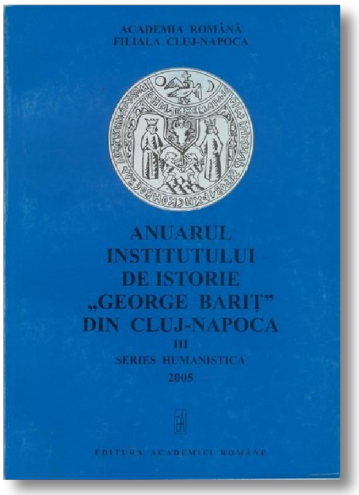

ISSN 1584-4404

Yearbook of the George Barițiu History Institute of Cluj-Napoca
Series *Humanistica*

humanistica.ro

Câteva considerații cu privire la locul cutumei ca izvor de drept

Livia Florina Labo

How to cite this article:
Labo, Livia Florina (2005) *Câteva considerații cu privire la locul cutumei ca izvor de drept*, Yearbook of the George Barițiu History Institute of Cluj-Napoca, Series Humanistica, Vol. 3, pp. 355–366. DOI: 10.5281/zenodo.22965613

© 2005: The Publishing House of the Romanian Academy.
Humanistica Yearbook is published online since 2003.
Submit your article to Humanistica Yearbook: secretariat.dcsu@acad-cj.ro

CÂTEVA CONSIDERAȚII CU PRIVIRE LA ROLUL CUTUMEI CA IZVOR DE DREPT

Livia Florina Labo

Universitatea Creştină „Dimitrie Cantemir" din Bucureşti

Cutuma, denumită şi ***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 recunoaşte această calitate sau nu i se mai acordă aceeaşi importanță.

Studiul cutumelor are un rol deosebit în descifrarea modului de formare a dreptului pozitiv şi în explicitarea specificului național al unui sistem juridic. Prin studierea aşa 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 şi concepțiile şi principiile ei juridice generale[1].

Cutuma este cel mai vechi izvor formal al dreptului. Aşa cum arăta un renumit sociolog al dreptului, înainte de existența legilor şi a normelor de organizare decretate expres, termenii de ***datină*** şi ***tradiție*** erau singurii utilizabili în acest domeniu[2].

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, recunoaşterea 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 şi 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. Aşa sunt anumite reguli de conduită personală, spre exemplu cele de politețe, sau de prudență, pe care în general fiecare le respectă, chiar cu conştiința împlinirii unei datorii, fără a atribui altuia puterea de a-i impune

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

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

An. Inst. de Ist. „G. Bariț" din Cluj-Napoca, Series Humanistica, tom. III, 2005, p. 355–366

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***, aşa încât ***alţii pot să o pretindă***, şi deci nu depinde numai de voinţa 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. Noţiunea de durată este însă relativă, la fel cum şi 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 internaţional public, în ce priveşte anumite relaţii între state. În aceste cazuri va fi suficient şi un număr mai mic de repetări, cu condiţia 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].

Cutuma 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*** şi într-un caz nou, astfel încât să i se aplice norma cutumiară, cu aceeaşi putere cu care i s-ar aplica legea.

Cutuma este diferită de jurisprudenţă, care trebuie să ia act de ea şi să o aplice. Jurisprudenţa interpretează şi aplică normele cutumiare în mod similar cu cele legale. Cutuma nu este pur şi simplu practică, cum este jurisprudenţa, ci este o practică îndelungată considerată dreaptă, de cele mai multe ori „o practică imemorabilă, considerată ca lege din strămoşi”[4]. Cu toate acestea, aşa cum am precizat, în anumite situaţii, 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 jurisprudenţă constantă poate crea cutume.

Normele cutumiare sunt norme prin care un comportament este determinat ca fiind obligatoriu prin ***obişnuinţă***. Dacă persoane care trăiesc în aceeaşi societate se comportă pe parcursul unei anumite perioade, în anumite condiţii similare, într-un anumit mod, în indivizi ia naştere dorinţa de a se conforma modului în care se comportă majoritatea membrilor acelei societăţi. Sensul subiectiv al actelor care constituie starea de fapt a obişnuinţei nu este la început o obligaţie. Abia după ce aceste acte s-au desfăşurat pe parcursul unei anumite perioade se naşte în fiecare individ ideea că trebuie să se comporte aşa cum obişnuiesc să se comporte membrii comunităţii respective, precum şi voinţa ca şi ceilalţi membri ai comunităţii să se comporte la fel. Un moment important este acela în care, dacă un membru al societăţii nu se comportă aşa cum obişnuiesc să se comporte ceilalţi membri ai

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

[4] Mircea Djuvara, *Teoria generală a dreptului*, Bucureşti, Edit. Librărie Socec & Co. S.A., 1930, p. 422.

comunității, comportamentul său este condamnat. În acest fel, starea de fapt a obişnuinței devine o ***voință colectivă*** al cărei sens subiectiv este ***o obligație, a cărei nerespectare este sancționată***. Obişnuința poate fi interpretată ca normă obiectiv valabilă doar în cazul în care ***obişnuinței i se recunoaşte această valoare de către putere***. Obişnuința poate produce norme morale ca şi norme de drept. Normele de drept pot fi produse de obişnuință, dacă o normă superioară, exprimată de putere, stabileşte că obişnuința, respectiv o anumită obişnuință calificată, reprezintă o stare de lucruri producătoare de drept[5].

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 şi prin faptul că nu există un mijloc juridic rapid şi 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 şi modernizarea societății.

Cutuma juridică se deosebeşte 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 şi de către instanțele judecătoreşti, ***sub garanția statului şi sub presiunea sancțiunilor***. Chiar dacă ea nu este creată de către un legiuitor, recunoaşterea 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 judecătoreşti în cazul nerespectării ei.

Au fost exprimate însă şi opinii conform cărora şi cutuma ar fi opera unui legiuitor, chiar dacă anonim. Cutuma, în această opinie, este izvorâtă din mintea unui om care a gândit-o, a cumpănit-o, a dorit-o şi a exprimat-o, implantând-o în mințile şi inimile celorlalți. Oricât de modest ar fi fost şi oricât de uitat ulterior, intrând în anonimat, omul acela a fost un legiuitor, se arată în această opinie[7]. În altă opinie, deşi este recunoscută contribuția conştiințelor individuale, formarea cutumei este explicată printr-un proces în care aceste conştiințe individuale dau naştere unei convingeri colective, ea născându-se din adâncul conştiinței populare, din înțelepciunea populară, ca operă anonimă şi colectivă a unei comunități[8].

Multe din normele juridice cutumiare au preluat conținutul unor norme morale şi 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 şi 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 conştiinței comune, prin condamnarea pe plan

[5] Hans Kelsen, *Doctrina pură a dreptului*, Bucureşti, 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 şi 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 comunităţi[9].

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 tradiţionale ale strămoşilor săi. Ceea ce întotdeauna s-a făcut se identifica în mintea lui cu ceea ce trebuie să facă şi el. S-a afirmat că pe plan psihologic dominaţia cutumei are două motivaţii principale: imitaţia şi obişnuinţa, la care se adaugă autoritatea şefilor, întărită de credinţa supravieţuirii spirituale a şefilor morţi, care crea teama de pedeapsă în cazul nerespectării tradiţiei impuse de către aceştia[10].

Cutuma sau normele obişnuielnice au jucat un rol deosebit de important ca izvor de drept, mai ales în dreptul antic şi în cel feudal. Acest lucru se explică prin caracteristicile obiceiului care este o regulă socială ce corespunde cel mai bine societăţilor cu o dezvoltare economică şi socială mai lentă, şi exprimă cel mai bine particularităţile locale specifice unor societăţi fărâmiţate politic, în perioadele istorice premergătoare centralizării vieţii economice şi politice[11].

În dreptul roman, cutuma a reprezentat un izvor principal de drept la începutul statului roman, pierzându-şi importanţa 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 circulaţie monetară, obiceiul cedează locul legii şi altor izvoare de drept, care pot reglementa mai adecvat noile raporturi sociale generate de rapida dezvoltare economică. În epoca postclasică, a Dominatului, şi în cea bizantină, cutumele îşi recapătă în parte importanţa. Trebuie adăugat că, în urma războaielor, Imperiul Roman înglobase numeroase popoare care aveau tradiţii vechi şi puternice, corespunzătoare structurii lor proprii de organizare economică şi socială. În legătura cu acestea s-a formulat principiul conform căruia ele rămâneau aplicabile în măsura în care nu contraveneau legilor romane[12].

Condiţiile 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 credinţa oamenilor că ea este obligatorie *(opinio necessitatis)* şi să se bazeze pe consimţământul tacit general, adică pe o adeziune unanimă *(tacita conventio populi)*. Fiind îndeplinite aceste condiţii, cutumei i se recunoşteau funcţiile de ***creare*** a dreptului, de ***interpretare*** şi chiar de ***abrogare*** a dreptului. Astfel, rolul creator al cutumei se materializa prin

[9] Gheorghe Boboş, George Vlădica Raţiu, *Răspunderea, responsabilitatea şi 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*, Bucureşti, Universitatea Creştină "Dimitrie Cantemir" – Facultatea de Ştiinţe Juridice şi Administrative, 1996, p. 66.

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

recunoaşterea 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 şi abrogarea implicită a legilor, prin căderea lor în desuetudine, în sensul că legea nu se mai aplica, prin consensul general[13].

Studiul **istoriei dreptului românesc** a revelat existența cutumei ca izvor al dreptului daco-get, menținut în unele limite şi după cucerirea romană. În Evul Mediu, dreptul cutumiar era cunoscut sub numele de ***jus Valachicum*** sau ***jus vachorum***. Odată cu formarea statelor româneşti 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 şi Codul Caragea în 1818 în Țara Românească[14].

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 şi-a păstrat calitatea de izvor al dreptului, în special cu rol interpretativ şi supletiv.

Rolul cutumei ca izvor de drept nu este acelaşi, 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 şi 610 din acelaşi cod fac trimitere la „***obiceiul obştesc***", „***obiceiurile constante şi recunoscute***", respectiv „***obiceiuri particular***e" în materia aşa 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 şi 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 şi în reglementarea specială a contractului de vânzare-cumpărare, cu privire la vânzarea pe gustate ca varietate a acestui contract (art. 1301). Şi mai numeroase sunt trimiterile la norme obişnuielnice 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 şi conţinutul obligaţiei locatarului de a efectua micile reparaţii ale bunului închiriat se consideră stabilite după ***obiceiul locului***.

Conform art. 1531 din Codul civil, dispoziţiile referitoare la societăţile civile se aplică şi societăţilor comerciale, dacă nu sunt contrare legilor şi ***uzurilor comerciale***. Referiri la norme cutumiare există şi în alte acte normative care reglementează **domeniul comercial**, cum ar fi Legea 11/1991 privind combaterea concurenţei neloiale[15], care face referire în art. 1 şi 2 la ***uzanţele cinstite*** în activitatea comercială.

Deşi în literatură s-a susţinut că în **dreptul muncii** cutuma nu poate constitui izvor de drept, fiind incompatibilă cu reglementarea juridică a raporturilor de muncă[16], relativ recent, ţinând cont de apariţia unor acte normative noi, unii autori au susţinut că acest lucru este posibil[17]. Astfel, în art. 9 al *Ordonanţei Guvernului nr. 137/2000 privind prevenirea şi sancţionarea tuturor formelor de discriminare*[18], se prevede că nu vor fi îngrădite drepturile angajatorului de a refuza angajarea unei persoane care nu corespunde cerinţelor şi standardelor uzuale în domeniul respectiv, atât timp cât rezultatul nu constituie un act de discriminare. Cu alte cuvinte, se recunoaşte dreptul angajatorului de a folosi anumite ***uzuri profesionale*** care sunt întemeiate obiectiv şi apar ca rezonabile, la angajarea personalului salariat. Un astfel de uz nu poate însă să contravină normelor juridice imperative şi contractelor colective de muncă.

Rolul cutumei este recunoscut şi în **dreptul constituţional**. Astfel, regulile privind organizarea politică a unui stat pot fi reguli cutumiare, care pot alcătui o constituţie cutumiară, şi reguli codificate într-un document oficial, formând constituţia scrisă. Constituţia cutumiară rezultă din obiceiuri cu privire la constituirea, competenţa, funcţionarea organelor puterii, raporturile dintre aceste organe şi dintre ele şi cetăţeni. Până în secolul al XVIII-lea, organizarea politică a diferitelor state s-a realizat aproape exclusiv prin cutume. Constituţia cutumiară era o constituţie flexibilă, dar şi imprecisă, fiind greu de stabilit sensul originar al cutumei, precum şi momentul când o anumită cutumă a căzut în desuetudine sau când o nouă cutumă s-a încetăţenit. În prezent nu mai există constituţii exclusiv cutumiare, dar normele constituţionale cutumiare continuă să coexiste cu constituţia scrisă, îndeplinind în principal o funcţie supletivă faţă de aceasta[19].

Pentru ca un uz constituţional să devină obicei constituţional trebuie să fie îndeplinite aceleaşi condiţii 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 totuşi se produce o întrerupere, cea mai mare parte a opiniei publice să o considere ilegală, în conştiinţa societăţii fiind înrădăcinată convingerea că uzul respectiv se impune respectului general cu forţa unei reguli de

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

[16] S. Ghimpu, Al. Ţiclea, *Dreptul muncii*, Bucureşti, Edit. All Beck, 2000, p. 37.

[17] I. T. Ştefănescu, 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, *Instituţii şi proceduri constituţionale*, Arad, Edit. Servo-Sat, 2001, p. 134.

conduită obligatorie. În literatura de specialitate este citat un astfel de obicei constituțional şi modul în care el a apărut. În perioada de aplicare a Constituției din 1866, regula de drept cutumiar constituțional, potrivit căreia şeful 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 şi 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 şi de a sprijini interpretarea ei adecvată, cu condiția ca rolul supletiv şi interpretativ al cutumei să se îndeplinească sub semnul exigenței, astfel încât să nu lase loc arbitrarului[21].

Cu privire la rolul abrogator al cutumei constituționale a fost exprimată însă şi o altă opinie[22]. 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 şi de îndelungată stabilitate şi 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*), şi dreptul judiciar al precedentelor (*common law*), precum şi o parte nescrisă, formată din cutume[23].

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 şi-au pierdut caracterul cutumiar[24]. Considerăm că, ținând cont de diferența specifică dintre lege şi cutumă, constând în faptul că prima este emisă de stat, în timp ce cea de-a doua este doar recunoscută de acesta, şi 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 şi instituții politice*, vol. I, Târgu-Mureş, 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 şi instituții politice*, Bucureşti, Edit. Actami, 1998, p. 50.

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

Conform unor opinii exprimate de specialişti în drept constituţional, pe lângă aceste cutume incorporate în Constituţia scrisă, din 1991 şi până în prezent au luat naştere sau sunt în curs de formare anumite cutume constituţionale[25].

Este interesant de remarcat faptul că obiceiul juridic poate să apară ca izvor formal de drept chiar şi cu privire la normele juridice care reglementează modul în care sunt elaborate şi adoptate legile. Astfel, printre izvoarele actuale ale **legisticii formale**, ramură a dreptului care cuprinde normele tehnicii legislative şi ale procedurii legislative, se numără şi cutumele parlamentare. Acestea sunt definite ca reguli nescrise, care se aplică în cadrul procedurii legislative, în temeiul unei practici necontestate, şi a căror apariţie este determinată de lacunele regulamentelor parlamentare[26]. Astfel de cutume au apărut şi în activitatea Parlamentului român după 1989, având în principal un rol supletiv faţă de regulamentele parlamentare.

Cutuma este recunoscută ca izvor de drept şi în **dreptul internaţional public**. Astfel, art. 38–20 din statutul Curţii Internaţionale de Justiţie prevede că o sursă a drepturilor şi obligaţiilor statelor, în raporturile lor reciproce, o constituie cutuma internaţională, definită a fi o practică general acceptată cu valoare de normă de drept. Cutuma internaţională îşi are fundamentul în necesităţile vieţii sociale şi în exigenţele vieţii internaţionale.

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

În cazul normelor cutumiare ale dreptului internaţional se constată două dificultăţi: dovedirea existenţei normei cutumiare şi determinarea precisă a conţinutului ei.

În practica statelor s-au conturat câteva reguli referitoare la normele cutumiare: 1) ele trebuie să fie în concordanţă cu normele imperative ale dreptului internaţional, 2) asupra lor au întâietate normele convenţionale şi 3) ele se aplică în special în domeniile în care dreptul internaţional public nu este codificat şi în raporturile în care nu s-au stabilit norme convenţionale[28].

De asemenea, în **comerţul internaţional**, îndeosebi în comerţul internaţional maritim, pentru care o mare parte a regulilor juridice sunt cuprinse în aşa-numitele „***uzanţe***”, cutuma este în continuare un important izvor de drept.

Opinia generală este că dreptul modern consacră un spaţiu mult mai redus cutumei faţă de trecut. De la această regulă există şi excepţii.

---

[25] Tudor Drăganu, *op. cit*., p. 64.
[26] Ioan Vida, *Manual de legistică formală*, Bucureşti, Edit. Lumina Lex, 2000, p. 11–12.
[27] Ch. Rousseau, *Droit International Public*, Paris, Dalloz, 1965, p. 77–83.
[28] Marţian Niciu, *Drept internaţional public*, Edit. Servosat, 1997, p. 18–19.

Dreptul anglo-saxon, spre exemplu, este caracterizat şi în prezent ca un drept cutumiar. Această opinie a fost însă şi 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 juriştilor 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. Deşi 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 grad[29].

Cutumele reprezintă un element important şi în **dreptul țărilor foste colonii**, ele supraviețuind şi 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 lor[30].

Avantajele şi dezavantajele cutumei ca izvor de drept sunt determinate de modul lent, nedeliberat de formare, precum şi 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 inconştient de repetare de către grupul social, ***obiceiul este adaptat idealurilor*** morale, nevoilor economice şi sociale ale societății respective, evoluând lent o dată cu ele, până când se fixează şi 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 şi publicarea cutumelor pentru a putea fi cunoscute de toți. Aşa 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 cunoaşterea dispozițiilor sale. În acelaşi scop, în 1789, în Franța, Starea a Treia a revendicat codificarea cutumelor medievale, numeroase şi diferite de la o regiune la alta[31].

Obiceiurile fiind de multe ori diferite şi 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 şi 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 treptat[32]. Multe din regulile prescrise de cutume, deşi 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 şi viața lor se desfăşura mai mult într-un spațiu public, decât în intimitate şi individualism.

În aceste societăți, deşi 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 şi o oarecare imprecizie***. Astfel de relații sociale se impun a fi reglementate prin legi emise de autoritățile competente, ținând cont de necesitățile şi mobilitatea din societățile moderne, dând de asemenea posibilitatea cunoaşterii exacte a conținutului normelor juridice[33]. Din această cauză, în prezent, în majoritatea sistemelor de drept, cutuma tratează mai ales raporturi sociale din domenii mai conservatoare, cum ar fi raporturile de familie, cele privind proprietatea funciară, succesiunile. Acest lucru se întâmplă chiar şi 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 occidental[34].

Analizându-se **raportul dintre cutumă şi lege** (în sens larg), în literatura de specialitate s-a afirmat că trecerea de la pragmatismul cutumiar la o treaptă juridică ştiințifică, exprimată în norme de drept emise de o autoritate de stat, este un mare câştig al societății[35].

Chiar şi atunci când cutumele au fost strânse în culegeri scrise, ele nu au putut dobândi organizarea şi rigurozitatea legilor, păstrând un caracter de nedeterminare şi numeroase lacune, neexprimând nişte principii clare de drept[36]. Ele nu puteau forma un sistem, aşa cum pot forma legile. Mai mult, adunarea cutumelor în culegeri sau aşa-numita codificare a cutumelor a putut să faciliteze cunoaşterea conținutului lor exact, dar a avut şi efectul de a întrerupe evoluția cutumei, redusă la regula scrisă a codului, ceea ce a şters una din cele mai importante caracteristici ale ei – transformarea ei lentă, într-o permanentă devenire[37].

---

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

[33] Derek Roebuck, *The Background of the Common Law*, Oxford, Oxford Universitz 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*, Bucureşti, Edit. IRI, 1996, p. 208–209.

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

Aşa 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 şi 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 şi împotriva legii ar însemna să fie recunoscute ca sursă a dreptului şi 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 şi interpretativ față de lege[38].

Au fost exprimate însă şi 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 şi ar putea da naştere 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 şi sociale schimbate fac imposibilă aplicarea ei, se poate spune că o practică îndelungată (de neaplicare) a dus la abrogarea respectivei norme juridice[39].

Relațiile dintre cutumă şi lege pot fi examinate nu numai în raport cu diferitele epoci, ci şi în raport cu diferitele ramuri ale dreptului[40]. Astfel, aşa cum am arătat, cutuma se păstrează ca un important izvor de drept în dreptul internațional public, în dreptul comercial internațional, fiind prezent şi în dreptul civil, comercial, al muncii şi constituțional. Cu toate acestea, trebuie remarcat că în aceste din urmă ramuri rolul lui este inferior celui al legii. Există însă şi ramuri de drept în care cutuma este total exclusă, cum este dreptul penal şi 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*" şi „*Nulla poena sine lege*", norme fundamentale ale justiției penale, implică foarte clar imposibilitatea formării unei norme penale cutumiare.

Problema relației dintre cutumă şi 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 aceeaşi, amândouă exprimând voința şi conştiința 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 şi să sintetizeze în legi ceea ce era deja stabilit prin cutume. Generalizând însă o relație dintre lege şi cutumă prin prisma unor momente istorice, fără a avea o privire istorică de ansamblu, considerăm că este greşit. În principiu, între cutumă şi 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 şi unor prevederi exprese, prin care se exclude posibilitatea cutumei de a modifica legea.

Nevoia societăților moderne de reguli precise, determinate în conținut şi 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 şi sigură. Cutuma care încearcă să se formeze contra legii este de cele mai multe ori sufocată de către sistemul unitar şi 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. Însăşi mişcarea opiniei publice, convingerea juridică populară, din care ar putea rezulta cutuma, se transformă de multe ori mai uşor şi mai rapid în lege[41].

Mai mult, pentru ca obiceiul juridic sau cutuma să fie recunoscută ca izvor al dreptului contemporan, este necesară o recunoaştere 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 proprietate[42].

Trebuie avut în vedere şi faptul că în prezent se impune şi 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 şi mondial[43]. 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 şi oarecum imprecise, cerând rigoare şi alinierea legislațiilor naționale la anumite cerințe sau standarde generale.

[41] *Ibidem*, p. 238–239.

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

[43] Ioan Vida, *op. cit*., p. 32.