

Capitolul I. Reglementarea socială și reglementarea juridică

§1. Considerații introductive

La început de mileniu III, dreptul devine din ce în ce mai incert, obligat să părăsească iluziile modernității: iluzia progresului neîntrerupt și programat, a universalismului, a ideologiilor care prezintă dreptul ca un sistem închis și autonom. Fragilitatea sa „congenitală” – cum o numește Jean Carbonnier – ține, după reputatul sociolog, de condiția umană, o condiție a mortalului^[1].

Analiza fundamentelor epistemologice ale dreptului a demonstrat că orice drept este relativ, că există un pluralism al surselor dreptului, că se impune o întoarcere la pragmatism și că nu se mai poate vorbi de drept fără a gira **complexitatea procesului de creare a normelor juridice**^[2].

Aceeași complexitate caracterizează societatea contemporană, care trăiește descompunerea marilor sisteme teoretice, structuralismul, funcționalismul, marxismul și, totodată, apariția concepțiilor de tip interacționist, care acordă un interes mai mare schimbării decât ordinii, supleții și flexibilității dreptului^[3].

În acest context, Mireille Delmas-Marty face apel la „*une pensée juridique du flou*”, invocând prin această expresie „atitudinea de a înțelege într-o manieră neliniară (...), a gândi și a raționa în termeni imprecizi, necantitativi, deci a ordona multiplul, a evita dispersia, incoerența, explozia care amenință orice pluralism (...), dar a

[1] J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, 1^{re} éd., P.U.F., Paris, 1994, p. 397.

[2] A.J. Araud, *Les juristes face à la société*, în *Droit et Société* nr. 25/1993, p. 525-527.

[3] *Idem*, p. 526.

ordona multiplul, fără a-l reduce la unu, la ordinea juridică ce tinde firesc spre totalitarism”^[1].

Dreptul se vede astfel confruntat în zilele noastre cu câteva probleme majore: alegerea modului de reglementare și de soluționare a conflictelor, de producere a normei juridice (pluralismul surselor dreptului), complexitatea deciziei etc.^[2]

Complex și chiar grav^[3], dreptul caută un **just echilibru** între adaptarea necesară a regulilor juridice la realitățile sociale și respectul marilor principii indispensabile stabilității și coerenței unei ordini juridice care își are autonomia sa legitimă și necesară pentru a putea exercita funcția de securitate și de previzibilitate^[4].

Nevoia unei societăți de a avea un drept este o consecință a exigenței de previzibilitate, răspunzând nevoii omului de a ști dinainte ce poate și ce nu poate să facă. Trebuie recunoscută o anumită generalitate în organizarea care dă directive, asigurând o previzibilitate suficientă pentru *quod plerumque fit*, dar comportând posibilități de adaptare pentru cazurile neprevăzute^[5].

Dar, așa cum subliniază Michel Villey, noi suntem departe, astăzi, de regimul de producere a dreptului care domnea în Roma clasică, pentru că lumea modernă, din nevoia de securitate, de previzibilitate, a preferat instituirea unei reglementări pozitive cât mai ample, care să acopere aproape în întregime faptele care apar^[6]. Cu toate acestea, continuă același autor, nu este adevărat că ar exista numai dreptul pozitiv, nici că judecătorul deduce sentința sa automat din lege, chiar dacă el încearcă să dea o sentință conformă regulilor dinainte stabilite^[7].

[1] M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, P.U.F., Paris, 1986, p. 12, *apud* A.J. Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne*, P.U.F., Paris, 1994, p. 230.

[2] A.J. Arnaud, *Du constat à la construction d'un champ commun*, în *Droit et Société* nr. 20-21/1992, p. 28.

[3] J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, op. cit., p. 331, 387.

[4] A. Chouraqui, *Normes sociales et règles juridiques*, în *Droit et Société* nr. 13/1989, p. 417.

[5] H. Batiffol, *Les problèmes de base de philosophie du droit*, L.G.D.J., Paris, 1979, p. 130 și urm., p. 519.

[6] M. Villey, *Questions de logique juridique dans l'histoire de la philosophie du droit*, în *Études de logique juridique*, Bruylant, Bruxelles, 1967, p. 20.

[7] *Idem*, p. 21.

Munca efectivă a judecătorului constă în a utiliza toate tehnicile de interpretare care îi permit a da și a-și motiva decizia. Printre ele, căutarea finalității legii, care va permite, eventual, a justifica o decizie contrară literei legii, dar conformă spiritului său, demonstrază că dreptul nu constituie un sistem izolat de contextul social și ideologic și că aplicarea sa nu se poate limita la un simplu recurs la logică, premisele deducției fiind clar fixate prin lege însăși. Raționamentul judecătorului nu este deci numai analitic, ci și dialectic^[1].

Nu trebuie uitată importanța noțiunilor confuze în drept sau a noțiunilor cu conținut variabil, cum ar fi necesitatea, ordinea publică, bunele moravuri, buna-credință și, de asemenea, existența în demersul intelectual al juriștilor, alături de aspectele raționale, și a celor specifice esteticii, cum este cazul noțiunii de **soluție elegantă**^[2].

Astfel, juristului, în mod special judecătorului care acționează ca tehnician, dar și ca filozof, pentru că el face o judecată de valoare asupra normei, i se impun, totodată, necesitățile specifice artei juridice și prin aceasta adaptarea metodelor de raționament acestor nevoi^[3].

§2. Drept și non-drept

Dintotdeauna juriștii au făcut distincția între fapt și drept, două noțiuni care nu se suprapun, chiar dacă marea ambiție a dreptului a fost și este aceea de a acoperi, cât mai mult posibil, toate faptele; el nu a reușit acest lucru decât într-o manieră aproximativă, deoarece oamenii reglementează numai în măsura a ceea ce ei prevăd și, cel mai adesea, în termeni generali.

În mod constant, s-a observat o **rămânere în urmă a dreptului**, pentru că dreptul este o construcție a spiritului și spiritul, care lucrează în abstract, va fi întotdeauna mai limitat decât faptele concrete^[4].

[1] P. Foriers, L'état des recherches juridiques en Belgique, în Etudes de logique juridique, op. cit., p. 32.

[2] *Idem*, p. 38.

[3] P. Foriers, op. cit., p. 42.

[4] R. Dekkers, Le fait et le droit, problème qu'il posent, în Etudes de logique juridique, op. cit., p. 7.

Această afirmație își găsește pe deplin valabilitatea în societatea contemporană.

Studiile antropologice, istorice, sociologice au evidențiat mult mai bine procesele complexe ce au loc în societate. Acestea au conturat fenomenele de internormativitate, precum și cele de pluralism juridic, fenomene evidente pentru antropolog sau sociolog, dar greu observabile pentru juristul limitat de o formație strict juridică.

Sociologii se ocupă mai ales de analiza fenomenului de „**non-drept**”, conceput ca „absența dreptului într-un anumit număr de raporturi umane, unde dreptul ar fi avut vocația teoretică să fie prezent”, sau chiar de „abandonarea de către drept a unui teren pe care îl ocupă sau pe care ar fi trebuit să îl ocupe, ipoteză care are un sens grav: acela că omul ar putea foarte bine să nu aibă nevoie de drept”^[1].

Sunt semnalate în legătură cu aceasta mai ales **cazurile de autolimitare a dreptului**, de exemplu, existența **locurilor de non-drept** (dreptul de azil), variațiile, în spațiu, ale intensității juridice sau chiar apariția unor **perioade de non-drept** (duminicile sau zilele de sărbătoare, mijlocul iernii, în materie de expulzări, carnavalul de-a lungul Occidentului Creștin), **cazurile de auto-neutralizare a dreptului**, când dreptul, datorită contradicțiilor interne, sapă goluri de non-drept, de exemplu, exigența probei care scoate în afara dreptului tot ce nu poate fi probat, exigența unei intervenții umane pentru a realiza dreptul care tinde să arunce în afara dreptului tot ce valorează mai puțin decât această intervenție; sunt date, de asemenea, exemple diverse, mai ales în analiza raporturilor de familie, raporturi care se leagă în sânul grupurilor particulare^[2].

Opinia lui Carbonnier în ceea ce privește raportul cronologic între drept și non-drept este că evoluția se face de la non-drept la drept: „Non-dreptul nu este nici neant, nici haos. Este o lume de relații pe care dreptul nu o abandonează, atunci când se retrage, descompunerii și dezordinii. Terenul pe care îl eliberează va fi foarte simplu de reocupat de către vechii ocupanți, adică de către prin-

^[1] J. Carbonnier, L'hypothèse du non-droit, în Archives de philosophie du droit, vol. VIII, Ed. Sirey, Paris, 1963, p. 55 și urm.

^[2] Idem, p. 57, 58, 60 și urm.

cipiile de ordine, pace și armonie, a căror existență anterioară dreptului constituie un postulat^[1].

§3. Criteriul juridicității

Dreptul nu umple deci toată atmosfera umană, există în toate societățile viduri de drept, lacune ale dreptului, care sunt greu de definit^[2]. Pentru a sesiza acest vid, cercetătorul trebuie să se apropie, plecând de la ceea ce nu este vidul, de la plinul care îl înconjoară, și să rezolve problema cercului de relații care „aspiră în mod normal”^[3] a fi reglementate de drept, chiar dacă el nu va ajunge la acest statut.

Se pune deci problema unei definiții a criteriului juridicității. Astfel, în SUA, specialiștii disting, în legătură cu acest subiect, **trei categorii de reguli de conduită**: prima categorie este formată din practici care nu acced la nivelul dreptului – acele *folkways* –, reprezentând modul de a trăi popular, de exemplu, felul de a se hrăni sau de a se îmbrăca; a doua categorie este constituită din reguli de moravuri, obiceiuri, de exemplu, în anumite grupuri, obligația impusă seducătorului de a se căsători cu fata sedusă; în sfârșit, deasupra (sau lângă) acestor două planuri, se va manifesta, pe un al treilea nivel, dreptul^[4].

Din această trilogie se desprinde caracterul fluctuant al criteriului juridicității; același mare sociolog consideră că numai referința la existența unei sancțiuni nu poate fi suficientă pentru a defini dreptul, găsind pragul juridicității în posibilitatea intervenției unui terț, individ sau grup, care, în caz de litigiu, va face să încline balanța, chiar într-o manieră implicită sau difuză, în favoarea uneia sau alteia dintre pretenții^[5].

[1] J. Carbonnier, *L'hypothèse...*, op. cit., p. 67.

[2] *Idem*, p. 55.

[3] Fr. Terré, *Les lacunes du droit*, în C. Perelman (coord.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1968, p. 145.

[4] J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, op. cit., p. 318 și urm.

[5] *Idem*, p. 333.

§4. Internormativitatea – aspect esențial al abordării sistemice a dreptului

Apariția unor teorii recente, ca aceea a pluralismului juridic și/sau a **polisistemiei simultane**, a reconfirmat opiniile sociologilor și antropologilor, și anume că dreptul, înțeles ca un sistem mai mult sau mai puțin coerent de norme juridice, coexistă și interacționează cu alte sisteme normative care acționează în societate. Aceste fenomene de intercondiționare au căpătat în teoria și sociologia dreptului denumirea de **internormativitate**, definită ca „ansamblul de fenomene constituite din raporturile care se leagă și se dezleagă între două categorii, ordini și sisteme de norme”^[1].

Pentru aprofundarea tematicii pe care ne-am propus-o (dreptul, ca sistem), considerăm necesară tratarea distinctă a problematicii legate de internormativitate și de pluralismul juridic, chiar dacă asupra acestor aspecte vom mai reveni în cursul lucrării noastre.

4.1. Drept și religie

În teoria dreptului comparat, s-a generalizat clasificarea dreptului făcută de profesorul francez René David în mari „sisteme” sau „familii”, în funcție de comunitatea limbajului, a izvoarelor sau ținând seama de principiile filozofice promovate. Alături de sistemul romano-germanic, cel de *common law*, al dreptului socialist, tot mai restrâns, René David adaugă și familia de **drept religios**, unde s-ar încadra sistemul islamic, sistemul hindus, sistemul chinez tradițional (înainte de proclamarea Republicii Populare Chineze). Această clasificare, ce își menține în mare măsură actualitatea – cu excepția dreptului socialist, ce și-a restrâns considerabil aria de acțiune –, arată importanța deosebită a religiei în viața actuală a unor comunități foarte întinse, unde norma religioasă se împletește cu cea morală, juridică etc.

Dar toate familiile de drept au suferit – mai ales la începuturile existenței lor – influențe religioase, chiar dacă în dreptul modern s-a ajuns la o laicizare aproape deplină.

[1] A.J. Arnaud (coord.), Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, Ed. Dalloz, Paris, 1988, p. 199.

Georges Ripert acordă primul loc forțelor religioase și morale în crearea dreptului și mai ales în perioadele străvechi, când raporturile dintre oameni aveau un caracter preponderent religios. El consideră că originea comună a instituțiilor juridice din țările ce au aceeași religie este determinată de religie, și nu de o civilizație comună. Astfel, creștinismul a influențat dreptul roman, apoi pe acela al Europei și mai târziu al Americii, cu reguli ce au fost încorporate legislației civile^[1].

Reglementările religioase vechi cuprindeau un ansamblu cât mai complex de reguli ce trebuiau urmate în societate. Astfel, regăsim în **Legea lui Manu**^[2] principii de teologie, de metafizică și cosmogonie, precepte de morală, de pedagogie, de economie domestică și rurală, de comerț etc.; reguli pentru îndeplinirea actelor de cult, a îndatoririlor conjugale și față de rude, prieteni și străini; îndatoririle castelor principale și ale celor secundare, atât ale unora față de altele, cât și ale membrilor castei în raporturile dintre ei; noțiuni de politică internă și externă, de strategie și tactică; sfaturi pentru încheieri de alianțe politice și militare, apoi amănunțite legi agrare, civile, penale, comerciale, sistemul măsurilor și greutăților etc. De o vechime considerabilă, Legea lui Manu constituie și astăzi, în mare măsură, baza dreptului indian, public și privat.

O mare familie de drept religios contemporan o constituie **dreptul musulman**. Răspândit pe o arie vastă în Asia și Africa, aplicându-se unei populații din ce în ce mai mari, dreptul „musulman”, prin însăși această calificare, sugerează strânsa legătură între religie și drept.

Așa cum s-a subliniat în literatura de specialitate^[3], în țările islamice știința juridică s-a dezvoltat sub formula unei discipline autonome, denumită **fiqh**, care a precedat, în istorie, celelalte ramuri ale științei, cum ar fi teologia (*kalâm*) sau filozofia (*fasafa*); această disciplină autonomă, numită *usûl al-fiqh*, studia fundamentele dreptului, rădăcinile și principiile prime ale dreptului, fiind

[1] G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, L.G.D.J., Paris, 1955, p. 33.

[2] *Legea lui Manu*, SC Charter B. SRL, București, 1995.

[3] C. Chehata, *La religion et les fondements du droit en Islam*, în *Archives de philosophie du droit*, vol. XVIII. *Dimensions religieuses du droit et notamment sur l'apport de Saint Thomas d'Aquin*, Ed. Sirey, Paris, 1973, p. 153.