

UDC 930.85 (4—12)

YU ISSN 0350—7653

**ACADEMIE SERBE DES SCIENCES ET DES ARTS**

---

COMITE INTERACADEMIQUE DE BALKANOLOGIE  
DU CONSEIL DES ACADEMIES DES SCIENCES ET DES ARTS  
DE LA R.S.F.Y.

INSTITUT DES ETUDES BALKANIQUES

# BALCANICA

ANNUAIRE DE L'INSTITUT DES ETUDES BALKANIQUES

## XVI—XVII

BELGRADE  
1985—1986



<http://www.balcanica.rs>

Бурица КРСТИЋ  
Балканолошки институт САНУ  
Београд

## ОБИЧАЈ КАО ИЗВОР ПРАВА У РУМУНСКОМ ПРАВНОМ СИСТЕМУ

Земље географско-историјске зоне југоисточне Европе имају, као што је познато, многе заједничке карактеристике које чине и основу посебне научне дисциплине — балканологије или, шире, југоисточно-европских изучавања. Једна од тих карактеристика о којој ће у овом раду бити речи односи се на неписано или обичајно право. Већ први поглед на ши-року, разноврсну и мултидисциплинарну проблематику обичаја у сфери права довољан је да илуструје овај почетни закључак. Овако схваћено релативно јединство овог дела Европе, који се од 1914. увећао у односу на традиционални свет Балкана, међутим, не значи — и у савременим историјским околностима не може да значи — било какву супернационалну унификацију па, самим тим, ни стварање неког општег правног система југоисточне Европе, у правно-техничком смислу. По речима познатог румунског теоретичара историје права В. Георгескуа, овде се, особито у прошлости, радило о једном посебном облику општег јединства у различитостима, у сложености, у међусобним разменама достигнућа и искуства на многим плановима људске активности, једном речју, о утицајима и синтезама које, ипак, од Балкана, односно од југоисточне Европе, чине једно специфично поље, или једно радилиште, културе и цивилизације.<sup>1</sup>

У сфери права, посебно у историји права, у њеном делу који се односи на обичајно право, то јест на обичај као извор права, овај сплет међусобног утицања који је, разуме се, и знатно шири, огледа се, пре свега, у јединству ове европске

<sup>1</sup> Valentin Al. Georgescu, *La coutume en tant que source du droit dans les pays du Sud-est Européen*. Генерални реферат за Међународни конгрес о обичају као извору права, Брисел октобар 1984 (у штампи), 2.

регије у погледу заједничких институционалних основа, које су обичајне и законодавне природе. Поред тога, овај део Европе био је прожет кроз историју и великим цивилизацијским унификационим традицијама, чији трагови снажно допиру до модерног времена, наиме, хеленским и трако-илирским, које су се остваривале под вођством Рима, Византије и Цариграда. Овоме треба додати и утицаје Екуменске православне цркве, као и деловање других значајних историјских субјеката и епоха које су, све, остављале трагове на овом тлу, од Нормана и крсташа, преко ренесансе, просвећености и модернизма деветнаестог века, утицаја Запада преко Аустро-Угарске Монархије, преко Бенове и Венеције, или кроз небројене и разноврсне контакте — поморске и копнене, при чему није била мала ни улога центара југоисточно-европске дијаспоре.

Читав сплет чинилаца који и уједињују и раздвајају, маса заједничких искустава, стваралаштва које је, често, јединствено у свету по својој вредности и — кад је реч о праву — једно мноштво специфичности које су, и поред свега тога, укључене у једну, шире схваћену, синтезу читаве регије југоисточне Европе.

Приликом изучавања остатака обичајних правила у сфери права, као и проучавајући општу теорију обичајног права у југословенским и другим балканским земљама, укључујући и Румунију и Мађарску, може се одмах уочити велико богатство традиционалног неписаног права. Ово посебно важи за Румунију. Штавише, ова материја, која превасходно спада у домен историје права, али захвата и друге гране науке, као што су етнологија, социологија, антропологија и историја, интензивно се изучава у тој земљи и данас. Стога су резултати до којих су дошли румунски историчари права, односно теоретичари обичајног права, од велике користи и приликом упоредног изучавања тог феномена у Југославији и, шире, на Балкану. Зато сматрамо да је корисно дати краћи приказ једног од најзначајнијих научних проблема у области обичајног права — обичај као извор права и, самим тим, осветли његов однос према писаном, позитивном праву, онако како то схвата румунска наука обичајног права. Приказ достигнућа науке те суседне земље у овој области показаће, верујемо, још једном, сву повезаност култура и права о којој је у уводним редовима било речи.

Карактер извора права који се приписује обичају у историјским димензијама је у румунској науци генерално признат, али су концепције различите кад је реч о начину примене и форме остварења тог начела. У румунским кнежевинама Молдавији и Влашкој, на пример, дошло је до специфичног спајања аутохтног правног елемента — обичаја, са елементима страног права у току једног процеса рецепције римско-византијског права који се одвијао у седамнаестом веку. Још од

почетка средњег века обичај је у поменутиим областима Румуније имао јако изражени народни карактер, јер је био у вековној примени, а одговарао је идеалу правде и правичности који се одржавао у народу. Односи између обичаја и писаног права у тим областима били су тројаки: *praeter legem* (то јест, писано, позитивно право признаје обичајно), *propter legem* (писано право обухвата неке норме обичајног, то јест обичај допуњује закон) и, чак, *contra legem* (писано право негира обичаје као извор права). На овај начин су обичаји егзистирали упоредо са писаним правом, па су примењивани у одређеним случајевима које је санкционисао писани закон, иако су били супротни томе закону. Међусобни однос ова два извора права био је реципрочан. Обичаји су испуњавали празнине у закону инспирисаном римско-византијским правом и тиме се боље прилагођавало стварностима средњовековног румунског друштва. С друге стране, сам закон је обичају обезбеђивао признање и државну принуду, претварајући, на тај начин, обичај у обичајно право. Тако је чињено, и са обичајима који су се, по изузетку, примењивали и када противрече писаном закону.

У Трансилванији, централној области насељеној Румунима, у прошлости је такође владало обичајно право више од једног миленијума. Румунско обичајно право стога се помиње у свим релевантним изворима као феномен који је нераздвојан од народа који га је стварао, који је најнепосредније повезан са етничким бићем, са језиком и са народном уметношћу. Овај закључак односи се и на све друге области Румуније кроз историју. Тек средином деветнаестог века, после револуције 1848, обичај је у потпуности замењен, у Трансилванији, државним писаним правом — бар у формално-правном смислу.

У складу са персоналним начелом које је владало у средњовековном праву у Европи, румунски правни обичаји били су у почетном периоду персоналног карактера, па су важили за све Румуне, независно од домицила, изузев племића. Временом, међутим, обичајно право добија територијални карактер, о чему сведоче акти појединих градова.<sup>2</sup>

Румунска теорија прави разлику између земаљског обичаја („куштума земаљског“ — према црногорској обичајно-правној терминологији) и локалног, ужег обичаја. Локални обичаји, наиме, односе се само на уже области, то јест на села, дистрикте, градове. Према дефиницији румунског историчара Н. Балческа, земаљски обичај је, пак, неписани закон земље који одговара политичкој свести румунског народа, као и уставном поретку у грађанском и кривичном законнику. Овај земаљски

<sup>2</sup> Акт из 1760. године у граду Бистрици, у коме се говори о обичају тог округа; акт из 1508. округа Фагараш, у коме се каже *lex huius terrae* и акт из 1657. у коме стоји: *consuetudo terrae districtus Fogaras*. Нав. према N. Densusianu, *Monumente pentru istoria Tarii Fagarasului*, Bukuresti 1885, 71, 33.

обичај обухватао је целину норми које су се односиле на све гране права. Те норме стваране су током дугог периода и одговарале су историјским потребама становника. Оне су се временом и мењале како би се прилагодиле друштвеном развоју. Међутим, упркос чињеници да је примена ове врсте обичаја трајала до друге половине деветнаестог века, земаљски обичај био је замењен писаним законима, иако је — и ово је значајан закључак у вези са проблематиком румунског обичајног права уопште — румунска народна традиција сачувала неокрњене опште концепције обичаја који су долазили од предака. Ово, штавише, показују и савремене анкете и истраживања остатака обичајног права, која су, чак и 1983 (септембра) вршена, на пример, у западној Олтенији.<sup>3</sup>

Ова анкета и друге анкете спровођене на терену, углавном у руралним областима Румуније, показују да се велики број испитиваних становника села још увек живо сећа садржине некадашњих земаљских обичаја. Под тиме, углавном, они подразумевају не само производе њиховог фолклора већ и ситуације које се односе на област правне етнологије.<sup>4</sup> Навешћемо неке формулације из ових анкета.

„Овде је реч о укупности одредаба које су на основу правде створили наши преци и наши дедови, како би људи живели кротко и у слози. Те одредбе прелазиле су са оца на сина, па су их тако поштовали наши људи, јер су из њих извлачили све што је добро“ (известилац Д. Бохоран из места Гирбоват). „Обичај наших предака, на основу кога су судије кажњавале неправде и рђаве навике људи који су заборавили изреку ‘не чини никада другима оно што не желиш да се догоди теби’“ (известилац И. Сандулеско, из истог места). „Закон је то, написани и поштовани, који се преноси од наших дедова и предака, и према коме се делила правда људима... По њему се делила правда, а изрицали су је некада наши стари у селу. Касније су правду осигуравале судије који су се ослањали на законике. Ипак, доста често, ови кодекси донети из других земаља само су кварили добре старе обичаје, па је то наносило много патње нашим јадним људима“ (известилац Ц. Опреш, из истог места).

Заједнички елементи у свим овим лаичким дефиницијама земаљског обичаја су: прво, циљ обичаја је постизање правде у односима међу људима и, друго, обавезна снага обичаја резултира из његове старине, то јест обичај добија ауторитет кроз чињеницу да долази од предака (*auctoritas patrum*). Према општем мишљењу румунске историјско-правне теорије,<sup>5</sup>

<sup>3</sup> V. Gionea, *La coutume historique en Valachie et en Moldavie durant le Moyen Age*. Посебни реферат за Конгрес поменут у напомени 1, 2.

<sup>4</sup> *Romulus Vulcanescu, Etnologie juridica*, Bukurești 1970.

<sup>5</sup> V. Sotropa, *Introducere si bibliografie la istoria dreptului român*, Cluj 1937, 41.

формирање и примењивање овог земаљског обичајног права трајало је вековима, то јест, од трећег века наше ере (после повлачења Римљана у Мезију под императором Аурелијем 275. године). Према томе, био је то веома дуг процес, а правни обичаји који су примењивани надживели су многе промене до којих је долазило на овом тлу. Као што је горе наведено, ти обичаји су били стриктно примењивани у свакодневном животу све до друге половине деветнаестог века. У документима из периода после формирања румунских кнежевина, који су писани на словенском језику, користе се, да би се објаснили земаљски обичаји, термини као што су „закон“, „право“, па чак и „обичаји“ (*obiceai* — на румунском). У документима писаним румунским језиком, пак, користе се изрази *leage* (закон), *leagea țării* (закон земље, земаљски закон) и *leagea den bătrâni* (закон који потиче од предака). У документима суседних народа, редитованим на латинском језику, срећу се следећи изрази: *jus valachicum*, *jus volochie*, *ritus volochie*, *lex olachorum*, *mos Valachorum* и *consuetudo Valachorum*.

У румунској теорији историје права постоји данас сагласност да се под изразом „закон“ подразумевају начела и норме обичајног или неписаног права које су добиле карактер писаног закона, то јест постале обавезне норме.<sup>6</sup> Румунско-словенски термин *obiceai* се доста често среће у релевантним документима који су писани изван румунских области. Тај термин, према стању развоја целокупног румунског права у коме је неписано право играло велику улогу, користи се да би се описала фаза која је претходила увођењу у правни систем писаног права, али се, и поред тога, томе термину у литератури дају различита значења, па и она којима се обележава разноврсна пракса и процес формирања правних норми.<sup>7</sup>

На основу свега изнетог, може се, закључити да је земаљски обичај био и остао једини извор права на територији насељеној Румунима у периоду од четвртог до четрнаестог века, што се односи на области које су касније добиле називе Трансилванија, Молдавија и Влашка. Ово право било је неписано, усмено, и преносило се традицијом. Еквивалент овој врсти права је један други велики светски систем неписаног права, наиме *common law* (обичајно право) англосаксонског света. Према општеприхваћеном мишљењу румунских историчара права<sup>8</sup>, од четрнаестог века до средине седамнаестог, ово обичајно право остало је и даље главни извор румунског права. Томе корпусу неписаног права, ипак, почеле су да се додају одлуке које су доносили румунски кнежеви и које су биле конкретни-

<sup>6</sup> G. Fotino, *Contribution à l'étude de l'ancien droit coutumier roumain. Un chapitre de l'histoire de la propriété au Moyen Age*, Paris 1925, 59.

<sup>7</sup> I. D. Condurachi, *Formarea vechiului drept românesc ne scris (obi-ceiul pămintului)*, Braşov 1935, 20, 21.

<sup>8</sup> V. Gionea, *op. cit.*, 7.

зоване у њиховим хрисовуљама (термин који је, као што је познато, усвојен из византијског права). Те своје одлуке су кнежеви доносили било на основу сопствене иницијативе, у својству врховних (православних) господара земље (опет на основу норми византијског јавног права које су им, на овај начин, омогућавале пуну законодавну власт), било уз сагласност кнежевског савета (*sfatul domnesc*).

После оснивања румунских кнежевина, уследила је у кнежевинама пенетрација и примена оних начела која су позајмљена из византијског права (што је елемент заједничког, у одређеној мери, и кад је реч о јужнословенским земљама). У току средњег века, према томе, у тим румунским областима примењивали су се следећи извори права: обичајно право или земаљски обичај, право кнежева, и реципирано византијско право, чија се начела, исто тако, често претварају у неписано право, јер постепено и кроз дугу правну праксу клизе у корпус земаљских обичаја. Овај елемент уочава се и у јужнословенском обичајном праву, у коме има трагова ранијег византијског права и норми кодификованих, на пример, у Душановом законик у (право прече куповине, и др.).

Средином шеснаестог века два румунска кнеза објављују збирке закона којима се подражава византијским законима. Кнез Василе Лупу издаје у Молдавији 1646. године Румунску књигу за подучавање о праву и моралу (*Cartea românească de învățătură*), а кнез Матей Басараб, у Влашкој, 1652. године, Водич кроз закон (*Indreptarea Legii*). И поред тога, чак и после ступања на снагу ових законских прописа, земаљско обичајно право је и даље извор права, то јест судије га користе при изрицању пресуда. Штавише, у тексту кнеза Василе Лупуа судија се овлашћује да поред *правила* (то јест, тог законика) примењује, у извесним случајевима, неписано право земље, чак и ако је супротно одредбама законика (то јест, *contra legem*). Овде се, вероватно, мисли на ситуације које, локалне по свом карактеру, могу правичније да буду разрешене по старом обичајном праву него по новом законик у — феномену који се ретко среће у светским правним системима у прошлости, а још мање данас.<sup>9</sup> Свеобухватна важност самог писаног закона овиме није била окрњена.

Ова идеја, и пракса, да неписана правила могу дерогирати писани закон толико се била усадила у свест румунског народа да је, чак и почетком деветнаестог века, после ступања на снагу савременог и разрађеног Кодекса, који је издао молдавски кнез Скарлат Калимаки (*Scarlat Callimaki*) 1818. године, висока апелациона инстанца (тзв. бојари дивана), на захтев молдавског кнеза Михаила Сукуа, дала следеће тумачење: „Оби-

<sup>9</sup> Члан 56, параграф 3. Законика Василе Лупуа, нав. према V. Giunea, *op. cit.*, 9.

чаји наше земље су моћнији од правила (то јест, писаних закона); ови обичаји могу појачати али и поништити писане норме које нису у складу са специфичним румунским условима; нема, према томе, никакве сумње да код сваког спора, уколико се писани закони разликују од обичаја земаљског, треба применити обичај.<sup>10</sup>

Међутим, у доба великих европских кодификација у деветнаестом веку, после доношења румунског Грађанског законика (1865), који је био под снажним утицајем Наполеоновог Грађанског законика (1804), земаљски обичај се у тексту више не спомиње као обавезни извор права. Настаје велика прекретница у улози обичаја као извора права у румунском правном систему. Румунска историјско-правна теорија се, према томе, слаже у генералној констатацији да је било потребно два пуна века да би писано право заменило неписане земаљске обичаје. С друге стране, и у данашњој епохи (у чему се слажу готово сви румунски историчари права), у деветој деценији двадесетог века, још увек егзистира становиште у правној пракси, и код сеоског становништва у целини, да су у великом броју случајева писани закони или *правила*, који су „прихваћени извана“, штетно утицали на добре народне правне обичаје. Овакво схватање, разуме се, одражава конзервативни карактер румунског сељаштва, као и сељаштва уопште у свету, које инстинктивно зазире од новина примљених споља које, према томе, не одговарају правим потребама људи. Обичаји земље, према румунској народној традицији, увек су били сматрани бољим од писаних закона који су прихваћени из иностранства. Сеоски закон кнеза Кузе (Cuza), који је био донет 1864, за разлику од румунског Грађанског законика, у неким својим одредбама консакрира обичаје земље, проглашавајући их и формалним извором права. И после ступања на снагу Грађанског законика, у Закону о уговорима у пољопривреди (март 1866) записано је, на пример, да се цена пољопривредних радова одређује према месном обичају.

Савремена румунска правна теорија бави се посебно проблемом земаљског обичаја као извора неписаног права. Мишљења историчара права су подељена. Тако, представници тзв. словенске школе, као што су К. Дисеско (C. Dissesco) и П. Негулеско (P. Negulesco) (почетак двадесетог века), сматрају да румунско право уопште има словенско порекло. Овом гледишту супротстављају се И. Перец (I. Peretz) и И. Кондурачи (I. Condurachi) који на конкретним примерима правних института доказују да постоје многобројни утицаји римског права. Штавише, они оспоравају словенски карактер устанаовама као што је, на пример, заједничка својина чији су титулари румунски слободни поседници (*moşneni* или *răzeşi*), који воде

<sup>10</sup> I. D. Condurachi, op. cit., 49.



порекло од старих румунских војничких заједница, и коју установу Дисеско и Негулеско изједначују са словенском задругом. За разлику од задружне својине, која је била недељива, посебно кад су у питању непокретности (земљиште, кућа — стожер и сл.) — што је представљало њено главно обележје — у румунској заједничкој својини важило је начело отуђивања појединих делова иначе, у начелу, недељиве својине. Ово одступање од начела недељивости својине на земљи видљиво је у уговорима о купопродаји или записима — према румунској правној терминологији, које су закључивале поману категорије слободних поседника земље. Штавише, ово право отуђивања индивидуалних делова, у иначе заједничкој својини, имало је свој корелат и у чињеници да се и на самом терену, физички, сваки индивидуални део могао означити — што није био случај са задругом код Јужних Словена.

Перец, такође, подвлачи да, на пример, установа братимљења, позната код Словена, није од њих и позајмљена, јер се на њу наилази на широком географском простору читавог Истока.

И. Кондураки, који побија гледиште словенске школе у румунској историјско-правној теорији указује и на разлике које постоје код крвне освете или, како је он назива, приватне освете, укључујући и разлике у поступку мирења у румунском обичајном праву. Разлика има и: код начина утврђивања граница између сеоских имања; при заклетви са грудвом земље на глави (код Словена ношење бусена), братимљењу, код права прече куповине, итд. Овим разликама правни историчар Фотино додаје и различити правни статус жене у румунском праву, укључујући и обичајно, кад је реч о непокретностима Жена је, према румунском праву, учествовала у наслеђивању заједно са мушким члановима породице — што се веома разликује од традиционалног патријархалног система словенског обичајног права. Могла је, затим, да буде сведок и сл. Битно је био различит и брачни имовински режим, јер, према румунском праву, женин мираз остаје њена одвојена својина и у брачној заједници, итд.

Овом приликом не желимо да заузмемо став према овој контроверзи у румунској теорији, јер то захтева дубља истраживања која излазе из оквира задатка постављеног у овом раду. Свакако, питање порекла и развоја права једне земље је веома сложено. У овом случају, нема сумње да има више разнородних утицаја, од којих словенски не треба занемарити.

На румунско право уопште, а тиме и на обичајно право, велики утицај вршило је, као што је напред речено, византијско право. Највећи ауторитет у румунској историјско-правној науци је већ споменути професор В. Георгеско, који је у низу радова осветлио питања утицаја и усвајања византиј-

ског права у Румунији.<sup>11</sup> Ово прихватање византијског права вршило се, пре свега, под утицајем православне цркве и уз сагласност румунских кнежева, а често — у зависности од области — и само вољом ових последњих. На тај начин је у румунским земљама био усвојен, у својој скраћеној српској верзији, *Proheiron nomos* — тј. Законик цара Василија Македонског (крај деветог века наше ере), а тако исто и Законик о судском поступку царева Константина и Јустинијана и Законик Стефана Душана — у коме се такође огледа утицај византијског права. ОвOME треба додати и скраћену верзију Синтагме Матије Властара, која је била реципирана у Румунији кроз Бистрички кодекс (у Олтенији) (*Bistrița*). Тек од шеснаестог века надаље, у румунској правној лератури која третира правно уређење румунских кнежевина среће се спомен о Јустинијановим Новелама, као и о онима цара Лава VI Мудрог.

Аутохтоно неписано право у румунским земљама у средњем веку, и поред његовог вековног примењивања у пракси, није било, због саме своје природе, добро познато у свим својим детаљима, јер није било покушаја да се на неки начин писмено прикупи, односно редигује — као што је то био случај у Француској петнаестог и шеснаестог века, у којој су, по краљевој наредби, били сачињени зборници обичајног права (*coutumiers*). Сама примена земаљских обичаја постајала је временом све арбитрарнија, па се прецизност правних правила постепено губила, а њихово доказивање било је све теже. Према доступним документима о правној пракси тога доба, у многим случајевима спорови су се решавали искључиво на основу осећања правичности самих судија или њиховог схватања правде. Исто тако, бојари и кнежеви који су судили на највишој инстанци (кнежевски диван), примењивали су за неке случајеве неписано право, иако су углавном судили на основу писаног права (закона). Но, на нижим инстанцама судијама је, у ствари, више одговарао еластични и често недовољно прецизни обичај, јер су тако били у стању да добу до погоднијих решења у складу са локалним приликама и околностима сваког појединог случаја. Тек крајем осамнаестог

<sup>11</sup> Наводимо само неке од његових радова: *La réception du droit romano-byzantine dans les Principautés Roumaines. Droits de l'antiquité et sociologie juridique*, Mélanges H. Lévy-Bruhl, Paris 1959; *Le role de la théorie byzantine de la coutume dans le développement de droit féodal roumain*, Mélanges Philippe Meylan, Lausanne, 2-e vol. 1963; *Cîteva contribuții la studiul receptarii dreptului bizantin în Tara Româneasca și în Moldova (1711—1812)*, Studii, XVIII-a, 1965; *Les survivances du droit romano-byzantin dans la coutume roumaine entre le XIV-e et le XIX-e siècles*, Revue roumaine d'histoire, XIX 1980, nr. 19; *L'application des Nouvelles byzantines peri protimeseis dans les Principautés roumaines à la fin du XVIII et au début du XIX-e siècle*, Actes du I-er Congrès international d'études balkaniques et Sud-est Européennes, 6-e volume, 1968, et 7-e volume, 1969.

века (1777) чувени румунски правник Михел Фотино (Michel Fotino) објавио је зборник обичајног права у својој четвртој књизи Приручник о законима. Ова збирка, ипак, ни издалека није могла да задовољи потребе тадашње судске праксе. Чињеница је да се и у Румунији, као и у читавој југоисточној Европи и, шире, обичајно право као формални извор права непрестано кретало силазном линијом, уступајући место писаном праву.

После уједињења румунских кнежевина 1859, и доношењем великих законика (румунски Грађански законик, 1864, Трговачки законик, 1887) у материји грађанског и у области трговачког права, обичај више није био дозвољен као формални извор права, изузев у неким правним областима. И сам Устав Румуније тога доба (1866) начелно искључује обичај као извор права. Обичај је, на тај начин, био дозвољен само у материји службености и у суседским односима,<sup>12</sup> затим кад је реч о плодуживању,<sup>13</sup> о извршењу уговора и о тумачењу воље страна у уговору,<sup>14</sup> о купопродаји,<sup>15</sup> о уговору о закупу,<sup>16</sup> и о неким видовима породичних односа, као што су сродство, ограничење правне способности чланова породице услед осталог психичког развоја, мираз, усмени тестамент и др.

Исто тако, члан 1 румунског Трговачког законика (који је рађен по угледу на италијански) садржи одредбу према којој трговачки обичаји, због своје недовољне одређености, не могу бити извори права. Међутим, трговачки обичај је остао и даље формални извор права, али искључиво кроз судску праксу која је дозвољавала правно дејство извесних уговорних клаузула које су учесници у трговачким пословима примењивали у својим односима.

И у области кривичног и административног права у деветнаестом и двадесетом веку, румунски правни систем следи нове тенденције примата писаног права у односу на обичајно, иако у неким законима у тим областима наилазимо на одредбе којима се изричито дозвољава примена локалног обичаја. Штавише, и у уставном праву стварају се одређени обичаји, иако они, разуме се, излазе из оквира традиционалног писаног права — то јест, земаљских обичаја. Ова тенденција у уставном праву уочена је за време диктатуре румунског краља Карола II, између 1938. и 1940, у вези са повећаном улогом Крунског савета. Овим правним областима треба додати и

<sup>12</sup> Чланови 600, 607. и 610. румунског Грађанског законика.

<sup>13</sup> Чланови 529. и 532. истог Законика.

<sup>14</sup> Чланови 970. и 980. истог Законика.

<sup>15</sup> Члан 1359. истог Законика.

<sup>16</sup> Чланови 1436, 1443, 1447, 1451 и 1452. Види о овоме и рад једног од најактивнијих познавалаца обичајног права у Румунији, посебно његовог савременог аспекта: *Liviu Marcu, La place de la coutume dans le droit roumain moderne*. Посебни реферат за Конгрес поменут у напмени 1.

случајеве конкретног санкционисања примене обичаја у појединим посебним законима, као што су Закон о трговачким берзама из 1913. — у коме се као формални извор права признају трговачки обичаји, узансе, али само у области поступка. Посебну улогу у овој области имале су арбитраже, које су судиле не само на основу трговачких закона већ и користећи узансе. При том се садржина оваквих обичаја у области трговине доказивала обично помоћу сведока, али и применом других доказних средстава предвиђених у румунском Грађанском законнику.

Примена обичаја, међутим, била је искључена одредбама Законика о грађанско-судском поступку и о кривичном поступку — оба донета 1865. године.

О релативној важности места и улоге неписаног права у Румунији, између два светска рата, сведочи и став највиших судских инстанци ове земље кад је реч о доказивању постојања, односно садржине обичајних правила која треба да послуже као извор права. Тако је румунски Касациони суд у једној својој одлуци која је директивног карактера заузео став према коме обичај, да би могао произвести правно дејство, мора бити доказан помоћу сведока.<sup>17</sup> Исти Касациони суд је у другој одлуци заузео начелан став према коме потврђивање постојања конкретног обичајног правила, затим одређивање на коју се област такво правило односи — то јест, његов домет за случај у коме писани закон уопште дозвољава примену обичајног права, као и констатација да је неко обичајно правило непостојеће услед дужег непримењивања — представљају фактичка питања, која спадају у искључиви домен оцене првостепене судске инстанце, уз обавезну и уобичајену контролу највише инстанце, то јест, Касационог суда.<sup>18</sup>

После другог светског рата даље је ограничена примена обичаја као формалног извора права у румунском правном систему. Обичаји су, на основу одредаба писаних закона, били дозвољени, кад је реч, на пример, о широкој материји грађанског права, само у следећим ужим областима: службености, суседски односи, тумачење уговора, уговор о купопродаји и уговор о закупу.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> *Cass. I, 30. mars 1925, P. R. 25. 3. 345*, нав. према *O. Sachelarie, La modernisation du droit en Roumanie au XIX-e siècle et le problème de la coutume*. Посебни реферат за Конгрес поменути у напомени 1, 6.

<sup>18</sup> Одлука румунског Касационог суда, *Cass. I, 10. новембар 1924, П. Р. 26. 1. 193*, нав. према *O. Sachelarie, op. cit., 7*.

<sup>19</sup> Види већ наведене чланове румунског Грађанског законика у вези са овим правним инструментима.

LA COUTUME EN TANT QUE SOURCE DU DROIT DANS LE  
SYSTEME JURIDIQUE ROUMAIN

## Résumé

Les pays de la zone géographico-historique de l'Europe du Sud-Est ont en commun de nombreuses caractéristiques qui constituent la base d'une discipline scientifique spéciale — balkanologie. Une de ces caractéristiques se rapporte aussi au droit non écrit ou coutumier. Lors de l'étude de ce droit non écrit, faite ces dernières années, on remarque une grande abondance des restes de ce droit qui sont encore présents dans nombre des pays de cette région, et particulièrement en Roumanie. Dans ce pays aussi, on attribue à la coutume le caractère de source du droit, particulièrement dans la perspective historique. Un témoignage en est la jonction de l'élément juridique autochtone — coutume, par exemple dans les principautés de Moldavie et de Valachie, aux éléments du droit romain-byzantin, et ce processus se développait au cours du XVII<sup>e</sup> siècle.

Les rapports entre la coutume et le droit écrit étaient de trois espèces — *praeter legem* (lorsque le droit positif reconnaît le droit coutumier), *propter legem* (la coutume complète la loi) et *contra legem* (le droit écrit nie la coutume qui lui est contraire).

La théorie roumaine historico-juridique distingue la coutume du pays de la coutume locale, la première étant la loi non écrite du pays qui est conforme à la conscience politique du peuple roumain.

En Roumanie on fait même à l'heure actuelle les enquêtes circonstanciées sur le droit coutumier qui montrent que l'esprit de ce droit vit encore dans la connaissance des hommes et qu'il est appliqué en pratique, partout où le droit positif le permet.

Outre ce que nous venons de citer, dans l'article sont analysées aussi nombreuses autres questions relatives au droit non écrit, caractéristique de la Roumanie, particulièrement du point de vue de l'évolution historique du droit et, à la fin, aussi le rôle de la coutume dans les grandes codifications du XIX<sup>e</sup> siècle, jusqu'à nos jours, lorsque le Code Civil permet l'application des coutumes dans les domaines tels que les servitudes, les rapports du voisinage, l'interprétation des clauses contractuelles, le contrat d'achat et de vente des produits déterminés, le contrat du bail, etc.

Dans l'article est souligné aussi le rôle du droit byzantin et du droit médiéval serbe dans la formation du droit roumain.