

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

XIII - XIV

RECUEIL DES TRAVAUX A L'HOMMAGE
DU PROFESSEUR RADOVAN SAMARDŽIĆ,
MEMBRE CORRESPONDANT DE L'ACADEMIE SERBE
DES SCIENCES ET DES ARTS, A L'OCCASION
DE SON SOIXANTIÈME ANNIVERSAIRE

BELGRADE 1982—1983.



Constantinos VAVOUSKOS

Université de Thessaloniki
Thessaloniki

LA COUTUME COMME REGLE DE DROIT EN GRECE

1. Après la formation de l'État Hellénique, le gouvernement de l'époque, dans son souci de doter le pays d'une législation, promulgua entre autres le Décret Royal du 23 Février — 7 Mars 1835. Ce Décret ordonna la rédaction d'un Code Civil. En attendant pour que l'ordre législatif soit assuré, le même Décret Royal a ordonné à titre provisoire, c.à d. jusqu' à la rédaction de ce Code Civil, l'introduction en Grèce des lois civiles des empereurs byzantins contenues dans l'Hexabible d'Harmonopule et des coutumes qu'un usage d'une longue durée a consacrées. A cette époque la Grèce était un Royaume et puisque le roi Othon, prince de Bavière, était mineur, on a nommé une Régence composée de trois personnes parmi lesquelles figurait le juriste Georg-Ludwig von Maurer. Ce dernier fut l'inspirateur de l'effort législatif de l'époque et c'est lui qui a donné le ton personnel à l'oeuvre législative accomplie.

2. Le Décret Royal en introduisant en Grèce les lois civiles des empereurs byzantins et les coutumes qui se sont formées au passé dans le sein de la nation hellénique, n'a fait que consacrer le droit appliqué par les autorités helléniques qui n'étaient que les autorités ecclésiastiques de l'Eglise Orthodoxe pendant la période de l'occupation turque. C'est ainsi que les sources du droit qui entre de nouveau en vigueur en Grèce restent forcément les sources du droit romain et byzantin qui depuis Justinien et surtout depuis Léon le Sage a été consacré comme droit de la nation Hellénique. Le ministre de la justice à l'époque de la promulgation du Code Civil Aghis Tambacopoulos dans son rapport d'introduction du Code Civil daté du 23 Février 1940 et adressé au roi, qui contient l'exposé des motifs concernant le Code Civil et qui a été publié au Journal Officiel du 15 Mars 1940 (partie A No 91) écrit entre autres que »dès les premières années

de l'indépendance nationale le pays a réclamé l'élaboration d'un Code Civil régissant les rapports entre particuliers. Cependant, tout en manifestant ce besoin, il ne perdait pas de vue qu'il devrait y être satisfait sur la base des principes de droit formés et fixés par des siècles de vie nationale, sociale et intellectuelle et par la vigueur philosophique de la pensée hellénique. C'est en raison de ce sentiment national qu'on a évité d'élaborer à la hâte un Code Civil ou d'adopter un Code étranger et c'est pour le même motif que la première Assemblée Nationale Constituante d'Epidaure en 1822 décréta que, dans la Grèce ressuscitée, les instances civiles «ont pour base les lois de nos empereurs chrétiens». Il en est de même de la disposition contenue dans le XIX^e Décret du Gouverneur de la Grèce Capodistria, relatif à l'organisation des tribunaux (1828) aux termes de laquelle les lois applicables seront les lois des empereurs contenues dans l'Hexabible d'Armenopule. Cette dernière disposition a été reprise dans le Décret Royal du 23 février — 7 mars 1835, visant au maintien en vigueur des lois civiles des empereurs byzantins contenues dans l'Hexabible d'Armenopule, jusqu'à la promulgation du Code Civil.

La coutume était depuis toujours reconnue comme source de droit en droit romain. En effet le jurisconsulte romain Ulpien (Bas. 2. I. 6.), en se référant aux sources du droit, écrit que le droit civil est écrit et non écrit.

3. La confirmation de ce droit romain et byzantin qui était appliqué par les autorités helléniques pendant la période de l'occupation turque ainsi que, plus spécialement, la confirmation du droit coutumier qui était formé pendant cette période est due à des raisons historiques suivantes.

Après la chute de Constantinople le Sultan Mahomet II octroya au patriarche Oecuménique Ghenadios Scholarios, qui avait été élu sur son ordre le 6 janvier 1454 par un Concile d'évêques, convoqués de l'Europe et de l'Asie, une série des prérogatives, lui permettant de devenir «miletbashi» (ethnarque-chef de la Nation) et d'être investi aussi d'un pouvoir judiciaire. Le patriarche lui-même et à son nom les métropolitains et les évêques en général, faisant usage de ces prérogatives appliquèrent chacun à son cercle de compétence le droit byzantin, le seul d'ailleurs qu'ils connaissaient du fait qu'il était en vigueur auparavant. Ce droit était déjà vieux et, de ce fait, ne pouvait pas couvrir les cas de la vie quotidienne que les nécessités modernes mettaient en évidence. Donc, faute d'un organe législatif, le terrain juridique resta libre pour le développement des coutumes, qui étaient le seul moyen pour parer aux nécessités de la réglementation des relations entre les individus. C'est ainsi qu'un droit coutumier riche a vu le jour dans le terrain juridique de la nation hellénique. Il est vrai que sur l'adoption du contenu de certaines coutumes, qui ont été dans leur ensemble introduites en Grèce par le Décret Royal mentionné, il y a eu plus tard (comme on le verra) une

divergence d'opinion dans les milieux juridiques, mais cela ne prive pas le droit coutumier, en général comme tel, de sa valeur intrinsèque. En effet, à travers ses règles, on peut voir l'esprit, la pensée, les mœurs et la forme de l'activité pratique de la nation hellénique pendant une période longue et sombre de son histoire.

Comme il a été dit, le droit (écrit et coutumier) ainsi introduit en Grèce, était déjà vieux et beaucoup de ses dispositions ne pouvaient pas régler les relations juridiques modernes des individus. C'est pourquoi ce droit n'a pas pu être à l'abri des critiques. En effet l'opinion publiques se divisa à l'époque en ceux qui étaient les partisans de l'introduction de ce droit et ceux qui étaient les partisans de l'idée qu'un autre droit plus moderne, aligné aux droits contemporains de l'Europe, et plus spécialement au droit français, devait être introduit. Le problème se posa pratiquement d'abord en 1821 à l'Assemblée locale d'Amfissa (alors Salona) et ensuite en 1822 à l'Assemblée Nationale d'Epidaure. Cette dernière a désigné une commission pour la rédaction d'un Code Civil. Le clergé qui, grâce aux prérogatives octroyées par Mahomet II, dont il a été fait mention, avait acquis une forte influence sur les affaires de la nation et comptait beaucoup sur les services rendus à celle-ci pendant la période de l'occupation turque, car il était le refuge de tous, désirait que les lois des empereurs byzantins soient introduites et ce désir correspondait aux vocations du peuple qui, pour la plupart, ne connaissait pas ce droit, mais qui à l'époque était imprégné de l'idée, connue comme «grande idée», de la restauration de l'empire byzantin.

Par contre une partie des intellectuels et surtout les jeunes juristes, qui, pour la plupart, avaient fait leurs études de droit en France, étaient de l'avis que c'est le Code Civil Napoléon qui devait être introduit en Grèce, étant donné qu'il était le plus neuf, le plus complet et le plus moderne de l'époque, ayant déjà acquis un rayonnement internationale. En définitive la partie traditionaliste l'emporta. En effet le premier gouverneur de la Grèce Jean Capodistrias décida en 1830 la rédaction d'un Code Civil qui serait basé sur le droit byzantin, et ensuite après sa mort la régence bavaroise, comme il a été dit, promulga le Decret Royal susmentionné du 23 Février — 7 Mars 1835, qui introduit les lois civiles des empereurs byzantins et les coutumes déjà formées.

4. Georg Ludwig von Maurer, membre de la Régence bavaroise et compétent en matière des affaires juridiques de la Grèce, de l'époque a publié le 1^{er} juin 1835 à Munich un livre intitulé «Le peuple grec dans ses relations du droit publique, ecclésiastique et privé avant la lutte libératrice et après jusqu'au 31 juillet 1834». Dans ce livre, publié en traduction grec par le prof. Christos Pratsicas et le Conseiller à la Cour Eustache Carastathis en 1943 à Athènes, Maurer se référant au droit coutumier écrit (§ 35, pp. 93—94) que les Hellènes avaient (pendant la période turque) vraiment leurs propres tribunaux com-

posés par les notables, les chefs des communes et les évêques. Les évêques appliquaient au lieu du droit coutumier le droit contenu dans l'Hexabible d'Harmonopule, c'est à dire le droit byzantin. Ces personnes étaient des arbitres. Par conséquent elles n'avaient pas le droit de contraindre, ce qui permettait de s'adresser aux juges turcs qui jugeaient en dernier ressort. Ainsi le développement d'un droit coutumier grec trouvait des obstacles devant les tribunaux turcs, tandis que dans certains cas, le développement de ce droit était complètement empêché. Le même auteur écrit ensuite que des droits coutumiers ont été formés dans diverses provinces, régions et îles et même dans des villes et villages isolés. Ce droit coutumier grec, toujours d'après Maurer, était appliqué par les tribunaux helléniques et, théoriquement parlant, même par les tribunaux turcs.

5. En ce qui concerne les sources du droit en général, le même Maurer nous dit plus loin (op. c. § 367) qu'à l'arrivée du roi Othon et de la Régence bavaroise en Grèce la situation juridique était ainsi décrite: L'Hexabible d'Harmonopule était en vigueur comme auparavant. Il s'agissait du droit écrit. L'Hexabible d'Harmonopule contenait, comme il a été dit, sommairement exposés les droits Romain et Byzantin (jus grecoromanum) surtout d'après la codification entreprise par l'empereur Léon VI le Sage (reprise en réalité de la codification de l'empereur Justinien laquelle était abolie par la dynastie des Isauriens). Le droit coutumier continuait à être en vigueur comme auparavant, mais «l'opinion dominante» n'était pas favorablement disposée envers lui. Maurer, qui nous affirme (op. cit. § 367, p. 288) tout cela soutient que lui-même a pris ce droit coutumier sous sa protection et qu'au moyen des directives qu'il adressa aux tribunaux, ainsi qu'au moyen de son comportement personnel, lui a donné une place d'honneur dans le cadre du régime juridique de Grèce. En effet, comme il nous dit ensuite, il ordonna la rédaction d'un inventaire de ce droit d'une part pour révéler son existence dans la mesure du possible et procéder à son amélioration d'une manière sûre dans l'avenir et d'autre part pour pouvoir préparer la législation civile future et la baser sur ce droit dans le cas où ce droit se serait avéré réaliste et équitable. Plus spécialement pour mettre en évidence ses intentions, Maurer, comme il nous affirme plus loin (op. cit. § 367), adressa une directive aux notables et aux juges de paix pour collectionner et lui envoyer des rapports sur les coutumes locales, mais comme lui-même nous affirme ensuite, cette tentative n'a pas eu beaucoup de succès car il s'avéra que la révélation du droit coutumier existant était impossible à cause des difficultés inhérentes. En effet, certaines provinces et certaines villes n'ont pas envoyé les rapports demandés et d'autres n'ont envoyé que des rapports contradictoires. Cela n'empêcha pas Maurer (op. cit. §443) de conclure qu'en ce qui concerne le droit civil de l'époque en Grèce, comme celui-ci avait été formé dans la pratique, la source principale était le droit coutumier général et seulement dans le cas où celui-ci ne s'avé-

rait pas suffisant on recourait à l'autre source, c.à d. au droit romain (et byzantin) contenu dans l'Hexabible d'Harmonopule.¹

6. En ce qui concerne la science juridique il faut noter que des civilistes, comme le professeur, à peu près de l'époque, Pavlos Calligas (surtout dans son oeuvre »Système du Droit Romain etc.« v.I 1848 p.119, en grec) et des historiens du droit comme le professeur contemporain Nicolaos Pantasopoulos (voir brièvement ses thèses dans sa communication faite au Symposium International de Belgrade, 1—2 Novembre 1971 et publiée dans le Recueil de ses travaux à Beograd 1974, pp. 23 s., sous le titre »Das Gewohnheitsrecht als Gestaltungsquelle der Neugriechischen Rechtsordnung«), ont soutenu l'un indirectement, d'après les données de l'école historique du droit, l'autre directement, qu'on devait se baser sur le droit coutumier existant pour former le droit civil contemporain, au lieu de s'aligner sur les droits codifiées des pays occidentaux. D'après cette dernière opinion, le droit coutumier était le droit national, proprement dit, car il exprimait l'âme et la pensée même de la Grèce qui avait payé si chèrement sa liberté et son indépendance, en se basant sur ses propres forces. Cette opinion, dont la valeur ne peut pas être sousestimée, n'a pas prévalu et en définitive on s'orienta vers la conception d'avoir recours au Codes Civils occidentaux. En effet, tout d'abord on se tourna vers le Code Civil français, après vers le Code Civil allemand et, un peu plus tard, vers le Code Civil Suisse. Le professeur Balis qui a été chargé de la révision du projet du Code Civil, qui est aujourd'hui en vigueur, se réfère à cette politique législative avec ces mots (dans son Mémoire, du 17 Décembre 1939 adressé au Président du Conseil et au Ministre de la justice, chap. VI): »Heureuses les nations où le Code Civil n'éprouve pas le besoin d'introduire un nouveau droit et ne fait qu'apporter la consécration du droit issu de l'âme nationale et qui s'est formé dans la vie même de la nation, en s'imposant à la conscience commune. Mais pour les nations qui, en raison de leur jeune âge où des circonstances défavorables, n'ont pas eu le bonheur de se trouver dans cette agréable situation, il est nécessaire d'avoir recours aux législations des pays étrangers plus avancés, afin d'éclairer de ce flambeau leur route laborieuse vers un état social entièrement régi par le droit. Aucun blâme ne saurait donc être adressé au Code Hellénique s'il a dû comprendre aussi des dispositions empruntées à d'autres pays. Cela veut dire simplement que ces pays font retour au pays hellénique de ce qu'ils ont naguère emprunté, par l'intermédiaire du droit romain, à l'inépuisable source de la philosophie grecque et de ses enseignements«.

¹ (Ceux qui désirent s'informer sur l'oeuvre de G. L. von Maurer et sur les intentions de celui-ci envers le peuple hellénique, peuvent lire le livre du professeur N. Pantazopoulos *Georg Ludwig von Maurer*, 1968. Pantazopoulos est d'avis que Maurer n'avait pas l'intention d'établir en Grèce le droit coutumier existant, mais le droit allemand, c'est pourquoi il critique sévèrement ses activités).

7. Le Code Civil dont la rédaction a été ordonnée par le Décret Royal du 23 Février 1835 mentionné, a été en fin promulgué après 105 ans par la loi No 2250/1940 qui a fixé comme date de sa mise en vigueur le 1^{er} Juillet 1941. Pourtant le Décret-Loi du 13/15 Mai 1941 a donné un sursis à sa mise en vigueur à cause »des conditions extraordinaires qui existaient au pays« (il s'agissait de l'occupation de la Grèce par les troupes allemandes, italiennes et bulgares). Après la libération la loi No 445/1945 a nommé une commission chargée de donner au Code Civil en sursis sa forme définitive, après quoi on a promulgué le »Code Civil hellénique« par la loi 777/1945 qui l'a mis en vigueur le 23 Février 1946. Malgré cette nouvelle évolution le Décret-Loi du 7/10 Mai 1946 a rétabli tant le Code Civil promulgué par la loi No 2250 de 1940 que la loi de son introduction No 2783/1941, C'est justement ce Code Civil qui est aujourd'hui en vigueur.

8. Cette loi d'introduction (No 2783/1941) du Code Civil, se référant au passé dispose qu'à dater de la mise en vigueur du Code Civil sont abrogées toutes les dispositions des lois ou des coutumes générales ou locales qui contreviennent aux dispositions du Code Civil et de la loi de son introduction ou se réfèrent à des sujets qui sont réglés par elles. D'autre part l'art. I du Code Civil, se référant à l'avenir, dispose que les règles de droit sont comprises dans les lois et dans les coutumes. C'est ainsi que le Code Civil admet la coutume comme source du droit équivalente à la loi. En effet, d'après le Code Civil les sources du droit sont d'une part la loi et d'autre part la coutume. Le prof. Balis dans son mémoire déjà mentionné (chap. II) écrit ce qui suit: »j'ai estimé que la question de savoir si la coutume doit être admise dans le Code comme source de droit devait être résolue par l'affirmative, au moyen d'une disposition positive, insérée dans la Partie générale, qualifiant la coutume de règle de droit. Refuser à la coutume une telle valeur eût été ignorer non seulement les enseignements de la science, selon lesquels le droit est le fait d'une évolution historique, mais aussi la réalité sociale du droit. En effet, même dans les Codes étrangers qui ont ignoré la coutume comme source du droit, sa création et sa prédominance dans le règlement des rapports entre particuliers n'a pas manqué, et ne pouvait manquer de se réaliser. Il appartient à la doctrine de trouver chaque fois jusqu'à quel point cette prédominance doit rester libre«.

Cette disposition du Code Civil a subi une modification des son rétablissement. En effet le paragr. 2 de l'art. 2 du Décret-Loi du 7/10 Mai 1946 mentionné qui a rétabli le Code Civil de 1940 a disposé que la coutume n'abroge pas la loi. Après cette disposition la loi est admise par le législateur grec comme source de droit tant créatrice qu'abrogative, tandis que la coutume est admise comme source du droit créatrice, mais non abrogative. C'est à dire que la loi peut former une règle de droit comme elle peut aussi abroger une règle de droit formée par une loi et par une coutume antérieures,

tandis que la coutume qui peut aussi former une règle de droit ne peut pas abroger une règle de droit formée par une loi.

9. C'est ainsi que se pose de nouveau la question de la force juridique de la coutume. [En ce qui concerne les diverses opinions qui ont été exposées sur cette question voir surtout A. Ligeropoulos (en grec) Themis NB, 97, C. Tsatsos, Etudes de la philosophie du droit (en grec) 1960, p. 133 s]. Restons un peu sur cette question. Ceux qui ont commenté les règles du droit canonique sous l'empire de Byzance ont soutenu que la coutume ne pouvait pas abroger ces règles de droit canonique. Etant donné que les règles du droit canonique étaient déjà depuis Justinien reconnues comme ayant une force de loi, La Nouvelle № 131 de l'année 545 du Justinien dispose que „θεσπίζομεν τοίνυν, τάξιν νόμων ἐλέκειν τοὺς ἀγίους κανόνας καὶ τοὺς κανόνας ὡς νόμους φυλαττομεν“, cette opinion des canonologues ne signifie pas que la coutume ne peut pas abroger une loi. Plus anciennement, le jurisconsulte romain cité, Ulpien, avait soutenu que la souveraineté de la coutume n'a pas une force lui permettant de l'emporter sur la loi et c'est cette opinion qui, étant insérée comme disposition aux Basiliques, avait été citée par le premier gouverneur de la Grèce Jean Capodistrias, entre autres, dans sa directive du 15 Décembre 1830 pour éviter l'application de certaines coutumes qui imposaient la vendetta à certaines régions de la Grèce. A cette directive en fin référerait Maurer lui même dans son oeuvre mentionnée (op. cit. § 220) pour justifier l'introduction des règles du droit écrit, c.à d. du droit romain et byzantin et procéder à l'abrogation du droit coutumier.

10. Je crois que la disposition de l'art. 2 du Décret-Loi du 7/10 Mai 1946 qui, comme il a été dit, ne permet pas à la coutume d'abroger la loi, ne peut pas viser aux dispositions des lois dites »dispositives« car dans les cas de ces dispositions, les particuliers peuvent régler leurs affaires (privées), d'une manière différente de celle ordonnée par la loi. Etant donné que la coutume est l'oeuvre de la volonté des particuliers, il en résulte qu'on ne peut pas exclure la force abrogative de la coutume dans les cas des lois dispositives car elles aussi, par leur nature, permettent aux particuliers un comportement juridique différent de celui qu'elles dictent. D'ailleurs, même si l'on n'admettait pas cette force abrogative de la coutume, dans ces cas, le résultat serait le même car les particuliers ont, bon gré mal gré, le droit d'agir d'une manière différente de celle imposée par la loi, en se conformant à une règle coutumière ou en formant eux même une règle pareille. D'ailleurs, il ne faut pas oublier les lois romaines dites imparfaites (*leges imperfectae*), qui permettaient aux particuliers d'appliquer des coutumes contraires à leurs dispositions, sans sanctions législatives. Il ne faut pas aussi oublier que les règles équitables du »*jus gentium*« romain, en vigueur au relations commerciales et maritimes, sont formées par le droit coutumier. La ques-

tion se présente différemment dans le cas des dispositions des lois dites d'ordre public. Sous le régime du Code Civil il a été enseigné (Balis, *Principes généraux du droit civil*, Athènes 1961, 8^e éd., §3) que la coutume ne peut pas abroger ces dispositions, car une règle de droit provenant de la volonté privée, comme c'est le cas de la coutume, ne peut pas l'emporter sur une règle de loi d'ordre public. Malgré les difficultés que cette thèse présente, je crois que même dans ce cas on peut soutenir que la règle d'une loi d'ordre public n'est pas à l'abri de la coutume. En soutenant cette thèse, je me base sur l'idée que la loi d'ordre public vise à la totalité des particuliers dans le sens de sa protection. Ceci étant donné je me demande pourquoi cette totalité ne pourrait pas, dans un certain cas, désirer la non-application d'une règle pareille, en se comportant d'une manière qui peut former une règle coutumière contraire. Comme j'ai déjà noté, la question présente des difficultés, car il y a des règles qui sont à l'abri de la coutume, comme p.ex. la règle qui impose l'acte notarié à la mutation des immeubles. De même on peut se demander jusqu'où peut aller la possibilité de former une coutume par ex. dans le cadre du droit constitutionnel. Les opinions se sont divisées, mais, sans être absolument convaincu, je crois que la coutume comme expression de la volonté du peuple peut former une règle de droit même dans le cadre de droit constitutionnel, si toutefois il y a lieu d'avoir les conditions requises pour sa formation. Sur ce point je peux évoquer le §3 de l'art. I de la Constitution en vigueur en Grèce (du 9 Juillet 1975), d'après laquelle «tous les pouvoirs jaillissent du peuple et ils existent en sa faveur et en faveur de la nation, et ils sont exercés comme la Constitution dispose». Étant donné que parmi les pouvoirs, dont la Constitution fait mention, se range aussi le pouvoir judiciaire, on peut tirer un argument sérieux en faveur de la thèse soutenue ici même avec quelques hésitations [v. G. Michaélides-Nouaros, *Droit vivant et droit naturel* (en grec 1982), p.I et note I. V. aussi le même, op. cit. p. 18, 19 en vue du droit constitutionnel et administratif, et N. Pantazopoulos, *Introduction à la science du droit* (en grec), A 1976, pp. 150 s.] qui soutient que le Décret-Loi du 7/10 Mai 1946 est inconstitutionnel — op. cit. p. 159. Je crois donc que la théorie de l'École historique du droit, selon laquelle la coutume est une source de droit comme la loi elle-même, car elle jaillit de la volonté du peuple et est indépendante de la volonté du législateur, est la plus commode [ainsi G. Michaélides-Nouaros, op. cit. p. 26. Voir aussi N. Pantazopoulos, *Introduction à la science de droit* (en grec) 1976, pp. 146 s.]. En ce qui concerne, plus spécialement, le droit ecclésiastique comme branche du droit public (dont en Grèce le contenu est plus large que le contenu du droit canonique, car il comprend aussi les règles posées par l'Etat en vue de régler les questions ecclésiastiques) il est certain que c'est inconcevable qu'une coutume puisse contrevenir aux dogmes de l'Eglise posés par les Conciles Oecuméniques. C'est cette idée sans doute qui a été prise en considération par les canonologues byzantins lors-

qu'ils écrivaient que la coutume ne peut pas abroger une règle du droit canonique, c.à d. une règle de loi. Mais à part ça, les mêmes canonologues ont admis que la coutume est une source de droit canonique sur le terrain des canons visant le fonctionnement et l'administration de l'Eglise, ainsi que ses relations avec les croyants, et sur ce point il faut noter que des canons même des Conciles Oecuméniques ont admis cette vérité (Canons IE' et IH' du A'Concil Oecuménique et Canon ΛΘ' du E' et ΣΤ' Concil Oecuménique).

11. La coutume comme telle, bien que théoriquement soit une source du droit, en réalité elle n'a pas toujours la possibilité d'influencer le régime juridique en Grèce surtout en ce qui concerne les questions fondamentales de la vie privée et publique. En effet le pouvoir législatif travaille continuellement, procède à la réglementation des ces questions et résout les problèmes qui se présentent et se posent dans la vie courante de façon qu'il ne reste pas grande place à la coutume comme force créatrice et abrogative du droit. Ceci est dû du fait que la coutume nécessite d'un temps long pour être formée, et ce temps ne peut pas lui être accordé sous les conditions actuelles de la vie humaine. Encore plus difficile est aujourd'hui la formation d'une coutume de portée générale, car une telle coutume présuppose un comportement général et uniforme qui ne peut pas s'accommoder avec l'organisation moderne de l'État. Malgré toutes ces objections je crois que la coutume doit avoir sa place dans la vie juridique dans toute son étendue, c.à d. avoir aussi une force abrogative même en ce qui concerne les lois, car le tout puissant législateur d'aujourd'hui ne peut pas réglementer tous les détails de la vie contractuelle et extracontractuelle des particuliers [v. P. Zepos, *Commentaire du Code Civil* (ΕρηΑΚ) vol. III, Introduction générale du droit des Obligations spéciales No 7 (en grec), qui affirme avec raison que l'énumération et la réglementation à l'avance de toute forme contractuelle possible se présente comme oeuvre impossible; G. Michaélides-Nouaros, op. cit. p. 16 etc.). En ce qui concerne les problèmes qui se sont posés à cause du progrès de la médecine v. P. Zepos et G. Michaélides-Nouaros, *Les incidences des progrès de la biologie et de la médecine modernes sur le droit civil*, Rev. Hellénique du Droit International, vol. 23 (1970) pp. 92—115 et EEN 41 (1974), p. 441 s. En ce qui concerne les problèmes de l'insémination technique à l'homme v. G. Michaélides-Nouaros, *La culture technique et le droit civil*, 1962, p. 21, note 28]. D'ailleurs le législateur lui-même reconnaît son impuissance dans cette matière et ordonne lui-même l'application des coutumes locales dans certains cas où son intervention s'avère impossible. Sur ce point le législateur grec pratique la »Gestattungstheorie« selon laquelle la coutume est valable dans la mesure où le législateur la permet. C'est ainsi que le Code Civil hellénique reconnaît implicitement des cas qui ne peuvent pas être réglés complètement par la loi, en laissant le terrain libre à la réglementation coutumière. Il n'y intervient pas

que s'il y a une absence de coutume locale. Ainsi l'art. 621 du Code Civil dispose qu'à moins qu'il n'en résulte autrement du contrat ou de l'usage local »le fermier supporte les frais des réparations nécessaires pour l'usage et la jouissance normaux, ainsi que les dépenses nécessaires à l'entretien des locaux d'habitation, magasins, routes, fossées clôtures. Il supporte également les frais d'exploitation régulière du fonds et notamment les frais de la culture«. De même l'art. 624 de Code Civil dispose »Le fermier peut céder à autrui l'usage du fonds affermé et notamment le sous-affermer sans l'assentiment du bailleur, s'il n'en résulte autrement du bail ou de l'usage local«. De même l'art. 625: »à défaut de convention ou d'usage local, le fermage est payable à la fin de l'année locative«. L'art. 639 du Code Civil dispose que »en matière de louage de bestiaux non compris dans le louage d'un fonds rural, s'il n'en résulte autrement de la convention ou de l'usage des lieux, la laine et le croît appartiennent aux deux parties par moitié, et les autres profits appartiennent au preneur. Les frais de nourriture sont à la charge du preneur«. L'art. 640: »En matière de louage de bestiaux, s'il n'en résulte autrement de la convention ou de l'usage des lieux, la perte totale par cas fortuit est à la charge du bailleur. La perte seulement partielle de bétail est remplacée par le croît des années suivantes. Pour le surplus, les dispositions générales relatives au louage des choses sont applicables aux baux à cheptel«. De même l'art. 641: »Dans le louage d'un fonds rural on peut convenir que le fermage consistera en une quote-part des fruits (métayage), telle qu'elle est fixée par l'usage local, sauf stipulation différente«. L'art 642 »Le bailleur a la direction générale de l'exploitation du fonds loué et la surveillance des travaux y afférents suivant les clauses du contrat ou l'usage local«. Art. 643: »Le partage des fruits entre le bailleur et le métayer s'effectue à parts égales à moins qu'il n'en résulte autrement du contrat ou l'usage local«. Art. 645: »Les charges et les impôts sur le fonds loué (il en est de même des réparations extraordinaires, ainsi que des frais de semence, d'engrais etc.) sont supportés par les deux parties en raison de leur participation aux fruits à moins qu'il n'est résulté autrement du contrat ou de l'usage local«. En ce qui concerne le louage de travail l'art. 653 du Code Civil dispose que »l'employeur est tenu de verser le salaire convenu ou casual«. L'art. 655: »A moins de convention ou de l'usage contrares, le salaire est versé après la prestation du travail«. Art. 659. »S'il est nécessaire de fournir un travail en plus de celui qu'a été convenu ou qui est d'usage, l'employer y est tenu...«

En traitant de la coutume il ne faut pas oublier que les anciens enseignaient qu'elle était très utile pour trouver les solutions qui devaient être données lors de l'application des lois. Déjà Aristote (*Politica* II, 1269a, 20—22 „ὁ γὰρ νόμος ἰσχύον οὐδεμίαν ἔχει πρὸς τὸ πείθεσθαι παρά τὸ ἔθος τοῦτο, δι' οὗ γίνεται εἰ μὴ διὰ χρόνου πλῆθος“) et le jurisconsulte romain Paulus (*Dig. I. 3.3*): »optima enim est legum interpres consuetudo« et Bas. (2. I. 46 „ἐν τῇ τῶν νόμων

ἐρμηνεία τῇ συνηθείᾳ δεῖ (προσέχειν τῆς πόλεως⁶⁴) avaient écrit que dans ce cas on devait faire attention à l'opinion qui avait été formée par l'usage, ce qui veut dire que les lois devaient être interprétées selon les solutions déjà établies dans la pratique, c.à d. selon les solutions coutumières. [v. en ce qui concerne les coutumes commerciales et leur valeur pour le droit de commerce C. Caravas, *Droit Commercial* (en grec) vol. A' (1974) § 44—51, pp. 94—105].

Une question assez sérieuse se pose encore. Est-ce que les règles de droit peuvent être abrogées par la désuétude (le non-usage)? Il y avait une expression que les anciens utilisaient: »Loi tombée en désuétude«. En effet la désuétude n'est qu'une coutume contraire (coutume négative formée non par l'usage, mais par le non-usage) qui consiste dans la non-application de la loi pendant une longue durée de façon qu'on puisse dire que cette loi est considérée comme abrogée. Déjà le jurisconsulte romain Salvius Julianus (Dig. I. 3. 32 §1) avait écrit que »nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis?« (voir aussi Bas. 2. I. 41 note: „ποία γὰρ διαφορά, εἴτε ψήφοις οικείαις ὁ δῆμος τὴν ἑαυτοῦ γνώμην φανεροῖ, τοὺς ἐγγράφους νόμους τιθεῖς, εἴτε δι'ἑαυτῶν τῶν πραγμάτων—ce qui signifie que les lois peuvent être abrogées par la désuétude (desuetudo) qui est le résultat d'un consentement tacite de tous (voir en ce qui concerne le droit romain en corrélation avec son application en Grèce les oeuvres allemandes H. Dernburg, *Système du droit romain* I, Principes généraux, §32, II, 2, F. Regelsberger, *Principes généraux de Droit* I §23, 2 p. 134, traduites et adaptées au droit grec le premier par Diouvouniotis et le second par Maridakis et éditées à Athènes respectivement en 1932 et 1935). D'après la disposition de l'art. 2 du Decret-Loi du 7/10 Mai 1946 mentionnée, la désuétude ne peut pas être admise en Grèce comme une raison d'abrogation de la loi. Il est vrai que le phénomène de la désuétude ne peut pas être rayé de la vie juridique, car, comme il a été dit, il provient de la force créatrice de droit de la société et du contrôle que le peuple exerce sur les lois écrites [Michaélides-Nouaros, op. cit., p. 26. Voir aussi chez lui (p. 27, note II) un extrait du Discours préliminaire de Portalis qui était parmi les rédacteurs du Code civil français, pris du livre de Pescatore, *Introduction à la Science du Droit*, Luxembourg 1960, §21, 310]: »Mais, peut-on se dissimuler l'influence et l'utilité de ce concert indélébile, de cette puissance invisible, par laquelle, sans secousse et sans commotion, les peuples se font justice des mauvaises lois et qui semble protéger la société contre les surprises faites au législateur contre lui-même.« Pourtant il serait très audacieux d'admettre qu'une désuétude exprime vraiment le consentement tacite des particuliers pour l'abrogation de la loi. Peut-être il n'y avait pas des cas relatifs pour appliquer la loi correspondante, ou peut-être on n'a pas cru que dans les cas qui se sont réalisés il faudrait appliquer la loi correspondante. La question est difficile à résoudre. Ainsi, en ce qui concerne l'institution du dit »curateur au ventre« que l'art. 1594 du Code Civil prévoit

dans le cas d'une femme enceinte, dont le mari est mort, comme ainsi en ce qui concerne l'institution du dit »conseil à la mère appelée à la tutelle« que l'art. 1591 du même Code Civil prévoit, on soutient qu'elles sont tombés, ou à peu près, en désuétude [Voir Michaélides-Nouaros, op. cit., p. 28, ainsi que Roilos-Coumantos, *Droit de famille* (en grec), vol. III, sous les art. 1951 note 5, p. 284, et 1594 note 4. p. 298 et ceux qui y sont cités]. Mais si l'on adresse une demande au tribunal pour nommer un curateur pareil, peut-on répondre que la loi correspondante est abrogée par la désuétude?

Ces quelques remarques que je me suis permis de faire, je ne sais pas si avec succès ou insuccès, en tout cas avec un désir d'honorer un collègue qui nous est cher. Il s'agit du professeur Dr. Radovan Samardžić, qui fête son 60^e anniversaire. Je lui souhaite une vie longue et fructueuse pour la bonheur de tous.