

CÂTEVA CONSIDERAȚII CU PRIVIRE LA ROLUL CUTUMEI CA IZVOR DE DREPT

Livia Florina Labo

Universitatea Creștină „Dimitrie Cantemir” din București

Cutuma, denumită și *tradiție*, *obicei* sau *consuetudine*, a reprezentat pe parcursul timpului unul dintre cele mai importante izvoare formale ale dreptului, chiar dacă astăzi, în multe sisteme de drept, nu i se mai recunoaște această calitate sau nu i se mai acordă aceeași importanță.

Studiul cutumelor are un rol deosebit în descifrarea modului de formare a dreptului pozitiv și în explicarea specificului național al unui sistem juridic. Prin studierea așa numitului folclor juridic, care implică cercetarea analitică a conținutului juridic existent în obiceiuri, datini, tradiții, pot fi conturate nu numai normele juridice ale unei comunități în evoluția sa istorică, ci și concepțiile și principiile ei juridice generale¹.

Cutuma este cel mai vechi izvor formal al dreptului. Așa cum arăta un renumit sociolog al dreptului, înainte de existența legilor și a normelor de organizare decretate expres, termenii de *datină* și *tradiție* erau singurii utilizabili în acest domeniu².

Cutuma se formează prin aplicarea repetată a unei idei juridice într-un mare număr de cazuri individuale, adică prin crearea de precedente, pe parcursul unui timp îndelungat. Pentru existența cutumei este necesară o practică veche, necontestată, recunoașterea ei ca normă ce poate fi invocată ca atare.

Regulile cutumiare se revelează prin *repetarea constantă a unor acte*, însoțite de un sens, fie chiar obscur, dar adânc și puternic, de *obligativitate*. Repetarea constantă este elementul material, exterior, aparent, care nu este însă suficient pentru a defini o cutumă. Sunt fapte care se repetă constant fără a constitui o regulă cutumiară. Așa sunt anumite reguli de conduită personală, spre exemplu cele de politețe, sau de prudență, pe care în general fiecare le respectă, chiar cu conștiința împlinirii unei datorii, fără a atribui altuia puterea de a-i impune

¹ Gheorghe Boboș, *Teoria generală a dreptului*, Cluj-Napoca, Edit. Argonaut, 1999, p. 187.

² Teodor Tanco, *Sociologul Eugeniu Speranția*, Cluj-Napoca, Edit. Virtus Romana Rediviva, 1993.

această respectare. Pentru a fi vorba de o cutumă juridică este nevoie ca respectarea regulii respective să se sprijine pe convingerea că această repetare e **absolut obligatorie**, așa încât **alții pot să o pretindă**, și deci nu depinde numai de voința subiectivă a celui care trebuie să i se supună. Cutuma implică de asemenea **o anumită durată**, pentru că nu se poate constata uniformitatea în seria actelor repetate fără o trecere a timpului destul de îndelungată. Noțiunea de durată este însă relativă, la fel cum și numărul mai mare sau mai mic de repetări depinde de natura raportului. Sunt acte care prin natura lor nu pot să se întâmple decât la intervale lungi de timp, cum se întâmplă spre exemplu în dreptul internațional public, în ce privește anumite relații între state. În aceste cazuri va fi suficient și un număr mai mic de repetări, cu condiția ca regula să fie respectată în toate sau în aproape toate cazurile în care se prezintă posibilitatea de a o respecta, astfel încât repetarea să poată fi interpretată ca **expresia unei convingeri juridice constante**³.

Cutumă fiind construită pe cazuri concrete, acestea trebuie să fie consacrate ca precedente, adică să le fie recunoscută valoarea juridică. Norma generală consacrată prin cutumă se constituie prin **generalizarea** a ceea ce s-a dovedit a fi comun cazurilor concrete analizate, găsindu-se acest **element comun** și într-un caz nou, astfel încât să i se aplice norma cutumiară, cu aceeași putere cu care i s-ar aplica legea.

Cutumă este diferită de jurisprudență, care trebuie să ia act de ea și să o aplice. Jurisprudența interpretează și aplică normele cutumiare în mod similar cu cele legale. Cutumă nu este pur și simplu practică, cum este jurisprudența, ci este o practică îndelungată considerată dreaptă, de cele mai multe ori „o practică imemorabilă, considerată ca lege din strămoși”⁴. Cu toate acestea, așa cum am precizat, în anumite situații, o practică îndelungată nu înseamnă neapărat o practică imemorială, durata repetării aplicării unei reguli pentru a deveni cutumă depinzând de natura raportului pe care îl reglementează. Pe de altă parte, trebuie remarcat, că o jurisprudență constantă poate crea cutume.

Normele cutumiare sunt norme prin care un comportament este determinat ca fiind obligatoriu prin **obișnuință**. Dacă persoane care trăiesc în aceeași societate se comportă pe parcursul unei anumite perioade, în anumite condiții similare, într-un anumit mod, în indivizi ia naștere dorința de a se conforma modului în care se comportă majoritatea membrilor acelei societăți. Sensul subiectiv al actelor care constituie starea de fapt a obișnuinței nu este la început o obligație. Abia după ce aceste acte s-au desfășurat pe parcursul unei anumite perioade se naște în fiecare individ ideea că trebuie să se comporte așa cum obișnuiesc să se comporte membrii comunității respective, precum și voința ca și ceilalți membri ai comunității să se comporte la fel. Un moment important este acela în care, dacă un membru al societății nu se comportă așa cum obișnuiesc să se comporte ceilalți membri ai

³ Giorgio Del Vecchio, *Lecții de filosofie juridică*, Edit. Europa Nova, p. 226–228.

⁴ Mîrcea Djuvara, *Teoria generală a dreptului*, București, Edit. Librărie Socec & Co. S.A., 1930, p. 422.

comunității, comportamentul său este condamnat. În acest fel, starea de fapt a obișnuinței devine o *voință colectivă* al cărei sens subiectiv este *o obligație, a cărei nerespectare este sancționată*. Obișnuința poate fi interpretată ca normă obiectiv valabilă doar în cazul în care *obișnuinței i se recunoaște această valoare de către putere*. Obișnuința poate produce norme morale ca și norme de drept. Normele de drept pot fi produse de obișnuință, dacă o normă superioară, exprimată de putere, stabilește că obișnuința, respectiv o anumită obișnuință calificată, reprezintă o stare de lucruri producătoare de drept⁵.

În forma ei inițială, cutuma este adaptabilă, schimbătoare, după necesitățile realităților sociale. O dată fixată însă, ea devine rigidă, are o inerție specifică, este rezistentă la schimbare, chiar atunci când modificarea ei este cerută de schimbarea realităților sociale. Acest lucru se explică și prin faptul că nu există un mijloc juridic rapid și eficient de schimbare a unei stări de drept. De aceea, uneori cutuma poate cuprinde norme juridice anacronice, în totală disonanță cu realitățile sociale, norme care pot frâna dezvoltarea și modernizarea societății.

Cutuma juridică se deosebește de simplele uzanțe sau de obiceiurile care nu au semnificație juridică, pentru că ea este aplicată, atunci când este recunoscută ca izvor de drept, de către autorități și de către instanțele judecătorești, *sub garanția statului și sub presiunea sancțiunilor*. Chiar dacă ea nu este creată de către un legiuitor, recunoașterea cutumei ca izvor de drept într-un anumit sistem juridic se întemeiază pe *aprobarea tacită a legiuitorului*, fiind un fel de *lege consimțită în mod tacit*⁶. Autoritatea de stat consacră cutuma prin sancțiunea dată de instanțele judecătorești în cazul nerespectării ei.

Au fost exprimate însă și opinii conform cărora și cutuma ar fi opera unui legiuitor, chiar dacă anonim. Cutuma, în această opinie, este izvorată din mintea unui om care a gândit-o, a cumpănit-o, a dorit-o și a exprimat-o, implantând-o în mințile și inimile celorlalți. Oricât de modest ar fi fost și oricât de uitat ulterior, intrând în anonim, omul acela a fost un legiuitor, se arată în această opinie⁷. În altă opinie, deși este recunoscută contribuția conștiințelor individuale, formarea cutumei este explicată printr-un proces în care aceste conștiințe individuale dau naștere unei convingeri colective, ea născându-se din adâncul conștiinței populare, din înțelepciunea populară, ca operă anonimă și colectivă a unei comunități⁸.

Multe din normele juridice cutumiare au preluat conținutul unor norme morale și religioase, ocrotind valorile recunoscute de acestea prin garantarea aplicării normei juridice prin forța de constrângere a statului. Acest lucru se explică prin faptul că anumite valori general umane au fost mai întâi selectate, ca fiind deosebit de importante pentru societate, în sfera morală și religioasă, statul dându-le un plus de eficiență prin protecția specială pe care dreptul putea să le-o acorde. Această selecție s-a făcut la nivelul conștiinței comune, prin condamnarea pe plan

⁵ Hans Kelsen, *Doctrina pură a dreptului*, București, Edit. Humanitas, 2000, p. 22–23.

⁶ Mircea Djuvara, *op.cit.*, p. 425.

⁷ Eugeniu Speranția, *Introducere în filosofia dreptului*, Cluj, 1946, p. 445.

⁸ Giorgio Del Vecchio, *op.cit.*, p. 228.

afectiv, moral și religios a unor fapte care aduceau atingere unor valori general umane, prin calificarea valorică în „bine” sau „rău” pe baza unor convingeri interioare ale membrilor unei comunități⁹.

Autoritatea cutumei era foarte puternică, mai ales în epocile primitive, în care individul era dominat aproape în întregime de mediul istoric, neconcepând posibilitatea de a se îndepărta de la practicile tradiționale ale strămoșilor săi. Ceea ce întotdeauna s-a făcut se identifica în mintea lui cu ceea ce trebuie să facă și el. S-a afirmat că pe plan psihologic dominația cutumei are două motivații principale: imitația și obișnuința, la care se adaugă autoritatea șefilor, întărită de credința supraviețuirii spirituale a șefilor morți, care crea teama de pedeapsă în cazul nerespectării tradiției impuse de către aceștia¹⁰.

Cutuma sau normele obișnuielnice au jucat un rol deosebit de important ca izvor de drept, mai ales în dreptul antic și în cel feudal. Acest lucru se explică prin caracteristicile obiceiului care este o regulă socială ce corespunde cel mai bine societăților cu o dezvoltare economică și socială mai lentă, și exprimă cel mai bine particularitățile locale specifice unor societăți fărâmițate politic, în perioadele istorice premergătoare centralizării vieții economice și politice¹¹.

În dreptul roman, cutuma a reprezentat un izvor principal de drept la începutul statului roman, pierzându-și importanța pe măsura dezvoltării acestuia. Faza incipientă de dezvoltare a statului roman s-a caracterizat printr-o economie naturală, cu un ritm lent de dezvoltare, în care cutumele au avut un mediu social prielnic de dezvoltare. În epoca republicană, când economia naturală a fost înlocuită cu o economie de schimb bazată pe o activă circulație monetară, obiceiul cedează locul legii și altor izvoare de drept, care pot reglementa mai adecvat noile raporturi sociale generate de rapida dezvoltare economică. În epoca postclasică, a Dominatului, și în cea bizantină, cutumele își recapătă în parte importanța. Trebuie adăugat că, în urma războaielor, Imperiul Roman înglobase numeroase popoare care aveau tradiții vechi și puternice, corespunzătoare structurii lor proprii de organizare economică și socială. În legătura cu acestea s-a formulat principiul conform căruia ele rămâneau aplicabile în măsura în care nu contraveneau legilor romane¹².

Condițiile pe care trebuia să le îndeplinească norma cutumiară în dreptul roman erau ca ea să fie un obicei străvechi (*inveterata consuetudo*), să fie aplicată în mod constant (*tenaciter servata*), să existe credința oamenilor că ea este obligatorie (*opinio necessitatis*) și să se bazeze pe consimțământul tacit general, adică pe o adeziune unanimă (*tacita conventio populi*). Fiind îndeplinite aceste condiții, cutumei i se recunoșteau funcțiile de **creare** a dreptului, de **interpretare** și chiar de **abrogare** a dreptului. Astfel, rolul creator al cutumei se materializa prin

⁹ Gheorghe Boboș, George Vlădica Rațiu, *Răspunderea, responsabilitatea și constrângerea în domeniul dreptului*, Cluj-Napoca, Edit. Argonaut, 1996, p. 16–21.

¹⁰ Giorgio Del Vecchio, *op. cit.*, p. 227.

¹¹ Momcilo Luburici, *Teoria generală a dreptului*, București, Universitatea Creștină “Dimitrie Cantemir” – Facultatea de Științe Juridice și Administrative, 1996, p. 66.

¹² Vladimir Hanga, *Drept privat roman*, Cluj-Napoca, Edit. Argonaut, 1996, p. 28–29.

recunoașterea obligativității unei anumite norme de conduită, după aplicarea ei îndelungată. Rolul de interpret al dreptului, conferit cutumei, era materializat prin crearea unei jurisprudențe constante, care determina modul de a interpreta în viitor anumite dispoziții ale legilor, fixând definitiv o interpretare obligatorie a legii. Cutuma putea determina și abrogarea implicită a legilor, prin căderea lor în desuetudine, în sensul că legea nu se mai aplica, prin consensul general¹³.

Studiul **istoriei dreptului românesc** a revelat existența cutumei ca izvor al dreptului daco-get, menținut în unele limite și după cucerirea romană. În Evul Mediu, dreptul cutumiar era cunoscut sub numele de *jus Valachicum* sau *jus vachorum*. Odată cu formarea statelor românești feudale, aceste norme cutumiare au constituit ceea ce s-a numit **obiceiul pământului** sau *legea*. Ulterior, obiceiul pământului a constituit una dintre sursele de inspirație pentru diferitele coduri, ca Pravilniceasca Condică în 1780 în Țara Românească, în vremea lui Alexandru Ipsilanti, Codul Calimach în 1817 în Moldova și Codul Caragea în 1818 în Țara Românească¹⁴.

În dreptul modern, cutuma are o importanță mai redusă, în toate sistemele de drept. Scăderea ponderii cutumei în epoca modernă se explică prin faptul că, fiind o regulă conservatoare, care tinde să perpetueze relațiile sociale care au generat-o, nu mai este atât de potrivită pentru un sistem de relații sociale cu transformări rapide, cum sunt cele din epoca modernă. Cu toate acestea, cutuma și-a păstrat calitatea de izvor al dreptului, în special cu rol interpretativ și supletiv.

Rolul cutumei ca izvor de drept nu este același, având o pondere mai mare în **dreptul civil**. Cu titlu de exemplu pot fi menționate trimiterile la obiceiurile locale din Codul civil român. Astfel, art. 900 din acest cod prevede că „Dispozițiile îndoioase se interpretează după **obiceiul locului** unde s-a încheiat contractul”, iar art. 600, 607 și 610 din același cod fac trimitere la „**obiceiul obștesc**”, „**obiceiurile constante și recunoscute**”, respectiv „**obiceiuri particulare**” în materia așa numitelor servituți legale, care instituie în realitate reguli de bună vecinătate, determinând limitele exercitării dreptului de proprietate.

Rolul cutumei ca normă de drept este recunoscut și în privința raporturilor contractuale civile. Astfel, art. 970 al. 2 Cod civil prevede ca regulă de interpretare a contractelor că acestea obligă părțile „nu numai la ceea ce este expres într-însele, dar la toate urmările, ce echitatea, **obiceiul** sau legea dă obligației, după natura sa”, ceea ce înseamnă că instanța de judecată va considera că dacă părțile nu au stipulat în mod expres contrariul, înseamnă că au acceptat tacit aceste clauze pe care obiceiul, echitatea sau legea le prevede pentru anumite contracte. În materie contractuală, prevederile Codului civil fac trimitere la norme cutumiare și în reglementarea specială a contractului de vânzare-cumpărare, cu privire la vânzarea pe gustate ca varietate a acestui contract (art. 1301). Și mai numeroase sunt trimiterile la norme obișnuielnice în reglementarea specială a contractului de locațiune din Codul civil. Spre exemplu, printr-o normă supletivă în vigoare,

¹³ Grigore Dimitrescu, *Drept roman*, Craiova, Edit. Scrisul românesc, 1948, p. 43-44.

¹⁴ Ana Boar, *Elemente de Teoria Dreptului*, 1996, p. 139.

art. 1447 al. 1 Cod civil prevede că întinderea și conținutul obligației locatarului de a efectua micile reparații ale bunului închiriat se consideră stabilite după **obiceiul locului**.

Conform art. 1531 din Codul civil, dispozițiile referitoare la societățile civile se aplică și societăților comerciale, dacă nu sunt contrare legilor și **uzurilor comerciale**. Referiri la norme cutumiare există și în alte acte normative care reglementează **domeniul comercial**, cum ar fi Legea 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale¹⁵, care face referire în art. 1 și 2 la **uzanțele cinstite** în activitatea comercială.

Deși în literatură s-a susținut că în **dreptul muncii** cutuma nu poate constitui izvor de drept, fiind incompatibilă cu reglementarea juridică a raporturilor de muncă¹⁶, relativ recent, ținând cont de apariția unor acte normative noi, unii autori au susținut că acest lucru este posibil¹⁷. Astfel, în art. 9 al *Ordonanței Guvernului nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare*¹⁸, se prevede că nu vor fi îngădite drepturile angajatorului de a refuza angajarea unei persoane care nu corespunde cerințelor și standardelor uzuale în domeniul respectiv, atât timp cât rezultatul nu constituie un act de discriminare. Cu alte cuvinte, se recunoaște dreptul angajatorului de a folosi anumite **uzuri profesionale** care sunt întemeiate obiectiv și apar ca rezonabile, la angajarea personalului salariat. Un astfel de uz nu poate însă să contravină normelor juridice imperative și contractelor colective de muncă.

Rolul cutumei este recunoscut și în **dreptul constituțional**. Astfel, regulile privind organizarea politică a unui stat pot fi reguli cutumiare, care pot alcătui o constituție cutumiară, și reguli codificate într-un document oficial, formând constituția scrisă. Constituția cutumiară rezultă din obiceiuri cu privire la constituirea, competența, funcționarea organelor puterii, raporturile dintre aceste organe și dintre ele și cetățeni. Până în secolul al XVIII-lea, organizarea politică a diferitelor state s-a realizat aproape exclusiv prin cutume. Constituția cutumiară era o constituție flexibilă, dar și imprecisă, fiind greu de stabilit sensul originar al cutumei, precum și momentul când o anumită cutumă a căzut în desuetudine sau când o nouă cutumă s-a încetățenit. În prezent nu mai există constituții exclusiv cutumiare, dar normele constituționale cutumiare continuă să coexiste cu constituția scrisă, îndeplinind în principal o funcție supletivă față de aceasta¹⁹.

Pentru ca un uz constituțional să devină obicei constituțional trebuie să fie îndeplinite aceleași condiții ca pentru orice obicei juridic: să se aplice un timp suficient de lung, să se formeze o practică îndelungată constantă, neîntreruptă prin practici contrare, iar dacă totuși se produce o întrerupere, cea mai mare parte a opiniei publice să o considere ilegală, în conștiința societății fiind înrădăcinată convingerea că uzul respectiv se impune respectului general cu forța unei reguli de

¹⁵ „M.Of. al României”, Partea I, nr. 24 din 30 ianuarie 1991.

¹⁶ S. Ghimpu, Al. Țiclea, *Dreptul muncii*, București, Edit. All Beck, 2000, p. 37.

¹⁷ I. T. Ștefănescu, B. Vartolomei, *Uzul în domeniul raporturilor de muncă*, „Dreptul”, nr. 5, 2001, p. 93–99.

¹⁸ „M.Of. al României”, Partea I, nr. 431 din 2 septembrie 2000.

¹⁹ Ion Deleanu, *Instituții și proceduri constituționale*, Arad, Edit. Servo-Sat, 2001, p. 134.

conduită obligatorie. În literatura de specialitate este citat un astfel de obicei constituțional și modul în care el a apărut. În perioada de aplicare a Constituției din 1866, regula de drept cutumiar constituțional, potrivit căreia șeful statului trebuia să numească guvernul din sânul partidului politic cel mai bine plasat după alegeri, s-a încetățenit de-a lungul unei perioade care a durat din 1869 până în 1891. Când regele Carol I a numit un prim-ministru cu nesocotirea acestei reguli cutumiare, Take Ionescu a protestat în numele opiniei publice, vorbind de „neîndeplinirea mecanismului constituțional, căci potrivit acestuia la guvern ar fi trebuit să urmeze cei desemnați de majoritatea corpului electoral”²⁰.

S-a arătat că normele constituționale cutumiare nu pot modifica sau abroga o normă constituțională scrisă, atunci când coexistă cu constituțiile scrise, pentru că dacă s-ar admite contrariul ar trebui să se admită că și faptele repetate de încălcare a constituției scrise ar putea constitui o sursă a regulilor constituționale. Cutuma constituțională, conform acestei opinii, poate avea doar rolul de a completa constituția scrisă și de a sprijini interpretarea ei adecvată, cu condiția ca rolul supletiv și interpretativ al cutumei să se îndeplinească sub semnul exigenței, astfel încât să nu lase loc arbitrarului²¹.

Cu privire la rolul abrogator al cutumei constituționale a fost exprimată însă și o altă opinie²². Conform acesteia, cu toate că un obicei juridic nu poate abroga integral nici o constituție cutumiară, nici una scrisă, o abrogare parțială, respectiv o modificare a unei anumite dispoziții constituționale pe cale cutumiară este posibilă în anumite condiții.

Se consideră că în prezent cutuma constituțională apare cu o pondere mai mare în sistemele statale democratice și de îndelungată stabilitate și mai puțin în sistemele constituționale care au suferit schimbări mai frecvente, având în vedere că regula cutumiară se impune în timp. Spre exemplu, Constituția actuală a Angliei cuprinde, pe lângă o parte scrisă, formată din dreptul statutar (*statute law*), și dreptul judiciar al precedentelor (*common law*), precum și o parte nescrisă, formată din cutume²³.

În Constituția României din 1991 au fost incluse reguli cutumiare, stabilite în special anterior regimului comunist, dar s-a considerat că din moment ce acestea s-au transformat în dispoziții constituționale scrise, ele și-au pierdut caracterul cutumiar²⁴. Considerăm că, ținând cont de diferența specifică dintre lege și cutumă, constând în faptul că prima este emisă de stat, în timp ce cea de-a doua este doar recunoscută de acesta, și nu în caracterul scris sau nescris al normelor juridice, caracterul cutumiar al unor norme constituționale nu se pierde prin incorporarea lor într-o constituție scrisă.

²⁰ Tudor Drăganu, *Drept constituțional și instituții politice*, vol. I, Târgu-Mureș, Universitatea Ecologică „Dimitrie Cantemir” – Facultatea de Drept, 1993, p. 34–35.

²¹ Ion Deleanu – op.cit., p.134.

²² Tudor Drăganu, *op. cit.*, p. 62–63.

²³ Ioan Muraru, *Drept constituțional și instituții politice*, București, Edit. Actami, 1998, p. 50.

²⁴ Ioan Muraru, Mihai Constantinescu, *Drept parlamentar românesc*, București, Edit. Actami, 1999, p.50.

Conform unor opinii exprimate de specialiști în drept constituțional, pe lângă aceste cutume încorporate în Constituția scrisă, din 1991 și până în prezent au luat naștere sau sunt în curs de formare anumite cutume constituționale²⁵.

Este interesant de remarcat faptul că obiceiul juridic poate să apară ca izvor formal de drept chiar și cu privire la normele juridice care reglementează modul în care sunt elaborate și adoptate legile. Astfel, printre izvoarele actuale ale **legisticii formale**, ramură a dreptului care cuprinde normele tehnicii legislative și ale procedurii legislative, se numără și cutumele parlamentare. Acestea sunt definite ca reguli nescrise, care se aplică în cadrul procedurii legislative, în temeiul unei practici necontestate, și a căror apariție este determinată de lacunele regulamentelor parlamentare²⁶. Astfel de cutume au apărut și în activitatea Parlamentului român după 1989, având în principal un rol supletiv față de regulamentele parlamentare.

Cutuma este recunoscută ca izvor de drept și în **dreptul internațional public**. Astfel, art. 38–20 din statutul Curții Internaționale de Justiție prevede că o sursă a drepturilor și obligațiilor statelor, în raporturile lor reciproce, o constituie cutuma internațională, definită a fi o practică general acceptată cu valoare de normă de drept. Cutuma internațională își are fundamentul în necesitățile vieții sociale și în exigențele vieții internaționale.

Existența fenomenului cutumiar pe plan internațional se întemeiază pe două elemente, unul constând în aplicarea continuă a cutumei, ca regulă acceptată în mod constant și unanim de statele care se află într-o situație căreia i se aplică norma prescrisă de ea, și altul psihologic, constând în recunoașterea ei de către diferite state ca normă obligatorie – *opinio juris* sau *opinio necessitatis*²⁷. Recunoașterea de către state a normei cutumiare se poate face în mod tacit sau expres, prin includerea ei într-un tratat internațional.

În cazul normelor cutumiare ale dreptului internațional se constată două dificultăți: dovedirea existenței normei cutumiare și determinarea precisă a conținutului ei.

În practica statelor s-au conturat câteva reguli referitoare la normele cutumiare: 1) ele trebuie să fie în concordanță cu normele imperative ale dreptului internațional, 2) asupra lor au întâietate normele convenționale și 3) ele se aplică în special în domeniile în care dreptul internațional public nu este codificat și în raporturile în care nu s-au stabilit norme convenționale²⁸.

De asemenea, în **comerțul internațional**, îndeosebi în comerțul internațional maritim, pentru care o mare parte a regulilor juridice sunt cuprinse în așa-numitele „*uzanțe*”, cutuma este în continuare un important izvor de drept.

Opinia generală este că dreptul modern consacră un spațiu mult mai redus cutumei față de trecut. De la această regulă există și excepții.

²⁵ Tudor Drăganu, *op. cit.*, p. 64.

²⁶ Ioan Vida, *Manual de legistică formală*, București, Edit. Lumina Lex, 2000, p. 11–12.

²⁷ Ch. Rousseau, *Droit International Public*, Paris, Dalloz, 1965, p. 77–83.

²⁸ Marțian Niciu, *Drept internațional public*, Edit. Servosat, 1997, p. 18–19.

Dreptul anglo-saxon, spre exemplu, este caracterizat și în prezent ca un drept cutumiar. Această opinie a fost însă și combătută, arătându-se că în sistemul de drept englez cutuma nu mai joacă un rol mai mare decât în alte sisteme de drept. S-a argumentat că el a fost interpretat ca drept cutumiar pe baza unei prejudecăți a juriștilor de pe continent, conform căreia dreptul este fie scris, bazat pe coduri, fie cutumiar. Conform acestei opinii, dreptul englez nu este însă un drept cutumiar, ci un drept jurisprudențial. Deși în trecut cutumele au avut un rol important în dreptul englez, sistemul jurisprudențial, denumit *common law*, dezvoltat începând cu sec. al XIII-lea, a dus practic la dispariția cutumelor locale. Funcționarea actuală a regulii precedentului nu se bazează pe acea noțiune apropiată de cutumă, care este jurisprudența constantă. Precedentul obligatoriu se constituie dintr-o singură hotărâre judecătorească pronunțată de o jurisdicție de un anumit grad²⁹.

Cutumele reprezintă un element important și în **dreptul țărilor foste colonii**, ele supraviețuind și aplicându-se adesea în paralel cu dreptul colonial, astfel că, la cucerirea independenței de către aceste state, ele sunt considerate un element important al identității lor³⁰.

Avantajele și dezavantajele cutumei ca izvor de drept sunt determinate de modul lent, nedeliberat de formare, precum și de încetarea aplicării ei printr-un proces de asemenea lent, însă în sens invers, prin căderea în desuetudine.

Astfel, creându-se în mod lent, printr-un proces aproape inconștient de repetare de către grupul social, **obiceiul este adaptat idealurilor** morale, nevoilor economice și sociale ale societății respective, evoluând lent o dată cu ele, până când se fixează și devine rigid. Pe de altă parte însă, acest proces lent de schimbare face **greu de dovedit conținutul exact al cutumei**.

De-a lungul istoriei, acest fapt a constituit un motiv de revoltă, solicitându-se redactarea și publicarea cutumelor pentru a putea fi cunoscute de toți. Așa de exemplu, în Roma antică, în urma unor revendicări ale plebei s-a ajuns la redactarea Legii celor XII Table, în care au fost cuprinse vechile cutume cunoscute până atunci numai de pontifi, lege expusă în Forum, pentru ca toți să aibă acces la cunoașterea dispozițiilor sale. În același scop, în 1789, în Franța, Starea a Treia a revendicat codificarea cutumelor medievale, numeroase și diferite de la o regiune la alta³¹.

Obiceiurile fiind de multe ori diferite și în funcție de regiunile unui stat, este dificil de a constata indiscutabil dacă un obicei se aplică cu forța unei norme de drept pe toată întinderea unui stat sau care sunt limitele exacte ale teritoriului unde îi este recunoscută această forță.

Cutuma este considerată ca fiind o normă de drept **specifică societăților închise, comunităților relativ restrânse**, fiind legată de existența unor obiceiuri specifice unui anumit teritoriu și delimitarea exactă a acestui teritoriu este uneori imposibil de făcut.

²⁹ Rene David, *Les grandes systemes de droit contemporains. Droit compare*, Paris, Dalloz, 1966, p. 398.

³⁰ Ana Boar, *op. cit.*, p. 137–138.

³¹ *Ibidem*.

O altă problemă o reprezintă *dovada existenței în timp* a obiceiului, care se schimbă sau dispare treptat³². Multe din regulile prescrise de cutume, deși nu au fost abrogate expres, au căzut în desuetudine, devenind caduce.

În societățile mai puțin dezvoltate economic, în care ea ocupa un rol preponderent, cutuma era axată în special pe reglementarea aspectelor vieții private a membrilor comunității, care erau în număr mic și viața lor se desfășura mai mult într-un spațiu public, decât în intimitate și individualism.

În aceste societăți, deși cutuma reglementa într-un mod complex relațiile sociale, în fond aceste relații erau mai puțin complexe decât cele din societățile actuale, puternic dezvoltate economic. Relațiile complexe, sofisticate din societățile moderne, relații dinamice, în permanentă schimbare, nu mai pot fi reglementate decât în mică măsură de reguli cutumiare caracterizate printr-o *dezvoltare lentă, rigiditate și o oarecare imprecizie*. Astfel de relații sociale se impun a fi reglementate prin legi emise de autoritățile competente, ținând cont de necesitățile și mobilitatea din societățile moderne, dând de asemenea posibilitatea cunoașterii exacte a conținutului normelor juridice³³. Din această cauză, în prezent, în majoritatea sistemelor de drept, cutuma tratează mai ales raporturi sociale din domeniul mai conservatoare, cum ar fi raporturile de familie, cele privind proprietatea funciară, succesiunile. Acest lucru se întâmplă chiar și în dreptul țărilor musulmane, în care cutumele s-au păstrat numai în domeniul statutului persoanei, restul domeniilor fiind reglementate prin legi care au preluat modelul occidental³⁴.

Analizându-se **raportul dintre cutumă și lege** (în sens larg), în literatura de specialitate s-a afirmat că trecerea de la pragmatismul cutumiar la o treaptă juridică științifică, exprimată în norme de drept emise de o autoritate de stat, este un mare câștig al societății³⁵.

Chiar și atunci când cutumele au fost strânse în culegeri scrise, ele nu au putut dobândi organizarea și rigurozitatea legilor, păstrând un caracter de nedeterminare și numeroase lacune, neexprimând niște principii clare de drept³⁶. Ele nu puteau forma un sistem, așa cum pot forma legile. Mai mult, adunarea cutumelor în culegeri sau așa-numita codificare a cutumelor a putut să faciliteze cunoașterea conținutului lor exact, dar a avut și efectul de a întrerupe evoluția cutumei, redusă la regula scrisă a codului, ceea ce a șters una din cele mai importante caracteristici ale ei – transformarea ei lentă, într-o permanentă devenire³⁷.

³² Grigore Dimitrescu, *op. cit.*, p. 46.

³³ Derek Roebuck, *The Background of the Common Law*, Oxford, Oxford University Press, 1990, p. 6.

³⁴ Rene David, *op. cit.*, p. 50–52.

³⁵ Teodor Tanco, *op. cit.*, p. 164.

³⁶ G. W. F. Hegel, *Principiile filozofiei dreptului*, București, Edit. IRI, 1996, p. 208–209.

³⁷ Dan Ciobanu, *Introducere în studiul dreptului*, București, Edit. Hyperion XXI, 1992, p. 20.

Așa cum am mai arătat, în prezent, în societățile moderne, rolul cutumei este mult diminuat față de cel al legii.

O primă observație în acest sens este aceea că dacă în trecut cutumei îi erau recunoscute funcțiile de creare a dreptului, de interpretare și chiar de abrogare a dreptului (cum se întâmpla în dreptul roman), în prezent majoritatea teoreticienilor consideră că o cutumă nu poate opera *contra legem*, deci nu poate avea în nici un caz un rol de abrogare a legilor, ci eventual doar a altor cutume. În susținerea acestei opinii se arată că dacă s-ar admite că o cutumă poate opera și împotriva legii ar însemna să fie recunoscute ca sursă a dreptului și faptele repetate de violare a lui, ceea ce ar fi de neconceput. În aceste condiții, se consideră că o cutumă poate îndeplini numai un rol supletiv și interpretativ față de lege³⁸.

Au fost exprimate însă și opinii diferite, în sensul că în anumite condiții, chiar în prezent, anumite cutume pot opera *contra legem*. Astfel, s-a considerat că în cazul în care o anumită normă juridică, chiar constituțională, nu a fost aplicată un timp îndelungat, datorită faptului că ea nu mai corespunde idealurilor de justiție ale societății și ar putea da naștere unei reacții colective energice, căderea ei în desuetudine echivalează cu abrogarea printr-o cutumă. La fel, în cazul în care neaplicarea îndelungată a unei norme juridice este determinată de faptul că împrejurări economice și sociale schimbate fac imposibilă aplicarea ei, se poate spune că o practică îndelungată (de neaplicare) a dus la abrogarea respectivei norme juridice³⁹.

Relațiile dintre cutumă și lege pot fi examinate nu numai în raport cu diferitele epoci, ci și în raport cu diferitele ramuri ale dreptului⁴⁰. Astfel, așa cum am arătat, cutuma se păstrează ca un important izvor de drept în dreptul internațional public, în dreptul comercial internațional, fiind prezent și în dreptul civil, comercial, al muncii și constituțional. Cu toate acestea, trebuie remarcat că în aceste din urmă ramuri rolul lui este inferior celui al legii. Există însă și ramuri de drept în care cutuma este total exclusă, cum este dreptul penal și dreptul procesual penal, acestea fiind ramuri de drept în care este necesară fixarea de limite foarte precise, întrucât ele ating în mod direct libertatea omului. „*Nullum crimen sine lege*” și „*Nulla poena sine lege*”, norme fundamentale ale justiției penale, implică foarte clar imposibilitatea formării unei norme penale cutumiare.

Problema relației dintre cutumă și lege se pune însă nu numai sub aspect cantitativ. Uneori, s-a pus întrebarea: care dintre aceste două izvoare are o mai mare autoritate? În principiu, autoritatea celor două izvoare este în mod necesar aceeași, amândouă exprimând voința și conștiința socială predominantă. Cu toate acestea, trebuie menționat că pe parcursul vremii au existat teorii care au acordat o importanță mai mare fie cutumei, fie legii, stabilind între ele raporturi de subordonare. Aceste teorii se întemeiază pe situații istorice particulare, cum ar fi

³⁸ Ion Deleanu, *op. cit.*, p. 15.

³⁹ Tudor Drăganu, *op. cit.*, p. 63–64.

⁴⁰ Giorgio Del Vecchio, *op. cit.*, p. 236–237.

spre exemplu aceea a perioadei de început a activității unor organe legislative, când acestea se mărgineau să rezume și să sintetizeze în legi ceea ce era deja stabilit prin cutume. Generalizând însă o relație dintre lege și cutumă prin prisma unor momente istorice, fără a avea o privire istorică de ansamblu, considerăm că este greșit. În principiu, între cutumă și lege există o relație de echivalență sub aspectul autorității lor.

Dacă sub aspectul forței juridice cutuma nu poate fi considerată inferioară legii, în sens larg, trebuie recunoscută însă în prezent o condiție de inferioritate a cutumei față de lege, ca arie de reglementare. Aceasta nu datorită unei autorități mai mari a legii, ci datorită unei diferențe cantitative și unor prevederi exprese, prin care se exclude posibilitatea cutumei de a modifica legea.

Nevoia societăților moderne de reguli precise, determinate în conținut și durată, de uniformitate în sistemul juridic, dă preponderență legii. Cutuma de multe ori este nesigură, sau diferită de la loc la loc, în timp ce legea este precisă și sigură. Cutuma care încearcă să se formeze contra legii este de cele mai multe ori sufocată de către sistemul unitar și solid al dreptului legiferat. Mai trebuie ținut seama de faptul că în dreptul actual există o continuitate de producție legislativă, față de trecut, când funcția legislativă avea un caracter intermitent. Însăși mișcarea opiniei publice, convingerea juridică populară, din care ar putea rezulta cutuma, se transformă de multe ori mai ușor și mai rapid în lege⁴¹.

Mai mult, pentru ca obiceiul juridic sau cutuma să fie recunoscută ca izvor al dreptului contemporan, este necesară o recunoaștere a ei în acest sens. Constituția, legea supremă a unui stat trebuie să admită cutuma, ca fapt creator de drept. Constituția actuală a României admite cutuma ca izvor de drept, ea fiind chiar nominalizată în art. 44 al. 7, privitor la dreptul de proprietate⁴².

Trebuie avut în vedere și faptul că în prezent se impune și reflectarea în soluțiile juridice, adoptate de diferite state, a modalităților de satisfacere a trebuințelor sociale ale tuturor membrilor societății la standarde unanim acceptate la nivel regional și mondial⁴³. Acest lucru înseamnă că sistemul intern de drept este supus unor constrângeri exterioare, care, tinzând la uniformizări legislative, au ca efect restrângerea ariei de acțiune a unor obiceiuri locale și oarecum imprecise, cerând rigoare și alinierea legislațiilor naționale la anumite cerințe sau standarde generale.

⁴¹ *Ibidem*, p. 238–239.

⁴² Ioan Muraru, *Drept constituțional și instituții politice*, ..., p. 32–33; „Dreptul de proprietate obligă la respectarea sarcinilor privind protecția mediului și asigurarea bunei vecinătăți, precum și la respectarea celorlalte sarcini care, potrivit legii sau obiceiului, revin proprietarului” (Constituția României, art. 44, al. 7).

⁴³ Ioan Vida, *op. cit.*, p. 32.