

Despre limitele constituționalismului în starea de excepție *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency* de David Dyzenhaus

Cu ușurință ne putem imagina, în special în contextul actual, o situație în care drepturile fundamentale ale omului ar deveni atât de absolute (dacă adjectivul ar permite grade de comparație) încât să creeze un vid de securitate a cărui forță să anihileze însuși conceptul de drept. Hobbes denumea această teamă perpetuă „starea naturală”¹, un război al tuturor împotriva tuturor, corolarul teoretic al faptului juridic și politic al stării de urgență. Primul argument pentru crearea statului constituțional modern a fost tocmai acela de a elibera umanitatea de o astfel de stare: în virtutea acceptării autorității statale, populația schimbă frica nemărginită de pericole arbitrare din starea naturală pe o frică, de acum cuantificabilă, față de stat. Doar că mai apoi, însăși nașterea statului creează premisele unei noi probleme: statul care abuzează (potențial) de autoritatea sa deplină asupra statului de drept. În această ipoteză, statul se folosește de închipuita amenințare a unei reveniri la temuta stare naturală pentru a-și justifica încălcarea statului de drept și a valorilor sale sau cel puțin a modului în care s-a servit de domnia legii pentru a compromite drepturile cetățeanului.

Cartea profesorului David Dyzenhaus, *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*², militează pentru un angajament ferm față de statul de drept, chiar și în situația limită a constrângerilor politice asociate unei stări de urgență (sau „excepționale”, în general). Pe scurt, Dyzenhaus confruntă faimoasa provocare a lui Carl Schmitt (ideea că statul de drept nu își mai găsește locul într-o „stare de excepție”) și încearcă să demonstreze că, în realitate, puterea (executivă, legislativă și chiar judecătorească, concertat) poate răspunde unei situații excepționale de o manieră care să respecte statul de drept. Începută în 2004 și publicată în 2006, cartea a fost gândită ca parte a dezbaterii aprinse privind puterea statului în cadrul democrațiilor liberale post 9/11. Conjunctura pandemiei din 2020 și nevoia justificării constituționale a stărilor excepționale o readuc în actualitate. În urma unor amenințări la adresa populației (acte de terorism, crize economice, conflicte armate interne, dezastre naturale, epidemii etc.), discursul politic sau teoretic poate lua

* Andreea Verțeș, *Lectoră la Facultatea de Drept a Universității de Vest, Timișoara.*

Email: andreea.vertes@e-uvv.ro

Manuscris primit la data de 20 mai 2020.

- 1 Thomas Hobbes, *Leviathanul*, traducere E.-M. Socaciu, în E.-M. Socaciu (coord.), *Filosofia politică a lui Thomas Hobbes*, Editura Polirom, 2001, cap. XIII, p. 39. Starea naturală creează un echilibru instabil, o stare de continuă nesiguranță și suferință între oameni care trăiesc mereu teama și riscul morții violente, solitari și nefericiți; starea de natură este caracterizată de o dublă absurditate pentru că oamenii sunt în situația maximizării drepturilor și a unei libertăți ideale.
- 2 David Dyzenhaus, *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, Cambridge University Press, 2006.

calea opiniei alarmante potrivit căreia, în stare de excepție, legea tace sau are foarte puține de spus. Potrivit acestei opinii, statul are puterea de a crea „găuri negre” în sistemul juridic, adică zone de acțiune guvernamentală în care, în numele siguranței cetățenilor, puterea nerestricționată și incontrollabilă a oficialilor publici prevalează, iar garanțiile obișnuite ale drepturilor sunt suspendate. Cartea lui Dyzenhaus demontează această opinie, analizând rolul pe care ar trebui să îl joace instanțele și accentuând importanța principiilor moralității și legalității în menținerea statului de drept.

Premisa cărții: starea de urgență și eșecul constituționalismului

Societatea confruntată cu o situație excepțională poate juca un rol inedit în practica și teoria dreptului constituțional. O comparație între ordinele constituționale ne arată că ele pot alege între a consacra în chiar textul constituției (dacă au o constituție scrisă³) reguli despre cum va răspunde statul în caz de urgență și a lăsa ca deciziile respective să fie luate atunci când și pe măsură ce criza apare⁴. Este o primă alegere care conduce înspre o alta. Odată ales tipul de reglementare (constituțională sau infraconstituțională), trebuie optat și cu privire la cine va deține puterea în starea de urgență: „modelul executiv”, care delegă executivului autoritatea de a decide dacă urgența se impune și, respectiv, cum să se răspundă la ea, și „modelul legislativ”, care presupune ca organul legislativ să fie cel care va proiecta regimul juridic aplicabil. Oricare model ar fi preferat, urmează o nouă decizie a constituantului: puterile acordate controlului judecătoresc în starea de urgență. Dacă acestui control i se atribuie un rol extins, s-ar putea întrezări un al treilea model constituțional pentru situațiile excepționale - „modelul judecătoresc”.

De ce situația excepțională pune constituționalismul într-o lumină diferită? Instituirea stării de urgență, în orice ordine constituțională, va scoate la iveală limitele constituționalismului, disfuncționalitatea proiectului constituțional liberal, înțeles ca preferința pentru *rule of law*, în detrimentul unui *rule of men* arbitrar⁵. Pe scurt, starea de urgență poate duce la un eșec al constituționalismului.

3 Evident, dacă o ordine juridică nu are o constituție scrisă, acest lucru nu înseamnă că nu are o ordine constituțională. În tradiția *common law*, constituția nescrisă reprezintă sursă de principii pentru reglementarea situațiilor excepționale. Aceste principii sunt exprimate de judecători atunci când hotărăsc într-o cauză anume, astfel că principala lor manifestare este una jurisprudențială. În aceeași ordine de idei, s-ar putea argumenta că și principiile unei constituții scrise, uneori în interpretarea dată de judecători, sunt cele care guvernează situațiile excepționale, chiar dacă textul fundamental nu o precizează în mod expres. Premisa argumentului este că toate ordinele juridice au o trăsătură în comun: respectă principiul legalității.

4 De pildă, Constituția Statelor Unite ale Americii conține o singură prevedere expresă privind starea de urgență: articolul 1.9: „Privilegiul mandatului *habeas corpus* nu va fi suspendat decât în cazuri de rebeliune sau invazie, dacă siguranța publică cere aceasta.” În schimb, legea fundamentală a Republicii Federale Germania conține un set detaliat de prevederi în ceea ce privește răspunsul autorității federale în fața unei urgențe. Articolul 16 din Constituția din 1958 a Republicii Franceze oferă puteri extinse executivului: „Atunci când instituțiile Republicii, independența națiunii, integritatea sa teritorială sau îndeplinirea angajamentelor internaționale sunt amenințate în mod grav și imediat, funcționarea obișnuită a autorităților publice constituționale fiind întreruptă, Președintele Republicii ia măsurile impuse de asemenea circumstanțe, după consultarea oficială a Prim-ministrului, a Președinților Adunărilor Parlamentare, precum și a Consiliului Constituțional” și exemplele ar putea continua.

5 Constantin Valentin, „Car tel est notre bon plaisir?” în *Revista Orizont*, nr. 3/2020, p. 14, articol disponibil aici: <http://www.revistaorizont.ro/arhiva/martie2020.pdf>.

Constituționalism. Realizarea constituționalismului. Limite

În formularea profesorului Valentin Constantin, statul de drept nu este nimic altceva decât o fondare sau o refondare a statului pe structura unei norme fundamentale: *rule of law* sau principiul preeminenței dreptului, menit să mențină efectiv un sistem de drepturi fundamentale⁶. Cu alte cuvinte, constituționalism bazat pe supremația Constituției sau democrație liberală. Constituționalismul clasic, atât sub aspectul justificărilor conceptuale, cât și sub raportul practicilor corespunzătoare acestora, a fost structurat printr-o serie de distincții clare între domenii controlabile juridic și spații de acțiune statală guvernate de decizia politică, ne reamintește Bogdan Iancu⁷.

Constituționalismul marchează o schimbare în natura ordinii legale. El presupune existența unui drept ce se opune puterii: dreptul constituțional. După cum inspirat o spune Dieter Grimm, „însăși esența constituționalismului constă în a asigura subordonarea politicii față de drept”. A se citi „putere” în loc de „politică” în fraza de dinainte, căci despre asta este vorba⁸. Același Dieter Grimm susține însă că ar fi o greșeală „să identificăm constituționalismul exclusiv cu subordonarea politicii față de drept” întrucât „juridicizarea” politicii nu reprezintă „nimic nou”⁹. Mai degrabă, constituționalismul marchează juridicizarea a două aspecte ale aceleiași idei filozofice: în primul rând, ideea liberală că guvernarea se află în serviciul drepturilor cetățenilor, supuși puterii statului și, în al doilea rând, ideea democratică potrivit căreia legitimitatea guvernării se sprijină pe acceptarea aceluiași cetățeni. Constituția astfel imaginată este atât democratică, cât și loială statului de drept. Se folosește de drept pentru a elimina „orice putere absolută sau arbitrară a oamenilor împotriva oamenilor”. Constituționalismul preia ideea filozofică a contractului social și o transformă, făcând-o să se bazeze „nu pe puterea de convingere, ci pe puterea unui angajament”. Problema este că, în acest caz, nu te mai poți baza pe un drept natural de inspirație divină ca drept fundamental; angajamentul se face printr-un act de drept pozitiv, ceea ce duce la întrebarea: cum de o lege rezultată din acest proces poate, în același timp, să impună regulile procesului? Răspunsul lui Grimm: „preluând vechea idee a ierarhiei normelor (divine și seculare) și reintroducând-o în dreptul pozitiv. Acest lucru s-a realizat prin împărțirea dreptului pozitiv în două corpuri diferite: unul care emană de la sau este atribuit poporului și se impune statului, și unul care emană de la stat și se impune poporului. Primul reglementează producerea și aplicarea celui de-al doilea. Dreptul devine, astfel, reflexiv. Acest lucru presupune, totuși, ca primul să prevaleze asupra celui secund”¹⁰.

6 Constantin Valentin. „Legitimitatea, legalitatea și preeminența dreptului” în *Noua Revistă de Drepturile Omului* 4/2013, p. 6.

7 Bogdan Iancu, „Dreptul public între tragedie și melodramă” în Mihail Neamțu and Bogdan Tătaru-Cazaban (eds.), *Memory, Humanity, and Meaning. Selected Essays in Honor of Andrei Pleșu's Sixtieth Anniversary*, Zeta Books, 2009, p. 536.

8 Lucian Bojin, „Reguli, putere și imagini în societate. O replică pentru colegii mei Radu Rizoiu și Florentin Tuca”, 03.10.2019, articol disponibil aici: <https://www.juridice.ro/essentials/3287/reguli-putere-si-imagini-in-societate-o-replica-pentru-colegii-mei-radu-rizoiu-si-florentin-tuca>.

9 Dieter Grimm, *Constitutionalism, Past, Present, and Future*, Oxford University Press, 2016, p. 359.

10 Altfel spus, distincția dintre puterea constituantă și puterea constituită, termeni introduși de Emmanuel Joseph Sieyès în 1789 pentru a explica diferența dintre puterea care reprezintă națiunea ca tot unitar și puterea inerentă

Prin urmare, în opinia lui Grimm, constituționalismul „nu este identic cu juridicizarea puterii publice”, ci este o „formă de juridicizare specială și ambițioasă”, care prezintă următoarele caracteristici:

1. Constituția în sensul său modern este un set de norme juridice, nu un construct filozofic. Normele emană de la o decizie politică, nu de la un adevăr prestabilit.
2. Scopul acestor norme este să reglementeze instaurarea, menținerea și exercitarea puterii publice, iar nu o simplă modificare a unei puteri publice preexistente.
3. Reglementarea este totală, în sensul că exclude recunoașterea oricăror alți deținători extra-constituționali ai puterii publice sau a oricăror alte mijloace extra-constituționale de exercitare a puterii.
4. În dreptul constituțional, poporul reprezintă singura sursă legitimă de putere. Distincția dintre putere constituantă și putere constituită este esențială constituției.
5. Legea constituțională se află pe treapta cea mai înaltă a ierarhiei normelor. Supremația constituției presupune prioritate față de orice alte acte normative. Actele incompatibile cu textul fundamental nu pot dobândi sau păstra forță juridică¹¹.

Ironia face ca, odată stabilite, condițiile pentru un constituționalism de succes, și anume subordonarea completă a statului în fața textului fundamental, să fie tot mai dificil de îndeplinit. Printre cauze, David Dyzenhaus distinge:

- pesimismul tot mai accentuat în ceea ce privește controlul de constituționalitate/ legalitate exercitat față de o putere executivă tot mai puternică¹²;
- dezbaterile privind proporționalitatea - unii apărători fervenți ai drepturilor se tem că supunerea acestora unor limite de proporționalitate nu face decât să le slăbească protecția, un soi de „administravizare” a dreptului constituțional, adică supunerea angajamentelor fundamentale unor analize de costuri și beneficii realizate de către funcționari publici „experți” (fenomen asociat punctului anterior, un executiv „dezlănțuit”)¹³;
- constituționalizarea dreptului internațional și fenomenul dreptului administrativ global - sentimentul de pierdere a controlului de către statele suverane cu privire la propriile politici interne sau externe, consecință a cesiunilor de putere înspre organisme internaționale sau transnaționale¹⁴.

instituțiilor aflate la guvernare.

11 Dieter Grimm, „The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World” în Petra Dobner and Martin Loughlin (eds), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press, 2010, p. 9.

12 Autori precum Eric Posner și Adrian Vermeule, dimpotrivă, apreciază fenomenul și faptul că executivul pare tot mai puțin „dependent” de ordinea legală.

13 „Distincția între juridic și politic ce corespundea diferenței clasice între drept și privilegiu nu a putut subzista apariției statului social administrativ modern (*welfare state*, *État-providence*). Această diferențiere era indisolubil legată de o limitare a funcției de legiferare (și deci a statului) la reglementarea aproape exclusivă a raporturilor de ordin privat (civile și penale). Limitarea aceasta constituia în constituționalismul clasic linia de demarcație între public și privat. Dispariția acestei bariere (constitutive) a dus în timp la permearea actului de justiție cu caracteristicile de natură politică ale discreției administrative”, Bogdan Iancu, „Dreptul public între tragedie și melodramă”, p. 539. A se vedea, de asemenea, T. Alexander Aleinikoff, „Constitutional Law in the Age of Balancing” în *Yale Law Journal*, 96, 1987, p. 943.

14 Dezbaterile se concentrează pe a vedea dacă această pierdere poate fi compensată prin apariția unei constituții internaționale, și anume dacă constituționalizarea poate compensa „fragmentarea”. David Dyzenhaus,

Provocarea lui Carl Schmitt. Precursori. Răspunsuri

Nu există normă aplicabilă haosului. Pentru ca o ordine legală să aibă sens, o situație normală trebuie să existe. Și suveran este acela care decide în mod definitiv dacă această situație normală există de fapt. Dreptul este în întregime un „drept situațional”. Suveranul produce și garantează situația ca întreg în totalitatea ei. El are monopolul acestei ultime decizii. Aici rezidă esența suveranității statului, care trebuie definită corect din punct de vedere juridic, nu ca monopolul de a constrânge și de a domina, ci ca monopolul, definit juridic, de a decide, unde cuvântul decizie este folosit în sens general. Excepția revelează cel mai clar esența autorității statului. Decizia se desparte aici de norma legală și (pentru a o formula într-un mod paradoxal) autoritatea demonstrează că, pentru a produce legea, nu trebuie să se bazeze pe lege. - Carl Schmitt, *Teologia politică* 15

O caracteristică stranie a stărilor de excepție este că ele sunt instituite prin lege. Legea ne apare astfel ca un instrument ce acționează chiar împotriva sa - se recurge la lege pentru a-i fi suspendată propria aplicare. Este paradoxul teoriilor liberale privind statul de drept. Liberalismul aspiră să înlăture starea de excepție din ordinea legală pentru că își dorește o lume în care autoritatea politică se supune întru totul legii. Dar tot liberalismul trebuie să recunoască și faptul că normele juridice nu își găsesc aplicarea într-o astfel de situație, întrucât starea de excepție reprezintă un vid/„haos”, o gaură neagră juridică¹⁶, în care statul acționează în afara oricăror constrângeri juridice.

În *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, David Dyzenhaus își propune să explice acest paradox; el pleacă de la John Locke pentru a ajunge la Carl Schmitt, face o trecere în revistă a răspunsurilor date de-a lungul timpului celebrei dileme și, în încheiere, își formulează propriul răspuns.

În debutul cărții, Dyzenhaus apelează la un text clasic, *Al doilea tratat despre cârmuire*, al lui John Locke, un elogiu adus virtuților statului de drept și libertății. Libertatea nu este posibilitatea fiecăruia de a face ce vrea, de a trăi cum îi place și de a nu fi îngrădit de nicio lege, căci „libertatea oamenilor aflați sub o cârmuire presupune existența unei reguli stabile după care să trăiască, regulă comună tuturor membrilor societății” (făcută de puterea legislativă îndreptățită) (...), opuse „inconstanței, nesigurei, necunoscutei voințe arbitrare a altuia”¹⁷. Același Locke insistă însă că în situații de urgență, această cârmuire

„Constitutionalism in an old key: Legality and constituent power” în *Global constitutionalism*, 1:2, Cambridge University Press, 2012, p. 231.

15 Carl Schmitt, *Teologia politică*, Editura Universal Dalsi, 1996, p.31.

16 Trebuie remarcat că, în teoria lui Schmitt, starea de urgență nu reprezintă chiar o gaură neagră, un vid juridic. Mai degrabă, este o zonă dincolo de drept, un spațiu care apare când dreptul dispare, lăsând statul, reprezentat prin suveran, să acționeze. În esență, nu există o mare diferență între o gaură neagră juridică și spațiul de dincolo de drept, din moment ce din ambele scenarii statul de drept dispare. Diferența este că teoreticienii liberalismului găsesc ideea unui spațiu dincolo de drept antitetică, chiar dacă presupun că dreptul poate fi folosit pentru a crea un vid juridic. Pentru asemănările și deosebiri de gândire între Giorgio Agamben, autorul cărții *State of Exception*, University of Chicago Press, 2005 și Carl Schmitt, a se vedea David Dyzenhaus, „Schmitt v. Dicey: Are States of Emergency Inside or Outside the Legal Order?” în *Cardozo Law Review*, vol. 27:5, 2006, pp. 2005-2040.

17 „Nici puterea arbitrară absolută, nici cârmuirea în absența legilor bine stabilite, durabile nu pot fi în acord cu scopurile societății și cârmuirii”, John Locke, *Al doilea tratat despre cârmuire*, Editura Nemira, 1999, para. 22

trebuie să se bucure de prerogativa (puterea liberă de orice constrângere) „de a acționa după voie în vederea binelui public, fără prescripția legii și uneori chiar împotriva ei”¹⁸.

Locke este cel care lansează, în cadrul tradiției liberale, opinia potrivit căreia o situație de urgență este neguvernabilă prin regimul juridic gândit pentru reglementarea situațiilor normale. Răspunsul dat unei situații de urgență poate necesita ca instituțiile statului să fie chemate să reacționeze cu celeritate și eficiență, fie fără autoritate legală, fie chiar împotriva legii. Locke consideră că nici puterea legislativă, nici cea judecătorească nu sunt capabile de o acțiune rapidă și energică, vitale în situații de urgență, ceea ce lasă executivului rolul central, fiind aparent organul cel mai abilitat. Locke presupune însă că un astfel de răspuns nu poate fi formulat decât în termeni liberali, deoarece executivul se ghidează după legea supremă a naturii: siguranța populației.

În secolul al XX-lea, ideea lui Locke este radicalizată de Carl Schmitt, în chiar prima frază a *Teologiei politice*: „Suveranul este cel care decide asupra stării de excepție”¹⁹. Schmitt mai susține și că, în perioade „excepționale”, suveranul este mai presus de orice control juridic. Dar judecata lui Schmitt merge și mai departe. Suveranul nu poate fi controlat pe perioada stării de urgență și, mai mult decât atât, cel care este suveran apare *de facto* în răspunsul la întrebarea cine decide efectiv dacă există sau nu situație excepțională și, respectiv, dacă se impune declararea stării de urgență.

Poziția lui Schmitt presupune că suveranitatea este o idee pre-legală; autoritatea suveranului nu este, în definitiv, constituită prin lege. Aceasta se bazează pe o constituție politică, nu juridică²⁰. Starea de excepție este „ceva incomensurabil pentru doctrina statului de drept dezvoltat de John Locke”. Altfel spus, idealul liberal al statului constituțional în care hotărârile coercitive sunt luate de un legislativ centralizat și transpuse în legi cu aplicabilitate generală se deteriorează inevitabil, dispărând în coșmarul statului administrativ, în care astfel de hotărâri sunt luate prin decizia unor funcționari publici, în momentul aplicării legilor. Dar ceea ce se aplică nu este legea. Mai degrabă, obținem un exercițiu al puterii arbitrare a unui funcționar legitimat printr-o teorie rămasă fără orice urmă de substanță liberală și redusă la un proceduralism golit de conținut: statul de drept este limitat la un regim de delegări de autoritate, în care constrângerile sunt pur formale.

Teoria lui Schmitt merită luată în serios deoarece în măsura în care afirmația potrivit căreia executivul este agentul real în răspunsul la situații de urgență pare să se bucure de un sprijin considerabil în experiența juridică și politică actuală. Explicațiile sunt de natură

(p. 65) și para. 137 (p.138).

18 *Ibid*, para. 160 (p. 155).

19 În scrierile lui Carl Schmitt, o stare de excepție include orice fel de perturbare economică sau politică severă, care necesită aplicarea de măsuri extraordinare. În timp ce o excepție presupune o ordine constituțională care oferă linii directoare legate de confruntarea crizelor pentru a restabili ordinea și stabilitatea, o stare de urgență nu trebuie să aibă o ordine existentă ca punct de referință, deoarece *necessitas non habet legem*. A se vedea George Schwab, *The Challenge of the Exception: An Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*, Duncker & Humblot, 1970, p. 42.

20 Potrivit lui Schmitt, politica este anterioară dreptului, iar distincția sa centrală este cea dintre prieten și dușman, astfel încât sarcina principală a suveranului este de a face această distincție. Starea de urgență dezvăluie natura existențială a politicului. Din moment ce a face această distincție înseamnă a lua o decizie existențială, cel care o face trebuie să fie capabil să acționeze într-un mod decisiv, excluzând astfel atât sistemul judiciar, cât și parlamentul. A se vedea Carl Schmitt, *The Concept of the Political*, University of Chicago Press, 2007.

practică: doar executivul are informațiile și capacitatea de a acționa prompt și decisiv ca răspuns la o situație de urgență. Dar această bază practică este (sau ar trebui să fie) întotdeauna îmbinată, implicit sau explicit, cu una normativă. Cum doar executivul este capabil să răspundă eficient unei situații de urgență, autoritatea constituțională inerentă oricărei ordini legale de a declara și reacționa la starea de urgență aparține executivului. Ordinea legală, așadar, poate consacra în textul fundamental recunoașterea faptului că executivul are autoritatea constituțională de a decide atât când există o situație de urgență, cât și cum să răspundă la aceasta.

Dyzenhaus își începe argumentația prin prezentarea a trei posibile răspunsuri liberale în fața paradoxului stării de urgență. În primul rând, răspunsul lui John Locke, care acceptă că suveranul este cel care decide *când* există stare de urgență și *cum* trebuie să i se răspundă. Acest răspuns încearcă să rezolve contradicția localizând sursa ei în afara ordinii constituționale și acceptă faptul că autoritatea politică a statului nu este derivată din lege²¹.

În al doilea rând, evocă răspunsul judecătorului Leonard Hoffmann, care localizează sursa contradicției în interiorul constituției. Puterea de a declara o stare de urgență este una excepțională, găsită în constituție și deci suveranul trebuie să respecte constrângerile constituționale privind exercitarea acestei puteri. Schmitt a respins acest argument, constrângerile părându-i-se iluzorii.

Cel de-al treilea răspuns vine dinspre A.V. Dicey, care neagă cu vehemență faptul că suveranul ar avea autoritatea de a se folosi de lege pentru a o suspenda. „*Legea marțială*, în sensul de suspendare a dreptului comun și guvernarea temporară a țării sau a unor părți ale ei prin tribunale militare este total necunoscută legilor Angliei. Nu avem nimic care să echivaleze cu ceea ce în Franța poartă denumirea de „declararea stării de asediu”, potrivit căreia autoritatea cu care este investită în mod normal puterea civilă pentru menținerea ordinii și poliției trece înspre armată... Aceasta este o dovadă de netăgăduit a supremației legii în constituția noastră”²². Răspunsul a fost privit ca pur și simplu naiv. Negarea lui Dicey este cu atât mai izbitoare cu cât este făcută în contextul unei ordini legale în care constituția este una nescrisă și Parlamentul, atotputernic, „poate adopta orice lege dorește, inclusiv una absurdă din punct de vedere moral”²³.

Dyzenhaus încheie prin a-și prezenta propriul răspuns în fața provocării schmittiene, „proiectul *rule of law*”.

Soluția lui David Dyzenhaus - „proiectul *rule of law*”

În situații de urgență, chiar și democrațiile liberale trebuie să își suspende drepturile tocmai pentru a le prezerva. Până aici, nimic nou. Ceea ce este inedit în noile situații

21 „Dar el [Locke] nu a recunoscut faptul că legea nu îl desemnează pe cel căruia îi dă autoritate. Legea nu poate fi oricine care execută și realizează toate prescrierile legale dorite. Prescrierea legală, ca normă a deciziei, desemnează doar modul cum deciziile trebuie să fie luate, nu și cine trebuie să decidă.”, Carl Schmitt, *Teologia politică*, p. 53.

22 Alber Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, ediția a 10-a, Macmillan Press, 1979, p. 287.

23 *Ibid*, p. 81.

excepționale (amenințări teroriste, pandemii) este că nu li se întrezărește cu exactitate sfârșitul și, prin urmare, pot dobândi un caracter statornic. Cei îngrijorați de tendința de permanentizare a puterilor din starea de urgență, adică normalizarea excepționalului, caută soluții pentru contracararea ei.

În opinia lui Dyzenhaus, alegerea constituțională nu este între instituții, ci între o folosire găunoasă sau strict procedurală a legalității și una care leagă procedura de substanță. În plus, aceasta din urmă presupune ca toate cele trei puteri să conlucreze pentru a se asigura că răspunsul în fața urgenței respectă principiile constituționale.

Dyzenhaus este susținătorul unei concepții substanțiale asupra statului de drept dintr-un motiv simplu: el dorește să elimine posibilitatea ca autoritățile să eludeze controlul asupra modului în care gestionează starea de urgență folosindu-se de pretextul că puterile lor se sprijină pe o legislație validă, în sens de lege adoptată în conformitate cu textul fundamental. Este ceea ce numește *rule by law* (domnia prin lege) și insistă că aceasta trebuie deosebită de *rule of law* (domnia dreptului). Din acest punct de vedere, este preocupat ca judecătorii să nu permită apariția „găurilor cenușii” în ordinea juridică, adică a acelor puteri protejate printr-o față de legalitate (exemplul dat fiind cel al apelurilor introduse post 9/11 în fața instanțelor administrative, care lucrează în ședințe cu ușile închise, în care reclamantilor și avocaților li se refuză accesul la probe din motive de securitate). Dyzenhaus localizează originile filozofice ale „găurilor cenușii” în răspunsurile date argumentului lui Carl Schmitt cum că starea de urgență dezvăluie faptul că o ordine legală se sprijină pe puterea suverană de a alege când să opereze în baza legii și când să opereze în afara ei. Printre opiniile venite să îl contracizeze pe Schmitt se numără și cea potrivit căreia, pentru a înlătura orice suspiciune că un stat poate opera în afara legii, este de preferat să apelezi măcar la o față de legalitate. Dyzenhaus respinge cu putere acest argument²⁴: e de preferat în acest caz să nu ai nicio lege (o gaură neagră pe care toată lumea să o recunoască ca atare) decât o simulare de lege. Și, dacă nu vrem să ne întoarcem la Schmitt și la ideea că sursa dreptului în stare de urgență este „comandantul necomandat” (că această gaură neagră este, de fapt, starea normală a lucrurilor, iar legalitatea un lux la care nu aspiră decât norocoșii), Dyzenhaus propune o concepție substanțială asupra preeminenței dreptului, care să fie valabilă atât în stări de urgență, cât și în vremuri de normalitate: „dacă este să răspundem provocării lui Schmitt, trebuie să reușim să demonstrăm că, în ciuda susținerilor sale, excepția poate fi îndepărtată din ordinea legală”²⁵.

Dyzenhaus își intitulează răspunsul oferit „proiectul *rule of law*”, potrivit căruia fidelitatea necondiționată față de valorile normative consacrate în preeminența dreptului este adecvată în orice circumstanță, inclusiv în cazul stărilor de urgență. Etica fundamentală a statului de drept trebuie menținută în orice condiții. Chiar și în stare de urgență, puterea

24 O face printr-un regal de erudiție, analizând practic tot ce merită citit în materie stării de excepție: „modelul măsurilor extra-juridice” avansat de Oren Gross, propunerea lui Bruce Ackerman privind adoptarea unei „constituții de urgență”, teoria lui Clinton Rossiter privind o „dictatură constituțională” („niciun sacrificiu nu este prea mare pentru democrația noastră, cu atât mai puțin sacrificiul temporar al democrației însăși”, *Constitutional Dictatorship*, Princeton University Press, 1979, p. 314) sau minimalismul judiciar al lui Cass R. Sunstein (*One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, 1999).

25 David Dyzenhaus, *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, p. 53.

trebuie să continue să se supună valorilor esențiale pe care se fondează statul de drept.

La o primă vedere, propunerea lui Dyzenhaus (un proiect dedicat asigurării că exercițiul puterii politice rămâne mereu în limitele statului de drept), deși sună bine, pare lipsită de strălucire sau inovație întrucât nu face decât să reitereze chintesența constituționalismului modern. Noutatea se observă însă atunci când autorul descrie ce anume presupune, în opinia lui, proiectul *rule of law*, moment în care înțelegem contribuția cărții în dezbateră normativă și empirică privind starea de urgență.

Rule of law, concept mai vechi popularizat de A.V. Dicey în anii 1880, tradus în limba română prin sintagma stat de drept sau preeminența/domnia legii, poate fi redus la formula: domnia legii = domnia prin lege + valori (principii) constituționale. Altfel spus, domnia legii include atât litera, cât și spiritul legii.

Dyzenhaus se distanțează de la a defini *rule of law* ca fiind sinonim cu o domnie prin lege, întemeiată pe ideea procedurală cum că voința poporului se manifestă cel mai bine dacă acestuia i se permite să decidă pentru sine. Dimpotrivă, favorizează o definiție a *rule of law* exclusiv substanțială și deci potențial contrară angajamentelor procedurale ale unei domnii prin lege. Dyzenhaus o numește „concepție substanțială a statului de drept, [susținând] că există un moment într-un șir continuu de legalitate în care domnia prin lege încetează să mai fie în conformitate cu domnia legii”²⁶. Cu alte cuvinte, atunci când o societate se angajează să guverneze prin lege, stabilită într-un text fundamental, într-o declarație de drepturi sau în ordinea legală din *common law*, aceasta se angajează să respecte principii substanțiale fundamentale, de la care nu mai poate deroga în niciun moment, nici măcar în situații de urgență, chiar dacă acestea din urmă sunt instituite prin lege sau se bucură de legitimitate în rândul populației. Bazându-se pe concepția lui Lon L. Fuller privind „moralitatea internă a dreptului”²⁷, Dyzenhaus susține că proiectul *rule of law* este guvernat atât de o încredere nețărmurită în intangibilitatea drepturilor fundamentale ale persoanei, cât și de ideea că dreptul oferă o resursă morală în vremuri de criză politică.

Această poziție reiese din modul în care critică ceea ce numește „pozitivism constituțional”. Potrivit acestuia, domnia procedurală prin lege corespunde politic unei domnii substanțiale a legii. Dacă poporul își alege în mod democratic reprezentanții în organul legislativ, iar acesta adoptă norme juridice, atunci, potrivit adeptilor pozitivismului constituțional, totul este perfect, pentru că voința electoratului a fost transpusă în codul său de legi. Devotamentul față de „moralitatea internă” a domniei legii îl determină însă pe Dyzenhaus să respingă soluția pozitivistă.

²⁶ *Ibid*, p. 201.

²⁷ „Există o moralitate a obligației și o moralitate a aspirației. Moralitatea aspirației este moralitatea vieții bune, a excelenței, a realizării depline a puterilor umane. Dacă moralitatea aspirației începe la vârful realizărilor umane, moralitatea obligației începe la baza lor. Ea stabilește regulile fără de care o societate ordonată ar fi imposibilă. Este moralitatea Vechiului Testament, de exemplu, și a celor Zece Porunci. Moralitatea obligației poate fi comparată cu regulile gramaticii. Moralitatea aspirației poate fi comparată cu regulile pe care criticii le stabilesc pentru realizarea sublimului și a eleganței în literatură. Regulile gramaticii prescriu ceea ce este necesar pentru păstrarea limbajului ca instrument de comunicare, tot așa cum regulile moralității obligației prescriu ceea ce este necesar pentru viața socială (pp. 5-6)”, Teodor Papuc, „Standardele excelenței în legalitate: The Morality of Law de Lon L. Fuller”, 05.02.2019, articol disponibil aici: https://www.juridice.ro/625588/standardele-excelentei-in-legalitate-the-morality-of-law-de-lon-l-fuller.html#_ftn1.

Dyzenhaus consideră că o lege nu poate fi nicicând suspendată din punct de vedere moral. Nu poate fi suspendată decât suspendând însăși ideea de legalitate, angajamentul față de domnia legii. Or, un astfel de pericol poate rezulta dintr-o doctrină a supremației parlamentare, mai precis ideea că parlamentul este mai presus de lege. Într-adevăr, suveranitatea și problema urgenței au fost strâns legate în gândirea politică, începând cu *Teologia politică*. Acolo unde există o putere suverană, nu există domnie a legii din moment ce legea este pur și simplu voința consemnată în scris a suveranului. Dyzenhaus vede așadar suveranitatea parlamentului ca pe o barieră în calea unei concepții robuste asupra statului de drept. Suveranitatea parlamentară nu este posibilă decât pentru cel care înțelege legea în manieră pozitivistă. Iar judecătorii care îmbrățișează acest punct de vedere privilegiază domnia prin lege în detrimentul unei interpretări prin prisma principiilor domniei legii. În concepția lor, parlamentul este liber să adopte legi și să pretindă să se impună folosind domnia prin lege, chiar dacă legile rezultate sunt lipsite de legitimitate morală potrivit standardelor unei concepții substanțiale a domniei legii.

Dyzenhaus concluzionează că tentația pozitivismului este cea care a condus democrațiile liberale în zone cenușii în vremuri de criză. Judecătorii pozitivisti consideră că misiunea lor este doar aceea de a executa legea sau de a aplica strict textul fundamental, în concretețea sa. Prin această abordare, nu doar găurile negre, ci și cele cenușii din spațiul juridic reprezintă o amenințare. Pozitivismul le oferă acestora o aură de legalitate și parlamentelor, în calitate de furnizori ai literei legii, un aer de suveranitate. Dyzenhaus consideră că „un judecător care aderă la principiile pozitivismului constituțional va constata, în general, că nu este nimic în neregulă (juridic) cu actele normative care plasează autoritățile publice în afara limitelor statului de drept. Și aceasta pentru că pozitivistul nu consideră cu adevărat că acele autorități s-ar situa în afara limitelor statului de drept atâta vreme cât puterea le este delegată printr-un act normativ”²⁸.

Pentru a îndepărta ispita pozitivismului, trebuie să admitem că fiecare ramură de guvernământ într-o democrație liberală - executivul, legislativul sau instanțele judecătorești - este angajată într-un „proiect *rule of law*”. Aceasta înseamnă că toate cele trei puteri sunt deopotrivă angrenate în efortul de a susține și proteja valorile pe care le asociem statului de drept. Împreună, cele trei puteri guvernează apoi într-un „spirit de legalitate”, adică parlamentele nu sunt suverane și găurile cenușii sunt dezavuate.

Dacă domnia prin lege s-ar întrepătrunde cu domnia legii, orice activitate, indiferent de cât de antitetică ar fi cu spiritul legalității, ar putea fi confirmată prin dreptul pozitiv. Judecătorii care cred cu tărie că datoria lor este aceea de a aplica legea așa cum este ea adoptată de către legiuitor nu vor vedea nimic greșit în a susține asemenea legi și, astfel, găurile negre vor deveni și mai întunecate. Și asta pentru că atunci când judecătorii nu reușesc să respingă în mod explicit sau, cel puțin, să critice astfel de activități, ei conferă acestei legalități pozitive îndoielnice o falsă strălucire de legitimitate. O gaură cenușie, subliniază Dyzenhaus, este doar o gaură neagră mascată. Așadar, respingerea pozitivismului este un mijloc de a apăra moralitatea liberală de un astfel de răspuns la o situație de criză.

Dacă, dimpotrivă, angajamentul față de ideea de legalitate ar fi o condiție conceptuală

28 David Dyzenhaus, *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, p. 101.

prealabilă obligatorie în adoptarea legilor, atunci legile adoptate de parlament ar fi în concordanță cu cerințele morale ale legalității. Iar acest lucru ar nega apoi posibilitatea legalizării (sau mascării) găurilor negre. Respingerea pozitivismului, concluzionează Dyzenhaus, este soluția prin care liberalismul poate depăși provocarea schmittiană. Aceasta este premisa fundamentală a cărții sale.

„Proiectul *rule of law*”. Găuri negre, găuri cenușii. Judecătorul „meteorolog”

În soluția lui Dyzenhaus, este important să se facă distincția între „găurile negre” și „găurile cenușii” pe care legislația privind starea de urgență le-ar putea crea. Primele sunt un „vid legislativ (...) în care statul acționează nerestricționat de lege.” Cele din urmă, în schimb, oferă persoanei anumite drepturi procedurale, dar nu suficiente pentru ca aceasta să poată ataca, în mod eficient, măsura detenției sale, de pildă. Găurile cenușii sunt în cele din urmă mai rele, deoarece oferă o „fațadă de legalitate”. Astfel, Dyzenhaus avertizează că „puțină legalitate poate fi mult mai periculoasă pentru statul de drept decât totala lipsă a ei.”

Răspunsul lui Dyzenhaus în fața stării de urgență, după cum am văzut, este respectarea statului de drept - domnia legii, una substanțială; o preeminență a principiilor constituționale fundamentale care îi protejează pe cetățeni de acțiunea arbitrară a statului. Această concepție substanțială conferă un rol semnificativ judecătorilor și presupune, în același timp, o cooperare între puterea legislativă și cea executivă. Dar care este rolul puterii judecătorești atunci când o astfel de colaborare încetează sau se face cu jumătate de măsură? Un exemplu de încetare completă este atunci când legea care vine să răspundă stării de urgență fie dispensează executivul de cerințele statului de drept, fie elimină în mod explicit controlul judecătoresc (de constituționalitate sau legalitate) al acțiunilor executivului. Cooperarea cu jumătate de măsură apare atunci când o instanță este chemată să se pronunțe cu privire la deciziile privind securitatea, dar procedura aplicată o transformă mai degrabă într-o simplă parafă pe deciziile executivului decât într-un forum real, în care deciziile acestuia să fie supuse unui control autentic. În prima situație, legislativul creează o gaură neagră juridică, o situație în care nu există drept. În cea de-a doua situație, se creează o gaură cenușie, nu neagră, una în care se menține o fațadă a statului de drept, fără o protecție substanțială reală. Reacția judiciară în fața unei găuri negre variază în funcție de modul în care aceasta este creată. Dar judecătorii trebuie să evite cu orice preț să contribuie la crearea de găuri cenușii, pentru că acestea sunt doar găuri negre deghizate, iar dacă această deghizare este permisă, executivul va pretinde că guvernează în conformitate cu statul de drept, pretinzând și legitimitatea aferentă acestei afirmații. Judecătorii au o datorie constituțională (o datorie morală, dar consacrată într-un text cu valoare constituțională) de a sprijini statul de drept în special în fața unor semnale din partea legislativului sau executivului că ar încerca să se retragă din proiectul *rule of law*.

Concepția lui Dyzenhaus despre rolul judecătorului respinge cele două versiuni oferite de pozitivismul legal: judecătorul ca gura prin care vorbește legea și judecătorul ca mini-legiutor, care trebuie să facă drept pentru că normele nu dictează un răspuns. Nu este nici

judecătorul Hercule al lui Ronald Dworkin. Judecătorul lui Dyzenhaus este, mai degrabă, un *meteorolog*, idee parțial inspirată de Bob Dylan, pe care însă îl contrazice, susținând că este nevoie de un meteorolog pentru a ști din ce direcție bate vântul. Dar imaginea provine în special de la Thomas Hobbes și capitolul 13 din *Leviathanul*. Ne amintim că Hobbes definește starea naturală ca fiind „un război al tuturor împotriva tuturor”. Dar tot el adaugă, la fel de important, că atunci când vorbește despre război, nu se referă neapărat la actul efectiv de a lupta. „Căci războiul nu constă doar în bătălii sau în actul de a lupta, ci într-o perioadă de timp, în care voința înfruntării este suficient de cunoscută, prin urmare, noțiunea de *timp* trebuie considerată ca ținând cont de natura războiului, la fel cum ține de natura vremii. Căci la fel cum natura vremii rele nu constă într-una sau două averse de ploaie, ci într-o tendință de a ploua prezentă în multe zile la rând, nici natura războiului nu constă în lupta propriu-zisă, ci într-o dispoziție cunoscută pentru luptă, atâta timp cât nu există nicio asigurare în sens contrar. Orice alte vremuri sunt vremuri de pace.”²⁹

Pentru Hobbes, judecătorii au rolul de a avertiza cu privire la norii de furtună de la orizont atunci când statul de drept este supus unor tensiuni. Este un rol relativ modest încredințat judecătorilor. Și asta pentru că Hobbes caută ideea de justiție în interiorul legii, în administrarea ei. Autoritatea, iar nu adevărul, face legea (*auctoritas, non veritas, facit legem*). Dar cel care dorește să fie o autoritate, trebuie să accepte constrângerile statului de drept, atât morale, cât și constituționale³⁰.

Anumite situații, starea de urgență fiind una dintre ele, pot impune ca parlamentul sau executivul, după caz, să joace rolul central. Proiectul *rule of law* al lui Dyzenhaus nu pretinde loialitate față de o doctrină rigidă a separației puterilor, în care judecătorii sunt percepuți ca gardienii exclusivi ai domniei legii. Cu toate acestea, judecătorii joacă un rol în a asigura menținerea statului de drept, chiar și atunci când puterea legislativă și cea executivă colaborează în cadrul proiectului, rol care crește în importanță atunci când această colaborare slăbește sau încetează. De abia când observăm că judecătorii nu reprezintă decât o parte din proiectul *rule of law*, putem înțelege paradoxul creat atunci când domnia prin lege este folosită pentru a elimina domnia legii, creând o gaură neagră³¹. Există o contradicție în ideea de gaură neagră juridică, creată de faptul că nu putem avea domnie prin lege în absența domniei legii. Dar, tocmai pentru că judecătorii sunt doar o parte din proiect, nu se poate concluziona că judecătorii pot mereu să se opună acelor prevederi care creează găuri negre juridice. Dacă au sau nu această putere depinde de structura constituțională a ordinii legale din care provin. Dar, indiferent de structura respectivă, judecătorii au datoria să apere preeminența legii. Chiar dacă nu au dreptul de a invalida o prevedere care creează o gaură neagră, este de datoria lor să atragă atenția asupra faptului că legiuitorul a luat decizia de a guverna în mod arbitrar, nesocotind valorile statului de drept. Procedând astfel, judecătorul își joacă rolul de meteorolog, avertizând asupra viitoarelor posibile furtuni din societate.

Soluția lui Dyzenhaus este una controversată, după cum singur recunoaște. Sunt și voci care susțin, din perspectivă normativă, că necesitatea nu se supune legii, *necessitas*

29 Thomas Hobbes, *Leviathanul*, p. 39.

30 David Dyzenhaus, *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, p. 12.

31 *Ibid*, p. 201.

dat legem non ipsa accipit. Astfel, orice încercare de a limita discreția în stare de urgență ar fi inutilă. Sau altele care susțin o abordare morală în vremuri normale, dar care recurg la utilitarism în situații de urgență. Împotriva tuturor acestor critici, Dyzenhaus își afirmă concepția „aspirațională”³² privind statul de drept. Situațiile de criză sunt cel mai potrivit moment pentru a ne reafirma angajamentul față de principiile constituționale. Ideea cea mai puternică a cărții este încrederea lui David Dyzenhaus în necesitatea conceptuală a unei preeminențe a legii bazate pe principii. Valorile latente pe care le reprezintă statul de drept subzistă, chiar dacă nu sunt consacrate în scris, nici în lege, nici în constituție. Ideea însăși de lege, dacă este să aibă sens și să fie respectată ca atare, depinde de o concepție a legalității pătrunsă de moralitate. Altminteri, legea nu ar fi altceva decât transpunerea în concret a voinței celui aflat la putere.

Simplul fapt că unii profesori de drept susțin că legea ar fi o expresie robustă a principiilor inerente statului de drept nu va obliga niciodată actorii politici sau judecătorii dintr-o perioadă de criză să procedeze la fel. Fie că îmbrățișăm teoria moralității interne a dreptului, fie că suntem adepți ai pozitivismului, în ipostaze excepționale, ca cetățeni, ne vom baza pe loialitatea constituțională a puterilor, un dialog instituțional real și o bună comportare, atâta a autorităților, cât și a concetățenilor. Chiar dacă Dyzenhaus are dreptate în privința preeminenței dreptului, consecvența conceptuală față de valorile fundamentale este un ideal prea înalt pentru noi, muritorii. Este și motivul pentru ca David Dyzenhaus recunoaște, în finalul cărții, că subiectul ales este unul deprimant³³, dar își pune speranța într-un viitor mai optimist al statului de drept.

32 *Ibid*, pp. 7-8.

33 *Ibid*, p. 230.