

Considerații din prisma teoriei dreptului asupra interpretării art. 1 din CODUL CIVIL

– Uzanze, Obiceiuri, Cutume

Doctor în științe juridice
Josif FRIEDMANN – NICOLESCU
Cercetător științific asociat¹

Considérations du point de vue de la théorie du droit sur l'interprétation de l'article 1 du CODE CIVIL

– Usages, Habitudes, Coutumes

REZUMAT:

Analiza izvoarelor atipice ale dreptului civil este făcută din perspectiva Teoriei dreptului. Izvoarele atipice au fost introduse prin Codul Civil intrat în vigoare la 1 Octombrie 2011 reprezentând o schimbare fundamentală de viziune față de sistemul Codului Civil Alexandru Ioan Cuza, intrat în vigoare la 1 Decembrie 1865.

În evoluția izvoarelor dreptului civil Uzanzele, Obiceiurile și Cutumele reprezintă un indiscutabil regres față de un sistem de drept precis, care avea ca unic izvor de drept, legea scrisă. Legea scrisă înlătură ambiguitățile unor reguli cutumiare nescrise, a căror probă este incertă. Totodată cutumele sunt depășite de realitățile social istorice într-o evoluție indiscutabilă a sistemelor constituționale și a sistemelor de drept. De la legea scrisă și unitară din punct de vedere al teritoriului național, ca izvor de drept, se trece la legea "folclorică", imprecisă și fragmentată zonal sau prin readucerea din "istorie" a unor "relicve" de mult depășite. Antropologia juridică și etnologia juridică, alături de istoria dreptului,

¹ Institutul de Cercetări Juridice „Academician Andrei RĂDULESCU” al Academiei Române, Departamentul de Drept public „Vintilă Dongoroz”; Arbitru – Curtea de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României; Profesor invitat – Universitatea Populară "Nicolae IORGA" de la Vălenii de Munte; Consilier în Consiliul Baroului București și Consilier în Consiliul filialei București a Casei de Asigurări a Avocaților din România; Membru fondator – Asociația Română de Drept Umanitar; Fondator și membru în Consiliul director – Societatea Română de Criminologie și Criminalistică; Președinte – Comisia de Etică sportivă și Disciplină a Federației Române de Șah.

sunt disciplinele științifice care vor trece în prim plan, în analiza izvoarelor atipice ale dreptului civil.

Moto:

Greu este drumul istoriei, patria mea.
Între neliniște, tristețe, durere
și dorința de a crede în clipa de azi ...
DESCRIPTIO PATRIAE
Valeriu MATEI²
(SOMN de LUP și alte poeme)

I.

La Mormântul lui Napolen stă scris:

“JUSTIȚIE Egală și Inteligibilă³ pentru toți” și continuă cu auto-aprecierea Împăratului legislator:

“Singurul meu COD prin simplitatea sa a făcut mai mult bine în Franța, decât toate legile care l-au precedat”.

Într-adevăr, în România de astăzi este grea trecerea de la un Cod Monumental către un “cod nou” care întrerupe tradiția națională a unei codificări ce s-a dovedit din punctul de vedere al științei dreptului ca fiind “o lege bună” timp de 146 de ani, cea care a determinat transformarea României moderne în stat de drept cu legislație unitară.

Codul civil Alexandru Ioan CUZA din 1865 a fost o lege modernă, generând o cultură juridică națională profundă și stabilă, fiind la temelia unei României moderne.

Indiscutabil, cultura juridică națională prin Codul Civil din 1865 era conectată la cultura juridică europeană, la valorile materiale și spirituale ale unei lumi irepetabile.

Codul civil în vigoare de la 1 Octombrie 2011 este străin de tradiția națională, de cultura națională, de civilizația și învățământul național.

Desigur, în această epocă a globalizării accelerate a tuturor conexiunilor, inclusiv a celor de natură juridică, este posibil ca noul cod civil să fie corespunzător în actualul context. Istoria va confirma

² Poet român din perimetrul basarabean, istoric (născut la 31 martie 1959, în Cazangic, raionul Leova, județul Lăpușna, Basarabia), membru de onoare al Academiei Române, personalitate contemporană a culturii din spațiul DacoRomânesc.

³ Clară, logică, limpede, ușor de înțeles.

sau va infirma dacă acest cod-amalgam este sau nu este o lege bună. La o analiză atentă a relațiilor sociale reglementate de noul cod civil, trebuie să avem în vedere și actualele mișcări anti-globalizare la nivel mondial și pe cele anti-austeritate din zona Euro, fiindcă numai astfel, o lege poate fi corespunzătoare relațiilor sociale pe care le reglementează.

Se impun din perspectiva analizei dispozițiilor art. 1 ale noului cod civil unele precizări privitoare la geneza acestui cod. Cod care nu era necesar să fie adoptat, deoarece legea civilă anterioară era elaborată de vizionari ai națiunii române.

În Franța anului 2004 au avut loc serbări naționale dedicate celor 200 de ani de Cod Civil în vigoare. În Franța, nimeni nu s-a gândit să renunțe la Codul Napoleon care este în vigoare și astăzi, cu modificări substanțiale inerente, impuse de trecerea timpului.

Uniunea Europeană nu a cerut Franței să renunțe la Codul Civil Napoleon, cum nu a cerut nici României. Acreditarea ideii că Uniunea Europeană a solicitat schimbarea legislației civile este un fals prezentat ca sub forma unui mit. Categorie, legislația națională trebuie adaptată și armonizată, pusă în concordanță cu evoluția sistemelor constituționale.

Uniunea Europeană a solicitat României în mod constant aplicarea corectă a legilor existente, stabilitate legislativă și o jurisprudență unitară, motiv pentru care C.E.D.O. a pronunțat numeroase hotărâri de condamnare a României.

Condamnarea României la C.E.D.O. are la bază hotărârile pronunțate de instanțele din România și nu legislația națională.

România după 2007 prin apartenența la Uniunea Europeană nu putea ignora legislația europeană. Existența unui proiect de cod civil european, obliga România să adopte o lege compatibilă cu structura comunitară și nu preluare unei legislații civile străine de spiritul național și străină de legislația construcției Uniunii Europene. Multe din dispozițiile noului cod civil din România sunt în discordanță vădită cu Directivele Uniunii Europene și cu viziunea Uniunii Europene asupra Dreptului și Justiției, ceea ce infirmă existența unei cerințe de schimbarea a legislației naționale.

Codul civil din 1 Octombrie 2011, din perspectiva celor ce preced este un experiment pe seama națiunii române.

Evident, în Istoria Dreptului Românesc, consemnează într-o analiză a lui Andrei Rădulescu, din 1923 în Discursul de recepție de primire în Academia Română: CULTURA JURIDICĂ ROMÂNEASCĂ în ULTIMUL SECOL⁴, se face referire la Adunarea de legi a lui Alexandru Donici, care: „*n-a făcut o simplă traducere ci, folosind dreptul roman, bizantin, obiceiul, hrisoavele, ...*” . Desigur, acțiunea lui Alexandru Donici, acest important jurist din Secolul XIX, care a adunat legi înainte de 1865 a fost salutară, însă obiceiul din istorie, revine în realitate negându-se evoluția legislației scrise și codificate.

Atașamentul meu pentru monumentalul Cod Civil Român din 1865, poate fi exprimat prin versurile publicate în 15 August 1870 de Nemuritorului Luceafăr al Poeziei Naționale: Mihai Eminescu, în “Epigonii⁵”: *O convenție e totul; ce-i azi drept, mâine-i minciună.*

II.

Ne propunem în cele ce succed o analiză a dispozițiilor art. 1 din Codul Civil român în vigoare prin prisma teoriilor asupra interpretării normelor juridice.

Prezentul eseu juridic are caracter teoretico-aplicativ, analizând din perspectiva Teoriei Generale a Dreptului unele aspecte ale interpretării normei juridice.

Art. 2 stabilește că dispozițiile din Codul Civil constituie dreptul comun în materie civilă.

Codul civil în vigoare de la 1 Octombrie 2011 are o viziune total diferită asupra izvoarelor dreptului, față de monumentalul Cod Civil Alexandru Ioan CUZA intrat în vigoare în 1 Decembrie 1865. Viziunea este diferită și față de o practică judecătorească de 146 de ani și față de doctrina juridică profesată de marii juriști patrioți ai acestei țări în perioadele de glorie ale științei dreptului.

Codul civil în vigoare din 1 Octombrie 2011 rupe cu tradiția culturii juridice naționale, atașată culturii juridice europene, care

⁴ Editura Cultura Națională, București, 1923.

⁵ Când privesc zilele de-aur a scripturelor române, ... Cu izvoare-ale gândirii ... Descifrând eternitatea din ruina unui an. ... Iară noi ? noi, epigonii ?, patria noastră: o frază; Voi credeți în scrisul vostru, noi nu credem în nimic ! ... Căci de minți era gândită, căci din inimi era scoasă, ... S-a întors mașina lumii, cu voi viitorul trece; ... Voi, ..., convorbeați cu idealuri; Noi cârpim cerul cu stele, noi mânjim marea cu valuri, Căci al nostru-i sur și rece – marea noastră-i de îngheț, ... O convenție e totul; ce-i azi drept, mâine-i minciună.

timp de 146 de ani a fost cea mai stabilă lege din România, o adevărată Constituție a României.

Pe drept cuvânt Codul Civil Alexandru Ioan CUZA a avut valoare de Constituție, deoarece reglementa cele mai importante instituții de drept ale unui stat: proprietatea publică, proprietatea privată, succesiunile, starea civilă, căsătoria, drepturile persoanelor, dobândirea dreptului de proprietate, contractele, aplicarea legii, etc.

Codul Civil din 1865 a atins perfecțiunea deoarece a fost un factor de stabilitate al relațiilor sociale, fiind în vigoare în epoci diferite, într-o permanentă evoluție a sistemelor constituționale. 146 de ani de compatibilitate între un Cod monumental și sisteme constituționale diferite în situații contextuale geo-politice și geo-strategice diverse, reprezintă o performanță și totodată o raritate în istoria culturii și civilizației.

În vigoare din perioada Principatelor Unite, ulterior a Principatelor Române, a Regatului României marelui Rege Carol I, a Regatului României Regelui Ferdinand Reîntregitorul, a României Mari de sub domnia luminatului Rege Carol al II-lea și a Regatului României de sub conducerea Regelui Mihai I de România. Concomitent, același Cod monumental a reglementat relațiile sociale din vremea Statului Național Legionar, a Statului autoritar de sub conducerea Mareșalului Antonescu, Conducătorul Statului. Același Cod a fost în vigoare în perioada de tranziție a Statului Român dintre 23 August 1944 și 6 Martie 1945, ulterior până la 30 Decembrie 1947. În vigoare și în perioada 30 Decembrie 1947 până la 22 Decembrie 1989 și ulterior până la 30 Septembrie 2011. Codul Civil 1865 a fost un factor de coeziune în istoria zbuciumată a spațiului DacoRomânesc, al Statului Național indiferent de limitele granițelor naționale. CODUL CIVIL din 1865 a fost Legea Țării pentru toți românii.

Codul civil din 1865 a coexistat cu o varietate de sisteme social-politice, de la "principat", la „regat”, ulterior în "democrația populară", „ apoi "ale statului comunist multilateral dezvoltat" și în final ale "capitalismului de tranziție".

Codul Civil din 1865 a fost compatibil cu legile fundamentale ale Statului Român din 1866 și până în 2011, inclusiv cu legile României Mari, cu cele ale României sub influență germană,

sovietică și ale unei români post-decembriste aflate concomitent în Uniunea Europeană și în N.A.T.O.

Dinamica relațiilor sociale interne și internaționale, a relațiilor cu alte state, nu au perturbat niciodată circuitul civil stabilit de Codul Civil.

“Legea, ca să fie durabilă, trebuie să se întemeieze pe realități, pe viața însăși, sub toate aspectele ei, ce le pune la dispoziție⁶. ”

III.

Codului civil⁷ în vigoare de la 1 Octombrie 2011, în viziunea legislatorului i s-a înglobat alături de o legislație specializată pe ramuri autonome din sistemul de drept național și două coduri importante cu obiect distinct de reglementare a unor relații sociale specifice, anume Codul Comercial și Codul Familiei.

Același nou cod civil are influențe indirecte asupra întregii legislații în vigoare în România, cu consecințe imprevizibile asupra societății românești la acest moment.

Întreaga jurisprudență anterioară datei de 1 Octombrie 2011 nu mai este aplicabilă relațiilor sociale reglementate de legislația unitară aplicată timp de 146 de ani în perimetrul DacoRomânesc.

Viziunea Codului Civil⁸ intrat în vigoare la 1 Octombrie 2011 asupra izvoarelor dreptului este diferită de cea anterioară, ceea ce se poate ușor constata din simpla lectură a primului articol al codului.

“Art. 1 – Izvoarele dreptului civil

(1) Sunt izvoare ale dreptului civil legea, uzanțele și principiile generale ale dreptului.

(2) În cazurile neprevăzute de lege se aplică uzanțele, iar în lipsa acestora, dispozițiile legale privitoare la situații asemănătoare, iar când nu există asemenea dispoziții, principiile generale ale dreptului.

(3) În materiile reglementate prin lege, uzanțele se aplică numai în măsura în care legea trimite în mod expres la acestea.

(4) Numai uzanțele conforme ordinii publice și bunelor moravuri sunt recunoscute ca izvoare de drept.

⁶ Alexandru OTITELEȘANU, Despre legi statale și reguli legale convenționale, Analele Facultății de Drept – București, nr. 1 – 2 / 1942, pag. 13 (extras).

⁷ Legea nr. 287 din 24 Iulie 2009 a fost pusă în vigoare prin Legea nr. 71 din 17 Iunie 2011.

⁸ Pusă în vigoare prin Legea nr. 71/2011.

(5) Partea interesată trebuie să facă dovada existenței și a conținutului uzanțelor. Uzanțele publicate în culegeri elaborate de către entitățile sau organismele autorizate în domeniu se prezumă că există, până la proba contrară.

(6) În sensul prezentului cod, prin uzanțe se înțelege obiceiul (cutuma) și uzurile profesionale.”

Codul Civil a fost pus vigoare printr-o lege consistentă, modificată înainte de intrarea în vigoare printr-o Ordonanță de Guvern (nr. 13/2011) și ulterior la 30 Septembrie 2011 printr-o altă Ordonanță de Urgență (nr. 79/2011).

Semnalăm inadvertențe în Codul civil, cu consecințe în cadrul interpretării normei juridice, pe care le vom dezvolta separat.

Totodată redactarea art. 1 din Codul civil nu este la adăpostul criticii în ceea ce privește lipsa de corelare cu art. 6 și art. 10 din același cod, ceea ce creează din unghiul interpretării impreviziune.

Amintim că Legea nr. 71 din 2011 are prevederi care crează grave confuzii, anume:

“Art. 230 – La data intrării în vigoare a Codului civil se abrogă:

a) Codicele civil (sau Codul civil din 1864), publicat în Monitorul Oficial nr. 271 din 4 decembrie 1864, nr. 7 din 12 ianuarie 1865, nr. 8 din 13 ianuarie 1865, nr. 8 din 14 ianuarie 1865, nr. 11 din 16 ianuarie 1865, nr. 13 din 19 ianuarie 1865, cu modificările și completările ulterioare, cu excepția dispozițiilor art. 1169 — 1174 și 1176 — 1206, care se abrogă la data intrării în vigoare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă⁹;

c) Codicele de comerț din 1887, publicat în Monitorul Oficial nr. 31 din 10 mai 1887, cu excepția dispozițiilor art. 46 — 55, 57, 58 și 907 — 935, aplicabile în continuare în raporturile dintre profesioniști, care se abrogă la data intrării în vigoare a Legii nr. 134/2010, a cartii a II-a «Despre comerțul maritim și despre navigație», precum și a dispozițiilor art. 948, 953, art. 954 alin. (1) și art. 955, care se abrogă la data intrării în vigoare a Codului maritim;

h) Codul civil Carol al II-lea, republicat în Monitorul Oficial nr. 206 din 6 septembrie 1940, cu modificările ulterioare;

⁹ Care – se pare – după amânări succesive, va intra în vigoare – probabil – la 1 Februarie 2013.

i) Codul comercial Carol al II-lea, republicat în Monitorul Oficial nr. 194 din 23 august 1940, cu modificările și completările ulterioare;

m) Legea nr. 4/1953 privind Codul familiei, republicată în Buletinul Oficial nr. 13 din 18 aprilie 1956, cu modificările și completările ulterioare;”

Codul Civil Carol al II-lea și Codul Comercial Carol al II-lea nu au fost niciodată în vigoare, deci nu se impunea abrogarea lor, pe de o parte. La satabilirea cadrului legal aplicabil unor relații sociale anterioare Codului civil în vigoare din 1 Octombrie 2011, dacă a intervenit abrogarea (expresă) a unor coduri, înseamnă – într-o logică juridică evidentă – că au fost în vigoare până la abrogare. Pe de altă parte, această abrogare “pompiestică” care face dovada că redactorii actualului cod civil nu cunoșteau aspecte practice de aplicare a normei juridice și nici istoria dreptului românesc, produce confuzii majore atunci când se fac trimiteri la legea în vigoare până la data de 1 Octombrie 2011.

Este evident că numeroase relații sociale reglementate juridic s-au născut anterior datei de 1 Octombrie 2011, fiind sub incidența art. 6 din noul cod civil.

Este mai mult decât evident că redactorii Codului Civil în vigoare de la 1 Octombrie 2011, nu au fost riguroși în exprimare și nu au gândit consecințele impreciziilor de text, consecințe care uneori pot fi catastrofale.

IV.

Paul Ricoeur, ia în considerație patru condiții atunci când analizează „Dreptul între legal și bun ”:

1. Existența legilor scrise;
2. Prezența unui cadru instituțional (tribunale, curți, etc.);
3. Intervenția unor persoane competente, calificate și independente, investite cu sarcina de a judeca;
4. Un demers acțional, unde ultima fază este pronunțarea sentinței.

În opinia autorului citat, în acest mod se înfățișează sistemul juridic. Este printre puținii autori, care identifică sistemul astfel, dar din cele ce succed, apare că, în opinia lui Paul Ricoeur acesta este numai un subsistem. Deoarece apare și posibilitatea atacării

sentinței pronunțate în demersul acțional, care este ultima fază, fiindcă într-un alt sistem/subsistem avem de-a face cu recursul. Această fază a sistemului, în opinia sa, este o suspendare a incertitudinii. Confluența dintre drept și matematică are o vechime de secole, teoria dreptului fiind fondată pe un model logico-matematic.

Raționalismul secolelor XVII și XVIII ducea la o teorie a dreptului, bazată pe un model logico-matematic, ordinea logică având drept model „Elementele lui Euclid”.

Hobbes a făcut o interesantă afirmație: ...”jurisconsultii adaugă împreună legile și faptele pentru a găsi ceea ce este drept și nedrept.”

Leibniz , interesat și el de problemele de drept, arăta că dreptul nu manipulează simboluri matematice. În acest context, metoda sistematică apare ca unitară și complexă. Cunoașterea sistemului dreptului este benefică și contribuie, în egală măsură, la perfecționarea aplicării și interpretării dreptului, procese care pun în evidență legăturile și interdependențele dintre diferite norme și instituții juridice.

„Dreptul, ca toate științele, trebuie să fie o reproducere sistematică a unuia dintre aspectele naturii; el trebuie deci să se modeleze, pe cât posibil, asupra infinitei sale complexități” scria Ambroise Colin în: Livre du Centenaire du Code Civil.

V.

Vom evoca din perspectiva interpretării normelor juridice nescrise – cutume, obiceiuri, uzanțe – unele aspecte particulare.

Teoria Generală a Dreptului acceptă și ideea interpretării normei juridice nescrise.

Un principiu unanim recunoscut este acela că Dreptul nescris să nu fie în contradicție cu dreptul scris.

În raportul „drept consuetudinar” – „drept scris”, este evident că cel din urmă are prioritate. “Dreptul e zis nescris sau consuetudinar¹⁰. ”

Dreptul cutumiar a lăsat o bogată moștenire literar – aforistică, care trebuie pusă în valoare și în circulație ca parte a culturii juridice naționale sau ca valoare a culturii și civilizației umanității, ca

¹⁰ Matei B. CANTACUZINO, Elementele Dreptului Civil, Cartea Românească, 1921, pag. 12 – 14.

înțelepciune populară națională și a popoarelor, despre care înțelepciune se spune că este nemuritoare.

Înțelepciunea populară poate fi numită și inteligență nativă a poporului. Valorile înțelepciunii pot fi de multe ori temei al interpretării normei juridice – scrise sau nescrise –, ca element ce formează cultura persoanei interpretului. Evident, această componentă este una pur subiectivă care, în multe cazuri este prezentă, chiar dacă în mod conștient este ignorată. Evidențiem că „înțelepciunea populară” care este prezentă la toate popoarele, influențează deopotrivă pe doctrinari, dar și pe interpreții oficiali ai normei juridice. În general, înțelepciunea populară – prezentă sub formă de proverbe și zicători – are o pronunțată dominantă etică.

Componenta morală are o importanță în cadrul amplului și complexului proces de interpretare a normei juridice. De regulă dominantă etică, o regăsim în procesul „deliberării”, în rezultatul interpretării normei juridice, cu ocazia aplicării normei juridice la un fapt sau la fapte ce sunt deduse unei anumite judecăți, finalizate prin decizii (administrative, judiciare, etc.).

Se pierd în negura vremurilor culegerile sau cărțile de înțelepciune populară – de proverbe, zicători, aforisme, maxime, cugetări, reflecții și expresii –, în literatura românească începuturile sunt făcute de Anton Pann și de Cilibi Moise. „Culegerile” așa zis moderne sunt structurate tematic.

Exemplificativ, am ales noțiunea tematică: Lege.

„Niciodată nu vor fi respectate legile într-un stat unde nu există frică (de pedeapsă).” - Sofocle.

„Nu există ceva mai bun pentru un stat, decât legi bine alcătuite.” - Euripide.

„Legea este înțeleaptă, oamenii nu sunt înțelepți.” - proverb chinezesc .

„Unde nu te înțelege, Nu mai umbla să dai lege.” - Anton Pann.

„Decet regem scire legem” (Este necesar ca și conducătorul să cunoască legile).

„Legislatorii ori revoluționarii care făgăduiesc în același timp egalitate și libertate sunt fie fanțști, fie șarlatani.”

O recentă abordare – etnologică și antropologică – a unui preot ortodox¹¹ prezintă noțiunile juridice prin prisma inteligenței populare, într-o inedită culegere de proverbe.

În cadrul a ceea ce se numește „convingerea intimă” a magistratului sau a funcționarului public însărcinat cu aplicarea legii, credințele, componente ale elementului subiectiv au în vedere și aspectele aici relevate.

Componenta subiectivă în abordarea interpretării normei juridice din perspectiva interpretului, reprezintă aspectul variabil al interpretării, aspect care în practică poate avea un rol determinant. Interpretarea normei juridice este complexă, astfel că elementele subiective și relative, au la un moment dat precădere față de elementele obiective și absolute, într-o competiție care este finalizată cu o decizie luată de magistrat sau de funcționarul cu putere de decizie.

Izvorul de drept este definit ca fiind forma de exprimare a dreptului sau a normelor de drept.

Există mai multe opinii cu privire la definirea izvorului de drept, și anume: potrivit unei alte opinii, izvorul (sursa) de drept este forma prin care dreptul, în general, sau normele juridice, în special, își exprimă conținutul sau sunt cunoscute. Într-o altă opinie, izvorul de drept (considerat și sursă ideologică), constituie modalitatea prin care normele juridice devin reguli de conduită și se impun ca modele în relațiile interumane (prof. univ. dr. Nicolae Popa).

În ceea ce privește clasificarea izvoarelor de drept, acestea sunt după cum urmează.

Într-o primă clasificare, după forma de exprimare, putem distinge între:

- a) izvoare nescrise (de pildă: obiceiul sau cutuma);
- b) izvoare scrise (de exemplu: actul normativ, respectiv legea).

Într-o a doua clasificare, după caracterul lor, izvoarele de drept pot fi:

- a) oficiale (de exemplu: legea și jurisprudența;
- b) neoficiale (de exemplu: obiceiul și doctrina).

Într-o a treia clasificare, izvoarele de drept mai pot fi:

- a) directe (de exemplu: actul normativ);

¹¹ Preot Alexandru Bârda din localitatea Malovăț, Caraș Severin.

b) indirecte (de exemplu: obiceiul, întrucât pentru a deveni izvor de drept, el trebuie „validat” de o autoritate statală).

Dintr-o altă perspectivă, izvoarele de drept mai pot fi:

a) izvoare creatoare (sunt cele ce creează norme juridice noi, de pildă: legea sau obiceiul);

b) izvoare interpretative (cele care nu creează norme juridice noi, ci doar le interpretează pe cele existente; așa sunt: jurisprudența și doctrina).

Izvoarele formale ale dreptului impuse de evoluția de până acum a dreptului (analizate în literatura de specialitate) sunt:

- obiceiul juridic,
- practica judiciară (jurisprudența), doctrina, contractul normativ și actul normativ.

Obiceiul juridic (cutuma)

Vom analiza succint obiceiul, care este cel mai vechi izvor de drept.

Ca regulă socială, obiceiul precede dreptului. El apare în treapta primitivă de dezvoltare a societății din necesitatea conservării valorilor comunității.

Obiceiul este rodul unei experiențe îndelungate de viață a unei anumite comunități, al repetării unei practici constante. Se ajunge astfel ca oamenii să aplice în activitatea lor, de multe ori în mod inconștient, anumite reguli înfățișate sub forma unor uzuri, obișnuințe, datini, obiceiuri.

Obiceiul juridic sau dreptul consuetudinar (cutumiar sau obișnuielnic) a reprezentat prima formă de exprimare a dreptului. În dreptul românesc, obiceiul (cutuma) a avut un rol deosebit de important până la începutul secolului al XIX-lea. El a alcătuit așa-numitul *JUSVALACHORUM* (dreptul românilor), formând „legea Țării” sau „obiceiul pământului”. Primele legiuri românești scrise apar în timpul lui Vasile Lupu și Matei Basarab. Ulterior, apar Codurile lui Calimach (1817) și Caragea Vodă (1818) continuau să facă referiri la obiceiuri. După apariția Codului Civil, la 1864 (de inspirație napoleoniană), rolul obiceiului se restrânge semnificativ.

Pentru a fi recunoscut ca izvor de drept, în prezent, obiceiul trebuie să întrunească anumite condiții: a) fie statul, prin organele sale legislative, recunoaște un obicei și-l încorporează într-o normă juridică, oficială; b) fie părțile interesate invocă obiceiul – ca normă

de conduită căreia ele au înțeles să i-se supună – în fața unei instanțe de judecată, iar aceasta validează obiceiul (recunoaște) ca regulă juridică, în raporturile dintre acele părți.

Până la codul civil din 1 Octombrie 2011, în dreptul pozitiv român, rolul obiceiului, ca izvor de drept, era unul decorativ. Altfel spus, obiceiul constituia izvor de drept numai în materia dreptului privat (în dreptul civil și comercial), și doar în măsura în care legislația în vigoare face trimitere expresă la acest izvor de drept.

De exemplu:

- art. 607 din Cod Civil din 1865, referindu-se la distanța la care trebuie plantați arborii de hotarul dintre proprietăți, stipulează: „nu e iertat a sădi arbori care cresc înalți decât în îndepărtarea hotărâtă de regulamentele particulare sau după obiceiul obștesc ...”.

- art. 970 alin. 2 Cod Civil din 1865, referindu-se la forța obligatorie a contractelor între părți, stipulează: convenția obligă nu doar la ceea ce prevede expres, ci și la toate urmările ce obiceiul sau legea dă obligației după natura sa.

- în fostul Cod comercial intrat în vigoare la 10 Mai 1887: erau admise uzanțele comerciale.

Practic prin noile reglementări ale codului civil din 1 Octombrie 2011 judecătorii vor avea puteri noi, putând alege legea pe care o vor aplica unui litigiu judiciar dedus judecății. Alegerea poate fi făcută între o cutumă, o uzanță profesioanlă, sau vor putea aplica un principiu de drept, ori toate la un loc.

Fiindcă aplicarea dreptului cutumiar în România va constitui subiectul dezbaterilor teoreticienilor și practicienilor dreptului, vom încerca să găsim un limbaj comun definirii cutumei.

Cutumă este:

O normă de drept nescrisă, consfințită prin tradiție și consacrată printr-o practică îndelungată.

Respectarea cutumei este unanim recunoscută în mediul social, în mediul comercial și economic.

Cutumă este concepută subiectiv de toți membri unei comunități umane sau a unei comunități profesionale ca fiind regula care trebuie respectată, reprezentând o obligație permanentă.

Aplicarea continuă a cutumei conduce la formarea unei atitudini subiective personale a titularilor de drepturi și obligații, că

regula nescrisă dar respectată unanim prin consens, este totodată Dreptatea, Adevărul și chiar Justiție.

Obiceiul aplicat relațiilor sociale ca deprindere, uz, datină se înrădăcinează în gândirea colectivă și în cea individuală ca fiind în final de natură rituală, chiar sacră.

Într-o lucrare de referință a literaturii juridice¹² "VOCABULAIRE JURIDIQUE"¹³ elaborată de profesori de drept, magistrați și jurisconșulți, coordonată de renumitul profesor Henri CAPITANT, cutuma este definită în esența ei:

"Regulă de drept care își trage valoarea de la tradiții și nu de la autoritatea legislatorului. Opusă Dreptului scris."

Subliniem că în dreptul modern al statelor care nu au abandonat niciodată obiceiul ca izvor de drept, privitor la obiceiul comercial acesta trebuie confirmat de o instituție competentă – de stat sau privată, o organizație profesională, etc. – și declarată de către aceștia în mod constant drept obligatoriu sau ca fiind recomandat.

Una dintre primele și poate cea mai interesantă lucrare din patrimoniul culturii juridice naționale este DREPT CUTUMIAR¹⁴ de Bogdan Petriceicu HAȘDEU¹⁵, fiind o scriere de antropologie juridică și totodată de etnologie juridică.

Legea Judecătoriilor Adnotată, lucrare comentată în 1932, doi magistrați Radu M. MANOLESCU¹⁶ și Constantin Gr. C. ZOTTA¹⁷ publică practică despre obicei. În tabla de materii alfabetică apare:

"Obiceiu,
Obiceiu, întinderea lui,
Obiceiu pământului".

Reîntoarcerea la obicei – cutumă – uzanțe este un mare pas înapoi, după apariția normei juridice scrise, cel puțin pentru imprecizia normei nescrise. Textul scris poate fi interpretat prin mijloacele clasice de interpretare, în acest sens sunt și opiniile lui Dimitrie ALEXANDRESCO¹⁸.

¹² 530 de pagini.

¹³ Cutuma este definită la pagina 165, Paris, 1936.

¹⁴ Volumul MOȘTENIRE, scrieri, tomul V, pagina 11 – 88, Chișinău, 2011.

¹⁵ 1838 – 1906.

¹⁶ Procuror, Buzău.

¹⁷ Judecător de instrucție, Râmnicul Sărat.

¹⁸ Explicațiune teoretică și practică a Dreptului civil, Iași, 1886, pag. 4.

Este evident că preciziunea normei juridice cutumiare este incertă, având o autoritate discutabilă¹⁹.

Din păcate opere monumentale de drept național, ale unor autori consacrați au fost ignorate de redactorii noului cod civil. O interesantă analiză a sistemului de drept din perimetrul DacoRomânesc este făcută de juristul – savant Andrei RĂDULESCU în lucrări aflate în circuitul culturii juridice, din care amintim:

- 1) Cultura Juridică Românească în ultimul secol²⁰;
- 2) Originalitatea Dreptului Român²¹;
- 3) Cultura Juridică Românească²².

Din perspectiva interpretării normei juridice civile, am identificat în cele ce preced unele aspecte atipice, care au o importanță covârșitoare în cadrul aplicării normei juridice civile.

Într-o lucrare recentă²³, apărută sub egida unui corp profesional de organizat de sine stătător, se arată că:

“Uniunea Notarilor Publici din România este singura autoritate abilitată să elaboreze culegeri de uzuri și uzanțe profesionale în materie notarială.”²⁴

Din perspectiva lucrărilor românești care au abordat subiectul supus prezentei dezbateri, amintim o broșură²⁵ a avocatului Dr. G. P. Gheorghiu²⁶. Practician și deopotrivă teoretician, autorul prezintă chintesenta ideilor epocii sale în paragraful “Obiceiul pământului²⁷”.

Astfel, autorul arată că Pravilele românești codifică obiceiul pământului și au putere de lege. Mai subliniază autorul că Pravilele lui Matei Basarab și Vasile Lupu declară: “unde nu e lege scrisă, acolo trebuiește să păzim obiceiul locului”.

România a fost de nenumărate ori condamnată la C.E.D.O. pentru o practică inconsecventă a instanțelor judecătorești. Ideea revenirii la un drept cutumiar va accentua proliferarea practicii

¹⁹ Ion ROSETTI BĂLĂNESCU, *Dreptul în general și noțiunile sale fundamentale*, București, 1937, pag. 28, paragraful 36.

²⁰ Discurs de recepție din 1923 la primirea în Academia Română.

²¹ 1933, *Curierul Judiciar*.

²² 1942, *Pandectele Române*.

²³ *Codul civil al României – Îndrumar notarial*, (coordonator notar public Doina ROTARU), Editura Monitorul Oficial, București, 2011, două volume.

²⁴ Comentariul se referă la alin. 5 teza finală a art. 1 din C. civ., în lucrarea citată, pag. 15.

²⁵ 32 de pagini, format A 5.

²⁶ *Vechile legiuiri românești de Lege Ferenda și unificarea legislativă*, Tipografia Curierul Judiciar, București, fără an de apariție (din context atribuim ca an de apariție, anul 1939).

²⁷ Pag. 26.

neunitare a hotărârilor judecătorești care vor fi pronunțate, ca efect al unei interpretări a normei juridice nescrise.

Analiza izvoarelor dreptului civil: obiceiul, cutuma și uzanțele, în cadrul prezentului studiu vizează exclusiv incidența în interpretarea normei juridice. Consecințele schimbărilor din Codul Civil în vigoare vor fi determinante în proliferarea unei jurisprudențe neunitare în perimetrul statului național unitar România.

Obiceiul, cutumele și uzanțele, ca izvoare ale dreptului civil în Codul civil în vigoare – preluate din istoria dreptului, din alte sisteme de drept, din alte ramuri ale dreptului (drept, comercial, drept canonic, drept internațional, drept diplomatic, etc.) – vor transforma dreptul național într-un drept compozit²⁸, în această perioadă în care apartenența României este tripartită: membru al Uniunii Europene, membru al N.A.T.O. și membru al O.N.U., dreptul civil din România este la o răscruce, marcată de globalizarea sistemelor de drept.

²⁸ Alcătuit din elemente disparate.