

## DOCTRINĂ

**Elena ARAMĂ**

doctor habilitat în drept,  
profesor universitar

Catedra Teoria și Istoria Dreptului  
Universitatea de Stat din Moldova

**Gheorghe AVORNIC**

doctor habilitat în drept,  
profesor universitar

Catedra Teoria și Istoria Dreptului  
Universitatea de Stat din Moldova

## DISCUȚII ÎN JURUL DIMENSIUNII TEMPORALE A FENOMENULUI JURIDIC

The temporal dimension of a juridical phenomenon have constituted the object of research of the law doctrine, being analysed from more perspectives, first of all, in the sense of the moment of appearance of law and of the juridical system, referring to the limit of jurisdiction which should be accepted to be within the law and minimal conditions of survival is given to the juridical system, and secondly, in the sense of diachronic perspective, of law evolution in time. The study of historical evolution of law leads to the conclusion that law is anterior to state and along its history it was and still is more than a national law. There are two minimal conditions of survival of the juridical system: a formal one, that of legitimacy, the second – teleological – promotion by means of law of the common benefit, that is, of certain morality criteria. Both conditions should be respected by modern law-maker, who cannot proclaim laws only at his will, and should proclaim laws in a stable framework – that of the Constitution.

Studiul apariției sistemelor, evoluția lor în timp, maniera de a gestiona imperativele contradictorii ale stabilității și adaptării, capacitatea de a modifica propriile reguli de funcționare reprezintă un domeniu important al teoriei sistemelor. Dreptul, în genere, fenomenul juridic este demult prezentat ca un sistem. Dimensiunea temporală a fenomenului juridic a constituit obiectul de cercetare al doctrinei juridice, fiind studiată din mai multe perspective: în primul rând, în sensul momentului apariției sistemului juridic și al dreptului cu referire la pragul de juridicitate care trebuie acceptat, asemeni condițiilor minime de supraviețuire a sistemului juridic, apoi – în sensul perspectivei diacronice, al evoluției în timp.

Orice sistem normativ (deci și cel juridic) prezintă interes din cel puțin două puncte de vedere:

- material – valori și atitudini și
- formal – ceea ce înseamnă reguli și instituții care traduc aceste valori și atitudini.

Autorii Michel van de Kerchove și Francois Ost, profesori la Universitatea Saint-Louis din Bruxelles, au căutat răspuns la întrebarea: dreptul se naște sub forma sistemului?

În baza lucrărilor științifice ale antropologilor și etnologilor, răspunsul este negativ, căci regulile dreptului

nu se deosebesc de cele morale, religioase, care asigură acestora o origine sacră imemorială. Nu existau nici reguli codificate, nici putere politică concentrată, nici administrație centralizată.

Analizând ordinea juridică, legea în societățile africane tradiționale, R. Verdier și E. Leroy au scos în evidență faptul că în Africa neagră legea nu este un instrument de guvernare sau o putere a individului; raportată la fondarea societății, legea este un fundament, fiind îmbrăcată în mit care se actualizează în rituri.

Drepturile individului sînt legate de obligațiile corespundente ordinii statutare, depind de poziția concretă și funcțiile reale pe care și le-a asumat în cadrul societății. Viața socială se concentrează în jurul a trei domenii: rudenie, teritoriu, religie, calificate de Verdier ca ordini juridice particulare în sensul unui sistem de idei, valori și uzaje ce atribuie fiecărui domeniu condiția sa.

Legea fundamentală este mitul; originea sa explică poziția societății în Univers și arată prohibițiile fundamentale. Prin reactivarea acestei expuneri individul învață să participe prin natura lucrurilor la ordinea cosmică instaurată la origine de zei și care prevalează asupra dezordinii ce amenință mereu grupul/comunitatea.<sup>1</sup>

Mitul vine de jos, emană de la grup și se raportează la tradițiile strămoșilor. Dar legea nu este făcută pentru a promova reforme. Manifestarea acestui drept este cutuma; ea apare ca o legătură între lumea vizibilă și invizibilă a strămoșilor și energiile cosmice, dar și ca un ansamblu de reguli ce trebuie să fie urmate de grup și care sînt indispensabile reproducerii relațiilor sociale. Neavînd exactitatea/fixitatea legii, cutuma este interpretată după nevoile particulare de moment. Deci, nu formează un sistem coerent; important este nu conținutul, ci modul de abordare a problemelor, de rezolvare a conflictelor, concilierea și valorile ce necesită a fi urmate. Puterea are un caracter multiplu, ea nu aparține unui om sau organ, ci este divizată potrivit funcțiilor diferite pe care le exercită diferiți membri ai comunității: șef de familie,

de cartier, de sat, responsabil de bunuri sacre, de rituri, vânător – fiecare cu rolul său; puterea este deci un porteparole al cutumei.

J. Carbonnier conchide: nu putem stabili când anume a apărut dreptul, dar, cu siguranță, el este anterior statului și e mai mult decât dreptul etatic.<sup>2</sup> O asemenea concepție este susceptibilă de a aduce clarificări suplimentare conceptului dreptului și de a găsi noi căi de valorificare a complexității fenomenului juridic, luând în considerație și dreptul arhaic.

Raportându-ne la istoria dreptului național putem menționa că ceea ce a fost numit de români „legea țării” a reprezentat regulile ce s-au format încă înaintea constituirii statelor medievale românești și reglementau nu numai raporturile între membrii vechii obști românești, ci și pe cele dintre obști. Totodată, „legea țării” conținea și sancțiunile pe care le aplicau organele mai puțin instituționalizate ce aveau sprijinul, aderența și chiar participarea nemijlocită a membrilor comunității.

Un astfel de control social, posibilitate de rezolvare a conflictelor și de exercitare a puterii, poate fi numit juridic? Unii antropologi răspund negativ, susținând că nu neapărat regulile erau cele ce trebuiau respectate, ci ordinea și aplanarea conflictelor.<sup>3</sup>

Alții, printre care Malinowski, Gluckman, au răspuns pozitiv, căci dacă o societate respectă regulile și penalizează încălcările, atunci ea trăiește sub regim de drept, chiar dacă nu există instituții specifice.<sup>4</sup> Răspunsurile sînt în funcție de definirea pragului juridicității a priori, dincolo de care începe lumea juridică, lăsînd în urmă pe cea prejuridică. Totuși, rămîne cert un lucru, pe care istoria dreptului ni-l furnizează cu lux de amănunte: societatea arhaică nu a dispus de un sistem juridic avînd aceeași natură materială și formală ca societatea actuală.

În literatura antropologică, pragul juridicității este stabilit cu ajutorul criteriului numit de P. Bohannan „dubla instituționalizare” – adică, chiar dacă într-o comunitate există reguli, pentru a fi considerate juridice, acestea trebuie să fie reformulate de un organ legislativ, apoi, în caz de încălcare, să fie restabilite, apărute și interpretate de curți și tribunale.

În altă ordine de idei, H. Maine a putut interpreta trecerea de la modelul tradițional la cel „civilizat” ca trecere de la statut la contract. Giorgio del Vecchio a numit-o trecere de la asociația necesară la cea voluntară. În primul caz, individul este puternic legat de grupul din care provine – se naște într-o anumită castă, categorie socială, familie – a cărei identitate nu depinde de opțiunea sa. Individul nu se poate deplasa liber, nu poate trece dintr-o categorie în alta, deseori răspunderea este colectivă, deci se găsește într-o stare de asociație involuntară sau necesară. În asemenea caz, individul își asumă roluri, funcții stereotipe, dar treptat el își poate

determina liber condițiile de viață, dobîndește personalitate juridică, are patrimoniu și răspundere proprii, el poate să se desprindă de grup, să emigreze, să revină acolo de unde a plecat. Omul are posibilitatea de a intra într-o comunitate nouă și poate să-și determine, deși cu anumite limite, legăturile juridice cărora înțelege să se supună.<sup>5</sup> Aceasta înseamnă că mișcarea istoriei se face într-un sens de autonomizare progresivă a individului, unde contractul devine expresia celei mai eficace voințe juridice.

Modul de soluționare a conflictelor diferă într-un cadru comunitar de cel de tip etatist: imperativul major în cadrul comunitar arhaic constă în restabilirea solidarității comunității, iar în cadrul legalist-etatist – în a rezolva conflictul, ceea ce înseamnă a aplica regula, sancționînd pe cel care a încălcat-o. În primul caz – prin conciliere și arbitraj, în al doilea – prin aplicarea strictă și unilaterală a normei. În logica celui de-al doilea caz există pericolul ca integritatea regulii să valoreze mai mult decât coeziunea grupului și să se prezinte ca un scop veritabil.

Tranziția de la lumea prejuridică la cea juridică se poate face pe baza unui criteriu stabilit de Max Weber – forma raționalității; pe baza acestuia el a realizat o tipologie a diverselor sisteme juridice și a sugerat sensul transformărilor acestora. În sistemele iraționale, care nu aveau norme generale, valorile concrete dictau, prin conținut, soluții în lipsa unor principii a priori, iar prin formă – ordalii, dueluri, oracole.

În sistemele raționale, bazate pe reguli generale, valorile concrete dictau, prin conținut, soluții fondate pe principiile unei ideologii, iar prin formă – structurarea dreptului în concepte și categorii abstracte și ierarhizate. Evoluția a mers în sensul unei raționalizări progresive a sistemelor juridice.<sup>6</sup>

Fr. Hayek distinge două categorii opuse în clasificarea ordinilor juridice:

- kosmos – ordine spontană, coaptă în timp, autogenerată. Rezultă din acțiuni nedeliberate, prin numeroși agenți, modelul social fiind cel al cutumei, limbajului, pieței;
- taxis – este aranjament, construcție, produs al acțiunilor deliberate ale oamenilor. Are forma de ordine și comandamente în serviciul intenției creatorilor săi.

Dreptul-kosmos nu este inventat de nimeni, taxis este vocea legiuitorului. Aceste teorii sînt compatibile cu tezele lui Hart și Bohannan care, cu trecerea timpului, au fost completate din perspectiva temporalității, afirmîndu-se că nu toate normele secundare s-au impus simultan, ci că este posibil că au apărut mai întîi reguli de decizii și apoi de schimbare.<sup>7</sup>

S-a observat că orice sistem normativ tinde spre un echilibru ce corespunde nevoilor sale specifice. Sistemele

simple – starea de natură – sînt satisfăcute de norme ai căror destinatari sînt în același timp și autori, și judecatori. Apoi, sistemele sînt dotate cu reguli de sancțiune sau de schimbare și devin semicomplexe. Chiar dreptul arhaic, cutumiar, prevede sancțiuni care diferă în funcție de subiectul împotriva căruia sînt îndreptate: străin de grup sau membru al grupului. Ca efect se stabilește solidaritatea comunității împotriva străinului, dar și împotriva propriului membru care a încălcat regula. Sistemele juridice aplică succesiv ambele strategii – de conservare și de inovare; dreptul arhaic apelează inițial la conservare, după care se recurge tot mai mult la ambele.

Condițiile de supraviețuire a sistemului juridic sînt definite în două planuri: în drept și în fapt. În planul de drept, condiția de legitimitate este condiția supraviețuirii. De pe poziții jusnaturaliste, J.Locke afirmă că nu există sistem juridic decît dacă guvernării izează puterile lor pentru a promova binele comun; în caz contrar, acei guvernați sînt eliberați de obligația de a se supune legii. În același sens, L.Fuller definește criteriile de moralitate internă a dreptului ce trebuie respectate de un bun legiuitor sub sancțiunea anulării contractului social.

Menținerea sistemului juridic în vigoare ca o chestiune de fapt depinde de raporturile ce se stabilesc între efectivitatea și legitimitatea unei ordini juridice.

Este cunoscută clasificarea normelor făcută de prof. H.Hart, divizîndu-le în *primare* și *secundare*. Normele primare sînt cele ce stabilesc drepturi și obligațiuni membrilor comunității. Ele au existat încă din timpurile arhaice, fiind stabile, neexistînd însă mijloace de executare. Sarcina executării le revine normelor secundare, care sînt: de recunoaștere (rules of recognition) ce determină validitatea celorlalte norme, de schimbare (rules of change) – prevăd ordinea de schimbare a normelor primare și de decizie (rules of adjudication) – cu ajutorul lor se pun în aplicare sancțiunile în caz de încălcare a normelor primare.<sup>8</sup>

Urmînd această idee, H.Hart determină două condiții minime care trebuie să fie îndeplinite pentru a menține sistemul juridic:

- regulile de conduită să fie respectate de toți;
- regulile de recunoaștere ce determină criteriile de validitate juridică, ca și regulile de schimbare și decizie, trebuie să fie admise de autorități ca modele publice și comune de conduită pe care ele le adoptă în această calitate. Deci, este vorba despre alt timp al dreptului – acela al societăților organizate etatic. Hart consideră că trecerea de la lumea prejuristică (ce cunoaște doar reguli primare) la cea juridică se face atunci cînd societatea este dotată cu reguli secundare ce conferă autorităților și particularilor competențe specifice ce pot garanta, modifica regulile primare.<sup>9</sup>

De data aceasta, Hart a folosit clasificarea în norme primare și secundare ca o condiție a existenței sistemului juridic căruia i-a conferit o dimensiune temporală. Ca o condiție suplimentară, Hart menționează „conținutul minim de drept natural” – un număr de reguli cu privire la protecția persoanelor, proprietăților și promisiunilor, bineînțeles și reguli de sancționare în caz de nerespectare. Un sistem juridic nu tinde numai să se mențină, ci și să se dezvolte totodată, gestionînd schimbările în mediul social; totodată, el tinde să mențină cel mai eficace echilibru, conciliînd necesitatea de securitate și inovare.

Diverse timpuri ale dreptului pot fi raportate la surse distincte care le constituie: timpul de constituire – timpul de lungă durată, sau al cutumei – timpul prometeian, sau al legiuitorului – timpul jurisprudenței, sau ciclic – al alternației între avansare și retragere, iar doctrina penetrează toate timpurile, astfel încît timpul dreptului a fost numit *timpul atemporal al doctrinei*.<sup>10</sup> În funcție de sursa ce predomină, se face concluzia despre timpul corespunzător.

Ca punct de pornire s-a utilizat eseul lui G.Husserl consacrat timpului juridic, conform căruia se disting: timpul trecut – al judecătorului, timpul viitor – al legiuitorului și timpul prezent – al administrației. În mod obișnuit putem interpreta că raporturile, situațiile, actele juridice prezentate spre rezolvare judecătorului țin de domeniul trecutului, legiuitorul stabilește reguli noi privind viitoarea configurare a raporturilor, situațiilor juridice preconizate, iar organele puterii executive reacționează la necesitățile prezente ale persoanelor și societății.

G.Husserl susține, însă, că dacă societatea este ancorată în trecut, atunci tradiția este sursa dreptului, judecătorul fiind interpretul; în acest caz este vizat sistemul *common law*. În cazul în care societatea este orientată spre viitor – ca izvor dominant al dreptului se impune legea. Dacă slăbesc sistemele de valori care legau oamennii de trecut sau care îi proiectează în viitor, atunci se instaurează prezentul și dominația executivului asupra celorlalte două puteri, iar concluziile de drept pot aduce în discuție și considerații de oportunitate.

Dacă se subscrie la această prezentare, este posibil a o face mai fină, raportînd-o la niveluri de complexitate a diverselor sisteme juridice. M. van de Kerchove și F.Ost au raportat-o la concepția lui Hart despre normele primare și secundare: timpul propriu sistemelor normative simple, compuse numai din norme primare, este timpul cutumei.

Sistemele juridice mai complexe presupun un timp deliberat condus de agenți juridici, deci este prometeian, dar care este temperat de timpul cumulativ sau de alternația între înaintare și rămînere în urmă.

A fost înaintată ipoteza că sistemele actuale, afectate de o ruptură de echilibru în raportul dintre normele primare și cele secundare, se angajează într-o varietate nouă de temporalitate ce va antrena o alterare decisivă a

forme juridice. Ordinile juridice complexe au un echilibru dinamic ce rezultă dintr-un dozaj adecvat al normelor de schimbare și de sancționare. O dirijare conștientă a timpului juridic se instaurează aici și ea este acompaniată de tentativa de regulare a timpului social.

Sensul general al mișcării este orientat spre viitor, pe care de acum pretinde să-l guverneze, dar cuceririle trebuie consolidate concomitent – de o astfel de manieră, încât timpul prometeian să fie temperat de cel cumulativ sau de alternanță.

Diversitatea funcțiilor exercitate de normele secundare condiționează arbitrajul între trecut și viitor. Sistemele juridice complexe sînt autoregulate și sînt apte de a stăpîni durata validității regulilor și ritmul convenabil schimbărilor prevăzute; gradul de homeostazie este posibil să fie foarte apropiat de cel optim, de aceea și există un echilibru între ele.

M. van de Kerchove și F.Ost consideră că astăzi acest echilibru este compromis în cadrul sistemelor juridice hipercomplexe ce vin în Statul-Providență. Din momentul în care dreptul nu se mulțumește cu arbitrarea raporturilor sociale, ci se vrea un agent al schimbării, încetează să se mai refere la interesul general abstract și static; de acum înainte se va determina în funcție de obiective dinamice. În aceste condiții, stabilitatea și rigiditatea regulii de drept devin obstacole: norma va adopta o formă suplă: se va numi plan, lege de abilitare, de orientare. Forma juridică va face obiectul instrumentalizării în serviciul obiectivelor definite de discipline externe dreptului: economie, medicină, management. Mutabilitatea de principiu înscrisă în sistemele complexe este ea însăși pusă în serviciul unei normativități sociale, radical evolutive.

În urma disfuncțiilor identificate sub numele de „criza statului de drept” se manifestă inflația legislativă, ineficiența sancțiunii penale, erodarea a însăși normativității dreptului. Aceste carențe sînt strîns legate de funcțiile considerate, înlocuite cu normele secundare: funcția de identificare a regulilor specific juridice și real obligatorii; funcția de adaptare a regulilor la schimbări; funcția de garanție a regulilor în caz de încălcare.

Deci, M.van de Kerchove și F.Ost ajung la concluzia că este permisă formularea următoarei ipoteze: dacă într-un context cutumiar ce corespunde unei temporalități statice sînt absente regulile secundare, atunci într-un context modern există o formă de echilibru între normele primare și cele secundare, corespunzător temporalității cumulative, alternînd tradiția și anticipația, pe cînd într-un context postmodern se merge pe inflația regulilor secundare, fapt ce corespunde birocratizării statului și descompunerii normelor primare. Descompunerea nu se înțelege aici în sens de dispariție a regulilor ce interzic/impun obligații; din contra, ele abundă, dar, în legătură cu modificarea lor frecventă sau cu determinarea

a posteriori a conținutului lor, aceste reguli sînt tot mai puțin cunoscute și încă mai puțin interiorizate.

Dezechilibrul este generat de recurgerea la reguli de schimbare necompensate de reguli de sancționare, care sînt ineficiente și de reguli de identificare exagerat de complexe. Previzibilitatea Statului de Drept face loc Statului-Providență; este vorba de o temporalitate nu doar accelerată, ci mai degrabă riscantă. Condamnat să gestioneze imprevizibilul, dreptul Statului-Providență își pierde facultățile sale homeostatice, adică de autoregulare, cu un echilibru dinamic ce păstrează parametrii esențiali pentru menținerea sistemului în limite admisibile.

Pornind de la faptul că mecanismele homeostatice funcționează eficace atunci cînd sistemele juridice prezintă o anumită autonomie, autorii sus-menționați își exprimă îngrijorarea în legătură cu situația actuală, cînd recursul nerezonabil la reguli de schimbare și sancțiune poate avea ca efect denaturarea juridicului, aservind normele definite de interpretii tehnostiinței. Dacă în societățile arhaice, înainte de a fi măcar parțial autoregulate, dreptul s-a detașat cu greu de moravuri, morală, religie, astfel nefiind ușor identificabil atunci (în concepția lui H.Hart fiind constituit doar din reguli primare), în perioada modernă dreptul și-a dobîndit o relativă autonomie, debarasîndu-se de caracterele religioase. El s-a evidențiat ca un fenomen pur uman cu scopul de a face posibilă viața socială (s-a dotat, potrivit aceluiași H.Hart, și cu forme corespunzătoare: reguli de recunoaștere, schimbare și decizie). În societatea postmodernă dreptul riscă să-și piardă specificitatea, de a fi redus la un joc de forme ce animă rațiunea tehnică eterogenă.

### Referințe:

- <sup>1</sup> R.Verdier. *Ordres juridiques, loi et societe politique en Afrique noire // Droits et cultures* (Paris), 1984, nr.7, p.199; E.Leroy. *Lesprit de la coutume et l'ideologie de la loi // Le connaissance du droit en Afrique* (Bruxelles), 1984, p.210-240.
- <sup>2</sup> Apud: Gh.Mihai. *Fundamentele dreptului*. Vol. I-II. – București: ALL Beck, 2003, p.191.
- <sup>3</sup> S. Roberts. *Order and dispute*. – Harmondsworth, 1979, p.26-29 // Apud: Michel van de Kerchove, Francois Ost. *Le systeme juridique entre ordre et desordre*. – Paris: PUF, 1988, p.210.
- <sup>4</sup> B. Malinowski. *Crime and custom in savage society*. – Harcourt, 1926, p.58; M. Gluckman. *Politics, law and ritual in tribal society*. – Oxford, 1971, p.182 // Apud: Michel van de Kerchove, Francois Ost. *Le systeme juridique entre ordre et desordre*. – Paris: PUF, 1988, p.210.
- <sup>5</sup> A se vedea: Georgio del Vecchio. *Lecții de filosofie juridică*. – București: Europa Nova (f.a.), p.315.
- <sup>6</sup> M.Weber. *Sociologie du droit / Traduit par J.Grosclaude*. – Paris: 1986, p.20-21.
- <sup>7</sup> Fr.Hayek. *Droits, legislation et libertes*. Vol.I: *Regles et ordres / Traduit par R.Audouin*. – Paris: PUF, 1973, p.41.
- <sup>8</sup> H.Hart. *The Concept of Law*. – Oxford: Clarendon Press, 1961, p.189.
- <sup>9</sup> *Ibidem*, p.279.
- <sup>10</sup> F.Ost. *Les multiples temps du droit*. – În: *Le droit et le futur*. – Paris: PUF, 1985, p.115.