

**STUDIA  
UNIVERSITATIS BABEŞ-BOLYAI  
IURISPRUDENTIA**

**Nr. 3 / 2018  
Iulie – Septembrie**

## **COLEGIUL REDACȚIONAL**

**REDACTOR-ŞEF: prof.dr. Florin STRETEANU**

**REDACTOR COORDONATOR: asist. Dorin JOREA**

**SECRETAR DE REDACȚIE: lect. dr. Sergiu GOLUB**

### **MEMBRI:**

**prof.dr. Paul VASILESCU**

**prof.dr. Mircea Dan BOB**

**conf.dr. Sergiu BOGDAN**

**lect.dr. Cosmin COSTAŞ**

### **REFERENȚI:**

**Michel GRIMALDI – profesor, Université Paris II „Panthéon-Assas”**

**Denis MAZEAUD – profesor, Université Paris II „Panthéon-Assas”**

**Bjarne MELKEVIK – profesor, Université Laval, Québec**

**Benoit MOORE – profesor, Université de Montréal**

**Liviu POP – profesor emerit, Universitatea „Babeş-Bolyai” Cluj-Napoca**

**Mircea Ştefan MINEA – profesor, Universitatea „Babeş-Bolyai” Cluj-Napoca**

**Dan CHIRICĂ – profesor, Universitatea „Babeş-Bolyai” Cluj-Napoca**

## **CUPRINS / TABLE DES MATIÈRES**

» <b>Articole:</b> Antonio MANIATIS: <i>The right to culture and the solidarity mission of museums /Il diritto alla cultura e la missione solidale dei musei</i> .....	5-24
» <b>Articole:</b> Amar LAIDANI: The role of the Rhetoric in the development of critical thinking of law/Le rôle de la Rhétorique dans le développement de la pensée critique du droit .....	25-64
» <b>Articole:</b> Oana ȘARAMET, Georgeta-Bianca SPÎRCHEZ: On the importance of using the proportionality principle in the analysis of the limits' exceedance of the administration's discretionary power/Despre utilitatea folosirii principiului proporționalității în analiza depășirii limitelor puterii discreționare a administrației.....	65-90



## ARTICOLE

# IL DIRITTO ALLA CULTURA E LA MISSIONE SOLIDALE DEI MUSEI

## THE RIGHT TO CULTURE AND THE SOLIDARITY MISSION OF MUSEUMS

---

DOI: 10.24193/SUBBiur.63(2018).3.10  
Published Online: 2018-12-17  
Published Print: 2018-12-17

---

**Antonio MANIATIS\***

### **Abstract:**

The right to culture constitutes a constitutional guarantee being relevant to various activities and the mission of museums. This mission, just like tourism, is associated with the ideal of fraternity among the private individuals, namely to the principle of solidarity. Culture constitutes a part of the environment, which is submitted to the principle of sustainability, mainly as far as heritage is concerned. Besides, museums have an ambivalent relation with wars and could be associated with constitutional guarantees, for instance by promoting the enjoyment of fundamental rights, particularly of new rights (or solidarity rights).

**Keywords:** culture; environment; museums; principle of solidarity; tourism.

### **Riassunto:**

Il diritto alla cultura costituisce una garanzia costituzionale relativa a varie attività e alla missione dei musei. Questa missione, come il fenomeno connesso del turismo, è associata all'ideale della fraternità fra i privati, cioè al principio solidaristico. La cultura è parte dell'ambiente, il quale è sottomesso al principio di durabilità, soprattutto per quanto riguarda il patrimonio. Inoltre, i musei hanno una relazione ambivalente con le guerre e potrebbero essere associati alle garanzie

costituzionali, ad esempio promovendo il godimento dei diritti fondamentali, in modo particolare dei nuovi diritti (o diritti di solidarietà).

**Parole chiave:** ambiente; cultura; musei; principio solidaristico; turismo.

**SOMMARIO:** 1. Introduzione: approccio costituzionale alla cultura. 2. Il diritto della cultura. 3. Consacrazione limitata dei diritti alla cultura e soprattutto all'ambiente. 4. Le novità del diritto - responsabilità all'ambiente, della sostenibilità e della parità delle categorie dei beni culturali. 5. Il diritto allo sviluppo sostenibile. 6. Emersione di un principio di "stato sociale sostenibile di diritto"? 7. Il principio solidaristico sul tema del turismo ed i musei. 8. Il principio solidaristico sul tema della pace ed i musei. 9. Conclusione: Il diritto fondamentale alla cultura ed i musei.

## 1 Introduzione: approccio costituzionale alla cultura

Il riconoscimento dei diritti dell'uomo all'interno delle Costituzioni formali moderne si ricollega alla tradizione degli ideali della Rivoluzione francese, ossia alla triade libertà, uguaglianza, fraternità<sup>1</sup>.

Sarebbe interessante analizzare il diritto costituzionale alla cultura e la missione dei musei relativa all'ideale della fraternità, cioè al principio solidaristico. Si tratta soprattutto del caso dei cosiddetti "Paesi archeologici", come l'Italia e la Grecia, che sono intensamente associate agli enti culturali<sup>2</sup>. In ogni caso, l'Italia fa mostra di una suddivisione "pionieristica" del diritto della cultura, che consiste nel regime legale contro le infrazioni dei beni culturali, principalmente adottato dalla Grecia attraverso la legge n. 3658/2008<sup>3</sup>.

## 2 Il diritto della cultura

Il diritto della cultura è incluso nel diritto pubblico, più precisamente nella parte speciale del diritto amministrativo<sup>4</sup>. È stato oggetto, su scala internazionale, di varie monografie, incentrate particolarmente sul tema del patrimonio<sup>5</sup>. Inoltre, la bibliografia specializzata viene completata da manuali<sup>6</sup>.

Il diritto della cultura costituisce una branca speciale, per meglio dire particolare per il fenomeno culturale<sup>7</sup>. Si tratta della branca che disciplina le attività svolte dai pubblici poteri, sia per favorire l'educazione artistica e scientifica dei cittadini, sia per disciplinare l'attività dei privati che rientrano in questo settore dell'attività dell'uomo e che sono generalmente considerate esercizio di corrispondenti libertà, quali la “libertà dell'arte”, la “libertà della scienza”, la “libertà d'insegnamento”, ecc.<sup>8</sup>

Dunque, una suddivisione importante consiste nel “diritto dei beni culturali”, il quale stabilisce il regime di questi beni<sup>9</sup>. Bene culturale non è la cosa (*res*) che lo rappresenta<sup>10</sup>. È una qualificazione giuridica, riferita a una cosa in ragione della cosiddetta “realità” del bene culturale: una connotazione immateriale, una qualità incorporea, un’attribuzione che riflette un apprezzamento sociale di capacità rappresentativa della cosa, accertato ufficialmente e riconosciuto *erga omnes*. La cosa è il supporto, il bene culturale è il suo valore pubblico<sup>11</sup>. Secondo il paragrafo 1 dell’articolo 2 del Codice italiano dei beni culturali e del paesaggio, il patrimonio culturale è costituito dai beni culturali e dai beni paesaggistici.

Altro settore che presenta particolare rilievo è costituito dall’ordinamento scolastico nei suoi vari cicli, primario, secondario e universitario<sup>12</sup>. I canoni sui due primi cicli formano una suddivisione

particolare, il diritto dell'educazione scolastica in senso stretto (cioè non accademica). Particolarmente nell'ordinamento francese, i principi fondamentali dell'educazione sono i seguenti: la libertà, l'egualianza, la gratuità, la laicità e la neutralità<sup>13</sup>. Sarebbe utile segnalare che in greco antico la parola che significava “educazione” si usava anche per dichiarare la cultura. Non c’era un’altra parola, specializzata per il settore della cultura.

Il diritto della cultura non costituisce una branca autonoma, in contrapposizione con le branche tradizionali generali, come il diritto pubblico e il diritto penale<sup>14</sup>. Infatti, è trasversale (verticale, non autonomo), dotato di un contenuto di provenienza di varie branche autonome. Non è soltanto in dipendenza di branche generali ma è anche in piena comunicazione (in diretta) con altre branche specifiche (trasversali), come il diritto del turismo, attraverso meccanismi abbastanza originali nei confronti con i meccanismi di branche autonome<sup>15</sup>. Ad esempio, si tratta della novità di contratti di sponsorizzazione, di cui si fa uso anche per la repressione penale di infrazioni del diritto della cultura, come è il caso della Francia<sup>16</sup>.

In ogni caso, oltre al diritto oggettivo della cultura, è bene tenere in considerazione anche il diritto soggettivo omologo<sup>17</sup>.

### 3 Consacrazione limitata dei diritti alla cultura e soprattutto all’ambiente

I legislatori tendono ad evitare di fare uso del termine “diritto alla cultura”. Anche il Preambolo della Costituzione francese del 1946 non include questo termine ma consacrò il diritto in merito, esplicitamente per la prima volta nella storia costituzionale della Francia<sup>18</sup>. Quest’astensione può essere in alcuni casi attribuita ad un imbarazzo del potere per quanto riguarda la

sua politica di produzione di diritti fondamentali, principalmente in relazione alla cultura ed all'ambiente<sup>19</sup>.

Al giorno d'oggi, la grande maggioranza dei paesi riconosce il diritto fondamentale ad un ambiente sano ma la consacrazione costituzionale soprattutto di questo diritto, ma anche del diritto alla cultura, è relativamente limitata<sup>20</sup>. Per quel che concerne l'Italia, la Costituzione repubblicana non contempla specificatamente un diritto all'ambiente: esiste, esclusivamente, un interesse costituzionalmente relativo alla protezione (statale) dell'ambiente, manifestato all'articolo 9, che impegna la Repubblica alla tutela del paesaggio, seppure inteso in un'accezione ampia. A tale grave lacuna hanno fatto fronte, peraltro, giurisprudenza e dottrina, che hanno progressivamente riconosciuto all'ambiente valore primario e assoluto. La qualificazione del diritto all'ambiente come diritto soggettivo, si giustifica sotto il profilo costituzionale, innanzitutto alla luce degli articoli 2 e 3 della Costituzione<sup>21</sup>. Secondo l'articolo 2, "la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità" (disposizione simile a quella del primo comma del paragrafo 1 dell'articolo 25 della Costituzione greca, priva di un riferimento esplicito allo svolgimento della personalità) "e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale" (disposizione simile a quella del paragrafo 4 dell'articolo precitato 25, in cui si usa il termine "debito" ed è omesso il riferimento alla solidarietà politica). L'articolo in merito accoglie, allo stesso tempo, il principio personalista, tramite il riconoscimento del primato della persona e dei suoi diritti rispetto allo Stato, il principio pluralista, che ne rappresenta un corollario, e quello solidaristico, inscindibilmente legato ai primi due<sup>22</sup>. Dunque, la responsabilità dell'uomo in favore dell'ambiente può registrarsi

nel quadro dei principi personalista e pluralista (democratico) ed essenzialmente costituisce un dovere, anche contro l'Amministrazione Pubblica che ha l'obbligo speciale della tutela ambientale!

La Corte costituzionale esprime un interesse particolare per i quei nuovi diritti, quali il diritto alla privacy, il diritto all'ambiente, il diritto alla tutela da manipolazioni genetiche ecc., caratterizzanti la tipica società moderna, in perenne evoluzione<sup>23</sup>. Comunque, la giurisprudenza della Corte non ha mai chiarito ex professo se tale disposizione costituisca una clausola "aperta", tramite cui si consentirebbe l'enucleazione di "nuovi diritti", quelli provenienti dai bisogni storicamente emergenti nel progresso e nell'evoluzione della coscienza sociale.

In ogni caso, l'articolo 9 menziona: "La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico della Nazione". Secondo alcuni, la tutela del patrimonio, così come concepita a livello costituzionale, impone (ma a parere di una parte della dottrina sarebbe assai preferibile usare il termine consente) al legislatore ordinario di ricorrere a strumenti di prevenzione e repressione dei comportamenti lesivi del patrimonio culturale, anche di natura penale<sup>24</sup>. Anche nell'ambito classico dell'ambiente risulta utile il ricorso al diritto penale, il cui utilizzo rende palese, allo stesso tempo, la difficoltà e l'importanza di rispondere all'esigenza di perseguire un elevato livello di tutela ambientale<sup>25</sup>.

Inoltre, all'articolo 33 della Costituzione si è consacrata la libertà dell'arte e della scienza e del loro insegnamento, come garanzia istituzionale dei beni culturali immateriali.

Per quanto riguarda l'ordinamento greco, in modo simile il primo comma del paragrafo 1 dell'articolo 16 della Costituzione, adottata nel 1975,

prevede la libertà dell'arte, della scienza, della ricerca e dell'insegnamento. La consacrazione costituzionale della libertà dell'arte, della scienza e del loro insegnamento si realizza per la prima volta (con iniziativa di Alessandro Papanastasiou) nelle Costituzioni repubblicane del 1925 e del 1927, attraverso l'adozione della disposizione del primo comma del paragrafo 1 dell'articolo 142 della Costituzione tedesca del 1919<sup>26</sup>. Comunque, secondo il parere di una parte della dottrina tedesca, il diritto e l'arte coesistono in una relazione di ostilità naturale<sup>27</sup>.

Nel primo comma del paragrafo 1 dell'articolo 24 dell'attuale Costituzione greca, è consacrato l'obbligo speciale dello Stato di prendere misure preventive o repressive per la protezione dell'ambiente<sup>28</sup>. Siccome nel testo del 1975 non c'era menzione della possibilità dei privati di svolgere la stessa attività, alla cui sono per definizione interessati, un tribunale bloccò la creazione di un'associazione che aveva come scopo ufficiale la protezione dell'ambiente di una regione. La giurisprudenza in merito, impregnata da uno spirito di statalismo assoluto, riconosceva una facoltà innegabile come competenza dello Stato a danno di un diritto umano di azione collettiva.

#### 4 Le novità del “diritto – responsabilità” all’ambiente, della sostenibilità e della parità delle categorie dei beni culturali

Attraverso la revisione del 2001, il primo comma del paragrafo 1 dell'articolo 24 della Costituzione greca ha acquisito la formulazione seguente: “La protezione dell’ambiente naturale e culturale costituisce obbligo dello Stato e diritto di ciascuno”.

Ad ogni modo, l'atto amministrativo che approva le condizioni ambientali di un'opera tecnica può essere impugnato qualora gli interessati

abbiano un interesse legittimo personale, ma soprattutto se loro stessi siano abitanti della regione dell'opera. L'accoglimento del ricorso per l'annullamento sembra condizionato dalla dichiarazione di un interesse legittimo personale, cosa che non è allineata alla consacrazione di un diritto universale alla protezione degli aspetti dell'ambiente.

In ogni caso, il riconoscimento di un “diritto” universale senza eccezioni ha rivelato la dimensione politica di questa possibilità, che è ritenuta come un diritto civile (di azione sia individuale che collettiva) ma anche sociale. La consacrazione del “diritto” in contrapposizione con l’ “obbligo speciale” dello Stato per la stessa materia conferma la constatazione che i diritti civili frequentemente implicano un intervento necessario del settore pubblico per il loro esercizio, senza parlare dell'intervento pubblico (prestazioni sociali) che è per definizione indispensabile per quanto riguarda il godimento dei diritti sociali.

La Costituzione svolge una funzione non soltanto regolatrice ma anche didattica, essendo il supremo codice dei valori fondamentali. Tutte e due le funzioni vengono messe in evidenza da una giurisprudenza eccezionale del Consiglio di Stato greco, nella sentenza n. 2338/2009.

Il tribunale giudicò un ricorso per l'annullamento dell'atto del ministro della cultura, che aveva approvato la declassificazione totale e permanente della protezione di un edificio privato, in via Dionysiou Areopagitou n. 17, in prossimità del nuovo museo dell'Acropoli di Atene, situato ai piedi della collina dell'Acropoli. La giurisdizione annullò l'atto amministrativo poco prima dell'inaugurazione dell'edificio del museo e così bloccò la demolizione di un palazzo classificato come “opera d'arte”. In caso contrario, il monumento sarebbe stato sacrificato a causa dell'interruzione

del contatto visuale fra il museo e l’Acropoli, cosa che era un argomento infondato da parte dell’Amministrazione Pubblica.

È importante sottolineare che il tribunale sembrò andare al di là dei limiti della formulazione della Costituzione. Menzionò, infatti, che la tutela del patrimonio culturale è obbligo dello Stato ed allo stesso tempo responsabilità e diritto di ciascuno. L’elemento innovativo di questa giurisprudenza consiste nell’uso del termine “responsabilità”, che non è affatto citato nella disposizione costituzionale, neppure nella revisione del 2001.

Ovviamente, questo termine suggerisce l’importanza dell’esistenza ed anche dell’esercizio del diritto di prendersi cura della tutela dei monumenti. Non è casuale che questa innovazione giurisprudenziale faccia parte di una sentenza di tale contenuto.

Il Consiglio di Stato essenzialmente si è focalizzato sullo strumento della garanzia istituzionale dell’ambiente, che è sottomesso alla durabilità, introdotta nella Costituzione attraverso la revisione precipitata. Secondo il secondo comma del paragrafo 1 dell’articolo 24, sul tema dell’ambiente, “Per la sua conservazione lo Stato ha obbligo di prendere misure preventive o repressive particolari nel quadro del principio della durabilità”. In altre parole, la libertà civile di godimento dell’ambiente non è più meramente un diritto civile classico ma soprattutto una garanzia istituzionale, dato che essa ha acquisito uno scopo legale, la sostenibilità dei beni ambientali, con enfasi al patrimonio culturale. Ne risulta una responsabilità dei privati per quanto riguarda la loro relazione giuridica con l’ambiente, nel quadro di una garanzia istituzionale (che consiste nell’ambiente) particolarmente esigente per tutti i fattori partecipanti (“obbligo speciale” dello Stato e diritto soggettivo, combinato con responsabilità, dei privati).

L'introduzione di questo “pionieristico” concetto della responsabilità della società dei cittadini ha un impatto particolare, dato che si registra in un processo contro l'Amministrazione Pubblica. La sconfitta ministeriale attraverso l'argomento della “responsabilità” fondamentale universale è indicativa del ruolo degli interessati e soprattutto dei giudici per la tutela di un bene a interesse comune. Siccome la giurisdizione amministrativa fa parte del potere dello Stato, ha proceduto all'adempimento del dovere statale (non meramente amministrativo) della tutela dei beni culturali. In ogni caso, ha confermato la constatazione della dottrina che l'articolo 24 della Costituzione, insieme con la giurisprudenza ambientale del Consiglio di Stato, costituisce “il contributo più importante della Grecia alla cultura giuridica europea”<sup>29</sup>.

Inoltre, la problematica relativa alla “responsabilità” potrebbe evolversi attraverso la correlazione di questa nozione con il concetto del “debito”. Il paragrafo 4 dell'articolo 25 della Costituzione ellenica menziona che lo Stato ha il diritto di esigere l'adempimento del debito della solidarietà nazionale e sociale da tutti i cittadini. In modo simile, secondo l'articolo precitato 2 della Carta italiana “la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo che nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”.

Sarebbe utile segnalare che altri paesi, come il Portogallo e la Francia, hanno esplicitamente consacrato il dovere di difesa dell'ambiente. Infatti, la Costituzione portoghese, già nella sua versione iniziale, adottata nel 1976, menziona al paragrafo 1 dell'articolo 66 che “Tutti hanno diritto ad un ambiente di vita umano, sano ed ecologicamente equilibrato ed il dovere di difenderlo”.

Infine, la sentenza summenzionata n. 2338/2009 segnala che la legge della cultura n. 3028/2002 non ha adottato la prevalenza giuridica della protezione dei monumenti antichi, come è il caso dell'Acropoli e dei beni culturali mobili della collezione del museo vicino, nei confronti della tutela dei monumenti più nuovi, come i due palazzi, situati in via Dionysiou Areopagitou, n. 17 e n. 19. Il Consiglio di Stato ha confermato il principio della parità dei beni culturali del patrimonio, indipendentemente dal loro carattere antico o più nuovo, in contrapposizione con il regime legislativo precedente. Infatti, la normativa abolita faceva mostra di uno spirito di favore degli oggetti antichi, sottintendendo la loro prevalenza.

Osservazioni analoghe valgono anche per il principio della parità di trattamento fra i beni culturali immateriali, per la prima volta istituzionalizzati nella legge n. 3028/2002, ed i beni materiali. Questo caso di doppia novità, in favore dei beni sia più nuovi che immateriali, promuove il principio generale (di applicazione intersetoriale) di egualanza, consacrato all'articolo 4 della Costituzione, come all'articolo 3 di quella italiana.

## 5 Il diritto allo sviluppo sostenibile

I diritti costituzionali di solidarietà vengono esemplificati dai diritti all'ambiente ed allo sviluppo sostenibile<sup>30</sup>. La dottrina interpreta l'introduzione della sostenibilità nella Costituzione greca come consacrazione del principio intersetoriale dello sviluppo sostenibile ma essa non è unanime se questa versione della sostenibilità dovesse ritenersi come principio del diritto stesso dell'ambiente<sup>31</sup>. Indipendentemente da questa critica, esiste anche un'altra questione, che fino ad ora non ha preoccupato

la dottrina. Il fondamento costituzionale del principio (separato) dello sviluppo è registrato al paragrafo 1 dell'articolo 106, soprattutto nel primo comma. Se in questa disposizione è previsto un obbligo speciale dello Stato per lo sviluppo dell'economia del Paese, lo sviluppo dovrebbe essere fondato anche sulle disposizioni relative allo svolgimento della personalità umana, dato che esso ha molte dimensioni, fra cui una culturale. Infatti, alla fine dell'epoca coloniale, è nata la Dichiarazione sul diritto allo sviluppo, delle Nazioni Unite. Secondo il paragrafo 1 dell'articolo 1, "Il diritto allo sviluppo è un diritto umano inalienabile in virtù del quale ogni persona umana e tutti i popoli sono legittimati a partecipare, a contribuire e a beneficiare dello sviluppo economico, sociale, culturale e politico, in cui tutti i diritti umani e tutte le libertà fondamentali possano essere pienamente realizzati".

Per quanto riguarda le Costituzioni, si può valorizzare la disposizione del paragrafo 1 dell'articolo 5 della Carta greca, che consacra il diritto universale allo sviluppo libero della personalità ed alla partecipazione alla vita sociale, economica e politica del Paese. Questa previsione, originale nella storia costituzionale ellenica, può combinarsi inter alia con la disposizione precitata dell'articolo 2 della Costituzione italiana.

## 6 Emersione di un principio di "stato sociale sostenibile di diritto"?

È notabile l'aggiunta del riferimento al principio dello "stato sociale di diritto", nella disposizione summenzionata del primo comma del paragrafo 1 dell'articolo 25 della Costituzione greca, attraverso la revisione del 2001. La novità del doppio principio viene ovviamente inspirata dal paragrafo 1 dell'articolo 28 della Costituzione tedesca<sup>32</sup>. Secondo un

approccio tradizionale, l'introduzione di questa clausola non ha provocato un cambio essenziale nella Carta, dal momento che i principi dello Stato di diritto e dello Stato sociale, prima della revisione del 2001, erano stati riconosciuti dalla dottrina e dalla giurisprudenza come costituzionali, sulla base degli articoli 15, 16, 38, 101 e 118 della Costituzione<sup>33</sup>.

Comunque, l'aggiunta potrebbe considerarsi come dotata di due effetti relativi ai diritti soggettivi. Da un lato, si tratta del rinforzamento della stessa disposizione sulla possibilità di garanzia dei cosiddetti “nuovi diritti” fondamentali, non scritti. Dall'altro, la visione della Carta greca ha arricchito il suo contenuto sul tema dell'ambiente, come già segnalato. Ne risulta che il principio in merito è triplice, formato cioè dallo Stato di diritto (principalmente relativo ai diritti civili e politici), sociale (implicando il riconoscimento ed il rispetto dei diritti sociali dei privati con prestazioni sociali dallo Stato) e sostenibile (diritti legati al principio solidaristico, al godimento ed alla protezione dell'ambiente ed allo sviluppo sostenibile)<sup>34</sup>. L'emersione di un principio concernente il ruolo dello Stato sul tema dell'ambiente e della cultura sarebbe utile per la questione dell'eventuale emersione di “nuovi diritti” non scritti nell'ordinamento greco, dal momento che la disposizione del primo comma del paragrafo 1 dell'articolo 25 della Costituzione, per quanto riguarda la sua formulazione iniziale, non era interpretata come potenzialmente generatrice di “nuovi diritti”, secondo l'opinione prevalente della dottrina.

## 7 Il principio solidaristico sul tema del turismo ed i musei

Il turismo costituisce una materia marginale, se non inesistente, nelle costituzioni formali. Ad ogni modo l'approccio corrente a questo fenomeno

socioeconomico da varie organizzazioni come l'Organizzazione Mondiale di Turismo e l'Unione europea è ovviamente ispirato dal principio solidaristico, essendo basato sul concetto dello sviluppo sostenibile delle destinazioni turistiche. Il paragrafo 3 dell'articolo 3 del Codice Mondiale di Etica di Turismo, adottato dall'Organizzazione Mondiale di Turismo, include il principio di autofinanziamento dei siti e monumenti culturali, citando che “Le risorse finanziarie derivanti dalle visite ai siti ed ai monumenti culturali dovranno essere utilizzate, almeno in parte, per il mantenimento, la salvaguardia, la valorizzazione e l'arricchimento di tale patrimonio”. Si tratta di una regola di giustizia per una materia marginalizzata, considerata generalmente antieconomica. Per quanto riguarda i siti archeologici ed i musei che hanno risorse finanziarie elevate, è importante disporre una parte per il restante patrimonio nazionale. È notabile la tendenza recente di Paesi archeologici, come la Grecia (per un piccolo spazio di tempo) e l'Italia, di essere dotati di un ministero unico per i beni culturali ed il turismo. Inoltre, forse il diritto turistico italiano è il diritto turistico nazionale più importante, nella storia mondiale di questa branca.

Per quanto riguarda un sistema museale (pubblico / privato), non si tratta solo di un mero servizio al pubblico. È anche, a ben vedere, il teatro di un mercato di riferimento per il turismo culturale (e non solo) interessante un certo ambito geografico (es. il centro storico di una città). Vi si possono creare varie posizioni dominanti di soggetti che vi agiscono per lucro. Il che genera distorsioni non solo della concorrenza, ma anche di un percorso culturalmente corretto di fruizione: e rischia di configgere col proposito della promozione della cultura intrinseco al servizio pubblico di valorizzazione<sup>35</sup>.

Le visite al nuovo Museo dell'Acropoli sono usate dalla dottrina come esempio nel quadro della critica del tempo minimale di un movimento

turistico. Siccome il periodo di 24 ore conduce necessariamente a pernottamento, questo spazio di tempo si ritiene come il tempo necessario per la qualificazione di un movimento turistico, dall'Organizzazione Mondiale di Turismo. Questo approccio è attribuito puramente a ragioni statistiche. Ad ogni modo, oggigiorno la durata dei soggiorni nella destinazione turistica non influisce sulla caratterizzazione del movimento turistico dato che i mezzi di trasporto (ad esempio aereo, treni a grande velocità, ecc.) e la costruzione di canali, ponti, tunnel sottomarini ecc. (tunnel della Manica, ponte di Öresund, ecc.) offrono al turista la possibilità di spostarsi dal suo luogo di domicilio ad un altro paese e di ritornare nell'arco di 24 ore. Ad esempio, una mattina un francese può prendere l'aereo da Parigi verso Atene, visitare il Museo dell'Acropoli e tornare nella sua patria nella stessa giornata<sup>36</sup>.

Questa stretta relazione fra turismo e musei è esemplificata da un'iniziativa privata economica già del 1851. Nonostante il fatto che l'esposizione universale di Londra non fosse stata esattamente un tipo di museo, ha marcato l'identità dei musei finora, costituendo l'ultima pietra miliare nella storia di evoluzione dei musei<sup>37</sup>. Thomas Cook, colui il quale creò la prima agenzia di viaggi a scala internazionale nel 1845, approfittò di questa manifestazione culturale trasformandola in una destinazione turistica di massa<sup>38</sup>.

## 8 Il principio solidaristico sul tema della pace ed i musei

I musei hanno una relazione ambivalente con il fenomeno delle guerre, lui stesso ambivalente nella storia dell'umanità<sup>39</sup>. La corsa era un meccanismo istituzionalizzato dell'organizzazione criminale degli stati

coloniali europei e la guerra di corsa fu abolita nel 1856 con il trattato di Parigi, non ratificato dagli Stati Uniti che continuavano di usarla nel Pacifico<sup>40</sup>. Allo stesso modo, la guerra convenzionale continuava di essere un modo legittimo di risoluzione delle divergenze internazionali almeno fino l'entrata in vigore, nel 1929, del patto Briand-Kellogg, del 1928, noto come trattato di rinuncia alla guerra o patto di Parigi. È notabile che questo patto, avente lo scopo di eliminare la guerra quale strumento di politica internazionale, non trovò mai un'effettiva applicazione.

Gli approcci tradizionali alla relazione fra musei e guerra non sono convincenti, perché attribuiscono ai musei un mero ruolo passivo. Infatti, secondo la dottrina, i musei hanno a volte approfittato delle guerre, per arricchire le loro collezioni, ma, probabilmente, senza realmente volerlo. Ad ogni modo, il museo è nella storia e costituisce un attore privilegiato di quella dato che è, esso stesso, un luogo di memoria, un "luogo della storia"<sup>41</sup>. Essa non è costituita solo da "quello che è successo" ma anche dal modo di raccontare il passato mentre il museo è uno dei narratori. Anche dopo la guerra, il museo è attore, più frequentemente per camuffare o giustificare le sue azioni passate. Ne risulta che i musei devono fare la loro autocritica sul tema dei loro propri legami con la guerra ed i sacrilegi militari, anche nella misura che essi erano meramente strumenti del meccanismo statale dell'ideologia sovrana. Anche la costruzione del Palazzo Medici a Firenze del Rinascimento, che ha costituito forse il primo caso di museo nell'Europa, era una nuova forma di potere<sup>42</sup>.

In combinazione alla proibizione, esplicita nella Costituzione tedesca, della guerra aggressiva, la pace è promossa a principio costituzionale per la politica internazionale degli Stati<sup>43</sup>. Dunque, si registra nella lista dei diritti degli uomini e dei popoli, di terza generazione<sup>44</sup>. Ad esempio, i musei non

sono legati allo scopo statale di pace e di amicizia, esplicitamente previsto al paragrafo 2 dell'articolo 2 della Costituzione greca, nella quale non sono addirittura presenti, almeno in modo esplicito. Nell'ordinamento italiano, la pace è stata vista come valore costituzionale nettamente preminente e indiscutibile, elemento in riferimento per la politica nazionale.

Il diritto degli individui, o dei popoli, alla pace coincide con il dovere di agire in chiave pacifica (attraverso l'istruzione e l'educazione delle nuove generazioni, la pratica della nonviolenza, ecc.)<sup>45</sup>.

## 9 Conclusione: Il diritto fondamentale alla cultura ed i musei

La cultura costituisce un congiunto unico, che include varie categorie di beni culturali, sia materiali che immateriali, consacrato come seconda parte della nozione costituzionale dell'ambiente (inteso in un'accezione ampia). Inoltre, sarebbe preferibile evitare l'uso di termini come "dovere" per quanto riguarda il ruolo ambientale dei cittadini, per non alterare la natura di questa facoltà come libertà fondamentale (diritto civile). La parità fra lo Stato ed i privati sul tema della tutela dell'ambiente sembra già soddisfacente, attraverso la consacrazione del diritto soggettivo dei privati e l'uso giurisprudenziale o informale di sostituti del termine "dovere" ("responsabilità", "debito", ecc.)

Il diritto alla cultura non è semplicemente una versione del diritto all'ambiente ma ha una autonomia ed una dinamica di per sé, deducibili dal diritto alla sponsorizzazione. Inoltre, i musei dovrebbero incitare in modo sistematico i loro visitatori all'interpretazione del senso delle collezioni<sup>46</sup>. Potrebbero anche promuovere il godimento dei diritti fondamentali, in modo

particolare dei nuovi diritti (o di solidarietà), dunque in favore di loro stessi (nel caso di musei privati).

Per quanto riguarda il contenuto delle costituzioni formali, sarebbe preferibile regolare l'ambiente naturale e la cultura in un articolo unico, con relazione della novità del principio di sviluppo sostenibile, poiché l'ambiente in senso ampio include non soltanto i beni materiali naturali e culturali ma anche i beni immateriali, anch'essi naturali (energia) e culturali (pensiero). Indipendentemente da questa suggestione, la disposizione precitata del primo comma del paragrafo 1 dell'articolo 16 della Costituzione ellenica potrebbe essere revisionata come segue:

“L’arte e la scienza, la ricerca e l’insegnamento sono liberi, con l’interpretazione come loro catalizzatore i musei sono mezzi polivalenti per lo sviluppo sostenibile e la promozione dell’arte e della scienza, della ricerca e dell’insegnamento, che costituiscono obbligo dello Stato e diritto di ciascuno, con la sponsorizzazione come loro catalizzatore”.

\*\*\*

Il diritto alla cultura ed i diritti connessi implicano un’altra cultura giuridica...

---

\* Avv., Dott. Ric., Docente dei contratti pubblici, di energia e di ambiente, dell’Università degli Studi di Nicosia (Cipro); [maniatis@dikaio.gr](mailto:maniatis@dikaio.gr)

<sup>1</sup> Adriana APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all’interno della Comunità*, Costituzionalismo.it, n. 1/2016, p. 1.

<sup>2</sup> Gaetana TRUPIANO, *Economy and sociology in Cultural Heritage. Financing the culture in Italy*, Journal of Cultural Heritage, 6 (2005), pp. 337-343.

<sup>3</sup> Antoine MANIATIS, *La protection des biens culturels*, RSC, 2010 Janvier / Mars 2010 n. 1, p. 304.

<sup>4</sup> Demetrio CHRISTOFILOPOULOS, *Tutela di beni culturali*, Dikaio & Oikonomia P. N. Sakkoulas Atene 2005, p. 1 (in greco).

<sup>5</sup> Gianna CARYMPALI-TSIPTSIOU, *Regime legale di monumenti, Collezionisti, Antiquari, Rivenditori di monumenti più nuovi*, Edizione Sakkoula Atene – Salonicco 2009, soprattutto p. 27 ss. (in greco), D. Voudouri, *Stato e musei Il quadro*

*istituzionale dei musei archeologici*, Edizione Sakkoula Atene – Salonicco 2003 (in greco), Antoine MANIATIS, *Lavori di tutela di monumenti ed il processo di guerra contro il saccheggio di antichità Approfondimento al Diritto della Cultura*, Edizioni Ant. N. Sakkoula Atene – Komotini, 2010 (in greco), ecc.

<sup>6</sup> Elsa FOREY (avec la participation de Gaëlle KULIG), *Droit de la Culture*, Gualino Lextenso éditions 2008 Paris 2009, Antoine MANIATIS, *Introduzione al Diritto della Cultura*, Edizioni Ant. N. Sakkoula, Atene – Komotini 2008 (in greco), ecc.

<sup>7</sup> Antoine MANIATIS, *Actualité du droit pénal hellénique Aspects pénaux et administratifs du droit du tourisme*, RSC -1 janvier – mars 2015, p. 214.

<sup>8</sup> Alessandro PIZZORUSSO, *La libertà d'insegnamento*, Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione. La pubblica sicurezza, Vicenza, Neri Pozza, 1967, p. 395 ss.

<sup>9</sup> David Galliani, Anna PAPA *Le basi del diritto della cultura*, Aracne 2010.

<sup>10</sup> Giuseppe SEVERINI, *Beni culturali: valorizzazione e fruizione L'immateriale economico nei beni culturali*, AEDON, n. 3, 2015.

<sup>11</sup> Massimo Severo GIANNINI, *I beni culturali*, Riv. trim. dir. pubbl., 1976, I, p. 24 ss.

<sup>12</sup> Alessandro PIZZORUSSO, *Diritto della cultura e principi costituzionali*, Quaderni costituzionali, a. XX, n. 2 agosto 2000, p. 317.

<sup>13</sup> Yann BUTTNER, André MAURIN, *Le professeur des écoles et son environnement juridique*, Point de Droit, Edilaix en partenariat avec MAIF Assureur Militant, février 2008, p. 15 ss.

<sup>14</sup> Antoine MANIATIS, *Actualité du droit pénal hellénique Aspects pénaux et administratifs du droit du tourisme*, RSC, janvier – mars 2015, n. 1, p. 234.

<sup>15</sup> Christophe LACHIEZE, *Droit du Tourisme*, LexisNexis Paris 2014, p. 16 e soprattutto nota 89.

<sup>16</sup> Françoise CHATELAIN, Pierre TAUGOURDEAU, *Oeuvres d'art et objets de collection en droit français*, LexisNexis 2011, p. 190.

<sup>17</sup> Enrico PATTARO, *Lineamenti per una teoria del diritto*, Editrice CLUEB Bologna marzo 1985, pp. 3-4.

<sup>18</sup> Elsa FOREY (avec la participation de Gaëlle KULIG), *Droit de la Culture*, Gualino Lextenso Éditions 2009, p. 17, Eric MIRIEU DE LABARRE, *Droit du patrimoine architectural*, LexisNexis Litec Paris 2006, p. 15.

<sup>19</sup> Francisco Javier DORANTES DÍAZ, *El derecho a la cultura*, Derecho y Cultura, Otoño 2001, pp. 111-112.

<sup>20</sup> David BOYD, *The Constitutional Right to a Healthy Environment*, Environment Science and Policy for Sustainable Development, July – August 2012, <http://www.environmentmagazine.org/Archives/Back%20Issues/2012/July-August%202012/constitutional-rights-full.html>.

<sup>21</sup> Veronica DINI, *Il diritto soggettivo all'ambiente*, Giuristi Ambientali, <http://www.giuristiambientali.it>.

<sup>22</sup> Adriana APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, Costituzionalismo.it, 1/2016, nota 1.

<sup>23</sup>s.n., *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte costituzionale Relazione predisposta in occasione dell'incontro della delegazione della Corte costituzionale con il Tribunale costituzionale della Repubblica di Polonia*, Varsavia 30-31 marzo 2006, [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/STU185\\_principi.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU185_principi.pdf).

<sup>24</sup> Gianluca GAMBOGI, *La protezione penale del patrimonio culturale nell'ordinamento giuridico italiano*, intervento al V Seminario Internacional de Arte y Derecho – Barcellona 17 maggio 2013, pp. 3-4.

<sup>25</sup> Giulio SPINA, *Strumenti di tutela dell'ambiente: dal diritto penale ai sistemi (volontari) di gestione ambientale*, Ambiente e Sviluppo, 7/2012, p. 650.

<sup>26</sup> Gerasimo THEODOSIS, *La libertà dell'arte*, Edizioni Kastanioti, p. 19 (in greco).

<sup>27</sup> Gustav RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, Erik Wolf – Hans – Peter Scheider (Hrsg.), 1973, p. 201.

<sup>28</sup> Antoine MANIATIS, *PPP and the constitutional right to the environment*, Constitutionalism.gr, 2015 <http://www.constitutionalism.gr/site/?cat=106>.

<sup>29</sup> Konstantin CHRYSSOGONOS, Xenophon CONTIADES, *Der Beitrag Griechenlands zur europäischen Rechtskultur: der verfassungsrechtliche Umweltschutz*, JöR n.F. 2004, p. 21.

<sup>30</sup> Constantino CHRYSSOGONOS, *Diritti civili e sociali*, Nomiki Vivliothiki, 2006, p. 44 (in greco).

<sup>31</sup> Evangelia Coutoupa-Regkakou, *Diritto dell'Ambiente*, Edizioni Sakkoula Atene – Salonicco, 2008, pp. 57-58 (in greco).

<sup>32</sup> Cfr. Ernst BENDA, *Lo stato sociale di diritto*, 1998 (traduzione in greco).

<sup>33</sup> Prodromo DAGTOGLOU, *Diritto Costituzionale Diritti Civili*, Atene – Salonicco 2012, p.10 (in greco).

<sup>34</sup> Antoine MANIATIS, *Tourism and the 'Rule of law'*, AJHTL, 2016-1, pp. 4-5.

<sup>35</sup> Giuseppe SEVERINI, *L'immateriale economico nei beni culturali*, AEDON, 3/2015.

<sup>36</sup> Demetrio MYLOPOULOS, *Diritto Turistico*, Nomiki Vivliothiki 2011, p. 5 (in greco).

<sup>37</sup> Donald PREZIOSI, *Musei ed... altre cose pericolose. Cosa è cambiato nei musei a partire dall'epoca del Palazzo da Cristallo?*, Quaderni di museologia 4/2007, pp. 7-14 (traduzione in greco).

<sup>38</sup> Richard VAINOPOULOS, Sophie MERCIER, *Le tourisme*, Le Cavalier Bleu Éditions 2009, p. 117.

<sup>39</sup> Antoine MANIATIS, *Le pillage des biens culturels, les musées et les droits de l'homme*, AIDH Vol. VI/2011, pp. 658-659.

<sup>40</sup> Michael HENNESSY - PICARD, *La piraterie atlantique au fondement de la construction des souverainetés coloniales européennes*, Champ pénal / Penal field, Vol. XIII 2016.

<sup>41</sup> André GOB, *Des musées au-dessus de tout soupçon*, Armand Colin, 2007 p. 15.

<sup>42</sup> E. Hooper - Greenhill, *Il museo ed i suoi precursori*, Fondazione Culturale di Gruppo di Pireo 2006, pp. 24-25 (traduzione in greco).

<sup>43</sup> Peter BADURA, *Staatsrecht Systematische Erläuterung des Grundgesetzes*, 6. Auflage, G.H. Beck, 2015, pp. 987-988.

<sup>44</sup> Constantino CHRYSOGONOS, *Diritti civili e sociali*, Nomiki Vivliothiki, 2006, p. 43 (in greco).

<sup>45</sup> Paolo DE STEFANI, *Diritti umani di terza generazione*, Aggiornamenti Sociali, 01 (2009), p. 21.

<sup>46</sup> Donald PREZIOSI, *Musei ed... altre cose pericolose. Cosa è cambiato nei musei a partire dall'epoca del Palazzo da Cristallo?*, Quaderni di museologia 4/2007, pp. 3-15 (traduzione in greco).

## Article

# LE RÔLE DE LA RHÉTORIQUE DANS LE DÉVELOPPEMENT DE LA PENSÉE CRITIQUE DU DROIT

## THE ROLE OF RHETORIC IN THE DEVELOPMENT OF CRITICAL THINKING OF LAW

---

DOI: 10.24193/SUBBiur.63(2018).3.9  
Published Online: 2018-12-17  
Published Print: 2018-12-17

---

**Amar LAIDANI\***

### **Abstract:**

Rhetoric has accompanied the science of Law since its birth. This art has contributed to the birth of the Philosophy of Law and Critical Thinking in Law. Rhetoric is intrinsically linked to criticism. It is an approach which consists of submitting every argument to judgment according to the method of antilogy. Rhetoric is, therefore, a pedagogy of criticism.

Thanks to Perelman's work, the potentialities of rhetoric has been rediscovered by lawyers. That said, the modern Critical Legal Theories have underestimated the critical potential of rhetoric. We will try to explain in our article the origin of the fracture between the art of rhetoric and critical thinking and will illustrate how Perelman's New Rhetoric has recomposed this fracture.

**Keywords:** rhetoric, topical, dialectic, critical thought.

### **Résumé :**

La rhétorique a accompagné le droit dès sa naissance. Cet art a contribué à la naissance de la philosophie du droit et de la pensée critique en droit. La méthode rhétorique est une méthode intrinsèquement critique. C'est une démarche qui consiste à soumettre tout argument à un jugement selon la méthode des antilogies. La rhétorique est ainsi une pédagogie du sens critique.

Grâce aux travaux de Perelman, les potentialités de la rhétorique ont fait l'objet d'une redécouverte de la part des juristes. Cela dit, la portée critique de la rhétorique a été sous-évaluée par les théories critiques du droit. Nous essayerons d'expliquer par notre article l'origine de la fracture entre l'art de la rhétorique et la pensée critique et nous illustrerons la façon dont la nouvelle rhétorique de Perelman a recomposé cette fracture.

**Mots clés :** rhétorique, topique, dialectique, pensée critique.

## 1 Introduction

La critique est un élément consubstantiel au droit. En Occident le droit est né durant l'Antiquité grecque sous la forme du procès et, plus généralement, de débat. C'est dans ce même contexte qu'est née la rhétorique qui est un art de la persuasion par le biais d'arguments. Un art – qui tout comme le droit – est né dans les tribunaux.

A partir des années 1960 nous assistons à un retour en force de la rhétorique et de la topique au sein de la philosophie du droit. Cette redécouverte d'une logique juridique prémoderne s'explique en partie par la crise qu'a connue le positivisme juridique kelsenien durant l'après-guerre ainsi que par la réapparition de la raison pratique au sein de la philosophie du droit.

La redécouverte de la topique et de la rhétorique par Perelman a eu pour pendant la mise en valeur de l'utilité du débat en droit. Les tribunaux, en tant que lieux où s'exerce une critique du droit par le biais d'arguments rationnels, sont devenus à nouveau une source d'inspiration pour la théorie du droit.

Le potentiel critique de la rhétorique a été sous-évalué par les écoles critiques du droit et cela bien que la rhétorique soit à l'origine même de la pensée critique en droit. La fracture entre la pensée critique et la rhétorique

a des origines lointaines. Dans notre article, nous allons illustrer les raisons historiques d'une telle rupture ainsi que démontrer comment et pour quelle raison la rhétorique peut se révéler un outil formidable de critique du droit. Nous débuterons au **chapitre 2** par une analyse historique sur le rôle qu'a joué l'art de la rhétorique dans l'histoire de la pensée juridique dès l'antiquité grecque et romaine. Nous analyserons par la suite au **chapitre 3** les raisons qui ont porté à la rupture qui s'est consommée entre la rhétorique et la pensée critique à partir du XVI<sup>e</sup> siècle. Nous nous pencherons sur l'école moderne du droit naturel, ainsi que sur la façon dont Vico, par le biais de la rhétorique, a mené une contre-critique à la pensée critique. Enfin nous verrons au **chapitre 4** de quelle façon la nouvelle rhétorique de Perelman a représenté une véritable rhétorique critique qui a réconcilié la rhétorique avec la dialectique et la pensée critique. Nous verrons ainsi comment cette rhétorique critique représente un dépassement de la pensée problématique de Viehweg et comment cette nouvelle rhétorique présente plusieurs analogies avec la critique du droit de Habermas.

## 2 La rhétorique à l'origine de la critique en droit

### 2.1.1 A. La rhétorique à l'origine de la pensée critique dans la Grèce antique

Le mot critique vient du verbe grec *krino/krinein* qui signifie « discerner » ainsi que « juger ». La notion de critique est ainsi strictement liée au monde du droit. C'est un élément qui accompagne le droit dès sa naissance. Dès son apparition au sein de la tradition occidentale, durant l'antiquité grecque et romaine, le droit s'est manifesté sous la forme du procès<sup>1</sup>. Villey a défini le procès de l'antiquité comme étant une « controverse

d’opinions », en ajoutant que la controverse a été le « [...] berceau du droit »<sup>2</sup>.

La littérature classique et la philosophie grecque ont maintes fois fait référence au monde du droit. Les scènes de procès-arbitrage étaient omniprésentes dans les œuvres poétiques et théâtrales de l’antiquité. Le jugement y est décrit comme moyen d’apaisement des conflits. Nous avons ainsi l’exemple de l’épisode du bouclier d’Achille décrit dans l’*Iliade* (XVIII, 50). Cette idée est omniprésente au sein des tragédies grecques telles que l’*Antigone* de Sophocle ou les *Euménides* d’Eschyle. Les dialogues de ces tragédies étaient structurés de façon très semblable aux débats qui se déroulaient durant les procès publics<sup>3</sup>.

Les procès publics qui se déroulaient dans les principales villes grecques avaient inspiré les philosophes présocratiques. Anaximandre utilisa la métaphore du procès pour décrire l’*apeiron*, ou bien l’origine de toutes les choses. Dans son unique fragment qui nous soit parvenu, Anaximandre affirme ainsi que :

« Toutes choses ont racine l’une dans l’autre et périssent l’une dans l’autre, selon la nécessité. Elles se rendent justice l’une à l’autre et se récompensent pour l’injustice conformément à l’ordre du temps »<sup>4</sup>.

Le philologue Werner Jaeger percevait dans ce fragment d’Anaximandre une influence du monde du droit. Plus précisément celle des procès qui se déroulaient au sein des cités-État ionniennes auxquelles Anaximandre avait assisté. Jaeger souligne à ce propos :

« Il faut se figurer ce qu’est une cité-État ionienne. Elle comporte la place du marché où les requêtes sont entendues et les jugements rendus : le juge est assis sur un banc pour décider des amendes qu’il convient de payer. Le juge est le temps »<sup>5</sup>.

Cela dit la justice à laquelle fait référence Anaximandre est une justice cosmique. Ce n’est pas la justice du monde d’ici-bas<sup>6</sup>. En ce sens, l’idée du

conflit -*pomélos* comme berceau de la justice était encore plus marquée dans la philosophie d'Héraclite, ce dernier affirmait dans son fameux fragment :

« Il faut savoir que le combat est universel, que la justice est une lutte et que toutes les choses naissent selon la lutte et la nécessité (80) »<sup>7</sup>.

Le conflit est ainsi le moteur de toute chose, à savoir que la vérité ne peut surgir qu'à partir d'un conflit d'opinions.

Comme nous le voyons, les jugements qui se tenaient devant des assemblées publiques avaient profondément marqué la culture de la Grèce antique. Les procès publics ont été d'une certaine manière les berceaux de la logique discursive et argumentative. Pour remporter le débat, il fallait repérer des bons arguments et savoir les exposer de façon convaincante. Ces capacités ne pouvaient pas être laissées à la simple improvisation, elles nécessitaient une technique, voire une méthodologie. Ce sera dans ce contexte que va naître l'art de la rhétorique.

Selon les sources classiques, les deux premiers traités de rhétorique ont été rédigés en Sicile. Les auteurs de ces traités étaient le philosophe Empédocle d'Agrigente et un personnage du nom de Corax<sup>8</sup>. Ce dernier avait gagné la réputation de grand orateur durant un procès qui se déroula à Syracuse durant lequel il siégeait sur le banc des accusés. Dans ce fameux procès, Corax avait réussi à se faire acquitter de l'accusation de complaisance avec le régime de l'ancien tyran qui venait d'être déchu. Par la suite, au vu de sa réputation de grand orateur acquise grâce au procès de Syracuse, Corax enseigna son art à plusieurs disciples, dont le plus célèbre fut Tisias. Ce dernier enseigna à son tour l'art de la rhétorique au sophiste Gorgias qui, à son tour, diffusa cet art auprès des sophistes. Platon dans le *Phèdre* (267 a, 273) et Aristote dans *La Rhétorique* (II, 1402 a 18) affirment que cette rhétorique presophistique ne visait pas à la connaissance d'une vérité

absolue (*aletheia*) mais plutôt à celle du vraisemblable (*eikos*). Ce qui en découlaient que tout propos pouvait à tout moment être falsifié par un propos contraire.

La rhétorique devenant une véritable marque de fabrique des sophistes tels que Protagoras et Gorgias, ces derniers ayant une vision relativiste du concept de vérité (relativisme ontologique) ainsi que de l'éthique (relativisme étique), voyaient en la rhétorique la technique idéale pour développer leur philosophie centrée sur le discours. La manière de procéder des sophistes était celle des doubles discours (*dissoi logoi*). Cette technique permettait aux sophistes de plaider pour une thèse ainsi que pour son contraire. Cette façon de procéder les avaient aidés à développer un fort sens critique. Cela pour la raison qu'une telle démarche poussait les sophistes à prendre en considération le point de vue d'autrui avant de le critiquer.

Les sophistes étaient avant tout des enseignants qui n'inculquaient pas des notions à leurs étudiants mais qui leur enseignaient plutôt une méthode leur permettant d'exposer leurs idées de façon efficace. Les cours des sophistes consistaient en des simulations de plaidoyers fictifs durant lesquels les étudiants devaient être capables de plaider pour une cause et son contraire<sup>9</sup>. Le philosophe Sextus Empiricus qualifia la pédagogie du sophiste Gorgias comme étant avant tout l'enseignement du sens critique, à savoir *Kritérion*<sup>10</sup> ou, mieux, le moyen de juger<sup>11</sup>.

Les sophistes vont développer la première critique du droit et cela le biais de la rhétorique. Les sophistes tels que Gorgias et Protagoras ne croyaient pas en l'existence d'un lien intrinsèque entre l'idée de réalité (*Physis*), le langage (*Logos*) et les lois (*Nomos*)<sup>12</sup>. Cette unité avait été soutenue jusque-là par les philosophes présocratiques ainsi que les pythagoriciens. Le droit, tout comme le langage, était pour les sophistes le

produit de conventions humaines. La loi positive est désormais perçue comme étant distincte aussi bien de la loi naturelle que de la loi divine<sup>13</sup>. Sur de tels fondements, les sophistes ont établi leur conception clairement antidogmatique du droit.

Protagoras affirmait que les lois humaines devaient être respectées seulement à partir du moment où celles-ci reflétaient un consensus social. C'est grâce à cette vision séculaire du droit que Protagoras développera les premières réflexions sur la fonction rééducative de la peine qu'a connues l'antiquité. La peine, contrairement à la vengeance, n'avait pas pour finalité d'apaiser la colère des morts mais de corriger le coupable et d'inhiber un certain type de comportement. Cette idée sera reprise par la suite par Platon dans le *Protagoras* (324 a, b) et par Sénèque dans le *De Ira* (I, 19).

La négation de tout attribut rationnel aux principes ontologiques du droit tels que l'idée de justice et de loi naturelle avait induit certains sophistes à identifier le droit avec les lois écrites. Celles-ci n'étaient à leurs yeux rien d'autre que le produit des rapports de force. Les principes tels que la justice n'étaient à leurs yeux que des trompe-l'œil qui occultaient les hiérarchies sociales. La critique du droit visait avant tout à dévoiler les rapports de force occultés par ces principes. La vision critique du droit des sophistes émerge dans la République de Platon. Plus précisément dans le débat qui opposa Socrate aux sophistes Thrasymaque et Critias autour de la notion de justice. Ces derniers soutenaient que les lois n'étaient rien d'autre que des « masques » que les puissants avaient mis en place afin de cacher les rapports de force présents dans la société (338cl-339a4). D'autres sophistes tels que Calliclés, dans d'autres dialogues platoniciens tels que le Gorgias (481b-560 b), affirmaient la thèse contraire, à savoir que le droit était une invention des

faibles mises en place en guise de défense à l'égard des attaques des plus forts.

Ce relativisme gnoséologique et moral prôné par les sophistes avait été critiqué par Platon et Aristote. Dans les dialogues platoniciens, la critique des sophistes s'accompagnait d'une critique de l'art de la rhétorique. Par exemple, dans les dialogues du *Gorgias* et de l'*Hippias*, ainsi que du *Protagoras*, les sophistes sont présentés comme de dangereux charlatans. Dans le dialogue de *Phèdre*, Platon avait adopté un jugement plus nuancé à l'égard de la rhétorique. Ce dernier distingue ainsi entre une bonne et une mauvaise rhétorique. Cela dit, la bonne rhétorique selon Platon n'est pas praticable dans le monde d'ici-bas et peut exister uniquement dans le monde des idées<sup>14</sup>. L'unique méthode discursive praticable dans le monde réel est, toujours selon Platon, la dialectique telle qu'elle avait été pratiquée par Socrate. Dans le dialogue du *Phèdre*, Platon prend soin de séparer de façon tranchée la dialectique de la rhétorique. La dialectique devient ainsi la méthode logique par excellence. Cette consécration de la dialectique aux dépens du déclassement de la rhétorique marqua à tout jamais l'histoire de la pensée occidentale. Cela aura pour conséquence une première rupture entre la pensée critique et la rhétorique. Comme nous le verrons, cette idée sera reprise par la logique stoïcienne et par la dialectique médiévale.

Dans le dialogue de *Phèdre*, Socrate dicte la méthodologie que doit utiliser tout dialecticien. Une méthode qui consiste en deux opérations, la division et le rassemblement. La première, connue sous le nom de *diairesis*, consiste à définir l'objet de la discussion en isolant tous les éléments qui caractérisent l'objet en question (*ousia*). Cette opération avait pour but de réduire les ambiguïtés du langage, de façon à éviter que celles-ci soient exploitées par les rhéteurs. (266 b 3-c 1). La deuxième opération est la

*synapsis* ou le rassemblement qui consiste à chercher l'unité d'une multiplicité (266 b 3-c 1).

La dialectique de Platon est une méthodologie critique, voire une théorie du jugement qui, afin d'éviter les doubles discours des sophistes, se concentre non pas sur la quête d'arguments (topique), mais sur la recherche de définitions précises. C'est une démarche qui, bien que reposant clairement sur le dialogue, évite les antilogies des sophistes. Ces dernières sont considérées par Socrate comme étant une simple démarche éristique, à savoir un procédé fondé sur la dispute (*éris*) qui, pour cela, ne peut pas être qualifié de méthodologie.

Contrairement à Platon, Aristote ne fera pas le choix d'opposer la dialectique à la rhétorique et encore moins de subordonner la rhétorique à la dialectique. Selon Aristote la rhétorique est plutôt le pendant (*antistrophos*) de la dialectique. Aristote affirme clairement cette idée dans l'exorde de sa *Rhétorique*<sup>15</sup>:

« La rhétorique se rattache à la dialectique. L'une comme l'autre s'occupe de certaines choses qui, communes par quelque point à tout le monde, peuvent être connues sans le secours d'aucune science déterminée (I, 1) ».

Contrairement à Socrate, Aristote soutient que la dialectique, tout comme la rhétorique, repose sur le concept de dispute (*eris*) et de *pólemos*. Cela émerge de façon plutôt claire dans son ouvrage intitulé *La rhétorique* où Aristote affirme :

« Aussi tout le monde, plus ou moins les pratique l'une et l'autre ; tout le monde, dans une certaine mesure, essaie de combattre et de soutenir une raison, de défendre, d'accuser (I, 1) ».

La logique aristotélicienne est un système logique ouvert qui inclut des formes de raisonnement qui ne reposent pas sur le principe de non-contradiction, ni sur la logique inductive-déductive et ni sur des procédés

apodictiques. En un mot la logique d'Aristote ne conçoit pas uniquement les procédés des sciences pures telles que les mathématiques.

Le système aristotélicien prévoit deux types de raisonnement. Le premier est propre aux sciences exactes, à savoir le syllogisme scientifique. Ce type de raisonnement est décrit dans ses premiers et seconds Livres *Analytique*. Le syllogisme scientifique est un raisonnement dont les prémisses (ou axiomes) demeurent certaines et par conséquent elles ne doivent pas être prouvées. A côté de ce type de syllogisme, Aristote prévoit la présence d'un syllogisme dialectique. Ce raisonnement est décrit dans son traité intitulé *Les Topiques*. Ce type de raisonnement repose sur des prémisses qui n'ont pas le niveau de certitude des vérités scientifiques. Ce sont des raisonnements qui se fondent sur des vérités partagées qu'Aristote définit de lieux communs ou *tópoi* (VIII, 14, 164 b). Dans ses *Topiques* Aristote analyse et expose une série d'arguments, ou mieux, de lieux communs qui pouvaient être utiles aux dialecticiens.

Contrairement à la dialectique socratique et platonicienne, la dialectique aristotélicienne est une théorie du jugement ayant pour opération première non pas la quête de définitions mais plutôt la recherche d'arguments. La dialectique aristotélicienne devait se dérouler en trois opérations. La première consistait en une quête d'arguments (*inventio-euresis*) qui puissent résister aux attaques des adversaires (*praemunitio*). Par la suite, les arguments devaient être disposés (*dispositio*) et exposés (*elocutio*) de la façon la plus persuasive possible (VIII, 155 b). Pour conclure, la dialectique d'Arioste repose dans toutes ses phases sur un raisonnement de type discursif et argumentatif. Cela la rapproche ultérieurement à la rhétorique. Ce rapprochement est d'autant plus évident qu'Arioste qualifie, dans son traité intitulé *La Rhétorique*, le raisonnement rhétorique

(*L'enthymème*) comme étant une « sorte de syllogisme » pour la raison qu'il [...] appartient tout aussi bien à la dialectique, prise dans son ensemble ou dans quelqu'une de ses parties, d'examiner tout ce qui se rattache au syllogisme (I, 11) ».

La rhétorique et la dialectique étaient selon Arioste des *technè* qui n'avaient pas pour but de démontrer des vérités absolues. Celles-ci visaient plutôt à des vérités partagées. En un mot nous sommes dans le registre du vraisemblable. Cela dit Aristote prend ses distances à l'égard du relativisme gnoséologique et éthique des sophistes. Ainsi Aristote dans ses Réfutations *sophistiques* critique les paralogismes fallacieux utilisés par les sophistes en décrivant toute une série de raisonnements euristiques utilisés par les sophistes afin de tromper leurs adversaires. Ce type de raisonnement condamnait à l'erreur quiconque les utilisait. La question de l'éthique de la discussion est affrontée dans *La Rhétorique*. Aristote rattache aux trois types principaux de rhétorique trois valeurs différentes. Le délibérative a comme valeur l'utile, le judicaire la justice, l'épidictique le beau et le bon. Aristote affirme que :

« La rhétorique est utile, d'abord, parce que le vrai et le juste sont naturellement préférables à leurs contraires [...] (I, 12) ».

Aristote développe dans son *Livre de l'interprétation* une ultérieure théorie du jugement (outre la dialectique) et donc de la critique qui réconcilie la pensée critique avec les antilogies utilisées par les rhéteurs. Cette réconciliation est présente dans un type particulier de jugement qu'Aristote qualifie de « propositions subcontraires ». Ce type de jugement prévoit que deux propositions peuvent porter deux jugements opposés sur une même question tout en demeurant également vraies. Contrairement au jugement fondé sur le principe de contradiction, la proposition subcontraire prévoit

que la vérité d'une proposition n'implique pas à priori la fausseté de la proposition contraire. Ainsi Aristote reconnaît une dignité philosophique à ce que Popper qualifiera dans son épistémologie de principe de falsifiabilité. En conclusion ce type de jugement prévoit que deux prépositions peuvent également être à priori vraies avant que n'intervienne à posteriori la falsification de l'une par l'autre. Fallone a très pertinemment vu en ce type de jugement une légitimation sur le plan logique du mécanisme du procès accusatoire, c'est-à-dire le droit à la preuve contraire<sup>16</sup>. Ainsi Aristote développe une théorie de la critique qui s'harmonise avec les procédés propres au monde du droit. La vérité qui l'emporte sera la vérité qui sera la mieux prouvée, à savoir la mieux argumentée. Par conséquent Aristote accorde une grande importance à la notion de preuve, cela émerge de façon claire dans *La Rhétorique* :

« La méthode, en matière de rhétorique repose évidemment sur les preuves. La preuve est une démonstration (car si nous admettons une preuve, c'est surtout lorsque nous supposons qu'il y a eu une démonstration). D'autre part, la démonstration oratoire c'est l'enthymème, qui est, en résumé la preuve par excellence (I, 11) »,

Par la suite Aristote affirme qu'au sein des procès la preuve par témoins demeure le moyen probatoire par excellence (I, 13–19). Cela vaut du moment où le témoignage est spontané. Aristote se montre ainsi critique à l'égard de la véracité du témoignage arraché par le biais de la torture.

« Les gens contraints par la torture, dira-t-on, ne disent pas moins des mensonges que des choses vraies [...] (I, 26, 1377 a) ».

La preuve par témoin tout comme la preuve rhétorique repose sur le principe de falsification. Pour les Grecs, tout comme pour les Romains, la preuve n'avait pas uniquement la fonction de prouver l'existence d'un fait. La preuve servait, avant tout, à invalider les propositions contraires. Cette idée sera reprise par le rhéteur romain Cicéron qui, dans le *De partitionibus*

*oratoriae* (23 et suivantes), soutient l'idée selon laquelle l'utilité d'une preuve (dans le sens d'argument) doit être recherchée dans sa capacité d'invalider les thèses des adversaires. Cette technique était connue par les romains sous le nom de *premunitio*. Ce terme provient du grec *prokatalapsis*. Dans la terminologie militaire, cela signifiait anticiper de façon préventive les critiques des adversaires. Selon Aristote les dialecticiens ainsi que les rhéteurs se devaient de tester et par conséquent de soumettre à une critique les arguments qu'ils ont l'intention de déployer. Par conséquent il faut falsifier ses propres arguments. Aristote conseille cette technique dans le douzième chapitre de *La Rhétorique*, cela dans les termes suivants :

« Il faut, de plus être en état de plaider le contraire de sa proposition, comme il arrive en fait de syllogisme, non pas dans le but de pratiquer l'un et l'autre (le non vrai et le non juste), car il ne faut pas conseiller le mal, mais pour ne pas ignorer ce qu'il en est, et afin que, si quelque autre orateur voulait discourir au détriment de la justice, nous soyons nous-même en mesure de détruire ses arguments (I, 12) ».

Cette technique sera utilisée par Cicéron (*De l'orateur*, III, 204 s) et Quintilien (*Orateur* IX, 2, 16). Avec Aristote la dialectique et la pensée critique se réconcilient avec la rhétorique. Cette réconciliation fut encore plus marquée au sein du droit romain.

### 2.1.2 B. La rhétorique romaine à l'origine de la philosophie du droit

Pour les rhéteurs romains la rhétorique était une véritable méthodologie. La rhétorique servait à l'étude et à l'interprétation ainsi qu'à la critique du droit « *Ius* ». Un droit qui avait obtenu à Rome le statut de science<sup>17</sup>. Cela grâce à des ouvrages de jurisprudence rédigés par des juristes laïcs (non appartenant à la caste sacerdotale) tels que l'*Enchiridion* du jurisconsulte Pomponius ainsi que l'œuvre perdue de Scevola et de Servius Suplicius<sup>18</sup>.

La naissance de cette nouvelle science a fait surgir le problème d'une méthode. Dans un premier temps le jurisconsulte Scevola s'était tourné vers la méthode de la *diairesis*<sup>19</sup>. Une méthode qui, comme nous l'avons vu plus haut, avait été élaborée dans le dialogue de *Phèdre*. Par la suite, le jurisconsulte Servius Sulpicius Rufus se tournera vers la rhétorique, une rhétorique qui se complétait avec la dialectique. L'idée d'une complémentarité entre la rhétorique et la dialectique était présente dans l'ouvrage d'Hermagoras ainsi que dans le traité anonyme de *La Rhétorique ad Hérennius*<sup>20</sup>. Servius Sulpicius Rufus était une des figures qui influença le plus la pensée juridique de Cicéron. Ce dernier rendra hommage à Servius Sulpicius Rufus dans sa neuvième *Philippique* (IX, 5). Les rhéteurs romains tels que Cicéron, Quintilien et Sénèque, cherchèrent sous l'influence de la philosophie stoïcienne à réconcilier l'art de la rhétorique avec la philosophie platonicienne et aristotélicienne. Cicéron réalisa cette conciliation à travers la théorisation d'une rhétorique au service de la vérité. Une vérité qui était avant tout le résultat d'un consensus entre les théories les plus importantes de son temps. La rhétorique romaine (surtout cicéronienne) fournira à la science du droit (la jurisprudence ou *iuris-prudentia*) une méthode d'analyse, de critique et d'enseignement critique. En un mot la rhétorique a fourni une logique au droit. Michel explique ainsi :

« [...] pour Cicéron, toute discussion sur le droit implique la mise en œuvre d'une réflexion philosophique, qui même à propos des lois ou des édits particuliers, pose en général le problème du droit et de l'équité »<sup>21</sup>.

Cette position amène Fassò à considérer Cicéron comme étant le premier philosophe du droit<sup>22</sup>. Une philosophie du droit qui nait de la réflexion des juristes sur leur propre science, connue désormais sous le nom de *ius*. Par conséquent, une philosophie du droit qui n'est pas, comme chez les Grecs, une réflexion du philosophe sur le droit, mais plutôt une réflexion

que le juriste mène sur sa science en instrumentalisant pour cela les procédés que lui offre la philosophie. En un mot c'est une philosophie du droit créée par des juristes. Le droit peut se juger et critiquer par lui-même. Selon Cicéron, les juristes praticiens, par le fait qu'ils maîtrisaient la rhétorique, étaient les interprètes privilégiés du droit. Michel ne manque pas de remarquer sur ce point que, selon Cicéron :

« Seul l'orateur est capable d'étudier correctement le droit, d'aborder ses difficultés dans l'esprit voulu. Tous les textes de Cicéron sont d'accord sur ce point »<sup>23</sup>.

Dans son dialogue intitulé *Des lois*<sup>24</sup>, que nous pouvons considérer comme le premier traité de philosophie du droit écrit par un juriste, Cicéron s'interroge autour de l'origine du droit et expose ainsi sa propre vision du droit naturel. Le traité est structuré comme étant un dialogue-débat fictif qui se déroule entre deux personnages *Atticus* et *Marcus*. Ce dernier n'est rien d'autre que Cicéron. Les concepts traités sont le résultat d'un dialogue critique. C'est par le biais de la discussion et de la critique que Cicéron développe les concepts clés de sa philosophie du droit.

Dans ce dialogue Cicéron reprend l'idée stoïcienne d'une justice fondée sur la loi naturelle. Ainsi celle-ci trouve son origine dans la nature ainsi que dans la raison humaine. Cicéron définit la loi naturelle comme étant :

« [...] la raison suprême gravée en notre nature, qui prescrit ce que l'on doit faire et interdit ce qu'il faut éviter de faire (I, 6) ».

Contrairement à ce que soutenaient les sophistes, selon Cicéron le droit ne se résume pas aux lois écrites et aux coutumes. Pour la raison que : « [...] tenir pour juste tout ce qui est réglé par les institutions ou lois des peuples » demeure une « [...] absurdité, et la plus forte » (I, 15).

Cicéron précise que :

« [...] si les volontés des peuples, les décrets des chefs de l'État, les sentences des juges fondaient le droit, le vol serait de droit ; l'adultère, les faux testaments seraient de droit, dès qu'on aurait l'appui des suffrages ou des votes de la multitude » (I, 16) ».

Toujours dans *Les Lois*, Cicéron applique au droit les vertus qu'Aristote avait accordées à la rhétorique judiciaire : « le juste et l'honnête sont désirables par eux-mêmes » (I, 18). Ceci étant, Cicéron n'a pas une vision irénique du droit. Ce dernier, bien qu'accordant une nature rationnelle aux principes tels que la justice et la loi naturelle, est conscient que le droit peut devenir une arme dans les mains d'un pouvoir tyrannique. Cette idée est résumée dans son ouvrage intitulé *Des devoirs* par la fameuse formule selon laquelle le meilleur des systèmes juridiques peut produire la pire injustice, à savoir - *summum ius summa iniuria* (I, 33).

Dans son ouvrage intitulé *Les Topiques*, Cicéron affronte la problématique de la méthodologie applicable à la science du droit. Selon Cicéron la rhétorique est placée à égalité vis-à-vis de la dialectique, si ce n'est même en supériorité. Michel précise sur ce point que :

« [...] la rhétorique, en introduisant la dialectique dans le droit, a contribué à l'ouvrir aux idées générales et à rendre possible son enseignement rationnel »<sup>25</sup>.

Selon Cicéron, la rhétorique a besoin de la philosophie tout comme la philosophie de la rhétorique. Dans son traité intitulé *De l'Orateur*<sup>26</sup> il affirme que malgré le fait que dans les œuvres de Platon le personnage du rhéteur soit « [...] fort maltraité » (IV), les ouvrages de philosophie demeurent à ses yeux « d'un grand secours pour l'éloquence [...] » (IV) et il conclut en adressant aux rhéteurs les paroles suivantes :

« Nous ne pouvons en effet sans le secours de la philosophie, distinguer le genre et l'espèce, définir, diviser, discerner le vrai le faux (IV) ».

Cicéron soutient que tout comme la rhétorique ne pourrait pas se passer de la philosophie, la dialectique ne pourrait pas ignorer la rhétorique et la topique. Pour ces raisons, dans le deuxième livre de ses *Topiques*, Cicéron critique la méthode dialectique utilisée par les stoïciens. Cela par le fait que celle-ci se concentre uniquement sur les définitions en délaissant la phase de l'invention (*inventio*) utilisée par les rhéteurs. Tout comme pour Aristote, Cicéron soutient que toute démarche dialectique ou critique doit préalablement être accompagnée par une topique. A savoir un repérage d'arguments- *tópoi*. Cette phase doit précéder la *diairesis* ou bien la quête des définitions. Ainsi Cicéron expose sa vision de la dialectique dans le deuxième chapitre de ses *Topiques*<sup>27</sup>:

« Toute discussion régulière se divise en deux parties, l'invention et le raisonnement : pour l'une comme pour l'autre, Aristote est, selon moi, un excellent maître. Les stoïciens ne se sont occupés que de la dernière : ils ont enseigné avec soin tous les procédés du raisonnement, au moyen de cette science qu'ils nomment la Dialectique ; mais ils ont entièrement négligé l'invention ou la Topique, laquelle a, dans l'usage, bien plus d'importance, et doit, dans l'ordre naturel, passer avant la science du raisonnement. Pour moi, qui estime ces deux parties de la plus haute utilité, je me propose de les traiter l'une et l'autre si j'en ai le temps. (II) ».

Cicéron avait transcrit une série des arguments (*topica*) destinés aux juristes (105 b et suivantes) ainsi que des instruments méthodologiques (*organa*) qui puissent aider les jurisconsultes à appréhender leur science<sup>28</sup>. A partir de l'art de la topique et de la rhétorique, Cicéron développe une véritable herméneutique par le biais de laquelle ce dernier classe les catégories juridiques (*oroi*)<sup>29</sup>. Johannes Stroux avait remarqué que pour Cicéron la rhétorique était aussi une méthodologie d'interprétation du droit. Cicéron a développé sa doctrine des statuts à travers un type d'approche qui

était propre à la pratique judiciaire, la manipulation des lois, des preuves et des arguments<sup>30</sup>.

Cicéron en harmonisant la rhétorique avec la dialectique avait permis l'enseignement critique du droit. La pédagogie offerte dans les écoles de rhétorique romaines aux futurs avocats inculquait le sens critique aux étudiants. Les écoles de rhétorique dispensaient un enseignement à partir de cas pratiques, connu sous le nom de *controversiae*. Ces dernières étaient des simulations de procès durant lesquelles l'étudiant devait être capable de plaider en faveur de deux parties différentes. En ce sens, les écoles de rhétorique romaines adoptaient une pédagogie qui se rapprochait de celle des sophistes grecs. Les étudiants apprenaient l'art de la topique à partir des *Topiques* d'Aristote et de Cicéron (*loci argumentorum*). Ce type d'enseignement avait exercé une influence très prononcée sur la littérature apologétique chrétienne, en particulier les œuvres rédigées par les Pères de l'Église originaires des colonies romaines d'Afrique. La plupart des pères de l'Église de la période pré-nicéenne tels que Tertullien, Arnobe et Lactance avaient, avant leur conversion, exercé la profession d'avocat. Par conséquent, ils avaient étudié la rhétorique. Cela leur avait permis de développer un fort sens critique qu'ils utiliseront dans leur œuvre apologétique afin de défendre les chrétiens qui firent l'objet de persécutions. Leur stratégie consistait à mettre le système judiciaire romain devant ses propres contradictions. Les apologies étaient structurées de façon similaire à des plaidoiries. En ce sens l'exemple le plus intéressant demeure l'*Apologeticum* de Tertullien. Ce dernier, dans sa prémunition, adopte une vision désenchantée des lois humaines. Tout comme les sophistes, Tertullien affirme dans son *Apologeticum*<sup>31</sup> que les lois humaines (et non pas divines) ont leurs racines dans les sociétés humaines et donc :

« Les lois étant humaines peuvent être erronées [...] (IV, 5) ».

Les lois sont le produit de leur époque. Par conséquent selon Tertullien, les lois du passé peuvent paraître comme absurdes aux contemporains. Tertullien affirme :

« [...] il existait autrefois des lois qui permettaient aux créanciers de couper en morceaux les débiteurs condamnés ; d'un commun accord, cette loi cruelle (*crudelitas*) fut plus tard abolie (IV, 9) ».

Lactance, dans le cinquième livre apologétique intitulé les *Institutions divines*<sup>32</sup>, dénonce les différences entre les classes sociales au sein de la société romaine. La justice ne peut pas exister en absence de justice sociale. Lactance utilise la métaphore de la justice qui s'est envolée pour la raison :

« [...] qu'il y avait chez eux des hommes de conditions différentes et de toutes classes, allant des indigents aux riches, des humbles aux puissants, des simples particuliers enfin jusqu'aux très sublimes puissances des souverains (V, 14, 19) ».

Saint-Augustin, qui avait avant sa conversion enseigné l'art de la rhétorique, prit soin de séparer l'éloquence de la rhétorique<sup>33</sup>. L'éloquence devient un outil d'interprétation des Écritures, tandis que la rhétorique profane devient un instrument que le père de l'Église utilisait pour mener ses innombrables polémiques.

A partir du Moyen Âge, le rôle de la rhétorique sera de plus en plus réduit. Cela est dû au fait que la pensée scolaire va consacrer la logique aux dépens de la rhétorique. Les écoles des commentateurs et des glossateurs - sous l'influence de l'école d'Orléans ainsi que de Bartole et Balde – ont octroyé dès l'an 1300 à la dialectique platonicienne, fondée sur la *diairesis* et le syllogisme aristotélicien, le rôle de la meilleure méthode apte à interpréter le droit<sup>34</sup>. Cette approche avait été critiquée par le courant des juristes humanistes italiens représenté par Pétrarque qui sous l'influence de Cicéron

et Augustin, défendaient le rôle de la rhétorique au sein de la science juridique<sup>35</sup>.

### 3 La fracture entre la pensée critique et la rhétorique à l'aube de la modernité juridique

#### 3.1 A. L'école du droit naturel moderne et l'abandon du débat

A partir du XVI<sup>e</sup> siècle, le rôle occupé par la rhétorique au sein de la pensée juridique européenne va s'affaiblir sensiblement. Cela était dû au concours de différents facteurs tels que le cantonnement de l'art de la rhétorique à la fonction purement esthétique par de Pierre de la Ramée au XVI<sup>e</sup> siècle ainsi que par l'avènement de la philosophie de Descartes à partir du XVII<sup>e</sup> siècle. Selon Descartes la rhétorique n'était pas une méthodologie. Ce dernier affirmait ainsi dans son *Discours de la méthode* ce qui suit :

« J'estimais fort l'éloquence, et j'étais amoureux de la poésie ; mais je pensais que l'une et l'autre étaient des dons de l'esprit, plutôt que des fruits de l'étude »<sup>36</sup>.

Selon Descartes la pensée critique se doit d'adopter uniquement des méthodes propres aux sciences dures, tel que le syllogisme scientifique.

Il est presque inutile de souligner que cette consécration du syllogisme a notamment eu une influence profonde sur la culture juridique européenne. Ceci dit, les juristes du XVII<sup>e</sup> appartenant à la scolastique espagnole et à l'école moderne du droit naturel, avant même la parution de *Discours de la méthode* avaient déjà théorisé l'idée selon laquelle seul le syllogisme scientifique devait être appliqué au droit<sup>37</sup>. Ce fut ainsi que le théologien et juriste catholique Suarez soutenait l'idée que la loi naturelle ne pouvait être comprise par la raison humaine que par le biais de la méthode

du syllogisme<sup>38</sup>. Quant à Grotius, ce dernier avait soutenu l'idée dans son ouvrage intitulé *De jure belli ac pacis* – publié en 1625, douze ans avant la parution du *Discours de la méthode* – que le syllogisme devait être l'unique type de raisonnement que devait adopter les juristes dans leur démarche.

Selon Grotius le droit se devait de se transformer en une science proprement dite. Pour cela le droit devait être appréhendé par le biais d'une démonstration de type géométrique (*more geometrico*) étant donné que le droit était perçu comme un système ordonné<sup>39</sup>. Donc Grotius affirmait que le droit devait être analysé selon la démarche déductive des mathématiques. La critique devait se faire, comme le remarque Goyard-Fabre « [...] en évitant toute dispute, éristique ou polémique [...]»<sup>40</sup>.

Le rationalisme de Grotius ainsi que la philosophie de Descartes ont notamment exercé une influence prépondérante sur l'œuvre des philosophes du XVI<sup>e</sup> siècle tels que Leibniz et Wolff. Leibniz voulait créer un langage pur et logique. Dans sa *Dissertatio de arte combinatoria* Leibniz théorisa une « écriture universelle » qui pourrait évincer toute dispute par le biais du calcul et ainsi :

« Il ne sera plus besoin entre deux philosophes de discussions plus longues qu'entre deux mathématiciens, puisqu'il suffira qu'ils saisissent leurs plumes, qu'ils s'asseyent à leur table de calcul [...] et qu'ils se disent l'un à l'autre : Calculons ! »<sup>41</sup>

Les nouveaux philosophes du droit se devaient d'utiliser uniquement des raisonnements scientifiques et de délaisser les méthodes utilisées par les praticiens du droit, ce qui entraînait non seulement la mise à l'écart de la rhétorique mais aussi celle de la dialectique.

### 3.2 B. Vico et la critique de la pensée critique

Le tournant rationaliste du droit inauguré par l'école moderne du droit naturel ainsi que la pensée critique de Descartes furent critiqués par le philosophe napolitain Giambattista Vico. Ce dernier avait développé une véritable contre-critique de la « pensée critique ». Une contre-critique qui aura pour pendant une redécouverte de la rhétorique ainsi que de la topique. Ce retour à la rhétorique s'explique par le fait qu'au début du XVIII<sup>e</sup> siècle – à l'époque de Vico – la rhétorique était encore enseignée à l'Université de Naples, comme matière propédeutique à l'étude de différents domaines tels que la théologie, la médecine et, naturellement, le droit<sup>42</sup>. Avant de revenir sur la rhétorique de Vico, il convient de rappeler que l'enseignement de la rhétorique dans une université laïque, telle que l'Université de Naples, était une rareté pour le XVIII siècle. La rhétorique était enseignée avant tous dans les collèges religieux tels que les collèges jésuites. En effet, la *Ratio studiorum* qui était le programme d'études des collèges jésuites, en 1599, prévoyait l'enseignement obligatoire de la rhétorique et de la topique. Ce programme d'étude était enseigné dans les collèges jésuites de France et à partir du XVIII<sup>e</sup> siècle dans les collèges du Québec<sup>43</sup>. Le manuel d'enseignement de la rhétorique dans le séminaire de la ville de Québec, rédigé par Urbain Boiret, en 1770, intitulé *Rhetorica in Seminario Quebecensi data anno 1770* fait référence à l'art de la topique. Bernier explique que cet ouvrage repose sur une tradition rhétorique québécoise qui, selon lui,

« [...] se caractérise par le souci d'établir l'argumentation sur une topique, c'est-à-dire sur une liste de lieux logiques d'où l'on puisse tirer à loisir des arguments généraux »<sup>44</sup>.

La rhétorique a joué d'une certaine importance au sein de la philosophie écossaise du XVIII<sup>e</sup> siècle. Cependant, tout comme en France et au Québec, la rhétorique, en Écosse, était une affaire de religieux. En effet, ce fut un révérend nommé Campbell, qui écrivit un traité sur la rhétorique intitulé *The Philosophy of Rhétoric*. Tout comme Vico, Campbell avait l'ambition d'élaborer une épistémologie fondée sur la rhétorique. Le révérend écossais soutenait l'utilité de l'enseignement de la rhétorique dans plusieurs domaines du savoir tels que les mathématiques, la médecine, l'économie et le droit<sup>45</sup>. Mais contrairement à Vico, Campbell se concentre uniquement sur l'aspect communicatif de la rhétorique et délaisse son aspect méthodologique, à savoir l'*inventio* et la topique<sup>46</sup>.

Vico, dans son traité critique intitulé *De la méthode des études de notre temps*, va remettre à jour la méthode de la topique. Dans cet ouvrage, Vico mène une critique de la pensée critique de Descartes. Une critique qui déploie des arguments semblables à ce que Cicéron avait utilisés à l'encontre de la dialectique stoïcienne dans ses *Livres Topiques*. Vico reproche à Descartes d'avoir bâti sa méthode critique en tenant compte uniquement de la phase du jugement critique et, par conséquent, d'avoir délaissé la phase de l'*inventio*, à savoir la phase topique. Le raisonnement décrit par Descartes repose, rappelons-le, sur une vérité première irréfutable (*primum verum*) qui échappe à toute discussion. Vico oppose à cette façon de procéder « critique » une méthode basée sur l'invention ou *inventio*, donc sur la recherche et la sélection d'arguments. Selon Vico, l'enseignement de la topique doit précéder celui de la critique. Tout comme les sophistes et les

rhéteurs romains, Vico se préoccupait d'enseigner le sens critique à ses étudiants. Vico l'affirme clairement :

« [...] je serais donc d'avis d'enseigner aux jeunes gens tous les arts et les sciences en formant leur jugement de façon complète, afin que la topique enrichisse leur répertoire de lieux communs et que, tout en même temps, ils se fortifient, grâce au sens commun, dans la prudence et l'éloquence, et s'affermissent, grâce à l'imagination et à la mémoire, dans les arts qui reposent sur ces facultés de l'esprit. Qu'ils apprennent ensuite la critique, et qu'ils jugent alors [...] et avec leur propre jugement, les choses qu'on leur a apprises, et s'exercent à raisonner sur elles en soutenant les deux thèses opposées<sup>47</sup> ».

Vico avait saisi pleinement la dimension praxéologique du droit romain et de la façon dont le droit était enseigné :

« À Rome, par contre, les philosophes étaient les jurisconsultes eux-mêmes, dans la mesure où ils plaçaient entièrement la sagesse dans la connaissance des lois telle qu'elle leur était acquise par l'expérience, [...], »<sup>48</sup>.

L'ouvrage de Vico intitulé *De la méthode des études de notre temps* représente une contre-critique de la pensée critique cartésienne ainsi qu'une tentative de réconciliation entre la rhétorique et la pensée critique. Une réconciliation qui était possible à travers une redécouverte de la rhétorique ainsi que de la topique cicéronienne.

### 3.3 C. Une critique du droit sans rhétorique dans l'œuvre de Rousseau et Kant

Vers la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, Rousseau et Kant fonderont une raison critique du droit qui se passera de l'art de la rhétorique.

Le *Contrat social* de Rousseau représente une véritable critique ou, mieux, un réquisitoire à l'encontre des dogmes de la pensée juridique. Le droit, selon Rousseau, se devait de s'affranchir de la pensée humaniste et du droit naturel classique (Aristote, Cicéron) tout comme des dogmes rationalistes de L'école du droit naturel moderne<sup>49</sup>. La critique permettait,

selon Rousseau, de dévoiler les raisons historiques et politiques qui était sous-jacentes aux dogmes théorisés par les juristes<sup>50</sup>. Le rapport que Rousseau entretenait avec la rhétorique est complexe. Officiellement, l'auteur du *Contrat social* déclarait un certain mépris à l'égard de la rhétorique qui est définie dans l'*Émile* comme étant un « un pur verbiage<sup>51</sup> ». Cela dit, la structure du *Contrat social* est influencée par la rhétorique. En effet Goyard-Fabre définit le *Contrat social* comme étant « [...] un exercice rhétorique parfait<sup>52</sup> » et précise que la manière dont Rousseau dispose ses arguments « correspond à un art rhétorique raffiné qui est moins destiné à démontrer qu'à argumenter pro et contre [...] »<sup>53</sup>.

La critique de Rousseau a notamment exercé une forte influence sur la philosophie critique du droit de Kant. Tout comme Rousseau, Kant est critique à l'égard de l'usage dogmatique de la raison telle que pratiquée par l'école du droit naturel moderne. Chez Kant la théorie de la critique devient une théorie du jugement, à savoir un « tribunal de la raison ». Ce tribunal tout de même se passera de l'art de la rhétorique que Kant assimile à celui de l'oratoire. Kant critiqua la rhétorique et l'oratoire dans sa *Critique de la faculté de juger* dans laquelle Kant classe l'oratoire parmi les « arts parlants » et donc « [...] l'art de mener à bien une opération de l'entendement comme s'il s'agissait d'un libre jeu de l'imagination (51) »<sup>54</sup>. L'oratoire et la rhétorique sont cantonnés à leur pure dimension esthétique. En dehors de cette dimension, la rhétorique devient, selon Kant, une « supercherie »<sup>55</sup> ou même « [...] l'art d'abuser par la beauté de l'apparence (53) » à savoir « [...] une dialectique n'empruntant à la poésie que ce qui est nécessaire pour gagner les esprits avant même qu'il y ait exercice du jugement (53) [...] »<sup>56</sup>. Ainsi la rhétorique inhibe le sens critique. La rhétorique est donc à l'antithèse

de la critique. La rhétorique n'a même pas sa place dans les tribunaux. Sur ce point Kant affirme clairement :

« [...] on ne peut la conseiller ni pour les tribunaux, ni pour les chaires (53) »<sup>57</sup>.

Kant affirme par la suite :

« Je dois avouer qu'un beau poème m'a toujours procuré une pure satisfaction, tandis que la lecture des meilleurs discours d'un orateur romain [...] s'est toujours mêlée pour moi du désagréable sentiment de désapprobation [...] »<sup>58</sup>.

Et conclut :

« Au reste un tel art, aussi bien à Athènes qu'à Rome, ne s'est élevé à ses sommets qu'à un moment où l'État courait à sa perte et où une vraie mentalité patriotique s'était éteinte »<sup>59</sup>.

Cicéron incarne aux yeux de Kant la figure du *vir dicendi peritus* romain à savoir celle d'un « [...] orateur sans art, mais fertile en capacité d'impressionner [...] sans rester lui-même toujours fidèle à cet idéal »<sup>60</sup>.

Cette indifférence, voire même hostilité, que Kant avait à l'égard de la rhétorique sera critiquée par Grave et Jenisch. Ce dernier était un ancien élève de Kant qui était influencé par l'œuvre du révérend Campbell. Jenisch avait critiqué son ancien maître pour ne pas avoir pris en considération l'importance philosophique et pédagogique de la communication<sup>61</sup>.

Contrairement à Kant, Hegel avait eu une attitude plus nuancée à l'égard de la rhétorique. En effet, malgré le fait que la dialectique hégélienne demeurait une méthode qui n'accordait aucune place aux antilogies rhétoriques<sup>62</sup> – étant celles-ci fondées uniquement sur la méthode classique des distinctions et des différentiations<sup>63</sup> – Hegel avait reconnu cependant dans son *Histoire de la philosophie* une certaine importance au rôle que la pédagogie des sophistes fondée sur la méthode de l'antilogie avait eu dans l'évolution de la pensée philosophique<sup>64</sup>.

#### 4 Le retour de la rhétorique

A partir des années 1920, les historiens du droit tels que Vitton<sup>65</sup>, J. Stroux<sup>66</sup> et Lanfranchi<sup>67</sup> ont contribué – à travers l'étude des œuvres des rhéteurs romains – à la redécouverte de l'importance qu'avait revêtue la rhétorique au sein du droit romain.

Il faudra tout de même attendre la fin de la Seconde Guerre mondiale et la crise du positivisme juridique pour que la philosophie du droit se penche à nouveau sur la rhétorique et sur la topique. Ceci fut le cas d'abord de la nouvelle topique inaugurée par Théodor Viehweg durant les années 1950 et ensuite celui du courant de la nouvelle rhétorique de Chaïm Perelman.

Viehweg appartenait au courant juridique allemand de la *Wertungsjurisprudenz*. Un courant auquel appartenait, entre autres, des juristes allemands tels qu'Esser, Kriele, Larenz, Wieacker. Viehweg mena une critique au positivisme méthodologique qui dominait dans les facultés de droit allemandes jusqu'au début des années 1950 en s'inspirant de la pensée de Vico<sup>68</sup>. Dans sa thèse de doctorat intitulé *Topik Jurisprudenz* parue en 1953, Viehweg soutient l'idée selon laquelle la logique juridique demeurait une « pensée problématique » ou bien une « *techné des Problemdenkens*<sup>69</sup> », donc un art qui : « prend son point d'appui méthodologique dans le « problème »<sup>70</sup> ». Ainsi Viehweg s'opposait clairement à l'idée kelsenienne selon laquelle le droit pouvait résoudre tous les problèmes juridiques par le biais de la déduction logique. Viehweg, au contraire, soutenait que la logique juridique se distinguait de la logique axiomatique. Cet aspect singulier de la logique juridique s'expliquait par la tâche que le droit devait accomplir, à savoir résoudre des problèmes concrets. Tandis qu'à l'opposé la philosophie posait des problèmes sans pourtant

proposer des solutions. Cette vision de la philosophie était influencée par la pensée d’Hartmann<sup>71</sup>.

La description que Viehweg donne du raisonnement juridique est clairement inspirée des *Topiques* de Cicéron et de l’ouvrage de Vico intitulé *De la méthode des études de notre temps*. C’est ainsi que selon Viehwegh reprend la division cicéronienne entre la phase topique (*l’ars inveniendi*) et la phase du jugement-critique ou *ars iudicandi*. Ceci étant, Viehweg, contrairement aux deux auteurs cités ci-dessus, ne cherchera pas à réconcilier ces deux phases. La *problemdenken* ou pensée problématique s’intéresse uniquement à la phase de la topique et délaisse la phase de la critique. Selon Viehwegh les antilogies présentes dans les différents arguments ou topiques peuvent à eux-seuls « [...] mener à la vérité »<sup>72</sup>. Ainsi la simple antilogie constitue en soi une critique autosuffisante et non pas une sélection préalable des arguments comme le souhaitait Cicéron.

Cette dichotomie entre la pensée problématique et la pensée critique avait à juste titre suscité les critiques de la part d’Apel et de Kriele. Ces deux auteurs ont soutenu que Viehweg en opposant la topique et la rhétorique à la pensée critique ait pris de Vico uniquement « [...] ce qui lui convenait »<sup>73</sup>, étant donné que le but de Vico était de réconcilier la topique avec la pensée critique par le biais de la rhétorique.

En ce sens, l’œuvre de Perelman a eu le mérite d’avoir réconcilié la rhétorique et la topique avec la dialectique. C’est ainsi que Perelman a développé une rhétorique critique. Dans son œuvre intitulée *La logique juridique* ce dernier définit ainsi cette nouvelle rhétorique :

« La nouvelle rhétorique [...] ne se bornera pas, comme la rhétorique classique, à l'examen des techniques du discours public, [...] mais s'intéressera également au dialogue socratique, à la dialectique, telle qu'elle a été conçue par Platon et Aristote, à l'art de défendre une thèse et d'attaquer celle de l'adversaire, dans une controverse »<sup>74</sup>.

Perelman a mené une critique du positivisme juridique en relançant l'intérêt envers la rhétorique. Tout comme Viehweg, Perelman récusait l'idée de l'existence d'une unique logique de type axiomatique déductive, qui soit applicable à toutes les sciences, y compris le droit. Dans son *Traité de l'argumentation*, Perelman rédige une topique d'arguments qui pouvaient être utilisés par des dialecticiens. Perelman puise ses recherches dans d'innombrables ouvrages de l'antiquité. Ces *tópoi* étaient des arguments ayant une portée persuasive et rationnelle. Ainsi Perelman affirme :

« Nous nous proposons d'appeler persuasive une argumentation qui ne prétend valoir que pour un auditoire particulier et d'appeler convaincante celle qui est censée obtenir l'adhésion de tout être de raison »<sup>75</sup>.

Dans l'œuvre de Perelman, la redécouverte de la rhétorique a engendré la mise en valeur de la raison discursive et du caractère pratique de la logique juridique. Dès 1967 Perelman fonde le « Centre de philosophie du droit »<sup>76</sup> au sein duquel des juristes praticiens collaborent côté à côté avec des théoriciens. Dans son ouvrage intitulé *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Perelman analyse le raisonnement juridique à partir d'une étude menée sur les arguments employés par les juges dans leurs jugements. Ainsi Perelman introduisait les méthodes des praticiens du droit dans la recherche universitaire.

C'est ainsi que Perelman réussit à réunir les éléments qui caractérisent la logique juridique. Cela dit, Perelman quant au rôle du juge ne confond jamais la tradition juridique continentale avec la *Common Law*. Perelman ne songe pas à un Juge Hercules tel que théorisé par Dworkin. Dans *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Perelman affirme clairement

que « [...] le rôle spécifique des juges est de dire le droit et non de le créer, quoique souvent l'obligation de juger, imposée au juge, l'amène à compléter la loi, à la réinterpréter et à l'assouplir »<sup>77</sup>.

Cette prise de conscience du caractère pratique du droit s'explique aussi par une connaissance approfondie que Perelman avait de l'histoire du droit et de la pensée juridique qui fit prendre conscience à Perelman de l'importance qu'avait revêtue la notion de controverse dans l'histoire du droit. Une opinion que Perelman partage avec Villey, Giuliani et Viehweg. Toujours dans *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Perelman soutient que la controverse est une présence fixe dans l'histoire du droit et affirme ainsi ce qui suit :

« Nous constatons, en tout cas, aussi bien chez les juristes romains que chez les talmudistes ou les glossateurs de l'école de Bologne, que le droit s'élabore à travers les controverses et les oppositions dialectiques, les argumentations en sens divers. Il était bien rare que le raisonnement juridique puisse aboutir, comme dans les démonstrations mathématiques, à une conclusion contraignante<sup>78</sup> [...]. La controverse avait pour effet, en premier lieu, d'exclure certains arguments, en montrant qu'ils n'étaient pas pertinents et en second lieu d'éliminer certaines solutions préconisées parce que déraisonnables, sans pourtant imposer nécessairement un genre d'arguments et une seule solution contraignante »<sup>79</sup>.

Dans le système logique de Perelman les lieux communs (*tópoi*) jouent, dans l'argumentation, un rôle analogue à celui des axiomes dans un système formel »<sup>80</sup>. Perelman définit le lieu commun comme étant :

« [...] un point de vue, une valeur, dont il faut tenir compte dans toute discussion et dont l'élaboration appropriée aboutira à une règle, une maxime, que l'orateur utilisera dans son effort de persuasion »<sup>81</sup>.

Cependant, il existe entre une différence entre l'axiome et le lieu commun consistant en le fait que l'adhésion accordée aux lieux communs : « [...] n'est pas fondée sur leur évidence, mais au contraire sur leur ambiguïté, sur la possibilité de les interpréter et de les appliquer de façons diverses »<sup>82</sup>.

La philosophie du droit doit ainsi tenir compte de la dimension pratique du droit et par conséquent :

« La supériorité de la pensée juridique sur la pensée philosophique, c'est que, contrairement à celle-ci, qui peut se contenter de formules générales et abstraites, le droit est obligé d'envisager la solution des difficultés qui apparaissent quand il s'agit d'appliquer ces formules générales à la solution de problèmes particuliers »<sup>83</sup>.

La rhétorique est aussi une pédagogie critique. Perelman a conçu un nouveau type d'enseignement du droit. Un enseignement fondé sur une simulation de controverse qui se déroule entre l'enseignant et les étudiants<sup>84</sup>. Comme l'explique Frison-Roche au sujet de la méthode d'enseignement perelmanienne :

« [...] l'argumentation doit devenir la méthode d'enseignement même parce qu'elle agit sur les étudiants et non pas contre les étudiants. Le professeur, qui admet la controverse et reconnaît que les étudiants peuvent avoir raison de leur point de vue, ne s'affaiblit pas »<sup>85</sup>.

En conclusion, Perelman a mené une critique de la logique juridique par le biais d'une redécouverte de la raison argumentative. Une telle démarche a eu le mérite de démontrer que la critique du droit peut se faire aussi par le biais de raisonnements et méthodes propres au monde des praticiens du droit, telles que la rhétorique et la topique. La rhétorique est un point de jonction entre la théorie et la pratique du droit, qui permet au droit de se critiquer par ses propres moyens. Cela n'exclue pas à priori l'approche interdisciplinaire, au contraire la méthode de Perelman a contribué à une redécouverte de la dimension philosophique historique et sociologique du droit. Comme nous l'avons vu, c'est la rhétorique à avoir ouvert le droit à l'interdisciplinarité et cela dès l'antiquité. Cela dit, le rapport avec les autres disciplines est un rapport entre pairs.

La nouvelle rhétorique s'inscrit pleinement dans le phénomène de la redécouverte de la raison discursive qui a vu le jour à partir des années 1960

au sein de la pensée philosophique<sup>86</sup>. En ce sens la nouvelle rhétorique présente plusieurs points en commun avec la critique du droit d'Habermas, à savoir avec la théorie de l'agir communicationnel ainsi que l'éthique de la discussion. A première vue, cela n'est pas évident. En effet Habermas avait réduit la rhétorique à un rôle instrumental de l'utile à résoudre « des problèmes précis »<sup>87</sup>. Mais, tout de même, une analyse approfondie de Habermas et Perelman nous induit à penser qu'entre les deux théories il peut s'établir un rapport de complémentarité. Les vérités auxquelles font référence les deux philosophes ne sont pas des vérités absolues, mais des vérités partagées basées sur un consensus. En ce sens, comme remarque Rigotti, la notion de dialogue universel d'Habermas est superposable à celle d'auditoire universel de Perelman<sup>88</sup>. Et comme l'a si bien dit Haarscher, les conditions de la discussion auxquelles Habermas a réfléchi dans son éthique de la communication correspondent « à la fondation philosophique que Perelman n'a pas eu le temps de *donner* [...] »<sup>89</sup>. Chez ces deux auteurs, l'élément du débat joue un rôle central. Habermas affirme clairement dans son article intitulé *Théorie relatives à vérité*, que cette vérité fondée sur un accord peut être obtenue uniquement par le biais de la force de « l'argument meilleur »<sup>90</sup>. Les philosophes de l'école de Francfort tels que Habermas et Apel ont la conviction que le droit tout comme la politique sont des pratiques (*praxis*) discursives et argumentatives<sup>91</sup>. Une raison discursive qui assume au sein de la pensée d'Habermas le statut de méthodologie critique du droit. Cet aspect a été mis en évidence par Melkevik. Ce dernier souligne que le modèle communicationnel d'Habermas pourrait « [...] constituer une théorie du jugement [...] »<sup>92</sup> cela par le biais d'un « [...] tribunal communicationnel »<sup>93</sup> qui valide des énoncés qui font l'objet de discussions théoriques et pratiques<sup>94</sup> ». Melkevik remarque encore que cette discussion

sert aussi à « [...] évaluer et à critiquer contrefactuellement les pratiques quotidiennes »<sup>95</sup>. C'est un modèle qui laisse, toujours selon Melkevik, « [...] une place aussi bien à la tradition qu'à la raison dans son rôle de critique des traditions »<sup>96</sup>. La théorie de l'agir communicationnel est une théorie critique qui considère le droit comme un « objet de lutte ou de controverse (polémique) avant de devenir sujet irénique »<sup>97</sup>. Ainsi, tout comme Perelman, Habermas a réconcilié la pensée problématique avec la pensée critique.

Selon Habermas, la critique et la raison discursive reposant sur une éthique de la discussion demeurent deux éléments qui peuvent exister uniquement au sein d'une démocratie participative ainsi que d'un État de droit. La raison discursive tout comme la rhétorique puise ses racines au sein de la démocratie athénienne ainsi que dans le droit romain. En ce sens, ces éléments demeurent les symptômes du niveau de santé démocratique d'un système politique. Bobbio avait saisi cet aspect dès la première édition du *Traité de l'argumentation* paru en Italie en 1966. Bobbio, qui en avait rédigé la préface, souligne que les techniques argumentatives décrites dans l'ouvrage de Perelman et Olbrechts-Tyteca peuvent avoir lieu uniquement dans un système politique et juridique qui admet la discussion libre. Bobbio accorde un caractère rationnel à la raison argumentative. Celle-ci à son dire ne peut exister qu'au sein d'une société d'individus libres de mener des choix rationnels<sup>98</sup>. Ce sont des individus qui ont conservé la faculté de jugement et donc leur faculté critique. Bobbio conclut que la raison argumentative est le meilleur antidote contre les fanatismes de tous genres<sup>99</sup>. En ce sens, la position de Bobbio se rapproche de l'opinion que Gramsci avait exprimée à l'égard de la rhétorique. Gramsci, avant même Perelman, avait préconisé un rapport de complémentarité entre la dialectique et la rhétorique<sup>100</sup>. En ce

sens Gramsci se rapproche de la thèse que Perelman a développé à partir les années 1960.

## 5 Conclusion

Pour conclure, la rhétorique représente un instrument utile à la critique du droit. Comme nous avons pu le voir, cet art est à l'origine de la logique juridique ainsi que de la critique du droit. Perelman nous enseigne que la dichotomie entre la rhétorique et la pensée critique n'as pas et n'a plus raison d'être. La rhétorique est par définition une pensée critique. Une critique qui est avant tout une autocritique et cela à travers le raisonnement du *pro* et *contra* qui s'avère être un moyen de sélection d'arguments. La rhétorique aide le droit à développer une critique du droit interne au monde du droit. Une critique du droit qui ne remet pas en cause les méthodes de raisonnement utilisées par les praticiens du droit et qui ne renonce pas à voir dans le modèle du procès accusatoire une source d'inspiration.

En effet, comme nous l'avons vu plus haut, la rhétorique avec son éthique du discours et sa raison argumentative ne peut se développer pleinement qu'au sein d'un État de droit et dans une démocratie participative. Les juristes doivent tenir compte de l'ancienneté et de la richesse de leur histoire. C'est en se connaissant soi-même que le droit peut affronter le défi de la modernité.

---

\* Amar Laidani, doctorant en « Histoire du droit » auprès de l'Université de Montpellier en cotutelle avec l'Université Laval; e-mail : [amar.laidani.1@ulaval.ca](mailto:amar.laidani.1@ulaval.ca)

<sup>1</sup> Maurizio MANZIN, “In principio era il contraddittorio”, *La giustizia penale*, 51, 2010, pp. 397-406.

<sup>2</sup> MICHEL VILLEY, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, Paris, Dalloz, p. 209.

<sup>3</sup> Eugenio RIPEPE, «Civiltà giuridica europea e retorica giudiziaria: un’anteprima a teatro», dans (dir.) Maurizio

MANZIN, Federico PUPPO, *Audiatur et altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*, Milano: Giuffré, 2008,  
pp. 63-95.

<sup>4</sup> Carlo ROVELLI, *ANAXIMANDRE de Milet ou la naissance de la pensée scientifique*, traduit de l’italien par Matteo SMERLAK, Paris, Dunod, 2009, 2015 pour la nouvelle présentation, p. 74.

<sup>5</sup> Werner JAEGER, *Paideia, la formation de l’homme grec* Vol. I, *La Grèce archaïque, Le génie d’Athènes*, traduit de l’allemand par André et Simone DEVYER, Paris, Gallimard 1964, p. 198.

<sup>6</sup> Pierre GUERIN, *L’idée de justice dans la conception de l’univers chez les premiers philosophes grecs*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1934.

<sup>7</sup> Jean BRUN, *Héraclite : La philosophie de l’Éternel Retour*, Paris, Éditions Seghers, 1965, p. 126.

<sup>8</sup> Laurent PERNOT, *La Rhétorique dans l’Antiquité*, Paris, Librairie Générale Française, 2000, p. 25.

<sup>9</sup> Jacqueline DE ROMILLY, *Les Grands Sophistes dans l’Athènes de Périclès*, Paris, Éditions de Fallois, 1988, p. 65.

<sup>10</sup> *Id.*, p. 146.

<sup>11</sup> *Id.*

<sup>12</sup> Luc BRESSON, « Les Sophistes », dans Monique CANTO-SPERBER (dir.), *Philosophie grecque*, Presses Universitaires de France, Paris 1997, pp. 112-116.

<sup>13</sup> Franco TODESCAN, *Metodo diritto politica. Lezioni di storia del pensiero giuridico*, Bologna, Mondazzi Editore, 2012, p. 22.

<sup>14</sup> L. PERNOT, préc., note 8, p. 76.

<sup>15</sup> ARISTOTE, *Rhétorique*, présentation de MICHEL MEYER et commentaire de Benoit TIMMERMANS, traduit du grec par Patricia VANHEMELRYCK, Paris, Librairie Général Française, collection Les classiques de la Philosophie, 1991.

<sup>16</sup> Antonino FALLONE, *Il processo aperto: Il principio di falsificazione oltre ogni ragionevole dubbio nel processo pe-nale*, préface de Giuseppe BENTIVEGNA et Delfino SIRACUSANO, Milano, Giuffré, Collection Osservatorio Permanente Sulla Criminalità, Organizzata, 2012.

<sup>17</sup> Aldo SCHIAVONE, *Ius. L’invention du droit en Occident*, traduit de l’italien par Geneviève et Jean BOUFFARTIGUE, Paris, Éditions Belin, collection l’antiquité au présent, 2008. Titre original, *Ius. L’invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005.

<sup>18</sup> *Id.*, p. 171.

<sup>19</sup> *Id.*, p. 209.

<sup>20</sup> *Id.*, p. 196.

<sup>21</sup> Alain MICHEL, *Les rapports de la rhétorique et de la philosophie dans l’œuvre de CICERON. Recherches sur les fondements philosophiques de l’art de persuader*,

Éditions Peeters, Paris-Louvain, Bibliothèque d'Études *Classiques*, 2<sup>e</sup>me édition, 2003, p. 463, (réimpression de la thèse de doctorat paru en 1960 pour les Éditions de la Sorbonne).

<sup>22</sup> Guido FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto-Vol.-I Antichità e medioevo*, Roma, Editori Laterza, 2001, p. 103.

<sup>23</sup> A. MICHEL, préc., note 21, p. 461.

<sup>24</sup> CICERON, « Des lois » dans CICERON, *De la République ; Des lois*, traduit du latin par Charles APPUHN, Paris, Flammarion, 1965.

<sup>25</sup> A. MICHEL, préc., note 21, p. 463.

<sup>26</sup> CICERON, « L'orateur », traduit du latin par MICHEL Alphonse AGNANT, dans *CICERON œuvres complètes*, tome 32, Paris, Panckoucke Éditeurs, 1839.

<sup>27</sup> CICERON, « Les Topique », traduit du latin par MICHEL Damas HINARD, dans *Œuvres complètes de CICERON* (dir.) MICHEL NISARD, Tome I, Paris, Chez Firmin Didot frères, fils, Libraires, 1869.

<sup>28</sup> M. VILLEY, préc., note 1, p. 200.

<sup>29</sup> *Id.*, p. 210.

<sup>30</sup> Giovanni NEGRI, « Cicerone come fonte di cognizione del diritto privato. L'esempio della causa curiana appunti per una ricerca Cicerone come fonte di cognizione del diritto privato. », dans *Atti del XIII Colloquio Tullianum, Ciceroniana, Rivista del Centro Studi Ciceronianici*, Nuova Serie Band, V. XIII. Milano, 2009, p. 182.

<sup>31</sup> TERTULLIEN, *Apologétique*, traduit du latin par Jean-Pierre WALTZING et Albert SEVERYNS, Deuxième édition, Paris, Société d'Édition « Les Belle Lettres », 1961.

<sup>32</sup> LACTANCE, *Institutions Divines* Livres V, Tome I, traduit du latin par Jean MONAT, Paris, Les Éditions du Cerf, 1973.

<sup>33</sup> Henri-Irénée MARROU, *Saint-AUGUSTIN et la fin de la Culture Antique*, Paris, Éditions De Boccard, 1958, p. 519.

<sup>34</sup> Maurizio MANZIN, « La questione retorica alle origini dell'umanesimo giuridico », dans Francesco CAVALLA (dir.), *Retorica processo e verità*, Padova, CEDAM, 2005, p. 129.

<sup>35</sup> Maurizio MANZIN, *Il petrarchismo giuridico. Filosofia del diritto. Filosofia e logica del diritto agli inizi dell'umane-simo*, Padova, CEDAM, 1994, p. 994.

<sup>36</sup> Renée DESCARTES, *Discours de la méthode*, Paris, Édition Gilson VRIN, 1976, p. 7.

<sup>37</sup> Simone GOYARD-FABRE, *Critique de la raison juridique*, Paris, Collection Thémis Philosophie, Presses Universitaire de France, 2003, p. 19.

<sup>38</sup> F. TODESCAN, préc., note 13, p. 102.

<sup>39</sup> Simone GOYARD-FABRE, *Critique de la raison juridique*, Collection Thémis Philosophie, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, p. 18.

<sup>40</sup> *Id.*, p. 19.

<sup>41</sup> Louis COUTURAT, *La logique de LEIBNIZ, d'après des documents inédits*, Hildesheim, George Olms Verlag AG, p. 98, ouvrage cité dans la note 3.

<sup>42</sup> Giambattista VICO, *La méthode des études de notre temps. (De notri temporis studiorum 1708)*, préfacé et traduit de l'italien par Alain PONS, en ligne [http://www.mcxapc.org/docs/conseilscient/0511vico\\_pons.pdf](http://www.mcxapc.org/docs/conseilscient/0511vico_pons.pdf) (site consulté le 16 août 2017), p. 07.

<sup>43</sup> Lettre du P. Josphé GERMAIN touchant la mission canadienne en l'année 1711, citée dans l'ouvrage de Yvan LAMONDE, *La philosophie et son enseignement au Québec (1665-1920)*, Québec, Cahier du Québec, 1980, p. 26, note 1.

<sup>44</sup> Marc-André BERNIER, *Portrait de l'éloquence au Québec (1760-1840)* Sainte Foy, Québec, La Presse de L'Université Laval, 2002, p. 415.

<sup>45</sup> Christine DE GEMEAUX, « Crise épistémologique du discours de KANT au romantisme allemand. La rhétorique, méditation entre logique et esthétique ? », dans Charlotte MOREL (dir.), *Esthétique et logique*, Villeneuve d'Ascq, Presses Universitaires, 2012, p. 234.

<sup>46</sup> Isabelle BOUR, « Au-delà de la rhétorique. *The Philosophy of Rhetoric* de George CAMPBELL », dans Pierre MORERE (dir.), *Écosse des Lumières. Le XVIII siècle autrement*, Grenoble, Ellug, 1997, p. 58.

<sup>47</sup> G. VICO, préc., note 42, p. 48.

<sup>48</sup> *Id.*, pp. 70-71.

<sup>49</sup> S. GOYARD-FABRE, préc., note 36, p. 57.

<sup>50</sup> *Id.*, p. 62.

<sup>51</sup> Jean Jacques ROUSSEAU, *Oeuvres complètes*, Tome deuxième, Paris, Chez Furne, Libraire-Éditeur, p. 556.

<sup>52</sup> Simone GOYARD-FABRE, *Politique et philosophie dans l'œuvre de Jean-Jacques ROUSSEAU*, Paris, PUF, 2001, p. 03.

<sup>53</sup> *Id.*

<sup>54</sup> Emmanuel KANT, *Critique de la faculté de juger*, traduit de l'allemand par Alain Renault, Paris, Flammarion, 1995, p. 308.

<sup>55</sup> *Id.* p. 315, note 1.

<sup>56</sup> *Id.*

<sup>57</sup> *Id.*, p. 314.

<sup>58</sup> *Id.*, p. 315.

<sup>59</sup> *Id.*

<sup>60</sup> *Id.*

<sup>61</sup> Christine DE GEMEAUX, « L'élève et le maître. D. JENISCH et E. KANT face à la crise de la tradition rhétorique », dans M-Grimberg, M-T Mourey, E. ROTHMUND. W. SABLER, A.-M. SAINT-GILLE et M. SILHOUETTE (dir.), *Recherches sur le monde germanique: regards, approches, objets*, Paris, Presse de l'Université de la Sorbonne, 2003.

<sup>62</sup> Errol. E. HARRIS, *Lire la logique de HEGEL. Raison dialectique*, Lausanne, L'Age d'homme, 1987, p. 59

<sup>63</sup> *Id.*

<sup>64</sup> Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Leçons sur l'histoire de la philosophie*, traduction de l'allemand par Pierre GARNIRON, Paris, Vrin, 1985, p. 244

<sup>65</sup> Paolo VITTON, *I concetti giuridici nelle opere di Tertulliano*, Roma, Tipografia della R. Accad. Nazionale dei Lincei, 1924.

<sup>66</sup> Johannes STROUX, «Summum ius iniuria. Ein Kapitel aus der Geschichte der Interpretatio iuris», in *Festschrift Speiser Sarasin*, Leipzig, 1926.

<sup>67</sup> Fabio LANFRANCHI, *Il diritto nei retori romani*, Milano, Giuffré, 1938, p. 08.

<sup>68</sup> Lutz GELDSETZER, « Il metodo degli studi di VICO e la giurisprudenza tedesca », dans *Bollettino del Centro di Studi vichiani XXII-XXIII* (1992-1993), p. 369.

<sup>69</sup> Peter DEGAT, *Littératures contemporaines sur la “topique juridique”*, préface de MICHEL VILLEY, Paris, Presses Universitaires de France, Paris, 1981, p. 1.

<sup>70</sup> *Id.*

<sup>71</sup> *Id.*, p. 370.

<sup>72</sup> Theodor WIEHWEG, *Topik und jurisprudenz*, München, C H. Becksche Verlagsbueggandlung, 1953, p. 24.

<sup>73</sup> P. DEGAT, préc., note 69, p. 29.

<sup>74</sup> Chaïm PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, Deuxième édition, 1979, p. 108.

<sup>75</sup> Chaïm PERELMAN, Lucie OLBRUCHTS-TYTECA, *La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation*, Paris, Presses Universitaires de France, 1958, p. 36.

<sup>76</sup> Benoit FRYDMAN, « PERELMAN et les juristes de l'École de Bruxelles », dans Benoit FRYDMAN, MICHEL MEYER (dir.), *Chaïm PERELMAN. De la nouvelle rhétorique à la logique juridique* (1912-2012), Paris, Collection L'interrogation philosophique, Presses Universitaire de France, 2012, p. 233.

<sup>77</sup> C. PERELMAN, préc., note 71, p. 154.

<sup>78</sup> *Id.* p. 07.

<sup>79</sup> *Id.*

<sup>80</sup> *Id.*

<sup>81</sup> *Id.*, p. 118.

<sup>82</sup> *Id.*

<sup>83</sup> *Id.*, p. 121.

<sup>84</sup> Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Le modèle perelmanien au regard des méthodes d'enseignement du droit », dans Benoit FRYDMAN, MICHEL MEYER (dir.), *Chaïm PERELMAN. De la nouvelle rhétorique à la logique juridique* (1912-2012), Paris, Collection L'interrogation philosophique, Presses Universitaires de France, 2012, p. 227.

<sup>85</sup> *Id.*

<sup>86</sup> Richard M. RORTY, *The linguistic Turn*, Chicago, University of Chicago Press, 1967, p. 28.

<sup>87</sup> Jürgen HABERMAS, *Le discours philosophique de la modernité*. Paris, Gallimard, 1988, p. 177.

<sup>88</sup> Francesca RIGOTTI, *La verità retorica: etica, conoscenza e perusasione*, Milano, Feltrinelli, 1995, p. 2.

<sup>89</sup> Guy HAARSCHER, « Apres PERELMAN, dans Justice et argumentation », dans Guy HAARSCHER, Léon INGBER (dir.), *Essais à la mémoire de Chaïm PERELMAN*, Bruxelles, Édition de l'Université de Bruxelles, 1986, p. 225.

<sup>90</sup> Jürgen HABERMAS, « Théories relatives à la vérité », in *Logique des sciences sociales et autre essais*, traduit de l'allemand par Rainer ROCHLITZ, Paris, PUF, coll. « Philosophie d'aujourd'hui », 1987, p. 308.

<sup>91</sup> Herman PARRET, « Au-delà de la rhétorique du juridique: justifier par l'éthique, légitimer par l'esthétique », dans *Droit et société, Le discours juridique. Langage, signification et valeurs*, n. 8, 1988, p. 76.

<sup>92</sup> Bjarne MELKEVIK, *Droit et Agir Communicationnel : Penser avec HABERMAS*, Paris, Buenos Books International, 2012, p. 26.

<sup>93</sup> *Id.*

<sup>94</sup> *Id.*

<sup>95</sup> *Id.*, p. 27.

<sup>96</sup> *Id.*

<sup>97</sup> *Id.*, p. 93.

<sup>98</sup> Chaïm Perleman, Lucie Olbrecht Tyteca, *Trattato dell'argomentazione*, préfacé par Norberto BOBBIO, Milano, Einaudi, 1966, p. 17.

<sup>99</sup> *Id.*, p. 18.

<sup>100</sup> Antonio GRAMSCI, *Il materialismo storico* (Q.11), Roma, Editori Riuniti, 1979, p. 71.

**ARTICOLE**

**DESPRE UTILITATEA FOLOSIRII PRINCIPIULUI  
PROPORTIONALITĂȚII ÎN ANALIZA DEPĂȘIRII LIMITELOR  
PUTERII DISCREȚIONARE A ADMINISTRAȚIEI**

**ON THE IMPORTANCE OF USING THE  
PROPORTIONALITY PRINCIPLE IN THE ANALYSIS OF THE  
LIMITS' EXCEEDANCE OF THE ADMINISTRATION'S  
DISCRETIONARY POWER**

---

DOI: 10.24193/SUBBiur.63(2018).3.7  
PublishedOnline:2018-12-17  
PublishedPrint:2018-12-17

---

**Georgeta-Bianca SPÎRCHEZ, Oana ȘARAMET\***

**Abstract:**

The principle of proportionality is a fundamental principle of law. Created and developed especially by means of the German case-law, doctrine and legislation, it was further undertaken by other systems of law, not only from Europe or at national level but also at the level of the international and regional organizations. Within this context, the hereby study implies an advocacy for this principle's usability importance within the area of the administrative decisions, and also for the significant part that it should have within the judicial control of these decisions, being a genuine censorship manner of the discretionary power and, therefore, an assurance of the rule of law. Our research endeavour is grounded, at the national level, by the fact that our specialized literature isn't as ample as the one developed in other European states and also because we consider the need to model a unitary practice of our courts, under the influence exercised by the case-law of the European Court of Human Rights, respectively of the European Union Court of Justice. For this, the methodology of judicial research assumes the reference to issues of

comparative law connected within the matter studied by us but, especially, by providing examples from the practice of the two European jurisdictions, that should be brought together as references of good practices regarding the analysis elements which fall into the proportionality standard.

**Key words:** public interest, proportionality principle, limits of the discretionary power, principle of lawfulness, public administration

**Rezumat:**

Principiul proporționalității este un principiu fundamental în drept. Creat și dezvoltat mai ales prin intermediul jurisprudenței, doctrinei și legislației germane, a fost ulterior preluat de alte sisteme de drept, nu doar din Europa, și nu doar la nivel statal, ci și al organizațiilor internaționale de la nivel mondial și regional. În acest context, prezentul studiu se constituie într-o pledoarie ce subliniază importanța aplicabilității acestui principiu în sfera deciziilor administrative dar și rolul semnificativ pe care ar trebui să îl joace în controlul judecătoresc al acestor decizii, fiind un veritabil mijloc de cenzură al puterii discreționare și, deci, o garanție a statului de drept. Demersul de cercetare întreprins de noi se justifică, în context național, prin aceea că nu există o doctrină internă la fel de bogată precum cea dezvoltată în alte state europene, iar mai apoi, pentru că, apreciem, se impune și în țara noastră „modelarea” unei practici unitare a instanțelor, sub influența exercitată de jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, respectiv a Curții de Justiție a Uniunii Europene. Pentru aceasta, metodologia cercetării juridice presupune referirea la aspectele de drept comparat cu incidentă în problematica supusă analizei noastre, dar mai cu seamă oferirea de exemplificări din practica celor două jurisdicții europene, care să se constituie într-un exemplu de bune practici în privința elementelor de analiză ce se subsumează standardului proporționalității.

**Cuvinte cheie:** interes public, principiul proporționalității, limitele puterii discreționare, principiul legalității, administrația publică

## 1 Aspecte preliminare

Apreciat a fi unul dintre concepțele juridice nedeterminate<sup>1</sup>, interesul public<sup>2</sup> reprezintă „acel interes care implică garantarea și respectarea de către instituțiile și autoritățile publice a drepturilor, libertăților și intereselor legitime ale cetățenilor, recunoscute de Constituție, legislația internă și tratatele internaționale la care România este parte”<sup>3</sup>. Relativitatea determinării acestui concept se explică prin faptul că reprezintă necesitățile

materiale și spirituale ale cetățenilor la un moment dat<sup>4</sup>, permitând, astfel, celui care aplică norma, să manifeste libertate îni nterpretare.

Însă, între acest interes public, despre care se face vorbire și în Legeanr.554/2004 a contenciosului administrativ, cu modificările și completările ulterioare<sup>5</sup>, și al cărui conținut concret poate varia în timp și de la un stat la altul, pe de o parte, și interesul privat<sup>6</sup>, pe de altă parte, pot să apară divergențe, de și ni s-ar părea firesc ca între acestea să existe un echilibru. Acesta din urmă ar fi justificat de modul în care, în concret, este individualizat interesul public<sup>7</sup>, anume prin valorizarea politică, respectiv prin consacrarea juridică a necesităților sociale ale cetățenilor. Interesul public este „determinat de voința politică dominantă”<sup>8</sup>. În consecință, în opinia noastră, ar trebui ca necesitățile sociale<sup>9</sup> care determină conținutul interesului public, să fie dorite, susținute în realizarea lor, de majoritatea cetățenilor care a desemnat și majoritatea celor care guvernează.

Acesta ar trebui să fie, din punctul nostru de vedere, cadrul în care administrația publică își poate manifesta acea „marjă de libertate lăsată la libera apreciere a unei autoritați astfel ca, în vederea atingerii scopului indicat de legiuitor, să poată recurge la orice mijloc de acțiune în limitele competenței sale”<sup>10</sup>, anume puterea discreționară<sup>11</sup>.

Periclitarea, deteriorarea acestui „echilibru rezonabil între interesul public și drepturile subiective sau interesele legitime ce pot fi lezate prin actele administrative”<sup>12</sup>sau chiar distrugerea acestuia ne va duce în prezență excesului de putere<sup>13</sup> atunci când emiterea unui act administrativ se face cu „exercitarea dreptului de apreciere al autoritaților publice prin încălcarea limitelor competenței prevăzute de lege sau prin încălcarea drepturilor și libertăților cetățenilor”<sup>14</sup>.

Este adevărat că în timp ce cele mai detaliate prevederi legale pot permite decidenților din administrație a da verdicte cu privire la aspecte

cruciale politice, această libertate de apreciere trebuie să fie încadrată și justificată prin lege<sup>15</sup>, pe de o parte, iar, pe de altă parte, actele administrative, indiferent de forma lor, trebuie să fie expresia autorității, însă a unei autorități care este limitată în acțiunile ei de obligația acesteia de a avea în vedere interesul public în limitele legalității<sup>16</sup>.

Pentru a identifica, într-un conținut concret și real, interesul public<sup>17</sup>, pentru a-și dimensiona puterea discreționară cât mai adecvat și cu respectarea limitelor de legalitate, decidenții din administrația publică vor trebui să constate cu acuratețe circumstanțele pe care legiuitorul le-a avut în vedere atunci când, prin norma juridică abstract construită, a definit acest interes<sup>18</sup>.

Înțelegând astfel scopul normei sunt sănse ca administrației să-i fie mai ușor să identifice interesul public<sup>19</sup> sau acele interese publice care îi vor determina acțiunea, ceea ce ar părea mai mult a fi ficțiune legală<sup>20</sup>, încurajată la nivelul Uniunii Europene care recomandă înțelegerea puterii discreționare ca fiind acea obligație de acționare a administrației determinată de atingerea unor scopuri predeterminate<sup>21</sup>.

Este cert că administrația publică, în toate demersurile sale, cât privește acțiunile, dar și inacțiunile sale, „trebuie să respecte stare de legalitate, dar în același timp ea are nevoie și de o anumită libertate de acțiune”<sup>22</sup> pentru că „unele măsuri nu pot fi apreciate pe cale generală, ci doar în contact direct cu realitatea administrativă”<sup>23</sup>.

Așadar, administrației i se recunoaște, uneori, o anumită „libertate de mișcare”<sup>24</sup>, o anumită marjă de apreciere, dar „în interiorul limitelor stabilite de lege”<sup>25</sup>. Aceeași libertate de apreciere<sup>26</sup> este recunoscută, circumstanțial, și instanțelor de contencios administrativ atunci când realizează un control de proporționalitate (sau un control maxim de oportunitate)<sup>27</sup> între măsura concretă dispusă de administrație și scopul urmărit de lege.

Se apreciază, astfel, că „un mijloc de contrapondere al puterii discreționare, tot mai des folosit, atât în legislațiile statelor occidentale, cât și în sfera dreptului internațional, îl constituie principiul proporționalității”<sup>28</sup>.

## **2 Principiul proporționalității și limitele puterii discreționare**

Apreciat<sup>29</sup>a fi un principiu relevant în domeniul protecției drepturilor fundamentale ale omului și specific acestei protecții, proporționalitatea a împrumutat fondul său tradițional dreptului administrativ, iar, ulterior, dreptului constituțional din Europa continentală. Din aceste ramuri de drept, principiul proporționalității s-a răspândit în dreptul european și în dreptul public internațional, de unde a revenit în dreptul național, dar cu noi elemente, aspecte juridice<sup>30</sup>.

De sorginte germană<sup>31</sup>, principiul proporționalității și-a câștigat locul binemeritat printre principiile fundamentale ale oricărui stat ce se dorește a fi un stat de drept, principiu recunoscut ca atare și la nivelul unor organizații internaționale la nivel mondial sau regional<sup>32</sup>.

Acest principiu al proporționalității este deseori asociat, în doctrina germană și în jurisprudența instanței constituționale germane, cu termenul de *Übermaßverbot*, într-o traducere aproximativă, „interdicția depășirii”, noțiune care este strâns legată de o obligație de protejare. Această obligație de protejare a fost recunoscută, încă din anii 1970, ca fiind o dimensiune obiectivă a drepturilor fundamentale, autoritățile publice trebuind să garanteze, cel puțin, un standard minim de protecție față de aceste drepturi ale cetățenilor<sup>33</sup>. Însă, unii autori<sup>34</sup> remarcă faptul că sunt foarte rare cazurile în care o instanță de judecată va putea să oblige administrația sau chiar pe legiuitor a lua măsuri specifice și concrete pentru a-și îndeplini această

obligație de protejare a drepturilor și libertăților fundamentale, pentru că, de cele mai multe ori, pot fi identificate mai multe posibilități de aducere la îndeplinire a acestei obligații<sup>35</sup>, ceea ce se înscrie în limitele impuse de principiului statului de drept.

Instanțele germane de contencios administrativ recunosc că principiul proporționalității este un instrument indispensabil de control<sup>36</sup> al limitelor de acțiune ale administrației publice, iar aplicarea sa de către aceste instanțe, dar am aprecia noi chiar și de administrație însăși, este o activitate de rutină<sup>37</sup>. În sistemul german, instanțele de judecată au dezvoltat o structură uniformă de control al principiului proporționalității, aplicarea acesteia fiind, de asemenea, una uniformă<sup>38</sup>, prin care se răspunde la următoarele cerințe<sup>39</sup>, care atestă sau nu respectarea principiului menționat:

- scopul legitim<sup>40</sup>-identificarea acestuia în dreptul administrativ este mai mult decât un demers didactic pentru că administrația, în aplicarea legii, trebuie să urmărească scopul pe care legiuitorul a dorit a-l obține prin adoptarea acelei legi<sup>41</sup>, pentru că, astfel precum am mai afirmat, puterea discreționară a administrației publice nu trebuie să depășească limitele legalității;

- adecvarea (potrivirea, compatibilitatea) măsurii<sup>42</sup>—evaluarea acestei cerințe a principiului proporționalității nu ar trebui să răspundă la cât de optimă este măsura respectivă luată de administrație, ci, mai curând, trebuie să identifice dacă există probabilitatea ca scopul măsurii să fie atins sau, cel puțin, că atingerea acestuia este încurajată, favorizată<sup>43</sup>;

- necesitatea măsurii<sup>44</sup>-presupune luarea acelei măsuri legale de către administrație, dintre cele care ar putea genera aceleași efecte, care să împovăreze cât mai puțin administrația<sup>45</sup>. Această cerință a necesității măsurii căreia trebuie să i se răspundă clar și corect de către administrație în

vederea aplicării principiului proporționalității a reprezentat nucleul istoric<sup>46</sup> al acestui principiu, dar a și rămas centrul gravitației sale<sup>47</sup>;

-justa proporție (caracterul adecvat sau proporționalitatea privită *stricto sensu*)<sup>48</sup> – presupune că, privind într-un echilibru general toți factorii relevanți pentru verificarea proporționalității, între atingerile aduse drepturilor și intereselor destinatarilor măsurii luate, pe de o parte, și avantajele, beneficiile aduse acelorași prin aceiași măsură, pe de altă parte, se remarcă o proporționalitate adecvată<sup>49</sup>.

În ce privește doctrina noastră, într-o opinie exprimată într-o lucrare de specialitate <sup>50</sup> controlul judecătoresc în oportunitate este, prin excelență, un control al proporționalității, subliniindu-se faptul că “acest control prezintă o deosebită importanță și utilitate atunci când actul administrativ individual, deși este legal, nu este totuși „adecvat”, „potrivit” în circumstanțele concrete și în raport cu interesele urmărite”.

Pe această linie de gândire, s-a înscris și un alt autor român<sup>51</sup>, care a susținut că principiile proporționalității și al nediscriminării reprezintă „obligatoriu condiții specifice de legalitate, pe considerente de oportunitate, și pe care judecătorul în mod obligatoriu trebuie să le aibă în vedere ca metode de apreciere a exercițiului puterii discreționare a administrației”. Autorul citat arată că oportunitatea trebuie raportată și la dispozițiile art.53 din legea noastră fundamentală<sup>52</sup>, articol ce reglementează restrângerea exercițiului unor drepturi sau libertăți, astfel: „alin. (1) Exercițiul unor drepturi sau al unor libertăți poate fi restrâns numai prin lege și numai dacă se impune, după caz, pentru: apărarea securității naționale, a ordinii, a sănătății ori a moralei publice, a drepturilor și a libertăților cetățenilor; desfășurarea instrucției penale; prevenirea consecințelor unei calamități naturale, ale unui dezastru ori ale unui sinistru deosebit de grav. Alin. (2) Restrângerea poate fi dispusă numai dacă este necesară într-o societate

democratică. Măsura trebuie să fie proporțională ceea ce determină-o, să fie aplicată în mod nediscriminatoriu și fără a aduce atingere existenței dreptului sau a libertății.”

De altfel, ori de câte ori se pune problema restrângerii unui drept sau a unei libertăți fundamentale, principiul proporționalității reprezintă o garanție ce are în vedere „realizarea unui just echilibru între interesele individuale și interesul public sau între diferitele interese private care corespund drepturilor subjective fundamentale, consacrate și garantate constituțional”<sup>53</sup>.

De reținut este faptul că testul proporționalității poate reclama, în unele cazuri, punerea în balanță a interesului public, respectiv a intereselor private potențial afectate prin adoptarea actului ce urmărește realizarea interesului public, iar în alte cazuri poate însemna o analiză costuri-beneficii<sup>54</sup>. Cert este că, în ambele situații, raportarea la principiul proporționalității înseamnă susținerea unei temeinice fundamentări a adoptării actului<sup>55</sup>.

Despre un just echilibru vorbește și profesorul I. Deleanu<sup>56</sup> atunci când se referă la proporționalitate, arătând că justul echilibru trebuie asigurat, în principal, între mijloacele folosite și scopul vizat. Astfel, în opinia autorului amintit, proporționalitatea nu este o chestiune de matematică, de raport cantitativ, ci mai degrabă o problemă de ordin calitativ, „exprimând exigența unei «adecvări» între un *obiectiv* legitim-care rezultă din textul ori sub textul uneia sau mai multor norme juridice, constituie ca norme de referință, ca premisă majorân silogismul sau polisilogismul având ca scop formularea unei judecăți de valoare cu privire la «măsura» sau «limitele» aplicării acelor norme-, *mijloacele* întrebunțate pentru atingerea acelui obiectiv și *rezultatul* sau «efectul» produs prin punerea în operă a acelor mijloace.”<sup>57</sup>

În acord cu cele relevante mai sus se exprimă și un alt doctrinar român<sup>58</sup>, concluzionând că „principiul proporționalității este un criteriu esențial care permite delimitarea puterii discreționare de excesul de putere în activitatea autorităților statului”. În opinia acestui din urmă autor<sup>59</sup>, prin preluarea și adaptarea cerințelor necesar a fi avute în vedere pentru respectarea principiului proporționalității, din doctrina străină, măsurile dispuse de autoritățile statului pot fi calificate ca reprezentând un exces de putere ori de câte ori se poate vorbi de situații precum cele în care:

- măsurile dispuse nu urmăresc un scop legitim;
- deciziile autorităților nu sunt adecvate scopului legitim urmărit, în sensul că depășesc ce este necesar pentru atingerea acestui scop;
- nu există o justificare rațională a măsurilor dispuse;
- prin deciziile lor, autoritățile statului limitează exercițiul unor drepturi și libertăți fundamentale fără a motiva corespunzător raportul adecvat între măsura dispusă și scopul legitim urmărit.

Dincolo de toate considerentele doctrinare românești, relevante mai sus, importanța acestui principiu, și aplicabilitatea sa în domeniul administrației publice, rezidă și din prevederea sa expresă în Codul administrativ român<sup>60</sup>, anume la art.9 unde se dispune: „Formele de activitate ale autorităților administrației publice trebuie să fie corespunzătoare satisfacerii unui interes public, precum și echilibrate din punctul de vedere al efectelor asupra persoanelor. Reglementările sau măsurile autorităților și instituțiilor administrației publice sunt inițiate, adoptate, emise, după caz, numai în urma evaluării nevoilor de interes public sau a problemelor, după caz, a riscurilor și a impactului soluțiilor propuse”.

Totodată, la art.313 din Codul administrativ român, care privește principiul pentru atribuirea contractului de concesiune de bunuri proprietate

publică, se prevede, la lit.c), faptul că „orice măsură stabilită de autoritatea publică trebuie să fie necesară și corespunzătoare naturii contractului”.

De menționat este și art.574 din același Cod, care se referă la principiile răspunderii administrative, dispunând, la alin. (2), în sensul că principiul justei sau proporționalității răspunderii înseamnă „corelarea sancțiunii aplicate cu gradul de pericol social al faptei ilicite săvârșite și cu intinderea pagubei, în cazul producerii unei pagube, cu forma de vinovăție constată, printr-o corectă individualizare.”

De altfel, și într-o opinie din literatura de specialitate străină<sup>61</sup> este recunoscut faptul că, în dreptul administrativ, proporționalitatea a dobândit o semnificație anume legată de faptul că se așteaptă ca autoritățile publice să evalueze potențialul beneficiu public pe care urmăresc să-l satisfacă, în raport cu daunele cauzate/prejudiciu produs, în cazul adoptării unei anume conduite decizionale. În aceste condiții, este indicată adoptarea actului doar dacă prevalează beneficiul public.

Demn de relevat, în acest context de analiză, este faptul că principiul proporționalității este astăzi un mijloc de control al puterii discreționare chiar și atunci când nu sunt în discuție drepturi constituționale<sup>62</sup>.

Astfel, având în vedere că folosirea principiului proporționalității joacă un rol central în controlul judiciar al deciziilor administrative în majoritatea jurisdicțiilor europene, urmărind să limiteze exercitarea puterii discreționare a administrației publice, se poate afirma că acest principiu reprezintă una din garanțiile statului de drept<sup>63</sup>.

Întrucât acest principiu a fost modelat, în mare parte, urmare a influenței exercitatate de jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, respectiv a Curții de Justiție a Uniunii Europene este necesar a evidenția câteva aspecte referitoare la principiul proporționalității dezvoltate în cazuistica celor două jurisdicții internaționale.

Astfel, deși principiul proporționalității<sup>64</sup> este unul din standardele definiției ce concură la protecția drepturilor fundamentale, garantând justul echilibru dintre drepturile individuale și interesul public, în textul<sup>65</sup> Convenției Europene a Drepturilor Omului<sup>66</sup> se regăsesc puține specificații referitoare la testul de proporționalitate, nefiind folosiți termeni precum: „proportional”, „just echilibru”, „disproporțional”. Însă, o asemenea „deficiență” a Convenției nu ne permite<sup>67</sup> să înțelegem că ideea de proporționalitate nu ar fi fost avută în vedere când Convenția a fost redactată, ci, din contră, putem observa că unele articole au fost redactate de asemenea manieră încât ideea de proporționalitate este evidentă.

Un exemplu în sensul celor afirmate mai sus este cazul dispozițiilor care stabilesc principiul ocrotirii unui drept sau unei libertăți, introducând apoi posibilele derogări de la regulă, precum este cazul art.10 din Convenția europeană a drepturilor omului care protejează dreptul la libertatea de exprimare și prevede, în alin.2, restricțiile ce pot fi aplicate atunci când este necesar<sup>68</sup>.

Astfel, doctrina<sup>69</sup>, în baza valorificării jurisprudenței Curții de la Strasbourg, a reținut posibilitatea ca funcționarii publici să se prevaleze de libertatea garantată de art.10 al Convenției, având în vedere că este legitim ca un stat să supună aceste categorii de persoane, datorită statutului lor, unei obligații de rezervă<sup>70</sup>.

Referitor la acest aspect, Curtea a statuat<sup>71</sup> că funcționarii publici au dreptul la libertate de exprimare, subliniind totodată că, apare legitim pentru un stat să supună membrii funcției publice, datorită statutului lor, unei obligații de rezervă, însă aceștia rămân indivizi care, în calitatea lor de membri ai societății, beneficiază de protecția dreptului la libertatea de exprimare, instituită de art. 10.

În analiza pe care a realizat-o în speța citată, Curtea a reținut că „un funcționar public, în timpul serviciului său, ar putea afla informații de ordin intern, inclusiv informații secrete, divulgarea sau publicarea cărora corespunde unui interes public important. Astfel, Curtea consideră că semnalarea de către un funcționar public sau angajat din sectorul public a unui comportament ilegal sau a unei infracțiuni la locul de muncă ar trebui, în anumite circumstanțe, să se bucure de protecție. Acest lucru ar putea fi cerut atunci când angajatul (sau funcționarul public în cauză) este singura persoană sau face parte dintr-o categorie restrânsă de persoane care cunoaște ceea ce se întâmplă la serviciu și este, astfel, cea mai bine poziționată să acționeze în interesul public prin alertarea angajatorului sau a publicului larg”. În optica Curții, în virtutea obligației de rezervă, dezvăluirea unor atari fapte ar trebui făcută, în primul rând, superiorului sau unei autorități competente în a cerceta cele semnalate și trebuie avut în vedere dacă sunt la îndemână și alte mijloace efective pentru remedierea ilegalității.

În planul proporționalității ingerinței în libertatea de exprimare a unui funcționar public, Curtea ia în considerare factori precum:

- interesul public pe care-l implică informația dezvăluită, reiterând faptul că în ceea ce privește restrângerea dezbatelor cu privire la chestiunile de interes public, marja prevăzută de art.10 alin.2 este restrânsă<sup>72</sup>. Astfel, „într-un sistem democratic, acțiunile sau omisiunile guvernului trebuie să fie supuse unei analize profunde nu doar din partea autorităților legislative și judiciare, dar și din partea media și a opiniei publice. Interesul pe care-l poate avea publicul față de o anumită informație poate fi, câteodată, atât de puternic încât să depășească chiar și o obligație impusă, în mod legal, de a păstra confidențialitatea”<sup>73</sup>;

- autenticitatea informației dezvăluite, orice persoană care decide să dezvăluie informații trebuie atent, în măsura în care circumstanțele permit acest lucru, că aceasta este corectă și de încredere<sup>74</sup>;
- evaluarea prejudiciului, dacă acesta există, suferit de către autoritatea publică în urma dezvăluirii din cauză și aprecierea dacă un astfel de prejudiciu prevalează față de interesul publicului ca informația să fie dezvăluită<sup>75</sup>;
- motivul pentru care s-a realizat dezvăluirea, arătându-se că „o acțiune motivată de o acuzație personală sau de un antagonism personal, sau de aşteptarea unui avantaj personal, inclusiv un câștig pecuniar, nu ar justifica un nivel deosebit de înalt de protecție”<sup>76</sup>;
- analiza sancțiunii impuse funcționarului care a făcut dezvăluirea și a consecințelor acesteia<sup>77</sup>.

Realizând aplicarea acestui test de proporționalitate, în cauza amintită, dar și având în vedere „importanța dreptului la libertatea de exprimare a chestiunilor de interes general, a dreptului funcționarilor publici și a altor angajați de a raporta comportamentul ilegal și infracțiunile de la locul lor de muncă, obligațiile și responsabilitățile angajaților față de angajatorii lor și dreptul angajatorilor de a administra personalul lor și analizând alte interese diferite implicate în această cauză, Curtea ajunge la concluzia că ingerința în dreptul reclamantului la libertatea de exprimare, în special în dreptul său de a comunica informații, nu a fost „necesară într-o societate democratică”<sup>78</sup>.

La nivelul Uniunii Europene<sup>79</sup>, Curtea de la Luxemburg a fost în primul rând responsabilă pentru determinarea înțelesului proporționalității. Rezumând optica Curții, reținem că cercetarea proporționalității necesită: identificarea intereselor relevante, prin atribuirea unei valori acestora, ca o

condiție necesară ce trebuie să preceadă orice astfel de operațiune care presupune realizarea unui echilibru; examinarea de către instanța de judecată a caracterului adecvat al măsurii sau era potrivită pentru a obține un astfel de caracter raportat la scopul ce se dorește a fi atins; precum și examinarea, tot de către instanța de judecată dacă a fost necesar a se atinge acel obiectiv sau dacă acesta ar fi putut fi obținut printr-o metodă mai puțin oneroasă<sup>80</sup>.

Prin analizarea jurisprudenței Curții de Justiție a Uniunii Europene, s-a remarcat faptul că acele cauze cu care aceasta a fost sesizată cu privire la posibila încălcare a principiului proporționalității, pot fi grupate în trei categorii<sup>81</sup>, tocmai pentru că există diferențieri în aprecierea acestui principiu, după cum urmează: cauze care implică deciziile administrației bazate pe exercițiul puterii discreționare de care se bucură aceasta, cauze referitoare la drepturi, respectiv cauze referitoare la sancțiuni.

Dintre acestea, subliniem cauzele din prima categorie, cazuri în care organele judiciare sunt prudente<sup>82</sup> cât privește analiza lor. Una dintre principalele misiuni administrative/politice ale guvernării<sup>83</sup> constă în a alege, în virtutea puterii discreționare, acțiunile ce urmează a fi întreprinse, fiind general admis că instanțele de judecată nu trebuie să schimbe, prin deciziile lor, alegerile decidenților din administrație doar pentru că apreciază că ar fi fost posibilă abordare a unei alte modalități mai bune de a acționa. Așadar, acestea–instanțele de judecată<sup>84</sup>– prin deciziile lor, nu se pot substitui pur și simplu administrației, putând decide în acest sens doar atunci când alegerea administrației este clar sau vădit disproporționată<sup>85</sup>, analiză ce este mai specială, mai complexă atunci când alegerea administrației a fost fundamentată pe un complex de variabile.

### **3 Concluzii**

Așadar, prin scurta analiză a principiului proporționalității făcută în acest studiu, am încercat să răspundem la câteva întrebări, anume:

În ce constă acest „test al proporționalității” atunci când deciziile administrației sunt supuse controlului de către instanțele de judecată? Acesta trebuie să parcurgă patru pași, astfel precum au fost identificați în doctrina germană: scopul legitim, adecvarea (potrivirea, compatibilitatea) măsurii, necesitatea măsurii și justa proporție (caracterul adecvat sau proporționalitatea privită *stricto sensu*);

Care este locul principiului proporționalității în cadrul acestui sistem de control al deciziilor administrative de către instanțele de judecată? Am remarcat că acesta este unul dintre principiile fundamentale, situat la același nivel cu principiul legalității, dat fiind că orice decizie a administrației, inclusiv în exercitarea puterii discreționare, trebuie să se încadreze în limitele stabilite de principiul legalității, nefiind posibilă afectarea în vreun fel a interesului public.

Este acesta un principiu avut în vedere și de instanțele europene – Curtea Europeană a Drepturilor Omului, respectiv Curtea de Justiție a Uniunii Europene, remarcând că acesta este reflectat, în mod constant în jurisprudența acestora.

Principiul proporționalității joacă un rol vital<sup>86</sup> în cadrul controlului exercitat de instanțele de judecată față de deciziile administrației publice, având ca principal scop restrângerea puterii discreționare a acestei administrații, punând în balanță interesele publice relevante și protejarea drepturilor și intereselor particularilor ceea ce reflectă utilitatea acestui principiu în analiza depășirii limitelor discreționare ale acestei administrații.

\* Universitatea Transilvania din Brașov Facultatea de Drept, contact: asist. univ. dr. Georgeta-Bianca Spîrchez: [georgeta-bianca.spirchez@unitbv.ro](mailto:georgeta-bianca.spirchez@unitbv.ro); lector dr. Oana Șaramet: [oana.saramet@unitbv.ro](mailto:oana.saramet@unitbv.ro).

\*\* Această lucrare este concepută în cadrul Proiectului LOABUN - „Legalitate – oportunitate, raportul dintre acestea în actul administrativ și identificarea factorilor de risc în vederea asigurării bunei administrațri”, proiect câștigat și derulat în cadrul Competiției 2018 – „Granturi pentru echipe interdisciplinare” lansat de Universitatea Transilvania din Brașov.

<sup>1</sup> Dana APOSTOL TOFAN, *Drept administrativ*, vol. I, Editura C. H. Beck, București, 2018, p. 12.

<sup>2</sup> În dreptul administrativ francez, interesul public este apreciat a fi „o noțiune cheie” ce „constituie, la un moment dat, motorul și justificarea fundamentală a acțiunii” administrației publice, iar dacă administrația nu acționează având în vedere un scop de interes public, aceasta va fi sancționată de instanța de contencios administrativ. Agathe VAN LANG, Geneviève GONDOUNIN, Véronique INSERGUET-BRISSET, *Dictionnaire de droit administratif*, 3<sup>e</sup> edition, Editura Dalloz, Paris, Armand Colin, Paris, 2002, p. 170.

<sup>3</sup> Aceasta este definiția menționată de art. 4 lit. c) din Legea nr. 7/2004 privind Codul de conduită a funcționarilor publici, republicată, cu modificările și completările ulterioare.

<sup>4</sup> Antonie IORGOVAN, *Tratat de drept administrativ*, vol. I, Editura All Beck, București, 2005, p. 26.

<sup>5</sup> Conform acestor prevederi, interesul legitim public este acel „interes care vizează ordinea de drept și democrația constituțională, garantarea drepturilor, libertăților și îndatoririlor fundamentale ale cetățenilor, satisfacerea nevoilor comunitare, realizarea competenței autorităților publice”. Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ a fost publicată în M. Of. al României, Partea I, nr. 1154/2004.

<sup>6</sup> Conform art. 2 alin. (1) lit. r) din Legea nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare, interesul legitim privat constă în posibilitatea de a pretinde o anumită conduită, în considerarea realizării unui drept subiectiv viitor și previzibil, prefigurat.

<sup>7</sup> În doctrina noastră, noțiunea de interes public sau interes general a fost apreciată ca fiind „strâns legată de aceea de putere publică”, referindu-se la „necesitățile de ordin material și spiritual ale cetățenilor dintr-o anumită societate, la un moment dat, considerarea lor ca atare depinzând de factorul politic”. A se vedea în acest sens, Rodica Narcisa PETRESCU, *Drept administrativ*, Editura Hamangiu, București, 2009, pp. 336-337. S-a subliniat, de asemenea, că, spre deosebire de particulari care pot să-și întemeieze o decizie pe diverse motive, inclusiv, spre exemplu, pe generozitate sau capriciu, orice decizie a administrației publice trebuie să fie determinată, fundamentată pe un interes public. A se vedea în acest sens, Rodica Narcisa PETRESCU, *op. cit.*, p. 336, inclusiv Georges VEDEL, *Droite dministratif*, PUF, Paris, 1968, p. 19, apud Rodica Narcisa Petrescu, *op. cit.*, p. 336.

<sup>8</sup> Emil BĂLAN, *Instituții de drept administrativ*, Editura C. H. Beck, București, 2008, p. 21.

<sup>9</sup> În acest sens, în doctrină, s-a subliniat că identificarea echilibrului dintre interesul public și interesul privat trebuie să se facă prin raportare la aceste nevoi, necesități sociale, ținând cont de schimbările din societate care determină și reconfigurarea acestora și, nicidecum, prin raportare la o scară de valori fixată în termeni absoluchi (A se vedea în acest sens, Cătălin-Silviu SÂRARU, *Drept administrativ. Probleme fundamentale ale dreptului public*, Editura C. H. Beck, București, 2016, p. 30). Nu excludem însă, ca odată ce au fost identificate astfel de necesități sociale, acestea să fie trecute printr-un filtru axiologic pentru ca acestea să nu fie în contradicție cu valorile fundamentale ale societății, astfel precum sunt identificate constituțional, în mod generic, caz în care ne-am afla, în mod evident, în prezența unui exces de putere.

<sup>10</sup> Dana APOSTOL TOFAN, *op. cit.*, 2018, p. 12.

<sup>11</sup> În doctrină se apreciază că oportunitatea, dreptul de apreciere al autorităților administrației publice sau puterea discreționară a acestora evocă aceeași noțiune, apreciere pe care o împărtășim. A se vedea în acest sens, Rodica Narcisa PETRESCU, *op. cit.*, p. 336.

<sup>12</sup> ÎCCJ, Secția de contencios administrativ-fiscal, decizia nr. 3165 din 21 iunie 2012, citată în Gabriela BOGASIU, *Legea contenciosului administrativ. Comentată și adnotată*, ediția a III-a, revăzută și adăugită, Editura Universul Juridic, București, 2015, p. 114.

<sup>13</sup> Puterea discreționară, libertatea de apreciere a administrației publice în exercitarea propriei competențe trebuie să se încadreze în limitele legii sau a celorlalte acte pe care aceasta trebuie să le aplice, trebuie să fie permisă de acestea, neputând fi contrară principiului legalității, neputând depăși limitele impuse prin intermediul acestuia. A se vedea în acest sens, Rodica Narcisa PETRESCU, *op. cit.*, p. 337.

<sup>14</sup> Art. 2 alin. (1) lit. n) din Legea nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare.

<sup>15</sup> Joana MENDES, *Law, Public Interest and Interpretation: Prolegomena of a Normative Framework on Administrative Discretion in the EU*, disponibilă la: [https://pure.uva.nl/ws/files/2725062/177588\\_SSRN\\_id2539068.pdf](https://pure.uva.nl/ws/files/2725062/177588_SSRN_id2539068.pdf), DOI: 10.2139/ssrn.2539068, data ultimei accesări: 08.11.2018, p. 8.

<sup>16</sup> Ibidem.

<sup>17</sup> De altfel, dacă privim în legislația noastră, vom observa că însuși legiuitorul, la momentul la care a decis introducerea în categoria subiecților de sesizare și a autorității publice emitente a actului administrativ unilateral nelegal pentru că a fost avut în vedere protejarea interesului public tocmai pentru că o astfel de autoritate acționează în regim de putere publică pentru satisfacerea unui astfel de interes, a decis a-l identifica prin această sintagmă „interes legitim public”, prin Legea nr. 262/2007 pentru modificarea și completarea Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, considerând că orice interes public nu poate fi decât un interes legitim public. A se vedea în acest sens, Verginia VEDINAŞ, *Tratat teoretic și practic de drept administrativ*, vol. II, Editura Universul Juridic, București, 2018, p. 183.

<sup>18</sup> Remarcăm că, fără îndoială, nu este ușor de determinat nici ceea ce constituie interesul public, precum nici cine are în cele din urmă responsabilitatea pentru perfecționarea și evaluarea acestuia în timp. Interesul public este un concept viu, aflat într-o continuă schimbare și al cărui conținut este supus unei revizuiri, unui control constant de către guvernantii din sfera administrației publice, dar și de cei din sfera legislativului. Executivul și legislativul pot să influențeze conținutul acestuia la un moment dat, însă, doar pentru satisfacerea chiar a binelui general, pentru a nu depăși limitele democratice. A se vedea în acest sens, Deborah MACNAIR, *In the Name of the Public Good: „Public Interest” as a Legal Standard*, articol publicat în Canadian Criminal Law Review, February 2006, consultat la: [https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:iZvxoiYoBosJ:https://commonlaw.uottawa.ca/15/index.php%3Foption%3Dcom\\_docman%26task%3Ddoc\\_download%26gid%3D6108+&cd=1&hl=en&ct=clnk&gl=ro](https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:iZvxoiYoBosJ:https://commonlaw.uottawa.ca/15/index.php%3Foption%3Dcom_docman%26task%3Ddoc_download%26gid%3D6108+&cd=1&hl=en&ct=clnk&gl=ro), p. 3, data ultimei accesări: 12.11.2018.

<sup>19</sup> Însă un interes public nu poate fi identificat, într-un stat de drept, printr-o „transformare artificială” a unui interes privat, și, implicit, o valorizare a acestuia din urmă într-un interes public, pentru că astfel ar fi afectate motivele pentru care legiuitorul ordinar a prevăzut obligația sau posibilitatea, după caz, a administrației de acționa, dar și legalitatea actului administrativ pe care îl va emite autoritatea, organul sau instituția administrației publice. A se vedea în acest sens, Alexandru NEGOIȚĂ, *Contenciosul administrativ și elemente de drept administrativ*, Editura Lumina Lex, București, 1992, p. 42. De altfel, în doctrină se remarcă faptul că importanța interesului public, privit ca un standard recomandabil pentru orice acțiune a guvernării, este subliniată de cea mai mare parte a literaturii de specialitate privitoare la guvernare, literatură aferentă secolului XX și, am adăuga noi, și acelei de la acest început de secol. A se vedea în acest sens, Sara Rene JORDAN, *The public interest in public administration: an investigation of the communicative foundations of the public interest standard* (dizertation), 2007, p. 9, disponibilă la: <https://core.ac.uk/download/pdf/4272876.pdf>, data ultimei accesări: 12.11.2018.

<sup>20</sup> Joana MENDES, *op. cit.*, p. 30.

<sup>21</sup> În acest sens se subliniază că instituțiile și celealte organisme de la nivelul Uniunii Europene, precum și statele membre, atunci când prin administrațiile lor sunt chemate să pună în aplicare reglementările dreptului Uniunii Europene, trebuie să acționeze astfel încât să aibă în vedere și să urmărească chiar realizarea intereselor publice definite pertinent în normele legale, dar să țină cont și de valoarea juridică pe care Uniunea Europeană o conferă altor interese publice protejate. Pe de alt parte, exercitarea acestei puteri discreționare implică și o reconfigurare a judecăților de valoare care stau la baza normelor juridice, vorbindu-se, în acest context, de reflectarea unor compromisuri politice pe care decidenții din administrația publică nu le pot ignora. A se vedea în acest sens Joana MENDES, *Law and administrative discretion in the EU: value of a comparative perspective*, p. 34, disponibilă la: [https://law.yale.edu/system/files/area/conference/compadmin/compadmin16\\_mendes\\_law.pdf](https://law.yale.edu/system/files/area/conference/compadmin/compadmin16_mendes_law.pdf), data ultimei accesări: 08.11.2018.

<sup>22</sup> Cezar Corneliu MANDA, *Teoria administrației publice*, Editura C. H. Beck, București, 2013, p. 63.

<sup>23</sup> Idem, p. 64.

<sup>24</sup> Ovidiu PODARU, *Drept administrativ. Practică juridică comentată, vol. I. Actul administrativ, (II) Un secol de jurisprudență (1909-2009)*, Editura Hamangiu, București, 2010, p. 274.

<sup>25</sup> Ibidem.

<sup>26</sup> Ibidem.

<sup>27</sup> Ibidem.

<sup>28</sup> Cezar Corneliu MANDA, *op. cit.*, p. 66.

<sup>29</sup> Thomas COTTIER, Roberto ECHANDI, Rafael LEAL-ARCAS, Rachel LIECHTI, Tetyana PAYOSOVA, Charlotte SIEBER-GASSER, *The Principle of Proportionality in International Law*, Working Paper No 2012/38, December 2012, Swiss National Centre of Competence in Research on Trade Regulation, p.4, lucrare disponibilă la: <https://www.researchgate.net/publication/275347556> *The Principle of Proportionality in International Law*, data ultimei accesări: 07.11.2018.

<sup>30</sup> În sensul celor precizate amintim că, în doctrina franceză, proporționalitatea, definită ca „o cerință a unui raport, a unei corelări între mijloacele angajate de administrație și scopul vizat de aceasta” (Guy BRAIBANT, *Le principe de proportionnalité* in *Le juge et le droit public. Mélanges offerts à Marcel Waline*, vol. 2, Paris, LGDJ, 1974, p.297, apud Lamprini XENOU, *Le principes généraux du droit de l'Union Européenne et de la jurisprudence administrative française*, Brulyant Edition, 2007, p. 347), deși există de multă vreme, nu a fost recunoscută clar, de către judecătorul administrativ, ca un veritabil principiu general de drept, deși jurisprudență franceză relevă folosirea acestei noțiuni. Însă necesitatea existenței proporționalității determină largirea, atât a conținutului acesteia, cât și a formulării sale, pentru a fi recunoscută drept un veritabil principiu, iar un rol esențial în acest sens este jucat de dreptul Uniunii Europene, dar mai ales de jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene privitoare la principiul proporționalității. A se vedea în acest sens, Lamprini XENOU, *op. cit.*, pp. 349-350.

<sup>31</sup> Doctrina privitoare la principiul proporționalității își are originea în Europa continentală, născându-se, în Prusia, la finele sec. al XVIII-lea, în cadrul procesului de codificare legislativă circumscris principiului statului de drept, fiind aplicată de instanțele de contencios administrativ din Germania sec. al XIX-lea, pentru ca răspândirea și îmbrățișarea sa de legislațiile altor state, precum și ale unor organisme internaționale, de instanțe naționale și internaționale, prin jurisprudența lor, să se producă, cu precădere, după al doilea război mondial. A se vedea în acest sens, Thomas POOLE, *Porportionality in Perspective* în LSE Law, Society and Economy Working Papers 16/2010, London School of Economicsand Political Science, pp. 1-2, consultat la: [http://eprints.lse.ac.uk/32900/1/WPS2010-16\\_Poole.pdf](http://eprints.lse.ac.uk/32900/1/WPS2010-16_Poole.pdf), data ultimei accesări: 12.11.2018. Astfel în anul 1794, a fost adoptată o lege cu caracter de drept comun pentru statele prusace prin care s-a precizat și faptul că funcția poliției prusace constă în „a lua măsurile necesare pentru a asigura menținerea păcii, siguranței și ordinii publice, și pentru a evita producerea unui pericol față de societate sau de un membru al acesteia”, ceea ce a însemnat, cel puțin la nivel teoretic, că poliția prusacă putea acționa doar în măsura în care un astfel de demers era necesar. A se vedea în acest sens Nikolaus MARSCH, Vanessa TÜNSMEYER, *The principle of proportionality in German administrative law* în *The judge and the proportionate use of discretion: A comparative law study*, Ronledge Research EU Law, edited by Sofia RANCHORDÁS, Boudewijn de WAARDEDS, 2016, pp. 24-25. Pe cale jurisprudențială (prin decizia Kreuzberg (14 Iunie 1882, Provg 9, 353)) Curtea Supremă Administrativă din Prusia a analizat dacă măsurile luate de forțele de poliție au fost mai mult decât ceea ce era considerat necesar, în temeiul reglementărilor amintite, pentru atingerea scopurilor, obiectivelor relevante (Yutaka ARAI-TAKAHASHI, *Proportionality – a German Approach* în AmicusCuriae, Issue 19, July 1999, p. 11, consultat la: <https://sas-space.sas.ac.uk/3907/1/1458-1702-1-SM.pdf>, data ultimei accesări: 12.11.2018), apreciind, aşadar, asupra proporționalității măsurile luate de poliție. Pentru mai multe detalii privitoare la originea acestui principiu, a se vedea: Nikolaus MARSCH, Vanessa TÜNSMEYER, *op. cit.*, pp. 25-30; Lamprini XENOU, *Le principes généraux du droit de l'Union Européenne et de la jurisprudence administrative française*, Bruylant Edition, 2007, pp. 350-352; Yutaka ARAI-TAKAHASHI, *op. cit.*, p. 11.

<sup>32</sup> Acest principiu nu doar a fost preluat de dreptul administrativ, iar ulterior a căpătat valoarea unui principiu constituțional, inclusiv prin regăsirea acestuia în jurisprudența Curții Constituționale din Germania, dar a dobândit valențele „unui meta-principiu al guvernării judicioase”, fiind astfel preluat, după cum am menționat deja de alte state, precum și organizații internaționale dintre care sunt considerate „cele mai notabile Consiliul European, prin Convenția Europeană a Drepturilor Omului, Comunitatea Europeană și Organizația Mondială a Comerțului”. A se vedea în acest sens Thomas POOLE, *op. cit.*, p. 2.

<sup>33</sup> A se vedea în acest sens Nikolaus MARSCH, Vanessa TÜNSMEYER, *op. cit.*, p. 30.

<sup>34</sup> Ibidem.

<sup>35</sup> Astfel, printr-una dintre cauzele deduse judecății sale (BverfGE 9, 137 (Einfuhrgenehmigung/Aprobarea de import)), instanța constituțională germană a apreciat că „principiul statului de drept impune ca administrația să poată interveni în sfera drepturilor persoanei numai dacă este abilitată în acest sens printr-o lege, abilitarea trebuind să fie suficient determinată și limitată în funcție de conținut, obiect, scop și întindere, așa încât intervențiile să devină cuantificabile și în oarecare măsură previzibil și calculabile pentru cetățean (BverfGE 8, 276 (325))”. Însă, instanța constituțională germană a remarcat că „dacă legiuitorul stabilește că administrația trebuie să intervenă în sfera drepturilor persoanei, atunci această obligație de intervenție se potrivește mai bine cu principiul statului de drept decât abilitarea de a interveni numai dacă este necesar în funcție de aprecierea pe care o are îndatorirea să o facă administrația pentru atingerea obiectivelor sale”, pentru că principiul statului de drept trebuie să asigure, mai întâi și „pe cât posibil, protecția drepturilor persoanei, iar mai apoi față de intervențiile autoritatii publice”. „În cazul în care legiuitorul folosește „poate” în dispoziția pentru stabilirea competenței de intervenție, îi va fi oferită administrației un mijloc de intervenție cu ajutorul căruia aceasta va putea să-și realizeze atribuțiile stabilite”. Or, acordarea unei astfel de libertăți de decizie pentru administrație, pusă la dispoziție de legiuitor, este „în totală concordanță cu statul de drept”, corespunzând raportului dintre legislativ și executiv și respectând libertatea persoanei, astfel precum este intenția statului de drept, ceea ce este, de altfel corespondator „principiului oportunității care guvernează activitatea practică a administrației”. Fundația Konrad Adenauer, Programul Statul de Drept Europa de Sud-Est, *Selectie de decizii ale Curții Constituționale Federale a Germaniei*, Editura C. H. Beck, București, 2013, pp. 540-541.

<sup>36</sup> Fritz OSSENBÜHL, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Übermaßverbot) in der Rechtsprechung der Verwaltungsgesgerichte* (1997) 19 JuristischeAusbildung, p. 617, în Nikolaus MARSCH, Vanessa TÜNSMEYER, *op. cit.*, apud *The judge and the proportionate use of discretion: A comparative law study*, Ronledge Research EU Law, edited by Sofia RANCHORDÁS, Boudewijn de WAARDEDS, 2016, p. 31.

<sup>37</sup> Klaus STERN, *Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots* in Peter BADURA, Rupert SCHOLZ (eds), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens – Festsehrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*, (C. H. Beck 1993), p. 167, în Nikolaus MARSCH, Vanessa TÜNSMEYER, *op. cit.*, apud *The judge and the proportionate use of discretion: A comparative law study*, Ronledge Research EU Law, edited by Sofia RANCHORDÁS, Boudewijn de WAARDEDS, 2016, p. 31.

<sup>38</sup> Nikolaus MARSCH, Vanessa TÜNSMEYER, *op. cit.*, apud *The judge and the proportionate use of discretion: A comparative law study*, Ronledge Research EU Law, edited by Sofia RANCHORDÁS, Boudewijn de WAARDEDS, 2016, p. 32.

<sup>39</sup> Într-o altă opinie, acest test de proporționalitate ar trebui să aibă în vedere analiza a trei condiții, anume: testul eficacității și adecvării – care trebuie să aibă în vedere că pentru a satisface exigența de proporționalitate, măsura luată de administrație trebuie să fie o metodă eficientă în vederea realizării scopurilor spre care aceasta tinde; testul necesității și subsidiarității – care trebuie să aibă în vedere necesitatea măsurii pentru a atinge scopurile relevante astfel încât să nu existe alte alternative mai favorabile; respectiv testul proporționalității *stricto sensu* – care trebuie să aibă în vedere asigurarea unui just echilibru între scopurile propuse și interesele implicate. A se vedea în acest sens Tor-Inge HARBO, *The function of the proportionality principle in EU Law*, în European Law Journal, 2010, vol. 16, no. 2, pp. 158-185, apud Diana SÂRCU, Adrian MORĂRESCU, *Definirea principiului proporționalității în lumina jurisprudenței naționale și internaționale* în Studia Universitatis Moldaviae, Revista științifică a Universității de Stat din Moldova, Seria Științe sociale, Drept, 2013, nr. 3 (63), p. 76, disponibilă la: <http://studiamsu.eu/wp-content/uploads/11.-pp. 5-80.pdf>, data ultimei accesări: 12.11.2018.

<sup>40</sup> Ibidem.

<sup>41</sup> Ibidem.

<sup>42</sup> Ibidem.

<sup>43</sup> A se vedea în acest sens Nikolaus MARSCH, Vanessa TÜNSMEYER, *op. cit.*, apud *The judge and the proportionate use of discretion: A comparative law study*, Ronledge Research EU Law, edited by Sofia RANCHORDÁS, Boudewijn de WAARDEDS, 2016, p. 32.

<sup>44</sup> Nikolaus MARSCH, Vanessa TÜNSMEYER, *op. cit.*, apud *The judge and the proportionate use of discretion: A comparative law study*, Ronledge Research EU Law, edited by Sofia RANCHORDÁS, Boudewijn de WAARDEDS, 2016, p. 33.

<sup>45</sup> A se vedea în acest sens Nikolaus MARSCH, Vanessa TÜNSMEYER, *op. cit.*, apud *The judge and the proportionate use of discretion: A comparative law study*, Ronledge Research EU Law, edited by Sofia RANCHORDÁS, Boudewijn de WAARDEDS, 2016, p. 33.

<sup>46</sup> Ingo KRAFT, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Rechtsverständnis*(2007), BDVR-Rundschreiben p. 14, în Nikolaus MARSCH, Vanessa TÜNSMEYER, *op. cit.*, apud *The judge and the proportionate use of discretion: A comparative law study*, Ronledge Research EU Law, edited by Sofia RANCHORDÁS, Boudewijn de WAARDEDS, 2016, p. 33.

<sup>47</sup> Fritz OSSEN BüHL, *op. cit.*, p. 618, în Nikolaus MARSCH, Vanessa TÜNSMEYER, *op. cit.*, apud *The judge and the proportionate use of discretion: A comparative law study*, Ronledge Research EU Law, edited by Sofia RANCHORDÁS, Boudewijn de WAARDEDS, 2016, p. 33.

<sup>48</sup> Nikolaus MARSCH, Vanessa TÜNSMEYER, *op. cit.*, apud *The judge and the proportionate use of discretion: A comparative law study*, Ronledge Research EU Law, edited by Sofia RANCHORDÁS, Boudewijn de WAARDEDS, 2016, p. 33.

<sup>49</sup> A se vedea în acest sens Nikolaus MARSCH, Vanessa TÜNSMEYER, *op. cit.*, apud *The judge and the proportionate use of discretion: A comparative law study*, Ronledge Research EU Law, edited by Sofia RANCHORDÁS, Boudewijn de WAARDEDS, 2016, pp. 33-34.

<sup>50</sup> Ion DELEANU, *Drepturile fundamentale ale părților în procesul civil. Norme naționale, norme convenționale și norme comunitare*, Editura Universul Juridic, București, 2008, p.400.

<sup>51</sup> A se vedea, în acest sens, Oliviu PUIE, *Principiul legalității în adoptarea actelor administrative ale autorităților publice*, în Revista Dreptul nr.9/2009, p.153.

<sup>52</sup> Constituția României a fost adoptată în ședința Adunării Constituante din 21 noiembrie 1991, fiind publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr.233/1991, și a intrat în vigoare în urma aprobării ei prin referendumul național din 8 decembrie 1991. Ulterior, a fost modificată și completată prin Legea de revizuire a Constituției României nr.429/2003, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr.758/2003; republicat cu reactualizarea denumirilor și dându-se textelor o nouă numerotare, în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.767/31.10.2003.

<sup>53</sup> Marius ANDREESCU, *Restrângerea exercițiului unor drepturi și principiul proporționalității*, în Curierul Judiciar nr.7-8/2011, p.399.

<sup>54</sup> Sofia RANCHORDÁS, Boudewijn de WAARD, *Proportionality crossing borders. Why it is still difficult to recognise sparrows and cannons*, în *The judge and the proportionate use of discretion: A comparative administrative law study*, Sofia RANCHORDÁS, Boudewijn de WAARD eds., Abington: Routledge, p.3.

<sup>55</sup> Ibidem.

<sup>56</sup> Ion DELEANU, *op. cit.*, pp. 64-365.

<sup>57</sup> Ion DELEANU, *op. cit.*, pp. 65-366.

<sup>58</sup> Marius ANDREESCU, *Unele probleme ale puterii discreționare și ale excesului de putere în activitatea autorităților statului*, în Revista Pandectele Române nr.12/31.12.2012, p. 46.

<sup>59</sup> Marius ANDREESCU, *op. cit.*, p. 45.

<sup>60</sup> Forma trimisă pentru promulgare, disponibilă la adresa web: [http://www.cdep.ro/pls/proiecte/docs/2018/pr369\\_18\\_1.pdf](http://www.cdep.ro/pls/proiecte/docs/2018/pr369_18_1.pdf), accesată la 25.08.2018. Este necesar să menționăm că la momentul finalizării acestui material, Curtea Constituțională a României a declarat, în data de 06 noiembrie 2018, neconstituțională Legea privind Codul administrativ al României, în ansamblul ei, însă ne exprimăm speranța că autoritatea legiuitoră va pune, cât mai curând posibil, în aplicare decizia Curții Constituționale, precum și că va menține, cel puțin, textul legal anterior menționat, precum și cele ulterioare acestuia și la care facem referire în prezentul studiu, pentru a răspunde unor minime cerințe privind recunoașterea, inclusiv printre-un astfel de cod, nu doar la nivel constituțional, sau prin alte acte normative relevante în dreptul administrativ, principiului proporționalității și a conținutului acestuia. A se vedea în acest sens Comunicatul de presă al Curții Constituționale a României din data de 06 noiembrie 2018, accesibil la: [https://www.ccr.ro/files/statements/Comunicat\\_de\\_presa,\\_6\\_noiembrie\\_2018.pdf](https://www.ccr.ro/files/statements/Comunicat_de_presa,_6_noiembrie_2018.pdf).

<sup>61</sup> Sofia RANCHORDÁS, Boudewijn de WAARD, *op. cit.*, pp.4-5.

<sup>62</sup> Mathews JUDKINS, *Proportionality Review in Administrative Law* (September 7, 2016). Comparative Administrative Law, 2d ed., Susan ROSE-ACKERMAN, Peter L. LINDSETH & Blake EMERSON, eds., Edward Elgar Publishing, 2017; Penn State Law Research Paper No. 25-2016. Disponibil la: SSRN <https://ssrn.com/abstract=2836264>, p.1.

<sup>63</sup> Sofia RANCHORDÁS, Boudewijn de WAARD, *op. cit.*, p.4.

<sup>64</sup> Sofia RANCHORDÁS, Boudewijn de WAARD, *Proportionality crossing borders. Why it is still difficult to recognise sparrows and cannons*, în *The judge and the proportionate use of discretion: A comparative law study*, Sofia RANCHORDÁS, Boudewijn de WAARD, 2016, p.10.

<sup>65</sup> Catherine HAGUENAU-MOIZARD, Yoan SANCHEZ, *The principle of proportionality in European law*, în *The judge and the proportionate use of discretion: A comparative study law*, Sofia RANCHORDÁS, Boudewijn de WAARD, eds., 2016, p.142.

<sup>66</sup> Convenția Europeană pentru Apărarea Drepturilor Omului și Libertăților fundamentale a fost adoptată la 04 noiembrie 1950, la Roma, și a intrat în vigoare în 03 septembrie 1953, Protocol nr. 16 fiind ultimul care a adus modificări acesteia. Protocolul nr. 16 a fost adoptat și deschis spre semnare în 02 octombrie 2013 și a intrat în vigoare la 01 august 2018, pentru statele care l-au ratificat. Convenția a fost ratificată de România, prin Legea nr. 30/1994, publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 135/1994.

<sup>67</sup> Ibidem.

<sup>68</sup> Potrivit art.10 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului: „alin. (1). Orice persoană are dreptul la libertate de exprimare. Acest drept include libertatea de opinie și libertatea de a primi sau a comunica informații ori idei fără amestecul autorităților publice și fără a ține seama de frontiere. Prezentul articol nu împiedică Statele să supună societățile de radiodifuziune, cinematografie sau televiziune unui regim de autorizare. alin. (2). Exercitarea acestor libertăți ce comportă îndatoriri și responsabilități poate fi supusă unor formalități, condiții, restrângerii sau sanctiuni prevăzute de lege care, într-o societate democratică, constituie măsuri necesare pentru securitatea națională, integritatea teritorială sau siguranța publică, apărarea ordinii și prevenirea infracțiunilor, protecția sănătății, a moralei, a reputației sau a drepturilor altora, pentru a împiedica divulgarea informațiilor confidențiale sau pentru a garanta autoritatea și imparțialitatea puterii judecătorești”.

<sup>69</sup> În acest sens, a se vedea Corneliu BÂRSAN, *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole*, ediția 1, Editura C. H. Beck, 2005, p. 754-755

<sup>70</sup> Corneliu BÂRSAN, *op. cit.*, p. 754-755. Obligația de rezervă se referă la adoptarea unei conduite ce trebuie să se supună exigențelor de prudență și moderație asociate funcției și demnităților publice.

<sup>71</sup> Hotărârea Curții (Marea Cameră) din 12 februarie 2008 în cauza Guja c. Moldovei (cererea nr.14277/04), par.72, consultată la:[http://justice.md/file/CEDO\\_judgments/Moldova/TANASE%20\(ro\).pdf](http://justice.md/file/CEDO_judgments/Moldova/TANASE%20(ro).pdf), data ultimei accesări: 16.09.2018.

<sup>72</sup> Hotărârea Curții (Marea Cameră) din 12 februarie 2008 în cauza Guja c. Moldovei, par.74.

<sup>73</sup> Ibidem.

<sup>74</sup> Hotărârea Curții (Marea Cameră) din 12 februarie 2008 în cauza Guja c. Moldovei, par.75.

<sup>75</sup> Hotărârea Curții în cauza Guja c. Moldovei, supracit., par.76.

<sup>76</sup> Hotărârea Curții în cauza Guja c. Moldovei, supracit., par.77.

<sup>77</sup> Hotărârea Curții în cauza Guja c. Moldovei, supracit., par.78.

<sup>78</sup> Hotărârea Curții în cauza Guja c. Moldovei, supracit., par.97.

<sup>79</sup> A se vedea în acest sens Paul P. CRAIG, *Proportionality, Rationality and Review* (2010 New Zealand Law Review). Articles by Maurer Faculty. 2455, p. 268, disponibilă la: <http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/2455>, data ultimei accesări: 12.11.2018.

<sup>80</sup> De altfel, spre exemplu, prin Hotărârea Curții din 08 iunie 2010, Vodafone Ltd. și alții, C-58/08, ECLI:EU:C:2010:321, par.51, s-a subliniat că rezultă dintr-o jurisprudență constantă că principiul proporționalității face parte dintre principiile generale ale dreptului comunitar și impune ca mijloacele puse în aplicare printr-o dispoziție de drept comunitar să fie apte să realizeze obiectivele legitime urmărite de reglementarea în cauză și să nu depășească ceea ce este necesar pentru atingerea acestora. Această hotărâre a fost consultată pe portalul Curții la: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=79665&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1806533>, data ultimei accesări: 12.11.2018.

<sup>81</sup> A se vedea în acest sens Paul P. CRAIG, *op. cit.*, p. 269.

<sup>82</sup> A se vedea în acest sens Paul P. CRAIG, *op. cit.*, p. 269.

<sup>83</sup> A se vedea în acest sens Paul P. CRAIG, *op. cit.*, p. 269.

<sup>84</sup> A se vedea în acest sens Paul P. CRAIG, *op. cit.*, p. 269.

<sup>85</sup> Prin par. 52 al Hotărârea Curții din 08 iunie 2010, Vodafone Ltd. și alții, C-58/08, citată mai sus, s-a subliniat, încă o dată, că „În ceea ce privește controlul jurisdicțional al respectării acestor condiții, Curtea a recunoscut în favoarea legiuitorului comunitar, în cadrul exercitării competențelor care îi sunt conferite, o putere largă de apreciere în domeniile în care acțiunea sa implică alegeri de natură politică, precum și economică sau socială și în care acesta trebuie să efectueze aprecieri și evaluări complexe. Astfel, nu se pune problema dacă o măsură adoptată într-un astfel de domeniu era singura sau cea mai adekvată posibil, numai caracterul vădit inadecvat al acesteia în raport cu obiectivul pe care instituțiile competente îl urmăresc putând afecta legalitatea respectivei măsuri.”.

<sup>86</sup> Sofia RANCHORDÁS, Boudewijn de WAARD, *Proportionality crossing borders. Why it is still difficult to recognise sparrows and cannons, în The judge and the proportionate use of discretion: A comparative law study*, Ronledge Research EU Law, edited by Sofia RANCHORDÁS, Boudewijn de WAARD, 2016, p. 4.