

JUDECĂTORUL ÎN STATUL DE DREPT, LIBERAL ȘI DEMOCRATIC, PROTECTOR AL LIBERTĂȚILOR ȘI DEMOCRAȚIEI

Slobodan MILACIC

Profesor emerit la Universitatea Montesquieu-Bordeaux IV

Rezumat

Punctul de vedere exprimat în această „lucrare” își propune să readucă în atenție problema judecătorului în statul de drept contemporan, poziționându-l în cadrul sistemului democratic și liberal, restructurat de neoliberalism. Judecătorul nu apare doar în calitate de „protector al libertăților fundamentale”, respectiv, în esență, individuale, ci, de asemenea, în calitate de protector al standardelor și al spiritului normelor democratice referitoare la instituțiile și procedurile politice, care constituie un alt profil al judecătorului, relativ neglijat de discursurile ambiante. În ambele cazuri, activitatea judecătorului constituțional implică, de asemenea, în mod necesar, politica, nefiind necesar să o abandoneze prea repede, datorită „politicării judecătorului” și pericolului unui „guvern de judecători”! Mai ales că, mai presus de lege și de judecător, sistemul de astăzi, desemnat într-o manieră scurtă drept „statul de drept”, este garantat structural de valorile și procedurile foarte democratice. Dacă judecătorul garantează normele, democrația pluralistă este cea care stabilește normele liberale și garantează judecătorul, prin statutul său de „cea de-a treia putere”; în primul rând juridică, dar cu implicații politic-legitime, deoarece democrația însăși este sau nu este în mod esențial politică.

Cuvinte-cheie: democrație; stat de drept; judecător constituțional; independența judecătorului; separația și echilibrul puterilor în stat

I. Introducere

Neoliberalismul a indus și a instalat în cele din urmă o logică predominantă de fragmentare¹ la toate nivelurile și în toate domeniile de putere și, prin urmare, de drept. De asemenea, cea care domnește în mod absolut în domeniul ideilor este „specializarea”

¹ „Mondializarea” sau „globalizarea” însăși implică concurența fragmentată, cel puțin la început..., și locația (sau „relocarea”) sub forma unui răspuns dialectic, care este aproape inevitabilă.



disciplinelor și temelor². Faimosul „neo-individualism”, denunțat sau invocat, trebuie să fie interpretat în linii mari, atât la propriu, cât și la figurat, incluzând tematici foarte „individualizate”, respectiv specializate; în general, la fel ca în disciplinele noastre juridice și politice. Cu toate acestea, împotriva părții dialectice a acestui discurs „specializat”, mai mult sau mai puțin „îngust”, un discurs ambient general, chiar și ideologic, privind „drepturile omului”. Dar, între discursul disciplinar tehnic și ideologia discursului ideologic ambient, se evită adesea legătura politică, în mod specific cea democratică, dar esențială; în același timp, o bună înțelegere privind „buna guvernare” a sistemului liberal-democratic care ne guvernează. Paradigma juridică a drepturilor omului și a cetățeanului încadrează în prezent problemele politice ale democrației.

Judecătorul, în calitate de protagonist major al vremurilor neoliberale și „postmoderne”, este prea des considerat a fi concentrat pe el însuși; în el și pentru el însuși, punând sub semnul întrebării problemele privind independența sa reală, propria legitimitate, competențele sale tot mai largi, jurisprudența sa și eficiența sa finală. Însă este foarte rar înlocuit, în mod universal, în cadrul sistemului de stat de drept, care este, în mod esențial, atât liberal și democratic, în ceea ce privește valorile fundamentale, cât și juridic și politic, în ceea ce privește planul tehnologic, dacă putem spune astfel. Întrucât, după cum vom observa într-o mai mare măsură, în cazul în care liberalismul este „prin natură”, prin vocație sau printr-o simplă constatare, profund juridic, înainte de a fi politic, democrația este, în esență, politică, înainte de a fi juridică. În ciuda și împotriva unor tendințe doctrinare care susțin că aceasta este în primul rând „constituțională” în prezent, marginalizând politica democratică, considerată o consecință a liberalismului înțeles corect! Însă, Constituția este în primul rând un act politic care exprimă un compromis politic esențial care i-a dat viață și punere „în vigoare” printr-un act de voință politic, materializat prin vot. În urma acestui punct de vedere, democrația devine paradigma juridică și se prezintă sub forma unui stat de drept – tradițional (oricum... „de drept”) – sau de drept constituțional, care monopolizează astăzi termenul de „stat de drept”, care implică controlul de constituționalitate drept un criteriu decisiv. Domeniul politic și cel juridic sunt considerate aici tehnologii de organizare și de reglementare a sistemului, adică rapoarte globale ale subiectelor sau actorilor în cadrul statului. La rândul lor, aceste tehnici devin valori, confundându-se cu cele care sunt, inițial, doar instrumente de acțiune. Cum ar fi, de exemplu, dreptul care proclamă și garantează libertățile individuale. Prin urmare, dreptul este esențial pentru liberalism, fiind considerat un sistem (aici „subsistem”) *sui generis*, precum și pentru democrație, strict vorbind, care are nevoie de o „ordine” stabilă și transparentă. Între liberalism și democrație nu există în mod strict numai același drept de fond sau numai aceeași ordine de funcționalitate sau preferințe între procesele juridice și politice. Acest aspect se află exact la răscruce, adică, atât sinergia și contradicțiile valorilor, cât și tehnologiile invocate care determină complexitatea, chiar sofisticarea, adică geniul sistemului nostru. Desigur, acest aspect ne obligă să ne amintim că toate instituțiile, procesele și procedurile pe care termenul „tehnologie” le implică nu sunt neutre din punct de vedere politic sau purificate ideologic.

² „Întrebări”, „probleme” sau „problematici” din ce în ce mai „ascuțite”.



Ele sunt, într-un fel, invenții și instrumente desemnate sau induse de valorile fundamentale ale sistemelor. Astfel, trebuie amintit, de asemenea, că aceste tehnologii au diverse utilizări, chiar negative, pentru diferite sisteme pe care istoria modernă le-a cunoscut. De aici derivă necesitatea de a recurge la dreptul de fond ca un criteriu determinant. Astfel, norma juridică și votul politic ar putea fi puse în serviciul sistemelor diametral opuse, în raport cu propriile noastre scopuri, democratice și liberale. Statele și sistemele „paria” și „negative” nu se pot detașa tehnic de drept, ca structură de ordine, nici ideologic de prezentarea libertății și egalității, ca cerință socială; atât prin realism, pragmatism sau oportunism, adică prin necesitate funcțională și de dragul propagandei legitimize!

Pentru a situa judecătorul constituțional în cadrul sistemului nostru de stat, juridic și politic, din punct de vedere al tehnologiilor instituționale, și liberal și democratic, din punct de vedere al valorilor și principiilor, ne propunem să identificăm, în primul rând, jocul complex de interacțiuni al acestor patru variabile, înainte de a examina poziția judecătorului, la răscrucea acestor variabile. Spațiul jurisdicțional se dovedește a fi complex, în conformitate cu sistemul însuși, între bipolaritățile valorilor și alte tehnologii, adesea complementare, însă de multe ori, de asemenea, concurente; uneori chiar total contradictorii. Reamintim că sistemul nostru este practic bipolar, chiar și în cazul în care nu ne așteptăm la această bipolaritate: în consensul care ignoră opoziția, dar nu neapărat diferența, alias concurența. Astfel, ipoteza pluralistă ne amintește: „Alungă diferența, revine rapid”, de îndată ce consensul intră în acțiune, adică în aplicare. Aici, aplicarea este mult mai complexă, chiar complicată, decât constatarea consensului. Și, tocmai în acest stadiu, judecătorul intervine cu prioritate.

La fel ca toate puterile, actorii și interpreții implicați ai Constituției pe care o aplică, dar cu o precizie mai mare decât altele, judecătorul trebuie să decidă între valorile și principiile care se află în concurență. Și, prin urmare, de asemenea și în mod necesar, între pozițiile respective ale juridicului și politicii.

De aceea, noi credem că este util să situăm, în avans și în diagonală, structura profundă a sistemului în conformitate cu lunga sa formare istorică, înainte de a exista un interes pentru judecător în cadrul acestei bipolarități în forma sa actuală, și anume neoliberală.

II. Statul de drept bipolar: liberal și democratic

Având în vedere marea întorsătură istorică a neoliberalismului, determinată de criza petrolului din 1973 și de consecințele induse de aceasta, sistemul nostru de guvernare s-a mutat în mod substanțial „de la pivniță la mansardă”. Valorile liberale și individuale sunt acum propulsate ca „fundamentale”, eclipsând chiar valorile colective, în special politice, adică democratice, spre deosebire de cea Vulgata privind „patrimoniul comun”, concept adesea invocat decât analizat, drept „intangibil”; cristalizat definitiv și, într-un fel în unanimitate, ceea ce nu este întocmai adevărat! Paradigma juridică a urmărit instalarea neoliberalismului și a devenit dominantă, ca răspuns la paradigma politică, care, în plus, a

trebuie să suporte noua hegemonie a economiei, ca la început, două sau trei secole în funcție de modul de calcul... Astfel, s-a deschis un spațiu larg pieței „libere” și „legile” sale economice au fost transpuse în politică; reducând astfel rolul statului, adică al politicii, în general, atingând specificul și autonomia sa. Nu trebuie să uităm niciodată că, atunci când vorbim de politică, democrația este cea care este substanțial vizată.

Fără dezbateră ideilor care corespund amplitudinii și gravității schimbărilor, s-a trecut repede de la un sistem, care este aproape istoric, al democrației „liberale” sau „pluraliste”, cu „statul său de drept”, care a implicat „în primul rând politica”, la sistemul actual, în principal liberal, cu „statul său de drept” – constituțional –, „prezentând” în mare parte politica prin drept și transferând o altă parte către domeniul privat al societății civile, către economia și legile sale...

Astfel, cele două componente principale, liberale și democratice, ale sistemului nostru se găsesc într-un nou raport ierarhic în care liberalismul domină democrația. În urma neoliberalismului triumfător, se afirmă juridicul, prin inducerea unui declasament al politicii drept legitimitare referențială și, prin urmare, drept putere de arbitraj. Prin urmare, creșterea importanței disputei juridice în detrimentul disputei politice, având drept simbol proeminent judecătorul constituțional.

Acesta este impulsul de promovare neoliberală a libertăților, prevăzute de lege și garantate de către judecător, care se finalizează prin a lua înfățișarea unui erou din vremurile postmoderne, protector al templului constituțional al celor mai „fundamentale” libertăți.

Astfel, judecătorului îi revine o zonă de interes considerabilă: în rândul publicului, în special, și, de asemenea, în doctrina juridică, în mod natural. Cu toate acestea, fiind unul dintre cele trei puteri majore ale orașului, nu deține monopolul de legitimitate și, ca atare, nu poate avea în mod absolut „puterea ultimului cuvânt”, cum i se atribuie uneori printr-o anumită facilitate și ideologie juridică, numai prin dogmatică și apariții juridice formale. Nimeni, nicio instanță sau nicio competență instituită într-o democrație pluralistă nu poate avea singură puterea ultimului cuvânt, deoarece, „în totalitate și în ultimă instanță”, acesta aparține poporului, suveran „în persoană”, vorbind direct despre fond sau despre condițiile procedurale legale alese pentru arbitrajul decisiv „în ultimă instanță”. Mai mult decât atât, în lumina noii creșteri a importanței și a popularității judecătorului, problema legitimității sale revine în discuție; în special în Franța, unde rezerva istorică împotriva puterii judecătorului este bine cunoscută. Oricum, acesta a rămas o simplă „autoritate” a statului în semantica constituțională „în vigoare”. La rândul său, mișcarea democratică caută, într-un fel, legitimitatea politică, adică alegătorii. În amonte, este problema legăturii sale, directe sau indirecte, cu votul universal; în aval, persistă problema unui regim în conformitate cu noul său statut, noile sale responsabilități funcționale și reale, dincolo de cel disciplinar, etic și penal. Mișcarea liberală se mulțumește cu legitimitatea sa juridică, și anume constituțională; își găsește criteriile sale de legitimitate în statutul său constituțional și juridic al independenței și, în special, în nivelul de calificare. Astfel, judecătorul devine „reprezentantul poporului”, prin Constituție, întrucât se declară „în numele poporului

francez”. Liberalii „puri” cred că această „garanție constituțională” este suficientă, deoarece Constituția exprimă o anumită legitimitate democratică prin vot.

În ceea ce privește „noul judecător” sau noul rol de judecător constituțional în neoliberalism, este clar că unii parametri ai legitimității sale au fost mai mult sau mai puțin modificați; în drept sau în fapt. Preocuparea reprezentării sale politice (în fapt, dar în surdina...) sau sociale (mai ușor de recunoscut în sistemele anglo-saxone) devine mai reală și mai de succes. Legitimitatea constituțională – fondatoare – devine mult mai semnificativă: astfel, textele vechi sunt deseori interpretate într-o manieră reînnoită radical. În general, consolidarea independenței magistraturii, în drept sau în fapt, precum și punerea pe ordinea de zi a diferitelor tipuri de responsabilități ale judecătorului, contribuie la noul echilibru între putere și responsabilitate, care este o cerință specific democratică. Cu toate acestea, în ciuda tuturor acestor aspecte, întrucât „mai multe sate nu formează un oraș”, aspectele fragmentate ale unei legitimități dorite nu constituie o legitimitate globală coerentă, adică suficientă! De fapt, în domeniul justiției, ne aflăm într-un dezechilibru care caracterizează, în general, noul stat de drept: paradigma juridic-liberală a devenit copleșitoare în raport cu paradigma democratic-politică. În ansamblul său, sistemul a pierdut echilibrul necesar pentru eficacitatea și legitimitatea sa, întotdeauna interactiv pe termen lung, și acest aspect trebuie menționat.

În special, în Franța, neîncrederea istorică în ceea ce privește judecătorul făcea parte din cultura tradițională, chiar și în democrația liberală trecută, în care încă mai gestionăm în prezent rămășițele. Nu s-a mai dorit să i se acorde judecătorului un „suflu în plus”, adică de legitimitate – democratică –, pentru a nu i se permite să dobândească mai multă „putere”! Dintr-o teamă politică, s-a atribuit democrației. În multe țări, judecătorii sunt aleși, chiar dacă alegerea lor dobândește un profil specific, cel puțin în fapt, diferit de votul politic, care, în general, funcționează. Prin urmare, de exemplu, în Statele Unite ale Americii, o anumită reprezentativitate a judecătorilor de la Curtea Supremă; reprezentare socială sau culturală, însă într-un mod geopolitic, chiar și în sensul de sensibilitate politică partizană. Grupuri etnice, religioase, de sex, zone mari care sunt adesea reprezentate din oficiu. La un nivel politic sau cel puțin ideologic, se obișnuiește să se distingă între „judecători conservatori” și „judecători progresivi”, chiar „pro-democrați” și „pro-republicani”. Problema majoră în acest domeniu nu este percepută precum cea a conotației lor politice sau ideologice, ci ca un echilibru între „mișcările” reprezentate. Judecătorii sunt bărbați, cu ideile lor, sentimentele, pasiunile și chiar alte puncte slabe de care nu se pot desprinde complet și în mod voluntar pentru cerințele funcției. Mai mult decât atât, democrația fiind, în general, un sistem rațional, care îmbină idealul cu experiențele, prin urmare, imposibilul sau improbabilul nu poate fi considerat dezirabil. Cu excepția cazului utopiei, care a făcut ca multe ideologii să devină sisteme „reale”, cum a fost cazul guvernării marxismului. Având în vedere paradigma realistă, nu se poate lua în considerare în mod legitim sau rezonabil materia vie constituțională, decât luând în considerare o anumită reprezentativitate politică a judecătorilor politici. Atât o reprezentare mai deschisă decât o politică partizană, dar, de asemenea, politică, însă „neclară”, într-un fel, depășind liniile partizane și situându-se în liniile marilor fluxuri de sensibilități, de „familii politice”, mai mult sau mai puțin informale.

În Franța, acest aspect este realizat prin organizațiile politice de numire, prin diversitatea și complementaritatea acestora. Restul este lăsat la conștiința și voința oamenilor de a-și „gestiona” propriile „ecuații personale”, în conformitate cu cerințele etice. Cu toate acestea, niciun judecător constituțional nu poate rămâne indiferent pe „teren”, în fața raportului de putere de la acel moment sau al stării opiniei publice, înainte de a găsi soluția legală.

Am ales aici exemplul american, fiind cel mai transparent, pentru a ilustra ipoteza noastră despre interconexiunile politice și juridice în domeniul justiției constituționale. Dar, în general, în modelul statului de drept, democratic și liberal, justiția și politica coexistă și interferează în mod necesar; numai în conformitate cu combinațiile variabile și în mișcare, în funcție de conjuncturile istorice sau rapoartele legitimităților sistemice, care pot fi destul de liberale și juridice sau mai degrabă democratice și politice. Prin urmare, în loc să se teamă de „politizarea judecătorului”, de posibila sa „guvernare” nelegitimă, este mai bine să accepte partea inevitabilă a activității politice, care implică interpretarea normelor, toate în mod inevitabil din punct de vedere al conținutului politic, examinând echilibrele diferite în care instanțele și deciziile ar trebui să fie martore; întrucât viața democratică nu se finalizează cu o sentință judecătorească. Ansamblul de competențe și de restabiliri a legitimităților sunt continue și permeabile, chiar dacă cunosc momente importante, regimuri de croazieră și blocaje.

A. Constituirea istorică a bipolarității democratice și liberale

La începutul modernității postrevoluționare (1789), mai presus de toate s-a aflat liberalismul juridic, învăluit treptat de democrația politică în timpul secolului al XIX-lea, cu extinderea votului universal și a partidelor politice. „Liberalismul clasic”, ca sistem deschis prin excelență, a degajat în special calea spre democrație, până la preponderență, chiar până la dominația acestuia în timpul unui secol întreg, între anii 1875-1877 și 1973 și 1975, în Franța. Începând cu această perioadă, „neoliberalismul” marchează o revenire la origini, mai mult sau mai puțin revizuite și corectate, dominând în prezent politica – democratică: atât la nivelul tehnologic al modului de funcționare, mai degrabă juridic, cât și la nivelul ideologic al valorilor, mai degrabă individuale. Libertatea și norma juridică sunt foarte apreciate în raport cu votul și majoritatea – politice –, mai mult sau mai puțin „retrograde” în grila de ierarhii de legitimitate.

La sfârșitul Iluminismului, după dobândirea liberalismului economic, s-a impus continuarea logică a dezvoltării sistemului, cu Revoluția franceză din 1789, odată cu punerea în aplicare a liberalismului politic, garant politic al ordinii libertăților „fundamentale” ale omului și cetățeanului, printre care libertățile economice nu erau cele mai infime; în calitate de persoane sau indivizi ca principiu de guvernare, în primul rând și mai presus de toate în ceea ce privește proprietatea – „sacră” – și libera concurență – de reglementare –, fiind, de asemenea, sacră sau cel puțin consacrată. Prin urmare, libertatea de exprimare va veni ca un rezultat și va fi exercitată doar în mod individual. Astfel, economia și politica, proiectate și standardizate, în mod esențial, pe bază individuală, intervin înaintea colectivului, adică înaintea democrației politice. Aceasta urmează să se dezvolte treptat pe parcursul secolului



al XIX-lea. Datorită votului universal și partidelor politice, care se „consolidează” în a doua jumătate a secolului pentru a se stabili istoric, nu fără dificultate, sub forma unei republici sau a unei „democrații parlamentare”, începând cu „Constituția Grevy” din 1877. Începând cu promovarea procedurilor și a valorilor, în special democratice, cum ar fi „deliberarea publică”, alias transparentă, votul „universal și secret” și compromisul legitim ca cerință fundamentală, s-au înființat pilonii de bază ai sistemului. Însă, mai ales odată cu crearea unui echilibru – suficient de concret – între cele două componente ale valorilor, liberale și democratice, susținute de tehnologiile lor preferențiale, juridice și politice, sistemul își va găsi legitimitatea și eficacitatea; ceea ce îi va asigura stabilitatea. Desigur, din punct de vedere uman și social, echilibrul nu poate fi decât relativ, iar efectele negative ale dezechilibrului nu sunt resimțite decât de la un anumit „prag de intoleranță” sau de la perversitatea utilizărilor.

Dacă secolul al XIX-lea a fost „destul de liberal”, secolul al XX-lea este „mai degrabă democratic”, după Primul Război Mondial și – mai ales – criza economică din 1929, care a dus la cererea de „mai mult Stat”, și anume la un anumit intervenționism sau dirijism politic (în domeniul economic și social) și logica sa instituțională pentru stat de a reglementa piața defavorabilă. Această mutație a raportului, într-un fel o inversiune ierarhică între politică și economie, public și privat, a fost legitimată de procesele de acțiune din cadrul democrației politice, care revine la legitimitatea sa de acolo în secolul următor. Într-adevăr, cele care au rezultat sunt legitimitatea revitalizată a politicii și mijloacele democratice de acțiune, sfârșind prin a oferi economiei un nou statut juridic, în prezent fiind supus unui cadru politic („moale”, „semi-moale” sau „rigid”, din punct de vedere al planificării). Apare nouă „înfrățire” ideologică a economiei³ în favoarea valorilor politice sau, în sens mai larg, economice și sociale, dar încă în tranzit prin proceduri și discursuri de idei – politice; chiar dacă scopul de fond rămâne de ordine strict economică și socială.

Astfel, s-a afirmat primatul deciziilor politice cu privire la economie și juridic, ca urmare a⁴ industriei politice și democratice – dominantă ulterior, în linii mari, în timpul secolului al XX-lea.

Din acest punct de vedere și în termeni foarte generali, în cazul în care secolul al XIX-lea a fost secolul afirmării „libertății publice” și a liberalismului dominant, în termeni mai generali, secolul al XX-lea este cel al afirmării democrației și a „politicii, în primul rând”. Acest lucru este, desigur, democrația liberală, devenită „pluralistă”, cu valori colective/pluraliste și proceduri tehnice/politice, adesea decisive; „Suverane”, ori de câte ori a fost necesar să se recurgă la „ultima instanță”. Astfel, rolul decisiv revenea negocierii,

³ Astfel, suntem departe de productivismul și consumismul agresive, tipice postmodernității noastre, economiste și mondializate. Funcția socială a economiei în care se afirma discursul politic valoriza distribuția la fel de mult ca și producția. Democrația politică era astfel foarte cuprinzătoare în inspirația ei egalitară; în egală măsură, „distribuționist” și „productivist”, acordând o mare importanță utilității sociale, „generale” sau publice, alături de utilitatea economică, fiind astăzi decisivă sau cel puțin supradeterminantă.

⁴ Ne amintim totuși răul pe care popularul președinte Roosevelt l-a avut pentru a impune societății economice americane prevalența opțiunii politice (a culturii liberale, dacă a existat vreodată) și în drept la Curtea Supremă. A fost cu adevărat o activitate nouă!



compromisului și votului, care se suprapunea cu triada tipic liberală, bazată pe afirmarea normelor, exegezei lor, prin interpretării judiciari și sancțiunea judecătorului.

Punctul culminant al politizării, combinată cu democratizarea sistemului, descoperit în „anii '30”, se repetă după cel de-al Doilea Război Mondial și după „anii '50”. De asemenea, economia a fost supusă în mare parte politicii, cu planificările „semi-rigide”...⁵. Astfel, piața a fost bine încadrată și bine controlată. Puterea de control a judecătorului de drept comun se oprea, la acel moment, la nivelul legislativ, pur și simplu un „stat de drept”, politica predominând în general și în special în partea de sus a piramidei puterii în stat. „Clasa parlamentară” și „partizană” sau, mai precis, „politică” a fost într-un fel suverană; atât judecător, cât și juriu, în fapte și credințe, dacă nu în teorie juridică și drept pozitiv, uneori fiind în decalaj cu utilizările. Eforturile, marginale și mai degrabă simbolice, ale controlului de constituționalitate au rămas fără o relevanță semnificativă până la Republica a cincea și anii 70-80. Tocmai atunci începe chiar dreptul prin „sesizarea politicii”, oferind credibilitate noului „stat de drept” – constituțional. Aceasta va fi, la rândul său, activitatea neoliberală, juridică și constituțională, a deceniului 1970-1980. Dar, în același timp, între sfârșitul secolului al XIX-lea și sfârșitul secolului al XX-lea, acesta va fi secolul democrat, până la punctul în care unele sisteme, dar fundamental bipolare sau mixte, au fost desemnate începând de la singura lor paradigmă politică și democratică: „socialismul democratic scandinav”, „democrația creștină-italiană”, „democrația franceză” sau, pur și simplu, „democrația parlamentară” sau „republicană”. Acest aspect apare chiar și în cărțile de drept constituțional, dar subliniind mai ales paradigma juridică. Însă autorii, victime ale modei ambientale a denumirilor științifice mai puțin „controlate”, susțineau politica, în numele democrației, și uitau liberalismul, „ducându-se” spre trecut, așa cum democrația este îndreptată spre neoliberalism, în zilele noastre!

Prin urmare, cea care era o referință paradigmatică este democrația „liberală”, „pluralistă” sau „constituțională”; „scandinavă”, „anglo-saxonă” sau „latină”; nicidecum liberalismul „democratic” sau „pluralist”, mai mult sau mai puțin curat și globalizant, la fel ca în contextul nostru neoliberal de la începutul secolului al XX-lea. Așadar, calificativul liberal nu apărea în denumirea generală a sistemului, așa cum nici în prezent nu mai apare calificativul democratic, chiar marginal, în denumirea generică și uzuală a statului de drept.

Neoliberalismul apare într-un context nou, care a avut loc de-a lungul secolului, finalizând și prezentând o „politică de uzură”, chiar o „dezamăgire democratică”. Criza petrolului din anii 73-74, un preludeu la criza economică aproape continuă de atunci, provoacă o schimbare profundă în nivelul nostru de valori referențiale și în tehnologiile noastre preferate. În sistemul de guvernare de stat, neoliberalismul este cel care pune economia și alter ego-ul său, Piața, înaintea statului politic. Astfel, se apreciază domeniul privat, civil sau social, în raport cu sfera publică politică. Individualismul se pune înaintea colectivului, golind deliberarea democratică de sensul profund care vizează compromisul și privilegiază exegeza și transparența regulilor în vigoare, cum ar fi criteriile de legitimitate. Se presupune acum că alegerea rațională individuală este într-un fel predeterminată și

⁵ Conform vocabularului conceptual foarte uzual în acea perioadă.



identifică baza „bunei guvernări” neoliberale pe care consensul (de preferat) ar trebui să o concretizeze doar „în mod pozitiv”. Perspectiva promite să fie scutită de obligația alternativei. Astfel, se devalorizează conceptul democratic al alegerii, prin premisa obligatorie și mai mult sau mai puțin echilibrată și, până acum, criteriul esențial al „bunei guvernări” democratice, de data aceasta. În consecință, se neutralizează dezbaterea pluralistă reală, mai degrabă conflictuală decât concurențială, deoarece concurența era deja „codificată” în știință drept un concept care este unic pe piață și, ca atare, era deja luat în considerare într-o anumită măsură!

În raport cu anul 1929, scenariul istoric se derula într-un mod asimetric la sfârșitul acestui secolul. În loc să se dorească remedierea situației de „Stat insuficient”, adică puterea politică (întotdeauna identificată prin democrație), conceptul de „Mult prea mult Stat” este, de data aceasta, denunțat și responsabil pentru criză. A fost necesar să se „elibereze piața” din „cătușele statului” pentru a permite să-și recâștige propria „autoreglementare” și, astfel, să favorizeze „ieșirea din criză”. Dar ceea ce s-a prezentat la acel moment ca un „miracol liberal” a fost soluția de „ieșire din criza” financiară și economică, și nicidecum o schimbare profundă și de durată în sistemul nostru de guvernare. La început, doar gestionarea, alias „guvernarea”, a fost pusă sub semnul întrebării. Se făcea referire la politicile neoliberale ale doamnei M. Thatcher și ale domnului R. Reagan, și nicidecum la schimbarea, în profunzime, a rapoartelor generale de componente liberale și democratice din cadrul sistemului nostru. Explozia, sau aproape explozia, neoliberalismului ca un sistem nou de guvernare s-a dovedit a genera noul dezechilibru structural între cele două paradigme fondatoare. Acea „tranziție” nu a fost dezbătută ca atare. Diferitele competențe erau cele care trebuiau să și-o asume, mai mult sau mai puțin treptat. Rolul judecătorului în acest proces pragmatic și continuu era enorm. Acesta este cel care urmează a fi introdus în coerența neoliberală, fiind interpretul desemnat în ceea ce privește sensul și domeniul de aplicare, subtile și variabile, normele vechi – reînnoite prin adaptare – și normele noi.

În mod absolut natural, paradigma juridică este cea care vine în prim-plan împreună cu primordialitatea libertăților individuale – „naturale” – în ceea ce privește alegerile colective – politice. De această dată, paradigma juridică a însoțit nu numai principiul legalității, dar și pe cel al constituționalității, politica (legislativă și executivă) fiind supusă controlului juridic, datorită judecătorului constituțional cu atribuții îmbunătățite și legitimitate sporită. Astfel s-a născut noul stat de drept – constituțional –, diferit și dezvoltat în raport cu Reichstadtul german din secolul al XIX-lea. Judecătorul constituțional a fost promovat și remobilizat în Europa de Vest, teritoriul democrației liberale, cum ar fi Franța, de exemplu, începând cu anii 70-80⁶. Este adevărat că înainte a existat excepția austriacă, datorită lui Kelsen, în anii '20; știm ce s-a întâmplat cu aceasta în anii '30. Și, mai presus de toate, există cazurile foștilor învinși din cel de-al Doilea Război Mondial. Germania și Italia au fost echipate cu

⁶ După cum s-a menționat deja, abia între 1971, 1974 și 2008, devine legitim să vorbim, pentru Franța, despre „judecătorul” constituțional, în ciuda semanticii codase, care evocă „Consiliul” în loc de instanță, „membri” în loc de judecători și „decizii” în loc de hotărâri sau sentințe. Tot în cadrul constituțional general, care se referă la „autoritatea judiciară” în cazul în care toate constituțiile similare afirmă „puterea judecătorească”.



curți constituționale ca garanție pentru respectarea noilor constituții liberale și democratice. Cu structura federală (Germania) sau regională (puțin mai mult în Italia) a statelor și cu promovarea constituțională a libertăților publice și chiar a unor standarde internaționale promovate la rangul de norme constituționale, chiar supraconstituționale... Noile planuri au fost susținute de „parlamentarismul raționalizat”, revizuit și corectat din nou și garantat de către un judecător constituțional în care s-au pus mari speranțe! Exista, de asemenea, logistica de drept internațional, solicitată pentru protejare. Constituționalismul, mișcare în principal juridică, chiar și primele baze, înainte ca înființarea sa să fie larg răspândită și să se consolideze cu neoliberalismul, în anii '80; având în urma sa țările postcomuniste din Europa Centrală și de Est.

Între criza petrolieră din anii 1973-1974, fiind contagioasă, și „Evenimente din Est” din anii 1989-1990, toate strategiile actorilor și analizele autorilor au fost plasate sub steagul Consiliului Europei și faimoasei sale Comisii de la Veneția, al cărei motto a fost: „Democrație prin Drept”. Ambiguitatea care va rezulta va fi din cauza unor confuzii conceptuale între libertate și democrație, considerată ca fiind sinonimă cu „constatarea” sau cu simpla afirmație, care continuă și astăzi, destul de general, și din care această abordare tinde să se reflecte.

Întorsătura neoliberală, preocuparea pentru libertate, ca o valoare de referință, copleșește preocuparea pentru democrație. În orice caz, liberalismul și ceea ce ar putea fi numit, prin gustul simetriei, „democratismul” sunt considerate un cuplu simbiotic: putem spune inseparabile în realitate și, de altfel, separate inutil în analiză! Dar precis, ele apar separat, într-o manieră perfect diferențiată, deși și în convergență, de-a lungul istoriei și ni se par astăzi separabile în mod util, pentru nevoile analitice și critice, întrucât dominația, pentru unii hegemonia neoliberală, perturbă în profunzime un sistem a cărui calitate, să nu mai vorbim de sustenabilitate, depinde în mod precis și fundamental de echilibrul dintre cele două paradigme constitutive menționate. Pentru a reveni la metafora *cuplu simbiotic*, înțelegem cu ușurință că stabilitatea relației depinde de echilibrul structural al celor două componente. Hegemonia democratică, fără contragreutatea liberală necesară, poate induce „tirania” sau „despotismul majorității”, care de multe ori duce la o oligarhie politică, iar ulterior, la cea a unui șef, lider mai mult sau mai puțin carismatic⁷, al cărui „cult” este înlocuit pentru majoritatea, adică pentru oameni..., dezvoltând un discurs populist. La rândul său, liberalismul insuficient supravegheat de politică, adică, de către statul democratic, este astfel, în ideea sa rezultată sau neîngrădită, reglementată de legea „concretenței dezlănțuite”, și anume „legea celui mai puternic”, care ignoră obligația egalitară, fundamentul democrației. Acesta este motivul pentru care un anumit vocabular vorbește despre piață sau concurență – „sălbatică” –, proprii pentru starea de natură și contrare civilizației. Deoarece, așa cum istoria ne-a demonstrat, în cele din urmă piața nu este un sistem adevărat (un model de sistem), deoarece aceasta nu se reglementează

⁷ Cel mai concret exemplu pe care istoria ni l-a oferit este sistemul sovietic cu partea totalitară, cu Biroul Politic al „conducerii colective” și cu liderul acestuia, „micul tată al poporului”, subiectul „cultului personalității”. Franța a făcut o scurtă experiență în temeiul Convenției cu dictatură iacobină, inclusiv Comitetul său de Salut Public, și Robespierre în partea de sus a vârfului piramidei...



singură; are nevoie de o autoritate externă și de o legitimitate mai mare, și anume de statul politic. Nu există nicio „mână invizibilă” a lui Adam Smith care trebuia să garanteze autoreglementarea pieței! Dar, este adevărat, liberalismul nu este anarhism, adică orice libertarianism. Așa cum istoria economică amintește adesea, liberalismul recunoaște necesitatea unui stat politic, însă un stat minimalist sau „moderat”, adică „rezonabil”, nimic mai mult, pentru a folosi vocabularul raționalității liberale. Vom constata mai concret în și prin fapte: capitalismul modern sau postmodern, și anume economia liberală, nu este o necesitate vitală pentru democrație⁸, în timp ce pentru democrația politică este. Relația este asimetrică. Democrația liberală, ea însăși, colaborează în mod necesar cu economia liberală, din diferite motive, structurale sau sistemice, calitative și cantitative (grad suficient de dezvoltare și economie în mare parte liberală), care nu poate fi dezvoltată aici. Este suficient pentru a constata.

Astfel, debutul neoliberalismului în anii '80 a favorizat dezvoltarea economică și, mai presus de toate, ceea ce ne interesează, juridicul, garantul normelor liberale privind proprietatea privată, libera concurență și libertățile persoanelor ca atare. Cetățenii, în politică, sunt „complementar” esențiali în logica generală a sistemului.

Pentru restul, funcționarea „obișnuită” sau „normală” a sistemului de operare reflectă în primul rând reglementarea normativă, fiind tehnica preferată. Libertatea individuală este situată deasupra preocupării utilizării sale colective, adică politice. Desigur, democrația politică își conservă locul, cu valoarea sa egalitaristă ca fundament ideologic, însă acum este umbrită de exploziile neoliberalismului – individualist și juridic – triumfător.

B. Judecătorul, în calitate de interpret al „valorilor comune”

Funcția de interpret a judecătorului presupune o activitate politică de interpretare a valorilor consensuale în discuție, precum și a raportului dintre aceste valori contextualizate. După cum s-a menționat deja, trebuie să se dezvolte structura sistemului și situația politică, spiritul legilor și spiritul contextului, întrucât „valorile noastre comune” nu sunt un bloc compact, cum ar fi „blocul de constituționalitate” adesea invocat! În cazul în care referințele sunt comune și „nucleul este dur”, nuanțele, diferențele, concurențele, și chiar opozițiile se afirmă extrem de rapid. Adesea, deși implicit, judecătorul este condus să medieze între aceste valori care nu sunt percepute numai eventual în moduri contradictorii, dar, de asemenea, într-un raport variabil de legitimități. Acest lucru demonstrează importanța judecătorului în acest domeniu, deși nu este valorificat suficient.

Arbitrajul, explicit sau implicit, între liberalism și democrație.

⁸ Dictaturile din America Latină și din Asia s-au confruntat cu o creștere puternică a capitalismului, întrucât ordinea publică, proprietatea privată și concurența au fost asigurate prin regimuri autoritare... Exemplul lui Pinochet din Chile este cea mai drastică ilustrare. Fără a se insista pe cazul Chinei, care, fiind în același timp mult mai complex, relevă acest decalaj mare cu scopul de a stabili (?) între economie, în mare măsură privatizată și competitivă, și politică, de asemenea, totalitară sau cel puțin autoritară.



Acestea sunt „valorile fundamentale”⁹ pe care le contopim prin formula de „patrimoniu comun de valori”, alias „valori obișnuite” sau „comune”, cu toate acestea, fără a aprofunda vreodată analiza suplimentară a conținutului și diferitele conotații ale semanticii conceptuale care variază în funcție de perioadă, actori și scenarii.

Această analiză, critică prin vocație, determină destul de repede apariția diferențelor, surse de divergențe care apar mai ales în aplicațiile concrete și specifice ale acestor valori, prin legi „negative”, deși „egalitare” sau, în mod simetric, „inegale”, ducând la „liberalismul sălbatic”. Declarația generică a valorii, precum și a principiului care rezultă din aceasta, poate să inducă o relație simbiotică între libertate și egalitate, dar de îndată ce începem să precizăm conținutul exact și implicațiile acesteia, apar diferențele sau chiar contradicțiile.

Chiar în zilele noastre foarte consensualiste, uităm adesea că celebrul consens, devenit referința primară de legitimitate (mai puternică decât majoritatea!), nu înseamnă, cu toate acestea, unanimitate, ci implică, în ciuda aparențelor sale formale, un conținut de arbitraj, asemenea majorității, dar într-o manieră mult mai transparentă, în acest din urmă caz. Cumva, consensurile sunt compromisuri doar „recunoscute”, dar nu votate sau deliberate cu scopul unui vot pe care l-am putea folosi! Acesta este un proces fără vot, precis și prin definiție, deoarece a fost inventat tocmai pentru a evita votul „separator” care dezvăluie disidențele care mocnesc întotdeauna sub jăratul pluralist... și prin interesul comun al actorilor importanți pe care îi ținem, de asemenea, la tăcere; consensul realizându-se fără o negociere explicită, de tip sincer și direct, în care, după ce fiecare și-a prezentat obiectivele, se comprimă opoziții bipolare pentru a obține bipolaritatea democratică cu majoritatea și opoziția. Acestea fiind remarcate, tendința de normalizare a consensului politic, dincolo de cel sistemic, a fost accentuat de neoliberalism. În primele zile ale democrației liberale, consensul era doar sistemic. Acesta este cazul celebrului „consens fondator”, ca și în cazul democrațiilor occidentale „vechi”. Odată cu extinderea procesului de consens în domeniul politicii, se iau măsuri de precauție privind utilizarea, în special „pentru a nu trezi lupul care doarme”; pentru a dezactiva sau pentru a ascunde diferența sau conflictualitatea latentă, în caz contrar, funcția procesului de consens nu mai poate fi garantată. În acest sens, consensul implică un acord subtil, mai mult sau mai puțin implicit, într-un dezacord minor, pentru a proteja un acord neclar privind principiile de bază. Dar cu evoluția istorică și modificările ciclice, raportul dintre cei doi parametri se poate inversa și, oricum, cel de-al doilea poate cântări mai mult sau mai puțin greu în cadrul funcționalității lucrurilor, care necesită adaptări ale consensului inițial în cadrul noilor contexte! Ambiguitatea profundă și esențială a consensului este cea care induce mereu necesitatea pentru interpretări, asemenea celor ale valorilor fondatoare realizate de către judecător, care este solicitat în permanență să desfășoare această activitate, sau atunci când este cazul. Cu toate acestea, avem mai degrabă o activitate juridică decât politică, deoarece intră în modulele juridice ale realităților politice diferite și trecătoare.

⁹ „Drepturile fundamentale” sunt doar o reflectare a valorilor „fundamentale”, din care se inspiră și care tranzitează prin principiile constituționale, devenite mai numeroase și mai restrictive, ca lucrările ultimului Congres Mondial de drept constituțional din Mexic, din decembrie 2010.



III. Încadrarea judecătorului între politic și juridic

Iluminarea judecătorului prin cadrul bipolar și fondator permite să fie situat mai bine în calitate de arbitru între valori, care, deși consensuale, sunt uneori concurente și, uneori, chiar contradictorii, în ceea ce privește „sensurile și domeniile lor de aplicare” concrete. În plus, când ne referim la valori, ne referim la mijloacele pentru punerea lor în aplicare și implică selecția proceselor sau procedurile juridice sau politice, care sunt mai mult sau mai puțin induse. Deci chiar și atunci când politica împrumută din domeniul juridic, preferă o normă, o lege „republicană” prin vocație, votată de majoritatea politică, în special egalitară ca dispoziție „generală și impersonală”, deliberată colectiv, mai mult decât atât, în transparență. În timp ce chiar „regulile” concrete sunt aparent mai puțin legate de cerințele legitimității politice, alias democratice, și mai expresive ale statului „administrativ”, mai mult sau mai puțin eficient, sau ale guvernării „tehnocratice”.

A. Judecătorul mediază între valorile fondatoare: tensiunea dintre libertate și egalitate

Viziunea bipolară a sistemului, propusă aici, este deja în conotațiile și ierarhiile observabile din cadrul consensului fondator sacrosanct, cum s-a sugerat chiar de la început, consensul nu este nimic mai mult decât un compromis, dar un compromis *sui generis*, în circumstanțele privind bazele fundamentale; un compromis larg, chiar general și acceptat ca fiind durabil. În aceste condiții, se presupune o anumită flexibilitate de aplicare, adică de interpretare, care revine parțial judecătorului, dar parțial – de asemenea – și Președintelui Republicii, protector al Constituției și funcționalității regulate a autorităților publice, respectând în același timp spiritul întregului. Reamintim celebra sintagmă a generalului de Gaulle privind constituția ca text, practică și mai presus de toate – „Un spirit”. Această competență de arbitraj a președintelui constă, în mod special și mai presus de toate, în asigurarea unui echilibru între cele două paradigme, liberale și democratice, în conformitate cu normele juridice diferite și cu raporturile puterilor politice.

Valorile „comune”, liberale și democratice, deși conviețuiesc în cadrul consensului fondator al sistemului, intră adesea în concurență; în viața reală, ca și în discursurile pe care le aprofundează, întreaga istorie a democrației liberale era susținută de problemele frontierei legitime dintre cererile pentru libertate și cele pentru egalitate. Să ne amintim de dezbaterile legislative în cea de-a patra Republică Franceză. Fiecare inițiativă legislativă semnificativă a „dreptului liberal – clasic –”, indiferent de discursul partizan concret, a „democrației moderne de stânga”, se opunea argumentului în raport cu „liberalismul exacerbant”, adică revenirea la starea naturală, „sălbatică”, asigurând, de fapt, domnia celei mai puternice legi, și nu a celei mai legitime. Și, invers, simetric, orice inițiativă de amploare a „democrației moderne de stânga”¹⁰ a fost considerată „egalitară” și, ca atare,

¹⁰ Găsim aici vocabularul din acea perioadă, deși consensual.

„distrugătoare”. Astfel, depășesc în mod normal compromisurile democratice între valori, precum și între interese.

Libertatea și egalitatea sunt, de fapt, cele două „dorințe”, îndemnuri sau solicitări – profunde în toate societățile, inclusiv în cele moderne. Acestea sunt cei doi piloni ideologici ai civilizației „democratice-liberale”, care sublimă contradicțiile în mod pașnic și rațional. În Franța, compromisul istoric dintre Montesquieu, liberal, și Rousseau, democrat, este cel care simbolizează această dialectică a valorilor fundamentale. Toate puterile au contribuit, cea constituantă, legislativă, executivă și, desigur, de asemenea, cea juridică. Toți cei care ar trebui să aplice normele fondatoare, respectând mai ales spiritul normelor, deoarece normele sunt de multe ori „reciclate” în sensurile lor exegetice și formale concrete, în conformitate cu modificările aduse de evoluția domeniului social, alias politic, la care legea trebuie să se adapteze. Judecătorul este cel mai în măsură în a face această modificare, lin, prin „hotărârile sale de principiu” sau prin „deciziile star” obținute din „întorsăturile jurisprudențiale”. Astfel, judecătorul participă activ la schimbările din sistemul politic pe cale juridică, evitând „costurile generale” ale violenței revoluționare sau în alt mod. Puterea politică fundamentală este aici mai mult evidentă decât legitimă.

Valorile „comune” se găsesc într-o structură principală – la nivel minim –, care este cu adevărat „obișnuită” sau „comună”. Dincolo de această structură, într-un ambalaj „moale”, cele două mișcări ideologice ale noastre se diferențiază sau chiar se separă și pot intra în conflict, politic și juridic, fără a compromite consensul sistemic.

Liberalii constată că libertatea este o aspirație profundă a întregii omeniri. Aceasta este prioritatea ideologică absolută a tendinței lor. Desigur, aceasta nu poate prospera în spațiul social fără o anumită egalitate; dar, în același timp, „prea multă egalitate ucide libertatea”, pentru că devine astfel egalitarism. Dus la finalul logicii sale, acesta suprimă libertatea fără a construi o egalitate reală, așa cum ne-a demonstrat experiența socialismului marxist de-a lungul secolului al XX-lea. Astfel, libertatea este un drept natural, adică universal, bazat pe judecată, care, și ea, are o stare de universalitate. Ca atare, este mult mai asertivă decât dezbătută, deoarece este o axiomă fondatoare.

Ideea de libertate a generat o serie de drepturi și libertăți, în care demnitatea persoanei umane se află în fruntea actualității. Cum să putem nega rolul enorm al judecătorului în interpretarea acestei valori, care a devenit principiu și a dus la respectarea drepturilor în diferite contexte și situații. Acest lucru atinge în mod direct bazele ideologice și interesele politice ale celor două mișcări ale noastre.

Întâlnim aceeași situație și în cazul ideilor care stau la baza valorilor egalitariste. Pentru mișcarea democratică, egalitatea este o condiție prealabilă pentru libertatea tuturor. Contractul social, politic și democratic condiționează în prealabil buna distribuție și buna utilizare a libertății. Dar, încă o dată, doar printr-o manieră politică se poate construi această valoare, pornind de la principiul UN OM – UN VOT. Astfel, identificăm paradigma socială sau colectivă, și anume politică, parte integrantă a democrației. Și, la fel ca și libertatea, egalitatea a generat un lanț de drepturi „dobândite” prin lupte politice, chiar istorice, în prezent fiind cuprinse în cadrul valorilor fundamentale, bine interiorizate.

B. Judecătorul între legalitatea juridică și legitimitatea politică

Întrebarea se referă aici la problemele de interpretare a conformității ierarhice a noimei juridice, în contextul politic în legitimitatea evolutivă.

În prealabil, ne este util, din nou, și după evidențierea tensiunii dintre valori, să revizuiem domeniul de aplicare și spiritul sistemului, prin complexitatea sa tehnologică care fundamentează și marchează activitatea unui judecător.

Într-adevăr, în sistemul nostru de stat de drept există două tehnologii de organizare și funcționare, care sunt în strânsă simbioză și care contribuie, amândouă, la buna funcționare a sistemului: dreptul și politica, juridicul și politica, cu tehnicile lor, cu diversele proceduri și instanțe, în care pilonii sunt norma juridică și votul politic. În cazul în care sistemul are nevoie de ambele tehnologii (devenite parțial valori, chiar și ideologii...) pentru a exista și pentru a funcționa, acestea joacă roluri diferite, preferențiale sau determinante, cum sunt „cauzele” sau „mișcărilor”, în mod special liberale sau democratice.

Termenul „tehnologie” poate, eventual, să surprindă, pentru că, într-adevăr, se referă și la valori, ideologii înțelese ca sisteme de valori. Există ideologii juridice și politice generate de valorile liberale și democratice, în serviciul cărora se află dreptul și politica. În acest scop, dorim doar să invocăm juridicul și politica ca tehnici de organizare și de reglementare a relațiilor dintre puterile politice. Mai degrabă decât simple tehnici, juridicul și politica sunt sisteme tehnologice reale care implică procese, proceduri și diverse instituții funcționale, necesare pentru realizarea și gestionarea normelor și deciziilor politice, care, ca atare, pot fi utilizate pentru „cauze” de fond foarte diferite. În zilele noastre, fără modernitatea complexă, fără dreptul constituțional și fără procesul electoral, nu se poate realiza nicio putere politică, niciun stat. Toate statele există doar prin lege, chiar dacă multe dintre acestea nu sunt toate state constituționale. Statele de drept întemeiate, ca democrațiile liberale credibile, sunt încă o minoritate în lumea de azi, care cuprinde aproximativ 200 de state. Există, printre acestea, multe „state paria” sau „puteri negative”, ale căror discursuri și apariții simbolice expuse sunt, în general, opusul realității. În acest caz, discursul juridic și politic are funcția de a convinge, de a compensa verbal, simbolic sau psihologic, lipsa de legitimitate a puterii sau a sistemului în sine. Prin urmare, am propus ca legea și politica să poată fi considerate, în scopuri analitice, tehnologii „detașabile” valorilor în care sunt instrumente. Prin urmare, în cele din urmă, am insistat asupra aspectelor complementare și inevitabile ale legăturii dintre juridic și politică, pentru derularea eficientă, dar pentru și înțelegerea corectă a statului nostru de drept, democratic și liberal. Sistemul de complementaritate și de concurență, de sinergie și de contradicție implică „spiritul” de separare a puterilor: monitorizarea reciprocă ce însoțește colaborarea. Ca și în domeniul valorilor, judecătorul se află, în realitate (adesea denigrată, ascunsă sau criticată), într-o poziție mai mult sau mai puțin de adaptare lentă între text și context. Prin urmare, ni se pare teoretic legitim să aprobăm substanța politică a activității judecătorului; nu trebuie să determine o „conștiință negativă”, în numele unei viziuni prea „puriste” sau juridice a statului de drept, întrucât este un concept compozit care unește juridicul (Dreptul) și politica (Statul).

Astfel, putem spune că statul nostru de drept, democratic și liberal sau, în prezent, liberal și democratic, este constituit din două piramide în interferență. Piramidele multilaterale, dar structurate în moduri diferențiate, potrivit cărora ne referim la „subsistemul” liberal sau la „subsistemul” democratic. Să ne amintim pe scurt de coerența propriilor noastre două curente – matrici –, perceptibile în toate etapele importante ale proceselor care permit o lectură mai cuprinzătoare și sistematică a sistemului.

Liberalismul, care tinde mai degrabă să ofere judecătorului „puterea ultimului cuvânt”, considerat ca fiind un protector, chiar garant al normei, se bazează pe dreptul natural. Acesta este în primul și în primul rând al omului, care va deveni, cu valoarea democratică, alias egalitară, al cetățeanului. Cu toate acestea, pentru liberalism, afirmația fondatoare spune că norma, legea sau Constituția este cea care transcrie dreptul natural și judecătorul este cel care îl garantează. Astfel, se arată constituirea ordinului liberal: ideologia libertății, naturală sau parte integrantă a omului, afirmarea sa prin norma juridică și garantarea sa de către judecător. Astfel, total „natural”, se constată că „puterea ultimului cuvânt” aparține dreptului, și anume judecătorului, care judecă atunci când apare o problemă. Puterea politică, ca și orice cetățean, trebuie să i se supună. Politica este percepută ca garant al ordinii publice, dar este considerată un minim, în favoarea ordinii private, „naturale” și concurențiale. Ce ne interesează în această perspectivă este virtualitatea, posibilitatea sau „norocul” de a putea să ne bucurăm de libertate; nicidecum utilizarea efectivă a acestuia, care depinde de colectiv, fiind în mod special interesat de viziunea democratică, adică de politica asupra lumii.

Pentru a folosi o semantică similară, deși imperfectă, democratismul favorizează politica, adică colectivul și votul ca exprimare directă a suveranului – poporul. Egalitatea este astfel obținută prin lupte politice înainte de a fi afirmată prin normele juridice. Acestea evoluează în mod necesar cu societatea însăși și numai poporul, prin vot universal (desigur – egal) poate fi cenzor sau constituant, „în ultimă instanță”. Viziunea democratică este interesată de utilizarea politică a libertății, de alegerea instituțiilor și politicilor publice care determină viața noastră în societate și care apasă asupra destinului noastre colective și individuale. Într-adevăr, libertatea este starea și scopul tuturor celorlalte legitimități derivate, Alfa și Omega ale sistemului nostru de valori. Dar între cei doi poli de referință, între prima și ultima literă a alfabetului, există viața care se scrie din punct de vedere politic, în ceea ce privește deliberările și deciziile – colective. Astfel, în democrațiile liberale, în cazul în care „puterea ultimului cuvânt” în drept aparține în mod normal judecătorului, care îl exercită într-o manieră „obișnuită” sau uzuală, în același timp, legea sau norma sunt la început, nu trebuie să uităm actele politice, ca urmare a voturilor care le conferă calitatea esențială, „identitatea” lor, și anume „sensul”, conform căruia definim „domeniul de aplicare”. În plus și în mod simetric, normele juridice sunt, în democrație și ipotetic, compromisuri politice. Pentru a le da sens, pentru a le interpreta, judecătorul trebuie să facă o analiză politică a compromisului, care este esența oricărei norme juridice. Încă ne aflăm în legătura indisolubilă dintre juridic și politică. Dar cercul virtuos al interdependenței nu se oprește aici, practic el nu se oprește niciodată în statul de drept: un vot este legitim numai dacă se respectă procedura sau condițiile juridice prestabilite ale procedurii. Din acest punct



de vedere, juridicul și politica funcționează ca un circuit dublu de complementaritate și de securitate.

Prin urmare, în democrația liberală există un cerc virtuos de interdependențe care oferă flexibilitate jocului „puterii ultimului cuvânt” care se întâmplă între juridic și politică; între puterile politice și puterea judiciară complexă și variabilă, conform contextelor actuale și obiceiurilor tehnologice.

Judecătorul este garantul drepturilor și libertăților constituționale, dar activitatea sa de interpretare implică evaluarea legitimității în context. În spatele fiecărei evaluări a legalității, alias constituționalității, se află o apreciere a situației contextuale în ceea ce privește legitimitățile concurente. De aceea, evaluarea raportului privind punctele forte ale democrației se face din punct de vedere al legitimităților. Aceasta este o activitate politică care implică aplicarea domeniului, a credințelor de opinie, și nu doar a conceptelor juridice și ierarhizarea acestora. Președintele Republicii, puterea executivă, prin excelență politică, este, de asemenea, un arbitru, garant al instituțiilor. Acesta îndeplinește această funcție sau misiune, prin evaluarea echilibrului politic al puterilor; cu toate acestea, în conformitate cu dispozițiile și spiritul Constituției. În acest sens, se află, într-un fel, într-o poziție de simetrie opusă în comparație cu cea a judecătorului, care este, în primul rând, o autoritate juridică, înainte de a fi politică.

În cele din urmă, Constituția are doi protectori: judecătorul constituțional și Președintele Republicii. Unul, în principal, juridic, dar care intervine în politică. Celălalt, mai degrabă politic, dar cu respectarea Constituției. Unul verifică conformitatea normelor prin raport la Constituție, ceea ce face ca evaluarea sa să se bazeze pe cerințele contextuale de legitimitate, echilibrând jocul solicitărilor de libertate și de egalitate, „în ultimă instanță”. Celălalt mediază raportul de forțe politice legitime, însă în „spiritul Constituției”, în ceea ce privește echilibrul puterilor, de exemplu. Însă Președintele Republicii are limite în exercitarea acestei funcții, deoarece, în calitate de judecător, nu este suveran. Este o putere constituită, nu constituantă. În cele din urmă, ultimul cuvânt adevărat aparține constituantului, în domeniul constituțional.

Se constată adesea, inclusiv în sistemele neoliberale, ezitări privind „puterea ultimului cuvânt” între legalitate și legitimitate, atunci când sunt concurente sau contradictorii. Legalitatea este juridică, în timp ce legitimitatea este politică. Însă, „în ultimă instanță”, întotdeauna se pune problema legitimității. Dar, chiar și în acest caz, problema credibilității sau legitimității însăși a dreptului sau a votului, ca tehnici, interferează și se cântărește ca atare, ca valori specifice; independent sau în combinație cu esența ideologică sau ideală, menită a fi decisivă în aprecierea legitimității. Uneori instrumentul este cel care poartă meșterul!

IV. Concluzii

Judecătorul a devenit o autoritate primordială în sistemul neoliberal al statului de drept, dar, în același timp, poziția judecătorului în comparație cu alte puteri și în comparație cu politica, în general, nu este suficient de clarificată. Nu este suficient să spunem că are

„dreptul la ultimul cuvânt”, deoarece se pronunță „în numele poporului francez”. În modelul general al democrației pluraliste, care ne inspiră în construirea regimurilor noastre, judecătorul nu este Robinson Crusoe... un singur om pe insula lui pustie, hotărând liber și suveran, în orice potențialitate a dreptului pozitiv! Există doar o singură parte a unui sistem politic și uman complex, autoritatea primordială, ca atare, dar nu neapărat cea mai decisivă pentru a spune „ultimul cuvânt”; însă nici „nulă”, cum susține Montesquieu, din motive istorice și conjuncturale speciale, pentru a nu muri plauzibil... Descrierea noului statut al judecătorului în sistemul de guvernare, noua sa popularitate și chiar legitimitatea sa consolidată, competențele sale extinse, în drept și în fapt, toate acestea ne permit să cunoaștem mai bine transformarea neoliberală a instituției. Dar, pentru a înțelege mai bine „noul judecător”, trebuie să-l poziționăm în sistemul în care are locul și rolul său – specifice –, pe care le împarte cu celelalte puteri – concurente –, în „spiritul sistemului”, care relativizează rolul fiecăruia. În cazul în care judecătorul are „puterea ultimului cuvânt” – din punct de vedere juridic, în cadrul unei funcționări normale a sistemului, adică „obișnuite” sau „uzuale”, încă de la primele „blocaje”, „crize” sau „circumstanțe excepționale” de toate felurile, arbitrajul politic este cel care își asumă responsabilitatea. Legiuitorul sau constituantul, prin „validările legislative”, uneori la limita perversității (a se vedea practica sub președinția V. Giscard d’Estaing), prin reforme legislative (sau prin „validări legislative”, foarte suspecte, ca în cazul președinției V. Giscard d’Estaing) și revizuirile constituționale, mai mult sau mai puțin radicale, impun judecătorului noua normă; obligându-l să-și abandoneze jurisprudența, până la cea „în vigoare”.

Se face referire în mod regulat la „independența judecătorului”, ca argument esențial al legitimității sale, gândindu-ne în mod tradițional la puterea Executivă sau Legislativă, adică politică, în timp ce astăzi putem observa o anumită deschidere și chiar disponibilitate în raport cu opinia publică, ca și cum ar trebui să exprime mai direct și mai actual voința poporului suveran? În orice caz, noi percepem mai puțin puternic problema independenței judecătorului cu privire la opinia publică, în timp ce analizele critice ale opiniei publice în raport cu cerința democratică nu duc, cu toate acestea, lipsă de argumente! Acest „avis de justiție”, cel puțin în parte, reminiscență negativă a „justiției populare” de altă dată, dezvăluie o caracteristică necontrolată a judecătorului în politica contextuală, confundând, din păcate, în aceste condiții, popularitatea și legitimitatea!

În sistemul complex al statului de drept liberal și democratic, care ne guvernează, juridicul și politica sunt unite în fața oamenilor prin „contract social”; evident, „la bine și la rău”. Nu putem separa, în mod absolut, juridicul de politică, mai mult decât putem separa libertatea de egalitate. Și totuși, pentru această parte a politicii care intervine în mod inevitabil în sistemul jurisdicțional, oricât de limitat ar fi, refuzăm să-i recunoaștem legitimitatea (sau chiar unele adevărate!) și, prin urmare, să o analizăm ca atare. Cu toate acestea, „Alungă diferența, revine rapid”, așa cum este în însăși natura sistemului democrației liberale pentru a interpreta, prin diverse combinații, juridicul și politica. Din motive tehnice, materiale sau tehnologice, proprii pentru orice putere de stat modernă, dar, de asemenea, pentru statul de drept care ne interesează și care trebuie să gestioneze compromisurile între cele două ramuri fondatoare cu tehnicile lor preferențiale. Liberalii și

democrații au nevoie de drept și de politică, de multe ori numai în combinații diferite. Montesquieu a înțeles deja: nicio putere nu poate fi, în mod util, „separată” de alta rigidă sau absolută. Autonomia nu este independența! Într-un oraș liberal care îl preocupă, există în mod necesar un minim de „interdependență organică” și de „colaborare funcțională”. Ceea ce este adevărat pentru „puteri”, ca atare, este, de asemenea, și pentru paradigme tehnologice care se află în logistică: juridicul și politica, în toate formele lor. Dacă separația „rigidă” a puterilor nu este posibilă nicăieri, separația rigidă a juridicului și a politicii nu mai este relevantă pentru statul de drept. Aceasta este ceea ce am dori să argumentăm aici despre judecător și despre statul de drept, „revizuite și corectate” prin neoliberalism. Judecătorul este protectorul libertăților juridice și al democrației politice și, ca atare, acesta poate și trebuie să efectueze o analiză a obiectului politic și, în cele din urmă, în decizia sa, să indice alegerea politică sau ideologică. Este mai bine să cunoaștem și să controlăm decât să ignorăm sau să pretindem că ignorăm...

De foarte multe ori avem tendința de a confunda faimoasa și interzisă „guvernare a judecătorilor”, ca fiind perfect nelegitimă într-un stat de drept democratic, chiar dacă aceasta nu implică decât o participare *sui generis* și limitată a judecătorului în cadrul guvernării orașului. După toate acestea, ne referim la o „putere” care, în cazul în care aceasta este specifică, participă la geniul profund al sistemului, prin urmarea valorilor decât a tehnicilor fondatoare. În calitate de protector al libertăților individuale și garant al democrației politice, judecătorul este în mod necesar implicat în ideile și în procesele politice. Într-un fel și într-o oarecare măsură, desigur, însă chiar și așa, lumea pozitivistă nu este încă pregătită pentru a-l recunoaște.