

P. J. ZEPOS

SURVIVANCES BYZANTINES
DANS LE DROIT DES COUTUMES

I

Le droit byzantin, comme il est bien connu, dominait pendant de longs siècles dans la vaste région du Sud-Est de l'Europe et de l'Asie Mineure. La chute de l'Empire Byzantin n'avait pas comme conséquence la disparition de ce droit; les conquérants ottomans tolérèrent le droit des peuples conquis. Ainsi, le clergé et les notables des communautés autonomes qui avaient le droit de rendre la justice, ont devenu les dépositaires et les continuateurs du droit byzantin. De cette manière émana ce que l'on appelle le droit post-byzantin. Et quand les états balkaniques se sont proclamés au 19^e siècle en états autonomes et indépendants, ce droit survécut dans certains pays, tant sous forme de droit écrit que sous forme de droit non-écrit, lequel fut en vigueur ou même continue à l'être de nos jours encore, parallèlement au droit introduit par les codifications ultérieures.

Ce phénomène se généralisa chez tous les peuples et dans tous les états de la Péninsule des Balkans. Le droit coutumier, qui eut comme source le droit byzantin, survécut, avec quelques variations seulement d'un pays à l'autre, dans toute la région du Sud-Est de l'Europe. De cette manière, ce droit coutumier constitua un lien de cohésion caractéristique entre les peuples balkaniques, un lien de cohésion parallèle à leurs traditions, à leur religion et à leur folklore communs.

Dans le cadre de cette communication, il est impossible de me référer au droit coutumier de tous les peuples du Sud-Est de l'Europe. D'ailleurs je ne suis point compétent pour repérer le droit coutumier de provenance byzantine des peuples balkaniques, autres que celui de la Grèce; nos confrères, originaires de ces pays balkans, procéderont à des communications relatives au droit coutumier en vigueur dans leurs pays respectifs. Dès lors, je me bornerai à repérer les coutumes de provenance byzantine qui survécurent en Grèce même d'après l'accès de celle-ci à l'indépendance au début du siècle précédent. Ce sont des coutumes, qui survécurent en Grèce pendant les cent cinquante années de sa liberté, mais qui disparaissent au fur et à mesure que la toute-puissance du droit écrit s'impose graduellement tant en Grèce que

dans les autres pays, et condamne de cette manière le droit coutumier à une mort lente et en définitive, à la disparition totale.

Les coutumes en question, fort nombreuses d'ailleurs, étaient en vigueur lors de la proclamation de l'indépendance de la Grèce, parallèlement au droit écrit contenu dans l'Hexabible d'Armenopoulos de l'année 1345, qui fut, déjà depuis l'occupation Turque, le recueil, le plus en usage comme source du droit en vigueur, de dispositions légales byzantines. Et, c'est un trait fort caractéristique que les responsables de l'organisation législative de l'Etat Hellénique, nouvellement créé après 1821, eurent dès le départ l'idée de recueillir ces coutumes, afin qu'elles servent de source pour la réforme législative projetée.

A ce point de vue, eurent lieu, déjà du temps du Gouverneur Jean Capodistrias (1827-1831), dont l'esprit génial avait saisi l'importance des coutumes en vigueur comme source du droit hellénique nouveau, quelques tentatives de rassembler les coutumes, très remarquables. En fait, ce rassemblement fut réalisé sous la Régence Bavaroise, quand, en 1833, Georg Ludwig von Maurer, membre de la Régence, adressa un questionnaire détaillé aux autorités judiciaires et administratives locales, par lequel il leur était demandé de répondre relativement à l'existence de coutumes locales. Ce questionnaire avait été élaboré par une commission présidée par le juriste Christodoulos Klonaris. Les réponses au questionnaire furent publiées par G. L. von Maurer dans son ouvrage intitulé "Das griechische Volk", composé de trois tomes, et publié à Heidelberg en 1835, quand Maurer avait été déjà éloigné de la Grèce.

G. L. von Maurer fut le grand organisateur de la législation de l'Etat Hellénique nouvellement créé. Adopte de l'Ecole Historique de Fr. K. von Savigny, il était convaincu de l'importance des coutumes comme source de droit, ou de droit civil à tout le moins. Le résultat de cette conviction, qui s'était imposée en Grèce d'une manière générale, fut la publication, après que Maurer eut quitté la Grèce, du fameux Décret Royal du 23 Février 1835, par lequel il fut stipulé que jusqu'à la publication d'un nouveau Code Civil, dont la rédaction avait été ordonnée, les lois civiles des empereurs byzantins, contenues dans l'Hexabible d'Armenopoulos resteraient en vigueur, en même temps que celles des coutumes qui s'étaient imposées par une longue application ou dont l'existence avait été confirmée par jugement.

De cette façon, les coutumes étaient officiellement reconnues comme source de droit par le Décret Royal du 23 Février 1835. Cette idée a prévalu durant le 19^e et le 20^e siècles de manière constante et fut reprise par le Code Civil Grec en vigueur depuis 1946, à l'article I duquel il a été prévu, d'une manière générale, que les règles de droit sont contenues dans les lois et les

coutumes, pourtant avec la variation introduite par le Décret Loi du 7/10 Mai 1946 (art. 2 § 2), que la coutume ne peut abroger la loi (voir aussi art. 1 de la Loi d'introduction du Code Civil, 1946).

Donc, l'importance des coutumes comme source de droit parallèle à la loi écrite avait été reconnue à maintes reprises en Grèce. Aujourd'hui encore, l'autorité des coutumes est indéniable, même avec la variation introduite par l'article 1, tel que modifié, du Code Civil de 1946, même si la valeur du fait de refuser, par loi, tout pouvoir annulatif à la coutume—comme l'a fait le Décret Loi du 7/10 Mai 1946—est contestée à juste titre.

De nos jours encore, la coutume continue à être une des sources principales du droit privé hellénique, quoique son importance se restreigne par suite à la toute puissance, toujours croissante, du droit écrit. En plus, la coutume continue à faire en Grèce l'objet de recherches, non seulement à titre de phénomène historique, mais aussi comme droit en vigueur. C'est pour cela que nous avons un nombre considérable de recueils de coutumes qui ont été publiés en Grèce après le recueil de Maurer, comme par exemple, le recueil de P. Kalligas (1846), celui de L. Chryssanthopoulos (1853), celui de J. et P. Zepos (1931), ainsi que les nombreuses études plus spécialisées de plusieurs auteurs modernes grecs, qui rassemblent avec soin les coutumes locales, soit dans des archives, soit dans des documents, soit dans le contexte de décisions judiciaires.

Ce matériel du droit hellénique coutumier qui voit le jour de la publicité est fort riche. Et c'est de ce matériel, qui se réfère essentiellement au droit privé, que ressort la survivance d'idées byzantines ou post-byzantines relatives tant au droit patrimonial qu'au droit de la famille et au droit des successions.

II

Le principe de la liberté des transactions et de la non-formalité des conventions, ainsi que celui du respect de la bonne foi et des usages relatifs aux transactions ont une importance prépondérante dans toutes les règles des droits patrimoniaux contemporains. Ces principes se trouvent également dans le droit coutumier hellénique, mais très souvent assortis de restrictions et de variations imposées déjà du temps où le droit Byzantin était en vigueur.

1. Ainsi, il suffit de rappeler, en premier lieu, que ni le droit Romain, ni le droit Byzantin avaient reconnu d'une manière absolue le principe de la liberté des transactions et le principe connexe de la non - formalité des conventions. Comme nous le savons, sous l'empire du droit romain, l'ancien formalisme ne commença à s'atténuer qu'à l'époque postclassique; et l'évolu-

tion, due à l'admission des conventions intervenant "solo consensu", des contrats dits "innominati" et des "nuda pacta", conduisit à la consécration de quelque liberté dans les transactions.

Néanmoins, durant les derniers siècles de l'époque byzantine et surtout durant l'époque postbyzantine, la liberté des transactions et la non-formalité des conventions—même si elles ne s'imposèrent pas comme principes absolus—gagnèrent du terrain notamment dans le domaine du droit coutumier. Ceci était peut-être le résultat du fait que les conceptions du droit populaire vivant de l'époque étaient parvenues à s'imposer largement, ou, comme je considère, plus probable que ce fût là le résultat de l'influence de l'Occident Chrétien, où, déjà depuis le XI^e siècle, la liberté des transactions avait été érigée en principe, à la suite d'appréciations morales formulées clairement dans les "Decretalia" des Papes de Rome et dans l'enseignement des Canonistes.

Des expressions, comme, par exemple, "solus consensus obligat" et "pacta sunt servanda" etc., furent mises dès lors en rapport, avec les exigences de la morale chrétienne en ce qui concerne le respect de ce que d'une manière ou d'une autre avait été convenu, même sans l'observance de formalités. A mon avis, des conceptions de ce genre s'implantèrent facilement en Orient au XII^e et XIII^e siècles, d'après l'invasion des Croisés. Il faut noter que dans le Chronique de Morée, ce conte charmant du XIII^e siècle, le principe de la liberté des transactions est expressément reconnu, fondé au surplus sur des conceptions chrétiennes, puisque l'accent est sur le fait que dans le monde chrétien, la loi et les actions juridiques sont basées sur les conventions (vers 2386-2387 du texte grec de la Chronique de Morée).

En tout état de cause et indépendamment de la provenance historique, les principes de la liberté des transactions et de la non-formalité des conventions furent des principes bien connus dans le monde byzantin durant les derniers siècles de l'Empire à tout le moins. D'ailleurs, l'esprit de ces principes était exprimé également dans les proverbes que l'on racontait dans tout le territoire byzantin de jadis; comme, par exemple, le proverbe "on prend les boeufs par les cornes et les hommes par les paroles" et d'autres similaires, qui reflètent l'idée que les contractants s'engagent même par un simple accord dépourvu de toute formalité.

Il est bien connu que cette idée est également de provenance byzantine, puisque l'accord des contractants—tant oral qu'écrit—est déjà reconnu tant dans l'Eclogue des Isauriens (titres 3, 4, 9, 10, 13 etc.) que dans l'Epanagogue (titre 13) et encore dans d'autres recueils byzantins plus récents. Cependant, en droit byzantin, l'établissement de conventions écrites acquit peu à peu une importance primordiale. Très caractéristiques à cet égard sont les dispositions

de la Nouvelle d'Irène (797-802), de la Nouvelle 72 de Léon, mais aussi des dispositions ultérieures, telles que celles de l'Építome (II. 6) de l'œuvre de Michel Attaliatè (5. 4), de même que les dispositions de l'Hexabible d'Armenopoulos (1.9.4, 3.3.1), dans lesquelles apparaît incontestablement l'importance d'établir les conventions par écrit.

De cette longue évolution, on peut déduire que dans le droit Byzantin avancé, les principes de la liberté des transactions et de la non-formalité des conventions étaient également admis, mais que l'établissement de celles-ci par écrit conservait une importance prépondérante. Ainsi, depuis lors, l'écrit avait acquis une valeur capitale.

Cette conception byzantine survécut dans tout le territoire byzantin, même après la chute de l'Empire. Ceci était le résultat non seulement de l'importance, à l'époque post-byzantine, des dispositions légales contenues dans les recueils byzantins et notamment dans l'Hexabible d'Armenopoulos, mais aussi des coutumes, qui, en raison de reminiscences byzantines, se développèrent à cette époque et lesquels répétèrent avec une emphase particulière le principe de rédiger les conventions par écrit parallèlement au principe de la non-formalité de celles-ci.

Ainsi, dans les coutumes de la période post-byzantine on rencontre le principe de la non-formalité des conventions, mais, ce qui prévaut c'est l'établissement des celles-ci par document écrit, soit privé soit rédigé devant les représentants du clergé ou des organismes autonomes, très souvent en présence des témoins et contenant des clauses prévoyant, en cas d'inobservance des accords intervenus, des malédictions ou des amendes. Le principe de la liberté des transactions et de la non-formalité des conventions fut altéré en fait par l'importance particulière acquise par les écrits lors de la période post-byzantine; mais, comme il a été mentionné ci-haut, cela aussi fut le résultat des reminiscences et de la influence byzantine. Durant les années de la période post-byzantine, les principes de la liberté des transactions et de la non-formalité des conventions, de même que celui de l'importance de rédiger les conventions par écrit, suivirent les traces de la tradition byzantine. Et les coutumes connexes, lesquelles survécurent pendant le 19^e siècle, furent l'expression de l'esprit byzantin.

2. Le principe du respect de la bonne foi et des usages relatifs aux transactions connexe au principe de la liberté des transactions et de la non-formalité des conventions, occupe une place dans le cadre du droit patrimonial aussi importante et prédominante que le principe précédent. Ceci, universalement reconnu de nos jours, pour les peuples héritiers du droit byzantin prend

racine également dans ce droit byzantin, dont le droit coutumier post-byzantin fut la suite.

L'évolution de la bona fides et des boni mores, qui fut enregistrée dans le droit romain d'abord et dans le droit byzantin ensuite, est bien connue.

Déjà dans le droit romain classique, la bona fides avait commencé à revêtir une importance plus générale due au fait de l'admission de l'exceptio doli generalis. Progressivement, avec l'évolution de l'Empire Romain et la pénétration de conceptions philosophiques grecques, les boni mores, qui étaient au début des règles de conduite des citoyens romains seulement, devinrent une règle universelle et générale, se trouvant sous l'influence directe de valeurs telles que la religion, la vérité, le respect etc., mais surtout de la bona fides. Dans le droit postclassique, le concept de la bona fides fut associé étroitement aux concepts de l'aequitas et des boni mores. Dans le droit byzantin également, les concepts de la bona fides et des boni mores se rapprochèrent encore plus l'un de l'autre et se développèrent en principes prédominants fondés sur les valeurs philosophiques de la vertu, de la morale et de la justice; en principes qui se manifestent aussi dans le droit de l'époque byzantine, où le clergé et les archontes des organismes autonomes locaux, appliquant soit le droit (écrit) d'Armenopoulos soit le droit coutumier, tranchaient très souvent les différends qui leur étaient soumis d'une manière imprégnée de bonne foi, d'équité et des usages des transactions.

3. Mais, au-delà de tout ce qui précède, la survivance d'idées byzantines dans le contexte du droit patrimonial coutumier est également évidente dans d'autres institutions, parmi lesquelles il convient de noter dans le cadre de cette communication les plus importantes, à savoir la représentation dite "directe", la protimessis, la traditio cartae ou per cartam, ainsi que l'intérêt et les différentes formes d'exploitation de la terre et des animaux.

a) La représentation dite "directe" est une création du droit coutumier lequel prend racine dans le droit populaire vivant de l'époque byzantine et post-byzantine. Et, s'il est vrai, qu'Armenopoulos (1.9.3.) stipule que l'on peut établir une convention en étant présent ou absent, par lettre ou par mandation ou même tacitement, néanmoins, il est douteux que cette disposition, exprimant le droit impérial officiel, couvrit la substance de la représentation directe, comme institution, organisant la conclusion par personne interposée d'une convention ayant des résultats directs pour la personne représentée. La représentation directe fut probablement le résultat d'une coutume du droit populaire vivant, qui se trouvait sous l'influence grecque et orientale et s'était vraisemblablement façonné pendant les années byzantines ultérieures. Cette coutume continua d'exister durant les années post-byzantines et survécut

jusqu'à la reconnaissance de l'institution de la représentation directe de la part des codes civils balkaniques modernes.

b) La protimessis (le droit de prelation) des parents et des voisins en cas de vente d'immeuble prend ses racines dans le droit byzantin, où cette institution fut consacrée en 922 par la fameuse Nouvelle de Romain 1er Lécapène, sous forme de conséquence du principe de la responsabilité solidaire des propriétaires des immeubles en matière d'obligations fiscales; les dispositions de cette Nouvelle ont été reprises également par Armenopoulos (3.3.103 et suiv.) et elles survécurent sous forme de coutume largement appliquée, même pendant le 19^e s., dans tout le territoire de l'Empire Byzantin disparu.

c) La coutume de la tradition par document, avec les variantes de la traditio cartae et de la traditio per cartam, avait également ses racines dans le droit byzantin, qui avait reconnu de bonne heure l'importance de l'écrit comme élément de la convention relative à la transmission de la propriété. La juridiction ecclésiastique s'était également développée, et c'est à cause d'elle que les transmissions étaient souvent inscrites dans des registres cadastraux, tenus par les évêques ou d'autres notables tant laïques qu'appartenant au clergé. Ce dernier fait, à savoir l'inscription dans des registres cadastraux, fut une coutume qui prévalut en général dans tout le territoire du Sud-Est de l'Europe et de l'Asie Mineure.

d) Enfin, en ce qui concerne l'intérêt relatif aux prêts, le taux de celui-ci variait selon les lieux d'après les coutumes en vigueur. D'habitude le taux de l'intérêt était élevé, malgré les interdictions et les restrictions que l'Eglise surtout imposait. En ce qui concerne l'exploitation de la terre et des bêtes, les coutumes variaient selon les régions: par exemple, l'utilisation d'aire ou moulin à huile, le fermage sous forme de culture "sempria" ou "missiaki", de "tritarica" ou "stremmatistica" etc., étaient des coutumes qui rappelaient les rapports byzantins antérieurs entre cultivateurs et propriétaires. Encore, en ce qui concerne les animaux, par exemple, le louage de "sidirokephalon" ou d'"apsofon", l'emprunt d'animaux notamment pour les semailles ("daneikaria" etc.), étaient aussi des coutumes dans lesquelles apparaissait la reminiscence byzantine.

III

Ce qui a été dit au sujet des coutumes dans le droit patrimonial peut être répété, en principe, au sujet des coutumes du droit de la famille, où de retentissement du droit byzantin est également fréquent.

Cette remarque est valable pour les diverses coutumes que connut le

droit postbyzantin relativement aux fiançailles et au mariage, aux relations entre parents et enfants, ainsi qu'à la dot, à la donation "ante nuptias", à l'adoption, à l'autorité paternelle etc. A la base de ces institutions et de coutumes y afférentes se trouve une conception commune, qui exprime des idées et des convictions dans lesquelles se sont confondues des idées grecques anciennes, orientales, romaines et chrétiennes, par l'intermédiaire desquelles jaillit automatiquement la mentalité commune byzantine et post-byzantine du droit populaire vivant.

Je n'ai pas l'intention de vous faire une analyse complète et détaillée de ces coutumes, que l'on peut d'ailleurs retrouver facilement dans les recueils de coutumes publiés. Cependant, parmi ces coutumes il y en a quelques unes qui méritent d'être notées pour leur importance particulière, et notamment les coutumes relatives à la "fraternisation" et à la "psychokori", ainsi que les coutumes se référant aux relations patrimoniales entre époux, entre frères et sœurs et entre parents et enfants.

La "fraternisation" (adelfopoïia) consiste à la création, moyennant une cérémonie symbolique ou un acte religieux, d'un lien de fraternité entre deux ou plusieurs personnes, qui acquièrent par ce lien les droits et les obligations existant entre frères. Cette institution est fort ancienne; elle était connue tant dans le monde oriental, que dans le monde ancien grec et romain, et elle a survécu sous forme de coutume pendant la période byzantine et post-byzantine. Or, même que le droit byzantin officiel condamna cette institution et l'Eglise officielle en fit de même, appliquant les dispositions légales byzantines y afférentes (voir finalement Armenopoulos, Hexabible 4.8.7 et 5.8.92), en dépit de cela, dans le droit coutumier byzantin, mais surtout dans le droit coutumier post-byzantin, la fraternisation, en tant qu'institution du droit populaire vivant, fut stimulée et resta en vigueur, sous l'influence d'idées mystiques et magiques, à tel point que l'Eglise officielle elle-même la toléra et qu'elle organisa, durant les années de la domination ottomane, une cérémonie religieuse, particulière pour contracter la fraternisation.

D'autre part, la coutume de la "psychokori" (ou de psychopaidi) prend également racines dans les conceptions grecques anciennes ou orientales, selon lesquelles cette institution apparaît comme une forme particulière d'adoption. Cette institution survécut sous forme de coutume pendant les années byzantines et post-byzantines, dans le sens que le "psychopaidi" et surtout la "psychokori" travaille pour le "psychopatera", qui, de son côté, s'engage à la marier et à la doter après quelques années. Il est intéressant de noter que le lien légal, ainsi créé, n'est pas un rapport découlant d'un contrat de travail habituel, mais un rapport familial sui generis, ayant un caractère moral très prononcé. De

ce fait, dans les sources, folkloriques ou autres, l'institution de la "psychokori" (ou du "psychopaidi") est souvent confondu avec l'adoption.

Enfin, les coutumes ayant trait aux rapports patrimoniaux des époux, des frères et sœurs, ainsi que des parents et enfants sont nombreuses et variées; elles sont, d'ailleurs, toutes d'origine byzantine, remontant souvent à des conceptions anciennes grecques ou orientales.

Ainsi, des coutumes comme celle du droit de propriété de la femme sur sa dot avec le mari ayant seulement le droit de gestion et d'usufruit sur les biens dotaux, comme la coutume de la gestion indépendante des biens maternels (*bona materna*) ou celle de l'obligation du père mais aussi de la mère et des frères, de doter leur fille ou leur sœur, toutes vivantes durant la période byzantine et post-byzantine, ont peut-être leurs racines dans les anciennes conceptions du matriarcat ou du fratriarcat ou de la communauté familiale.

D'autres coutumes byzantines ou post-byzantines, qui se développèrent également sur base de modèles historiques lointaines, avaient pour but soit de garantir au mariage une base économique aussi étendue que possible, soit de sauvegarder l'honneur et la virginité de la femme; par exemple, la donation "ante nuptias", les "théoritra", le "trachoma", le "pallikariatikon", le "apanopriki", le "argomouniatikon" etc., parmi lesquelles quelques unes étaient entérinées par la voie législative pendant les années byzantines (p. ex. la donation "ante nuptias" et le "theoritra"), tandis que d'autres s'étaient heurtées à l'opposition de l'Eglise (par ex. les "trachoma"). De l'Eglise, dont le rôle se révéla décisif durant les années post-byzantines, quand l'église orthodoxe influençait très souvent le droit vivant des coutumes au moyen des dispositions patriarcales réitérées, soit en s'opposant à certaines coutumes (par ex. le "trachoma"), soit en imposant des restrictions dictées par des évaluations morales et chrétiennes (par ex. des restrictions relatives au montant de la dot). De ce dernier point de vue, il est intéressant de noter certaines autres coutumes qui furent en vigueur dans certaines régions, comme, par exemple, le "gerantomoiri" ou l'"adelphomoiri", c'est à dire la part prélevée sur la dot pour l'entretien des parents ou des frères, ou encore l'absence de toute restriction quant au montant de la dot en cas de mariage d'une fille infirme.

A ces coutumes, qui furent en vigueur sous diverses variantes, dans diverses régions, il faudrait ajouter, d'autres encore, par exemple l'obligation alimentaire envers les parents, le droit préférentiel des premières nées pour la dotation, la restitution de la dot après la dissolution du mariage, soit à celui qui avait constitué la dot soit au conjoint survivant, la gestion par le mari des biens paraphernaux, la reconnaissance des donations entre les époux etc. Il faudrait encore ajouter d'autres coutumes relatives au divorce, l'adoption,

l'autorité paternelle, la curatelle et la tutelle, à la gestion du patrimoine des enfants etc., lesquelles répètent le droit byzantin officiel, mais toutefois avec des variations, selon les régions, imposées par le droit populaire vivant pendant les années de la domination turque.

Pendant les années de la domination turque, quand le droit byzantin impérial n'existait déjà plus et qu'avec la tolérance du conquérant ottoman, l'Eglise avait remplacé le pouvoir judiciaire, et son rôle fut décisif quant au maintien en vigueur du droit coutumier revivifié, les anciennes conceptions qui, depuis des siècles, survécurent en état latent, trouvèrent libre cours dans ce droit coutumier. Ainsi, le droit coutumier de la famille, en vigueur pendant les années de la domination turque, fut essentiellement caractéristique pour la revivification de ces anciennes conceptions. Ce phénomène fut évident dans le cadre du droit coutumier des successions également.

IV

Dans le droit coutumier des successions aussi, on note des reminiscences byzantines, avec lesquelles ont fusionné des conceptions romaines, grecques et orientales.

Il est ainsi certain que, pendant la période post-byzantine, des coutumes—manifestement développées sur base des dispositions byzantines—furent en vigueur tant relativement à la succession testamentaire qu'à la succession ab intestat et à l'encontre du testament. Cependant, certaines de ces coutumes présentent des variations ou autres évolutions durant la période post-byzantine. Parmi ces coutumes, il est intéressant de noter par exemple la coutume de rédiger le testament par devant le père spirituel du testateur et par devant témoins, laquelle est peut-être due au développement de la juridiction ecclésiastique pendant les années byzantines et à son expansion ultérieure pendant la période post-byzantine. Il faut également noter la coutume du droit des membres de la famille du défunt à la succession ab intestat, ainsi que la coutume relative aux droits successoraux de l'époux survivant; ces deux coutumes prennent racine dans des dispositions byzantines correspondantes.

Trois coutumes, qui connurent une vaste application pendant la période post-byzantine, sont particulièrement importantes; il s'agit de la coutume des "psychika", de la coutume de la "trimoiria" et de la coutume de l'exclusion des filles ayant reçu une dot de l'héritage paternel et maternel et du droit de collation. Il convient qu'on parle brièvement de ces coutumes.

Au point de vue historique, la coutume des "psychika" est en rapport avec les dispositions de la Nouvelle 40 de Léon le Sage concernant la succession

des personnes décédant en captivité. Mais elle est essentiellement en rapport avec la Nouvelle de Constantin le Porphyrogénète, promulguée entre les années 945 et 959. Par ces Nouvelles, il fut décrété que si quelque un venait de mourir intestat et sans descendance, le tiers de son patrimoine était obligatoirement "dédié" à Dieu pour le salut de l'âme du défunt. De telles offrandes sont rencontrées dans le droit grec ancien, dans les codes syriens et dans le droit non-écrit de tout l'Orient byzantin. Elles étaient d'ailleurs appliquées tant dans le cadre de la succession ab intestat que de la succession testamentaire. De plus, comme nous sommes informés par une décision datée du 1er Avril 1734 du Patriarche de Jérusalem Mélétiôs, et par le "Syntagmation d' Ypsilantis" de 1780 et le Code Valaque de Caragea de 1818, la coutume de "psychika" prit une autre forme concrète, celle de l'obligation de dédier le tiers du patrimoine du défunt en faveur de la "boîte de l'aumône".

La coutume de "trimoiria" est en rapport historique avec les dispositions de la Nouvelle d'Andronique Paléologue (promulguée en 1306 sur proposition du Patriarche Athanase), en vertu desquelles le père ou la mère survivant à leur enfant, héritaient du tiers seulement de son patrimoine, tandis que les deux tiers étaient partagés entre les membres de la famille de l'époux prédécédé et l'Eglise. La "trimoiria", liée du reste à la coutume des "psychika", mais aussi à l' "aviotikion", c'est à dire à l'impôt ou le droit de succession du fisc sur les patrimoines des personnes décédant sans descendance, se retrouve souvent avec quelques variations dans le droit coutumier de la période post-byzantine, ainsi que dans les codes phanariotes des principautés danubiennes de Valachie et de Moldavie de la fin du 18e et du début du 19e siècle. Il va de soi que l'Eglise, durant la période de la domination turque, avait tout intérêt de stimuler la force de la coutume de la "trimoiria", tant pour renforcer sa situation financière, que pour éviter que l'Etat Ottoman n'hérite de la personne décédée sans descendance.

Enfin, la coutume d'exclure les filles ayant reçu une dot du droit successoral relatif au patrimoine de leurs parents et du droit de collation, était peut-être contraire au droit romanobyzantin officiel (v. finalement Armenopoulos Hexasible 5.8.23 et suiv.), mais il se développa néanmoins largement dans le territoire de l'Orient byzantin conformément avec les conceptions du droit hellénique et du droit populaire byzantin. Cette coutume, reflétant peut-être d'anciennes idées de communauté familiale des biens, fut mise par écrit dans les recueils officiels des coutumes des îles Thera et Anaphi de 1797 et de l'île Naxos de 1810. Elle fut formulée, en outre, dans les dispositions du "Syntagmation d'Ypsilantis" de 1780 et du Code Valaque de Caragea de 1818.

La coutume de l'exclusion des filles ayant reçu une dot du droit à la succes-

sion de leurs père et mère et du droit de collation, fut en vigueur dans toute la région des Balkans et de l'Asie Mineure. A mon avis, cette coutume est liée, d'une certaine manière, à une autre coutume, qui fut en vigueur dans cette région également, à savoir la coutume conformément à laquelle un droit successoral particulier sur la maison paternelle était reconnu aux descendants mâles.

Cette dernière coutume relative au traitement privilégié des héritiers mâles ou même des aînés mâles qui héritent seuls du foyer paternel, se rencontre dans d'autres régions aussi, notamment dans quelques îles grecques, mais elle apparaît néanmoins, par excellence, au Magne, où elle conserve, même aujourd'hui, toute sa force. Ceci est dû à la conception de Magnotes que seuls les mâles de la famille continuent le foyer paternel, qui est, non seulement le centre de la cellule familiale, mais aussi sa place forte contre tout ennemi pendant les luttes et les guerres. Cette coutume des Magnotes est peut-être une expression de la conception grecque ancienne selon laquelle "sans descendants mâles, le foyer devient désert ou anonyme".

Des témoignages de cette conception existent, comme on le sait, dans les codes syriens du 5^e siècle, dans des documents patriarchaux de la période byzantine et post-byzantine, ainsi que dans les codes Valaques d'Ypsilantis (1780) et de Caragea (1818). En ce qui concerne le Magne plus spécialement, la coutume du traitement privilégié des mâles est liée à une autre coutume remarquable, la coutume de la "syncria". Selon cette coutume, le Magnote noble, qui n'avait pas de descendants mâles, avait le droit d'installer dans son foyer une deuxième femme comme concubine, afin qu'elle lui donne des descendants mâles. La coutume de la "syncria" fut conservée pendant longtemps, mais elle disparut dès le début du 20^e siècle, à la suite des semonces de l'Eglise.

V

L'exposé qui précède ne pouvait être qu'une simple esquisse du très riche matériel coutumier développé pendant les années post-byzantines sous l'influence byzantine, grecque ancienne, orientale et chrétienne. Ce très riche matériel coutumier a des dimensions illimitées qui s'étendent également sur le matériel folklorique, duquel jaillit un ensemble d'habitudes ayant parfois une importance juridique.

Puisant dans ce matériel folklorique, je me réfère, à titre d'exemple, à plusieurs coutumes de la vie sociale relatives à la célébration du mariage, ou du baptême, imprégnées d'anciennes coutumes grecques, orientales ou même romaines (p. ex. les *iacta missilia*): l' "assimoma" de la mariée ou du nouveau

né ou du néophyte, les “kerasmata”, les “lousmata”, les “sycharikia” et autres. Je me réfère également à d’autres coutumes d’origine paienne, comme par exemple le “kourpani”, c’est à dire le sacrifice de bêtes et l’examen de leur entrailles pour prévoir l’avenir. Cette coutume a été combattue par le droit byzantin officiel et l’Eglise, ainsi que d’autres coutumes idolâtriques, mais parfois ce combat avait un succès incertain.

Ce matériel folklorique complète d’une certaine façon le droit coutumier. Il est souvent difficile de distinguer le simple usage de la vie sociale de la coutume, qui était appliquée comme règle de droit et avec ce que l’on appelle l’*opinio necessitatis*. Mais, en tout cas, ce riche matériel coutumier et folklorique, avec ses racines et ses bases anciennes, vécut indompté pendant la période byzantine, malgré la polémique exercée contre lui tant par le droit impérial byzantin que par l’Eglise. Et lorsque l’Empire Byzantin cessa d’exister, ce matériel continua de vivre avec une force nouvelle pendant les années de la conquête ottomane; il puisa alors sa nouvelle force dans la liberté accordée par le conquérant, ainsi que dans l’importance acquise tant par l’Eglise que par l’organisation communale rénovée des peuples conquis.

En effet, pendant la période post-byzantine, des raisons sociales, politiques et religieuses, permirent aux chrétiens de continuer leur vie régie par le droit byzantin, en vigueur par tradition. Le conquérant ottoman toléra la vie sociale des peuples conquis. De ce point de vue, l’histoire bien connue des “privilèges” concédés est caractéristique. Le droit coutumier put se développer librement grâce à l’importance juridictionnelle décisive acquise par l’Eglise et à la réorganisation des communautés locales des chrétiens.

L’Eglise et l’autonomie locale des pays conquis, furent ainsi, pendant les années de la domination tuque, les deux grands facteurs de la revivification et du développement ultérieurs du droit coutumier. Et il est intéressant de noter les angles tout à fait différents sous lesquels ces deux facteurs envisagèrent le droit coutumier pendant la domination turque.

L’Eglise, par suite de la vaste puissance juridictionnelle qu’elle avait acquise grâce aux privilèges et avec la tolérance du conquérant, devint le dépositaire fidèle de la tradition du droit impérial byzantin officiel. Elle puisait ce droit notamment dans l’*Héxabible* d’Arménopoulos, mais aussi dans d’autres recueils privés, comme le “*Syntagma*” de Mathieu Vlastaris, le “*Nomocanon*” de Manuel Malaxos etc. Ainsi, l’Eglise repoussait généralement l’application du droit coutumier, mais elle ne pouvait pas l’ignorer néanmoins quand il allait de pair et n’était pas en conflit avec la doctrine du droit byzantin officiel et de la morale chrétienne.

Or, l’Eglise appliqua en principe le droit officiel byzantin, tout en tolé-

rant, bien qu'avec quelque hésitation, le droit coutumier. Et son rôle devint décisif, car sa juridiction, instaurée déjà pendant les années byzantines, se développa de façon plus dynamique encore durant les années post-byzantines, quand l'autorité civile byzantine avait disparu.

D'autre part, les communautés autonomes des chrétiens acquirent une importance décisive pendant les années de la domination turque. Ces communautés étaient des survivances byzantines, que se réorganisèrent pendant les années post-byzantines, avec la tolérance du conquérant ottoman toujours, pour des raisons fiscales et autres, et devinrent elles aussi depositaires du droit coutumier des peuples conquis. Ces communautés conservaient un souvenir très vif de leur origine byzantine, et libres de tout autre parti pris, elles développèrent le droit coutumier qu'elles appliquaient dans les "démogéronties" régionales comme source du droit, authentique et autonome. En outre, plusieurs de ces communautés prirent soin de formuler par écrit leur droit coutumier local. De telles codifications furent fréquentes pendant le 18^e siècle, par exemple celles des Zagorochoria, de l'Épire, de Syra, de Théra et Anaphi, de Kythnos, de Naxos, d'Hydra etc. Les coutumes que ces codifications formulèrent par écrite constituent, avec les coutumes non écrites des autres régions, un matériel précieux pour la reconstitution du droit vivant de l'époque, de ce droit vivant des reminiscences byzantines, tant lointaines que plus rapprochées.

Le matériel coutumier est ainsi la reconstitution authentique du droit vivant, qui fut en vigueur pendant des siècles dans la région de l'ex empire byzantin. Et sa survivance dans d'autres textes du 18^e et du 19^e siècles, comme par exemple, dans les codes des princes phanariotes de Valachie et de Moldavie et même dans des codes d'autres pays du sud-Est de l'Europe, démontre l'unité de "l'esprit populaire" des peuples de ces pays, qui connurent pendant des siècles la mentalité vivifiante byzantine, qu'elle fût écrite ou orale.

Le droit coutumier de la période post-byzantine est un puissant lien dans la chaîne de l'histoire des peuples du Sud-Est de l'Europe. Les survivances byzantines, que l'on retrouve dans ce droit coutumier, témoignent-elles du fait que ces peuples, dont le langage était tout à fait différent, étaient cependant tous originaires de la grande et intarissable source du monde byzantin.

ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ

Γενικαὶ συλλογαὶ ἑλληνικῶν νομικῶν ἐθίμων ὑπάρχουν πλείονες: G. L. von Maurer, *Das griechische Volk*, 1835, τόμ. 1, § 40 ἐπ., Λ. Χρυσανθοπούλου, *Συλλογὴ τοπικῶν τῆς Ἑλλάδος συνθηκῶν*, 1853, Π. Καλλιγᾶ, *Περὶ ἐθίμων, Εὐρετήριον τῆς Ἑλληνικῆς Νομολογίας* (ὑπὸ Ν. Ἰωαννίδου, Παράρτημα «Θέμιδος» Σγούτα), τόμ. 3, 1846, σελ.

273 ἐπ., λέξ. Ἀρμενόπουλος, ἀναδημοσιευθεῖσα ἐν «Μελέταις καὶ Λόγοις», τόμ. 1, 1899, σελ. 187 ἐπ., Ἰ. καὶ Π. Ζέπου ἐν *Jus Graecoromanum*, 1931 (ἀνατύπωσης 1962), τόμ. 8, σελ. 441 ἐπ.—Τοπικαὶ συλλογαὶ ἐθίμων ὑπάρχουν ἐπίσης πλείονες: Δ. Πασχάλη, Περὶ τῶν νομικῶν ἐθίμων τῆς Ἀνδρου, Ἀρχεῖον Οἰκονομικῶν καὶ Κοινωνικῶν Ἐπιστημῶν, τόμ. 5, 1925, σελ. 151 ἐπ., Μ. Μιχαηλίδου-Νουάρου, Νομικὰ ἔθιμα Καρπάθου, Δωδεκανήσου κλπ., 1926, Π. Βιζουκίδου, Περὶ τῶν νομικῶν ἐθίμων τῆς Ἡπείρου, Ἡπειρωτικά Χρονικά, τόμ. 2, 1927, σελ. 5 ἐπ., Ὁμ. Ἰ. Γεωργακά, Μεσσηνιακὰ ἔθιμα, Ἀρχεῖον Ἰδιωτικοῦ Δικαίου, τόμ. 8, 1941, σελ. 173 ἐπ. Ὑπάρχουν δὲ καὶ ἄλλα δημοσιεύματα εἰς ἄρθρα, μελέτας κλπ., λ.χ. Δ. Παππούλια, Πρακτικά Ἀκαδημίας Ἀθηνῶν, τόμ. 1 (1926), σελ. 94 ἐπ., Ἰ. Βισβίτζη, Ἀθηνᾶ, τόμ. 53 (1949), σελ. 231 ἐπ., Δ. Σερεμέτη, Ἡ Δικαιοσύνη ἐπὶ Καποδίστρια, Α', πρώτη περίοδος 1828-1829, (1959) καὶ μελέτη εἰς Ἀρμενόπουλον, τόμ. 13 (1959), σελ. 653 ἐπ., Δ. Ἀ. Κράνη, Τὸ ἀβιωτικίον, ἐν τοπικῶν ἔθιμον τῆς Μονεμβασίας, Ἐφημερὶς Ἑλλήνων Νομικῶν, τόμ. 38 (1970), σελ. 679 ἐπ., Μ. Τουρτόγλου, Τὸ ἀβιωτικίον κλπ., Ξένιον εἰς Π. Ζέπου, τόμ. 1 (1973), σελ. 673 ἐπ., Π. Ζέπου, Μεσσηνιακὰ νομικὰ ἔθιμα, καταγγελία συμβάσεως μισθώσεως, Μεσσηνιακὰ Γράμματα, τόμ. 2 (1967), σελ. 235 ἐπ., καὶ Τριτάρικα καὶ στρεμματιάτικα, μεσσηνιακὰ ἔθιμα, Ἰθώμη (1978). Βλ. ἐπίσης καὶ ἄλλην βιβλιογραφίαν σημειουμένην ὑπὸ Ch. Cront, Certaines remarques sur le droit coutumier du peuple grec, Bulletin de l'Association Internationale d'Etudes du Sud-Est européen, X, 2 (1972), σελ. 223 ἐπ., Ch. Papastathis, L'Eglise et le droit coutumier aux Balkans pendant la domination ottomane, εἰς τὴν Εἰδικὴν ἔκδοσιν τοῦ Βαλκανολογικοῦ Ἰνστιτούτου τῆς Σεργβικῆς Ἀκαδημίας, περὶ τοῦ ἐθιμικοῦ δικαίου κλπ., τεύχος 1 (1974), σελ. 187 ἐπ. Ἐπὶ τῆς ἱστορίας τοῦ ἐθιμικοῦ δικαίου, τῆς ἐπιδράσεώς του εἰς θεσμοὺς τοῦ βυζαντινοῦ δικαίου, τῆς ἐξελιξέως αὐτοῦ κλπ. βλ. ἐπίσης Π. Ζέπου, Ἡ παράδοσις δι' ἐγγράφου κλπ., Τόμος Κ. Ἀρμενοπούλου ἐπὶ τῆ 600ετηρίδι τῆς Ἐξαβίβλου αὐτοῦ (Θεσσαλονίκη, 1953), σελ. 191 ἐπ.), Γ. Μιχαηλίδου-Νουάρου, Περὶ τῆς ἀδελφοποιίας κλπ., αὐτόθι, σελ. 251 ἐπ. Βλ. καὶ πολλὰς μελέτας τῆς ἱστορίας τοῦ βυζαντινοῦ καὶ μεταβυζαντινοῦ δικαίου, λ.χ. Π. Ζέπου, Συνταγματικὸν Νομικὸν Ἀλεξάνδρου Ὑψηλάντη κλπ., 1780 (ἐκδ. Ἀκαδημίας Ἀθηνῶν, 1936), Τὸ δίκαιον εἰς τὸ Χρονικὸν τοῦ Μορέως, Ἐπετηρὶς Ἐταιρείας Βυζαντινῶν Σπουδῶν, τόμ. 18 (1948), σελ. 202 ἐπ., Greek Law (1949), Sur les origines du privilège de masculinité κλπ., Iura, τόμ. 3 (1952), σελ. 233 ἐπ., Μία αἰτήσις ἀναιρέσεως τῶν καποδιστριακῶν χρόνων, Πελοποννησιακά, τόμ. 1 (1956), σελ. 197 ἐπ., Παλληκαριάτικον ἢ Ἀγριλίκιον, αὐτόθι, τόμ. 5 (1962), σελ. 322 ἐπ., Beschränkung der Höhe der Dos im postbyzantinischen Recht, Byzantinische Forschungen, τόμ. 1 (1966), σελ. 400 ἐπ., Disposizioni e consuetudini bizantine e postbizantine a protezione dell'onore della donna, Studi in onore di Ed. Voltera, τόμ. 4 (1970), σελ. 670 ἐπ., ὡς καὶ πολλὰς ἄλλας μελέτας. Ἐπίσης Ν. Πανταζοπούλου, Ἀπὸ τῆς λογίας παραδόσεως εἰς τὸν Ἀστικὸν Κώδικα (1974), Γένεσις καὶ ἀνέλιξις τοῦ Ἑλληνικοῦ Δικαίου μέχρι τοῦ Ἀστικοῦ Κώδικος, Ἐφημερὶς Ἑλληνικῆς καὶ Ἀλλοδαπῆς Νομολογίας, τόμ. 67 (1949), σελ. 16 ἐπ. (καὶ γαλλιστὶ εἰς Revue Internationale des Droits de l'Antiquité, τόμ. 5, 1950, σελ. 245 ἐπ. = Mélanges F. de Visscher, τόμ. 4), Ἑλλήνων σσσωματώσεις κατὰ τὴν τουρκοκρατίαν (1958), Ἐκκλησία καὶ Δίκαιον εἰς τὴν Χερσόνησον τοῦ Αἴμου ἐπὶ τουρκοκρατίας, Μνημόσυνον Π. Βιζουκίδη, Ἐπιστημονικὴ Ἐπετηρὶς Σχολῆς Νομικῶν Ἐπιστημῶν Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης, τόμ. 8 (1960-1963), σελ. 685 ἐπ., Τριπλῆ διαμάχη δικαίων κατὰ τὴν ἐπίλυσιν κληρονομικῆς διαφορᾶς ἐπὶ τουρκοκρατίας, Ἀφιέρωμα εἰς Χ. Φραγκίσταν, Ἐπιστημονικὴ Ἐπετηρὶς κλπ., τόμ. 12 (Θεσσαλονίκη, 1969), σελ. 573 ἐπ., Τὰ προνόμια ὡς πολιτιστικὸς παράγων εἰς τὰς σχέσεις χριστιανῶν-μουσουλμάνων κλπ., Ἀκροθίνια εἰς Π. Βάλληδαν, Ἐπιστημονικὴ Ἐπετηρὶς κλπ., τόμ. 9 (Θεσσαλονίκη, 1975), σελ. 815 ἐπ., ὡς καὶ πολλὰς ἄλλας μελέτας.