.

În continuare autorul menționează importanța menținerii pulsului pe toate schimbările care au loc vis-a-vis de percepția unui fenomen juridic sau a altuia, întrucât la anumite etape se evidențiază chiar degradarea distincției dintre izvoarele dreptului, spre exemplu doctrină, jurisprudență și legislație [204, p. 26]. Cu toate acestea bineînțeles că juriștii contemporani au reușit să accentueze caracteristicile fiecăruia dintre izvoarele dreptului tratate din punct de vedere doctrinar, iar sarcina care rămâne contemporanilor este de a înțelege cum precedentul judiciar penetrează și alte sisteme de drept în afara celui anglo-saxon, fapt care ar trebui reflectat atât la nivel doctrinar cât și la nivel de reglementare juridică pe teritoriul statelor concrete.

Izvoarele dreptului ocupă un loc deosebit în sistemul științelor juridice, contribuind la fortificarea legislației într-un stat de drept. Aplicabilitatea izvoarelor de drept depinde, în mare măsură, de nivelul reprezentărilor teoretice despre ele. Astfel, știința juridică este chemată întotdeauna să îmbunătățească condițiile de existență ale lor, iar practica de aplicare a dreptului, la rândul ei, să realizeze propunerile savanților în domeniu, în scopul creării unui sistem dinamic de funcționare efectivă a izvoarelor de drept.

Practica judiciară și precedentul judiciar, așa cum s-a mai menționat în mai multe rânduri în lucrarea de față, ocupă un loc important în sistemul izvoarelor de drept ale țărilor cu sistem anglo-saxon. Activitatea de creație a normelor juridice revine nu doar organelor legislative, dar și organelor judiciare [76, p. 80].

Practica judiciară este alcătuită din totalitatea soluțiilor și hotărârilor judecătorești pronunțate de către instanțele de toate gradele, prin care s-au interpretat sau aplicat normele juridice la diferite situații concrete. Din punct de vedere etimologic, cuvântul “jurisprudență” provine din cuvintele latine “*juris*”, însemnând drept și “*dictio*”, semnificând pronunțare, iar la origine, *jurisprudencia*” desemna arta și știința juridică, în societatea contemporană. Jurisprudența este un izvor de drept formal ce include experiența practică a organelor judecătorești ce aplică dreptul pozitiv și căruia îi probează și legitimează valabilitatea. Trebuie menționat faptul că jurisprudența este rezultatul interpretării și aplicării dreptului, realizată de organul judiciar potrivit voinței legiuitorului care a edictat norma de drept. În dreptul românesc actual, prin definiție, jurisprudența și precedentul judiciar nu constituie izvor de drept pozitiv, judecătorul având îndatorirea de a se supune legii și de a o aplica în litera și spiritul ei [63].

Titu Ionașcu, clasifică practica judiciară în: jurisprudența obligatorie în virtutea legii, a unei delegări a legii (*secundum legem*), care nu poate fi contestată ca izvor de drept, deoarece puterea ei vine din lege, aceasta nu modifică și nu completează legea, ci doar determină aplicarea ei strict, jurisprudența *praeter legem* (în completarea legii), aceasta are rolul de a completa legea sau de a o suplini acolo unde există lacune legislative, prin interpretarea *praeter legem*, care constituie un tip de interpretare creatoare a legii de către judecător; jurisprudența *praeter legem*, deși formal se păstrează în limitele textului legal, practic deformează conținutul normei juridice, situându-se la limita acestuia [63].

Acest lucru desemnează faptul că în funcție de gradul de exprimare corectă și optimă a normei legale, judecătorului îi revin diferite sarcini. Cu cât legea este mai clară și completă, cu atât judecătorului îi revine sarcina mai ușoară. Dacă legea e neclară, echivocă, judecătorului întotdeauna îi va reveni obligațiunea de a clarifică în cel mai corect mod adevăratul sens al normei, de a da interpretarea cuvenită și de aplicare a acesteia la cazul concret.

În ceea ce privește precedentul judiciar, acesta e definit de profesorul B. Negru drept „o soluție dată de instanța judiciară într-un caz similar anterior” [94, p. 300]. Un alt autor A. Vălimărescu opinează că, rolul jurisprudenței este de a interpreta legea și de a o aplica cazurilor concrete ce se prezintă; de a completa legea atunci când aceasta nu se pronunță asupra unei chestiuni; de a adapta legea noilor condiții de viață ale societății [122, p. 239].

Desigur că este indubitabil faptul că precedentul judiciar este caracteristic sistemului de drept anglo-saxon (*common-law*), precum celui din SUA, Anglia, Canada, etc. În aceste țări, hotărârile pronunțate de instanțele de judecată, care au fost sau sunt apreciate ca fiind creatoare de norme juridice, se consideră izvoare ale dreptului. Doctrina precedentului obligatoriu, sau

stare decisis, se situează în centrul sistemului juridic englez. Aceasta exprimă faptul că, în ierarhia instanțelor englezești, o decizie a unei instanțe superioare este obligatorie pentru o instanță inferioară. În termeni generali, acest lucru presupune că atunci când judecătorii sunt în prezența unei spețe, să verifice dacă o speță similară a fost anterior judecată. Dacă precedentul a fost stabilit de o instanță egală sau superioară ierarhic, judecătorul îl va urma. În situația în care precedentul este stabilit de o instanță ierarhic inferioară, judecătorul nu este obligat să îl urmeze dar îl va lua neîndoielnic în considerare. Cu siguranță acest lucru poate fi desprins anume din poziția ierarhic superioară a celor ce pronunță decizia, astfel încât actul emis de o instanță superioară, deși are același statut de hotărâre judecătorească, totuși va prezenta o forță juridică mai mare. Această forță juridică nu se referă la natura actului ci la organul emitent, cu cât instanța ce a adoptat decizia are o poziție ierarhic mai înaltă, cu atât este mai clar că acea hotărâre, dacă este adoptată în conformitate cu reglementările legale, va dobândi statutul de precedent obligatoriu și va fi luat în considerație și urmat de către instanțele inferioare la adoptarea hotărârilor ulterioare.

Problema precedentului judiciar, ca izvor de drept, s-a pus diferit în diversele sisteme de drept în vremea revoluțiilor burgheze. Astfel, dacă în Germania, Austria, Franța, sub influența codificărilor napoleoniene și a Codului civil francez din 1804, care interzicea tribunalelor să se pronunțe pe cale de dispoziții generale, precedentul judiciar nu a fost inclus printre izvoarele de drept, în Anglia, SUA, Canada el și-a păstrat un loc și un rol deosebit de important. Precedentele judiciare sunt considerate izvoare de drept și în statele cu alt sistem de drept. În Elveția există opinia că unele hotărâri ale Tribunalului federal constituie adevărate izvoare de drept [114, p. 83-105].

În România L. Marcu scrie, „... precedentul judiciar nu constituie un izvor de drept, însă în soluționarea diferitelor spețe, se ține seama și de hotărârile anterioare, îndeosebi de ale instanțelor superioare. Deciziile de îndrumare ale instanței supreme stabilesc o serie de reguli, după care să se călăuzească cele inferioare în aplicarea normelor de drept, când prevederile cuprinse în acestea nu sunt clar exprimate, dar care decurg din acestea. De aici și învoiala asupra caracterului de izvor de drept, deoarece, nu este vorba de o creare a dreptului, ci de simple îndrumări” [91, p. 194]. M. Luburici susține că, „instanțele judecătorești nu sunt chemate să creeze dreptul, ci să-l aplice” [85, p. 68].

În condițiile instituționalizării dreptului și ale ratificării de Republica Moldova a numeroase convenții internaționale, jurisprudența creată în aplicarea acestora în dreptul intern,

dar mai ales de instanțele internaționale, se prezintă ca un factor deosebit de valoros în dezvoltarea principiilor dreptului [10, p. 32].

În opinia noastră, ultimele schimbări produse astăzi în Uniunea Europeană, odată cu aplicarea sistemului european de apărare a drepturilor și libertăților fundamentale ale omului, dar și jurisprudența CEDO, au determinat cercetătorii să studieze aprofundat precedentul judiciar ca izvor de drept, pentru a stabili un mecanism eficient de aplicare a lui și a adopta actele normative necesare, care să clarifice aspectul respectiv.

Pentru reconsiderarea locului și rolului precedentului judiciar în sistemul de izvoare ale dreptului vom menționa că cel mai oportun este ca *prima corelație să se facă între lege și precedentul judiciar*. Bineînțeles că în dependență de sistemul de drept la care ne raportăm, relația dintre acestea poate fi diferită. În acest sens, privitor la corelația dintre lege și precedentul judiciar în sistemul de drept continental, suntem de acord cu autorul englez R. Cross, citat după V. Lungu, care susține, „... în raport cu legea precedentul judiciar se află în stare de subordonare. Prin lege poate fi anulată acțiunea hotărârii judecătorești... Parlamentul democrat ales, nu este în stare să prevadă eventualele conflicte și situații problematice care pot rezulta în procesul de aplicare a legilor. Legile nu vor fi niciodată perfecte ... Anume aici apare necesitatea ca, prin intermediul prerogativelor judecătorești, să se pună în aplicare principiile generale de drept, capabile să suplinească lacunele legislative sau să desfășoare reglementările juridice incomplete” [76, p. 82].

Mai mult decât atât, în cazul prevederilor legislative deficiente, incomplete, instanțele judiciare au menirea de a genera o soluție juridică, în temeiul principiilor generale de drept, aplicabile unui raport juridic concret. Dacă legea este deficientă sau desuetă, judecătorul trebuie să demonstreze că aceasta nu-și îndeplinește funcția de bază - de reglementare echitabilă a raporturilor sociale.

De fapt atunci, când ne referim la corelația dintre precedentul judiciar și un alt izvor de drept, expuse anterior, cea mai relevantă corelație ce poate fi analizată este anume aceasta, întrucât principalul izvor de drept în sistemul de drept romano-germanic este legea, iar în cel anglo-saxon este precedentul și practica judiciară. Iar de pe poziția de izvoare principale ale dreptului din două sisteme de drept diferite dar la fel de importante și la fel de răspândite pe glob corelația pare a fi cea mai relevantă.

Astfel, prima asemănare între lege și precedentul judiciar dacă le comparăm prin prisma celor două sisteme de drept în care fiecare dintre ele reprezintă principalul izvor de drept este că

în aceste două sisteme de drept atât legea cât și precedentul ocupă principala poziție în materie de izvoare de drept.

Altă asemănare ține de caracterul obligatoriu al legii în sistemul de drept romano-germanic și caracterul obligatoriu al precedentului în sistemul de drept anglo-saxon.

Norma de drept clasică desprinsă din lege se caracterizează deci prin: generalitate, manifestată prin aceea că regula de conduită prescrisă este tipică, ea urmând să se aplice ori de câte ori se ivesc condițiile prevăzute în ipoteza ei; impersonalitate, în sensul că se adresează unui număr nedeterminat de persoane; obligativitate, ceea ce înseamnă că norma juridică reprezintă o dispoziție care trebuie aplicată, la nevoie, prin intervenția forței de constrângere a autorității publice; validitate, acesta însemnând, pe de o parte, existența ca atare a normei, iar pe de altă parte, legalitatea actului de emiterie a acestei norme. Cu alte cuvinte, norma trebuie să fie în vigoare și să existe un act legal al emiterii ei, coercibilitate. Dacă, în principiu, norma este reprezentată de bună voie, prin esența sa însă ea este coercibilă, în cazul în care nu se aplică, aplicarea ei putându-se realiza cu forța [109, p. 89].

Cât privește norma juridică desprinsă dintr-un precedent judiciar [190], aceasta este puțin diferită de ceea ce reprezintă norma juridică clasică tratată de doctrina juridică. Astfel, dacă ne referim la normele din textul de lege, destinatarii acestor norme sunt toți membrii societății care la un moment dat se află în circumstanțele descrise de ipoteza normei. Norma desprinsă din precedent este destinată să reglementeze relațiile dintre subiectele ce vin în fața judecătorului pentru a li se soluționa un litigiu, o cauză similară cu cea soluționată prin decizia care servește deja ca precedent. Deci, cel ce aplică acea normă este judecătorul, chiar dacă aplicarea se face cu referire la alte categorii de subiecte de drept.

În ceea ce privește caracterul de obligativitate, și aici diferențele sunt sesizate între lege și precedent. La compartimentul ce urmează în lucrarea de față ne vom referi la diferite categorii de precedente, ceea ce ne dovedește că nu toate categoriile de precedente se bucură de același grad de obligativitate, pe când în cazul legii caracterul obligatoriu este indiscutabil.

Impersonalitatea este una dintre caracteristicile esențiale ale legii, iar în ceea ce privește precedentul judiciar, acest caracter este la fel de relativ ca și obligativitatea. Acest lucru este valabil dacă ne raportăm la toate etapele de existență a precedentului. Astfel, la etapa adoptării deciziei de către instanță, normele din această decizie sunt cu caracter direct aplicabil subiectelor implicate, adică părților din litigiu. Ulterior, în virtutea calității de precedent pe care o dobândește această decizie, normele sale devin imperative pentru toate instanțele sau pentru unele dintre ele. Iar în consecință și obligativitatea acestora este relativă.

În ceea ce privește coexistența legii cu precedentul judiciar în cadrul unui sistem de drept în care fie unul fie celălalt dintre aceste izvoare de drept este considerat izvor principal, aici apare o relație specifică în funcție de sistemul de drept la care ne referim. Astfel, în cadrul sistemului de drept romano-germanic, precedentul poate fi luat în considerație de către instanțe în cazurile expres prevăzute de lege, dar nicidecum acesta nu va lua locul legii. Or, în cazul în care un precedent este contrar legii, cu siguranță se va aplica legea, iar acest lucru este incontestabil conform regulilor din sistemul de drept romano-germanic. În ceea ce privește sistemul de drept anglo-saxon, aici relația este puțin diferită. Precedentul, dacă este adoptat de către instanța superioară, el va fi obligatoriu pentru toate celelalte instanțe în cauze similare sau analogice. Iar această autoritate nelimitată a precedentului nu exclude incoerența cu textul legii. Din aceste considerente, până la proba contrarie, până la recunoașterea unui precedent ca vădit ilegal, acesta se va aplica contrar legii, doar în virtutea faptului că este izvor principal de drept, iar autoritatea emitentă este instanța judecătorească superioară, toate acestea ducând la caracterul de obligativitate absolută.

La corelația dintre lege și precedentul judiciar este necesar să ne referim și la criteriul ce ia în calcul caracterul conduitei prescrise. În funcție de acest criteriu normele juridice se împart în: norme imperative sau categorice, care sunt normele de la dispoziția cărora nu se admite nici o derogare, sub sancțiune. Norme permissive sau dispozitive sunt normele care lasă subiecților de drept latitudinea de a-și alege comportarea în ipoteza dată [208, p. 23].

Referitor la precedentul judiciar, acesta în funcție de tipul său conține norme imperative sau nu? Dacă este vorba de precedent obligatoriu, normele conținute de acesta vor fi imperative. Dacă însă precedentul se înscrie în altă categorie, normele pe care le conține vor avea un alt caracter, neimperativ.

În concluzie, menționăm că, precedentul judiciar 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 [65].

Alt aspect care merită menționat atunci, când ne referim la o eventuală corelare între diferitele componente ale sistemului izvoarelor dreptului este cel ce ține de varietatea importanței ce li se acordă fiecăruia în diferite etape istorice. Astfel, în sistemul romano-germanic, spre exemplu, evoluția istorică demonstrează că în mai multe perioade istorice diferite au fost viziunile asupra locului și rolului fiecăruia dintre izvoarele dreptului în sistemul integrat al acestora.

În ceea ce privește corelația dintre *precedentul judiciar* și *cutumă*, spre exemplu, aici la fel e diferită abordarea în funcție de sistemul de drept la care ne referim. În cadrul sistemului de drept anglo-saxon cutuma este un izvor secundar în comparație cu importanța mare acordată precedentului judiciar. În ceea ce privește sistemul de drept romano-germanic, aici lucrurile stau altfel: atât cutuma, cât și precedentul au semnificații reduse comparativ cu legea ca izvor de drept. Totuși de menționat că în domeniul dreptului internațional cutuma este nominalizată în art. 38 al Statutului CIJ [115] înaintea precedentului judiciar. Deci aici avem un domeniu unde rolul și locul fiecăruia dintre aceste două izvoare rămân a fi deschise spre cercetare, dispute la acest capitol existând numeroase în comunitatea științifică de specialitate.

2.3. Fundamentarea teoretică a autorității precedentului judiciar

Problema autorității precedentului judiciar sau a valorii normative a acestora este aceea de a trata în calitate de izvor de drept, atât din perspectiva sistemului *common-law*, pentru care constituie încă o trăsătură distinctă (chiar dacă, astăzi, forța acestuia nu mai este cea tradițional consacrată [16, p.73]), 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) [65].

Această dispută, care durează de secole, a apărut în jurul problemei privitoare la rațiunile autorității precedentului. Hotărârea dată ar reprezenta o mărturie a judecătorului asupra existenței normei, pe care ceilalți judecători sunt chemați a o urma. Așa de exemplu, John William Salmond publică în 1902 Jurisprudența sau teoria dreptului propunând abandonarea acestor teze, recunoscând că judecătorii au o putere legislativă proprie, pe care o exercită în mod deschis și legal. Autorii contemporani par totuși să aducă anumite atenuări acestei afirmații. Arminjon și colaboratorii săi [200, p. 180] subliniază că efectul principiului *stare decisis* constă în aceea că face, în fapt, din judecător un legiuitor. Ei subliniază însă că, în teorie, cel puțin, judecătorul nu are puterea de a modifica cutuma existentă. El este presupus doar că o declară, o explică, o dezvoltă. Cu toate acestea, autorii citați sunt nevoiți să recunoască că în realitate judecătorul stabilește reguli noi de drept.

Activitatea precedentului poate fi în mod convenabil concepută ca fiind bazată pe o prezumție legală a justeții deciziilor judecătorești [192, p. 199]. Este o aplicație a maximei ”*Res judicata pro veritate accipitur.*” (Un lucru judecat trebuie considerat adevărat). O problemă odată decisă în mod oficial este decisă o dată pentru totdeauna. Instanțele nu vor asculta nici o

presupunere că au greșit, nici nu vor redeschide o problemă, o dată judecată și decisă. Ceea ce a fost pronunțat în judecată trebuie să fie considerat ca doctrină stabilită. ”*Expedit reipublicae ut sit finis litium.*” (Este spre binele public să existe un sfârșit al unui litigiu.).

Când, prin urmare, o speță a fost luată în considerare din punct de vedere judiciar și s-a soluționat, trebuie să fie soluționată în același mod în toate cazurile ulterioare în care, aceeași speță este dedusă judecătii. Numai prin această regulă poate fi obținută acea coerență a hotărârilor judecătorești, care este esențială pentru buna administrare a justiției.

Problemele pentru care sunt necesare răspunsurile juridice sunt fie chestiuni de drept pur sau într-un sens material, chestiuni de fapt. Ambelor li se aplică maxima ”*Res judicata pro veritate accipitur*” [170]. În cazul chestiunilor de drept, această maximă presupune faptul că instanța este prezumată a fi determinat și aplicat corect principiul legal potrivit. Decizia funcționează astfel ca o dovadă a legii. Este, sau în orice caz este considerată a fi, un precedent declarativ.

Dacă legea astfel declarată este îndoielnică, precedentul va merita conservat ca dovadă utilă în sprijinul acestui fapt. Dar dacă legea este deja clară și sigură, precedentul este inutil. A-l conserva ar însemna împovărarea inutilă a culegerilor de rapoarte și i se va permite să cadă în uitare.

În cazul chestiunilor care sunt de fapt, prezumția corectitudinii deciziilor judecătorești duce la stabilirea unei noi autorități, nu la declararea și confirmare a celei vechi. Decizia devine, într-o mare varietate de cazuri, un precedent original. Chestiunea astfel decisă încetează să mai fie una de fapt și devine pentru viitor una de drept. Pentru că instanțelor le este acum oferit un răspuns predeterminat și nu mai este o problemă de libertate a instanței de a dispune.

De exemplu, sensul unei reglementări ambigue este la început o chestiune de fapt. Ocazia este una a exercitării bunului simț și a abilității de tehnică interpretativă. O dată tranșată problema, pentru viitor devine o chestiune doar de drept.

Activitatea precedentelor originale este transformarea progresivă a problemelor de fapt în probleme de drept – termenul problemă de fapt fiind folosit în sensul său cel mai cuprinzător, incluzând toate chestiunile care nu sunt de drept prestabilit. *Ex facto oritur jus* [150]. (Legea se naște din fapte). Creșterea jurisprudenței implică eliminarea graduală a acelei libertăți judiciare căreia îi datorează însăși originea sa. În orice sistem în care precedentele sunt autoritare, instanțele sunt antrenate în forjarea ”cătușelor” pentru propriile mâini [192, p. 200].

În ceea ce privește această operațiune creatoare de lege a precedentelor, problemele sunt divizibile în două clase. Unele admit să li se răspundă în principiu, altele nu. Primele sunt acele

întrebări legate de legea încă nesigură, al căror răspuns este apt să îmbrace forma unui principiu general; cele din urmă sunt acele întrebări de fapt al căror răspuns este unul specific în mod necesar.

Primelor li se răspunde într-un mod abstract, adică eliminând elementele irelevante în acel caz particular, rezultatul fiind o regulă generală aplicabilă nu doar acelei spețe, ci tuturor celorlalte care i se aseamănă din punct de vedere al trăsăturilor esențiale. Cealaltă clasă de întrebări este alcătuită din cele în care nici un astfel de proces de abstractizare, nici o astfel de eliminare a elementelor irelevante nu sunt posibile pentru a da naștere unui principiu general.

Răspunsul la aceste întrebări se bazează pe circumstanțele cazului concret și individual și de aceea nu dă naștere nici unei reguli de aplicare generală. Deciziile juridice sunt izvor de drept doar în cazul acelor întrebări de fapt care admit răspunsuri de principiu. De exemplu, întrebarea dacă pârâtul a făcut sau nu o anumită afirmație este o chestiune de fapt care nu admite nici un răspuns, cu excepția unui concret și specific. Decizia prin urmare nu reprezintă un precedent și nu stabilește o regulă de drept. Întrebarea dacă pârâtul făcând o afirmație a fost sau nu vinovat de fraudă sau neglijență aparține celeilalte clase de întrebări. Dacă se va lua o decizie pe baza unui principiu, se va ajunge la un precedent original și întrebarea, alături de toate cele care îi seamănă vor deveni pe viitor o chestiune de drept pur, predeterminată de regula astfel stabilită.

Suntem de acord cu profesorul D. Baltag care afirmă că, precedentul este o decizie judecătorească înglobând un principiu. Principiul care stă la bază formând astfel elementul de autoritate este denumit *ratio decidendi*. Decizia concretă este obligatorie doar pentru părți, dar este *ratio decidendi* abstract care are forța legii *erga omnes*. Aceasta este adevărata semnificație a diferenței dintre autoritate și principiu. Odată cu găsirea *ratio decidendi* judecătorul trebuie să o aplice la cazul concret și să determine dacă fraza reglementează anume acele raporturi pe care el le examinează [10, p. 33].

Judecătorii afirmă deseori că în măsura în care problema care le este expusă nu este acoperită de autoritate, trebuie să se decidă pe baza unui principiu. Afirmația este un indiciu sigur de creare iminentă a unui precedent original. Aceasta implică două lucruri: în primul rând, că în cazul în care există vreo autoritate în chestiunea în discuție, altfel spus, în cazul în care problema este deja una de drept stabilit, datoria judecătorului este pur și simplu de a urma calea, astfel marcată pentru el, și în al doilea rând, că în cazul în care nu există nici o autoritate, și dacă de aceea, întrebarea, deși încă una de drept, este una în care nu există nici o autoritate directă, este de datoria lui, dacă este posibil, să decidă asupra principiului, adică, să formuleze unele reguli generale și să acționeze asupra lor, stabilindu-se astfel legea pentru viitor.

Deși este de datoria instanțelor de judecată să decidă asupra chestiunilor cu privire la principiu dacă pot, trebuie să aibă grijă în această formulare de principii să se limiteze la cerințele cazului. Adică, ei nu trebuie să stabilească principii care nu sunt necesare pentru decizia corespunzătoare a cazului particular, sau care sunt mai mult decât este necesar în acest scop. Singurele principii judiciare care sunt autentice sunt cele care sunt astfel relevante în tematica abordată și limitate în domeniul lor de aplicare. Toate celelalte, în cel mai bun caz, sunt de eficacitate doar convingătoare. Ele nu sunt adevărate *rationes decidendi* [172] și se deosebesc sub numele de *dicta* sau *obiter dicta* [192, p. 202].

Aceste principii noi sau *rationes decidendi*, prin care instanțele suplimentează legea existentă nu sunt cu adevărat nimic altceva decât principii ale justiției naturale, celeritate practică și judecată sănătoasă. De menționat că *rationes decidendi* reprezintă argumente de drept și nicidecum argumente de fapt [217].

Judecătorii sunt numiți pentru administrarea justiției, dreptății conform legii, în măsura în care legea există, sau în funcție de natură când nu există nici o lege. În cazul în care legea civilă este deficitară, legea naturii îi ia locul. Dar normele naturale nu sunt întotdeauna astfel încât orice om să le poată cunoaște și lumina naturii este de multe ori, doar un ghid incert. În loc de a avea încredere în propriile instincte nederijate, în formularea normelor de drept și rațiune, instanțele sunt, prin urmare, înțelepte în obiceiul de a solicita îndrumare și asistență în altă parte. În stabilirea de noi principii, ei se supun de bună voie la diferite influențe convingătoare care, deși lipsite de autoritate legală, revendică respect și considerație.

Ei acceptă un principiu, de exemplu, pentru că îl găsesc deja încorporat în unele sisteme de drept străine. Pentru că din moment ce este astfel consacrat și autentificat, este presupus a fi unul just și rezonabil. În același fel, instanțele de judecată acordă credit precedentelor convingătoare, *dicta judicare*, opiniilor celor care redactează textele, și oricărei alte forme de doctrină etică sau juridică care li se pare potrivită. Există, totuși, o sursă de principii judiciare care este de o importanță deosebită, și cere o atenție specială. Aceasta este analogia dreptului preexistent.

Reguli noi sunt de foarte multe ori pur și simplu extensii analogice ale celor vechi. Instanțele caută pe cât posibil să facă din noua lege întruparea și expresia spiritului celei vechi – a *ratio juris* [190], așa cum au numit-o romanii. Întregul astfel devine un organism unic și autoconsecvent al doctrinei juridice, care conține în sine un element de unitate și de dezvoltare armonioasă. În același timp, trebuie amintit că analogia este urmată în mod legal doar ca un ghid pentru normele de justiție naturală. Acesta nu are nici un drept independent de recunoaștere. Ori

de câte ori justiția impune acest lucru, este de datoria instanțelor, în crearea de noi legi, să plece de la *ratio juris antiqui*, mai degrabă decât să-l urmeze fără dubii [192, p. 203].

În concluzie am dori să menționăm că, în enunțurile judiciare orice recunoaștere explicită a faptului că, în deciderea întrebărilor cu privire la principiu, instanțele de judecată sunt în realitate în căutarea regulilor și cerințelor justiției naturale și ordinii publice, este rareori regăsită. Măsura prevalenței unei astfel de etici în fața considerațiilor pur tehnice este măsura în care jurisprudența se dezvoltă într-un sistem rațional și tolerabil, spre deosebire de un produs irațional de autoritate și de rutină. Cu toate acestea, afirmațiile oficiale ale legii nu conțin nici o recunoaștere adecvată a acestei dependențe de influențe etice. Motivul principal al acestei particularități este fără îndoială găsit în teoria declarativ fictivă a precedentului și în formele de exprimare judiciare precum și în raționamentul pe care această teorie l-a făcut tradițional. Atât timp cât judecătorii par să fie în căutarea și declararea legii vechi, nu pot exprima în mod adecvat principiile pe baza cărora stabilesc în realitate legea nouă.

Aici considerăm oportună intervenția referitoare la categoriile de precedente regăsite în doctrină și în realitatea juridică. Inițial vom prezenta tipologia precedentelor după C. Criscuoli [213, p. 12], care le divide în: precedente declarative și creatoare de drept; precedente obligatorii și persuasive; precedente absolut obligatorii și precedente obligatorii condiționat. După John Salmond, precedentele se împart la fel în câteva tipuri. Astfel, primul tip de precedent pe care-l vom prezenta este cel declarativ și original. Un precedent declarativ este acela care reprezintă numai aplicarea unei reguli de drept deja existente; regula este aplicată pentru că este deja drept. Un precedent original este acela care creează și aplică o regulă nouă; legea este astfel creată pentru viitor deoarece este aplicată în acel moment. În orice sistem bine dezvoltat, așa cum este cel al Angliei contemporane, precedentele declarative sunt mult mai numeroase decât cele originale deoarece legea este deja stabilită pentru majoritatea situațiilor și deciziile judecătorești sunt de aceea doar declarații ale principiilor pre-existente [84, p. 31]. Precedentele originale, deși mai puține la număr, sunt mult mai importante pentru că doar ele dezvoltă legea. Cele declarative nu modifică legea, ci servesc doar ca o dovadă a legii pentru viitor. Când legea este deja destul de bine evidențiată, așa cum se întâmplă când apare în forma unui statut sau este prezentată cu deplinătate și claritate, raportarea deciziilor declarative reprezintă doar o completare inutilă pentru cea mai mare parte a jurisprudenței [192, p. 187]. Totuși pentru studiu este foarte importantă delimitarea precedentului declarativ de cel original, întrucât funcțiile pe care fiecare dintre ele le îndeplinesc sunt diferite. Cel declarativ nu contribuie practic cu nimic la perfecționarea/crearea/ completarea cadrului legal al statului, el de fapt se încadrează în categoria

hotărârilor judecătorești care vin cu o soluție propriu-zisă pentru părțile direct implicate, cadrul legal nefiind în nici un fel modificat/completat etc. În ceea ce privește precedentul original, acestuia îi revine o cu totul altă funcție, și anume cea de completare a cadrului legal existent, clarificare a conținutului unei norme legale preexistente. Iar aici contribuția este enormă dacă judecătorul sau completul de judecători ce au participat la luarea deciziei au fost imparțiali și obiectivi dar și adevărați profesioniști. În virtutea profesionalismului cu care acționează aici judecătorul, precedentul creat aduce lumină în aplicarea unei norme neclare sau echivoce.

Trebuie totuși înțeles că un precedent declarativ este la fel de adevărat izvor de drept așa cum este și cel original. Autoritatea legală a fiecăruia este exact aceeași. De menționat este totuși că, precedentele originale sunt rezultatul exercitiului intenționat al privilegiului de dezvoltare a legii și de administrare pe care instanțele îl desfășoară. Așa cum o facem de fiecare dată, aici e de menționat că un sistem judiciar profesionist se poate bucura de acest privilegiu nelimitat. Totuși în situația în care sistemul judiciar nu este reflecția profesionalismului, justiției și echității, dreptății etc., acest privilegiu acordat se poate transforma într-un rău pentru societate.

Al doilea tip de precedente, regăsite în mai multe clasificări date de diverși autori, cum ar fi de exemplu, R. Baronauger, este cel autoritar și persuasiv. Acestea două diferă în sensul tipului de influență pe care o exercită asupra viitorului curs al administrării justiției. Or, de fiecare dată când încercăm să catalogăm un precedent ca făcând parte dintr-o categorie sau alta avem în vedere o anume influență pe care acesta îl va exercita asupra sistemului normativ pe viitor. Spre exemplu precedentul autoritar este unul pe care judecătorii trebuie să-l urmeze chiar dacă nu sunt de acord cu el. Îi leagă și le exclude libertatea de judecată pentru viitor. Aici concluzia este că acest precedent cu siguranță izvorăște din practica judiciară a unei instanțe ierarhic superioare celei care este obligată să urmeze acest precedent. Deci, în raport de categoria de instanțe sau poziția ierarhică a lor în sistemul organelor judecătorești, precedentele emise de o autoritate sau alta pot dobândi acest caracter de autoritate sau obligativitate inclusiv în virtutea poziționării emitentului pe această scară ierarhică. Cu toate acestea menționăm că nu doar poziția pe scara ierarhică este luată în calcul atunci când se cataloghează un precedent ca fiind obligatoriu. Este necesar ca în conformitate cu regulile de procedură a statului în care se aplică precedentul acesta să fie catalogat în felul corespunzător. Un precedent persuasiv, pe de altă parte, este acela pe care judecătorii nu sunt obligați să îl urmeze, dar pe care îl vor lua în considerare și căruia ei îi vor atribui importanța pe care consideră că o merită. Influența sa depinde de avantajele și dezavantajele sale și nu de orice pretenții juridice pe care le recunoaște. Judecătorul va aplica precedentul persuasiv exclusiv în situația în care este convins de corectitudinea precedentului,

ceea ce vine în contrast cu situația de aplicare a precedentelor declarative, pe care judecătorii sunt obligați să le aplice indiferent de propria poziție în raport cu corectitudinea acestora [135, p. 218]. De aici, tragem concluzia că, precedentul declarativ este și unul obligatoriu, sau autoritar. Cu alte cuvinte, precedentele autoritare sunt izvoare de drept legale, în vreme ce precedentele persuasive sunt doar istorice. Susținem opinia autorului Seisma V. Ituralde, care ne spune că, precedentele autoritare stabilesc legea în conformitate cu o normă de drept clară, care le atribuie acest efect, în timp ce precedentele persuasive, dacă reușesc să stabilească în vreun fel legea, o fac doar indirect, servind ca temei istoric pentru unele precedente autoritare de mai târziu. Prin ele însele nu au vreo forță legală sau vreun efect [214, p. 52].

John Salmond [192, p. 187] ne prezintă și categoriile de precedente autoritare sau obligatorii:

- (1) Hotărârile străine și în mod special cele ale instanțelor americane.
- (2) Deciziile curților superioare în alte părți ale Imperiului Britanic, de exemplu instanțele irlandeze.
- (3) Hotărârile Consiliului Privat când judecă în calitate de ultimă curte de apel în Colonii.
- (4) Dictoanele judiciare, ceea ce înseamnă, enunțurile legii care merg dincolo de ocazie și fixează o normă care este irelevantă sau inutilă pentru scopul avut în vedere.

Din cele de mai sus înțelegem că caracterul obligatoriu sau autoritar al precedentului derivă totuși și din calitatea de instanțe superioare a celor care adoptă hotărârile respective, idee regăsită în lucrarea de față și anterior.

Așa cum însă am putut vedea, în clasificarea dată de autorul C. Criscuoli, mai avem precedente autoritare absolute și autoritare condiționat, sau așa cum le-am nominalizat anterior, absolut obligatorii și obligatorii condiționat. Este vorba despre o clasificare ce derivă din aplicarea unui criteriu suplimentar precedentelor autoritare/obligatorii. Astfel, mergând pe linia aplicării acestui criteriu suplimentar, în funcție de condițiile care stau la baza respectării și aplicării precedentelor autoritare avem: precedente absolut obligatorii și precedente obligatorii/autoritare condiționat. Ne dăm bine seama că, de fapt avem în vedere obligativitate absolută sau condiționată. În primul caz decizia este obligatorie absolut și trebuie urmată fără discuție, indiferent cât de irațională sau eronată ar putea fi considerată. În vreme ce, pe de altă parte, în cazul unui precedent care are doar autoritate condițională, instanțele posedă o anumită putere limitată de desconsiderare. Această desconsiderare poate avea loc exclusiv în condițiile în care e vădită incorectitudinea precedentului iar o bună administrare a justiției implică neaplicarea acelui precedent [152, p. 235]. Alături de autorul J. Salmond, vom preciza care sunt clasele de

decizii care sunt recunoscute de legea engleză ca absolute și care sunt doar cu autoritate condițională. Autoritatea absolută există în următoarele cazuri:

(1) Fiecare instanță este în mod absolut legată de deciziile tuturor instanțelor superioare. Un tribunal de primă instanță nu poate pune la îndoială o decizie a Curții de Apel, la fel cum Curtea de Apel nu poate refuza să urmeze hotărârile Camerei Lorzilor.

(2) Camera Lorzilor este în mod absolut legată de propriile decizii. ”O decizie a acestei Camere odată pronunțată asupra unei probleme juridice este definitivă pentru Camera și este imposibil să fie ridicată aceeași problemă din nou ca și cum ar fi fost *res integra* și ar putea fi reargumentată și în felul acesta Curții i s-ar putea cere să își schimbe propriile decizii.

(3) Curtea de Apel este legată absolut de deciziile sale și de cele ale instanțelor mai vechi cu autoritate egală, de exemplu Curtea Camerei Exchequer [192, p. 192].

În toate celelalte cazuri cu excepția acestor trei se pare că autoritatea precedentelor este doar condițională. Trebuie totuși remarcat că forța unei decizii depinde nu doar de instanța care o emite, dar și de instanța în care este citată. Autoritatea sa poate fi absolută într-o instanță și doar condițională în alta. O decizie a Curții de Apel are forță obligatorie pentru un tribunal de primă instanță, dar este doar cu forță condițională pentru Camera Lorzilor. Deci aici se revine la ideea de importanță a ierarhizării autorităților judiciare, astfel încât în funcție de instanța emitentă un precedent este obligatoriu în mod absolut pentru instanțele inferioare și nu mai are calificativul de absolut în raport cu instanțe superioare. În consecință se poate afirma că în conformitate cu sistemul judiciar existent astăzi în Marea Britanie, deciziile Curții Supreme, care a luat locul Camerei Lorzilor în 2009 în calitate de ultimă instanță de apel pentru Anglia și doar în cauze civile pentru Scoția, sunt obligatorii în ordine absolută pentru toate celelalte instanțe judiciare organizate conform legii engleze [152, p. 38].

În ceea ce privește dreptul unei instanțe de a nesocoti un precedent cu autoritate condițională, pentru aceasta este nevoie să fie întrunite două condiții. Prima condiție ar fi ca decizia, în opinia instanței unde este citată, să fie una eronată și este greșită în două cazuri diferite: mai întâi când este contrară legii și în al doilea rând când este contrară rațiunii. Este greșită când este contrară legii când există deja o normă de drept stabilită pentru chestiunea în discuție și decizia nu i se conformează. Când norma este deja stabilită, singurul drept și singura datorie a judecătorilor este să o declare și să o aplice. Nu e suficient totuși ca o decizie să fie contrară legii sau rațiunii pentru că, așa cum se menționa mai sus, există o a doua condiție ce trebuie îndeplinită înainte ca instanțele să aibă dreptul să o respingă.

O decizie care ar putea fi anulată în mod corespunzător fără ezitare la momentul când este încă recentă, ar putea, după scurgerea unui număr de ani să câștige putere crescută astfel încât să devină practic absolută și să nu aibă doar autoritate condițională. Acest efect al scurgerii timpului a primit în mod repetat recunoaștere juridică. Este de menționat însă faptul că după o perioadă prea mare de timp poate fi produs efectul opus, indirect, prin conflictul accidental dintre principiul vechi și probabil parțial uitat cu deciziile de mai târziu. Fără să fie anulate în mod expres, precedentele pot deveni cu timpul lipsite de consistență pentru cursul deciziei juridice. Astfel timpul poate înlătura un precedent vechi și să îl lipsească de toată autoritatea. Legea devine animată de un spirit diferit și își însușește un curs diferit și vechile decizii devin învechite și nefuncționale.

Putem afirma că pentru a justifica nesocotirea unui precedent cu autoritate condițională, trebuie ca acesta să fie eronat, fie ca lege sau rațiune și circumstanțele cazului trebuie să nu fie astfel încât să fie aplicabilă maxima *Communis error facit ius* [169]. Decizia greșită nu trebuie să fi ajuns la o asemenea autoritate, prin scurgerea timpului sau în alt mod, încât să i se confere titlul de permanentă recunoaștere, neținându-se cont de viciile originii sale. Or, atâta timp cât nu se recunoaște eroarea, opinia/poziția comună face legea. Doar dovedirea erorii și recunoașterea acesteia în ordine legală ca atare ajută la schimbarea situației și soluționarea prin neconsiderarea opiniei comune ca regulă.

Vom continua cu ideea că precedentul este autoritatea pe care o poate avea o decizie judiciară față de cauzele analoage [171]. Deci, o dată pronunțată decizia greșită și format precedentul incorect, soarta tuturor cauzelor analoage este clară – nici unul dintre participanții direcți nu vor putea obține dreptate atâta timp cât se merge pe ideea *Communis error facit ius*. Tocmai aici se simte necesitatea implicării contrare tradiției din sistemul anglo-saxon, și anume implicarea ce presupune dovedirea și recunoașterea incorectitudinii deciziei care a dus la formarea unui precedent inechitabil, neadecvat. Iar în raport cu precedentul persuasiv, refuzul de a urma un precedent este un act de egalitate, nu de jurisdicție superioară. Două instanțe cu autoritate egală nu au puterea de a-și anula deciziile reciproc. În situația în care un precedent nu este urmat, rezultatul nu este că autoritatea celui mai recent este înlocuită de cea a precedentului mai vechi, ci că vor fi în conflict unul cu altul.

Aici, pare oportună întrebarea dacă un precedent poate fi și abrogativ de drept? Or, poate un precedent anula o normă juridică stabilită anterior printr-un alt precedent? În legătură cu aceasta în doctrina de specialitate se regăsește ideea clasificării precedentelor în constitutive și abrogative. Autorul John Salmond menționează în acest sens că puterea precedentelor, distinctă

și recunoscută din punct de vedere legal ca putere creatoare de drept, este pur constitutivă și în nici un grad abrogativă. Deciziile judecătorilor pot crea legea, dar nu o pot anula pentru că atunci când există reglementări pentru o situație, datoria lor este să o aplice fără discuție. Puterea lor legislativă este limitată strict la completarea lacunelor legislative, la suplimentarea corpului imperfect dezvoltat de doctrina juridică [192, p. 197]. Această prerogativă trebuie înțeleasă ca formă a puterii de netăgăduit a instanțelor de a anula și a nesocoti precedentele în maniera descrisă mai devreme. În sensul său practic, iar nu în teoria legală, acest lucru echivalează cu exercițiul puterii abrogative. Nesocotirea unui precedent nu reprezintă abolirea unei norme de drept deja stabilite, este o negare constitutivă a faptului că presupusa normă nu a existat niciodată.

Nesocotirea unui precedent, spre deosebire de abrogarea unei reglementări, are un efect retroactiv. O reglementare abrogată rămâne valabilă în sensul aplicării tuturor cauzelor care se nasc înainte de data abrogării sale. Nesocotirea unui precedent este similară respingerii juridice a obiceiului ca nerezonabil sau neconformării cerințelor dreptului cutumiar.

Regula că precedentul nu are putere abrogativă trebuie înțeles prin prisma maximei *Quod fieri non debet, factum valet* [189, p. 1058]. Este adevărat că judecătorii trebuie să urmeze legea existentă atunci când există. Ei sunt numiți să îndeplinească legea, nu să o înlocuiască. Dar dacă prin neglijență sau din alte motive această regulă este încălcată și un precedent care intră în conflict cu legea preexistentă este stabilit, nu rezultă doar faptul că această decizie este lipsită de eficacitate juridică. Dacă, prin urmare, un precedent aparține clasei care este absolut autoritară, nu pierde această autoritate, pur și simplu pentru că este contrar legii și nu ar fi trebuit dat. Nici unei instanțe de judecată, de exemplu, nu i se va permite să nu ia în considerare o decizie a Camerei Lorzilor pe un astfel de temei; decizia trebuie să fie urmată fără îndoială, dacă este în armonie cu legea anterioară sau nu. Deci, prin analogie, aceeași situație este valabilă în cazul precedentelor care au doar autoritate condițională.

Am văzut deja că eroarea este doar una din două condiții, ambele fiind necesare pentru a face admisibilă nerespectarea unui astfel de precedent, iar în acest sens, nu produce nici o diferență faptul că eroarea ar consta într-un conflict cu legislația sau în conflict cu rațiunea.

Suplimentar la referințele deja făcute, menționăm că în toate cazurile indiscutabil avem de a face cu o autoritate a precedentului, fie că e vorba de o autoritate limitată, fie că ar fi vorba despre autoritate nelimitată și obligativitate absolută a precedentului.

Nu putem face abstracție și de clasificarea propusă de A. Barbăneagră. Astfel, parafrazând cele menționate de autorul nominalizat, menționăm că la nivel lingvistic și

conceptual se disting următoarele două forme ale precedentului: precedent judiciar cu caracter normativ sau constituțional, care desemnează o hotărâre judecătorească dintr-o cauză concretă ce a creat o normă juridică, prin care s-a modificat o normă juridică sau a fost anulată o normă juridică (ceea ce se poate atribui jurisprudenței Curții Constituționale) și precedent judiciar cu caracter interpretativ sau judecătoresc care nu face altceva decât să tălmăcească o normă juridică [12, p. 7].

Concluzia este că, în doctrină într-adevăr urmează a statua două forme de bază ale precedentului și anume – precedentul judiciar creator de drept și precedentul judiciar interpretativ.

La capitolul ce ține de preocupările doctrinare vis-vis de fenomenul precedentului judiciar nu putem abstractiza frecventa confundare ce se admite între noțiunile de precedent judiciar și jurisprudență.

De fapt la momentul actual, după cum se poate vedea în exprimările unor autori citați în lucrarea de față, deseori prin desemnarea termenului de jurisprudență se are în vedere anume precedentul judiciar. La fel de des se poate întâlni situația în care un specialist sau altul menționând jurisprudența să se refere de fapt la totalitatea de hotărâri judecătorești emise de instanțele judecătorești dintr-o arie geografică concretă, fără a se referi în mod expres la precedentul judiciar în calitate de izvor de drept. Pentru a exclude totuși confundarea acestor noțiuni vom prezenta definiția dată jurisprudenței de către dicționarul explicativ român online. Astfel, jurisprudența desemnează totalitatea hotărârilor pronunțate de organele de jurisdicție într-un anumit domeniu; ansamblu de decizii ale unui tribunal; felul în care judecă în mod obișnuit un tribunal un litigiu. Un alt sens al noțiunii de jurisprudență este analiza naturii dreptului și a sistemelor juridice, filosofia dreptului. Tot aici ni se oferă și posibilitatea desemnării prin cuvântul de jurisprudență a fenomenului științei dreptului, ansamblului de principii juridice ce constituie această știință [57].

Precedentul în general desemnează un fapt, caz, exemplu anterior invocat ca autoritate, ca uz stabilit etc. [58]

Acesta este însă sensul identificat în diverse domenii ale vieții sociale și nu ține neapărat de domeniul juridic. Pe de altă parte, precedentul judiciar este definit ca hotărâre judiciară anterioară care, chiar dacă nu poate constitui izvor de drept penal, are rolul de a orienta practica judiciară la un moment dat [59].

Suplimentar, definiția dată practicii judiciare este: o activitate concretă desfășurată de organele judiciare (organele de urmărire penală și organele de judecată) în legătură cu aplicarea

legii penale și procesual penale în cazurile concrete date în competența lor, precum și soluțiile date de aceste organe problemelor de aplicare a legii care s-au ridicat în activitatea lor (sens larg). Practica judiciară reprezintă totalitatea soluțiilor pronunțate de organele judecătorești în cadrul activității concrete de rezolvare a principiilor date prin lege în competența lor, precum și de înalta Curte de Casație și Justiție prin deciziile de îndrumare emise (sens restrâns) și jurisprudență [60].

Or, chiar și definițiile oferite de diferite dicționare actuale specializate și generale admit o posibilă neînțelegere exactă a delimitării celor trei elemente la care ne-am referit. Deși în conținutul prezentului compartiment ne referim la jurisprudență și precedent judiciar, totuși ceea ce desemnăm prin noțiunea de practică judiciară nu poate fi lăsat de o parte întrucât în anumite cazuri cele trei noțiuni se confundă. Acest lucru se întâmplă în practica actuală de domeniu. Totuși, ajungând la unele rădăcini ale utilizării acestor noțiuni, am putea face lumină și delimita teritoriile de autoritate al unuia sau altuia dintre acești termeni de specialitate. De menționat că, conținutul termenului de jurisprudență exprimă o anumită concepție a ordinii juridice. Jurisprudența acoperă mai multe realități, unele dintre acestea fiind marginalizate pe parcursul istoriei. În scopul limitării riscurilor unui studiu asupra jurisprudenței și precedentului, dar și a corelației dintre aceste două fenomene de natură juridică, este absolut necesar să facem apel la resursele istoriei și filosofiei.

Dacă e să ne referim la precedent, așa cum am putut vedea anterior acesta presupune o normă juridică conținută în textul unei hotărâri judecătorești căreia i se recunoaște calitatea de izvor de drept. Pe de altă parte, dacă referindu-ne la acest gen de izvor de drept spunem că e vorba de jurisprudență, ar apare în mod obligatoriu întrebarea referitoare la ce am vrea cu adevărat să exprimăm: totalitatea hotărârilor judecătorești emise de către instanțele naționale sau internaționale, într-un domeniu sau altul concret luate etc. sau un act normativ – hotărâre judecătorească - cu calitatea recunoscută în cadrul unui sistem de drept concret de izvor de drept.

Pe de altă parte, referindu-ne la jurisprudență de multe ori putem fi înțeleși că avem în vedere știința și filosofia dreptului, întrucât pe bună dreptate și acesta este un sens real pe care-l poate cuprinde noțiunea de jurisprudență, și acest lucru este dovedit de istorie și de filozofie. În aceste cazuri ne exprimăm intenția de a puncta asupra accentelor pe care dorim să le evidențiem în prezenta lucrare, cu intenția de a contribui în măsura în care e posibil, la uniformizarea utilizării celor două noțiuni în limbajul juridic curent.

Școala franceză cu unul dintre reprezentanții săi Francois Geny, a accentuat criza izvoarelor de drept, această școală fiind inițiatoarea ideii de reabilitare a inițiativei libere a

judecătorului în afara spațiului dreptului legiferat. Astfel, F. Geny menționa că judecătorul era obligat să caute soluția justă în natura lucrurilor o varietate a produsului rațiunii și al principiilor degajate din observarea faptelor sociale. Un astfel de judecător realiza o operă științifică în opoziție cu cel ce se baza pe dreptul formal și astfel făcea doar o procedură tehnică [205, p. 36-39]. F. Geny menționează că judecătorului îi revine rolul și misiunea de a realiza o cercetare liberă în baza cunoștințelor profunde a naturii lucrurilor și a legităților vieții sociale și de a defini drepturile fiecăreia dintre părțile aflate în conflict stabilind un echilibru dinamic între interesele implicate, ceea ce contribuie la o evoluție lină a lucrurilor și chiar a societății într-o direcție progresistă, conservând armonia între toate componentele acesteia. În metodica lui Geny se evidențiază dificultatea de a concilia în regim de drept pozitiv libera cercetare științifică cu izvoarele de drept ce au un caracter obligatoriu întru identificarea soluției. Astfel Benoit Frydman menționează pe cât de dificilă pare sarcina judecătorului de a îmbina activitatea de cercetare/interpretare juridică cu cea de aplicare întocmai a legii. Într-adevăr e dificil, dar tocmai de aici și necesitatea ca judecătorul să fie extrem de versat în activitatea sa de soluționare a conflictelor de natură juridică, întrucât întrunindu-se această condiție, judecătorul va putea face acea coeziune între latura științifică de soluționare a unui conflict cu aplicarea corectă a legii așa cum a fost ea adoptată de legiuitor, fără a încălca prescripțiile acesteia [206].

R. Saleilles indică faptul că soluția justă poate fi căutată în referințele obiective, extrase din interpretarea analogică a textelor legii sau din cunoașterea dreptului comparat. Această concepție este de fapt mai apropiată de cea a reprezentanților școlii istorice germane care susținea că voința inițială a legiuitorului contează mai puțin, judecătorul utilizând texte pentru a face dreptul timpului său [3, p. 15-17]. În acest sens, putem adăuga ideea că evoluția relațiilor sociale impune adaptarea cadrului legal, fapt care nu este reușit de către legiuitor. Judecătorul însă este cel care aplică legea, iar aplicarea acesteia are menirea de a clarifica lucrurile, de a aduce legea aproape de subiectele de drept, de a convinge subiectele că legea li se aplică în cel mai optim și corect mod. Astfel, un judecător bine informat, cunoscător bun al dreptului știe să își aplice cunoștințele teoretice selectiv cazului și cadrului legal optim. Iar un sistem al justiției în care toți participanții acționează întocmai cu prescripțiile legii este exact mediul în care asemenea hotărâri judecătorești pot fi pronunțate fără rezerve, iar justițiabilii pot avea încredere deplină în hotărârile judecătorilor. În această situație nu putem confunda știința dreptului cu totalitatea hotărârilor judecătorești sau cu un caz de precedent judiciar concret.

Revenind la ideile lui Fr. Geny, profesoara E. Aramă, menționează că acesta a refuzat ideea denaturării legii, deși credea că judecătorul trebuie să aibă inițiativă liberă în afara spațiului

dreptului legiferat, dar sursa inspirației sale, a judecătorului, nu poate fi doar subiectivă, ci în natura lucrurilor, rațiunii și principiilor ce se degajă din realitatea socială [3, p. 15-17]. Astfel, exact cum se menționa ceva mai sus, judecătorului i se recunoaște autoritatea de a aplica legea așa cum este ea adoptată de legiuitor însă toate interpretările pe care le dă fiecărui caz în parte urmează să fie conectate la circumstanțele concrete întru modelarea limitelor prescrise de lege și integrarea situației de facto într-un cadru juridic optim, care la rândul său i-ar crea premisele optime pentru luarea unei decizii fundamentate pe principiile echității și dreptății și întocmai cu prescripțiile legale.

O asemenea accentuare repetată a libertății judecătorului în pronunțarea deciziilor pe fiecare caz în parte a dus la evidențierea crizei izvoarelor dreptului, provocată de apariția precedentului judiciar în cadrul secolului XIX, ceea ce, în opinia E. Aramă, favoriza conștiința că este posibilă revenirea la un drept neconstrângător provenit din practica judiciară și analizat, comentat de savanți, adică la un drept de autoritate [3, p.15-17]. Aici, întâlnim două noțiuni aparent incompatibile: drept și neconstrângător, întrucât norma legală are un caracter obligatoriu. Ideea este că norma legală, adică dreptul provenit din texte legale este pe de o parte constrângător, obligând la anumite comportamente prescrise expres sau deduse din prescripțiile legii, pe de altă parte el este atât de abstract și extrem de generalizat încât cuprinde orice tipar care generic se supune literei legii, dar care totodată seamănă un fel de incertitudine până la momentul în care intervine autoritatea judecătorului care interpretează și ajustează norma legală la condițiile existente în fiecare caz în parte. Iar această ajustare lăsată la latitudinea judecătorului aduce acel element de neconstrângere. Totuși, nu vorbim de o neconstrângere fără limite, dimpotrivă, decizia pronunțată de judecător este una obligatorie, deci cu caracter de constrângere pentru părțile implicate. Iar îmbinarea aceasta duce la o ramificare a oportunităților ce se deschid în momentul în care precedentul este recunoscut ca izvor de drept sau nu este recunoscut cu această calitate. Astfel, în sistemele de drept unde autoritatea precedentului este cea de izvor de drept, aceste hotărâri ale judecătorului au un caracter obligatoriu nu doar pentru părțile vizate în cazul examinat de către judecător ci mai implică un caracter de autoritate pentru judecătorii care vor examina în viitor cazuri identice sau foarte apropiate ca esență, astfel încât decizia ce urmează a fi luată în aceste cazuri să fie una fundamentată pe precedentul la care ne referim. În cazurile în care ne referim la sisteme de drept care nicidecum nu recunosc precedentului calitatea de izvor de drept, aceste hotărâri judecătorești au autoritate de constrângere vis-a-vis de cei implicați, aici întinderea acestei constrângeri luând sfârșit.

Iar în continuarea celor spuse, menționăm că dacă decizia judecătorească are putere doar pentru părți, în acest caz autoritatea lucrului judecat se opune faptului ca soluția adoptată într-un caz să fie invocată contra unei persoane ce nu are nici o tangență cu procesul de facto în care a fost pronunțată inițial decizia. Ca rezultat al analizei acestei opinii am putea menționa că principiul autorității lucrului judecat nu este incompatibil cu sistemul precedentului obligatoriu. Or, ramificarea ce se degajă din faptul este sau nu precedentul recunoscut cu autoritate de izvor de drept, nicidecum nu exclude conjugarea celor două situații. Autoritatea lucrului judecat se referă la principiul de interes general potrivit căruia ceea ce s-a hotărât printr-un act de jurisdicție, bine sau rău, se consideră că exprimă adevărul și judecata nu mai poate fi reluată. Autoritatea lucrului judecat pune capăt, irevocabil, oricărui litigiu în care părțile au uzat de toate căile de atac deschise și puse la dispoziția lor de către lege. Principiul autorității lucrului judecat este diriguitor, deopotrivă, pentru părțile litigante și judecătorii care au decis prin hotărârea lor, în mod definitiv, asupra unui litigiu. Din punct de vedere procesual, conform dicționarului de specialitate juridică [61], autoritatea lucrului judecat îndeplinește două funcții: una de excepție și alta de prezumție. Excepția autorității lucrului judecat are la bază regula că o acțiune nu poate fi judecată decât o singură dată: *non bis in idem*.

Excepția autorității lucrului judecat impune condiția identității de acțiuni care, potrivit legii, reclamă același obiect, aceeași cauză și aceleași părți. Excepția interzicând judecata repetată a aceleiași pricini, efectul ei fiind peremptoriu, îndeplinește funcția extinctivă a autorității lucrului judecat [61].

Prezumția autorității lucrului judecat are la bază regula că o constatare (nu neapărat în sens de soluție privind raporturile litigioase dintre părți) făcută printr-o hotărâre definitivă nu trebuie să fie contrazisă de o altă hotărâre: *res iudicata pro veritate habetur*. Spre deosebire de excepție, prezumția autorității lucrului judecat reclamă diversitate de acțiuni și identitate de chestiuni. Asemenea situații sunt întâlnite, mai ales, în acțiunile conexe, în cazul cărora, în privința soluționării, una îi succede celeilalte, întrucât prezumția impune consecvență și unitate în judecarea acțiunilor succesive (de exemplu, autoritatea de lucru judecat a hotărârilor penale în procesele civile), îndeplinește funcția normativă a autorității lucrului judecat. Se derogă de la această funcție în cazul despăgubirilor sau a altor prestații periodice, cazuri în care prezumția autorității lucrului judecat - nu poate fi opusă cererii prin care cei interesați solicită, ulterior rămânerii definitive a hotărârii, micșorarea sau încetarea plății ori, dimpotrivă, majorarea ei. Sub ambele forme, autoritatea lucrului judecat poate fi invocată în orice fază a procesului [61].

Mihai Bădescu menționează, și noi susținem această opinie, că decizia judecătorească definitivă, după ce toate căile de atac au fost epuizate, nu mai poate fi privită ca decizie a unui judecător, ci trebuie privită ca decizie a puterii judiciare, având autoritatea lucrului judecat. Ea beneficiază de forță executorie prezumată, conformă cu legea, deci exprimă voința generală. Ca decizie a puterii judiciare, în ansamblul ei, este expresia voinței generale și este creatoare de drept, chiar dacă nu în același mod în care legea este creatoare de drept. Constanta unei atitudini a puterii judiciare creează dreptul, așa-numitul drept jurisprudențial [15, p. 99-100].

Revenind la coraportul dintre precedent și jurisprudență menționăm că totalitatea precedentelor (cu autoritatea de izvor de drept în sistemele de drept corespunzătoare) constituie jurisprudența curților/instanțelor din cadrul acelor sisteme de drept. Pe când precedentul reprezintă regula identificată în textele hotărârilor judecătorești emise pe marginea unei categorii de cauze civile/penale etc. Deci invocând spre exemplu jurisprudența Curții Europene în materie de drept la libera exprimare ne referim în mod categoric la toate hotărârile CEDO pe care aceasta le-a adoptat în cazuri de încălcare a dreptului fundamental la libera exprimare. Dacă însă ne referim la precedentul concret în materie de încălcarea dreptului la libera exprimare în circumstanțe similare, atunci identificăm o hotărâre a C.E.D.O. concretă pe care se vor fundamenta instanțele naționale atunci când vor avea de soluționat litigii similare.

În situația în care invocăm fenomenul juridic de practică judiciară, la fel avem în vedere totalitatea precedentelor (cu autoritatea de izvor de drept în sistemele de drept corespunzătoare) constituite în baza hotărârilor instanțelor din cadrul unui sistem de drept, sau în sens mai restrâns, aceste precedente pot viza regulile desprinse din hotărâri emise pe marginea încălcării unor drepturi concrete. Or, ori de câte ori invocăm precedentul judiciar, în mod cert ne referim la reguli concrete/regulă concretă și nu un ansamblu de reguli sau totalitatea hotărârilor judecătorești adoptate de instanțele judecătorești din cadrul unui sistem de drept.

Un lucru important ce urmează a fi extras din cele de mai sus este că precedentul este cel care nu mai poate fi contestat, menționează Zenati Frederic, deci acea hotărâre judecătorească care fiind pronunțată și ulterior contestată și menținută de instanța supremă se prezumă a formula o regulă de urmat de către instanțele inferioare în cazuri similare/identice. De fapt nimeni nu recunoaște capacitatea unui singur judecător de a formula reguli obligatorii pentru toți ceilalți participanți la procesul de aplicare a dreptului. Aici poate fi invocată divergența opiniilor unor instanțe de același nivel sau rezistența instanțelor inferioare opusă instanțelor superioare [212]. Și acest moment trebuie luat în calcul și depășit în cel mai optim mod întru evitarea acordării unei puteri discreționare nelimitate oricărui judecător din sistem. Spre exemplu, jurisdicția

administrativă face apel deseori la regulile de drept privat pentru a-și crea propria jurisprudență, iar jurisdicțiile civile sunt ținute să aplice regulile de drept public în cazuri de necesitate. Aceste situații fac ca jurisdicțiile de diversă natură să fie puse în fața situațiilor identice dar să găsească soluții diferite în virtutea unei interpretări diferite, ceea ce dă naștere divergențelor de jurisprudență. Din aceste considerente este necesară reglementarea situațiilor divergente invocate de noi mai sus. Astfel, un Tribunal al conflictelor ar putea lua decizia finală în cazuri similare cu soluții anterioare diferite, deși nu există nici un temei care i-ar conferi dreptul *de lege lata* să comită arbitrării jurisprudențiale [209, p. 80].

Henri Batifol a menționat o idee prețioasă, pe care noi o susținem, precum că dacă jurisprudența nu apare ca izvor formal, atunci măcar se legitimează ca și cutuma: normele sociale pot deveni juridice fie prin aprobarea unei autorități publice, fie prin asentimentul popular [201, p. 47-48].

Conflictele de legi și dintre cadrul legal și hotărârile judecătorești pun în evidență trei tipuri de interese: interesele particularilor și cele de afaceri, interesele statului/statelor (în cazul dreptului internațional), interesele societății naționale sau internaționale care este îngrijorată de soluția juridică care urmează să i se ofere într-un caz sau altul [202]. Noi putem parafraza acele menționate de Henri Batifol, invocând că și ideea recunoașterii precedentului judiciar în calitate de izvor de drept are la bază cele trei categorii de interese. Iar în cazul în care ne limităm la interesele individului și a celorlalte subiecte de drept, cu siguranță fiecare dintre ele are interesul de a vedea o ordine clară și corectă în soluționarea cauzelor în care sunt implicați. Iar o justiție integră ce decide absolut corect este exact premisa unei societăți și a unui sistem de drept care poate fără menajamente să recunoască calitatea de izvor de drept precedentului judiciar [202].

Suntem de accord cu opinia E. Aramă că, dacă inițial partizanii normei jurisprudențiale apăreau ca pionieri, apoi la momentul actual această concepție se bucură de sprijinul larg al doctrinei occidentale. Față de amploarea fenomenului jurisprudențial în SUA, în statele-membre UE, în UE și Consiliul Europei chestiunea la ordinea de zi este nu de a afla dacă precedentul este sau nu este izvor de drept, ci de a justifica această consacrare [3, p. 15-17].

2.4. Rolul judecătorilor și juriilor în funcționarea instituției precedentului judiciar

Abordarea instituției precedentului judiciar implică, de asemenea tangențial și chiar esențial multiple aspecte relevante pentru funcționarea sistemului de drept anglo-saxon sau a altui sistem de drept. Această multitudine de aspecte duce la punerea în lumină a felului în care acest izvor de drept exercită influență asupra cadrului legal și a raporturilor juridice în societate.

De aceea am considerat oportună abordarea aspectului instituțional și prin evidențierea rolului corespunzător ce revine judecătorilor și juraților în sistemul de drept anglo-saxon – cel mai relevant exponent al precedentului judiciar în calitate sa de izvor principal de drept.

Astfel, împărțirea funcțiilor judiciare între judecător și juriu creează o dificultate în teoria precedentului care necesită o anumită considerație. Se afirmă de obicei că toate întrebările de fapt sunt pentru juriu, și toate întrebările de drept pentru judecător. Dar am văzut deja că precedentele originale pot fi considerate ca răspunsuri la întrebări de fapt, transformându-le pentru viitor în întrebări pure de drept. Astfel de precedente nu sunt și nici nu pot fi create de juriu în locul judecătorilor. Nici un juriu nu răspunde la o chestiune de principiu, pronunță decizii, dar nu motivații, decide *in concreto*, nu *in abstracto*. În acest sens, acțiunea judiciară a juriilor diferă fundamental de cea a judecătorilor [145, p. 52].

Judecătorii decid cu privire la principiu, ori de câte ori acest lucru este posibil; ei formulează *ratio decidendi* care subliniază decizia lor, urmăresc generalul și abstractul, în loc de a adera la concret și individual. De aici rezultă faptul, menționează J. Salmond că, decizia unui judecător poate constitui un precedent, în timp ce cea a unui juriu nu poate. Dar în tribunale mixte, în cazul în care juriul decide faptele și judecătorul legea, cum obține judecătorul orice oportunitate de a stabili precedente și de a crea noi legi? În cazul în care problema este deja reglementată prin lege, va cădea cu siguranță în competența sa, dar în cazul în care aceasta nu este reglementată, nu este o pură chestiune de fapt care trebuie să fie prezentată juriului, spre distrugerea totală a tuturor oportunităților de a stabili un precedent? Adevărul deja s-a dovedit a fi că, deși toate întrebările de drept sunt pentru judecător, este foarte departe de a fi adevărat că toate întrebările de fapt sunt pentru juriu. Există arii foarte extinse și importante din sfera de fapt care intră în competența judecătorului, și în cadrul acestora mecanismul de investire a hotărârilor judecătorești cu putere de lege are loc. Nici unui juriu, continuă J. Salmond, nu îi este cerut vreodată să interpreteze un statut sau, vorbind la modul general, orice alt document scris. Cu toate acestea, cu excepția cazului în care există deja unele construcții autoritare, acest lucru este evident într-un anumit sens, o chestiune de fapt. De aici, rezultă marele departament de jurisprudență, care își are originea în interpretarea judiciară a legii scrise [192, p. 207].

Regula generală - în temeiul căreia se acționează în mod constant, deși rareori recunoscută în mod expres – este aceea că un judecător nu va prezenta unui juriu vreo întrebare la care el însuși este capabil să răspundă. Aceasta îi oferă un prilej potrivit pentru crearea unui precedent și a unei noi reguli de drept. Ar trebui să fie o chestiune de drept pur, și poate deveni doar ceea ce ar trebui să fie, prin răspunsul *in abstracto* dat de către judecător. Singurele

întrebări care ajung la un juriu sunt acele întrebări de fapt pur care nu admit nici un principiu, și sunt, prin urmare, obiectul corespunzător al acestor decizii concrete și nemotivate pe care juriul le dă [192, p. 209].

Afirmația că legea leagă, obligă, îi determină pe filozofii juriști să îi acorde o atenție deosebită. Forța obligatorie a normelor legale, pretind pozitivității legali clasici, este atribuită faptului că sunt susținute de sancțiuni care emană de la o sursă autoritară ascultată în mod obișnuit.

Hans Kelsen a accentuat în mod repetat în procesul dezvoltării Teoriei Pure a Dreptului că aceste reguli sau norme nu sunt norme morale: moralitatea doar scuză comportamentul care se conformează și dezaproabă comportamentul opus, în vreme ce legea este un ordin coercitiv care caută să atragă sancțiuni pentru comportamentul care se opune normelor sale [148]. În acest sens, el nota ”Teoria Pură a Dreptului continuă în tradiția teoriei pozitivistice legale a sec. XIX” [148] – teoria conform căreia ”însușirea unei legi de a fi obligatorie stă în sancțiunea care îi este atașată” [128, p. 151].

Teoria dreptului ca dispoziții coercitive a fost demontată de H.L.A. Hart în Conceptul de drept. Înainte de acest moment, unul din neajunsurile sale a fost puternic evidențiat de doctrina lui *stare decisis*- ideea că precedentele ar trebui să fie respectate când, în cazurile de mai târziu, faptele materiale sunt aceleași.

Doctrina aduce cu ea numeroase dificultăți – nu în ultimul rând aceea a determinării cazurilor asemănătoare. Dar dificultatea pe care *stare decisis* a ridicat-o pentru pozitivismul clasic legal a fost foarte specifică. Deși o decizie a unei instanțe trebuie (în afara situației în care a fost introdus un apel) să fie acceptată de justițiabili și deși poate stabili un precedent care este la modul general obligatoriu pentru cetățeni nu este limpede imediat ce vrea să spună – deși deseori spunem – că decizia obligă instanțele viitoare.

R. Cross și W. Harris, observă că ”trăsătura specifică a doctrinei engleze a precedentului este natura sa puternic coercitivă” [139, p. 3]. Judecătorii englezi, spre deosebire de omologii lor din multe alte jurisdicții [145, p. 52], ”trebuie să ia în considerare” deciziile anterioare ale instanțelor superioare și ”sunt uneori obligați să urmeze un caz anterior deși au motive întemeiate să nu o facă” [139, p. 3]. Din perspectiva pozitivismului legal clasic, se ridică o dificultate serioasă. Ce înseamnă să afirmi că precedentele obligă? Răspunsul pare să fie acela că precedentele obligă pentru că judecătorii se consideră obligați de ele. Totuși, dacă precedentele obligă, nu ar trebui să existe o sancțiune specifică ce se aplică judecătorului care refuză să respecte *stare decisis*? ”Dacă un judecător în mod constant refuză să urmeze cazurile a căror

soluție este obligat să o respecte”, R. Cross și W. Harris au răspuns, este posibil să se ia măsuri pentru înlăturarea lui din serviciu. Acele reguli sunt reguli de practică și dacă se crede de dorit să se vorbească despre o sancțiune pentru a obliga să se supună, este suficient să se spună că neconformarea poate să stârnească comentarii nefavorabile din partea altor judecători. Inutil să mai spunem că nu sunt multe exemple de acest fel pentru că obligația de a urma o practică își are sursa în faptul că practica respectivă este aplicată cu un mare grad de uniformitate [139, p. 99].

”Regulile” precedentului sunt prudente; judecătorii le aplică pentru a păstra un sistem de jurisprudență. În situațiile în care judecătorii nu doresc să urmeze un precedent se presupune că fie vor distinge precedentul de speța prezentă sau, când este posibil, îl vor nesocoti pe baza unui motiv convingător. Nici judecătorii, nici juriștii nu acordă multă atenție întrebării ce ar trebui să se întâmple cu judecătorul care nu respectă precedentul sau îl neglijează, probabil pentru că aceste situații nu există decât în literatura fictivă [145, p. 52].

Pentru pozitivistul legal clasic totuși, ideea că precedentul impune luarea deciziilor viitoare este de înțeles doar dacă este prevăzută o sancțiune care va fi aplicabilă *prima facie* (la prima vedere) factorilor de decizie când ignoră precedentele. Fără o astfel de sancțiune, nu este clar cum poate fi pronunțată o decizie care să autorizeze o alta. Deși este dificil de precizat cu exactitate când au început instanțele engleze să se considere obligate de regulile precedentului, nu există multe dubii în privința faptului că schimbarea avusese loc la sfârșitul perioadei în care au scris pozitiviștii. Pe la sfârșitul sec. XVIII, a existat cu siguranță o practică a urmăririi precedentelor, dar faptul că nu exista încă o ierarhie clară a instanțelor a făcut dificil, uneori imposibil de spus că o decizie era obligatorie față de alta datorită sursei de la care provenea. Pe la mijlocul sec. XIX, doctrina precedentului cu caracter obligatoriu era în devenire.

Pentru a rezuma, putem afirma că privind legea în Anglia, tabloul este unul complet diferit. În cursul perioadei de formare a istoriei juridice a Angliei, nu a existat un organism legislativ central puternic, ci au existat instanțele puternice ale regelui.

Când o instanță decidea o speță anume, decizia sa nu era lege doar pentru părțile implicate, ci trebuia să fie respectată în spețele viitoare asemănătoare, astfel devenind o parte a legii generale sau comune. Astfel, dreptul anglo-saxon, ca sistem de drept, a cuprins toate regulile care au putut fi generalizate din hotărârile judecătorești. Noi probleme aduceau noi spețe și acestea îmbogățeau regulile sistemului anglo-saxon.

De fapt, acest sistem a fost conceput ca fiind atotcuprinzător și complet; dacă o regulă nu fusese deja elaborată, era responsabilitatea judecătorului să o facă. Astfel, hotărârile judecătorești erau atât izvor cât și o probă a legii, pronunțate în legătură cu spețele prezente.

Ceea ce a dat stabilitate și continuitate acestui sistem a fost doctrina „precedentului”. Odată ce o problemă a fost decisă, aceeași soluție trebuia pronunțată pentru aceeași situație; judecătorul era obligat să aplice decizia inițială, precedentul. Totuși, de vreme ce instanțele țineau la prerogativele lor, regula precedentului era aplicată doar pentru „*ratio decidendi*” sau pentru aspectul precis care era indispensabil și necesar pentru a se ajunge la o decizie. Aspectele neimportante erau clasificate ca și „*obiter dicta*” [173] și nu erau obligatorii. Acestea reprezintă înșiruiuri de argumente, gânduri ale judecătorului și nu în mod necesar esența unei decizii, iar în virtutea acestui fapt ele nici nu sunt obligatorii.

Dacă o situație nouă semăna cu un caz anterior dar nu era exact la fel, atunci existau două posibilități pentru judecător. Dacă simțea că rezultatul dorit din punct de vedere social era să pronunțe aceeași soluție, putea aplica regula cazului anterior. Totuși, dacă judecătorul simțea în alt mod, putea să facă distincția între decizia anterioară și să lase aplicarea sa limitată la situația de fapt specifică pe care o controla. În cazuri extreme, o instanță putea pronunța o soluție anterioară ca eronată și o anula, astfel venind cu un nou precedent pentru speța în discuție.

Primele două tehnici, urmărirea precedentului și aplicarea regulii asigurau stabilitate și continuitate legii cu protecția corolară rezonabilă a părților implicate și siguranța relațiilor de drept. Cele două tehnici menționate la sfârșit, distingerea și anularea, făceau loc flexibilității și permiteau adaptarea la noi condiții. În dezvoltarea sistemului anglo-saxon, pe scurt, pionul principal a fost judecătorul [146, p. 425].

Independența justiției a fost asigurată în Marea Britanie prin Actul de reglementare 1701, care a transferat puterea de a demite judecătorii de la Coroană la Parlament. Ca o consecință, judecătorii ar trebui, teoretic, să-și întemeieze deciziile doar pe baza deducțiilor logice ale precedentului, neinfluențați de considerații politice sau legate de posibilitatea avansării în carieră.

William Blackstone, teoreticianul din sec. XVIII, a introdus teoria declarativă a legii, afirmând că judecătorii nu fac legea, ci doar, pe baza regulilor precedentului, descoperă și declară legea care a existat dintotdeauna: ” (judecătorul) jurând să decidă, nu în conformitate cu sentimentele sale... nici cu propria sa judecată, ci în conformitate cu legile cunoscute și obiceiurile pământului: nu e delegat să pronunțe o lege nouă, ci să păstreze și să interpreteze legea veche” [133, p. 34]. W. Blackstone nu acceptă că precedentul oferă în vreo situație o alegere între două sau mai multe interpretări ale legii: când se ia o decizie greșită, spune el, decizia nouă care o schimbă sau o anulează pe cea veche, nu dă naștere unei legi noi și nici nu afirmă că decizia anterioară a fost eronată, ci se declară faptul că decizia anterioară nu a fost

”lege”, cu alte cuvinte, a fost soluția greșită. Viziunea lui presupune că există întotdeauna o soluție corectă, ce poate fi identificată în urma unui studiu obiectiv al precedentului.

Astăzi, totuși, această poziție este considerată întrucâtva nerealistă. Dacă operațiunea precedentului este știința precisă despre care vorbește Blackstone, un număr mare de cazuri în instanțele superioare nu ar mai ajunge deloc în instanță. Avocații interesați ar putea pur și simplu să caute cazul relevant și să anticipeze care va fi sentința, pentru ca apoi să consilieze clientul care ar pierde să nu mai inițieze acțiunea în instanță sau să nu-l mai argumenteze. Într-o speță civilă, sau în orice caz de apel, nici un avocat bun nu și-ar consilia clientul să înainteze o acțiune sau să o argumenteze știind că nu ar avea nici o șansă să câștige. De aceea, când un astfel de caz este contestat, se poate presupune că, afară de situația când unul din avocați a comis o eroare, ar putea merge în ambele direcții și să fie totuși în conformitate cu legea. Probe suplimentare sunt furnizate de faptul că se poate citi o sentință a Curții de Apel, argumentată ca și cum aceea ar fi unica soluție posibilă în considerarea spețelor anterior decise, și apoi să se descopere că această decizie, aparent inevitabilă, a fost anulată prompt de Camera Lorzilor [151, p. 57].

În practică, deciziile judecătorilor ar putea să nu fie atât de neutre pe cât sugerează teoria declarativă a lui W. Blackstone. Ei trebuie să ia decizii care nu sunt în nici un fel precizate de precedente. Totuși, mai degrabă decât să afirme deschis că aleg între două sau mai multe precedente la fel de relevante, instanțele găsesc modalități să le evite pe cele dificile, ceea ce creează impresia că precedentele pe care aleg să le urmeze sunt singurele posibil aplicabile. Teoretic, doar Camera Lorzilor, care poate să își anuleze propriile decizii ca și deciziile celorlalte instanțe, poate să deroge de la precedent. Toate celelalte instanțe trebuie să urmeze precedentul care se aplică unui caz particular, oricât de mult le-ar dispăcea. De fapt, sunt mai multe soluții la care judecătorii pot recurge pentru a evita precedentele dificile care la o primă vedere ar putea părea obligatorii [151, p. 59]:

1. Distingând precedentele dificile pe baza faptelor – argumentând că faptele cazului supus atenției sunt diferite într-un mod relevant față de acelea ale cazului anterior și de aceea regula stabilită nu i se aplică. De vreme ce e puțin probabil ca faptele să fie identice, aceasta este cea mai simplă cale pentru a evita un precedent dificil și instanțele au făcut unele distincții extrem de limitate în acest sens.

2. Distingând problema juridică – argumentând că problema de drept căreia îi răspunde precedentul nu este aceeași cu cea din cazul în dezbatere.

3. Afirmând că precedentul a fost înlocuit de decizii mai recente și de aceea este depășit.

4. Atribuind precedentului un *ratio decidendi* foarte limitat. Unica parte a unei decizii care formează precedentul obligatoriu este *ratio*, principiul legal pe care se întemeiază decizia. De vreme ce judecătorii niciodată nu afirmă ”acesta este *ratio decidendi*” este posibil să existe dezbateri într-o anumită măsură referitor la părțile deciziei care formează de fapt *ratio* și prin urmare leagă instanțele în cazurile ulterioare. Judecătorii care doresc să evite un precedent nepotrivit pot argumenta prin faptul că acele părți ale deciziei care par să se aplice și în speța lor nu sunt parte din *ratio*, ci sunt doar *obiter dicta*, pe care nu sunt obligați să le urmeze.

5. Argumentând că precedentul nu are un *ratio decidendi* clar. De obicei sunt trei judecători în completul care judecă spețele la Curtea de Apel și cinci la Camera Lorzilor. În situația în care fiecare judecător într-un caz anterior a dat un motiv diferit pentru a ajunge la aceeași concluzie, sau în situația în care, de exemplu, doi judecători de la Camera Lorzilor au același punct de vedere, doi judecători alt punct de vedere și al cincilea nu este de acord cu nici unul, se poate argumenta că nu există un *ratio decidendi* clar pentru decizie.

6. Argumentând că precedentul este neconsecvent datorită unei decizii ulterioare a unei instanțe superioare, care prin urmare l-a anulat.

7. Afirmând că decizia anterioară a fost luată *per incuriam*, adică instanța a comis o eroare, neluând în considerare un act emis de Parlament sau un precedent relevant. Această metodă e folosită rareori de vreme ce subminează categoric poziția instanței inferioare.

8. Argumentând că precedentul este depășit și nu mai este în pas cu gândirea modernă [151, p. 59].

Se poate observa că există destul spațiu de manevră în cadrul doctrinei precedentului, așa că se ridică întrebarea care sunt factorii care ghidează deciziile judecătorești și în ce măsură? Iată câteva posibile răspunsuri.

Ronald Dworkin afirmă că judecătorii nu au cu adevărat libertatea să creeze jurisprudența. El vede legea ca pe o rețea de principii impecabile, care oferă un răspuns corect - și numai unul - oricărei posibile probleme. Dworkin raționează prin faptul că deși normele juridice în vigoare ar putea ”să fie depășite” (în sensul că nu ar mai fi direct aplicabile unui caz nou) principiile juridice rămân valabile permanent și de aceea judecătorii nu au nevoie niciodată să își folosească libertatea de acțiune [149, p. 86].

Profesorul Dworkin afirmă că judecătorii recurg mai întâi la cazurile anterioare și din acestea deduc principiile posibil aplicabile speței deduse spre judecată. Apoi își consultă propriul simț al dreptății și iau în considerare de asemenea și ce ar dicta punctul de vedere al comunității în ce privește justiția. Când punctul de vedere al judecătorului și al comunității coincid nu este

nici o problemă, dar dacă sunt în dezacord atunci judecătorii se întreabă dacă ar fi sau nu corect să își impună propriul punct de vedere în defavoarea celui al comunității. Dworkin numește acest lucru abordare interpretativă și deși pare să implice o serie de alegeri, el consideră că principiile legale care stau la baza deciziilor implică faptul că în final numai un rezultat poate să existe în orice situație [149, p. 86].

Abordarea lui Dworkin a fost criticată dur ca fiind nerealistă: oponenții consideră că judecătorii nu iau în considerare principiile legale ci au o abordare mult mai pragmatică, luând în considerare faptele cazului și nu principiile.

Teoreticienii juridici critici, precum David Kairys [183, p. 126] au un punct de vedere diferit. Ei afirmă că judecătorii au o libertate considerabilă în cadrul doctrinei precedentului. Kairys sugerează că nu există raționament juridic în sensul unei metode logice, neutre de determinare a regulilor și a rezultatelor din ceea ce s-a întâmplat anterior. El afirmă că deciziile sunt de fapt bazate pe ”o combinație complexă de factori sociali, politici, instituționali, de experiență și personali” și sunt pur și simplu legitimate sau justificate prin referirea la cazurile anterioare. Legea oferă ”o varietate largă și conflictuală” de astfel de justificări ”din care instanțele aleg”.

Procesul nu este în mod necesar atât de cinic pe cât pare. Kairys scoate în evidență că nu afirmă faptul că judecătorii iau de fapt decizii și apoi stabilesc ce precedente pot alege pentru a justifica deciziile. Mai degrabă convingerile personale și prejudecățile îi îndrumă în mod natural să dea mai multă greutate precedentelor care sprijină aceste puncte de vedere. Totuși, pentru teoreticienii legali critici, toate deciziile de acest gen pot fi privite ca reflectând decizii sociale și politice mai degrabă decât deducții obiective, pur logice.

Teoria critică afirmă că înfățișarea neutră a așa-zisului raționament juridic ascunde natura adevărată a deciziilor juridice care, prin alegerile făcute, susțin relațiile de putere din cadrul societății, tinzând să favorizeze, de exemplu, angajatorii în detrimentul angajaților, deținătorilor de proprietăți în detrimentul celor care nu dețin, a femeilor în defavoarea bărbaților, și a țărilor dezvoltate, bogate în defavoarea celor nedezvoltate, sărace.

În mod similar, J. Griffith [158, p. 93] afirmă că judecătorii își întemeiază deciziile pe ceea ce consideră a fi interesul public, dar că punctul lor de vedere în ce privește acest interes este dictat de trecutul lor și de poziția pe care o au în societate. El sugerează că trecutul social limitat – de regulă școala publică – al judecătorilor superiori [158, p. 162] combinat cu poziția lor ca parte a autorității stabilite, îi conduce la concluzia că este în interesul public ca ordinea stabilită să fie menținută; cu alte cuvinte, că aceia care sunt la putere – fie la nivel de țară sau la

nivel de servicii - ar trebui să rămână la putere și că valorile tradiționale ar trebui menținute. Acest lucru îi conduce către ”o afecțiune pentru proprietatea privată și o antipatie pentru sindicate, o adeziune puternică pentru menținerea ordinii, antipatie pentru opiniile minoritare, demonstrații și proteste, evitarea conflictelor cu politica Guvernului chiar și când este evident opresivă pentru cei mai vulnerabili, sprijinirea secretului guvernamental, preocuparea pentru conservarea comportamentului moral și social cu care ei sunt obișnuiți”.

După cum relevă J. Griffith, punctul de vedere al judecătorilor asupra interesului public presupune că interesele tuturor membrilor societății sunt aproximativ aceleași, ignorând faptul că în cadrul societății, diferite grupuri – angajatori și angajați, bărbați și femei, bogați și săraci - pot avea interese diametral opuse. Ceea ce apare a fi interes public, va însemna în mod obișnuit favorizarea interesului unui grup în detrimentul altuia și de aceea nu poate fi văzut ca neutru.

J. Waldron [197, p. 77] este de acord cu faptul că judecătorii își exercită puterea de apreciere și că sunt influențați în alegeri de considerații politice și ideologice, dar nu consideră acest lucru ca fiind unul de rău augur. El pretinde că în vreme ce ar fi greșit ca judecătorii să fie părținitori sau să ia decizii bazate pe factori politici în speranța de a fi promovați, este nerealistă așteptarea ca un judecător să fie ”neutru din punct de vedere politic – lipsiți de toate valorile și angajamentele principale”.

J. Waldron scoate în evidență faptul că a fi judecător în primul rând presupune un angajament față de valorile care înconjoară sistemul juridic: recunoașterea supremației Parlamentului, importanța precedentului, obiectivitatea, siguranța și interesul public. El argumentează că acest lucru este prin el însuși o alegere politică și alegerile ulterioare sunt făcute când judecătorii sunt obligați să țină în echilibru aceste valori atunci când ele vin în conflict unele cu altele. Lucrul responsabil care poate fi făcut, conform lui J. Waldron, este anticiparea acestor conflicte și stabilirea ordinii prioritare a valorilor sus-menționate. Acestea vor fi în mod inevitabil decizii politice și ideologice. J. Waldron argumentează că devreme ce astfel de decizii trebuie luate, ”ceea ce trebuie făcut nu este să fie ascunse, ci încercarea de a fi cât mai explicit posibil”. Decât să ascundă astfel de decizii în spatele ”unor geamuri fumurii de mister legal....dacă judecătorii au conceput teorii particulare de morală, politică și societate, ei ar trebui să afirme acest lucru în mod deschis și să le includă în mod explicit în luarea deciziilor” [151, p. 60].

Autorul J. Waldron sugerează ca în situația în care judecătorii au rezerve în legătură cu decizia, ar putea fi un semn că ar trebui să își reexamineze prejudecata și să vadă dacă este o gândire potrivită de care să fie influențați. Mai mult, dacă publicul cunoaște motivarea care stă la

baza deciziilor judecătorilor, ”le putem evalua și constata dacă dorim să ne sprijinim pe asemenea motivații în viitor”.

Deși judecătorii s-au privit ca autoritate care declară și identifică legea mai mult decât autoritate care o creează și deseori declară faptul că Parlamentul are prerogativa de creare a legii, există câteva domenii în care în mod evident ei creează legea [151, p. 60].

Din cele menționate anterior, putem trage concluzia că, în *primul rând*, din punct de vedere istoric, mare parte din lege este și a fost mereu jurisprudența, alcătuită din deciziile judecătorești. Dreptul contractual și prejudicial încă sunt în mare parte rezultatul deciziilor judecătorilor și majoritatea celor mai importante progrese au avut un impact profund. Deși acte ale Parlamentului au fost adoptate în ultima vreme în aceste domenii și ocazional Parlamentul a încercat să încorporeze arii întregi ale dreptului comun în forma statutelor, ele totuși întruchipează principiile originale create de judecători.

În *al doilea rând*, judecătorii au fost lăsați să își definească propriul rol precum și rolul instanțelor. Și-au acordat de exemplu puterea de a revizui deciziile oricărui organ public, chiar și când Parlamentul a hotărât că nu pot fi supuse revizuirii. Și în ciuda afirmațiilor lor frecvente că nu este de autoritatea lor să intervină în rolul creator de lege al Parlamentului, judecătorii au făcut foarte clar faptul că nu vor interpreta statutele ca atentând la drepturile legii comune sau la legea creată de ei, decât în situația în care ar fi obligați printr-o redactare foarte explicită.

Ei controlează de asemenea acțiunea jurisprudenței fără să apeleze la Parlament. Un exemplu evident ar fi Directiva Practică din 1996 care anunța faptul că Camera Lorzilor nu va mai fi legată de propriile decizii, ceea ce a făcut jurisprudența mai flexibilă și a acordat mai multă putere judecătorilor, și a fost luată în baza autorității instanței, fără să fie nevoie de permisiunea Parlamentului.

În situația în care precedentul nu precizează ce ar trebui făcut într-o speță, judecătorii trebuie totuși să ia o decizie. Nu pot decide doar că legea nu este suficient de clară și să o retrimită Parlamentului, deși în unele situații ei scot în evidență faptul că ar fi mai adecvat ca decizia - care cade în sarcina lor - să fie luată de autoritatea îndrituită să decidă în chestiuni legate de schimbări ale legilor.

În *al treilea rând*, aplicarea legii - fie că e vorba de jurisprudență sau de statute - unui caz particular nu este în mod obișnuit o chestiune automată. Terminologia poate fi vagă sau ambiguă, dinamica vieții sociale necesitând atât interpretare cât și aplicare. Așa cum am sugerat, precedentul judiciar nu aduce după sine întotdeauna o anumită decizie evidentă și obligatorie – se poate să existe precedente în conflict, implicațiile lor pot fi neclare și există modalități de

evitare a unui precedent care altfel ar duce la o decizie indezirabilă. Dacă este acceptat faptul că teoria declarativă a lui Blackstone nu se aplică în practică, atunci în mod clar judecătorii fac legea, și nu explică legea deja existentă. Teoriile avansate de Kairys, Griffith și Waldron toate acceptă faptul că judecătorii au libertatea de acțiune și de aceea, într-o anumită măsură ei fac legea.

2.5. Concluzii la capitolul 2

În urma cercetărilor și analizei efectuate în cadrul prezentului capitol putem formula următoarele concluzii:

Izvoarele dreptului ocupă un loc deosebit în sistemul științelor juridice, contribuind la fortificarea legislației într-un stat de drept. Aplicabilitatea izvoarelor de drept depinde, în mare măsură, de nivelul reprezentărilor teoretice despre ele. Astfel, știința juridică este chemată întotdeauna să îmbunătățească condițiile de existență ale lor, iar practica de aplicare a dreptului, la rândul ei, să realizeze propunerile cercetătorilor în domeniu, în scopul creării unui sistem dinamic de funcționare efectivă a izvoarelor de drept.

Evoluția societății a adus câte ceva nou în fiecare etapă de dezvoltare a domeniului juridic, inclusiv în sistemul izvoarelor dreptului. Schimbările au vizat ponderea pe care o ocupa precedentul judiciar în cadrul sistemului dreptului în diferite perioade istorice. În plus, menționăm că această evoluție este specifică nu doar pentru sistemul de drept anglo-saxon ci și pentru cel romano-germanic.

În opinia noastră, ultimele schimbări produse astăzi în comunitate, odată cu aplicarea sistemului european de apărare a drepturilor și libertăților fundamentale ale omului, dar și jurisprudența CEDO, au determinat cercetătorii să studieze aprofundat precedentul judiciar ca izvor de drept, pentru a stabili un mecanism eficient de aplicare a lui și a adopta actele normative necesare, care să clarifice aspectul respectiv.

O altă concluzie este că, fiecare sistem de drept posedă caracteristici puternice de natură distinctă și cuprinzătoare care stabilesc propria individualitate. Acest lucru nu împiedică o țară care are unul din aceste sisteme juridice să împrumute sau să încorporeze unele din trăsăturile tradiționale ale celuilalt. Totuși, când acest lucru se petrece, gradul de încorporare este atât de redus încât nu are efect de modificare a naturii fundamentale a sistemului, care rămâne într-o analiză finală, cu același cadrul legal care consacră același sistem de izvoare ale dreptului.

În enunțurile judiciare orice recunoaștere explicită a faptului că, în deciderea întrebărilor cu privire la principiu, instanțele de judecată sunt în realitate în căutarea regulilor și cerințelor

justiției naturale și ordinii publice, este rareori regăsită. Măsura prevalenței unei astfel de etici în fața considerațiilor pur tehnice este măsura în care jurisprudența se dezvoltă într-un sistem rațional și tolerabil, spre deosebire de un produs irațional de autoritate și de rutină. Cu toate acestea, afirmațiile oficiale ale legii nu conțin nici o recunoaștere adecvată a acestei dependențe de influențe etice. Motivul principal al acestei particularități este fără îndoială găsit în teoria declarativ fictivă a precedentului și în formele de exprimare judiciare și raționamentul pe care această teorie l-a făcut tradițional. Atât timp cât judecătorii par să fie în căutarea și declararea legii vechi, nu pot exprima în mod adecvat principiile pe baza cărora stabilesc în realitate legea nouă.

Doctrina de specialitate clasifică precedentele judiciare în funcție de mai multe criterii, la catalogarea fiecărui precedent fiind foarte importantă poziția instanței care a adoptat hotărârea în ierarhia sistemului organelor judecătorești.

În doctrină urmează a statua două forme de bază ale precedentului și anume – precedentul judiciar creator de drept și precedentul judiciar interpretativ.

În fond, precedentul judiciar astăzi nu mai prezintă izvorul de drept cu influențe primordiale exclusiv în cadrul sistemului de drept anglo-saxon, acesta își extinde treptat aria de acțiune influentă în sistemul izvoarelor de drept, ceea ce determină teoria generală a dreptului să reconsidere locul și rolul precedentului judiciar în sistemul izvoarelor dreptului din punct de vedere teoretico-științific.

Evoluția relațiilor sociale la etapa contemporană impune adaptarea cadrului legal, fapt care nu este reușit de către legiuitor. Judecătorul însă este cel care aplică legea, iar aplicarea acesteia are menirea de a clarifica lucrurile, de a aduce legea aproape de subiectele de drept, de a convinge subiectele că legea li se aplică optim și în cel mai corect mod. Astfel, un judecător bine informat, cunoscător bun al dreptului știe să își aplice cunoștințele teoretice selectiv cazului și cadrului legal optim. Iar un sistem al justiției în care toți participanții acționează întocmai cu prescripțiile legii este exact mediul în care asemenea hotărâri judecătorești pot fi pronunțate fără rezerve, iar justițiabilii pot avea încredere deplină în hotărârile judecătorilor. În această situație nu putem confunda știința dreptului cu totalitatea hotărârilor judecătorești sau cu un caz de precedent judiciar concret.

În sistemele de drept care plasează legea în vârful ierarhiei izvoarelor de drept, în funcție de gradul de exprimare corectă și optimă a normei legale, judecătorului îi revin diferite sarcini. Cu cât legea este mai clară și completă, cu atât judecătorului îi revine sarcina mai ușoară. Dacă legea e neclară, echivocă, judecătorului întotdeauna îi va reveni obligațiunea de a clarifica în cel

mai corect mod adevăratul sens al normei, de a da interpretarea cuvenită și de aplicare a acesteia la cazul concret.

3. LOCUL ȘI ROLUL PRECEDENTULUI JUDICIAR ÎN SISTEMELE DE DREPT CONTEMPORANE

3.1. Precedentul judiciar în sistemul de drept comun

Anterior în lucrarea de față am analizat precedentul în cadrul sistemului izvoarelor de drept într-o abordare doctrinară, referindu-ne la corelația precedentului cu alte izvoare de drept, în special cu legea din punctul de vedere al abordării doctrinei juridice, fapt realizat în scopul unei eventuale reconsiderări a precedentului judiciar în calitatea sa de izvor de drept. În cele ce urmează vom face unele referiri la rolul precedentului judiciar în cadrul diferitelor familii și sisteme de drept într-o evidențiere a locului și rolului acestuia în sisteme de drept concrete.

Această confruntare doctrinară și de cercetare între sisteme nu trebuie privită cu dezaprobare, deoarece ea s-a dovedit foarte productivă, 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, temeiuri 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 Popescu [102, p. 157-158] 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. [65] Și acest lucru se manifestă nu doar în sistemele de drept anglo-saxon, elemente ce denotă împuternicirile interpretative și chiar de complementare a legii pot fi identificate în atribuțiile funcționale ale judecătorilor din sistemele judecătorești din state cu diferite sisteme de drept.

Ceea ce vrem să spunem este că o eventuală comparație între cele două sisteme de drept nu are ca scop favorizarea oricăruia dintre ele, întrucât avantaje și dezavantaje sunt regăsite în ambele sisteme și în sistemele lor de izvoare de drept.

Ceea ce ne interesează cel mai mult, ține de identificarea poziției pe care o ocupă precedentul judiciar în sistemul de izvoare de drept în realitatea juridică a celor două mari familii de drept, dar și în cea a sistemelor de drept naționale, pe care le vom aborda tangențial în cadrul prezentului capitol.

Vom menționa că, două puncte de referință vitale pentru o comparație a izvoarelor dreptului pozitiv și civil sunt „legislația” și „deciziile judecătorești”. Pentru a inversa fraza, în gândirea sistemului anglo-saxon distincția ar fi „jurisprudența” și „legea adoptată”. Este necesară examinarea lor în familia de drept comun și romano-germanic în principal. Acest lucru devine imperativ, reieșind din faptul că, într-un sistem de drept și în celălalt coexistă legea și hotărârile judecătorești, și într-o manieră mai accentuată sau mai puțin accentuată ambele categorii de izvoare conturează într-un fel sau altul evoluția relațiilor sociale și evoluția justiției. Bineînțeles că nu excludem celelalte izvoare din câmpul de comparație, doar că lor le este alocat mai puțin spațiu în virtutea faptului că nici într-un sistem de drept nici în altul celelalte izvoare de drept nu constituie izvoare de drept principale.

În studiile comparate se concluzionează că rezultatul final este aproximativ același în ambele familii de drept. Sistemul anglo-saxon începe cu o bază formată din precedent, incluzând de asemenea și abordări legislative, iar sistemul romano-germanic începe cu o bază formată din legi și încorporează evoluția precedentului judiciar.

Ca izvoare de drept pozitiv, legea și hotărârile judecătorești își au locul în ambele sisteme, dar importanța lor este foarte diferită. Nu conduce la înțelegerea celor două familii de drept să spunem că diferența este doar una de grad.

În ciuda faptului că legislația se regăsește în dreptul anglo-saxon și fără să ținem cont de importanța deciziilor judecătorești într-o țară cu sistem romano-germanic, diferența fundamentală în natura celor două sisteme continuă să se exprime în multe alte modalități. Statutele în Anglia și hotărârile care creează dreptul în Franța nu au adus nici o schimbare în clasificarea familiilor de drept respective. Din contră, importanța diferenței dintre cele două familii de drept este confirmată de o examinare a materialelor doctrinare, educația juridică și modalitățile de cercetare ca și de organizarea și funcționarea sistemelor lor legale [146, p. 427].

Ca urmare a importanței relative a legislației și a hotărârilor judecătorești în cele două familii de drept apare un număr de alte consecințe esențiale printre care trebuie menționate natura și locul materialelor doctrinare, educația juridică și cercetarea.

Așa cum deja s-a menționat, bineînțeles că există legislație și în țările cu sistem anglo-saxon. Prima trăsătură frapantă legată de această legislație este faptul că statutele/reglementările

nu sunt formulate în mod obișnuit ca principii generale ci cuprind mai degrabă reguli specifice care urmăresc să controleze anumite situații de fapt, specificate, în detalii considerabile.

În considerarea locului pe care îl ocupă legislația în sistemul anglo-saxon, este necesar să ne amintim faptul istoric legat de creșterea rolului Parlamentului ca o expresie populară pentru a contrabalansa puterea regelui. Din partea lor, regele și organizarea eficientă a instanțelor regelui au manifestat o atitudine ostilă față de Parlament și puterea sa în creștere. Judecătorii au refuzat să acorde vreo valoare actelor pregătitoare și au căutat prin toate mijloacele să minimizeze încălcarea sistemului lor. Acest lucru a dus la adoptarea de metode foarte stricte de interpretare statutară.

În schimb, pentru a contracara aceste tactici judiciare restrictive, conceperea proiectelor care urmau să fie dezbătute legislativ, a devenit o artă în exprimarea detaliilor succinte pentru a se asigura îndeplinirea maximă a intenției legislative în situații specifice.

În sistemul romano-germanic de drept legea se bucură de abordare diferită atât din partea doctrinarilor cât și de către comunitatea de profesioniști implicată în aplicarea legii.

Pe de altă parte nici sistemul romano-germanic nu poate nega precedentul judiciar nici din perspectivă istorică și nici din perspectivă futurologică. Astfel, spre exemplu, așa cum s-a mai menționat anterior în lucrarea de față extinderea Uniunii Europene și includerea de state cu sisteme de drept diferite în arealul judiciar unic al UE creionează perspective totalmente noi pentru practica de influență exercitată de precedentul judiciar asupra legislației și asupra aplicării dreptului. De aici și actualitatea unei comparații între cele două sisteme de drept din perspectiva regăsirii locului și rolului precedentului judiciar în sistemul judiciar al UE. Astfel, pe lângă multiculturalitatea UE în general putem vorbi despre o multiculturalitate juridică a UE, care, așa cum menționa Stevan Tontid citat de Munzberg Olav – este sensul civilizației [93, p. 10].

Cu siguranță nu putem face abstracție de faptul că de-a lungul istoriei continentului european au fost numeroase încercări de unificare a statelor din Europa [5, p. 3], indiferent de sistemele de drept aplicabile pe teritoriul fiecăruia dintre ele. De fapt sistemul de drept ce funcționează pe teritoriul unui sau altui stat nicidecum nu constituie un impediment pentru realizarea obiectivului de integrare europeană a statului. Dimpotrivă, unicul factor ce se referă la sistemul de justiție și la funcționarea sistemului judiciar este cel ce se referă la calitatea actului de justiție. Astfel, înalta calitate a actului de justiție este unica cerință din partea UE iar izvoarele de drept sau ierarhia lor nu reprezintă decât niște condiții acceptate de UE în virtutea sistemului de drept al statului ce aderă sau candidează la statutul de membru al UE.

Tocmai diversitatea culturală juridică, diversitatea calității actului de justiție, diversitatea ierarhiei izvoarelor de drept în statele UE fac ca abordarea subiectului din prezentul compartiment să capete o actualitate și originalitate incontestabilă. Or, integrarea în Uniunea Europeană, dorința de a avea o Constituție comună, nașterea sau întărirea instituțiilor europene sunt primele semne ale acesteia. Unii consideră că acestea sunt urmări firești ale dorinței de a crea în Europa o contrapondere a puterii americane [199, p. 55], în timp ce de pe alte poziții se aude chiar ideea de instaurarea unei noi ordini mondiale [193, p. 151].

Reiterăm totuși că această comparație, sau expunere de argumente pe marginea locului și rolului precedentului judiciar în cadrul sistemului de drept romano-germanic și în cadrul celui anglo-saxon nu încearcă subminarea autorității oricărui alt izvor de drept în cadrul acestor familii de drept și nici în cadrul celorlalte ce urmează a fi prezentate.

Înainte de a identifica locul precedentului judiciar în cadrul familiei de drept comun este nevoie de câteva precizări. Astfel, sistemul de drept *common-law* se caracterizează prin coexistența a trei subsisteme normative autonome și paralele, care reglementează, fiecare, uneori în mod diferit sau chiar contradictoriu, relațiile sociale: *common-law* (în sens restrâns), *equity* și *statute-law*. Ele exprimă, de fapt, cele trei izvoare principale ale dreptului englez. Cel mai vechi dintre ele este *common-law*.

Common-law-ul (termenul provine din *commune ley* - legea comună) își găsește originile în cutumele aflate în vigoare înainte de cucerirea normandă și care au fost menținute și după aceasta, printr-o declarație a lui Wilhelm Cuceritorul. El reflectă opera de unificare a acestor cutume locale într-un drept comun pentru întregul regat. După cucerirea normandă exista un mare număr de organe jurisdicționale care aplicau, fiecare, cutume și reglementări diferite. Regele nu exercita decât ceea ce se numea „o justiție supremă”, care nu opera, cel mai adesea, decât atunci când „pacea regatului” era amenințată. *Curia Regis*, instanța regală reprezenta o jurisdicție de excepție. Cu timpul, din aceasta s-au desprins Curțile regale de justiție, care și-au lărgit competența și, încetând să-l mai urmeze pe rege în deplasările sale, s-au stabilit la Westminster. Deci chiar sistemul de *Common-Law* a suferit modificări aduse de evoluția istorică a societății în care acest sistem funcționa [164, p. 2].

Iar în sprijinul mobilității de care am amintit vin următoarele evenimente: în secolul al XIII-lea existau trei astfel de Curți: Curtea eșichierului (*Exchequer*), competentă îndeosebi în materie financiară, Curtea plângerilor comune (*Common Pleas*), competentă îndeosebi în materia proprietății funciare și a posesiunii imobiliare și Curtea băncii regelui (*King's Bench*), competentă în materia penală și de tulburare a păcii „Regelui”. Cu timpul diviziunea de

competență dintre cele trei curți a dispărut, fiecare din ele dobândind o competență generală. La mijlocul Evului Mediu, Curțile regale au rămas singurele organe judiciare din Anglia.

Organizarea Curților superioare a variat în decursul timpului. În anii 1873 și 1875 aceste Curți au fost reorganizate, legile purtând denumirea de *Judicature Acts*, creând o curte superioară unică, *Supreme Court of Judicature*. În anul 1971, o lege intitulată *Courts Act* a prevăzut organizarea, în cadrul Curții Supreme, a trei entități judiciare distincte: *High Court of Justice*, *Crown Court* și *Court of Appeal*.

Pentru a înțelege modul în care s-a creat *common-law*-ul este necesar să cunoaștem cum funcționau Curțile regale. Sesizarea acestor Curți nu reprezenta, cel puțin până în anul 1875, un drept al justițiabililor. Ea nu se putea face decât în temeiul unui privilegiu pe care justițiabilii îl căpătau adresându-se Cancelarului - mare ofițer al Curții regale. Aceasta urma să acorde un writ (ordin) care atesta dreptul părții de a sesiza Curțile regale. Cu timpul, *writs*-urile nu s-au acordat de la caz la caz, stabilindu-se în schimb o listă denumită *brevia de cursu*. Această listă prevedea anumite situații litigioase în care contra plății unei sume de bani, Cancelaria regală elibera writ-ul [165, p. 829].

Puțin câte puțin, lista „*writs*-urilor” creștea, lărgind în mod continuu competența Curții regale în dezavantajul jurisdicțiilor senioriale. Aceasta a fost de natură să determine o reacție a aristocrației care se vedea frustrată de puterea de a judeca și de o importantă sursă de venituri.

Dupa ce în anul 1215 regele Ioan fără Țară fusese constrâns de nobili să acorde acel act denumit Magna Charta Libertatum, expresie a compromisului dintre regalitate și nobilime, un document, după unii autori, de cea mai mare importanță pentru istoria dreptului englez, cel de al doilea statut de la Westminster a exprimat, la rândul său, același compromis, pe baza unui statu quo. Nici un writ nou nu mai putea fi creat decât de Parlament; *brevia de cursu* era înghețată, Curțile regale urmând a judeca numai potrivit categoriilor de *writs*-uri, în *cosimili casu*, în acele spețe ce prezentau o mare asemănare cu cele în care se eliberaseră deja *writs*-uri. În aceste acte se regăsea un ordin adresat justiției locale - șerifilor ce se aflau în provincii – să efectueze anumite cercetări sau acțiuni judiciare pentru clarificarea anumitor fapte [10, p. 35].

Evoluția dreptului englez a continuat pe o cale nouă, aceea a acțiunilor *on the case*, în care instanțele se autosesizau, în temeiul unei declarații făcute de reclamant. Totuși, abia în anul 1875, o reformă importantă a recunoscut dreptul oricărui cetățean de a se adresa în mod direct instanțelor judecătorești.

Privit din afară, *common-law*-ul apare ca o însumare de precedente. Regula precedentului a început să se contureze începând cu finele secolului al XVIII-lea. Deciziile curților de justiție:

Înalta Curte, Curtea de Apel, Camera Lorzilor (instanța supremă) se impun jurisdicțiilor de rang inferior. Curtea de Apel - mai mare în grad - poate anula o decizie dată de Înalta Curte, iar Camera Lorzilor poate anula o decizie dată de Curtea de Apel. Noul precedent îl anulează pe cel vechi. Deciziile date de Curtea de Apel o leagă pe ea însăși, cu excepția cazurilor în care sunt incompatibile cu cele ale Camerei Lorzilor sau în care au fost pronunțate *per incuriam*, cu neglijență. Camera Lorzilor - organ judiciar suprem – este întotdeauna legată de hotărârile sale.

Ceva mai sus se menționează că vom aduce argumente pro și contra sistemului specific de izvoare din sistemul de drept anglo-saxon. Acestea vor viza în primul rând avantajele și dezavantajele sistemului de *case law*.

Astfel, Catherine Elliot înscrie următoarele: a) corectitudinea pe care o oferă pentru rezolvarea fiecărui caz care este esențialmente similar; Precedentul implică posibilitatea pentru persoanele în litigiu să se aștepte la aceeași decizie cu cea pronunțată într-un caz similar și nu la o decizie aleatoare a judecătorilor; b) posibilitatea de creștere, de adoptare permanentă a unor reguli noi de drept, adaptate noilor circumstanțe și cerințelor unei societăți în continuă schimbare. Această teorie a unei “piețe libere a ideilor legale” a fost introdusă de filozoful Friederich August von Hayek, în 1982, care vedea precedentul dezvoltându-se în concordanță cu forțele pieții și legea apărând ca răspuns la cererea societății; c) bogăția în reguli de detaliu. Altfel spus, precedentul este răspunsul la situații reale, opuse legii care se bazează mai mult pe teorie și logică. Precedentul arată aplicarea detaliată a legii în diferite circumstanțe oferind astfel mai multe informații decât legea; d) caracterul practic, putând răspunde cu ușurință nevoilor cotidiene [151, p. 31].

Bineînțeles că valoarea argumentelor privind avantajele sporește exclusiv în condițiile prezentării dezavantajelor, ele putând fi combătute doar în această manieră. În consecință, dezavantajele sunt, după cum urmează: a) rigiditatea: o regulă odată fixată, nu mai poate fi modificată. Acest aspect prezintă ipoteza perpetuării pe o perioadă îndelungată a unui precedent necorespunzător, înainte ca acesta să poată fi modificat de o instanță superioară; b) pericolul unor distincții nelogice, care să conducă la aplicarea anumitor reguli în situații pentru care nu sunt create, datorită obligativității aplicării precedentului, cu excepția situației în care faptele cauzei sunt semnificativ diferite; c) volumul și complexitatea care îngreunează considerabil cunoașterea normelor aplicabile, altfel spus, dificultatea sistematizării precedentelor, datorită numărului mare, creându-se ambiguități în identificarea și aplicarea lor [104, p. 6]. Catherine Elliot și Frances Quinn [151, p. 32] menționează ca dezavantaje și: d) imprevizibilitatea, când avantajul certitudinii poate fi pierdut datorită distincțiilor nelogice, făcând astfel imposibilă

determinarea precedentului care trebuie aplicat unei spețe noi; e) dependența de șansă, în sensul că schimbările importante aduse precedentului pot surveni doar ca urmare a determinării și resurselor financiare de care o persoană dispune, pentru a apela decizia, permițând astfel crearea unui nou precedent; f) progresia nesistematică: Precedentul se dezvoltă în concordanță cu faptele fiecărei cauze și astfel nu oferă un cod cuprinzător, o serie întreagă de reguli putând fi construite pe un caz, întreaga structură prăbușindu-se în situația anulării sale; g) lipsa de cercetare. Judecătorilor li se prezintă faptele cauzei și argumentele legale și sarcina lor este să decidă asupra rezultatului acelei dispute. Din punct de vedere tehnic, nu sunt preocupați de implicațiile sociale și economice ale deciziilor lor astfel încât nu pot consulta experți sau autoriza o cercetare în acest sens, așa cum procedează Parlamentul când schimbă legea; h) efectul retroactiv; Schimbările aduse de precedent se aplică evenimentelor care s-au petrecut înainte ca speța să fie dedusă judecății, spre deosebire de lege, care de regulă se aplică doar evenimentelor care se produc după intrarea sa în vigoare; i) caracterul nedemocratic; Judecătorul nu poate egala experiența și viziunea legiuitorului și spre deosebire de acesta, nu răspunde în fața oamenilor.

Datorită acestor inconveniente, principiul *stare decisis* suferă în practică anumite atenuări. Judecătorii înșiși recurg uneori la anumite distincții artificiale pentru a ajunge la hotărâri diferite sau chiar opuse precedentului de la care pornesc. Ei sunt scutiți să apeleze la asemenea soluții, atunci când precedentul este în mod manifest nerațional sau prezintă inconveniente (*plainly unreasonable and inconvenient*), ori dacă este în opoziție cu o regulă socotită „cardinală” în dreptul englez. Aceste atenuări, de natură să elimine unele din dezavantajele semnalate, nu fac însă altceva decât să sporească puterea judecătorului care, practic, poate legifera neîngrădit. Tocmai aici menționăm că generalizarea extremă prin impunerea precedentului nu este acceptată chiar de sistemul *common-law*. Acest tip de generalizare în diferite perioade istorice era considerată inadmisibilă, căci, specificul vieții fiecărui subiect de drept, împreună cu circumstanțele personale, determină o specificitate a speței, deci o abordare diferită, un tip de raționament, valori aparte, în numele cărora urmează a fi luată hotărârea [48]. Materialul de fapt este irepetabil, dar procedura, algoritmul trebuie să dea „predictibilitate și consistență procesului de luare a deciziilor” [159, p. 232]. Urmându-i pe teoreticienii englezi putem spune că regula precedentului nu este o matriță de aplicat mecanic și nici după bunul plac al judecătorului, ci un set de reguli de raționament (*rationes decidendi*) formulate în deciziile anterioare și care trebuiesc urmate spre a fi siguri că aspectele identice vor fi decise identic, iar diferitul – diferit. Întocmai cum în dreptul românesc putem vorbi despre „puterea de lucru judecat”, în cel englez se invocă puterea exemplului sub aspect procedural, din

deciziile anterioare (*stare decisis*). Nu se preia decizia, ci silogismul și limitele deja statuate. Gheorghiu L. Spune că „Sistemul *common-law* constă în aplicarea acelor reguli pe care le derivăm din principiile juridice și precedentele judiciare, la noi combinații de circumstanțe, pentru a obține uniformitate, consistență și certitudine” [48].

Față de acest mod de elaborare a dreptului, norma de drept însăși prezintă în sistemul englez un anumit specific. „*Legal rule*” prezintă un grad de generalitate mai redus decât norma de drept din sistemele continentale.

Equity reprezintă în fond un corectiv adus regulilor de *common-law*. Marea maladie a oricărui sistem de drept bazat pe precedente este perimarea. Perpetuându-se timp îndelungat, dreptul creat de precedente ajunge nereceptiv la impulsurile sociale, ostil oricărei societăți în evoluție. La origine, *equity* dădea expresiei ideii că în fața unei legi nedrepte, supușii pot face apel la rege care - bazându-se pe imperativele conștiinței – puteau acționa *contra legem*, restabilind echitatea încălcată. În fapt, nu regele, ci funcționarul său, Cancelarul, era cel care soluționa plângerile. Niciodată intervenția Cancelarului n-a fost prezentată ca fiind de natură să modifice legea. Dimpotrivă, una din maximele cele mai cunoscute ale dreptului englez este tocmai „*Equity follows the law*” [174] care semnifică faptul că echitatea urmează *common-law*-ul. Cancelarul se ferea întotdeauna de a declara regula de drept inaplicabilă. Mijlocul său - în perioada inițială cel puțin - era acela de a refuza eliberarea unui *writ*, împrejurare ce lipsea pe una din părți de dreptul de a sesiza instanța, întârziind pe calea unor ordine executarea anumitor acte sau impunându-i efectuarea altora de natură să anihileze intervenția justiției. În caz de nesupunere, Cancelarul putea ordona întemnițarea celui nesupus ori sechestrarea bunurilor sale.

Curtea Cancelarului a desfășurat în felul acesta o operă creatoare, îndeosebi în materie civilă. Cu timpul, ea a început să soluționeze toate cazurile care - ca urmare a inexistenței unor *writs*-uri speciale - nu puteau fi soluționate de instanțele de *common-law*, precum și, mai târziu, chiar cauze ce ar fi fost de competența acestora, când acțiunea era respinsă în drept, sau când *remedy* – soluția dată de ele - nu era eficace. S-a creat în modul acesta, în decursul secolelor, Curtea Cancelarului, considerându-se, la rândul său, legată de principiul precedentului, o a doua reglementare legală, paralelă și uneori contradictorie cu cea dintâi. Aplicarea uneia sau celeilalte reglementări a ajuns să depindă de faptul că reclamantul se adresa Curților de la Westminster sau Curții Cancelarului.

Rolul *equity*-ului în dezvoltarea dreptului englez este enorm. E suficient să menționăm că multe din instituțiile cele mai însemnate ale acestuia ca *trustul*, *uses*, *injunctions* au fost create de Cancelar. *Equity* a adus, de asemenea o serie de perfecționări și completări esențiale anumitor

instituții de *common-law*. Totuși, *equity* nu a reușit să devină un sistem normativ complet care să acopere o arie de reglementare asemănătoare cu *common-law*-ul, rămânând, mai curând, o colecție de norme oarecum disperate, de corective aduse acestuia.

Așa cum spuneam mai sus, pentru a aduce în vizor locul precedentelor în sistemul de drept anglo-saxon, vom încerca să evidențiem importanța lor pentru sistemul de drept anglo-saxon.

Bineînțeles că importanța precedentelor judiciare a reprezentat întotdeauna o trăsătură caracteristică a dreptului englez. Marele corp de legi comune sau nescrise este aproape în întregime produsul cauzelor soluționate, adunate într-o serie mare de rapoarte care merg în urmă cu o mică pauză în timpul domniei lui Edward I la sfârșitul sec. XIII. Nici legea romană, nici unul din sistemele moderne care s-au fondat pe baza acesteia nu acordă importanță sau autoritate precedentului, mai mult decât aceea că are aceeași influență ca orice expresie a unei opinii legale oficiale. Un precedent judiciar vorbește în Anglia cu autoritate; nu este o simplă dovadă a legii, ci însăși o sursă a ei și instanțele sunt obligate să urmeze legea care este astfel stabilită.

Este evident că trebuie să atribuim această trăsătură a dreptului englez poziției autoritare și puternice ocupată mereu de judecătorii englezi. De timpuriu judecătorii curților regelui au fost un corp compact și mic de jurisconsulți. Au lucrat împreună, impunându-și propriul punct de vedere asupra legii și justiției pe întreg domeniul și stabilind un sistem omogen singular de lege comună. Ei au creat și interpretat cu autoritate acest sistem și și-au desfășurat activitatea cu mici intervenții din partea obiceiului local sau a legislației. Centralizarea și concentrarea administrării justiției în curțile regale a oferit judecătorilor regali o putere și un prestigiu care nu au putut fi atinse în nici un alt sistem. Autoritatea precedentelor a fost imensă în Anglia datorită puterii, iscusinței și reputației profesionale a judecătorilor care le creau.

În țările cu sistem anglo-saxon nu există un număr atât de mare de studii doctrinare și acestea cuprind analize ale spețelor judecate cu scopul clasificării lor și a evidențierii regulilor pe care le reprezintă. Evoluția dreptului este urmărită prin intermediul punctelor de vedere individuale stabilite în mod progresiv într-o serie de hotărâri judecătorești. Scopul acestor studii juridice, în opinia lui J. Dainow este astfel să adune spețele judecate și apoi să stabilească și să evalueze esența lor. Spețele sunt clasificate și aranjate într-o manieră care va demonstra evoluția legii. La fel ca autoritățile, în pledoariile și în hotărârile lor, avocații și judecătorii citează în primul rând cazurile anterioare mai mult decât studiile doctrinare [146, p. 428].

Educația juridică în sistemul anglo-saxon este fondată pe preeminența precedentului, subliniază rolul important al instanțelor în dezvoltarea și unificarea legii și înclină spre o

interpretare strictă a statutelor pentru a reduce încălcarea legală asupra prerogativelor juridice. În Anglia, pregătirea tinerilor juriști a fost mult timp considerată o funcție și o responsabilitate a avocaților practicieni, instanțele încă furnizează o etapă indispensabilă în pregătirea avocaților.

Pe continent studiul dreptului a fost întotdeauna o parte din educația superioară a universităților. În Statele Unite educația juridică a fost stabilită ca program în universități și a existat o recunoaștere progresivă a operelor doctrinare ale profesorilor de drept iluștri.

În cursurile specifice de studiu în Anglia și Statele Unite studentul la drept se antrenează în dezbaterile problemelor practice prezente și ipotetice. El învață cu mare atenție spețele care au câștigat o importanță deosebită și dezvoltă un talent pentru analizarea deciziilor instanțelor pentru a identifica situația în care se aplică *stare decisis* ca precedent, învățând în același timp și să-l distingă de alte spețe.

Aceeași afirmație poate fi făcută în legătură cu metodele cercetării juridice. În sistemul de *common-law* cercetarea este concentrată esențialmente pe deciziile anterioare ca rezultat al naturii însăși a sistemului. Desigur că legislația guvernează acolo unde este aplicabilă și trebuie examinată pentru a determina chestiuni de aplicabilitate, dar din nou, interpretările judecătorești devin autoritatea obligatorie, în vreme ce în tradiția dreptului civil fiecare caz este legat esențial de autoritatea legiuitoare.

Ținând cont de esența sistemului de drept *common-law* trebuie să facem referire la judecători și instanțe. Judecătorii din cadrul acestui sistem cercetează deciziile anterioare pentru a găsi o speță similară și se ghidează corespunzător. Dacă un statut este implicat și textul este clar, judecătorul va respecta prevederile sale, dar dacă există vreo îndoială sau vreo neclaritate, se poate evita aplicarea statutului și se va recurge din nou la o cercetare a deciziilor anterioare. Din alt punct de vedere, se poate spune că într-o țară cu sistem *common-law* judecătorul trebuie să pună în aplicare o regulă clară în vreme ce judecătorului dintr-o țară cu sistem de drept civil îi este acordată câteodată puterea largă discreționară prin legislația vastă în vigoare.

Alt punct de interes este acela că un proces cu jurați în *common-law* lasă stabilirea faptelor în sarcina acestora, astfel încât tehnica juridică de a le reduce puterea a fost menită să lărgască scopul problemelor legale care cădeau în sarcina judecătorului [82, p. 15].

Toate acestea nu îl obligă pe judecătorul din *common law* să discute principii generale și nici pe judecătorul din dreptul civil să ia spețele în considerare. Totuși, ei fac acest lucru cu o diferență de punct de vedere și de metodă care este foarte importantă chiar și în situații care prezintă asemănări substanțiale.

Când se pune problema redactării opiniilor judecătorilor și a deciziilor în cele două sisteme de drept, diferența este izbitoare. În *common-law* există mai întâi o expunere mai mult sau mai puțin organizată a tuturor aspectelor care au dus la controversă și care au creat baza pentru analizarea problemei legale. Apoi se examinează spețele anterioare care seamănă cu cea prezentă, în special cele care au fost citate de părți în litigiu. Toate acestea trebuie analizate și evaluate pentru a determina care sunt similare speței în dezbatere și care trebuie diferențiate. În cele din urmă, instanța decide care sunt precedentele utile și pe baza autorității acestora se întemeiază noua decizie.

Atitudinea judecătorului în situația tăcerii sau insuficienței legii scrise sau consacrate, în situația unei spețe nereglementate nu constituie o problemă pentru judecătorul din sistemul *common-law*. El este în întregime în domeniul său dacă găsește sau face regula. Pentru el dificultatea apare când există un text legislativ pertinent care să nu fie pe placul lui. Provocarea este atunci să restrângă sfera de aplicare a acestuia. Totuși nu trebuie să uităm că aici, judecătorii sunt obligați să motiveze hotărârile într-un mod foarte elaborat. Nu e suficientă o simplă narare, ci argumentare. Există chiar ordine sau regulamente cu privire la modul de elaborare și structura unei decizii. Pot fi folosite nu doar decizii judiciare, ci și opinia doctrinei. Scopul trebuie să fie găsirea celei mai bune (drepte) soluții [46].

În țările cu sistem anglo-saxon masa principală și toate ariile legii sunt ceea ce se numește „lege creată de judecător sau precedent” pentru că sursa principală a acestui sistem o reprezintă precedentele judiciare. Aici se are în vedere faptul că atunci când pronunță o hotărâre, judecătorul trebuie să conștientizeze că rezolvă o speță adresându-se nu doar părților, ci tuturor. Soluția sa poate avea un impact major pentru practica viitoare, pentru învățământul juridic, nu doar pentru situația concretă a celor implicați [46].

De menționat este și faptul că judecătorul din *common-law* creează direct regula; acesta este aspectul semnificativ al funcției sale și al autorității sale oficiale. Când un judecător din sistemul dreptului continental creează o regulă, o face fie în cele mai multe situații datorită atributelor sale de interpretare a textului legal. În acest caz din urmă el caută totuși în legea scrisă principiile generale aplicabile sau baza unei argumentări prin analogie.

Din cele de mai sus, se deduce rolul precedentului atât pentru practica judecătorească de pe teritoriul statului din perspectivă evolutivă, dar și autoritatea sa imensă în raport cu alte izvoare de drept. Deci în raport cu izvoarele subsidiare precedentul judiciar în sistemul de drept anglo-saxon exercită o influență decisivă, așa încât, după cum s-a putut vedea ceva mai sus, chiar și doctrina și învățământul juridic, cercetarea juridică dobândesc noi orizonturi în virtutea

adoptării de precedente noi. În ceea ce privește legea, aceasta dispune de suficientă autoritate în raport cu toate celelalte izvoare ale dreptului, însă raportată la precedentul judiciar, practica dovedește că în situația aplicării unui precedent, judecătorul poate ignora legea chiar dacă precedentul pe care este ținut să îl aplice este diferit de lege sau chiar contrar.

Având în vedere modul în care funcționează familia de drept comun, s-a spus despre sistemul politic al SUA că este forma de organizare politică cu cea mai mare stabilitate în timp [6, p. 33].

În SUA *common-law*-ul, adus de coloniștii englezi a suferit un proces de evoluție interesantă, adaptându-se structurii federale a SUA și modului de viață american, rezultând un sistem juridic diferit de cel original.

Dreptul Statelor Unite ale Americii este rezultatul transplantării dreptului englez pe continentul american. Structura izvoarelor, principalele instituții, chiar acel mod de a raționa ce caracterizează pe juriștii englezi, sunt asemănătoare. Deși fac parte din aceeași mare familie, cele două sisteme diferă sub anumite aspecte importante.

Astfel, izvoarele dreptului american astăzi sunt: legile constituționale, legile statutare, tratatele, regulamentele administrative și *common-law* (inclusiv *case-law*) [132, p. 481].

Deosebiriile dintre ceea ce reprezintă sistemul izvoarelor de drept englez și izvoarele dreptului american se datorează, în primul rând, structurii federale a Statelor Unite, care imprimă dreptului acestora particularități însemnate. Deși sistemul izvoarelor de drept este asemănător, ponderea ocupată de fiecare din acestea în ansamblul sistemului se deosebește considerabil de cea din dreptul englez. Deci anume aici se fac cele mai importante distincții.

Pentru înțelegerea dreptului american este absolut indispensabilă o privire asupra modului în care s-a format acesta, începând din perioada colonială până în prezent. Numai astfel poate fi înțeleasă desprinderea treptată a dreptului american de „*common-law*” clasic și particularitățile pe care le prezintă astăzi, ca un sistem juridic substanțial diferit de cel britanic. De menționat este și faptul că influența sistemelor romaniste și îndeosebi a dreptului francez s-a făcut resimțită mult mai puternic decât asupra dreptului englez, Louisiana, fostă colonie franceză, actualmente stat american, a receptat dreptul francez.

Cel de-al X-lea amendament la Constituția SUA adoptat în 1791, stabilește principiul competenței legislative a statelor membre ale federației. Organele federale nu au decât în mod excepțional competența de a legifera și numai în măsura în care se întemeiază pe un text din Constituție (amendamentul nr. X) [29]. Or, aici este vorba despre principiul competenței legislative a statelor federale. Această regulă a fost însă interpretată foarte larg de curțile

federale, care au acceptat un număr din ce în ce mai mare de situații în care autoritățile federale au fost recunoscute competente a legifera. Și dacă, prin această practică, raportul nu a fost complet răsturnat, nu e mai puțin adevărat că el a fost serios modificat.

Curtea Supremă a Statelor Unite controlează prin intermediul unui recurs special, conformitatea cu Constituția a legilor emise de diferitele state membre ale Uniunii, având competența să anuleze legile care sunt neconstituționale.

Important este că și constituționalismul american își are sursele în cel britanic. Sistemul de drept al coloniilor engleze din Lumea Nouă aveau la bază *common law*-ul britanic și „Charta” fiecărei colonii, document al Coroanei Britanice care reprezenta actul de întemeiere ale coloniei și prin care se recunoștea acesteia dreptul de a se organiza. Legislația coloniilor trebuia astfel să respecte limitările impuse de „Chartă”, în caz contrar, aceste reglementări puteau fi invalidate de către Curțile de Justiție ale Coloniilor sau de către Consiliul Privat al Regelui („*Privy Council*”) din Anglia, în cadrul procedurii numită „*judicial review*”.

Coloniile engleze din America de Nord nu au fost niciodată unificate și nu au avut legături juridice între ele. Când cele treisprezece colonii s-au proclamat independente, ele au devenit treisprezece state, trăind într-o federație, dar care și-au păstrat autonomia legislativă. Cea mai mare parte a coloniilor au fost la început „colonii proprietare”, Coroana britanică acordând unui proprietar terenuri în America cu dreptul de a le coloniza și guverna în numele regelui, contra unei plăți. În cadrul acestora „proprietarii” se bucurau de o adevărată autonomie juridică.

Progresul social și economic a făcut necesară receptarea unor instituții din ce în ce mai complexe din *common-law*. Acest progres a făcut să apară profesiunea de jurist. Dificultatea cea mai mare în calea receptării a fost lipsa marilor culegeri de jurisprudență britanică, fără de care *common-law*-ul este de neaplicat.

Problema dreptului aplicabil în coloniile engleze s-a pus pentru prima dată în anul 1608, în legătură cu rezolvarea cazului Calvin [175]. S-a statuat cu acest prilej că dreptul englez urmează pe supușii britanici atunci când se stabilesc pe teritorii „ce n-au fost stăpânite până atunci de națiunile civilizate”. Aceasta însă numai în măsura în care normele ce ar fi aplicabile sunt potrivite cu condițiile de viață existente în aceste teritorii.

Perioada premergătoare revoluției americane de la 1775 a fost marcată de diverse bătălii legale între reprezentanții profesiunilor juridice, bătălii fundamentate în marea majoritate pe disputa principiilor *common-law*-ului. Semnatarii Declarației de independență sunt în majoritate juriști, iar Constituția SUA [176] face uz de termeni juridice specifici dreptului englez [177].

Dobândirea independenței în 1776 a marcat momentul de naștere a dreptului american. Animositatea ce se crease în relațiile cu fosta metropolă a ușurat mult pătrunderea unor concepții și a unei mentalități juridice inspirate din dreptul francez și din cel german.

Dacă regulile de *common-law* și *equity* au fost în general acceptate ca atare, cele de statutelaw, reprezentând legea scrisă a fostei metropole, au fost repudiate. A apărut în schimb o legislație a noului stat, menită să o înlocuiască pe cea engleză. Structura federală a Statelor Unite a impus însă de la început o particularitate noului sistem juridic. Legislației statelor din cuprinsul federației li se va adăuga legislația uniunii. Puterea judecătorească se extinde la toate cazurile în drept și în echitate, rezultate sub incidența Constituției, a legilor Statelor Unite și tratatelor încheiate sau care vor fi încheiate sub autoritatea lor; la toate cazurile privind ambasadorii, alți funcționari publici și consuli; la toate cazurile privind amiralitatea și jurisdicția maritimă; la toate diferendele la care vor fi parte Statele Unite; la diferendele dintre două sau mai multe state, dintre un stat și cetățenii altui stat, dintre cetățenii diferitelor state, dintre cetățenii aceluiași stat, care revendică pământuri în baza concesiunii altor state, și dintre un stat sau cetățenii acestuia și state, cetățeni sau supuși străini (art. III, secț. II) [29].

De remarcat locul deosebit de însemnat pe care îl ocupă legea în sistemul izvoarelor dreptului. Deși dreptul american rămâne un drept al precedentelor, deși, datorită esenței unui astfel de sistem juridic, *common-law* și *equity* rămân, teoretic cel puțin, izvoarele principale. Nu putem să nu constatăm prevalența cantitativă a actelor normative în raport cu situația din sistemul englez.

La 1830 doi renumiți judecători James Kent din New York și Joseph Story din Massachusetts au adus comentarii importante vis-à-vis de *common-law* și *equity*, accentuând necesitatea siguranței și securității juridice dar și a securității dreptului de proprietate [177].

Toate acestea erau făcute în contextul dominării dreptului englez, excepție făcând statul Louisiana, care recepționase dreptul francez.

Structura federală a statului își pune amprenta asupra *common-law*-ului în sens restrâns. Juriștii americani discută de timp îndelungat dacă există sau nu un *common-law* al Statelor Unite sau nu se poate vorbi decât despre un *common-law* specific fiecărui stat. Există o amplă dispută jurisprudențială și doctrinară apărută în jurul acestei probleme. Într-o speță celebră, *Eric v. Railroad Company* din 1938, Curtea Supremă a Statelor Unite s-a pronunțat în sensul că nu există un *common-law* federal, ci doar un *common-law* specific fiecărui stat. Se remarcă astfel faptul că statele care alcătuiesc federația SUA au elemente specifice și se aplică practica suprapunerii jurisdicțiilor statale cu cele federale.

Specific dreptului american este și faptul că acesta, spre deosebire de dreptul englez, cunoaște și posibilitatea revirimentului de jurisprudență. Curtea Supremă a Statelor Unite și curțile supreme ale statelor nu sunt ținute să-și respecte propriile decizii, putându-se deci pronunța, în alte spețe, în chip diferit. Este evidentă importanța pe care o are această libertate.

Un alt element specific sistemului juridic american este reprezentat de faptul că în Statele Unite, *common-law* și *equity* formează obiectul unor sistematizări și culegeri, fără consultarea cărora dreptul american nu poate fi înțeles. O culegere vastă, importantă, de jurisprudență sistematizată, publicată în 19 volume în decursul anilor, este *Restatement of the Law*, care nu este un document oficial, ci este elaborat de o organizație privată - *American Law Institute*. Forța sa constă nu în investirea oficială, ci în autoritatea științifică de care se bucură [134, p. 104].

Un loc proeminent în cadrul dreptului legislativ este ocupat de constituție. Dacă Anglia nu are nici astăzi o constituție scrisă, în Statele Unite constituția [176] adoptată în anul 1787 și intrată în vigoare în 1789, modificată sau completată printr-un număr de amendamente, dar niciodată înlocuită complet - este privită, incontestabil, ca un act fundamental. La aceasta se adaugă (ca o consecință a structurii federale) și cele 50 de constituții ale statelor membre ale federației. Constituțiile au sintetizat cele mai elementare și fundamentale reguli de guvernare: principiul separației puterilor în stat, principiul suveranității națiunii (actul de guvernare se legitimează prin faptul că corespunde voinței națiunii și nu că provine de la conducător), principiul reprezentării. Spre deosebire de constituție, legile ordinare par a avea o mai mică autoritate prin ele însele.

Actele normative sunt publicate în culegerile specializate, dintre care cele mai însemnate sunt *Status at Large* și *Session Laws*. Cel mai cunoscut cod este *United States Code Annotated*. Tehnica sa diferă însă substanțial de cea a codificărilor napoleoniene, deoarece în cuprinsul său legile sunt clasificate alfabetic. Această culegere cuprinde numai actele normative, lăsând de o parte regulile degajate pe cale jurisprudențială [184, p. 676].

Asemănătoare codurilor de pe continentul european sunt cele adoptate de unele state. Mai pot fi menționate legile adoptate în materie administrativă, fiscală etc., în toate statele SUA, care, prin numărul lor însemnat, fac ca raportul cantitativ dintre jurisprudență și actul normativ să fie echilibrat.

Elementul fundamental ce leagă sistemul de drept englez de cel american este *common-law*-ul, totuși așa cum am putut deja vedea există un șir de diferențe rezultate în evoluția timpului. Diferențele rezumate între sistemul anglo-saxon și cel american constau în: existența unei Constituții scrise și a unei legislații scrise (de nivel federal sau statal) destul de consistente

și care azi prevalează asupra dreptului nescris - *statutory law*; existența unui sistem legislativ dual - consecință a federalismului – “Puterile care nu sunt delegate Statelor Unite prin Constituție sau care nu sunt refuzate de aceasta statelor sunt păstrate de state sau de popor” (Amendamentul 10 din 1791 din Constituția SUA); competența legislativă a statelor, regula fiind că dreptul statelor reglementează relațiile privind familia, contractele, succesiunile, delictele etc.; competența legislativă a federației – dreptul federal – competență stabilită în mod expres - întregul sistem de drept se integrează de fapt în sistemul constituțional organizat astfel încât să funcționeze de fapt ca un sistem de “*checks and balances*” (limitări și echilibrări).

Legea, în sens larg (dreptul scris, codificat, *statutory law*) a devenit principalul izvor de drept, sub rezerva aplicării și interpretării sale de către jurisprudență și a conformității sale cu Constituția. O lege nu devine cu adevărat izvor de drept decât atunci când ea a fost interpretată prima oară de instanțele judecătorești. În schimb, o lege poate să modifice jurisprudența existentă, în timp ce o hotărâre judecătorească nu poate modifica o lege existentă [35, p. 18].

Dezvoltarea fără precedent a dreptului scris într-un sistem de tip *common law*, cum este cel american, a fost posibilă și datorită faptului că a apărut nevoia de a reglementa noi, diverse și multiple tipuri de relații sociale, în special din domeniul social-economic, ca urmare atât a industrializării societății, dar și al luptei pentru recunoașterea drepturilor și a libertăților fundamentale ale omului [160, p. 59].

Evoluția rolului și statutul precedentului judiciar este strâns legată de evoluția rolului puterii judecătorești. În privința puterii judecătorești sunt predominante două teorii: judecătorul doar aplică legea - conform căreia judecătorii nu fac decât să execute și să aplice legea la cazuri concrete și judecătorul creează dreptul - conform căreia, în soluționarea conflictelor juridice, atunci când mai multe norme își găsesc aplicarea, iar ele sunt în contradicție și judecătorul are de aplicat o normă ambiguă dispusă la diverse interpretări, judecătorul va face în mod necesar o alegere sau va crea o soluție [153, p. 70-71].

Regula precedentului judiciar face trimitere la obligația judecătorului de a se raporta la precedente, adică la hotărâri judecătorești anterioare [35, p. 24].

Doctrina *stare decisis* este confruntată în justiția americană actuală cu lipsa de uniformitate în aplicare, datorită naturii configurației statale. Acest fapt duce deseori la subminarea autorității precedentului, un exemplu fiind procedura de exequatur (procedura de recunoaștere și punere în aplicare a unei hotărâri judecătorești străine).

În SUA, hotărârile judecătorești au două funcții [35, p. 25]: de a da o soluție definitivă într-un litigiu – în virtutea principiului autorității de lucru judecat, o cauză nu poate fi rejudecată

dacă sa pronunțat o hotărâre definitivă și dacă toate căile de atac sunt epuizate și de a servi drept precedent astfel, conturându-se o practică unitară (cu excepția situației în care intervine o schimbare de practică).

Pentru ca o hotărâre judecătorească să devină precedent, trebuie să îndeplinească următoarele condiții: să “fie bine gândită” (să fie rezultatul unui proces rațional și să fie argumentată logic); să se refere la o problemă de drept (și nu la o situație de fapt).

În SUA, aplicarea precedentului judiciar a avut mai puțin impact decât în Marea Britanie, fiind aplicat într-un sistem mai maleabil în care nici instanța supremă și nici instanțele inferioare nu sunt ținute de propria jurisprudență [166, p. 33]. Cât privește instituția precedentului judiciar în sistemul de drept canadian, menționăm mai întâi că, Canada este o federație cu un sistem de guvernare parlamentar. Canada a moștenit două sisteme de drept: anglo-saxon de la Britanici și civil de la francezi. La începutul secolului XI coastele răsăritene ale Canadei au fost vizitate, de normanzi, iar apoi de mai multe expediții franceze, cea mai importantă fiind aceea a lui Jacques Cartier, care a reprezentat începutul unei prezențe franceze numeroase în această parte a Americii. Trebuie menționată și expediția englezului John Cabot, ambele țări disputându-și influența asupra teritoriului Canadei de azi. Aceste dispute au culminat cu două conflicte militare, soluționate în favoarea Angliei [36, p. 278].

Influența britanică devine, cu timpul, preponderentă asupra teritoriului întregii Canade, iar prin Tratatul de la Paris din 1763 Franța cedează Marii Britanii toate posesiunile sale din Canada. Cu toate acestea, disputele dintre canadienii de limbă franceză și cei de limbă engleză vor continua de-a lungul secolelor. Prin “Quebec Act” [178] (1774) britanicii au recunoscut coloniștilor de origine franceză libertatea credinței și respectarea structurilor lor constituționale [187, p. 43].

În 1791 “Actul Constituțional” împărțea Canada între o zonă colonială britanică (“Canada de sus” sau “superioară”, însumând cea mai mare parte din provincia Ontario), și zona franceză (“Canada de jos” sau “inferioară”), reprezentând Quebecul de astăzi și zona Newfoundland [36, p. 52]. “Canada de jos” a păstrat dreptul civil în vreme ce “Canada de sus” a adoptat sistemul *common-law*.

“Actul unirii” din 1840 consfințește unirea Canadei inferioare cu Canada superioară, iar “Actul Americii de Nord britanice”, din 1 iulie 1867, instituie Confederația Canadiană, cu statut de dominion, la care participă provinciile Ontario, Quebec, Noua Scoție și New Brunswick. Confederația Canadiană dispune de un Senat, o Cameră a Comunelor și un Guvern unic. Teritoriul Canadei cunoaște extensiuni succesive prin intrarea în Confederație a provinciilor

Manitoba (1870), Columbia britanică (1871), Insulele Prințului Edward (1873), Alberta (1905), Saskatchewan (1905) și Newfoundland (1949).

”Actul Constituțional” din 1867, anterior denumit ”Actul Americii de Nord britanice”, a asigurat o constituție similară, în principiu, celei din Regatul Unit dar a împărțit puterea legislativă între departamentul federal și cel provincial al guvernului. Sunt trei ramuri ale guvernării: executivă, legislativă și judecătorească. Puterea executivă este deținută de Regină, dar este exercitată doar la sfatul Cabinetului, alcătuit din Prim ministru și miniștrii care răspund la rândul lor în fața Parlamentului. Ramura legislativă a guvernării este Parlamentul, alcătuit din Camera Comunelor care este aleasă și un Senat numit.

A treia ramură a guvernării, cea judecătorească, este alcătuită din judecători federali și provinciali numiți, al căror rol este să interpreteze și să aplice legea și Constituția și să asigure hotărâri imparțiale pentru disputele dintre indivizi, dintre stat și un cetățean și dintre diferitele ramuri ale guvernului din cadrul statului.

Organizarea sistemului judiciar canadian este prevăzută de constituție și în special de Actul Constituțional din 1867. Administrarea justiției în Canada este responsabilitatea atât a guvernului federal cât și a guvernelor provinciilor. Secțiunea 101 a Actului Constituțional stipulează faptul că Parlamentul Canadei poate ”să asigure organizarea și funcționarea unei Curți Generale de Apel pentru Canada și stabilirea oricărei alte curți în vederea bunei administrări a legilor Canadei” [142].

Guvernul federal a invocat această prevedere pentru a crea Curtea Supremă a Canadei ca și Curtea Federală de Apel, Curtea Federală și Curtea de impozitare a Canadei și pentru a numi judecători la aceste curți.

Autoritatea exercitată asupra curților superioare din fiecare provincie este împărțită între guvernul federal și provincial. Provinciile au jurisdicție asupra constituirii, organizării și funcționării acestor curți, în timp ce guvernul federal are autoritatea de a numi judecătorii.

Codul Civil al Canadei de jos, inspirat de Codul lui Napoleon din 1804 a intrat în vigoare în 1866. Codul Civil al Québec-ului a fost revizuit complet în 2003. Izvoarele de drept în Canada sunt legislația, jurisprudența (precedentul judiciar), legea civilă.

Legislația este adoptată la nivelul fiecărui departament al guvernului în Canada – federal, al provinciilor și teritoriilor, orașelor și altor autorități municipale - și formează un corp de legi important. Reprezentanții aleși prezintă și dezbate propuneri legislative care tratează probleme din cadrul jurisdicției lor. Guvernul federal este responsabil de dreptul penal, astfel Parlamentul aduce modificări Codului Penal. Provinciile și teritoriile creează legi pentru a reglementa

activitatea publică din jurisdicția provincială, incluzând probleme precum traficul pe autostrăzi, educația și folosirea resurselor naturale. Autoritățile municipale adoptă decizii și ordonanțe care se ocupă de problemele locale. Indiferent de sursă, această legislație formează un corp de legi scrise care guvernează viața și munca în Canada.

Jurisprudența (precedentul judiciar) este un corp vast de legi pe care le creează judecătorii de la caz la caz, când pronunță decizii și determină sensul precis al unei legi sau al unui regulament. Judecătorii revizuiesc deciziile altor judecători în căutarea principiilor legale care pot fi aplicate spețelor ce le sunt deduse spre judecare. Ei pot adăuga raționamente personale legate de faptele ce le sunt prezentate întrucât jurisprudența crește și evoluează. Judecătorii sunt obligați să urmeze un precedent stabilit de o instanță superioară din jurisdicția lor, în baza principiului *stare decisis* [167]. Jurisprudența și legislația se împletesc. Interpretările date de judecători legislației devin parte a jurisprudenței și legiuitorii deseori adoptă legi care includ sau perfecționează principiile jurisprudenței [194].

Legea civilă în provincia Quebec este un sistem codificat în cadrul căruia judecătorii aplică cu precădere principiile legale stabilite în Codul Civil al Quebec-ului și un corp de legi. Judecătorii apelează la precedente doar ca sursă secundară pentru a-i ajuta în interpretarea și aplicarea acestor principii legale la un caz particular.

Astăzi, sistemul anglo-saxon este aplicat în majoritatea țărilor care au fost dominate sau înființate de britanici și în toate provinciile Canadei cu excepția Québec-ului [182], unde întâlnim un sistem mixt, derivat atât din tradiția sistemului de drept continental cât și din cea a sistemului de common-law. Egiptul este un alt exemplu de sistem de drept mixt derivat parțial din tradiția sistemului de drept continental și parțial din tradițiile juridice religioase sau musulmane.

Chiar dacă în denumirea compartimentului am menționat sistemele de drept contemporan, totuși pentru a putea vedea unele aspecte evolutive și comparative, vom face câteva referințe și la sistemul de drept socialist.

Astfel, în sistemele de drept socialist, care își aveau originea în marea familie de drept romano-germanic, norma elaborată de legiuitor, generală și obligatorie a constituit elementul de bază al dreptului. Elementele promovate de spiritul socialist priveau instaurarea unei noi ordini și a unei societăți de tip nou, în care dreptul era tributar concepției potrivit căreia este produsul voinței poporului, voință orientată de doctrina oficială marxist-leninistă, de un tip nou de economie și un gen nou de raporturi juridice patrimoniale [65]. Astfel, în doctrina socialistă, precedentul nu era considerat izvor de drept. Ideea precedentului ca izvor de drept era negată cu

ardoare, și această negare, așa cum menționează Elena Aramă, era prezentă în toate operele științifice, materialele didactice și manualele de teorie a statului și dreptului și în disciplinele de ramură. În practică însă atitudinea față de precedent era mai puțin intransigentă, chiar mai voalată, menționează același autor. Atitudinea sus-menționată putea fi dedusă din faptul că explicațiile de îndrumare ale Plenului Judecătoriei Supreme a URSS și ale Judecătoriilor Supreme ale republicilor unionale erau obligatorii, iar hotărârile în cazuri concrete ale Judecătoriei Supreme erau utilizate în cazuri asemănătoare de către instanțele judiciare [3, p. 17].

De menționat că pe lângă cele de mai sus trebuie să menționăm faptul că în acea perioadă a mai fost admisă analogia legii ca metodă de completare a lacunei legislative. Astfel, în situația în care nu exista o normă juridică aplicabilă speței deduse judecătii, se aplica o normă ce reglementa un caz similar. Teoria rolului creator de drept al organului care aplica legea se considera a fi deformată în teoriile burgheze care largesc arbitrar noțiunea de lacună juridică pentru a putea folosi precedentul judiciar [31, p. 20].

În sistemele filosofico-religioase (dreptul musulman și dreptul hindus), caracterizate de o puternică influență religioasă, principalul izvor de drept este doctrina, jurisprudența fiind reprezentată de Idjithad – una din cele patru Cărți, alături de Coran, Sunna și Idjima- care asigură normativitatea în țările în care se aplică aceste sisteme. Spre exemplu, în Republica Islamică Iran, toți participanții la viața socială în raporturile lor sunt obligați să se conducă de principiul: *al-'amr bilma'ruf wa al-nahy 'an al-munkar* (aceasta derivă din versul Coranic care spune: Credincioșii, femeii și bărbații, se protejează în mod reciproc, se bucură de bine și iartă răul - *The believers, men and women, are guardians of one another, they enjoy the good and forbid the evil*)” (9:71). Principalul izvor de drept este considerat Coranul.

În ceea ce privește sistemul judiciar este fundamentat pe Justiția Islamică care este operată exclusiv de judecători cu cunoștințe meticuloase ale Islamului. Acest sistem este declarat liber de orice relație nesănătoasă, fiind bazat pe versul Coranic: Când judeci oamenii, judecă-i cu justețe ”*When you judge among the people, judge with justice*” (4:58) [181].

Dreptul hindus poartă amprentele sistemului de *common-law* din care s-a desprins, dar în India nu se mai face distincția între *common-law*, *statutory law* și *equity*. Acestuia îi revine totuși un loc aparte în tipologia juridică, având la baza religia hindusă, care nu se fundamentează pe texte sacre unice, precum Biblia sau Coranul, ci pe mai multe texte sacre, care plasează în centrul lor individul organizat în clase (caste), în consecință acest sistem de drept se diferențiază net de alte sisteme de inspirație religioasă, cum este de exemplu și stemul de drept musulman.

Spiritul care animă sistemele de drept tradițional (dreptul chinez și japonez) este ideea de armonie, de pace dobândită pe cale pașnică, apelul la justiție fiind soluția extremă. Domină cultul medierii, al concilierii care au menirea de a stinge conflictul înainte ca acesta să aibă caracter litigios și să fie dedus judecății. Tradiția urmărește astfel asigurarea ordinii fără intervenția justiției. În acest context, este lesne de înțeles că jurisprudența nu are valoare de izvor de drept în aceste sisteme.

Sistemul juridic mixt din Israel prezintă un grad de influențe multiple rar întâlnit. Este un sistem extrem de eterogen în cadrul căruia legiferări existente în lumi diferite se regăsesc în același cod, un sistem care încă reflectă evenimentele politice și istorice care au condus la independența Israelului în data de 15 mai 1948. Odată cu independența, în 1948 Israelul a votat Ordonanța Legii și Administrației care a stipulat faptul că legile predominante în țară anterior statalității vor rămâne în vigoare atâta timp cât nu contrazic principiile cuprinse în Declarația de Independență a Statului Israel [62] și nu vin în conflict cu alte legi adoptate de legislativ (Knesset).

Astfel, elemente ale legislației otomane, britanice și religioase israeliene care nu au nici o legătură, nici o afinitate continuă să coexiste ca norme juridice pozitive. Totuși, caracteristica principală a sistemului juridic, care este încă în proces de dezvoltare, este corpul mare de drept statutar și jurisprudență care a evoluat din 1948. Abordarea generală urmează conceptul vestic al statului de drept, a cărui dezvoltare este încredințată legislativului (*Knesset*) democratic ales și puterii judecătorești independente.

Precedentul judiciar constituie un izvor al legii israeliene, fiind limpede faptul că poziția *common-law*-ului domină în Israel și că *stare decisis* este parte a legii din Israel atât în privința deciziilor Curții Supreme care obligă instanțele ierarhic inferioare cât și în privința obligativității propriilor decizii pentru Curtea Supremă. Concepția de bază a legii israeliene este aceea că judecătorul are un rol central, formator și creator în elaborarea legii.

3.2. Semnificația precedentului judiciar în sistemul de drept romano-germanic

Familia sistemelor de drept de factură romano-germanică sau continentală, denumită și latino-continentală [218, p. 119] include sistemele de drept din state ca Franța, Germania, Grecia, Italia, Spania, etc.

Ceea ce se promovează în aceste sisteme este o ordine juridică caracterizată de primatul procesului legislativ și a creației sale [211, p. 328], aici izvorul de drept cu semnificația juridică cea mai înaltă fiind legea. 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 [207, p. 25]. Evoluția sistemului de drept romano-germanic a ajuns actualmente la o etapă care duce la ideea de mondializare juridică [207, p. 26].

Așa cum am demarat prezentul capitol, continuăm cu referințe la sistemul de drept romano-germanic și locul și rolul precedentului judiciar în sistemul izvoarelor de drept. Vom menționa din start că dacă în cazul sistemului anglo-saxon ca pilon de bază luăm precedentul în cadrul acestui sistem, atunci în cazul sistemului romano-germanic pilonul de bază al sistemului de izvoare de drept îl reprezintă legea. Or, în sistemul romano-germanic și al dreptului codificat, legislația ocupă cel mai respectat loc ca izvor de drept. Atitudinea instanțelor nu este doar una de interpretare liberă și extensivă a textelor. Chiar și în spețele complet noi, instanțele caută un text de lege și principiile sale fundamentale pe care le pot folosi într-un fel sau altul ca bază pentru noua lor decizie. Și pentru că legea este pilonul principal al izvoarelor sistemului de drept romano-germanic, urmează să ne referim la lege ca fundament al dreptului.

În jurisdicțiile dreptului romano-germanic sursa principală o reprezintă legislația și domenii extinse sunt codificate într-o manieră sistematică. Aceste coduri constituie o trăsătură distinctă a unui sistem legal roman sau așa numitul drept romano-germanic. Deși în forma legilor adoptate în mod corespunzător prin proceduri legislative adecvate, aceste coduri sunt destul de diferite de legile obișnuite.

Un cod civil este o carte ce cuprinde legile care reglementează relațiile dintre indivizi. În general, cuprinde următoarele subiecte: persoanele și familia, bunurile și proprietatea, succesiunile și donațiile, regimul matrimonial al bunurilor, obligații și contracte, răspunderea civilă, vânzarea, închirierea și contractele speciale ca și prescripția extinctivă și achizitivă etc. [203;215;144]. Un cod nu este o listă de reguli speciale pentru situații particulare; este mai degrabă un corp de principii generale aranjate cu grijă și integrate strâns. Un cod atinge cel mai înalt nivel de generalizare bazat pe o structură științifică de clasificări. Un cod pretinde să fie cuprinzător și să reunească toate problemele în domeniu, nu în detaliu ci ca principii și să ofere răspunsuri la întrebările ce pot să apară.

Natura unui astfel de cod cere în mod firesc o interpretare liberă pentru a servi ca bază a unei decizii pentru situații noi. Aceeași metodă de interpretare liberă există și în legile comune într-o jurisdicție cu un sistem romano-germanic. Se manifestă un respect profund pentru legislație ca izvor principal al legii.

O trăsătură fundamentală legată de legislație în dreptul romano-germanic contemporan este importanța atribuită elaborării inițiale și comentariilor inițiatorilor de lege, ca și discuțiilor parlamentare despre formularea inițială a legii. Acest lucru este cu precădere valabil în cazul codurilor și în special în cursul perioadelor timpurii de interpretare a legilor. Astfel, în Franța istoria proiectelor de lege, observațiile instanțelor, dezbaterile și schimbările au fost indispensabile pentru interpretarea Codului lui Napoleon [143].

Poziția sistemului de drept continental ilustrează moștenirea legii romane; pentru că deși Cicero enumera „*res iudicata*” (lucrul judecat) printre izvoarele de drept și împăratul Severus, în interpretarea legilor ambigue, atribuia forța obligatorie pentru „*rerum perpetuo similiter indicatarum auctoritas*”, principiul contrariu a fost stabilit în cele din urmă de o Constituție a lui Iustinian [38, p. 68]. Decizia unui judecător avea forță obligatorie în alte cazuri cât timp reprezenta o interpretare adecvată a legii. O decizie „per se” nu avea forța legii.

Este bine cunoscută maxima „*Res iudicata pro veritate accipitur*”- Soluția dată pentru o cauză este considerată ca exprimând adevărul. Indică faptul că orice decizie are forța obligatorie doar pentru părțile implicate și afirmă de asemenea, fără dubiu, principiul că un judecător nu își poate modifica decizia odată pronunțată – un principiu care este foarte clar formulat de Ulpian [37]: „Un judecător, după ce a luat o decizie, încetează să mai fie judecător (în cauza respectivă); și această lege o folosim pentru ca un judecător să nu își poată modifica decizia pentru că și-a îndeplinit datoria odată pentru totdeauna, indiferent dacă a făcut-o bine sau rău”.

Este de menționat faptul că în literatura juridică romană nu există dovezi care să arate decizii luate de instanțe raportate și adunate, citate ca fiind valabile. Nu exista nici un fel de discuție asupra lor, deși juriștii romani dezbateau cele mai mici detalii ale aplicării legilor [162, p. 54]. Opiniile juriștilor, „*responsa prudentium*” sunt discutate la nesfârșit, dar nu și deciziile judecătorilor. Dacă deciziile ar fi căpătat valoare de lege, ar fi trebuit să existe dezbateri considerabile. A existat, desigur, un studiu amănunțit al deciziilor luate de împărați când aveau rolul de judecători, întrucât cuvântul lor era lege [44, p. 54].

Pentru a vedea totuși care e rolul precedentului judiciar în sistemul de drept romano-germanic, ne vom referi la hotărârile instanțelor în dreptul romano-germanic și la unele principii pe care se fundamentează adoptarea și executarea acestora.

Se spune uneori că în jurisdicțiile dreptului civil, rolul instanței este doar să aplice legea scrisă. Aceasta este o afirmație incompletă și ar presupune o funcție juridică foarte restrânsă. De fapt, când o instanță aplică o lege, trebuie să interpreteze acea lege. În procesul interpretării instanța poate să extindă scopul legii în mod considerabil peste ceea ce a vizat inițial. Prin

această metodă de interpretare și prin completarea lacunelor acolo unde legea scrisă tace sau este insuficientă, instanța de drept civil poate fi considerată că „face” legea [146, p. 425].

În acest caz, utilizarea deciziilor anterioare este în principal dedicată interpretării textelor scrise, în vreme ce, în sistemul anglo-saxon, deciziile însele sunt izvor de drept și „fac” legea în totalitate.

În sistemul romano-germanic, instanțele nu sunt ținute să urmeze deciziile judecătorești anterioare. Fiecare decizie nouă trebuie să fie bazată pe autoritatea textului de lege care oferă baza continuității și stabilității. Acest lucru nu exclude pronunțarea aceleiași soluții într-o speță ulterioară, pentru că același text și aceleași considerente au condus la aceeași concluzie. Totuși, nu există regula precedentului obligatoriu. Fiecare speță trebuie decisă pe baza autorității inițiale a legii și decizia trebuie motivată. O instanță nu poate statua o decizie de natură să fie o regulă generală.

În unele țări, precum Franța și Belgia, practica s-a consolidat în sensul în care atunci când pentru o anumită speță s-a pronunțat aceeași decizie în mod consecvent de un număr considerabil de ori, devine „*jurisprudence constante*” și e considerată obligatorie pentru spețele viitoare. Acest lucru ajută la stabilizarea interpretării legii. În plus, după o a doua „casare” de către cea mai înaltă Curte de Apel din aceste două țări, instanța în grad inferior este obligată să accepte soluția pronunțată [161, p. 98]. În cele din urmă, pentru anumite aspecte există foarte puține prevederi legislative, de exemplu, în Franța, legate de responsabilitatea civilă pentru delikte sau cvasidelikte. Astfel, elaborarea de reguli mai detaliate este în mod necesar delegată hotărârilor instanțelor în anumite cazuri.

În țările cu sistem romano-germanic, tratatele și comentariile autorilor de studii juridice sunt în general exprimate în forma expunerilor sistematice și a discuțiilor despre principiile juridice mari. Aceste lucrări formulează teorii generale despre codurile și legislația de bază, în legătură cu evoluția sistemului juridic ca un întreg.

În țările cu sistem romano-germanic, doctrina este o parte inerentă a sistemului și este indispensabilă pentru o înțelegere sistematică și analitică a acestuia. Doctrina a exercitat o influență mare în dezvoltarea legii. Formează baza pregătirii studenților, oferă direcții pentru munca practicienilor și pentru deliberările judecătorilor și ghidează legiuitorii către consecvență și sistematizare.

Există o influență firească, directă, reciprocă între natura unui sistem de drept și modelul educației juridice. Natura sistemului promovează metoda educației, care la rândul său perpetuează caracterul original al sistemului. Programul studiilor juridice și metoda educației

juridice stabilesc și fixează înțelegerea fundamentală și modalitatea de gândire care condiționează individul pe parcursul întregii sale cariere profesionale.

Educația juridică pentru dreptul romano-germanic este centrată pe legislație, codificare și doctrină la un nivel foarte înalt de abstractizare. Respectul deosebit pentru lege este baza abordării judecătorului chiar și atunci când folosește un statut ca și punct de plecare pentru o interpretare liberă.

În țările cu sistem romano-germanic, studentul începe educația juridică prin studierea codurilor și a manualelor. Învăță despre codificările lui Iustinian și influența acestora asupra sistemului juridic din timpul său. Este învățat principiile generale și cum să gândească în abstract. Devine parte a structurii sale să aprecieze clasificarea și coordonarea problemelor asemănătoare și să gândească înțelegerea legii ca fiind sistematică și un tot unitar.

Aceeași afirmație poate fi făcută în legătură cu metodele cercetării juridice. În sistemul civil cercetarea începe de obicei cu legislație și coduri, apoi caută comentariile și tratatele și doar pe locul trei vor fi luate în considerare și vor fi evaluate spețele. Mai mult, fără regula precedentului și principiul *stare decisis*, hotărârile judecătorești anterioare nu sunt acceptate ca autorități cu greutate. De fapt, fiecare decizie nouă se bazează pe codul original sau pe text legislativ.

Pentru a se pronunța, judecătorii din sistemul de drept civil cercetează legile pentru a găsi principiul care guvernează și regulile care se aplică speței. Acest principiu și regulile sunt apoi aplicate sau interpretate în conformitate cu aspectele particulare ale speței. Procesul raționamentului este să se ajungă de la principiul general la cazul special. În dreptul civil un juriu este foarte rar sau inexistent astfel încât judecătorul este în control în toate etapele procesului.

În sistemul romano-germanic deciziile sunt mult mai scurte; pare că poziția mai înaltă în ierarhia judiciară aduce după sine o hotărâre și mai concisă. O subliniere a faptelor relevante este urmată de o expunere succintă a principiilor aplicabile și a normelor de drept. Apoi este concluzia care rezultă din aplicarea legii speței în dezbatere. Există o interdicție strictă în privința interpretării unei hotărâri ca regulă generală. Astfel, este evident cât de mult maniera de redactare a opiniilor reflectă gândirea de bază pentru problemele juridice și soluționarea lor.

Alt element important de diferențiere între cele două sisteme este reprezentat de atitudinea judecătorului în situația tăcerii sau insuficienței legii scrise sau consacrate, în situația unei spețe nereglementate.

Pe de altă parte, din cauza bazei legislative a dreptului continental judecătorul se găsește într-o situație dificilă când legea tace sau este insuficientă într-o problemă esențială. Judecătorul

nu poate refuza să judece putând fi găsit vinovat de tăgăduirea justiției. Oricare ar fi explicația dată (pentru a suplini lipsurile sau pentru a aplica intenția prezumată a părților) sau tehnica folosită (interpretare sau analogie, recurgerea la cutume sau la principii generale), judecătorii din sistemul dreptului continental nu sunt doar limitați la o aplicare strictă a legii. De fapt, sunt obligați să facă legea [146, p. 430]. Acest aspect însă nu conduce la eliminarea unei distincții importante dintre cele două sisteme de drept în primul rând pentru că într-un sistem de drept romano-germanic legea scrisă este izvorul de drept suprem. Este doar situația tăcerii sau insuficienței legii scrise când judecătorul este obligat să fie creativ. Acest mod reprezintă doar excepția, doar o foarte mică parte din totalitatea dreptului.

Totuși analizând sistemul de drept romano-germanic și încercând să identificăm rolul precedentului judiciar în sistemul izvoarelor dreptului din cadrul acestuia nu putem să nu încheiem cu mențiunea efectului benefic pe care îl are procesul de globalizare sau mondializare pentru sistemele juridice contemporane. Acest fenomen își spune cuvântul fără doar și poate și asupra dreptului din spațiul românesc. Așa cum am menționat deja și cum vom dezvolta în compartimentul următor, rolul precedentului și al jurisprudenței a căpătat alte valențe și în sistemele de drept din Republica Moldova și din România.

3.3. Locul și rolul precedentului judiciar în sistemul de drept al Republicii Moldova

Deși Republica Moldova are un sistem de drept din familia romano-germanică, așa cum am reiterat în mai multe rânduri în lucrarea de față, astăzi în cadrul izvoarelor dreptului aplicabile pe teritoriul statului este inclus și precedentul judiciar, deși în doctrină disputele referitor la recunoașterea precedentului în calitate de izvor de drept mai există. Există de fapt domenii în care aplicarea și considerarea precedentului în calitate de izvor de drept este indubitabilă, în același timp existând și arii în care recunoașterea precedentului ca izvor de drept este cu rezerve din partea specialiștilor de domeniu. În ceea ce privește doctrina juridică a statului Republica Moldova, aceasta reflectă cele spuse de noi mai sus, și aici vom parafraza cele spuse de A. Barbăneagră – nu are un caracter univoc referitor la recunoașterea precedentului judiciar în calitate de izvor [12, p. 3]. Totuși, așa cum am menționat, realitatea juridică dovedește că precedentul este izvor de drept inclusiv în sistemul de drept al Republicii Moldova, deși poziția acestuia în sistemul de izvoare ale dreptului nu poate fi comparată cu cea a legii.

Noțiunea de precedent judiciar circumscrie o sferă foarte precisă, specifică modului de funcționare a sistemului de *common-law*. Această noțiune ține de maniera în care a evoluat

dreptul englez, de modul de abordare deductiv al acestuia (pornind de la fapte) – față de abordarea inductivă din Europa continentală [22].

La nivelul legislației rolul jurisprudenței este acela de a interpreta și aplica în cazuri concrete legea. Astfel, activitatea judecătorului este guvernată de două mari principii: el se pronunță întotdeauna în cauza pe care o judecă și nu are dreptul să stabilească dispoziții generale în afara speței particulare ce se deduce în fața sa; al doilea principiu se referă la faptul că un judecător nu este în general legat de hotărârea, într-o cauză similară pronunțată de un alt judecător și nici chiar de propriile sale hotărâri [100, p. 173].

Și totuși este de remarcat faptul că în prezent are loc o integrare sporită a practicilor aplicării precedentului judiciar din sistemul anglo - saxon la înfăptuirea justiției conform sistemului continental. Practica examinării cazurilor și pronunțării deciziilor de către CEDO demonstrează această constatare. Aplicarea precedentului judiciar în Republica Moldova se află la faza incipientă, la nivel de întrebări și discuții. Este necesar să mergem mai departe, către stabilirea și aplicarea în practică a precedentului judiciar ca izvor de drept. Globalizarea și europeanizarea sunt două procese care ne duc fără doar și poate la apropierea instituțiilor de drept între sistemul de drept continental și sistemul anglo-saxon, în sensul sporirii rolului precedentului judiciar, inclusiv în statele cu sisteme de drept din familia romano-germanică. Iar aceste două fenomene indicate mai sus nu au domenii stricte în care se produc trasând linii concrete și neafectând alte domenii. Dimpotrivă, efectelor globalizării și europeanizării [17, p. 112-113] le sunt supuse absolut toate domeniile vieții sociale, inclusiv cel juridic.

Adoptarea noii Constituții a Republicii Moldova la 29.07.1994 a reprezentat primul pas în ideea apropierii legislației naționale de cea internațională și de recunoaștere a precedentului judiciar ca izvor de drept [12, p. 3].

Ca bază juridică pentru recunoașterea precedentului judiciar ca izvor de drept intern putem menționa: prevederile art. 120 din Constituția Republicii Moldova: „Caracterul obligatoriu al sentințelor și altor hotărâri judecătorești definitive [67, art. 120]” - normă juridică, ce stabilește obligativitatea respectării sentințelor și altor hotărâri definitive ale instanțelor judecătorești; hotărârea Parlamentului nr. 582 din 19 iulie 1997 de adoptare a Strategiei de consolidare a sistemului judecătoresc și a planului de acțiuni la implementarea acestei strategii, care relevă necesitatea unificării practicii judiciare; hotărârea Curții Constituționale privind interpretarea unor prevederi ale art. 4, din Constituția Republicii Moldova, nr. 55 din 14 octombrie 1999 [55], ce stabilește: „principiile și normele unanim recunoscute ale dreptului internațional, ... devin norme ale dreptului intern”; Codurile Republicii Moldova elaborate și

adoptate; sistemul european de apărare a drepturilor și libertăților fundamentale ale omului, care se bazează atât pe conceptul sistemului continental de drept - Convenția Europeană pentru Apărarea Drepturilor și Libertăților Fundamentale ale Omului, cât și pe conceptul celui anglo-saxon – Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului [10, p. 34].

Art. 1 al Constituției prevede că Republica Moldova este stat de drept, obligând astfel legiuitorul să adopte acte legislative și Curtea Constituțională să delimiteze dreptul și echitatea constituțională de lege, garantând astfel supremația drepturilor și libertăților constituționale și împiedicând adoptarea actelor ce contravin principiilor de drept. Hotărârea Curții Constituționale, în cazul constatării neconstituționalității unui act, are caracter general și este obligatorie pentru toți subiecții de drept, instanțele fiind obligate la rândul lor să o respecte în soluționarea cauzelor civile, penale, administrative.

Actele internaționale semnate de Moldova sunt recunoscute și declarate prioritare, art. 8 din Constituția Republicii Moldova stipulând că ”Republica Moldova se obligă să respecte Carta Organizației Națiunilor Unite și tratatele la care este parte, să-și bazeze relațiile cu alte state pe principiile și normele unanim recunoscute ale dreptului internațional. Intrarea în vigoare a unui tratat internațional conținând dispoziții contrare Constituției va trebui precedată de o revizuire a acesteia”. Pentru acest considerent D. Pulbere afirmă că Republica Moldova recunoaște precedentul internațional ca izvor al dreptului intern [106, p. 42].

Precedentul constituțional poate fi consolidat drept izvor de drept intern din perspectiva prevederilor art. 16 din Constituția Republicii Moldova, care consacră principiul egalității tuturor persoanelor în fața legii. Aceasta presupune ca în fiecare caz soluționat de instanțele judecătorești să fie aplicate aceleași reguli folosite în hotărârile anterioare. Deci, indirect Constituția Republicii Moldova acceptă precedentul judiciar.

Hotărârea Parlamentului nr. 174 din 19 iulie 2007 de aprobare a Strategiei de consolidare a sistemului judecătoresc și a planului de acțiuni pentru implementarea Strategiei de consolidare a sistemului judecătoresc stabilește necesitatea unificării practicii judiciare. Punctul 3.2 al acestei Strategii statuează că unificarea practicii judiciare este dictată de deficiențele sistemului judecătoresc, cu incidență directă asupra actului de justiție și a credibilității în justiție, de practica judiciară neuniformă, precum și de aplicarea neunitară a legislației în vigoare [52].

Pentru remedierea acestei situații și pentru asigurarea securității raporturilor juridice, în conformitate cu jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, se impune aplicarea mecanismelor procedurale existente precum și facilitarea accesului judecătorilor la jurisprudența instanțelor internaționale de drept. Cu alte cuvinte, hotărârea stabilește unificarea practicii

judiciare, menționând că aceasta este neuniformă și se aplică neunitar. În scopul remedierii acestei situații și al asigurării securității raporturilor juridice, instanțele de judecată sunt obligate să aplice direct jurisprudența CEDO în cauze similare.

În susținerea recunoașterii practicii naționale ca precedent judiciar [35, p. 24] sunt și acțiunile de intensificare a practicii judiciare, selectarea hotărârilor relevante din diferite domenii ale dreptului pronunțate de CSJ și publicarea lor pe pagina web a CSJ precum și elaborarea de buletine ale jurisprudenței CEDO.

Hotărârea Curții Constituționale privind ”interpretarea unor prevederi ale art. 4 din Constituția Republicii Moldova”, nr. 55 din 14 octombrie 1999 [54] stipulează că ”principiile și normele unanim recunoscute ale dreptului internațional, tratatele internaționale ratificate și cele la care Republica Moldova a aderat sunt parte componentă a cadrului legal al Republicii Moldova și devin norme ale dreptului ei intern”.

În partea descriptivă a aceleiași hotărâri privind interpretarea unor prevederi ale art.4 din Constituția Republicii Moldova [32] Curtea Constituțională a relevat că “potrivit teoriei și practicii dreptului internațional, prin principii și norme unanim recunoscute ale dreptului internațional se înțeleg principiile și normele consacrate ale dreptului internațional care au caracter general și universal. Normele și principiile unanim recunoscute ale dreptului internațional sunt executorii pentru Republica Moldova în măsura în care ea și-a exprimat consimțământul de a fi legată prin actele internaționale respective. În același timp dispozițiile constituționale privind drepturile și libertățile omului nu pot fi interpretate și aplicate fără recunoașterea acestor principii. În afară de principiile și normele unanim recunoscute ale dreptului internațional, parte componentă a cadrului legal al Republicii Moldova sunt și tratatele internaționale [54].

În continuare menționăm că art. 4 al Constituției R. Moldova stipulează că în cazul în care între pactele și tratatele internaționale privind drepturile fundamentale ale omului și legile interne ale țării există neconcordanțe, prioritate vor avea actele internaționale [67, art. 4]”, iar în consecință organele de drept aplică normele dreptului internațional. Aceeași hotărâre a Curții Constituționale explică în conținutul său cum anume se acordă această prioritate.

Trebuie menționat și faptul că și Plenul Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova, recunoscând statutul de izvor de drept al Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale în ordinea juridică internă, a explicat în Hotărârea nr.17 din 19 iunie 2000 [23] „Privind aplicarea în practica judiciară de către instanțele judecătorești a unor prevederi ale Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale”:

„Convenția constituie o parte integrantă a sistemului legal intern și respectiv urmează a fi aplicată direct ca orice altă lege a Republicii Moldova, cu deosebirea că CEDO are prioritate față de restul regulilor interne, care îi contravin”.

Un exemplu este cauza Olaru și alții împotriva Moldovei din 2009, când Curtea, ca urmare a neexecutării prelungite a hotărârilor judecătorești și a lipsei unui remediu intern, a pronunțat hotărârea-pilot din 28 iulie 2009, în urma căreia a fost Legea nr. 87 din 21.04.2011 privind repararea de către stat a prejudiciului cauzat prin încălcarea dreptului la judecarea în termen rezonabil a cauzei sau a dreptului la executarea în termen rezonabil a hotărârii judecătorești [70], care la rândul său a avut drept scop crearea în Republica Moldova a unui remediu intern eficient de apărare a dreptului la judecarea în termen rezonabil și a dreptului la executarea în termen rezonabil a hotărârii judecătorești. Este unul din principalele mecanisme interne prin care se tinde la respectarea termenului optim și previzibil de soluționare al procesului [111].

Astfel, Convenția Europeană pentru Apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale [33], hotărârile Curții Europene a Drepturilor Omului, care se întemeiază pe această Convenție și ale cărei dispoziții le aplică, fiind și interpretul suprem al acestora, sunt recunoscute ca având statutul de izvor de drept și au aplicabilitate directă în dreptul național.

Sistemul european de apărare a drepturilor și libertăților fundamentale ale omului, care se bazează atât pe conceptul sistemului continental de drept – Convenția Europeană pentru Apărarea Drepturilor și a Libertăților Fundamentale ale Omului, cât și pe cel anglo-saxon – jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului face parte din temeiurile juridice în susținerea valorii precedentului judiciar ca izvor de drept național.

Este unanim recunoscut că normele și principiile dreptului internațional se completează și se îmbogățesc esențial prin hotărârile concrete ale curților internaționale (CIJ, CEDO, curțile penale internaționale etc.). Republica Moldova ratificând Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale [53] și-a asumat obligația să garanteze oricărei persoane aflate sub jurisdicția sa drepturile și libertățile stipulate în Convenție (drepturi civile și politice); a recunoscut dreptul la recurs individual în fața Curții Europene a Drepturilor Omului; s-a angajat să respecte hotărârile definitive ale Curții în orice dosar în care este parte, precum și pentru toate cauzele referitoare la interpretarea și aplicarea Convenției și a protocoalelor ei adiționale la care este parte [116].

Astfel, Republica Moldova a recunoscut dreptul la recurs individual în fața Curții și jurisdicția obligatorie a Curții atât pentru instanțele judecătorești naționale, cât și pentru autoritățile publice naționale.

În funcție de subiectul care creează precedentul judiciar, literatura juridică deosebește: precedentul Tribunalului Internațional Penal, precedentul Curții Constituționale, precedentul Curții Supreme de Justiție, urmând a fi inclus și precedentul Curții Europene a Drepturilor Omului, cea mai masivă încorporare a normelor și principiilor dreptului internațional efectuându-se în Republica Moldova prin intermediul hotărârilor Curții Europene a Drepturilor Omului [12, p. 4; 106, p. 39].

Întru reconsiderarea optimă a rolului și locului precedentului judiciar în sistemul de izvoare ale dreptului Republicii Moldova, V. Berliba și R. Cojocar consideră că, este oportună distingerea la nivel lingvistic și conceptual a celor două forme ale noțiunii de precedent judiciar: precedent judiciar cu caracter normativ sau constituțional și precedent judiciar cu caracter interpretativ sau judecătoresc [18, p. 78].

Precedentul judiciar cu caracter normativ (constituțional) desemnează o hotărâre judecătorească într-o cauză concretă ce a creat o normă (constituțională, juridico-penală), prin care a fost modificată norma sau a fost anulată, putând fi atribuit jurisprudenței Curții Constituționale a Republicii Moldova [12, p. 7]. Acest caracter se manifestă prin adoptarea unei hotărâri de către Curte prin care este modificată sau anulată o normă prevăzută de lege, hotărârile Parlamentului, decretele Președintelui Republicii Moldova, hotărârile și ordonanțele Guvernului, tratatele internaționale.

Precedentul judiciar cu caracter interpretativ (judecătoresc) [12, p. 7] desemnează o hotărâre judecătorească într-o cauză concretă prin care este dată o interpretare obligatorie normei (constituționale, juridico-penale), putând fi atribuit jurisprudenței Curții Supreme de Justiție sau Curții Constituționale. Majoritatea interpretărilor Curții Constituționale se referă la competențele autorităților publice și la respectarea principiului separației și colaborării puterilor în stat. Hotărârile interpretative au o semnificație aparte, conducând la formarea dreptului constituțional. Curtea nu trebuie să deroge de la doctrina constituțională astfel încât hotărârile sale, cu obiect nou de cercetare nu au caracter imprevizibil.

În mai multe decizii ale sale, Curtea Constituțională a Republicii Moldova a relevat că interpretarea dispozițiilor constituționale are drept scop eliminarea ambiguităților, elucidarea conținutului, evidențierea principiilor de drept cuprinse în ele, asigurarea unității și înțelegerii corecte a conținutului și sensului autentic al acestora. Necesitatea interpretării trebuie să fie

confirmată prin esența problemei de drept rezultată din caracterul neuniform al dispozițiilor constituționale. Scopul oricărei interpretări a normelor constituționale este de a asigura unitatea și înțelegerea corectă a conținutului și sensului lor autentic [112]. Prerogativa de interpretare poate fi realizată prin interpretarea textuală sau funcțională, în măsura în care poate fi dedusă din textul Constituției, ținând cont de caracterul generic al normei, situațiile concrete pe care legiuitorul nu avea cum să le prevadă la momentul elaborării normei, reglementările ulterioare (conexe sau chiar contradictorii), situațiile complexe în care norma trebuie aplicată etc [55, p. 22]. Necesitatea interpretării trebuie să fie confirmată prin esența problemei de drept rezultată din caracterul neuniform al dispozițiilor constituționale.

Astfel, interpretarea oficială este imperativă în cazurile în care incertitudinea normelor constituționale este determinată de o situație concretă și această incertitudine nu poate fi soluționată printr-o altă procedură jurisdicțională. Vom menționa că în perioada 1995-2011 au fost adoptate 33 de hotărâri de interpretare a Constituției, prin care au fost interpretate 45 de articole (integral sau parțial), aceasta atribuție ocupând poziția a doua în activitatea Curții Constituționale. Interpretarea dată dispozițiilor constituționale comportă caracter oficial și obligatoriu pentru toți subiecții raporturilor juridice [116].

În procesul examinării cauzei Curtea Constituțională a Republicii Moldova poate constata lacune sau omisiuni normative în legislație, ce se datorează nerealizării unor prevederi ale Constituției. În acest caz, în conformitate cu art. 281 alin. (4) din Legea cu privire la Curtea Constituțională și art. 79 alin. (1) din Codul jurisdicției constituționale, ea este în drept printr-o adresă să atragă atenția organelor respective asupra lichidării acestor lacune. Constatările Curții, indicate în adresă, urmează să fie examinate de autoritatea publică vizată, care în termen de cel mult 3 luni trebuie să informeze Curtea Constituțională despre rezultatele examinării (art. 281 alin. (4)) [74].

Curtea Constituțională sistematizează anual jurisprudența constituțională, editând culegerea de hotărâri și decizii, precum și rapoarte analitice. Toate actele Curții Constituționale sunt afișate și pe site.

În situația folosirii precedentului, pot exista situații în care sunt adoptate două hotărâri cu poziții diametral opuse. Va apărea astfel o formă de concurs între două norme constituționale, existând posibilitatea aplicării a oricăreia din prevederile anterioare. Când se suprapun normele interpretative ca precedente judiciare, va fi cazul unei completări, iar în cazul contrazicerii acestora, se va aplica hotărârea emisă ulterior. Curtea Constituțională are dreptul de revizuire a hotărârilor sale interpretative în scopul completării acestora.

Un studiu al Centrului de Drept al Avocaților din R. Moldova a evidențiat următoarele cu privire la calitatea de izvor de drept al precedentului judiciar în practica de aplicare a dreptului din Republica Moldova:

- Standardele naționale și internaționale ce țin de apărarea drepturilor și libertăților fundamentale ale omului în cauzele civile și penale de regulă coincid. Acest fapt creează premise obiective pentru aplicarea univocă a standardelor menționate și pentru formarea unei practici stabile și legale în cauzele civile și penale ce țin de apărarea drepturilor și a libertăților fundamentale ale omului în Republica Moldova. Problema majoră constă în modul de interpretare și aplicare a acestor standarde de către instanțele judecătorești menționate;

- Practica de referire la jurisprudența CEDO și la standardele internaționale nu este stabilă, motiv pentru care instanțele judecătorești pronunță acte ce contravin standardelor menționate;

- În practica judiciară a instanțelor din Republica Moldova sporește numărul actelor judecătorești care se pronunță cu luarea în considerație sau cu invocarea directă a reglementărilor Convenției;

- Majoritatea actelor judecătorești nu conțin invocarea Convenției sau a hotărârilor CEDO. Concomitent, în baza actelor în care este făcută o asemenea referire, uneori este dificil să se identifice mecanismul de aplicare a Convenției și a practicii CEDO și principiile generale de aplicare a acestora;

- Într-un proces, părțile sunt obligate să confirme prin probe circumstanțele prin care ele însele își întemeiază pretențiile sau obiecțiile, inclusiv cele ce țin de calificarea raporturilor juridice. Instanța determină caracterul raportului juridic dintre părți și legea aplicabilă acestui raport. Erorile și încălcările se comit cel mai des de către instanțe drept rezultat al calificării incorecte a caracterului raporturilor juridice stabilite între părți și al confundării aspectelor ce țin de probațiunea acțiunii înaintate sau obiecțiilor împotriva acțiunii (obligația părților) cu cele ale calificării corecte a raporturilor juridice (obligația instanței);

- Garanția respectării securității raporturilor juridice rezidă în aplicarea uniformă a legislației în baza principiului egalității tuturor persoanelor în fața legii de către instanțele judecătorești și în examinarea imparțială a fiecărui caz, fiindcă nivelul de asigurare a drepturilor și libertăților omului depinde în mare măsură nu atât de numărul și "calitatea legilor", cât de obligativitatea legilor și de practica de aplicare uniformă a lor de către instanțe;

- Nu este o excepție când, în cazuri similare de raporturi de drept, instanțele pronunță acte diametral opuse. În asemenea situații, Convenția nu își mai găsește locul pe care legiuitorul i l-a prescris prin ratificarea ei;

- Analiza cazurilor examinate la CEDO în privința Republicii Moldova demonstrează că punerea lor pe rolul Curții a fost condiționată, în majoritatea cazurilor, de interpretarea și aplicarea eronată a normelor de drept interne de către instanțele judecătorești naționale care nu luau în considerație normele Convenției și practica CEDO;

- La invocarea în actele judecătorești a normelor Convenției și a practicii CEDO, referințele poartă adesea un caracter preponderent de ordin general, fără interpretarea lor în contextul raportului litigios. Argumentările ce țin de prevederile normelor de drept internațional par să nu aibă legătură cu cazul și raporturile de drept concrete. O asemenea invocare nu garantează că actul judecătoresc, în esența sa, nu contravine Convenției etc. [12, p. 5].

Concluzia este că în mai multe cauze civile, penale, administrative, instanțele ignoră unele din argumentele de fapt și de drept care sunt invocate de părți sau de una din părți, încălcându-se astfel dreptul constituțional la apărare judecătorească și fiind negate mai multe principii de bază ale procedurii civile și penale. În plus, practica CEDO demonstrează că ignorarea intenționată sau neintenționată a argumentelor părților, inclusiv a celor din cererile de apel și de recurs, poate echivala cu încălcarea art. 6 (1) din Convenție, "Dreptul la un proces echitabil": "Orice persoană are dreptul la judecarea cauzei sale în mod echitabil, în mod public și în termen rezonabil, de către o instanță independentă și imparțială, instituită de lege, care va hotărî fie asupra încălcării drepturilor și obligațiilor sale cu caracter civil, fie asupra temeiniciei oricărei acuzații în materie penală îndreptate împotriva sa. Hotărârea trebuie să fie pronunțată în mod public, dar accesul în sala de ședință poate fi interzis presei și publicului pe întreaga durată a procesului sau a unei părți a acestuia, în interesul moralității, al ordinii publice ori al securității naționale într-o societate democratică, atunci când interesele minorilor sau protecția vieții private a părților la proces o impun, sau în măsura considerată absolut necesară de către instanță când, în împrejurări speciale, publicitatea ar fi de natură să aducă atingere intereselor justiției" [33].

La momentul actual nu ne putem pronunța asupra faptului ce ar reflecta modul în care practica CEDO influențează interpretarea de către instanțele moldovenești a normelor legislației naționale și problemele care apar în practica judiciară în legătură cu acest fapt. Acest lucru de fapt îl afirmăm fundamentându-ne pe ideea că numărul cauzelor contra R. Moldova continuă să fie mare, pe când adoptarea standardelor exacte reflectate în practica CEDO ar contribui cu siguranță la diminuarea esențială a acestui număr.

Este foarte importantă și lipsa din legislație și din practica judiciară a unui mecanism eficient de reparare a erorilor judiciare comise, în cazul în care actele judecătorești respective au rămas irevocabile. Doar CEDO poate interveni și repara erorile judecătorești din actele irevocabile. Ar fi oportună îmbunătățirea mecanismului de revizuire a actelor judecătorești irevocabile în care sunt încălcate drepturile și libertățile prevăzute de Convenție și/sau de reexaminare a lor la nivel național, cu efectuarea modificărilor necesare în legislație.

Așa cum a relevat studiul realizat de Centrul de drept al Avocaților, ar fi oportună adoptarea unei noi hotărâri explicative de către Plenul CSJ în locul hotărârii 17 din 19.06.2000 [34] privind aplicarea în practica judiciară de către instanțele judecătorești a unor prevederi ale Convenției pentru Apărarea Drepturilor și a Libertăților Fundamentale ale Omului, folosind mai mult practica judiciară internă, precum și practica de ultimă oră a CEDO.

Curtea Constituțională, conform art. 1 alin. (1) din Legea 317/1994 [71] privind activitatea Curții și art. 134 alin. (1) din Constituția Republicii Moldova, este unica autoritate de jurisdicție constituțională în Republica Moldova.

Curtea Constituțională a apărut în scopul menținerii echilibrului necesar între puteri. Locul și rolul Curții constă atât în funcția de arbitru în soluționarea conflictelor politice, cât și în funcția de conciliator și garant al vieții politice și al stabilității în societate și stat. Autoritatea Curții se exprimă prin caracterul definitiv și executoriu al hotărârilor sale. Curtea reprezintă un instrument eficient de apărare a ordinii de drept și a drepturilor și libertăților cetățenilor, aducându-și contribuția la desfășurarea proceselor democratice.

Competența în materie a Curții Constituționale este strict reglementată de Constituție. Astfel, conform art. 135 din Constituție, Curtea Constituțională: a) exercită la sesizare controlul constituționalității legilor și hotărârilor Parlamentului, a decretelor Președintelui Republicii Moldova, a hotărârilor și ordonanțelor Guvernului, precum și a tratatelor internaționale la care Republica Moldova este parte; b) interpretează Constituția; c) se pronunță asupra inițiativei de revizuire a Constituției; d) confirmă rezultatele referendumurilor republicane; e) confirmă rezultatele alegerii Parlamentului și a Președintelui Republicii Moldova; f) constată circumstanțele care justifică dizolvarea Parlamentului, demiterea Președintelui Republicii Moldova sau interimatul funcției de Președinte, precum și imposibilitatea Președintelui Republicii Moldova de a-și exercita atribuțiile mai mult de 60 de zile; g) rezolvă excepțiile de neconstituționalitate a actelor juridice, sesizate de Curtea Supremă de Justiție; h) hotărăște asupra chestiunilor care au ca obiect constituționalitatea unui partid [67].

În urma examinării sesizărilor, Curtea pronunță hotărâri, decizii și emite avize. Hotărârile și avizele se adoptă și se emit în cazul sesizării în fond, având forță juridică similară – obligatorii pentru executare, definitive, irevocabile și neretroactive. Curtea pronunță în numele Republicii Moldova, în plen, iar după pronunțare, în decurs de 10 zile, hotărârile și avizele se publică în Monitorul Oficial (art. 26 (4)) [71]. Deciziile se adoptă în cazul nesoluționării în fond a sesizării și de obicei nu se publică în Monitorul Oficial.

Hotărârea este actul juridic prin care Curtea Constituțională se pronunță asupra constituționalității legilor, regulamentelor și hotărârilor Parlamentului, decretelor Președintelui Republicii Moldova, hotărârilor și ordonanțelor Guvernului precum și asupra tratatelor internaționale la care Republica Moldova este parte; interpretează Constituția, confirmă rezultatele referendumurilor republicane, confirmă rezultatele alegerilor Parlamentului și a Președintelui Republicii Moldova, rezolvă excepții de neconstituționalitate a actelor juridice sesizate de Curtea Supremă de Justiție, se pronunță asupra altor cazuri de competența sa (art. 62 Const. RM) [69].

Avizele sunt actele prin care potrivit Codului Jurisdicției Constituționale Curtea se pronunță asupra inițiativelor de revizuire a Constituției, circumstanțelor care justifică dizolvarea Parlamentului, suspendarea din funcție a Președintelui Republicii Moldova, interimatul funcției de Președinte al Republicii Moldova, asupra constituționalității unui partid politic, etc. (art. 63 Constituția RM).

Obiectul sesizării deosebește cele două acte juridice sus-menționate, hotărârea Curții fiind un act volitiv, imperativ, ce produce efecte, iar avizul având caracter consultativ, arătând atitudinea Curții față de unele acțiuni (de exemplu, la inițiativa de revizuire a Constituției, Curtea emite un aviz prin care se confirmă că inițiativa nu contravine prevederilor constituționale).

Deciziile sunt pronunțate de Curte, de președinte și judecătorii ei în cazurile în care nu pot fi adoptate, conform legii, hotărâri și emise avize. Aceste cazuri sunt menționate în Codul Jurisdicției Constituționale: pentru recuzarea judecătorilor Curții (art. 27), restituirea sesizării incluse pe ordinea de zi (art. 21 alin. (4)), soluționarea demersurilor în ședință (art. 50 alin. (2)) , citarea la proces a noilor persoane, ordinea în care sunt ascultați experții (art. 53 alin. (1)), corectarea inexactităților și greșelilor de redacție făcută în ședință (art. 73 alin. (1)). Mai menționăm că, Curtea emite și acte de natură pur procesuală: încheierile, dispozițiile președintelui Curții, etc.

Statistica privind exercitarea jurisdicției constituționale în perioada anilor 1995-2011 denotă că cea mai largă și cea mai importantă atribuție a Curții Constituționale este exercitarea,

la sesizare, a controlului constituționalității legilor și a altor acte normative ale autorităților administrației publice centrale. Efectuând controlul constituționalității legilor, altor acte normative, Curtea Constituțională, prin hotărâre, poate să le declare neconstituționale integral sau parțial (în perioada invocată au fost declarate neconstituționale integral sau parțial 186 de acte normative, 191 au fost recunoscute constituționale integral sau parțial) [116].

Potrivit art.140 din Constituție, legile și alte acte normative sau unele părți ale acestora devin nule din momentul adoptării hotărârii corespunzătoare a Curții Constituționale. Prin faptul declarării legilor sau altor acte normative sau a unor părți ale acestora neconstituționale Curtea Constituțională le lipsește de putere juridică, acestea nu se mai aplică din momentul adoptării hotărârii respective a Curții Constituționale (art. 28) [71].

Soluționarea excepțiilor de neconstituționalitate a actelor normative la sesizarea instanțelor judecătorești prin intermediul Curții Supreme de Justiție are consecințe similare pentru cazul concret aflat în examinarea instanței judecătorești. În astfel de situații, instanța de judecată se va conduce nu de actul declarat neconstituțional, ci de hotărârea Curții Constituționale.

Conform art. 28 din Legea cu privire la Curtea Constituțională, actul normativ declarat neconstituțional urmează a fi modificat sau abrogat total sau parțial. Guvernul este obligat în cel mult 3 luni de la data publicării hotărârii Curții Constituționale să prezinte Parlamentului proiectul de lege cu privire la modificarea și completarea sau abrogarea actului legislativ sau a unor părți ale acestuia declarate neconstituționale. Parlamentul, la rândul său, va examina proiectul în mod prioritar.

În cazul în care a fost declarat neconstituțional un act normativ emis de Președintele Republicii Moldova sau de Guvern, aceste autorități, în termen de 2 luni de la data publicării hotărârii Curții Constituționale, modifică și completează sau abrogă actul sau unele părți ale acestuia declarate neconstituționale și, după caz, emit sau adoptă un nou act.

Actele emise întru executarea actelor normative sau a unor părți ale acestora declarate neconstituționale devin nule și se abrogă.

Din cele menționate rezultă că hotărârea de declarare a legii sau a altui act normativ sau a unor părți ale acestora neconstituționale de către Curtea Constituțională de iure este un precedent cu caracter normativ. Astfel, controlul constituționalității legilor devine cel mai important instrument juridic prin care se garantează respectarea și supremația Constituției.

Pentru a fi un precedent în calitate de izvor de drept constituțional, acesta trebuie să corespundă unor condiții și anume să fie creator de drept și normativ [216, p. 65].

Așa cum s-a menționat anterior, prin dispozițiile articolului 135 alin. (1) lit.b) din Constituție, Curtea Constituțională este abilitată cu atribuția de interpretare a Constituției. Interpretarea dată dispozițiilor constituționale comportă caracter oficial și obligatoriu pentru toți subiecții raporturilor juridice. Prin urmare, hotărârile respective ale Curții Constituționale constituie precedente judiciare cu caracter interpretativ.

Atribuirea caracterului de izvor de drept precedentului judiciar nu ar afecta principiul separației puterilor în stat. Într-o atare situație, ar trebui negat caracterul normativ al hotărârilor Guvernului, decretelor Președintelui Republicii Moldova. Analizând competențele puterii executive, se va constata că realizează organizarea executării și executarea concretă a legii prin intermediul actelor juridice adoptate. Deși actele emise de organele administrației publice sunt inferioare legii, unele din ele au caracter normativ. Se poate constata că materializarea dreptului nu ține doar de creația puterii legislative. Lipsirea Curții Constituționale de competența de creare a dreptului prin intermediul precedentului judiciar ar duce la slăbirea echilibrului existent între cele trei puteri în stat [106, p. 39].

D. Baltag consideră că, necesitatea determinării hotărârilor Curții Constituționale drept precedente judiciare și includerii acestora în lista izvoarelor dreptului autohton este dictată de mai multe considerente, și anume:

1. Formele de garantare a drepturilor și libertăților persoanei, prescrise doar la nivel de principiu constituțional prin intermediul prevederilor constituționale, ar fi suplinite prin atribuirea caracterului normativ precedentului judiciar. Armonizarea legislației naționale cu prevederile internaționale este o condiție indispensabil legată de dezvoltarea statului de drept. Asigurarea drepturilor și libertăților constituționale a devenit o problemă de interes general, bazată pe normele dreptului internațional, care, în multe situații, iau forma precedentului judiciar.

2. Precedentul judiciar este o formă mai dinamică de combatere a încălcărilor constituționale, deoarece executarea hotărârilor Curții se realizează de către Parlament, care trebuie să adopte o altă lege ce ar înlocui prevederile legale considerate neconstituționale, care de asemenea pot contraveni Constituției. Curtea Constituțională nu este îndrituită să se pronunțe asupra modului în care se realizează modificarea prevederilor declarate neconstituționale, ci numai asupra motivelor care impun declararea neconstituționalității.

3. În legislația constituțională fiecare măsură ce prezintă răspundere constituțională are propriile sale forme de realizare. Revocarea din funcție a Președintelui diferă de procedura anulării unui delict constituțional, de exemplu [11, p. 50]. Aceste dificultăți ar putea fi înlăturate

prin reglementare detaliată a procedurilor în cadrul hotărârilor anterioare, prin folosirea precedentului judiciar.

4. Recunoașterea precedentului judiciar constituțional ca izvor de drept ar îmbogăți cultura constituțională a subiecților de drept, cărora le revine obligația respectării Constituției, respectiv a hotărârilor Curții Constituționale.

5. Precedentul judiciar este mult mai flexibil în comparație cu legea, acest aspect prezentând relevanță în situația apariției necesității sociale de schimbare a elementului normativ prin adoptarea unei noi hotărâri[11, p. 50].

Condiția obligatorie a răspunderii constituționale este identificarea normei constituționale în baza căreia se întemeiază răspunderea pentru delikte constituționale, consideră D. Pulbere. Precedentul judiciar cuprinde un volum mare de norme care au drept scop stoparea faptei anticonstituționale precum și a aceleia care exprimă exercitarea inefficientă sau incompetentă a puterii. Reprimarea delictelor constituționale poate fi realizată eficient prin aplicarea precedentului judiciar [106, p. 44].

În primul rând, răspunderea constituțională apare în cadrul relațiilor politice legate de realizarea puterii de stat, având caracter politic și rezultând din acțiunile subiecților pasibile de răspundere. Doctrina constituțională care ar rezulta, s-ar orienta spre politica promovată de stat, fără să fie necesară modificarea Constituției.

În al doilea rând, obiectivul răspunderii constituționale îl reprezintă ocrotirea și protecția raporturilor constituționale, a Constituției, asigurarea respectării drepturilor și libertăților fundamentale precum și a principiilor constituționale. Precedentul judiciar ar crea un fundament normativ ce ar permite statului reglementarea unui mecanism juridic eficient în scopul respectării obligațiilor fundamentale. De asemenea, s-ar crea un sistem real de garanții în vederea prevenirii concentrării puterii de către una din puterile statului.

În al treilea rând, funcția reparatorie este foarte importantă în cadrul răspunderii constituționale și este destinată excluderii ilegalităților și restabilirii situației anterioare săvârșirii delictului constituțional. Precedentul judiciar, pe lângă un rol sancționator, ar aborda normativ relațiile sociale ce rezultă din prevederile neconstituționale, până la adoptarea unui nou act normativ de către organul competent.

Răspunderea în baza precedentului s-ar aplica și în situațiile în care nu există criterii determinate ale comportamentului subiecților raportului juridic constituțional care încalcă norma juridică constituțională, ci și când comportamentul subiectului ar prezenta semnele unei încălcări legale și a principiilor legalității. Temeiul răspunderii în aceste situații ar fi hotărârile anterioare

de reprimare a ineficienței activității, inoportunității acțiunilor, comportamentului sau atitudinii neadecvate a subiectului, etc.

Recunoașterea hotărârilor Curții Constituționale în calitate de precedente judiciare ar contribui la consolidarea principiilor constituționale. Abordarea legislativă a precedentului judiciar în Republica Moldova ca izvor de drept este necesară și justificată.

Doctrina penală a Republicii Moldova, de asemenea, nu este univocă în ce privește recunoașterea precedentului judiciar ca izvor de drept [120, p. 46]. Unii autori [14, p. 5] consideră Constituția Republicii Moldova, tratatele și convențiile internaționale, legea penală ca fiind izvoare ale dreptului penal, iar alții atribuie precedentului judiciar valoare de izvor de drept penal. Consemnăm și opinia [86, p. 37] conform căreia hotărârile de îndrumare ale Plenului Curții Supreme de Justiție sunt obligatorii pentru organele de justiție, dar nu pot fi considerate izvoare de drept penal.

Codul de procedură penală al Republicii Moldova nu conține prevederi referitoare la existența în legea procesual penală a precedentului judiciar ca și instituție a dreptului procesual penal. În același timp, legea procesual penală națională conține unele reglementări care dau posibilitatea constatării unor elemente ale precedentului judiciar în activitatea procesual penală ca fiind proprii și pentru sistemul de drept continental [113, p. 9].

Astfel, art. 7 alin. (8) din CPP stipulează: ”Hotărârile definitive ale Curții Europene a Drepturilor Omului sunt obligatorii pentru organele de urmărire penală, procurori și instanțele de judecată” [73]. Relevante sunt și dispozițiile art. 7 alin. (6) din CPP: ”Hotărârile Curții Constituționale privind interpretarea Constituției sau privind neconstituționalitatea unor prevederi legale sunt obligatorii pentru organele de urmărire penală, instanțele de judecată...” Interpretarea generală, abstractă a instanțelor supreme este considerată neobligatorie pentru instanțe. Art. 7 alin. (7) CPP stipulează faptul că ”Hotărârile explicative ale Plenului Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova în chestiunile privind aplicarea prevederilor legale în practica judiciară au caracter de recomandare pentru organele de urmărire penală și instanțele judecătorești” [73]. Acest aspect a determinat nerecunoașterea precedentului judiciar al CSJ în ansamblu ca și izvor de drept în sistemul juridic din Republica Moldova, poziție care, în opinia unor autori [108, p. 37] diminuează considerabil activitatea Curții de generalizare a practicii judiciare și de asigurare a uniformității acesteia prin emiterea de hotărâri explicative.

Totuși, Codul de procedură penală cuprinde temeuri juridice pentru a considera că hotărârile Curții Supreme de Justiție privind interpretarea și aplicarea normelor de drept penal și de procedură penală au caracter obligatoriu pentru instanțele judecătorești ierarhic inferioare.

Astfel, conform art. 427 alin. (1) CPP, hotărârile instanței de apel pot fi supuse recursului ordinar pentru a repara erorile de drept comise de instanțele de fond și de apel. Temeiul juridic îl constituie faptul că norma de drept aplicată în hotărârea atacată contravine unei hotărâri de aplicare a aceleiași norme date anterior de către Curtea Supremă de Justiție [73]. Nesocotirea hotărârii de aplicare a aceleiași norme, pronunțată anterior de CSJ constituie temeiul pentru casare.

Cele expuse vin să confirme posibilitatea ca hotărârile de interpretare și aplicare a normelor de drept penal și de procedură penală ale Curții Supreme de Justiție în procedura recursului ordinar împotriva hotărârilor instanțelor de apel să fie considerate ca precedent legal. Unii autori consideră că aceste hotărâri au fost ridicate de legiuitor la rang de izvor de drept [13, p. 231].

Curtea Supremă de Justiție a Republicii Moldova este obligată, conform art. 1 alin. (2) din Legea cu privire la CSJ, să asigure corectitudinea și uniformitatea aplicării legislației de către toate instanțele judecătorești, sarcină realizată prin intermediul căilor de atac prevăzute în legea procesual penală [72].

Instituția recursului în interesul legii, cale extraordinară de atac, prevăzută în art. 4651 CPP asigură interpretarea și aplicarea unitară a legii penale și de procedură penală pe întreg teritoriul țării. Președintele CSJ, președintele Colegiului penal al CSJ, Procurorul General sau președintele Uniunii Avocaților poate cere Colegiului penal al CSJ să se pronunțe asupra problemelor de drept care au fost soluționate diferit de instanțele judecătorești învestite cu soluționarea cauzei în ultimă instanță. Cererea trebuie să cuprindă soluțiile diferite date problemei de drept și motivarea acestora, jurisprudența relevantă a Curții Constituționale, a CEDO, opiniile exprimate în doctrină relevante în domeniu, precum și soluția ce se propune a fi pronunțată în recursul în interesul legii. Recursul în interesul legii este admisibil numai dacă se face dovada că problemele de drept care formează obiectul judecății au fost soluționate în mod diferit prin hotărâri judecătorești irevocabile, care se anexează la cerere [73]. Potrivit art. 7 alin. (9) din CPP ”Deciziile Colegiului penal al Curții Supreme de Justiție pronunțate ca urmare a examinării recursului în interesul legii sunt obligatorii pentru instanțele de judecată în măsura în care situația de fapt și de drept pe cauză rămâne cea care a existat la soluționarea recursului”.

Conform opiniilor exprimate în literatura de specialitate [108, p.37] instituția recursului în interesul legii ar presupune o contribuție majoră la generalizarea practicii judiciare, la asigurarea uniformității acesteia și, ca rezultat, la stabilitatea și securitatea raporturilor juridice și

încrederea justițiabililor în actul justiției. Doctrina [49] apreciază că deciziile pronunțate în recursul în interesul legii sunt izvoare de drept.

Practica judiciară a CEDO este numită practică de precedent judiciar și în cazul în care una din hotărârile procesuale pronunțate de o instanță din Republica Moldova este considerată nelegitimă, stabilindu-se încălcarea drepturilor și libertăților omului, CEDO creează un precedent, obligatoriu pentru autoritățile Republicii Moldova. Precedentul este recunoscut ca izvor de drept în Statutul Curții Penale Internaționale.

În general este recunoscut faptul că practica judecătorească este luată în calitate de orientare pentru instanțele inferioare. Este puțin probabil ca o instanță judecătorească să adopte o hotărâre care să contravină hotărârii explicative a Plenului Curții Supreme de Justiție și ca această hotărâre a instanței să rămână în vigoare. Tendința generală este de a recunoaște precedentului calitatea de izvor al dreptului procesual penal, având în vedere influența exercitată de precedentele Curții Europene și recunoașterea precedentului ca izvor de drept în Statutul Curții Penale Internaționale [28, p. 102].

După cum am menționat deja în partea introductivă a acestui capitol, doctrina de specialitate distinge între precedentul judiciar cu caracter normativ (o hotărâre judecătorească într-o cauză concretă, prin care este creată, modificată sau anulată o normă juridico-penală) și precedentul cu caracter interpretativ (o hotărâre judecătorească într-o cauză concretă prin care este dată o interpretare obligatorie a normei juridico-penale).

În ce privește precedentul normativ, acesta este complet străin sistemului de drept continental din care face parte și Republica Moldova, în cadrul căruia numai legiuitorul este creatorul normelor de drept material sau formal. Practica judiciară este cazuistică, nu se ridică niciodată la constituirea unei norme, a unei reguli generale, astfel încât precedentul servește ca model în spețe care se succed fără a avea puterea și forța unui principiu.

În cazul precedentului interpretativ, instanța nu și-ar atribui calitatea de instituție cu prerogative legislative, ci ar reprezenta calea de transpunere în viață a voinței legiuitorului prin pronunțarea unor hotărâri în cauze penale concrete, oferindu-se o interpretare obligatorie a normei de drept material.

Unii autori [18, p. 78] privesc posibilitatea orientării precedentului judiciar în materie penală spre următoarele categorii: precedent de incriminare (ghid al posibilităților de încadrare juridică), precedent de sancționare (ghid al pedepselor) și precedent probatoriu (ghid al probelor necesare a fi administrate în cauza concretă).

Literatura juridică de specialitate [18, p. 77] dezbătând problema includerii precedentului judiciar ca izvor de drept menționează argumentele pro și contra aferente. Astfel, printre argumentele pro, sunt menționate următoarele:

- Precedentul judiciar creează condiții pentru exercitarea unei influențe pozitive asupra formării practicii judiciare din punct de vedere al concordanței, stabilității și previzibilității ei, iar puterea lui normativă permite luarea în considerare sub toate aspectele, complet și obiectiv a circumstanțelor dosarelor penale. Precedentul judiciar, în calitate de izvor de drept ar oferi posibilitatea unificării practicii judiciare în materia dreptului penal, respectiv interpretarea normelor penale nu ar mai avea un caracter contradictoriu în rezolvarea unor cauze penale similare;

- Progresul social determină un decalaj între dezvoltarea raporturilor sociale și dreptul penal material. Astfel, activitatea jurisdicțională întemeiată pe normele în vigoare, materializată în precedentele judiciare poate sugera idei noi impuse de dezvoltarea relațiilor sociale, care pot fi luate în considerație de legiuitor în preocupările dedicate perfecționării normativului penal;

- Precedentul influențează benefic înfăptuirea justiției, reduce subiectivitatea personalității judecătorului la adoptarea hotărârilor procesuale;

- Este considerat drept una dintre formele de asigurare a principiului supremației legii și de fortificare a încrederii societății în obiectivitatea hotărârilor procesuale emise de instanțele de judecată în trecut;

- Influențează pozitiv calitatea hotărârilor procesuale ale instanțelor de judecată, reducând riscul erorilor judiciare, sporind operativitatea și calitatea activității instanțelor, creând condiții de examinare a cauzelor penale în timp mai scurt. Se rezolvă astfel și probleme legate de volumul de muncă al judecătorilor, odată stabilită o practică judiciară, existând un număr redus de hotărâri atacate;

- Un argument *a priori* ar fi cel care susține nevoia de dreptate realizată în mod just și unitar, deziderat ce ar putea fi atins prin precedentul judiciar, care ar interpreta unitar legea și ca urmare ar genera aplicarea dreptului în mod just pentru fiecare cetățean al țării [18, p. 77].

Aici, noi am putea reitera ideea enunțată încă la debutul lucrării de față și anume că precedentul judiciar odată recunoscut ca izvor de drept va putea spori calitatea actului de justiție în sine, limitând pe de o parte excesivitatea puterii discreționare a judecătorului care poate aduce la decizii diferite în cazuri analogice (dacă precedentul nu constituie un izvor de drept recunoscut). Și totuși această calitate a actului de justiție ar fi în condiții optime să crească și într-un cadru profesional ireproșabil, fapt care implică și rigurozitatea selectării celor ce intră în

sistemul judecătoresc și cărora li se acordă posibilitatea reală de a crea precedente judiciare obligatorii pentru viitor în cauze similare.

Totuși cele menționate mai sus au și argumentele contra, care indică unele deficiențe ale eventualității recunoașterii precedentului judiciar drept izvor al dreptului. Printre acestea nominalizăm:

- Precedentul judiciar are rolul unui factor conservator în activitatea procesual penală, limitând posibilitățile legiuitorului de a reacționa cu flexibilitatea necesară la schimbările relațiilor sociale care au loc în societate constant;

- Precedentul recunoscut ca izvor de drept frânează formarea dreptului, care nu reușește în procesul de dezvoltare să se mențină în concordanță cu cerințele societății umane, care progresează mult mai repede.

În forma sa clasică nu permite nici un fel de devieri de la prevederile actului original, chiar dacă în timp se constată că hotărârea procesuală respectivă a fost eronată și nu mai corespunde condițiilor care există la momentul examinării altui caz penal. Și totuși noi am adăuga aici că într-un sistem în care precedentul judiciar este recunoscut ca izvor de drept ar trebuie ca judecătorului să i se acorde dreptul de adaptare a soluției regăsite într-un precedent la condițiile concrete rezultate din evoluția raporturilor sociale, întru evitarea stagnării și necorespunderii practicilor aplicate de judecători cu realitatea obiectivă.

Toate acestea sunt necesare în virtutea faptului că fiecare faptă se caracterizează prin attribute proprii ce nu pot fi regăsite la alte fapte infracționale săvârșite în condiții similare. Ar fi dificil de găsit o soluție conform literei legii, din cele oferite de legea penală, care necesită a fi raportată direct la gradul prejudiciabil concret al faptei, cu atât mai mult în situația în care se pune problema de individualizarea pedepsei penale.

Aceeași autori menționează că practica unitară l-ar face pe judecător dependent total de hotărârea anterioară, limitându-l în formarea unei convingeri bazate pe obiective caracteristice faptei infracționale ce formează obiectul cauzei penale [18, p. 77].

Alți autori [113, p.10] susțin că întru recunoașterea și consacrarea normativă a precedentului judiciar în calitate de izvor de drept se ivește necesitatea unor investigații temeinice, multilaterale care să pună accentul pe următoarele aspecte: dezvăluirea esenței instituției precedentului judiciar, caracterizarea aspectelor pozitive și negative; elaborarea definiției noțiunii precedentului judiciar prin prisma trăsăturilor caracteristice ale legislației naționale; demonstrarea necesității, sau inutilității introducerii în legea procesual penală națională instituția precedentului judiciar; influența exercitată de precedentul judiciar asupra

activității sistemului judecătoresc al Republicii Moldova în cazul acceptării acestei instituții în legea națională; coraportul dintre principiul echității justiției penale și alte principii generale ale dreptului procesual penal și precedentul judiciar; determinarea nivelului instanțelor de judecată care ar putea fi recunoscute competente să emită hotărâri cu putere juridică de precedent judiciar; stabilirea tipurilor de hotărâri procesuale care ar putea fi recunoscute că posedă putere juridică de precedent judiciar; elaborarea procedurii de recunoaștere a cazurilor respective în calitate de precedent judiciar și a procedurii de modificare sau anulare a precedentului.

Curtea Supremă de Justiție, ca unică instanță judecătorească supremă în stat trebuie să își exprime opinia asupra anumitor probleme de drept care ar unifica practica judiciară la nivelul său. În acest scop, este nevoie ca hotărârile explicative și cele de interpretare și aplicare a normelor de drept penal în cazuri concrete adoptate de Plenul CSJ, să fie recunoscute prin lege ca obligatorii pentru instanțele judecătorești. Tot prin lege, CSJ să aibă dreptul să repare erorile de drept în cazul în care hotărârile judecătorești sunt contrare interpretărilor normelor de drept penal date anterior de Plenul CSJ. Independența și imparțialitatea instanțelor s-ar menține, deoarece reunirea în camere sau secții a unei înalte jurisdicții are ca scop conferirea unei autorități deosebite unor decizii de principiu în domenii importante ale activității instanțelor, fără ca prin aceasta să se aducă atingere dreptului și îndatoririlor instanțelor inferioare de a examina în totală independență cauzele concrete ce le sunt deduse spre soluționare [24, p. 493].

În materia jurisdicției penale ar trebui implementat precedentul interpretativ care ar oferi soluții de practică judiciară obligatorii instanțelor judecătorești inferioare pentru rezolvarea unor cauze penale similare. Este necesară în acest sens adoptarea unui mecanism transparent prin care s-ar institui anumite rigori și exigențe pentru a se evita denaturarea normelor de drept material și eventualele abuzuri din partea organelor de drept.

În concluzie putem afirma cu certitudine, că în scurt timp precedentul judiciar va căpăta o amploare în materia procesual-penală datorită unor circumstanțe de ordin practic. Nu ar fi corect să negăm existența, de facto, a precedentului judiciar ca izvor de drept procesual-penal, deoarece oricare instanță ține cont și aplică prevederile Hotărârilor Plenului CSJ și jurisprudenței internaționale a Curții Europene a Drepturilor Omului.

Este general recunoscut faptul că practica judiciară este luată în calitate de orientare pentru instanțele inferioare [40, p. 38]. Tendința ulterioară în dezvoltarea precedentului judiciar ține influența precedentului Curții Europene și de necesitatea atribuirii precedentului Curții Penale Internaționale a statutului de izvor de drept procesual-penal. Datorită precedentului judiciar are loc uniformizarea aplicării legislației procesual-penale. Prin acestea se vor interpreta

normele juridice într-un mod universal pentru toate cazurile, astfel ca judecătorul examinând cauza să nu comită erori judiciare. Precedentul judiciar va contribui la statuarea principiului echității în situația de judecare a cauzei, astfel încât la două persoane care au comis infracțiuni identice în circumstanțe și cu mijloace similare, să le fie aplicată una și aceeași pedeapsă, proporțional vinovăției sale.

3.4. Precedentul judiciar în sistemul de drept al României

În România sistemul izvoarelor de drept interne, este format conform teoriei clasice juridice din categoriile izvoarelor formale și izvoarelor materiale [41, p. 307], a izvoarelor scrise și a celor nescrise, a celor oficiale și neoficiale sau a celor directe și indirecte [100, p. 163]. Printre izvoarele formale, jurisprudența și doctrina sunt mai mult izvoare interpretative decât creatoare iar principalul rol al jurisprudenței este de a interpreta legea și numai în mod secundar de a crea reguli juridice noi, deoarece misiunea judecătorului este în primul rând de a aplica legea. Spre deosebire însă de doctrină, ale cărei păreri sunt facultative, jurisprudența este obligatorie; prin aceasta, acțiunea ei este directă și imediată” [50, p. 10].

Astfel, conform art. 5, alin. (3) Cod de Procedură Civilă al României, izvoarele dreptului se aplică în ordinea următoare: în cazul în care o pricină nu poate fi soluționată nici în baza legii, nici a uzanțelor, iar în lipsa acestora din urmă, nici în baza dispozițiilor legale privitoare la situații asemănătoare, ea va trebui judecată în baza principiilor generale ale dreptului, având în vedere toate circumstanțele acestuia și ținând seama de cerințele echității [75].

Suplimentar, este interzis judecătorului să stabilească dispoziții general obligatorii prin hotărârile pe care le pronunță în cauzele ce îi sunt supuse judecării (art. 5, alin. (4) CC român). Această reglementare duce la ideea de excludere a precedentului judiciar din sistemul de izvoare ale dreptului românesc. Or, este vorba de reglementări juridice, care deocamdată nu au încadrat precedentul judiciar în acest sistem discutat în lucrarea de față.

Totuși, în contextul actualei configurații a Europei, sistemul juridic românesc a trebuit să răspundă cerințelor impuse de interacțiunea celor două sisteme legale, romano-germanic și common-law, care definește mediul juridic european. Deși nu este recunoscut în sistemul judiciar românesc, precedentul judiciar își face simțită prezența frecvent în activitatea judiciară atât prin intermediul hotărârilor pronunțate de CEDO și CJCE, care, conform art. 11 și art. 20 din Constituția României fac parte din dreptul intern alături de tratatele ratificate de România, cât și prin hotărârile pronunțate de instanțele judecătorești naționale.

Articolul 148 alin. (2) și alin. (3) din Constituție consacră aplicarea directă în dreptul intern a dreptului Uniunii Europene (art. 148, alin. (2) și (3)). Interpretând aceste texte, atât Înalta Curte de Casație și Justiție cât și Curtea Constituțională au recunoscut aplicabilitatea directă în dreptul român, deci caracterul de izvoare de drept, atât pentru jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului cât și pentru jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene. La fel și Codul de Procedură Civilă stipulează că în materiile reglementate de cod, normele obligatorii ale dreptului Uniunii Europene se aplică în mod prioritar, indiferent de calitatea sau de statutul părților (art. 4).

Pe de altă parte, ideea de unitate a practicii judecătorești românești și de predictibilitate a actului de justiție este regăsită în Constituție, aceasta stipulând că „Justiția este unică, imparțială și egală pentru toți (art. 124, alin. (2))”; „ÎCCJ asigură interpretarea și aplicarea unitară a legii de către celelalte instanțe judecătorești, potrivit competenței sale” (art. 126, alin. (3)). Din aceste dispoziții constituționale deducem că toate interpretările legii date de Înalta Curte de Casație și Justiție devin obligatorii pentru totalitatea instanțelor judecătorești, iar ori de câte ori o instanță va avea de decis într-o cauză conexă domeniului legii interpretat de către ÎCCJ va fi ținută de regula aplicării precedentului.

În practică, ÎCCJ a început deja să dea efect principiului precedentului judiciar, respingând recursuri doar pentru simplul motiv că, în cazuri identice sau similare, Curtea s-a mai pronunțat și nu există motive serioase să se revină asupra acestor soluții precedente. Soluțiile jurisprudențiale pronunțate în astfel de cazuri sunt obligatorii *erga omnes*, și nu numai la cazul concret soluționat, deci sunt norme obligatorii de drept [107].

În plus, pentru asigurarea uniformității aplicării legii în procesul de fuziune a legislației interne cu cea comunitară, Noul Cod de Procedură Civilă stipulează că dacă există neconcordanțe între pactele și tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului, la care România este parte, și cod, au prioritate reglementările internaționale, cu excepția cazului în care prezentul cod conține dispoziții mai favorabile (art. 3, alin. (2)).

Întru continuarea ideii de mai sus, menționăm că interpretarea legii este necesară în situațiile în care litera legii lasă spațiu de interpretare variată. Iar ideea interpretării unitare a legii fiind regăsită în însăși textul Constituției, precum și instituția recursului în interesul legii vin să vine să asigure funcționalitatea împuternicirii nominalizate mai sus a ÎCCJ.

Pentru a se asigura interpretarea și aplicarea unitară a legii de către toate instanțele judecătorești, procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, din oficiu sau la cererea ministrului justiției, Colegiul de conducere al Înaltei Curți de Casație și

Justiție, colegiile de conducere ale curților de apel, precum și Avocatul Poporului au îndatorirea să ceară Înaltei Curți de Casație și Justiție să se pronunțe asupra problemelor de drept care au fost soluționate diferit de instanțele judecătorești (art. 514) [75].

Recursul în interesul legii este admisibil numai dacă se face dovada că problemele de drept care formează obiectul judecății au fost soluționate în mod diferit prin hotărâri judecătorești definitive, care se anexează cererii (art. 515). Decizia ÎCCJ se pronunță numai în interesul legii și nu are efecte asupra hotărârilor judecătorești examinate și nici cu privire la situația părților din acele procese. Dezlegarea dată problemelor de drept judecate este obligatorie pentru instanțe de la data publicării deciziei în Monitorul Oficial al României, Partea 1. Or, vedem că este vorba doar de situația în care practica dovedește adoptarea de hotărâri definitive în situații de drept identice sau foarte apropiate ca esență. Deci, dacă suntem în condiția a cel puțin două hotărâri diferite în cauze similare, iar aceste hotărâri sunt definitive în ambele cazuri și s-a inițiat procedura recursului în interesul legii conform condițiilor procedurale legale, ÎCCJ va da interpretare normei care dă naștere acestei stări de drept și de fapt, astfel încât interpretarea dată de ÎCCJ va crea precedentul ce urmează a fi obligatoriu pentru absolut toate instanțele în soluționarea cauzelor similare sau identice.

Important este că art. 516, alin. (7) stipulează că raportul asupra recursului în interesul legii va cuprinde soluțiile diferite date problemei de drept și argumentele pe care se fundamentează, jurisprudența relevantă a Curții Constituționale, a Curții Europene a Drepturilor Omului sau a Curții de Justiție a Uniunii Europene, dacă este cazul, doctrina în materie, precum și opinia specialiștilor consultați. Deci, se va lua în considerație în mod obligatoriu jurisprudența relevantă a Curții Constituționale, a Curții Europene a Drepturilor Omului sau a Curții de Justiție a Uniunii Europene, iar toate acestea se înfăptuiesc în vederea asigurării uniformității practicii judiciare interne și excluderea de contraste între aceasta și jurisprudența instanțelor nominalizate mai sus în virtutea actelor comunitare la care România este parte.

Suplimentar la situațiile când se poate înainta recursul în interesul legii noul Cod de Procedură Civilă aduce reglementări ce vizează situații care nu fac obiectul recursului și totuși probleme de drept se depistează. Astfel, dacă, în cursul judecății, un complet de judecată al Înaltei Curți de Casație și Justiție, al Curții de Apel sau al tribunalului, investit cu soluționarea cauzei în ultimă instanță, constatând că o chestiune de drept, de a cărei lămurire depinde soluționarea pe fond a cauzei respective, este nouă și asupra acesteia Înalta Curte de Casație și Justiție nu a statuat și nici nu face obiectul unui recurs în interesul legii în curs de soluționare, va

putea solicita Înaltei Curți de Casație și Justiție să pronunțe o hotărâre prin care să se dea rezolvare de principiu chestiunii de drept cu care a fost sesizată (art. 519).

După ce chestiunea adusă în fața ÎCCJ se soluționează, efectele acesteia vizează atât instanța care a sesizat curtea cât și celelalte instanțe din România. Astfel, dezlegarea dată chestiunilor de drept este obligatorie pentru instanța care a solicitat dezlegarea de la data pronunțării deciziei, iar pentru celelalte instanțe, de la data publicării deciziei în Monitorul Oficial al României, Partea I (art. 519) [75]. Iar aici în mod incontestabil vedem elementele specifice precedentului, singura diferență avându-și sorginea în faptul că instanța care inițial trebuia să soluționeze problema în baza propriilor convingeri nu a făcut-o întrucât a depistat o problemă de drept, iar soluția de drept vine din partea ÎCCJ și ulterior este obligatorie pentru instanța ce a sesizat-o. În plus, între momentul pronunțării hotărârii ÎCCJ și momentul publicării acestei hotărâre este obligatorie exclusiv pentru instanța ce a solicitat dezlegarea problemei de drept de către ÎCCJ. Doar după publicarea în Monitorul Oficial, această hotărâre va deveni obligatorie pentru absolut toate instanțele judecătorești din țară.

Un element ar mai fi de menționat în ceea ce privește această procedură, și anume faptul că legiuitorul a prevăzut ca aceasta să poată fi realizată doar de completul de judecată, după caz, al Înaltei Curți de Casație și Justiție, al Curții de Apel sau al Tribunalului, investit cu soluționarea cauzei respective în ultimă instanță. Or, alte instanțe inferioare nu dispun de împuternicirea de solicitare a dezlegării unei probleme de drept identificate în cadrul examinării unei cauze în care urmează să se pronunțe.

La apelarea către procedura descrisă de noi mai sus instanța de judecată este obligată ca prin încheierea de sesizare a Curții să dispună suspendarea judecării respectivei cauze, până la pronunțarea hotărârii prealabile pentru dezlegarea chestiunii de drept respective. Ulterior ceea ce dispune ÎCCJ are caracter de autoritate și obligativitate pentru instanța care a suspendat examinarea cauzei, dar și pentru celelalte instanțe din țară în condițiile descrise mai sus.

Procedura ca atare este preluată din codul de procedură francez și este extrem de asemănătoare procedurii întrebării preliminare adresată Curții de Justiție a Uniunii Europene [95].

În ce privește recursul în interesul legii, apar două posibile probleme de natură constituțională:

1. Hotărârile pronunțate de ÎCCJ în acest context nu pot fi supuse controlului de constituționalitate. Ele sunt norme interpretative și au aceeași forță juridică cu cea a actelor pe care le interpretează, însă nu intră în competența Curții Constituționale să verifice

constituționalitatea lor. Necesitatea unui control de constituționalitate este evident, cât timp este absurd ca legea să poată fi supusă acestui control, iar norma interpretativă nu.

2. A doua problemă este faptul că aceste soluții sunt definitive. Un principiu de drept indică faptul că cel care emite unilateral un act poate să îl modifice când dorește, principiu valabil și în materia formării normelor juridice. Parlamentul poate oricum să modifice legislația și să lase o hotărâre a ÎCCJ fără obiect chiar dacă aceasta este eronată ori nu mai corespunde unor nevoi sociale. În acest sens ar fi benefic să se permită ÎCCJ să se autosesizeze, de exemplu pe calea unui mecanism lăsat la dispoziția unei secții pentru a oferi o altă dezlegare asupra unei probleme de drept ori situații asupra căreia s-a pronunțat deja anterior [103].

Tot aici ar fi oportună mențiunea referitoare la unele aspecte privind jurisprudența Curții Constituționale a României. Astfel, așa cum am sugerat și mai înainte, activitatea instanțelor judecătorești din România cunoaște instituții aidoma precedentului judiciar, deși în normele legale în vigoare acesta nu este consacrat ca izvor de drept. Similar cazului Republicii Moldova, activitatea Curții Constituționale a României are elemente ce indică regăsirea ideii de precedent constituțional cu efect obligatoriu pe viitor pentru toate instanțele din țară. Astfel, vis-a-vis de jurisprudența Curții Constituționale a României, este de subliniat că, potrivit art. 11 alin. (3) Legea 47/1992, deciziile Curții Constituționale sunt publicate în Monitorul Oficial și, de la data publicării, ele sunt general obligatorii și se aplică doar pentru viitor [74], ceea ce face să se regăsească toate elementele caracteristice unei norme generale și imperative. Iar de aici deducem că jurisprudența Curții Constituționale – spre deosebire de jurisprudența instanțelor, dar asemănător deciziilor pronunțate de către Secțiile Unite ale Înaltei Curții de Casație și Justiție în soluționarea recursurilor în interesul legii – constituie izvor de drept, deciziile pronunțate făcând corp comun cu Constituția pe care Curtea o interpretează.

În dinamica realităților lumii de azi, dreptul este provocat și el, inevitabil, la schimbare și, în special, la adaptarea vechilor concepte și principii la noile nevoi ale societății. Au apărut astfel, controverse, curente, polemici și doctrine în varii domenii ale dreptului. Una dintre temele controversate este și aceea a regimului juridic al jurisprudenței ca izvor de drept, mai ales în cadrul noii ordini juridice a Uniunii Europene. Astfel, plecând de la dreptul intern al statelor europene, sistemul juridic unional a înglobat diversitatea formelor și instituțiilor statelor componente, adăugând specificul și unicitatea juridică datorate unei activități nou create, rezultate ca urmare a adaptării și inovării structurilor clasice de drept la atipicul funcționării entității suprastatale care este Uniunea Europeană [104].

Referindu-ne la activitatea Curții de Justiție a Uniunii Europene vom menționa faptul că întreaga ordine juridică comunitară se întemeiază pe principiile efectului direct și priorității dreptului european asupra dreptului intern. În conformitate cu prevederile Tratatului de la Lisabona (Tratatul de la Lisabona a fost semnat de statele membre UE la 13 decembrie 2007 și a intrat în vigoare la 1 decembrie 2009. Tratatul amendează Tratatul privind Uniunea Europeană, cunoscut ca Tratatul de la Maastricht și Tratatul de instituire a Comunității Economice Europene - cunoscut ca Tratatul de la Roma. În acest proces, Tratatul de la Roma a fost redenumit în Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene).

Curtea de Justiție interpretează legislația europeană pentru a se asigura că aceasta se aplică unitar în toate țările UE. De asemenea, soluționează litigiile juridice dintre guvernele statelor membre și instituțiile europene. Persoanele fizice, întreprinderile sau organizațiile pot, la rândul lor, să aducă un caz în fața Curții de Justiție, atunci când consideră că le-au fost încălcate drepturile de către o instituție europeană [171].

Judecătorii, la începutul funcționării comunităților europene, nu făceau trimitere și nu citau, în dezbaterile spețelor noi, alte hotărâri pronunțate anterior, în materii similare. În timp însă, Curtea a preluat unele concepte din *common law*, citând pasaje și făcând trimitere expresă la jurisprudența sa anterioară [117, p. 139]. 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 sistemul de drept romano-germanic se recurge la practica judecătorească, în calitate de izvor suplimentar al dreptului, pe câtă vreme în sistemul de drept anglo-saxon, se recurge la lege ca izvor suplimentar al dreptului [101, p. 1583]. Sistemul anglo-saxon al precedentului judiciar a sfârșit prin a fi adoptat atât de instituțiile Comunității Economice Europene (mai ales de Curtea de Justiție) cât și de Curtea Europeană a Drepturilor Omului [107].

Jurisprudența, în dreptul european, face parte din izvoarele nescrise interne, alături de principiile generale ale dreptului european și practica instituțiilor UE, fără a reprezenta izvor de drept european în sensul cunoscut de sistemul *common law*, hotărârile pronunțate de Curtea de Justiție de la Luxemburg fiind obligatorii doar în privința modalității de interpretare a dispozițiilor dreptului european, fără a crea norme juridice noi [118, p. 38]. Hotărârile Curții de Justiție au creat în timp o jurisprudență coerentă, cu funcție cvasinormativă, impunându-se de facto asupra propriilor hotărâri ulterioare, cât și asupra magistraților naționali (art. 25) [42].

Deși caracterul creator de drept al jurisprudenței este recunoscut, realitatea juridică nu afirmă valoarea sa normativă, fiind astfel dificil de încadrat în izvoarele dreptului. Printre

argumentele care vin în sprijinul negării valorii normative *de iure* a jurisprudenței, sunt autoritatea lucrului judecat, caracterul relativ, caracterul retroactiv al soluției, principiul separației puterilor și independența judecătorilor. Totuși, rolul important al jurisprudenței în dreptul european nu este negat, primele elemente ale integrării politice fiind realizate pe cale jurisprudențială [119, p. 18].

Specificul jurisprudenței europene și efectele juridice creatoare de drept ale jurisprudenței Curții de Justiție s-au afirmat începând cu hotărârea pronunțată în cauza Van Gend en Loos, în 1963, când Curtea a enunțat principiul efectului direct al dreptului european în sistemele de drept naționale ale statelor membre. În anul 1964 a urmat hotărârea pronunțată în cauza Costa, prin care Curtea a consacrat principiul supremației dreptului european față de dreptul intern, conform căruia Uniunea reprezintă o nouă ordine de drept, autonomă, a cărei originalitate este determinată de transferul definitiv de competențe din partea statelor membre către Uniune.

Curtea de Justiție a subliniat în această cauză că „o instanță națională ale cărei decizii nu pot face obiectul unei căi de atac în dreptul intern trebuie, atunci când i se adresează o întrebare de drept comunitar, să își îndeplinească obligația de sesizare a Curții de Justiție, cu excepția cazului în care constată că întrebarea adresată nu este pertinentă sau că dispoziția europeană în cauză a făcut deja obiectul unei interpretări din partea Curții sau că aplicarea corectă a dreptului european se impune cu o asemenea evidență încât nu mai lasă loc nici unei îndoieli rezonabile”.

Principiul supremației dreptului european, în concepția Curții, implică neaplicarea de drept a normei naționale incompatibile cu norma europeană, iar instanța națională are rolul de a o îndepărta pe prima în favoarea celei de a doua. Norma europeană se substituie normei interne permițând astfel efectul direct dreptului european. Sistemul precedentului judiciar duce la un sistem mai eficient de drept european, însă un sistem bazat pe precedent presupune și un preț al erorii: posibilitatea comiterii de greșeli de către instanțele naționale. Cu toate acestea, precedentul are și beneficii, cel mai important fiind că instanțele naționale devin ele însele organe de punere în aplicare a dreptului european [30, p. 587].

Valoarea normativă a jurisprudenței în afara sistemului de drept *common law* s-a conturat pe măsura estompării diferențelor dintre cele două familii de drept, doctrina constatând că ”funcția creatoare de norme juridice generale a jurisprudenței, dobândită și amplificată în timp, a fost inițial contestată, dar ea pare acum unanim acceptată, căutându-i doar explicații rezonabile” [43, p. 275].

Funcția jurisprudenței în activitatea Curții de Justiție a fost recunoscută de doctrină, iar practica, în general constantă a Curții, de a reitera deciziile anterioare, a apropiat-o de sistemul

common-law, fără însă a avea valoare juridică a precedentului în accepțiunea acestui sistem, deoarece Curtea dispune în același timp și de ceea ce doctrina franceză numește ”*revirement de jurisprudence*”, proprie sistemului romano-germanic [104, p. 7].

Instanțele naționale din fiecare stat membru UE sunt responsabile pentru aplicarea corespunzătoare a legislației europene în statul respectiv. Dar există riscul ca instanțele din diferite țări să interpreteze legislația UE în moduri diferite. Pentru a preveni acest lucru, a fost prevăzută o „procedură pentru pronunțarea unei hotărâri preliminare”. Dacă o instanță națională are îndoieli cu privire la interpretarea sau validitatea unui act legislativ european, aceasta poate și, în anumite cazuri, este obligată, să solicite avizul Curții de Justiție. Acest aviz poartă numele de „hotărâre preliminară” [179].

Autoritatea unei hotărâri preliminare a Curții de Justiție constă în forța obligatorie a acesteia față de instanța care a solicitat-o și instanțele care ar judeca cauza în căile de atac, și în aplicabilitatea generală față de celelalte instanțe.

Hotărârile preliminare produc în principiu efecte retroactive de la data emiterii actului și, pe cale de excepție, de la data indicată de către Curte în hotărârea respectivă. O hotărâre preliminară produce efecte atât în cauza în care a fost solicitată cât și alte cauze, întrucât interpretarea face corp comun cu dispozițiile interpretate pe care le completează. Curtea de altfel folosește sintagma de a „spune dreptul” („*dit pour droit*”), în dispozitivul hotărârilor privind interpretarea, ceea ce sugerează că exprimă o regulă de drept sau mai exact că îi oferă o nouă formulare. Interpretarea dată de către Curte obligă instanțele naționale investite cu litigiul în cadrul căruia a fost solicitată (interpretarea), dar autoritatea acestor hotărâri depășește aceste limite având în vedere că și alte instanțe naționale sunt obligate să respecte autoritatea hotărârilor pronunțate de Curte în speță. Însă instanțele dispun de o alternativă: fie se conformează interpretării oferite de către Curte, fie solicită Curții pronunțarea unei noi hotărâri preliminare în interpretare.

Impactul dreptului european în soluționarea cauzelor de către instanțele de judecată din România se concretizează în:

- a) cazuri în care instanțele soluționează cauzele fără a solicita o hotărâre preliminară și fără aplicarea jurisprudenței europene anterioare (teoria actului clar);
- b) cazuri în care instanța aplică normele de drept european astfel cum au fost deja interpretate de către Curte (precedentul judiciar consacrat prin jurisprudența Curții) și
- c) solicitarea unei hotărâri preliminare prin investirea Curții de Justiție.

3.5. Concluzii la capitolul 3

În urma abordării complexe a precedentului judiciar în cadrul diferitelor sisteme de drept contemporan putem formula următoarele concluzii:

Ca urmare a importanței relative a legislației și a hotărârilor judecătorești în diferite sisteme de drept, dar în principal în cel anglo-saxon și cel romano-germanic, apare un număr de consecințe esențiale printre care trebuie menționate natura și locul materialelor doctrinare, educația juridică și cercetarea. Or, reevaluarea locului și rolului precedentului judiciar în cadrul sistemului izvoarelor dreptului în oricare din sistemele de drept analizate va implica o rearanjare și a celorlalte izvoare ale dreptului din punctul de vedere al influenței și ponderii care le revin în sistemul izvoarelor dreptului.

Indiferent de locul pe care îl ocupă într-un sistem sau altul de drept, însemnătatea practicii judiciare și a precedentului judiciar în particular, nu poate fi ignorată, iar un studiu comparativ al acestora se dovedește extrem de util pentru a lămurii 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.

Dacă normele juridice nu sunt rodul imaginației unor persoane, ci sunt rezultatul experienței acumulate de o societate aflată într-un anumit stadiu de dezvoltare, atunci și hotărârile judecătorești care transpun normele juridice la cazuri concrete trebuie să valorifice jurisprudența anterioară, neputând fi lăsate la infinit în voia hazardului. Un argument deosebit de relevant în sprijinul acestei afirmații îl constituie principiile dreptului roman, care au rămas valabile și în prezent, în sistemele de drept romano-germanic și anglo-saxon, tocmai datorită cristalizării lor printr-o practică îndelungată și unitară.

Date fiind noțiunile dezbătute, având în vedere efectele pe care le au hotărârile Curții Constituționale pronunțate în admiterea excepției de neconstituționalitate asupra actelor normative în vigoare, precum și autoritatea de lucru interpretat a deciziilor pronunțate de Curtea Supremă de Justiție, respectiv de Secțiile Unite ale Înaltei Curți de Casație și Justiție, recunoscută și respectată de către toate instanțele de judecată, putem afirma cu convingere faptul că rolul practicii judecătorești ca izvor de drept, deci infiltrarea precedentului în calitate de izvor de drept în sistemele de drept ale Republicii Moldova și României este tot mai evident și în continuă creștere.

Recunoașterea calității de izvor de drept precedentului judiciar într-un sistem care are ca izvor fundamental legea prezintă atât avantaje, cât și dezavantaje ce trebuie în mod obligatoriu luate în considerație la reconsiderarea locului și rolului precedentului judiciar în sistemul de izvoare ale dreptului.

Recunoașterea hotărârilor Curții Constituționale a Republicii Moldova în calitate de precedente judiciare ar contribui la consolidarea principiilor constituționale. Abordarea legislativă a precedentului judiciar în Republica Moldova ca izvor de drept este necesară și justificată. Realitatea juridică din domeniu, precum și studiul efectuat, indică spre existența tuturor premiselor pentru ca hotărârile de interpretare și aplicare a normelor de drept penal și de procedură penală ale Curții Supreme de Justiție în procedura recursului ordinar împotriva hotărârilor instanțelor de apel să fie considerate ca precedent legal.

La nivel european, deși caracterul creator de drept al jurisprudenței este recunoscut, realitatea juridică nu afirmă valoarea sa normativă, fiind astfel dificilă includerea acestia în sistemul de izvoare ale dreptului sub aspect normativ. Printre argumentele cel mai des întâlnite în doctrina de specialitate și care vin în sprijinul negării valorii normative *de iure* a jurisprudenței, regăsim: autoritatea lucrului judecat, caracterul relativ, caracterul retroactiv al soluției, principiul separației puterilor și independența judecătorilor.

CONCLUZII GENERALE ȘI RECOMANDĂRI

Scopul principal al investigației noastre îl constituie fundamentarea conceptului de precedent judiciar din perspectiva teoriei generale a dreptului, identificarea locului și rolului precedentului judiciar în sistemul izvoarelor formale ale dreptului. În urma analizei și generalizării materiei expuse în teză, formulăm următoarele concluzii:

1. Analiza demersurilor teoretice în doctrina juridică, în materia de izvoare ale dreptului, în general, și a precedentului judiciar, în particular, ne-au adus la conturarea următoarelor trăsături ale precedentului judiciar și practicii judiciare: emană de la o autoritate publică; are un caracter oficial; are forță juridică obligatorie pentru cazuri concrete; este anterioară legii, sub aspectul apariției sale; are caracter evolutiv, dinamic, imprimat de nevoile sociale, a avut și are un rol creator de drept; are rol în interpretarea și aplicarea legii, completează legea când este lacunară.

2. Analiza comparativă a izvoarelor dreptului ne-au permis să ajungem la concluzia, că în sistemele de drept, care plasează legea în vârful ierarhiei izvoarelor de drept, în funcție de gradul de exprimare corectă și optimă a normei legale, judecătorului îi revin diferite sarcini. Judecătorul, căutând nu doar să rezolve cazul concret, ci și să coordoneze decizia cu celelalte decizii judiciare, va asigura în acest mod o unitate și o coerență deciziilor date, va desprinde anumite idei directoare în procesul de înlăptuire a justiției.

3. Cercetarea istorică a izvoarelor formale ale dreptului, ne-a permis să concluzionăm, că izvoarele de drept ocupă un loc deosebit în sistemele de drept naționale, contribuind la fortificarea legislației într-un stat de drept. Eficacitatea izvoarelor în procesul de creare a dreptului depinde, în mare măsură, de nivelul reprezentărilor teoretice despre ele. Astfel, știința juridică este chemată să îmbunătățească condițiile de existență ale lor, iar practica de aplicare a normelor juridice, la rândul ei, să realizeze propunerile oamenilor de știință în domeniu în scopul creării unui sistem dinamic de funcționare efectivă a izvoarelor de drept.

4. Fundamentarea teoretică a autorității precedentului judiciar ne permite să menționăm, că în doctrină urmează a statua două forme de bază ale precedentului judiciar, și anume: precedentul judiciar creator de drept (în familia de drept comun), și precedentul judiciar interpretativ (în familia romano-germanică). Doctrina de specialitate definește și clasifică precedentele judiciare în funcție de mai multe criterii, la catalogarea fiecărui precedent, fiind foarte importantă poziția instanței, care a adoptat hotărârea în ierarhia sistemului organelor judecătorești. Considerăm necesar și de o actualitate deosebită ca în rezultatul reevaluării locului și rolului precedentului judiciar în sistemul izvoarelor dreptului, în cadrul teoriei generale ale dreptului să fie formulată următoarea definiție a precedentului judiciar: *Precedentul judiciar este izvorul de drept emanat de la puterea judecătorească cu caracter de obligativitate viitoare pentru instanțele judecătorești, care prin intermediul normelor creatoare sau interpretative de drept ce le cuprinde asigură funcția normativ-compensatorie a sistemului legislativ al statului.*

5. Dreptul contemporan al României și Republicii Moldova nu acordă practicii judiciare calitatea de izvor de drept, pentru că potrivit principiului separației puterilor în stat și al legalității puterea judecătorească nu este competentă să legifereze, ci doar să aplice legea, care este edictată de parlament. Hotărârea pronunțată de judecător într-o cauză are forță obligatorie numai pentru cazul dat, nu și pentru alte cauze similare.

6. Ultimele schimbări produse în societate, odată cu aplicarea sistemului european de apărare a drepturilor și libertăților fundamentale ale omului, dar și jurisprudența CEDO, au determinat cercetătorii să studieze aprofundat precedentul judiciar ca izvor de drept, pentru a stabili un mecanism eficient de aplicare a lui și a adopta actele normative necesare, care să clarifice aspectul respectiv. Aici ar fi de adăugat inevitabilitatea efectelor globalizării, europenizării asupra sistemului de izvoare de drept recunoscute ca atare de doctrina de specialitate dar și în plan normativ.

7. Cercetând practica Curții de Justiție a Uniunii Europene și CEDO putem menționa, că una dintre funcțiile primordiale ce revine precedentului judiciar și care este în stare să concentreze atenția cercetătorilor asupra acestui izvor de drept, este capacitatea acestuia de a identifica lacunele cadrului legislativ și normativ, incoerența și deficiențele acestuia și, prin urmare, să ofere soluțiile necesare pentru depășirea acestora, pentru actualizarea legislației și perfecționarea continuă a acesteia. De aici și funcția normativ-compensatorie care revine precedentului judiciar în calitatea sa de izvor de drept.

8. Precedentul judiciar astăzi nu mai reprezintă izvorul de drept cu influențe primordiale exclusive numai în cadrul sistemului de drept anglo-saxon, acesta își extinde treptat aria de

acțiune influentă în sistemul izvoarelor de drept, ceea ce determină teoria generală a dreptului să reconsidere locul și rolul precedentului judiciar în sistemul izvoarelor dreptului din punct de vedere teoretico-științific.

Problema științifică soluționată constă în elaborarea instrumentarului de identificare și fundamentare științifică a categoriei precedent judiciar din punct de vedere a Teoriei generale a dreptului, fapt ce a condus la determinarea locului și rolului precedentului judiciar și jurisprudenței, practicii judiciare și celorlalte izvoare de drept în familia de drept comun și a celei romano-germanice, se argumentează reconsiderarea poziției precedentului judiciar în sistemul izvoarelor formale de drept, în sensul utilizării acestuia în scopul creării și interpretării unitare a normelor juridice.

În contextul celor enunțate și argumentate în teză, propunem operarea următoarelor **recomandări**:

1. Prima rațiune, avută în vedere, este cea de a vedea cât de importantă este astăzi reconsiderarea rolului precedentului judiciar și practicii judiciare în sistemele de drept din cadrul familiei romano-germanice, cunoscut fiind faptul că orientarea majoritară a doctrinei noastre este situarea precedentului judiciar și practicii judiciare într-un raport de subordonare față de lege. Însă, nu trebuie omise și puncte de vedere, care afirmă contrariul. Și anume că, practica judiciară și precedentul judiciar, 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. Deci, recomandarea care apare este că, practica judiciară și precedentul judiciar să fie considerate ca surse persuasive de drept.

2. Absolutizarea valorii legii ca prim și adeseori unicul izvor formal de drept în doctrina noastră nu poate să nu-și asume astăzi insuficiențe grave pe care realitatea le consemnează. Sunt notorii și, deci, nu cer să fie probate așa fenomene ca: *criza de legitimitate a legislativului, ori abuzul vădit ale executivului cu privire la dreptul său de a legifera*. În aceste condiții s-ar impune, cel puțin, în plan teoretic 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 a sistemului izvoarelor formale ale dreptului și rolul precedentului judiciar în acest sistem.

3. Ceea ce recomandăm, este a privi în mod echilibrat problematica precedentului judiciar, renunțând la ierarhizarea rigidă a izvoarelor formale ale dreptului în favoarea unei

reevaluări periodice a unor reinterprețări a acțiunii creatoare a practicii judiciare și precedentului judiciar în elaborarea și cizelarea normelor juridice.

4. Chestiunea ridicării precedentului judiciar și a practicii judiciare la nivel de izvor de drept în sistemele juridice autohtone este o decizie de mare responsabilitate, o decizie de acest gen, chiar prin elaborarea și adoptarea unei legi. Însă, această decizie ar putea fi luată doar după ce s-a răspuns prealabil la câteva întrebări: Este pregătit judecătorul român sau moldovean să joace rolul de legiuitor? Ce înseamnă precedentul judiciar și cum a putut ajunge izvor de drept în anumite sisteme de drept? Este capabilă societatea românească să răspundă pozitiv unei astfel de provocări?

5. Date fiind noțiunile dezbătute, având în vedere efectele pe care le au hotărârile Curții Constituționale pronunțate în admiterea excepției de neconstituționalitate asupra actelor normative în vigoare, precum și autoritatea de lucru interpretat a deciziilor pronunțate de Curtea Supremă de Justiție, respectiv de secțiile Unite ale Înaltei Curți de Casație și Justiție, recunoscută și respectată de către toate instanțele de judecată, recomandăm că introducerea precedentului judiciar în calitate de izvor de drept în sistemele de drept ale Republicii Moldova și României este tot mai evident și în continuă creștere.

BIBLIOGRAFIE

I. Bibliografie în limba română:

1. Aramă E. Istoria dreptului românesc. Chișinău: S.A. Reclama, 2003. 204 p.
2. Aramă E. Statul de drept și puterea discreționară a judecătorului. Conferință internațională științifico-practică: "Edificarea statului de drept", Chișinău, 2003, p. 291- 296.
3. Aramă E. Problema precedentului în doctrina juridică. În: Revista Națională de Drept, Ediție specială. Conferința Internațională științifico-practică "Precedentul judiciar: aspecte teoretice și practice", Chișinău, 2007, p. 15-17.
4. Avornic Gh. Teoria generală a dreptului. Chișinău: Cartier juridic, 2004. 656 p.
5. Alice Mariana Apetrei. Drepturile omului în Uniunea Europeană. Iași: Lumen, 2010. 400 p.
6. Alexandru R. Sisteme politice contemporane. Forme de guvernare în 29 de state. București: C.H. Beck, 2010. 200 p.
7. Barac L. Elemente de teoria dreptului. București: All Beck, 2001. 288 p.
8. Baltag D., Guțu A. Teoria generală a dreptului. Curs teoretic. Chișinău: Reclama, 2002. 335p.
9. Baltag D. Teoria generală a dreptului: Curs universitar. Chișinău: ULIM, 2010. 534 p.

10. Baltag D. Unitatea de jurisprudență și forma ei obligatorie în evoluția răspunderii de drept. În: Revista Națională de Drept, Ediție specială. Conferința Internațională științifico-practică "Precedentul judiciar: aspecte teoretice și practice", Chișinău, 2007, p. 31-37.
11. Baltag D. Unele aspecte ale răspunderii juridice constituționale. În: Legea și Viața, 2007, nr. 8. p. 3-10.
12. Barbăneagră A. Precedentul judiciar- izvor al dreptului național. În: Revista Națională de Drept. Ediție specială. Conferința Internațională științifico-practică "Precedentul judiciar: aspecte teoretice și practice". Chișinău, 2007, p. 2-8.
13. Barbăneagră A. ș.a. Precedentul judiciar: importanța, problemele și perspectivele implementării în sistemul juridic din Republica Moldova. În: Evaluarea necesităților sistemului judecătoresc din Republica Moldova. Ediție specială a revistei științifico-practice și informative de drept Avocatul Poporului. Chișinău, 2006, p. 128-132.
14. Barbăneagră A. Precedentul judiciar (unele aspecte teoretico-practice). Ediție jubiliară. Vol. I. Chișinău: IRP, 2006, p. 2-8.
15. Bădescu M. Teoria generală a dreptului. București: Lumina Lex, 2003. 256 p.
16. Bădescu M. Familii și tipuri de drept. București: Lumina Lex. 2002. 146 p.
17. Bădescu I., Mihăilescu I. Geopolitică, Integrare, Globalizare. București: Mica Valahie, 2005. 410 p.
18. Berliba V., Cojocaru R. Precedentul judiciar în materia dreptului penal: argumente pro și contra. În: Revista Națională de Drept. Ediție specială. Conferința Internațională științificopractică "Precedentul judiciar: aspecte teoretice și practice". Chișinău, 2007, p. 76-79.
19. Botnaru S. ș.a. Drept penal. Partea generală. Chișinău: Cartier, 2005. 624 p.
20. Borodac A. ș.a. Drept penal. Partea Generală. Chișinău: Știința, 1994. 320 p.
21. Brînză S. Reflecții asupra posibilității evoluării precedentului judiciar ca izvor al dreptului penal. În: Revista Națională de Drept. Ediție specială. Conferința Internațională științifico-practică "Precedentul judiciar: aspecte teoretice și practice", Chișinău, 2007, p. 11-14.
22. Bob M. D. Despre precedentul judiciar și valoarea sa de izvor de drept. [on line] <http://www.juridice.ro/39497/despre-precedentul-judiciar-si-valoarea-sa-de-izvor-dedrept.html>. (accesat pe 01.04.2015)
23. Buletinul Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova. Chișinău: 2000, nr. 9-10.
24. Bârsan C. Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Comentarii pe articole. Vol. I Drepturi și Libertăți. București: All Beck, 2005. 520 p.
25. Craiovan I. Introducere în filozofia dreptului. București: All Beck, 1998. 300 p.

26. Craiovan I. Tratat elementar de teoria generală a dreptului. București: All Beck, 2001. 225 p.
27. Cocoș Șt. Drept roman. București: All Beck, 2000. 280 p.
28. Cherdivara T. Precedentul judiciar – Perspectiva de a deveni izvor al dreptului procesual penal al Republicii Moldova. În: Revista Națională de Drept. Ediție specială. Conferința Internațională științifico-practică ”Precedentul judiciar: aspecte teoretice și practice”, Chișinău, 29 septembrie 2007, p. 101-103.
29. Constituția Statelor Unite ale Americii.[on line] <http://forumulconstitutional.ro/download/constitutia-s-u-a.pdf>. (accesat pe 10.04.2015).
30. Craig P., Grainne de Burca. Dreptul Uniunii Europene. Comentarii, jurisprudență și doctrină. Ediția a IV-a. București: Hamangiu, 2009. 700 p.
31. Casiadi O., Crețu A. Practica judiciară și precedentul judiciar - izvor de drept în Republica Moldova. În: Analele științifice ale Academiei ”Ștefan cel Mare” a Ministerului Afacerilor de Interne al Republicii Moldova. Ediția a X-a. Chișinău, 2010, p.20 -27.
32. Curtea Constituțională. Culegere de hotărâri și decizii 1999. Chișinău, 2001.
33. Convenția Europeană pentru Apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale [on line] http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ROM.pdf. (accesat la 12.04. 2015)
34. Culegere de hotărâri explicative ale Curții Supreme de Justiție. Chișinău. 2002.
35. Deysine A. Justiția în Statele Unite ale Americii. București: Rosetti, 2002. 152 p.
36. Duculescu V., Călinoiu C., Duculescu G. Drept constituțional comparat. Vol. 2. București: Lumina Lex, 2007. 850 p.
37. Digestele lui Iustinian, traducere Charles Henry Monro, Cambridge at the University Press, 1904. 448 p. [online] <https://archive.org/details/digestofjustinia01monruoft> (vizitat 22.03. 2014).
38. Drăganu T. Introducere în teoria și practica statului de drept. Cluj-Napoca: Dacia, 1992. 222 p.
39. Dănișor D.C., Dogaru I., Dănișor Gh. Teoria generală a dreptului. București: C.H. Beck, 2006. 500 p.
40. Dolea I. ș.a. Drept procesual penal. Chișinău: Cartea juridică, 2009. 980 p.
41. Djuvara M. Teoria generală a dreptului. Enciclopedia Juridică: Drept Rațional. Izvoare și Drept Pozitiv. București: ALL, 1995. 516 p.
42. Deleanu I. Construcția juridică a normei juridice. În: Dreptul, nr. 8, 2004. p. 25-37.

43. Deleanu I. Ficțiunile juridice. București: CH Beck, 2005. 300 p.
44. Dogaru I. Teoria generală a dreptului. București: Ed. Științifică, 1998. 466 p.
45. Dănilă C. Imparțialitatea personală a judecătorului. [online] [http://cristidanilet.ro/docs/ Imparțialitatea%20judecatorului.doc](http://cristidanilet.ro/docs/Imparțialitatea%20judecatorului.doc) (accesat la 31.03.2015).
46. Dănilă C. Globalizarea și justiția. [online] <https://cristidanilet.wordpress.com/2007/11/12/globalizarea-si-justitia/>. (accesat la 30. 03. 2015).
47. Dicționar juridic selectiv. Sub red. S. Ghimpu. București: Albatros, 1985. 700 p.
48. Gheorghiu L. Sistemul de drept englez - unul „nescris”? [online] <http://drept.uvt.ro/documents/Analele-2-2012-Sistemul-englez-de-drept-unul-nescris.pdf> (accesat la 14.03. 2015).
49. Gheorghiu L.G. Recursul în interesul legii - izvor de drept. Aplicarea deciziilor interpretative în timp. În: Revista Curentul Juridic, nr. 3-4, 2006. [online] http://revcurentjur.ro/arhiva/attachments_200634/recjurid063_48F.pdf. (accesat la 10.10.2014)
50. Hamangiu C., Rosetti-Bălănescu I., ș.a. Tratat de drept civil român. Vol. I. București: All Beck, 2002. 344 p.
51. Humă I. Introducere în studiul dreptului. Iași: Chemarea, 1993. 158 p
52. Hotărârea Parlamentului RM nr. 174 din 19 iulie 2007. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 136-140 din 19.07.2007/ art. Nr. 582.
53. Hotărârea Parlamentului RM nr.1298-XIII din 24.07.1997, în vigoare de la 12.09.1997. În: Monitorul Oficial, nr.54- 55/502 din 21.08.1997.
54. Hotărârea Curții Constituționale privind interpretarea unor prevederi ale art. 4, din Constituția Republicii Moldova, nr. 55 din 14 octombrie 1999 [on line] <http://www.lhr.md/docs/hot>.
55. Hotărârea Curții Constituționale privind interpretarea articolului 140 din Constituție din 10.X.2013. [on line] <http://www.constcourt.md>. (accesat la 14.04.2014).
56. <http://www.juridice.ro/39497/despre-precedentul-judiciar-si-valoarea-sa-de-izvor-de-drept.html> (accesat la 25.03.2014).
57. <http://dexonline.ro/definitie/jurispruden%C8%9B%C4%83> (accesat la 23.03.2014).
58. <http://dexonline.ro/definitie/precedent> (accesat la 12.04.2015).
59. <http://legeaz.net/dictionar-juridic/precedent-judiciar> (accesat la 10. 03.2015).
60. <http://legeaz.net/dictionar-juridic/practica-judiciara> (accesat la 10.04.2015).
61. <http://legeaz.net/dictionar-juridic/autoritate-de-lucru-judecat> (accesat la 07.04.2015).
62. <http://www.mfa.gov.il/mfa/foreignpolicy/peace/guide/pages/declaration%20of%20establishment%20of%20state%20of%20israel.aspx> (accesat la 12.02.2015).

63. Ionașcu T. Jurisprudența ca izvor de drept. În: Analele Universității Constantin Brâncuși din Ionescu S. Justiție și jurisprudență în statul de drept. București: Universul Juridic, 2008 [on line] // http://www.utgjiu.ro/revista/jur/pdf/2014-03/03_Titu%20Ionascu.pdf (vizitat la 12.03.2014).

64. Ionescu S. Principiile procedurii judiciare în reglementarea actuală și în Noile Coduri de procedură. București: Universul Juridic, 2010. 220 p.

65. Ionescu S. Semnificația jurisprudenței și autoritatea precedentului în marile familii de drept. În: Revista ”Studii de drept românesc”, nr. 1. București, 2009. [on line] // <http://www.rsdr.ro/Art-1-1-2009.pdf> (vizitat la 10.04.2015).

66. Joseph D. Sistemul civil si sistemul anglo-saxon câteva elemente de comparație. În: The American Journal of Comparative Law. vol. 15. no.3 (1966-1967). New York: American Society of Comparative Law. 500 p.

67. Legea Constituția R. Moldova din 29.07.1994 [on line] // http://lex.justice.md/document_rom.php?id=44B9F30E:7AC17731 (vizitat la 10.04.2015).

68. Legea Constituția României [on line] // <http://www.constitutiaromaniei.ro/art-11-dreptulinternational-si-dreptul-intern/> (vizitat la 10.04.2015).

69. Legea Republicii Moldova nr. 502-XIII din 16.06.1995. Codul jurisdicției constituționale [on line] // <http://lex.justice.md/viewdoc.php?action=view&view=doc&id=311677&lang=1>. (vizitat la 10.10.2014).

70. Legea Republicii Moldova nr. 87 din 21.04.2011 privind repararea de către stat a prejudiciului cauzat prin încălcarea dreptului la judecarea în termen rezonabil a cauzei sau a dreptului la executarea în termen rezonabil a hotărârii judecătorești. În: Monitorul Oficial nr. 107-109, modificată prin LP 96 din 03.05.2012. În: Monitorul Oficial 135-141/06.07.2012.

71. Legea Republicii Moldova Nr. 317 din 13.12.1994 cu privire la Curtea Constituțională [on line] // <http://lex.justice.md/index.php?action=view&view=doc&lang=1&id=311650> (vizitat la 15.03.2014).

72. Legea Republicii Moldova Nr. 789 din 26.03.1996 cu privire la Curtea Supremă de Justiție. În: Monitorul Oficial Nr. 032 din 30.05.1996 [on line] // <http://lex.justice.md/viewdoc.php?action=view&view=doc&id=311515&lang=1> (vizitat la 15.03.2014).

73. Legea Republicii Moldova nr. 122 din 14.03.2003. Cod de Procedură Penală al Republicii Moldova Nr. 122 din 14.03.2003 [on line] // <http://lex.justice.md/md/326970/> (vizitat la 15.01. 2015).

74. Legea Republicii Moldova nr. 47 din 1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale [on line] // <https://www.ccr.ro/Legea-nr-471992> (vizitat la 15.01.2015).
75. Legea Codul de Procedură Civilă al României. [on line] // <http://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocument/140271> (vizitat la 12.04.2015).
76. Lungu V. Actualitatea precedentului judiciar în Republica Moldova. În: Revista Națională de Drept. Ediție specială. Conferința internațională științifico-practică „Precedentul judiciar aspecte teoretice și practice”. Chișinău, 2007, p. 80-85.
77. Lupu R. Sources of Law – Judicial Precedent. Proceedings of the 3rd International Conference on Law and Social Order. New York: Addleton Academic Publishers, 2013. p. 158-164
78. Lupu R. Judicial precedent – source of law. Conferință internațională Challenges for Science and Research in the Crisis Era, UAMS. Vol. 1, Sibiu: Alma Mater, 2011, p. 119-121.
79. Lupu R.-O. Instrumente actuale de unificare a jurisprudenței instanțelor judecătorești în România. Tendințe actuale în dreptul public. Abordare juridică și filosofică. București: Ed. Universitară, 2014, p. 144-153.
80. Lupu R.-O. Aspecte privind apariția sistemului de drept anglo-saxon. În: Materialele conf. șt. internaționale anuale ale tinerilor cercetători. Consolidarea statului de drept al Republicii Moldova în contextul evoluției sistemului internațional și proceselor integraționiste. Vol.II. Drept Național și Științe politice. Ediția a VIII-a. Chișinău, 2014.
81. Lupu R.-O. Precedentul în sistemul de drept romano-germanic. În: Jurnalul Juridic Național: teorie și practică, nr. 4(8), 2014. p. 45-49.
82. Lupu R.-O. Aspecte privind sistemul juridic englez - judecătoriile și instanțele. În: Legea și Viața, nr.5, 2014, p.13-16.
83. Lupu R.-O. Sistemele de drept În: Revista Jurnal de studii juridice și administrative. Vol. 5, 2014, p. 31-33.
84. Lupu R.-O. Categoriile de precedent judiciar. În: Revista Jurnal de studii juridice și administrative. Vol.4, 2013, p. 31-33.
85. Luburici M. Teoria generală a dreptului. București: Oscar Print, 2005. 212 p.
86. Macari I. Drept penal al Republicii Moldova. Partea generală. Chișinău, 1999, p.37-41.
87. Malaurie P. Antologia gândirii juridice. București: Humanitas, 1997. 370 p.
88. Manolescu M. Teoria și practica dreptului. București: Fundația Regele Mihai, 1946. 314 p.

89. Mariș A. Drept penal. Partea Generală Vol. 1. Chișinău, 2002, p. 38-45.
90. Mazilu D. Teoria generală a dreptului. Ediția a II-a. București: All Beck, 2000. 440 p.
91. Marcu L. P. Introducere în studiul dreptului. Enciclopedie Juridică. Note de curs. Vol. II. București Ed. All Beck: 1993. 310 p.
92. Motica R., Mihai Gh. Teoria generală a dreptului. București: All Beck, 2001. 280 p.
93. Munzberg Olav. Dreptul internațional și minoritățile etnice. Evoluția drepturilor omului din 1945. București: Ed. Biblioteca Pedagogică Națională „I. C. Petrescu”, 1998. 120 p.
94. Negru B., Negru A. Teoria generală a dreptului și statului. Chișinău: Bons Offices, 2006. 520 p.
95. Neacșu A. Hotărârea prealabilă pronunțată de ÎCCJ - șansa reconcilierii justiției cu societatea românească [on line] // <http://www.juridice.ro/259637/hotararea-prealabila-pronuntata-deiccj-sansa-reconcilierii-justitiei-cu-societatea-romaneasca.html> (vizitat la 12.03.2014).
96. Osmochescu N., Gamurari V. Hotărârile instanțelor judiciare și rolul lor în codificarea progresivă a dreptului internațional contemporan. În: Revista Națională de Drept. Ediție specială. Conferința Internațională științifico-practică ”Precedentul judiciar: aspecte teoretice și practice”, Chișinău, 2007, p. 18-26.
97. Osmochescu N., Gamurari V. Raționament la precedentul judiciar. Precedentul judiciar. Vol.I. Centrul de Drept al Avocaților. Reprezentanța ICNUR din Moldova. Chișinău, 2006.
98. Popa C. Teoria generală a dreptului. București: Lumina Lex, 2001. 320 p.
99. Popa N. Teoria generală a dreptului. București: Actami, 1999. 336 p.
100. Popa N., Eremia M. C., ș.a.. Teoria generală a dreptului. Ed. a 2-a. București: ALL Beck, 2005. 300 p.
101. Popescu S. Teoria generală a dreptului. București: Lumina Lex, 2000, p. 366 p.
102. Popescu S. Statul de drept în debaterile contemporane. București: Ed. Academiei Române, 1998. 180 p.
103. Propuneri de modificare a legii de punere în aplicare a noului Cod de Procedură Civilă [on line] http://www.kas.de/wf/doc/kas_5665-1442-1-30.pdf?120123091215 (vizitat la 30.03.2014).
104. Popescu S., Manea L. Jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene între sistemul de drept anglo-saxon și cel romano-germanic. Valoare juridică, Buletin de informare legislativă nr.2, 2012, p. 3-7 [on line] // http://www.clr.ro/ebuletin/2_2012/buletin_2_2012.pdf (vizitat la 01.04.2015).

105. Poalelungi M. Precedentul judiciar. În: Manualul judecătorului pentru cauze civile. Ediția a II-a. Chișinău, 2013, p.265-325 [on line] http://www.egd.ase.md/drept_privat/files/manualul-al-judecatorului.pdf. (vizitat 19.03.2014).

106. Pulbere D. Precedentul judiciar constituțional în Republica Moldova, În: Revista Națională de Drept. Ediție specială. Conferința Internațională științifico-practică "Precedentul judiciar: aspecte teoretice și practice", Chișinău, 2007, p. 38-45.

107. Piperea Gh. Precedentul judiciar și aplicabilitatea directă în dreptul intern a reglementărilor comunitare europene. [on line] // www.juridice.ro (vizitat la 12.03.2014).

108. Railean P., Costachi Gh. Aplicarea uniformă a legislației de către instanțe – cerință indispensabilă asigurării legalității în cadrul statului. În: Revista Națională de Drept, nr. 10, 2013, p. 37-42.

109. Reghini I., Diaconescu S. Introducere în dreptul civil. Vol. 1. Cluj- Napoca: Sfera, 2004. 250 p.

110. Rousseau J.-J. Contractul social. București: Ed. Științifică, Biblioteca filozofică, 1957. 291 p.

111. Recomandarea nr. 6 a Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova privind satisfacția echitabilă. [on line] // http://jurisprudenta.csj.md/search_rec_csj.php?id=21 (vizitat la 01.04.2015).

112. Scrisoarea Curții Constituționale nr. 19 din 26 octombrie 2012 PCC-01/1458/211 [on line] // <http://pnl.md/?p=1116> (vizitat la 10.04.2015).

113. Sedlețchi I. Precedentul judiciar și izvoarele dreptului procesual penal al Republicii Moldova. În: Revista Națională de Drept. Ediție specială. Conf. Internațională științificopractică "Precedentul judiciar: aspecte teoretice și practice". Chișinău, 2007, p. 9 -10.

114. Smochină A. Istoria universală a statului și dreptului. Epoca antică și medievală. Chișinău: Tipografia Centrală, 2002. 224 p.

115. Statutul Curții Internaționale de Justiție. [on line] // <https://jurisdicție.wordpress.com/2013/12/02/statutul-curtii-internationale-de-justitie-in-limba-romana/> (vizitat la 10.04.2015).

116. Șterbeț V. Jurisprudența constituțională – izvor al precedentului judiciar. [on line] // <http://www.constcourt.md/print.php?l=ro&idc=7&id=152> (vizitat la 10.09.2014). 152

117. Ștefan T., Andreșan-Grigoriu B. Drept comunitar. București: Ed. C.H. Beck, 2007. 744 p.

118. Tănăsescu E. S. Despre constituționalism european. În: Revista română de drept comunitar, nr. 2, 2008, p. 31-41.

119. Toader C. Constituționalizarea dreptului comunitar. Rolul Curții de Justiție a Comunităților Europene. În: Revista română de Drept Comunitar, nr. 2, 2008, p.15-30.

120. Ulianovschi G. Hotărârile Plenului Curții Supreme de Justiție. În: Revista Națională de Drept. Ediție specială. Conferința Internațională științifico-practică ”Precedentul judiciar: aspecte teoretice și practice”. Chișinău, 29 septembrie 2007, p. 46-47.

121. Ursan Ig. Principalele școli și curente de drept în gândirea juridică. Chișinău, 1998. [on line] // <http://criminology.md/new/books/Principalele.pdf> (vizitat la 02.04.2015).

122. Văllimărescu A. Tratat de enciclopedia dreptului. București: Lum. Lex, 1999. 450 p.

123. Vonică R. Introducere generală în drept. București: Lumina Lex, 2000. 600 p.

124. Vrabie G., Popescu S. Teoria generală a dreptului. Iași: Șt. Procopiu, 1995. 187 p.

125. Zlătescu V. Panorama marilor sisteme contemporane de drept. București: Continent XXI, 1994. 247 p.

126. Zlătescu V. Mari sisteme de drept în lumea contemporană, București: De-Car Complex, 1992. 313 p.

127. Zlătescu V. Geografie juridică contemporană. București: Editura Științifică și enciclopedică, 1981. 305 p.

II. Bibliografie în limba engleză:

128. Austin J. The Province of Jurisprudence Determined, ed. W.E. Rumble – Cambridge: Cambridge UP, 1995 (1832), 343 p.

129. Bader D. W. Cleveland D. R. Precedent and Justice, Duquesne Law Review, vol. 49, 2011, p. 35-60

130. Baker J. H. An Introduction to English Legal History, Butterworths Lexis Nexis, 2002. 600 p.

131. Berman H. J. Law and Revolution II: The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition, Harvard University Press, 2009. 544 p.

132. Paul Bergman and Sara J. Berman-Barrett. Represent Yourself In Court: How to Prepare & Try a Winning Case. 6th ed. Berkeley: Nolo, 2008. 500 p.

133. Blackstone William. Commentaries on the Laws of England, Volume 1: A Facsimile of the First Edition of 1765-1769. University Chicago Press, 1979. 473 p.

134. Bodenheimer E., Oakley J. B., Love J.C. An introduction to the Anglo-American Legal System. St. Paul-Minnesota: West Publ. co., 1988. 180 p.

135. Brounough R. Persuasive precedent. In L. Goldstein (ed.) Precedent in Law. Oxford. Clarendon Press. 1987, 340 p.

136. Elliot Catherine and Frances Quinn. English Legal System. Pearson Longman, 2009. 745 p.
137. Coleman J. L., Feinberg J. Philosophy of Law: Thomson/Wadsworth, 2004. 480 p.
138. Carter J. C. Law, its Origin, Growth and Function, The Knickerbocker Press, New York and London, 1907. 380 p.
139. Cross R., Harris J. W. Precedent in English Law, 4th edition – Oxford: Clarendon Press, 1991. 256 p.
140. Coke E. The First Part of the Institutes of the Law of England, London 1832. 869 p.
141. Common law (GROWTH OF STATUTE LAW AND CODES section). Encyclopædia Britannica. Encyclopædia Britannica Online Academic Edition. Encyclopædia Britannica Inc., 2013.
142. Constitution Act, 1867. sect. 101. [on line] // <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/page-1.html> (vizitat la 20.03.2015).
143. Civil Code Napoleon 1804 [on line] // http://www.napoleon-series.org/research/government/c_code.html (vizitat la 20.03.2015).
144. Civil Code of Germany // codul civil german [on line] // http://www.gesetze-iminternet.de/englisch_bgb/ etc. (vizitat la 20.03.2015).
145. Guido Calabresi. A Common Law for the Age of Statutes. Harvard College, 1982. 330 p.
146. Dainow J. The Civil Law and the Common Law. Some points of Comparaison, The American Journal of Comparative Law, vol. 15, no.3 (1966-1967). Published by American Society of Comparative Law, p. 419 - 435.
147. David K. The Politics of Law: A progressive Critique. Basic Books, 1998. 250 p.
148. Duxbury N. Authority of Precedent: Two Problems, p.1-31 [on line] <https://www.mcgill.ca/files/legal-theory-workshop/Neil-Duxbury-McGill-paper.pdf> (vizitat la 25.12.2014).
149. Dworkin R. Law's Empire. Harvard University Press, 1986. 470 p.
150. Eugene C. Gerhart. The Fountainhead of the Law: Ex Facto Oritur Jus. American Bar Association Journal, Vol. 36, No. 7 (July 1950), pp. 533-537. // <http://www.jstor.org/stable/25717298>.
151. Elliot Catherine. Frances Quinn. English Legal System, Pearson Longman. 2009. 100 p.
152. Maria Jose Falcon y Tella. Case Law in Roman. Anglosaxon and Continental Law. Martinus Nijhoff Publishers. Koninklijke Brill nv. Leiden. The Netherlands, 2011. 235 p.

153. Daniel A. Farber and Suzanna Sherry. *Judgment Calls: Principle and Politics in Constitutional Law*. New York: Oxford University Press, 2008. 89 p.
154. Gray J. C. *Judicial Precedents. A Short Study in Comparative Jurisprudence*, *Harvard Law Review*. vol. 9, no. 1. Apr. 25, 1895. 35 p.
155. Jean Gaudemet. *Justinian's Body of Civil Law*. [on line] // <http://droitromain.upmf-grenoble.fr/corpjurciv.htm> (vizitat la 11.04.2015).
156. Gearey A., Morrison W., Jago R. *The Politics of the Common Law: Perspectives, Rights, Processes, Institutions*. Second Edition: Routledge, 2013. 376 p.
157. Glenn H. P. *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*. Second edition. Oxford University Press, 2004. 432 p.
158. Griffith John. *Politics of the Judiciary*. Manchester University Press, 1977. 224 p.
159. Peter Goodrich. *Reading the Law*. Oxford, Blackwell, 1986. 170 p. cf. Carl F. Stychin. *Legal Method: Text and Materials*. London: Sweet / Maxwell, 1999. 322 p.
160. Michael J. Gerhardt. *The Power of Precedent*. New York: Oxford University Press, 2008. 92 p.
161. Vivian Grosswald. *Romantic Common Law. Enlightened civil Law: Legal Uniformity and the Homogenization of the European Union*. *J. Eur. L* 98 (2001). 98 p.
162. Harrer G. *Precedent in Roman Law*, *Studies in Philology*, vol. 19, no.1 (Jan. 1922), p. 52- 63.
163. Hawkins William. *Pleas of the Crown*. 2:CH. 25, §§ 99, 100; CH. 46, § 30 1721 ed. Volume 5, Amendments V and VI, Document 8 [on line] // http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/amendV-VI_criminal_process8.html (vizitat la 12.12.2014).
164. Oliver Wendell Holmes Jr. with an introduction by Thomas A. Schweich. *The Common Law*. Barnes and Noble Publishing, Inc. 2004. 223 p.
165. Andrew H. Hershey. *Justice and Bureaucracy: The English Royal Writ and „1256”*. *The English Historical Review*. Vol. 113, 1998. 980 p.
166. Graham Hughes. *Common Law Systems*. In: *Fundamentals of American Law*. ed. Alan B. Morisson. New York: Oxford University Press, 1996, p. 9-36.
167. <http://library.law.utoronto.ca/step-2-primary-sources-law-canadian-case-law-0> (vizitat la 01.02.2014).
168. <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Curia+regis> (vizitat la 01.02.2014).
169. <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Communis+error+facit+jus> (vizitat la 01.02.2014).

170. <http://legaldictionary.lawin.org/res-judicata-pro-veritate-accipitur/> (vizitat la 01.02.2014).
171. http://ec.europa.eu/civiljustice/legal_order/legal_order_rom_ro.htm (vizitat la 01.02.2014). 155
172. [http://www.wikihow.com/Understand-the-Ratio-Decidendi-\(Common-Law\)](http://www.wikihow.com/Understand-the-Ratio-Decidendi-(Common-Law)) (vizitat la 01.02.2014).
173. <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/obiter+dicta> (vizitat la 01.02.2014).
174. <http://jfk.hood.edu/Collection/Civil%20Actions%20Procedures-Subjects/Equity/Equity%2004a.pdf> (vizitat la 01.02.2014).
175. http://www.constitution.org/coke/Calvins_Case-7_Coke_Report_1a_77_ER_377.html (vizitat la 01.02.2014).
176. <http://constitutionus.com/> (vizitat la 01.02.2014).
177. <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/128386/common-law/40242/The-development-of-common-law-in-the-United-States-and-other-jurisdictions> (vizitat la 01.02.2014).
178. <http://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/quebec-act/> (vizitat la 01.02.2014).
179. http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index_ro.htm (vizitat la 01.02.2014).
180. http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index_ro.htm (vizitat la 01.02.2014).
181. Iran Constitution, Art. 156-174 // https://www.constituteproject.org/constitution/Iran_1989?lang=en (vizitat la 01.02.2014).
182. John D. R., The Canadian Legal System and the Judiciary. [on line] <http://cas-ncrnter03.cas-satj.gc.ca> (vizitat la 01.02.2014).
183. Kairys D. The Politics of Law: A progressive Critique. Basic Books, 1998. 270 p.
184. Kocourek A. Sources of law in the United States of Nord America and their relation to each other. In: American Bar Association Journal, 18, 10, 1932, p. 676-672.
185. Magna Charta Libertatum [on line] // <http://www.bl.uk/collection-items/cabinet-papersproposing-that-magna-carta-be-gifted-to-the-usa> (vizitat la 01.02.2014).
186. Marbury v Madison. 5 U.S. 137 (1803). www.law.cornell.edu/supremecourt/text/151137
187. Neatby Hilda. The Quebec Act: Protest and Policy. Ontario: Prentice-Hall of Canada, Scarborough, 1972. 340 p.

188. Plucknett T. F. T. A Concise History of the Common Law. The Lawyers Co-operative Publishing Co. 1929. 679 p.

189. Stewart Rapalje, Robert. L. Lawrence. A Dictionary of American and English Law: With Definitions of the technical terms of the canon and civil laws. Full collection of latin maxims. Vol. I. The Lawbook Exchange. LTD., 1997. 198 p.

190. Fabio Perin Shecaira. Sources of Law Are not Legal Norms. Ratio Juris. Volume 28, Issue 1, pages 15–30, March 2015 [on line] // <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/raju.12053/full> (vizitat la 10.04.2015).

191. Selden J. Table Talk, quoted in M B Evans and R I Jack (eds). Sources of English Legal and Constitutional History. Sydney: Butterworths, 1984. 432 p.

192. Salmond J. Jurisprudence. Eighth Edition. London: Sweet&Maxwell Limited 2&3 Chancery Lane. W. C. 2. Law Publishers, 1930. 580 p.

193. Slaughter A-M. A New World Order. Princeton, Princeton University Press, 2004.

194. Sources of Canadian Law [on line] // https://www.oas.org/juridico/mla/en/can/en_can_mla_sources.html (vizitat la 05.04.2015).

195. T.W.D. The English Judicial System, The American Law Register (1852-1891). Vol. 17, no.2. New Series Volume 8 (Feb. 1869), p. 65-80.

196. Warren S. Blackstone`s Commentaries to the Existing State of the Law and Constitution. London: W. Maxwell, Bell Yard, Lincoln`s Inn, 1856. 901 p.

197. Waldron J. The Law. Routledge, 1990. 200 p.

198. S Worthington. Equity. 2nd edn. Oxford: OUP, 2006.115 p.

III. Bibliografie în limba franceză:

199. Allard J., Garapon A. Les juges dans la mondialisation. La nouvelle revolution de droit. Editions du Seuil et La République des Idées. France: jan. 2005. 155 p.

200. Arminjon P., Nolde B. B., Wolff M. Traité de droit comparé. Tome I. Paris: 1950. 614 p.

201. Batifol H. Problèmes de base de philosophie du droit. Paris: Dalloz, 1956. 346 p.

202. Batiffol H. Aspects philosophiques du droit international privé. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 10 N°1, Janvier - Mars 1958. pp. 190-194 [on line] // http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_00353337_1958_num_10_1_11788 (vizitat la 04.04.2015).

203. Code Civil Francais [on line]//<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721> (vizitat la 04.04.2015).

204. Génys François. Science et technique en droit privé positif. Syreys.Paris. [on line] // <https://archive.org/stream/scienceettechniq01geny#page/n7/mode/2up> (vizitat la 12.03.2014).

205. Génys François. Méthode d'interpretation et sources en droit privé positif. Tome premier. Paris: L. C. D. J., 1919. p. 36-39.

206. Frydman Benoit. Le projet scientifique de François Génys. P. 8 [on line] // http://www.philodroit.be/IMG/pdf/francois_20geny.pdf (vizitat la 12. 03. 2015).

207. Fouchard Philippe. Vers un procès civil universel? Les règles transnationales de procédure civile de l'Américan Law Institute. Paris, 2001. 320 p.

208. Gaudemet J. L'élaboration de la règle de droit et les données sociologiques. Vol. Methode sociologique et droit. Paris, 2000. 450 p.

209. Kernalleguen V. F. L'extension du rôle des juges de cassation. Th. Rennes. 1979. 371p.

210. Stark Boris, Roland Henri, Boyer Laurent. Introduction au droit. 5e Edition. Paris: Litec, 2002. 653 p.

211. Terré François. Introduction générale au droit. 6e Édition. Paris: Dalloz, 2003 481 p.

212. Zenati Frederic. La notion de jurisprudence en débats. La notion de divergence de jurisprudence. p. 63-65 [on line] // http://books.google.ru/books?id=jJHv4bri5rAC&pg=PA63&lpg=PA63&dq=Observations+sur+la+jurisprudence+en+tant+que+source+du+droit&source=bl&ots=1uebk90ymM&sig=qkp26X1UeFsQEnQ4wfezB_DNzC0&hl=ru&sa=X&ei=fKljVbamJcG7swGprIDYBQ&ved=0CCsQ6AEwAg#v=onepage&q=Observations%20sur%20la%20jurisprudence%20en%20tant%20que%20source%20du%20droit&f=false (vizitat la 2.04.2015). IV. Bibliografie în limba italiană

213. Criscuoli C. La sentenze della giustizia inglese: i precedenti vincolanti e i precedenti persuasive. În: Economia e Credito. Nr. 3, 1976, p. 1-32

214. Sesma V. Iturralde. El precedente en el Common Law. Madrid: Civitas, 1995.

215. Codice civile italiano [on line] // http://www.jus.unitn.it/cardoza/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm (vizitat la 12.04. 2015).

V. Bibliografie în limba rusă:

216. Бастъен С. Нормативности решений Конституционного Суда Российской Федерации, конституционных (уставных) судов субъектов РФ. Понятие и особенности. În: Проблемы права: Международный правовой журнал, № 1, 2004. p. 65- 74.

217. <http://blog.pravo.ru/blog/theory/987.html> (vizitat la 12.04. 2015).

V. Bibliografie în limba spaniolă:

218. Reale Miguel. Introducci3n al Derecho. Madrid: Ediciones Piramide S.A., 1993.
229 p.

DECLARAȚIA PRIVIND ASUMAREA RĂSPUNDERII

Subsemnata Lupu Raluca Oana, declar pe proprie răspundere că materialele prezentate în teza de doctor se referă la propriile activități și realizări, în caz contrar urmând să suport consecințele, în conformitate cu legislația în vigoare.

Lupu Raluca Oana

Data:

CURRICULUM VITAE



Numele de familie și prenumele: Lupu Raluca-Oana

Data și locul nașterii: 22/12/1976, Constanța, România

Studii – superioare, doctorat, postdoctorat:

2000 – 2002 – Universitatea Maritimă Constanța, masterat "Legislație maritimă"

1995 – 1999 – Universitatea "Spiru Haret", Facultatea de Drept

Domeniile de interes științific: Teoria generală a dreptului, Drept constituțional, Sisteme politice comparate

Activitatea profesională:

2010 – prezent Lector universitar titular Universitatea "Spiru Haret", Facultatea de Drept și Administrație Publică Constanța

Activități didactice de predare la disciplinele: Drept constituțional comparat, Bazele constituționale ale administrației publice, Sisteme politice comparate, Politici publice

Activități didactice de seminarizare la disciplinele: Drept constituțional comparat, Bazele constituționale ale administrației publice, Drept constituțional, Contencios constituțional

2004 – 2010 Asistent universitar titular Universitatea ”Spiru Haret”, Facultatea de Drept și Administrație Publică Constanța

Activități didactice de seminarizare la disciplinele: Drept constituțional, Criminalistică, Transporturi

2002 – 2004 Preparator universitar titular Universitatea ”Spiru Haret”, Facultatea de Drept și Administrație Publică Constanța

Activități didactice de seminarizare la disciplina Drept civil.

Articole în reviste recenzate:

1. *Lupu Raluca Oana*. Precedentul în sistemul de drept romano-germanic. În: Jurnalul Juridic Național: teorie și practică, nr. 4 (8), 2014, p. 45-49 (0,44 c.a).
2. *Lupu Raluca Oana*. Aspecte privind sistemul juridic englez - judecătoriile și instanțele. În: Revista Legea și Viața, nr. 5, 2014, p.13-16, (0,43 c.a).
3. *Lupu Raluca Oana*. Sistemele de drept. În: Revista Jurnal de studii juridice și administrative, vol. 5/2014, p. 31-33, (0,21 c.a).
4. *Lupu Raluca Oana*. Categori de precedent judiciar. În: Revista Jurnal de studii juridice și administrative, vol.4/2013, p. 31-33, (0,20 c.a).

Materiale ale comunicărilor științifice:

1. *Lupu Raluca*, Judicial precedent – source of law, Conferință internațională Challenges for Science and Research in the Crisis Era, UAMS, vol. 1, Sibiu: Editura Alma Mater, 2011, p. 119-121, (0,30 c.a).
2. *Lupu Raluca*. Sources of law – Judicial Precedent, Proceedings of the 3rd International Conference on Law and Social Order, Addleton Academic Publishers, New York, 2013; p. 158-164, (0,40 c.a).
3. *Lupu Raluca*. Instrumente actuale de unificare a jurisprudenței instanțelor judecătorești în România. În: Materialele conferinței științifice ”Tendințe actuale în dreptul public. Abordare juridică și filosofică”, București: Editura Universitară, 2014, p.144-153,(0,53 c.a).

4. *Lupu Raluca*. Aspecte privind apariția sistemului de drept anglo-saxon. În: Materialele conf. șt. internaționale anuale ale tinerilor cercetători. Consolidarea statului de drept al Republicii Moldova în contextul evoluției sistemului internațional și proceselor integraționaliste. Vol.II, Drept Național și Științe politice, Ediția a VIII-a, 3 iunie 2014, Chișinău, p.170-177. (0,43 c.a).
5. *Lupu Raluca*. European Union Court of Justice jurisprudence as a source of national law, The 5th International Conference on Law and Social Order, Book of Abstracts, Editura Sitech Craiova, ISBN 978-606-11-4867-7, 2015.
6. *Lupu Raluca*. Aspects Concerning Judicial Precedent in Republic of Moldova's Legal System, în curs de publicare, www.jolas.ro, 2016

Apartenența la societăți/asociații științifice naționale, internaționale:

Membru în societatea națională "Spiru Haret" pentru Educație, Știință și Cultură din 2007

Activități în cadrul colegiilor de redacție ale revistelor științifice:

Secretar de redacție în cadrul colegiului revistei "Jurnal de studii juridice și administrative" a Facultății de Științe Juridice și Științe Economice, Universitatea "Spiru Haret"

Cunoașterea limbilor:

- Engleză foarte bine
- Franceza foarte bine
- Germana satisfăcător
- Italiana satisfăcător

Date de contact:

Bd. Tomis, 232, Bl. TD 14, Sc. E, ap. 85, Constanța, România

Tel: 0040722554172

Email: greavur@gmail.com

