

† TOMICA NIKČEVIĆ

PROBLÈMES DE RÉCEPTION DU DROIT COUTUMIER
DANS LES CODIFICATIONS DU DROIT CIVIL EN SERBIE
ET AU MONTÉNÉGRO DU XIX^e SIÈCLE
QUESTIONS THÉORIQUES ET LÉGISLATIVES DES SOURCES DU DROIT

1. Importance et substance de la question

Le rapport entre le droit coutumier et la loi est une question ancienne, connue depuis la période classique déjà et elle a une histoire bien profonde et jouit d'un traitement spécifique dans le domaine de la pratique législative moderne aussi bien que dans les dissertations théoriques. La discussion de cette question a été inaugurée au temps des législateurs et codificateurs romains déjà et continue à travers toute l'époque des réceptions européennes pour se transformer vers la fin du XVIII^e et au cours du XIX^e siècle en une question théorique et méthodologique particulière des codifications modernes et des élaborations des codes civils, surtout en France (au sujet du Code civil de Napoléon) et dans les Etats allemands du XIX^e siècle.

A cette occasion il n'est ni possible ni nécessaire de s'engager dans l'étude de l'histoire de cette question, car elle devrait, d'après tout, être l'objet d'un rapport spécial. Notre objectif est d'indiquer le contenu et l'importance juridique et politique de cette question dans le cadre de deux pays yougoslaves qui, en édifiant leurs Etats indépendants nouveaux et leur propre législation, vers la fin du XVIII^e et au commencement du XIX^e siècle, ont dû nécessairement se rencontrer avec la question fondamentale des sources du droit. Nous tâcherons, bien entendu, aussi de donner l'aperçu indispensable des conditions historiques, juridiques et politiques dans lesquelles cette question est apparue et a évolué à travers la pratique législative et la théorie juridique yougoslaves.

La législation nouvelle en Serbie et au Monténégro apparaissait, avant tout, comme une partie constituante indispensable de l'indépendance politique de l'Etat et du désir de former pleinement sa propre individualité sur le plan international. Elle devait être basée sur leurs propres rapports sociaux, patrimoniaux et éthiques, car il était indispensable de rompre avec les systèmes sociaux étrangers et avec leurs institutions imposées (abolition du système féodal turc en Serbie après

les révolutions nationales et sociales en 1804-1815) et de soumettre aux normes juridiques et consolider les relations sociales nouvelles basées sur la domination de la propriété privée libre et du trafic de marchandise et de monnaies.

L'objectif politique et législatif-juridique de nos jeunes Etats était, dans ses conceptions générales, clair et déterminé, mais, quant à sa réalisation pratique, il devait être aussi complexe et contradictoire. Sa réalisation était strictement conditionnée par les circonstances historiques et politiques d'un côté et les conditions de la culture et de l'instruction de l'autre. Par la dissolution des Etats médiévaux serbes (la Zeta et le Despotat), en Serbie et au Monténégro la continuité légale fut interrompue et toute possibilité du développement autonome des théories et de la doctrine juridiques cessa. La période de quatre siècles entiers d'interruption dans leur propre législation a pratiquement détruit aussi toutes les conditions préalables fondamentales de la législation moderne. Le droit médiéval ancien, conservé dans les codes fondamentaux (Nomocanon, Code de Dušan, Syntagme de Mathias Blastarès et autres compilations du droit byzantin) représentait un problème particulier. En tant que droit féodal, il était en principe inacceptable pour le temps nouveau et les rapports sociaux changés et, en ce sens, il ne pouvait pas servir de base et de système à la législation nouvelle. Cependant, une partie considérable de ce droit, restait, tout de même, en usage. Il avait, tout d'abord, prolongé sa validité dans l'activité officielle de l'église et dans sa large compétence dans le domaine des rapports civils (mariage, parenté, succession, etc.,) et du droit pénal. Pour une bonne part, il était maintenu aussi dans la vie populaire et dans le commerce juridique, en se transformant de cette façon en droit coutumier. (Nous n'entrons pas ici dans la question de la genèse du droit coutumier en général, des influences et des restes du droit médiéval et de son évolution et modification à travers son application par le peuple et des questions analogues, dont, d'ailleurs, les opinions diffèrent dans la science). Ces œuvres ont pu servir, dans une certaine mesure, d'aide lors de l'élaboration des lois nouvelles, mais en ce temps - là il était impossible de le mettre en pratique dans nos pays. Pour leur remaniement systématique et l'exploitation critique il était besoin de faire un travail fort studieux et de posséder de telles forces expertes dont au début de si grandes entreprises ni l'un ni l'autre pays ne disposait. La législation nouvelle devait, donc, commencer dans les deux pays dans des conditions exceptionnellement défavorables — sans

tradition législative, sans aucune expérience pratique, sans gens qualifiés et sans éducation juridique quelque peu importante qu'elle fût. Le travail initial entier à l'élaboration des lois, et par conséquent à la solution de la question des sources de loi, a été inauguré par leurs propres forces et basé presque exclusivement sur la conception empirique - pratique des besoins et des rapports. Et précisément pour cette raison, dans toutes ces entreprises initiales, les rapports existants, les formes populaires de la vie et le droit coutumier devaient occuper la première place, sinon même exclusive. Avec le développement ultérieur de la pratique législative et avec le rehaussement de la pensée juridique propre, le problème des sources du droit a considérablement évolué et du problème purement empirique - pratique il devint l'objet des considérations méthodologiques - codificatrices et théoriques - doctrinaires.

II. Droit coutumier dans les premières lois du Monténégro

Le problème des sources du droit et du rapport entre le droit coutumier et la loi se posa pour la première fois dans notre histoire récente dans la pratique législative du Monténégro par la création de l'Etat vers la fin du XVIIIe et au commencement du XIXe siècle, précisément avec la promulgation de la première loi en 1798 et de ses amendements de 1803. Ce code fut publié sous le nom de Code général de Monténégro et des Montagnes, connu encore sous le nom de son auteur, qui à cette époque - là était chef de l'Etat monténégrin, métropolitain Petar Ier Petrović Njegoš (Code de Petar Ier).

En considération du temps et des conditions dans lesquelles ce premier code monténégrin avait été élaboré, il ne pouvait pas être basé sur les principes de la science juridique ni répondre aux exigences de la codification moderne. Du point de vue de la méthode et de la technique de codification, il porte toutes les propriétés de la phase initiale, caractéristiques de tous les pays jeunes et non développés, sans aucune expérience législative et juridique et privés de la science de droit. Cependant, ce monument législatif a une signification tout à fait différente lorsqu'on l'observe du point de vue des sources du droit et du sens des conceptions sociales dont il était l'expression. Sa caractéristique fondamentale est précisément le fait qu'il était pleinement basé sur les conditions sociales réelles et les circonstances authentiques de la vie du peuple. Justement à cause de cela, il pouvait et devait se servir, quant au contenu général et aux sources des normes juri-

dique, seulement de la réalité sociale immédiate et des règles du droit coutumier. En ce sens, il devait être, en majeure partie, un code de droit coutumier, constitué de différents domaines de droit (droits civil, pénal, de famille, public), qui y étaient représentés dans la mesure imposée par les nécessités de vie les plus directes et les plus actuelles et par les conditions sociales. (Nous laissons ici de côté ces dispositions du code, par lesquelles étaient réglés quelques domaines de l'organisation de l'Etat complètement nouveaux, du droit constitutionnel, de la position et des devoirs des personnes officielles, résultant de la création de l'appareil d'Etat, pour lesquels il n'y pouvait avoir des sources dans le droit coutumier). Le Code de Petar Ier a emprunté du droit coutumier toute une série d'institutions ainsi que les normes pour leur règlement, ayant en vue, évidemment, leur rôle et importance dans la vie privée et publique d'un côté, ainsi que leur rôle dans la stabilisation de l'ordre social, de l'autre (par ex. droit de préemption des terrains, institution de *sok* et de *sodžbina* — une espèce de déceleur du vol et la récompense qu'on lui doit — etc., ensuite une série d'institutions du domaine du commerce des marchandises et des monnaies, un nombre considérable des dispositions et institutions du domaine du droit criminel. etc.). Il est superflu de mentionner que le législateur a tacitement cédé au droit coutumier la réglementation de tous ces rapports qui sont restés en dehors du règlement par la loi (*propter legem*).

La question des sources de lois et du rapport entre la loi et le droit coutumier ne s'épuise pas, pourtant, dans le Code de Petar Ier, par le seul fait qu'il avait incorporé les normes du droit coutumier (*praeter legem*). Comme dans toutes les autres occasions et formes de l'abord créateur de la pensée, c'est déjà à ce niveau que se manifestent aussi les débuts du rapport critique du législateur envers les normes originales du droit coutumier, avec une tendance manifeste à intervenir dans le domaine des courants de la vie sociale et de l'ordre établi par le droit coutumier. Un nombre énorme des dispositions du Code visent la négation et la prohibition des règles coutumières déjà dépassées et inacceptables pour l'ordre nouveau, des normes de comportement et même des institutions entières du droit coutumier. Ce principe (*contra legem*) a été audacieusement appliqué par le premier législateur au Monténégro et cela non seulement dans le domaine des rapports constitutionnels publics de l'Etat, mais aussi dans le domaine des relations personnelles et sociales les plus délicates, telles que, par exemple, les relations familiales, contractuelles et autres rapports de droit

civil, nombre d'institutions de caractère de droit criminel, de procédure judiciaire, etc. Nous ne sommes pas en état d'exposer en détail toutes les particularités de ce genre, mais nous n'en citerons que quelques exemples des plus caractéristiques. Le code a, par exemple, prohibé et sévèrement incriminé le rapt d'une femme ou d'une fille comme un des moyens pour contracter mariage (art. 11) et la notion de rapt embrassait tous les cas où la femme était contrainte à se marier contre sa volonté ou sans consentement de ses parents, resp. des gens de la maison ou des autres personnes qui sont chargées d'en faire le contrôle. Même le prêtre qui célébrerait le mariage serait sévèrement puni (art. 12). Un article spécial interdit tout recouvrement de dettes unilatéral et arbitraire (art. 16). La loi a explicitement défendu l'institution de rachat du meurtre pour une somme d'argent ("prix du sang") (art. 2). Il y avait la défense explicite de l'institution d'ailleurs fort ancienne et souvent appliquée de vendetta (art. 6).

Il importe de mentionner que le législateur s'efforçait, selon les données qui se sont conservées, et a entièrement réussi à assurer l'application des dispositions de la loi, même de celles qui interdisaient le système des institutions anciennes. Les documents conservés du début du XIXe siècle renferment les preuves que les tribunaux réguliers monténégrins (corvée) prononçaient leurs jugements en se référant aux articles, resp. aux dispositions du Code général de Monténégro et des Montagnes.

Sur la base des mêmes principes et presque dans des conditions identiques a été élaboré au Monténégro aussi le second code en 1855, connu sous le nom de Code général du pays, autrement nommé Code du prince Danilo Ier, mais il était considérablement complété et élargi. Le code de Danilo a directement repris un nombre important des dispositions et articles du code précédent; ce qui est un témoignage que le Code de Petar Ier a été éprouvé par l'usage et qu'il est resté en vigueur, du moins dans certaines de ses dispositions, même dans la seconde moitié du XIXe siècle. De l'autre côté, le Code de Danilo a tenté de dépasser certaines dispositions du Code de Petar, de régler certains domaines dans l'esprit du temps moderne et, de toute façon, des circonstances quelque peu modifiées, en utilisant, lui aussi le droit coutumier comme source. Nonobstant le fait combien ce second code a satisfait la pratique judiciaire, il manifeste indubitablement les tendances importantes de la société monténégrine d'alors et de son législateur — il nous témoigne d'une insistance continue sur l'élaboration des lois

dans un jeune Etat et du fait que le législateur monténégrin avait un abord critique des sources de droit, soit qu'il les reprenait du code précédent soit qu'il les puisait directement dans le droit coutumier. C'est précisément sur un rapport critique pareil entre le législateur et les sources du droit que se déroulait ce processus progressiste, par lequel on dépassait graduellement le procédé simple de réception des sources de droit et par lequel on créait les premiers germes de la pensée juridique propre, entièrement autonome quoique rudimentaire.

III. Problème des sources de droit dans le Code civil de Serbie, de l'année 1844

L'activité législative en Serbie a été inaugurée à peu près dans les conditions et circonstances identiques à celles du Monténégro. C'est avec les premiers succès obtenus dans la Première insurrection serbe de 1805 qu'on a entrepris de créer les premières prescriptions de loi, dans le soi-disant Code de prota (archiprêtre) Matija Nenadović (1804) et le Code de Karageorges (1811). Ces lois exprimaient évidemment la nécessité absolue et le désir de formuler ses propres prescriptions et elles représentent, nonobstant les limites de leur applicabilité, un phénomène important historico-juridique dans l'évolution de la pensée juridique en Serbie. Cependant, ces prescriptions ont une importance spéciale du point de vue de notre sujet. Le Code de prota Matija Nenadović ne renfermait que 5-6 articles, empruntés du Nomocanon de Saint Sava, ce qui présente pour nous ici un intérêt spécial, car cela confirme la thèse que les codes médiévaux et leurs normes particulières aient pu être utilisées, du moins en partie. Mais, combien le rédacteur d'un code pareil était en état de faire le véritable choix de normes de droit civil est tout à fait une autre question, ce qui, de toute façon, dépendait non seulement de la qualification professionnelle du législateur et l'homme d'Etat serbe, mais aussi des conditions historiques, car le code était rédigé lorsque les luttes pour la libération nationale et sociale battaient leur plein. Le Code de Karageorges, de son côté, nonobstant le fait qu'il n'était jamais entré en vigueur, d'après nos connaissances actuelles, possède d'autres propriétés. Il se rapportait en majeure partie à certaines questions de la plus brûlante actualité dans la Serbie insurrectionnelle à cette époque - là — aux questions d'organisation et de discipline militaire, ce qui le liait à la réalité sociale concrète de ce temps. L'organisation même et les autres questions, rela-

tives pour la plupart à l'administration de la justice et à la discipline de l'armée insurrectionnelle, étaient réglées dans ce code conformément aux conditions et besoins authentiques et représentent, d'après tout, un exemple de réglementation des besoins sociaux sur la base des conceptions populaires.

Une activité législative très sérieuse, sans tenir compte de quelques ordonnances de moindre importance promulguées par le prince Miloš, a été entreprise en Serbie en 1828, avec des visées très ambitieuses d'élaborer un système complet des lois dites "judiciaires" (codes civil et pénal avec procédures correspondantes). A cause de certaines circonstances politiques et autres, le travail aux autres lois a dû être différé pour un temps assez long et on travaillait sérieusement seulement au code civil, qui fut terminé et publié en 1844.

C'est en ce temps déjà qu'on a fait en Serbie le projet d'élaborer un code civil moderne, complet et systématique, et de prendre, comme modèle, un des codes européens et de l'adapter aux conditions et aux besoins de la Serbie et la première commission, composée de membres du pays, a inauguré le travail à la base du Code civil français de l'année 1804.

La première commission, avec Vuk Stefanović Karadžić à la tête, a commencé son travail en 1828 et, autant que l'on sache à présent, elle a terminé le projet de la loi et l'a soumis à l'adoption en 1831. Pour différentes raisons, ce projet ne fut jamais présenté à l'Assemblée, mais il fut délivré à la commission d'amendement et de modification. Cependant, ce projet remanié ne fut, non plus, soumis à l'approbation de l'Assemblée serbe, parce que toute la procédure pour l'élaboration de ce code était arrêtée jusqu'à l'année 1837, lorsque l'élaboration du code civil serbe fut confiée à Jovan Hadžić, qui l'a terminé et soumis à la ratification en 1843.

Le projet de Vuk Karadžić n'est conservé ni dans son texte original ni dans celui qui était amendé par la soi-disant commission de correction. Pour cette raison nous ne pouvons pas le commenter, car nous ne possédons pas des connaissances dignes de foi, quant au contenu et au caractère de sa rédaction. Certaines données, pourtant, se sont conservées dans les mentions de Vuk Karadžić lui-même et dans celles de ses collaborateurs et contemporaines, ainsi que les données fournies par Jovan Hadžić, qui nous permettent de formuler des hypothèses les plus générales sur le rapport de Vuk Karadžić et du législateur serbe envers le problème qui nous intéresse directement ici.

Ayant pris comme base le code civil français, Vuk et ses collaborateurs se sont rendu compte dès le début qu'il ne répondait pas, dans ses nombreuses suppositions, aux circonstances en Serbie et qu'il serait nécessaire de faire une sélection et de "prendre de lui ce qui est pour les Serbes et omettre ce qui ne l'est pas". Ce principe général, déjà formulé par ses auteurs mêmes, témoigne que les rédacteurs du code étaient circonspects et prêtaient attention à l'authenticité des conditions serbes et à l'organisation du peuple serbe, basée sur le droit coutumier. Les auteurs du projets ne se sont pas prononcés sur le fait de savoir qu'est - ce qu'il considéraient comme inacceptable dans le code français, mais on peut présumer, à juste titre, que c'étaient ces normes qui sont en contradiction avec le système de droit coutumier en vigueur dans le domaine des institutions populaires les plus essentiels. Ce qui alors ne pouvait pas certainement répondre aux circonstances en Serbie, se rapportait, de toute façon, au vaste domaine de l'organisation patriarcale de la vie familiale serbe: mariage, notion et organisation de la famille et du système de *zadruga* (grande famille indivise), de la position et des droits, relatifs aux biens de la famille, des enfants du sexe masculin et des enfants du sexe féminin, des droits de la veuve après la mort du mari et, sous ce rapport, aussi tout un système de droits internes de propriété, des droits de succession, resp. de disposition testamentaire de biens qui constituent l'héritage et autres questions de ce domaine.

Vuk Karadžić ne possédait aucune éducation juridique, de même que, d'ailleurs, les autres membres de sa commission, mais nous savons, de son activité créatrice grandiose qu'il était un connaisseur excellent de la vie populaire et du droit coutumier et, pour cette raison, les contradictions et incongruités des prescriptions françaises, ainsi que les conséquences de leur réception non critique lui devaient être tout à fait claires. D'après les communications du codificateur ultérieur Jovan Hadžić qui avait examiné le projet de Vuk, celui - ci avait fait de nombreuses modifications et dérogations au code français et ajouté des dispositions différentes, par lesquelles il avait essayé, sans doute, d'adopter, dans les domaines susmentionnés les règles du droit coutumier, soit dans sa forme originale, soit dans une forme quelque peu modifiée. Que Vuk prenait, dans ces questions, comme point de départ la coutume comme source du droit, est confirmé par Hadžić lui-même qui cite que Vuk "a ajouté quelques paragraphes, par lequel le droit de propriété était contesté et les droits de succession des é-

pouses et des filles retranchés". Ceci démontre que Vuk était parti du système d'inégalité entre les enfants du sexe masculin et les enfants du sexe féminin et des autres personnes du sexe féminin au point de vue des droits de propriété et de succession, c.à d. du principe que les descendants masculins, s'il y en a, excluent les descendants féminins du droit à la portion de l'héritage des biens appartenant à la communauté de famille. Vuk a, donc, maintenu, dans les prémisses les plus essentielles, les principes constitutifs de l'organisation de la famille serbe resp. yougoslave (famille individuelle et famille indivise). Si Vuk a réussi, et à quel degré professionnel, à élaborer systématiquement, à mettre d'accord et à définir les secteurs et les détails individuels des relations familiales, nous l'ignorons. D'après les données conservées, le législateur lui-même, prince Miloš Obrenović, soutenait l'opinion selon laquelle dans les rapports essentiels il fallait en rester à l'organisation patriarcale et au droit coutumier, dont nous dirons quelques mots dans la suite du présent rapport.

L'élaboration du projet nouveau du code civil serbe était confiée, en 1837, à Jovan Hadžić, juriste de profession, originaire de Vojvodina, qui était d'ailleurs en conflit violent avec Vuk Karadžić au sujet des questions linguistiques et des réformes de l'orthographe et de la littérature. Après une étude approfondie du projet rédigé par Vuk, il s'est consulté sur tous ses aspects avec le prince Miloš et, comme il le cite lui-même dans son autobiographie (Journal), il a fait ressortir l'échec, à son avis total, de son prédécesseur, et a proposé de prendre pour base, dans l'élaboration du projet nouveau, le code civil autrichien, de l'année 1811 et d'en reprendre surtout ces dispositions qui baseraient les droits de propriété et de succession sur une pleine égalité entre les membres masculins et les membres féminins de la famille. La proposition partait, donc, d'un tel principe fondamental qui changerait de fond en comble l'organisation coutumière et le système entier de la vie patrimoniale et familiale en Serbie. Le problème des sources du droit et des rapports entre la loi et le droit coutumier, se présentait dans ce cas - ci non seulement comme question des normes individuelles ou des instituts plus ou moins importants, mais aussi comme question de changement du caractère même et de l'organisation de la vie populaire, c.à d. de négation totale du droit coutumier dans ce domaine. L'abandon radical du droit coutumier de si vastes proportions menait aux conséquences graves et, de toute façon, aux bouleversements profonds non seulement dans le domaine de l'effet juridique et de la possi-

bilité d'appliquer un code ainsi conçu, mais aussi dans le domaine des rapports politiques en Serbie de cette époque.

Un tel code donnait lieu aux nombreux conflits juridiques et politiques à issue et résultats incertains. Soit pour ces raisons-ci, soit pour d'autres raisons, le législateur lui-même n'avait pas adopté une telle orientation. Cherchant lui-même à maintenir, en principes fondamentaux l'organisation héritée et le droit coutumier, le prince Miloš a fait une enquête spéciale, par l'intermédiaire des représentants des autorités locales et départementales sur l'opinion et la disposition du peuple. De cette enquête a résulté la conviction qu'il fallait en rester aux coutumes populaires, resp. à la conception du projet précédent dans la rédaction de Vuk.

En 1839 le prince Miloš fut forcé à abdiquer et, selon toute probabilité, cette abdication détermina Hadžić à abandonner les idées du prince et à tâcher de mettre en oeuvre ses propres conceptions. Dans le projet définitif qu'il avait terminé en 1843 il a fait un virage radical et entièrement dévié du droit coutumier dans les questions susmentionnées. Dans son nouveau projet Hadžić a égalisé les enfants du sexe masculin et les enfants du sexe féminin quant aux droits de propriété et de succession. Cependant, après un long examen de son projet, les propositions de Hadžić furent rejetées à cause des divergences aiguës dans les organes législatifs (Assemblée et Conseil). Dans ces organes fut décidé de retourner le projet à son auteur pour le remanier, en lui conseillant d'en rester à la pratique existante et au droit coutumier au sujet de ces questions. De cette façon on est arrivé à la solution définitive et le code a réglé le domaine des droits de propriété et de famille dans l'esprit du droit coutumier. Le Conseil, selon le commentaire de l'historien du droit Slobodan Jovanović, "a fait entrer dans ces lois les coutumes qu'il avait assez de conscience de ne pas approuver, mais n'avait pas de courage de les combattre".

Le code civil de Serbie a été élaboré, comme on le voit, sur une base de compromis prononcée. En majeure partie il était composé à la base de la réception du code civil autrichien et, par son intermédiaire, aussi de la réception du droit romain, c.à d. de sa variante de l'Europe de l'Ouest et de ses remaniements, ce qui était, pour une bonne part, contraire à l'état basé sur le droit coutumier et aux conceptions qui prévalaient parmi le peuple de la Serbie de ce temps. Quant à son autre part, il se fondait sur les institutions et les dispositions du droit coutumier. L'institution de la famille indivise rurale serbe et son sy-

stème du droit de propriété avec tous les principes fondamentaux du droit coutumier a été reprise dans son ensemble. Un certain nombre des instituts et des dispositions de droit coutumier étaient, en outre, adoptés et incorporés dans ces sections qui étaient autrement basées sur les dispositions du droit autrichien.

La dualité du Code civil de Serbie a mis en évidence aussi l'essence et l'importance de la question des sources du droit et de la place et du rôle du droit coutumier dans la pratique législative. Le code a démontré, au cours de son élaboration, aussi bien que par son application, que la réception non critique du droit étranger ne peut pas être la véritable voie pour les solutions complètes et correctes dans l'édification du système juridique d'un autre peuple et d'un autre pays même si elle était exécutée à la base de tels modèles qui font autorité, comme le sont les codes français et autrichien. De telles réceptions sont en contradiction avec la situation dans les domaines plus vastes ou plus essentiels de la vie populaire et donnent lieu aux bouleversement dans la pratique juridique, mais restent inacceptables dans le peuple. De l'autre côté, la force des coutumes et leur contenu réel se sont montrés clairement. Les coutumes, conçues comme instituts plus ou moins larges, et même leurs normes individuelles, ne doivent pas nécessairement signifier les survivances désuètes et surannées des temps révolus, mais elles ne peuvent pas être, non plus, négligées lorsqu'il s'agit des moyens et des méthodes de réglementation des relations sociales dans un pays. D'ailleurs, les coutumes surannées sont abandonnées, plus ou moins vite, par le peuple même, grâce à sa philosophie réaliste ou bien il les maintient par pure habitude. Par les coutumes et le droit coutumier doit être entendu le système valable global de l'organisation et du cours existentiel de la vie populaire et des moyens de communication des citoyens. Pour ces raisons le législateur et le codificateur sont tenus de faire l'évaluation profonde, dans quelle mesure on peut et combien en général il est indispensable de s'opposer à la vie populaire par la loi. Les lois ne peuvent pas être faites en prescrivant des normes juridiques arbitraires, et par les lois il est impossible d'effectuer des changements radicaux tant que cela n'exigent pas les conditions sociales, de classe et de propriété d'un pays. Les lois et leurs normes ne peuvent être que l'expression des rapports existants et des tendances sociales prédominantes. Ce principe important de l'activité législative est formulé dans la maxime que les lois doivent être adaptées au peuple et non le peuple aux lois.

Le Code civil de Serbie est, dans tous les cas, important par le fait qu'il a posé chez nous, en forme d'une codification moderne, la question des sources du droit et de rapport du législateur envers le droit coutumier. Par ce code, quoique avec de gros coups manqués, cette question a été résolue en faveur du droit coutumier.

Il a démontré que les coutumes, même contrairement à la volonté du rédacteur, s'imposent par la force de la vie toute nue. En considération de ces caractéristiques, le Code civil de Serbie occupe une place importante aussi dans l'histoire des codifications.

Cependant, le codificateur serbe n'a pas réussi à résoudre le problème des sources du droit avec esprit de suite et de façon systématique. La méthode de compromis seule a créé de profondes contradictions des normes juridiques dont on a commencé à se rendre compte, avec toutes leurs conséquences, au début même de son application dans la pratique judiciaire.

Mais, précisément ces défauts du code ont produit aussi quelques conséquences positives. Dans les organes judiciaires et législatifs, ils ont servi de motif pour la réflexion, la critique et la création des premiers germes de la pensée juridique en Serbie. Le code a bientôt été soumis à de nombreuses interprétations, changements et amendements qui ont eu pour but de modifier ses dispositions particulières et de les adapter aux conditions concrètes de la vie sociale.

Les critiques et les objections sur le Code civil étaient très différentes et portaient des points de vue différents, en effet diamétralement opposés. Présenté d'une façon simplifiée, les uns portaient de l'opinion que le code a trop négligé le droit coutumier, tandis que les autres considéraient qu'il a fallu effectuer une modernisation et "européisation" plus conséquente du système de droit civil. Mais, indépendamment de toutes ces réflexions, la critique entière de cette codification avait aussi quelque chose de commun — elle indiquait unanimement précisément ces défauts et imperfections du code qui se manifestaient par le conflit entre ses dispositions et leur caractère contradictoire. De cette façon, en Serbie a commencé à se développer la littérature juridique qui, d'abord de manière judiciaire - applicative et ensuite de manière théorique - doctrinaire, a discuté le problème des sources du droit. A cet effet, en 1872, furent rassemblés et élaborés les résultats d'une enquête, faite dans les cercles d'experts judiciaires et juridiques, qui ont apporté des opinions sur le rapport entre le droit coutumier et la loi. L'enquête a été conduite au temps du processus intense de décompo-

sition en couches et d'effervescences sociales dans la campagne, ce qui se reflétait dans une considérable mesure aussi sur le système de famille du peuple serbe dans lequel s'est produite la rupture de la vie en familles indivises et l'abandon des institutions entières de la vie patriarcale. Les contradictions sociales et de classe au sein de la société serbe ont produit des répercussions profondes aussi sur les points de vue des enquêtés. Dans l'enquête ont été exprimées des opinions extrêmement opposées sur le rapport de la loi envers les instituts du droit coutumier, et avant tout envers la forme patriarcale de la famille serbe. Un nombre considérable d'enquêtés proposaient l'abandon total de la vie en familles indivises et demandaient de la loi de rendre possible leur dissolution, tandis que les autres étaient d'avis qu'il fallait intensifier leur protection légale et stimuler leur existence.

L'élaboration du code nouveau a été confiée au professeur de droit civil à l'Université de Belgrade, Nikola Krstić, qui a commencé à rédiger les premières sections. Pourtant, l'année suivante déjà, le travail fut cessé.

IV. Droit coutumier comme source du droit dans la codification monténégrine

La considération théorique - doctrinaire du droit coutumier et des sources de loi a été inaugurée dans nos pays dans les années soixante du dernier siècle, lorsque fut fondée aussi la science historico - juridique comme discipline scientifique indépendante. Le programme de l'histoire du droit dans les pays yougoslaves a commencé à se développer dans l'esprit des disciplines slavistes et de leur méthode historique. Après les travaux de pionniers à la publication des monuments juridiques, des sources historiques et des matériaux de droit (N. Krstić, V. Mijušković) sur la scène scientifique apparut le savant éminent Valtazar Bogišić, qui a entrepris l'élaboration systématique du droit coutumier, de son importance dans la vie du peuple et de son rapport envers les lois. Dans ses prémisses fondamentales, Bogišić partait des suppositions idéologiques et méthodologiques des fondateurs des disciplines philologiques et historiques slaves et dans ses premiers travaux déjà il a exposé dans ce sens ses points de vue sur les questions essentielles du caractère et du rapport entre la loi et les coutumes. Il considérait le droit comme propriété psychique du peuple et il représentait l'origine du droit coutumier comme produit direct de l'esprit popu-

laire et de la réalité sociale tout en soulignant qu'il se complétait et développait en dépendance des conditions historiques et des besoins.

A l'avis de Bogišić, le rassemblement et l'étude des coutumes juridiques devait être un travail et une tâche d'importance exceptionnelle pour des raisons scientifiques aussi bien que législatives - pratiques.

Les principes scientifiques de Bogišić étaient étroitement liés à la réalité et aux besoins des pays slaves et yougoslaves. Un nombre considérable des peuples yougoslaves se trouvaient sous la domination politique et juridique des conquérants étrangers (Allemagne, Autriche, Turquie), mais avec les mouvements de libération nationale déjà mûrs et les efforts en vue de former leurs propres Etats et systèmes juridiques (Croatie, Slovénie, Bosnie, Herzégovine). Les pays libres ou bien ceux qui, indépendamment de leur position internationale formelle à cette époque - là, édifiaient leur ordre juridique indépendant (Serbie, Monténégro) se trouvaient confrontés avec les plans importants d'activité législative et, par conséquent, les questions de la codification et de l'édification des systèmes juridiques assumaient une importance de premier ordre. Dans ce processus on attribuait un rôle spécial au droit coutumier.

Bogišić déduisait ses points de vue théoriques sur le droit et sur le caractère du droit coutumier, des hypothèses idéologiques et scientifiques de l'école historique du droit, pour la plupart de ses fondateurs Puchta et Savigny, ce qui était tout à fait compréhensible en considération de nombreuses coïncidences dans les mobiles et la méthode de recherches. Dans les suppositions de l'école historique du droit Bogišić s'intéressait surtout aux thèses sur l'esprit et la force des coutumes populaires et son opposition aux principes dominants de la théorie naturaliste sur l'universalité du droit. Dans la théorie de l'universalité, du moins dans les conséquences extrêmes de son application, Bogišić entrevoyait les dangers de l'unification et par là aussi la peur de l'imposition ultérieure et du règne précisément de ce droit de pandectes, étranger, inapplicable et, avant tout, européen qu'il considérait inacceptable et préjudiciable dès la détermination initiale, car il étouffait le développement indépendant et l'identité juridique des peuples yougoslaves.

Ayant accepté une importante part des prémisses de l'école historique, Bogišić a, pourtant, pour des raisons entièrement compréhensibles, pris aussi une attitude très critique envers une série de ses principes fondamentaux. Pour Bogišić, avant tout, était inacceptable

la méthode scholastique - statique d'observation et d'études du droit coutumier, particulièrement caractéristique des adhérents ultérieurs de la théorie de Savigny, qui négligeaient l'évolution du droit coutumier et sa dépendance de la réalité sociale et de la contemporanéité de vie. Par un tel rapport critique, Bogišić se mettait sur les positions du matérialisme évolutionniste et de la méthode sociologique dans l'explication de l'origine, du rôle et de l'importance du droit coutumier. Bogišić n'acceptait pas les prémisses initiales de l'école historique de droit sur la suffisance absolue du droit coutumier et sur la négation de tout besoin de rédiger des lois modernes. Donc, l'essence des conceptions de Bogišić était justement inverse. Il a soutenu l'opinion sur l'indispensabilité de l'élaboration des codes modernes, mais de tels qui, malgré le point de vue de la théorie de l'universalité, reposeraient sur le système d'institutions populaires et de droit coutumier. Considérant que, ni dans la sphère de la vie pratique ni dans la sphère de réglementation normative de celle-ci il n'existe de telles institutions générales et universelles qui répondront à toutes les sociétés et à tous les milieux, Bogišić démontrait que la codification du droit civil peut et doit être effectuée, mais seulement de façon à partir de l'authenticité sociale et institutionnelle - juridique de chaque peuple dans une période déterminée de sa vie.

L'opposition de Bogišić aux principes dominants de la pratique européenne de codification du XIXe siècle ne signifiait pas la négation de tout rôle et de toute importance des sciences juridiques et des systèmes de théories européennes. Bien au contraire, il tenait en grande estime et étudiait sous tous les aspects toutes les réalisations dans le domaine des sciences juridiques et s'efforçait de prendre, dans le processus de la création et du développement de la pensée juridique scientifique, la ligne ascendante, soit qu'elle se réalisait par les contributions individuelles des auteurs, soit en forme des écoles et systèmes scientifiques arrondis. Le point de départ fondamental de Bogišić était précisément son idée que la codification devait être effectuée par l'élaboration de la réalité sociale et la pleine systématisation du droit coutumier, mais sur la base des principes méthodologiques des sciences juridiques, nettement établis. Ceci voulait dire, comme il l'avait formulé, que le droit coutumier chaotique et non - systématisé devait être mis dans un ordre harmonique scientifique et législatif. Lorsque, en 1872, il avait accepté l'invitation d'élaborer le code civil pour le Monténégro, il était, comme il s'était exprimé lui-même, conscient dès le

début que sa codification ne devait être ni une simple copie des modèles européens et mondiaux, ni, inversement, l'ambition démesurée visant à la vaine originalité et à l'abandon de tous les accomplissements de la science juridique qu'il est impossible d'ignorer. Il a exprimé directement ce point de vue de principe dans son aperçu de l'histoire de la codification monténégrine et l'élaboration du Code général du droit civil: "La nature de la partie du droit que j'avais à traiter, l'ensemble des conditions actuelles résultant de la vie historique du peuple, le développement ultérieur du pays, m'ont nécessairement amené à faire une oeuvre à la fois systématique et populaire. J'ai tenu compte d'un côté des formes et des opinions dominantes dans la théorie et la pratique législatives des pays occidentaux, de l'autre, des éléments originaux du pays même auquel le code est destiné".

Pour la réalisation de tels objectifs il était indispensable d'effectuer le procédé préliminaire d'études solides du droit coutumier, dans sa forme d'existence telle qu'elle se présentait à cette époque, aussi bien que son évolution historique. Pour un procédé de ce genre les conditions étaient fort favorables au Monténégro. Dans les institutions publiques et les collections privées il y avait une abondance de documents légaux conservés, datant du XVI^e siècle déjà. Outre l'étude de ces matériaux, Bogišić a mené aussi une enquête très élaborée sur les coutumes juridiques en vigueur, basée sur 2000 questions. Il recevait des réponses, et les notait, des connaisseurs exceptionnels du droit coutumier, principalement des hauts fonctionnaires des organes de la justice et de l'Etat (membres du Sénat). À la base des résultats de cette enquête, Bogišić a entrepris l'analyse critique et le choix d'instituts du droit coutumier, leur systématisation théorique et façonnement normatif.

Le choix d'instituts populaires et des institutions du droit coutumier n'était point du tout un travail facile et simple. C'était une question exceptionnellement importante et complexe sous plusieurs aspects, du point de vue des rapports sociaux - économiques, aussi bien que du point de vue de la théorie juridique. A travers le contenu du code et le choix de coutumes se reflétaient les vues de l'auteur et du législateur d'après les questions essentielles des rapports sociaux et du commerce des biens dans le pays. Pour la solution de cette question et l'élaboration d'un tel code civil qui "prendra racine dans le peuple", devait être édifié un tel concept qui serait en même temps socialement motivé et mis en accord entre le législateur et le codificateur.

Comme question première et fondamentale d'une codification ainsi conçue apparaissait la question du contenu général, ou, comme l'a formulé l'auteur même, la question de ses "limites extérieures". Cette question importante était posée au commencement du XIXe siècle déjà et discutée, avec une circonspection spéciale, dans la science juridique européenne moderne comme question de la notion, de la définition et de la systématisation du droit civil. Elle obtenait différentes solutions dans différentes théories, mais dans la pratique législative elle - même elle n'exerçait aucune influence essentielle jusqu'à l'apparition du Code général du droit civil. Indépendamment des conceptions des théories juridiques particulières, la pratique législative s'en tenait toujours à la notion et classification classiques du droit civil et insérait dans les lois tous ses domaines, à la vérité avec grandes différences quant à leur disposition et à leur groupement. Du Code général du droit civil pour le Monténégro ont été exclus, pour la première fois dans l'histoire des codifications modernes, de la notion du droit civil les dispositions du domaine du droit familial (mariage, division, succession, tutelle) et le contenu du code a été réduit à la section générale, aux dispositions relatives aux personnes, aux droits réels et aux contrats.

La définition du droit civil par Bogišić et la limitation de celui-ci à la notion du droit dit des biens (*imovinsko pravo*) étaient le résultat de ses conceptions théoriques et de ses vues sur le rapport entre la loi et le droit coutumier. Il partait du point de vue que le domaine des droits dits familiaux représentait un secteur particulier de la vie et du comportement humains, qui se tient en dehors du cadre et de l'influence de ce droit qui règle les rapports de droit privé, déterminés de manière classique, et les formes extérieures de communication des sujets de droit. Les rapports de famille sont basés sur les principes sociaux (familles urbaines, rurales) et religieux - ethniques à complexes profonds moraux - éthiques dont résultent de telles différences qui ne peuvent ni ne doivent être unifiées et uniformisées par les normes légales. Ces particularités se manifestent aussi dans le large spectre des principes internes: la situation du chef par rapport à la possession de la maison, dans l'autorité paternelle exercée sur les enfants, dans les rapports et droits personnels et relatifs à la propriété des époux, dans les droits et la situation des personnes du sexe masculin et du sexe féminin, dans les droits et les obligations des gens de la maison particuliers envers le travail et la propriété, dans les droits et les autorisations de communiquer avec les personnes en dehors de la famille,

dans le droit à l'acquisition du pécule, dans le droit au partage, à la succession, etc., etc. C'est précisément à cause de ces particularités que Bogišić a cédé le droit familial aux normes constitutives de chaque forme de famille, soit qu'elles ont leur sources dans les normes des canons, soit dans celles du droit coutumier. Même si on pouvait et devait adopter l'hypothèse sur la nécessité de réglementation légale de ce domaine, elle devrait, à l'avis de Bogišić, être effectuée par les lois individuelles, basées sur les principes valables de chaque type existant. Une partie considérable de ces questions, Bogišić a essayé de résoudre par les lois spéciales sur le mariage, le partage et la succession au Monténégro et cela uniquement pour la forme dominante de la famille monténégrine (chrétienne - orthodoxe) en partant des prémisses fondamentales du droit coutumier, mais ces projets de lois sont restés inachevés.

La plus intéressante, sans doute, et pour nous ici la plus importante est la question des frontières dites intérieures du Code général, c.à d, la question du volume et de la mesure d'utilisation du droit coutumier dans le code.

Dans sa codification Bogišić avait adopté tous les principes généraux et les dispositions des sciences juridiques et des codifications modernes dans la mesure où ils étaient applicables à la réalité sociale monténégrine, tout en partant, dans les prémisses fondamentales sur la notion de la personne (sujet de droit) et des biens (propriété) des conceptions et des normes existantes du droit coutumier. Le Code général part du principe fondamental que tout homme est possesseur et que la propriété de chacun est inviolable, exprimant par là le principe fondamental de la propriété privée du système social bourgeois. Cependant, comme sujet de tous les droits et obligations dans le code apparaît la maison, c.à d. la communauté des personnes physiques formant un ménage (soi - disant gens de la maison) que représente, au sens de la gestion des affaires, son sujet nommé et autorisé. Qui parmi les membres de la communauté de maison entrera en rapports d'affaires avec les tiers (le monde extérieur) est en principe une question sans importance, pourvu qu'il ne s'agisse de manque totale de la capacité d'affaires (minorité, aliénation mentale et autres limitations prévues par la loi) ou de causes générales de nullité d'affaires (actions illicites, choses hors commerce, erreurs sur les conditions et propriétés essentielles de l'objet de l'affaire légale, etc.). La sécurité des affaires légales et la protection des tiers conscients sont assurées par la respon-

sabilité obligatoire de la communauté de maison de toutes les actions et affaires effectuées par son membre. Les problèmes relatifs aux biens et autres problèmes juridiques qui se poseraient entre les membres de la communauté de maison parce qu'un de ses membres a exécuté les actions valides au point de vue juridique sont considérés comme une chose ayant trait aux rapports internes de la maison et se résolvent conformément aux dispositions du droit de famille coutumier.

Cette disposition de principe exclue, par la nature des choses, les cas qui appartiennent au domaine des activités spéciales et des droits de propriété des membres particuliers de la communauté de maison (activités artisanales, commerciales, professionnelles, des fonctionnaires et autre activités) dont la maison, c.à d. ses membres ne sont pas tenus de répondre ou peuvent être responsables seulement sous les conditions déterminées et en dépendance des circonstances intérieures dans la communauté de maison (par ex. la maison permet à son membre d'effectuer les travaux artisanaux ou commerciaux dans l'intérêt et pour le compte de la communauté de maison entière, etc.).

Conformément à la conception susmentionnée de la personne et des biens, la notion de la maison a été définie par le code uniquement dans ces éléments qui exercent une influence sur sa communication avec le monde extérieur. Par conséquent, elle a dû être déterminée encore du point de vue des personnes qui lui appartiennent. Par la notion de la communauté de maison on entend le groupe de membres, basé sur les liens de parenté, sur la vie en commun, sur les biens et l'économie communs. Le nombre des membres et le degré de parenté sont complètement sans importance et, par conséquent, la notion de la communauté de maison du point de vue des droits patrimoniaux est constituée, selon le droit coutumier aussi bien que par le code, dans une mesure égale, par l'être individuel indépendant, la famille individuelle plus étroite (famille simple composée des parents avec leurs enfants) et la vaste communauté de parents (famille indivise - *zadruga*). Par le terme parenté on entend les parents directs agnatiques, les personnes adoptées et les personnes (du sexe féminin) amenées dans la communauté à la base du mariage. La notion de communauté de maison exclue les personnes qui, nonobstant la durée du séjour, habitent ou travaillent dans la maison en vertu d'un rapport de travail salarié (domestiques, ouvriers, bergers, etc.). Conformément au droit coutumier, le code a posé, d'une manière fort élastique, l'élément de la vie et du travail en commun, selon lequel les gens de la

maison ne doivent pas habiter (vivre) dans une maison - bâtiment, ni être liés par les mêmes travaux (par exemple, certaines personnes peuvent passer une partie considérable de leur vie comme bergers et habiter séparément et à distance de la maison principale, mais ils restent membres de la communauté de maison jusqu'à la dissolution formelle de la communauté et jusqu'au partage des biens).

La définition de la maison en tant que porteur des droits et obligations est entièrement conformée aux conceptions du droit coutumier et aux formes de la propriété familiale. Tous les biens hérités (*starevina* - patrimoine), ainsi que tous les biens acquis par le travail et l'économie (acquisition - *tečevina*) sont considérés en principe la propriété commune de la communauté de maison et, en tant que telle, abandonnés à la réglementation par les normes de principe et détaillées du droit coutumier. Cependant, ce principe ne nie ni ne porte atteinte au droit de propriété privée individuelle, car chaque membre de la communauté de maison pouvait, à tout moment, en remplissant certaines conditions fondamentales, réaliser ses droits patrimoniaux privés par la division de la communauté ou en se retirant de celle-ci. Le principe cité est formulé dans l'art. 966 que nous reproduirons intégralement: "Par le fait que la maison est considérée comme détenteur, on ne touche ni ne porte atteinte aux droits que les membres individuels de la communauté, de sexe masculin et de sexe féminin, ont envers la communauté de maison, tels que: droit à une part déterminée des biens communs de la maison, droit à la nourriture, au vêtement, à la chaussure, à l'habitation, au trousseau lors du mariage de la fille, etc."

Le Code général de droit de propriété a repris aussi l'institution du droit coutumier, dite *osobina*, c.à d. une forme spécifique de propriété que les membres individuels de la communauté de maison, hommes et femmes, pouvaient acquérir indépendamment, sous les conditions déterminées, et en disposer indépendamment (dons, gains aux jeux de hasard, activités particulières auxquelles la communauté a donné son consentement, etc.).

Toutes les formes de propriétés de la communauté de maison sont définies dans le code seulement par les déterminations générales de la notion. Les droits des membres particuliers et les conditions d'acquisition des biens, ainsi que les rapports internes mutuels des membres de la communauté de maison sont laissés à la réglementation du droit coutumier, en tant que partie intérieure du domaine de droit familial.

La communauté de maison au Monténégro constitue, selon le droit coutumier aussi bien que selon le Code général une personne spécifique qu'il ne faut pas confondre avec la forme classique de propriété collective. La propriété collective, d'ailleurs connue dans le droit coutumier monténégrin (propriété commune des villages, propriété collective des phratries et des tribus, etc.) est en principe indivisible et soumise aux manières d'exploitation correspondantes (pacages, forêts, abreuvoirs, etc.).

Quant à l'acquisition des biens de la communauté de maison il importe de mentionner que le Code général adopte toutes les formes généralement connues et les manières d'acquisition originaires et dérivées. Cependant, le code, en considération du point de vue du législateur, exclue la possibilité d'acquérir la propriété sur la terre par voie d'occupation (*occupatio*), conformément au principe qu'au Monténégro il n'existe pas de fonds qui n'appartiennent à personne, car le territoire entier était considéré comme propriété privée (individuelle), de la phratrie, de la tribu ou de l'Etat: "Puisqu'au Monténégro il n'y a point de terre dont on ne sache à qui elle appartient... personne ne doit croire qu'en défrichant une terre ou en la clôturant par une borne ou une palissade, il en devient propriétaire" (art. 843).

Le domaine du commerce des choses et des biens (rapports d'obligations), en considération de son rôle dans la vie quotidienne de la population, était très développé dans le droit coutumier monténégrin et connaissait en général toutes les espèces de contrats du droit d'obligations classiques. Pourtant, à cause des conditions spécifiques, il s'y sont développés nombreuses institutions originales. C'est précisément dans ce domaine que le codificateur monténégrin a utilisé l'abondance des sources pour compléter le contenu intérieur de son code. Répondant plus tard aux questions que lui posaient ses amis (M. Vesnić) sur l'origine des instituts juridiques particuliers, Bogišić a mis en relief le fait qu'il les avait trouvés dans les coutumes et de là transférés dans le code, après la systématisation et la définition théorique et pratique indispensables. En le faisant il a nettement relevé le fait que le droit coutumier monténégrin possédait dans ce domaine presque toutes les formes et institution du droit européen, mais il soulignait particulièrement que la pratique de vie et les conditions sociales historiques étaient des causes qui ont donné lieu au développement de certaines spécificités dans ces formes et institutions.

Les traits spécifiques du Code général du droit de propriété, re-

latifs aux obligations, peuvent être divisés en deux groupes fondamentaux — ceux qui entrent intégralement dans le code du droit coutumier et ces autres qui, par l'application des spécificités du droit coutumier modifient, plus ou moins, les instituts universellement connus du droit d'obligations. Dans le premier groupe peuvent être classées quelques formes spécifiques de passer un contrat, provenant du droit coutumier monténégrin, dont certaines peuvent probablement être rencontrées aussi dans la vie de la population rurale des autres peuples, mais les codes civils ne les élaborent pas en une forme spéciale. Ce sont ces contrats qui se rapportent au commerce de terre et à sa culture, les contrats de louage, de détention et d'utilisation du bétail d'autrui, et finalement les contrats d'utilisation et de louage de la main-d'oeuvre humaine. Il est, cependant, certain que tous ces contrats pourraient être, à la fin des fins, classés sous la notion des instituts particuliers du droit d'obligations, mais le codificateur monténégrin les a réglés comme dispositions particulières à cause de leur applicabilité fréquente et du rôle qu'ils jouent dans la vie du peuple.

Le Code général du droit de propriété a élaboré deux espèces de rapports contractuels relatifs à la cession du sol labourable pour la culture. Ce sont le métayage et le louage de la terre pour une somme globale (*odsjek*). La caractéristique essentielle de la première forme consiste dans le fait que le propriétaire donne sa terre à une autre personne pour la cultiver et reçoit de celui-ci une part du revenu (moitié, tiers, quart), en dépendance de l'espèce de la récolte, de la fertilité du sol et des conditions locales. Dans le cas de ces contrats, la quantité réelle des fruits reste indéterminée et on y partage aussi le risque et toutes les taxes et impôts. La seconde forme prévoit des cas où la terre est donnée pour la culture contre le paiement d'un fermage fixé et le fermier est tenu de payer au propriétaire la somme convenue soit en argent soit en fruits, nonobstant la récolte et la quantité de fruits. De l'autre côté, au fermier appartient aussi tout revenu éventuel, résultant des conditions plus favorables ou de son application spéciale dans la culture. Dans l'un et dans l'autre cas, les parties contractantes se concertent sur la manière et les proportions d'utilisation des moyens nécessaires pour la production (semence, fumier, outils et bêtes de trait). Le code a élaboré tous les autres détails qui ont de l'importance pour les rapports entre les parties contractantes (termes et durée du contrat, résiliation du bail, culture consciencieuse, etc.).

Le Code général du droit de propriété a repris du droit coutumier

aussi deux espèces de gages, à savoir *podlog* et *zastava*. Par le terme de *podlog* est définie une telle forme de gage, où le bien mis en gage passe en possession du créancier jusqu'à l'acquittement de la dette et le créancier utilise le bien mis en gage en guise d'intérêts. Le code interdit explicitement toute possibilité de passage d'un immeuble par voie de *podlog* en propriété du créancier. Une telle possibilité est interdite même dans ces cas où les parties contractantes ont prévu cette solution par leur accord. Dans les cas d'outrepassement des termes, deux solutions sont possibles, à savoir: 1) que les parties contractantes, par voie de contrat ou tacitement, consentent à la prolongation de tels rapports ou 2) le créancier, s'il le désire, renonce à la continuation du rapport contractuel et demande, par des moyens juridiques réguliers, l'acquittement de la dette. Par le terme de *zastava* on entend la forme généralement connue de gage pour la sécurité du créancier (hypothèque) où le bien mis en gage reste entre les mains du propriétaire - débiteur. Si la dette n'est pas payée, après l'expiration du terme, le créancier peut exiger que l'immeuble passe en sa propriété. Dans les cas de *zastava*, le créancier a le droit aux intérêts stipulés dans les limites permises par la loi.

Le Code général du droit de propriété a adopté et élaboré en détail l'institution du droit de préemption de la terre, connu au Monténégro, comme d'ailleurs aussi chez les autres peuples, dans le droit coutumier. Le législateur monténégrin a fondé le droit de préemption sur quatre éléments fondamentaux, à savoir: 1) personnes apparentées, 2) voisins du bien qu'on offre pour la vente, 3) habitants du village où réside le propriétaire du bien et 4) autres membres de la tribu. Le droit provenant de la parenté est limité au sixième degré. Le code prévoit la possibilité de cumulation des conditions. Outre ces bases, du droit coutumier ont été reprises les possibilités du droit de préemptions sur la base des conditions spéciales. Le vendeur d'un bien immeuble est tenu d'annoncer la vente d'une manière appropriée, d'informer les personnes intéressées de toutes les conditions essentielles de la vente (prix, manière et terme de paiement, etc.) et ceux-ci doivent se prononcer dans le terme fixé. C'est seulement après que toutes ces personnes aient refusé, que le propriétaire peut vendre son bien aux acheteurs en dehors du cercle des concurrents légaux. Le droit de préemption n'implique aucun privilège quant au prix et aux autres conditions de la vente. Cependant, toute dissimulation ou tout arrangement faux des conditions de la part du vendeur avec les tierces personnes peut

être la cause d'annulation du contrat par la personne qui a le droit de préemption. La substitution du bien immeuble exclut, selon la coutume aussi bien que selon le code, le droit de préemption.

Dans le Code général Bogišić a repris plusieurs espèces de commerce contractuel du bétail et de son utilisation. Ce sont les contrats suivants:

1. Louage du bétail à moitié. Par ce contrat on entend les cas, d'ailleurs très fréquents où le propriétaire remet ses bestiaux à une autre personne (métayer) pour les garder et entretenir. En revanche, celui-ci doit lui donner la moitié de la laine et des jeunes animaux (pripaša), et des produits (fromage, crème, etc.), la quantité stipulée ou bien "selon l'usage" de la région. Le fumier appartient entièrement au métayer. Dans le cadre de ce contrat, le propriétaire du bétail ne peut disposer d'aucune "tête" de jeunes animaux sans accord préalable avec le métayer. Du nombre de bestiaux remis (*glavnica* - "capital") le propriétaire ne peut disposer qu'en automne, c.à d. après la fin de la saison. Le métayer, de son côté, ne peut, sans accord préalable avec le propriétaire, disposer ni de "capital" ni d'"intérêt" (jeunes animaux). Il est tenu de garder et de tenir le bétail consciencieusement et, par conséquent, il est responsable de tout dégât et de toute perte d'animaux, dans les limites de négligence.

2. La seconde espèce de contrat, connue sous le nom de *kesim*, prévoit le louage d'un nombre de bestiaux productifs à la garde et à l'utilisation à un autre pour une ou plusieurs saisons. Le loueur prend la somme stipulée ou déterminée par l'usage local en argent ou en produits. Le bétail était donné dans de tels cas "*u nepogib*", ce qui veut dire que le locataire était tenu de rendre le même nombre de têtes, sans égard aux causes de la perte éventuelle ou de la diminution du troupeau. Au locataire, pourtant, appartenait tout le reste du rapport du bétail et tout profit qui éventuellement dépasserait le revenu usuel.

3. La troisième espèce de contrat du commerce de bestiaux est la forme du droit coutumier, nommée *izor*. Par ce terme on entend le louage du bétail de labour (boeufs) pour un ou plusieurs labourages à un prix stipulé ou déterminé par l'usage. Le locataire est tenu d'entretenir, garder et utiliser le bétail loué en détenteur consciencieux, en l'utilisant pour les travaux stipulés ou usuels, et par conséquent, il est responsable de tout dégâts ou la perte de l'animal dans les limites de la négligence.

4. Le Code général a repris et élaboré la forme du contrat, nommée

sprege, du droit coutumier. Par ce contrat on règle ces rapports qui ont lieu lorsqu'on associe les bêtes de traite ou de labour pour effectuer les travaux déterminés (labourage, transport du bois, etc.). Le contrat pouvait être conclu pour un terme saisonnier ou annuel (par exemple, uniquement pour le labourage de printemps ou seulement pour le labourage d'automne, ou bien pour tous les travaux annuels). Les parties contractantes pouvaient se mettre d'accord au sujet des autres conditions d'utilisation, de l'ordre des travaux à effectuer, du jour de l'utilisation ou de la quantité de travaux à exécuter, la manière de nourrir les animaux, etc. Dans le cas de cette espèce de contrat, aucun propriétaire n'avait pas le droit de céder l'animal qu'il avait associé avec ceux de son partenaire aux tiers ni l'utiliser pour les travaux complémentaires en vue d'obtenir le profit, sans consentement préalable de son partenaire. Le propriétaire avait le droit de résilier le contrat seulement après que les travaux aient été effectués dans le terme stipulé. Le législateur a prévu aussi tous les détails relatifs à l'alimentation, à la garde des animaux, à la responsabilité pour le cas de surchargement, à l'utilisation à d'autres fins que celles prévues par le contrat, la perte ou l'endommagement des animaux, ainsi que d'autres détails indispensables pour le règlement de tels rapports contractuels.

5. Le code a repris un rapport contractuel spécifique et de grande importance de la vie rurale, connu sous le nom de *supon*. Par ce terme on entend l'association des bestiaux de deux ou plusieurs propriétaires en vue de les garder et faire paître en commun, ce qui avait pour résultat l'économie dans l'engagement des bergers. Dans ces circonstances les animaux étaient classés en quatre catégories: moutons, chèvres, jeunes animaux et bovins qui, du moins pour une saison déterminée ne pouvaient pas être mêlés. De cette façon un des associés engageait seulement autant de bergers qu'il avait de bétail et était libéré du soin pour les autres catégories d'animaux. Cette manière de s'associer n'exerçait aucune influence sur les droits de propriété ni sur la manière et la forme d'utilisation des animaux. Chaque propriétaire utilisait ses bestiaux et recueillait les produits. Pourtant, le fumier était partagé "selon le nombre des bergers".

Le Code général a élaboré généralement toutes les institutions connues du contrat pour l'exécution des travaux stipulés (location conduction operis), mais il a spécialement distingué deux formes de louage et d'utilisation de la force de travail d'autrui.

La première forme comprend l'engagement des salariés (domesti-

ques) pour accomplir des travaux domestiques pendant un temps stipulé, avec un salaire en argent ou en produit. Le salarié habite dans la maison de son patron qui est tenu de le nourrir, vêtir, soigner s'il tombe malade et protéger. Le salarié est tenu d'effectuer ces travaux seulement pour lesquels il a été engagé ou bien les travaux qu'impose et implique la manière de vivre de cette maison. Les travaux stipulés, le salarié doit les effectuer consciencieusement et il est responsable de tout dégât provoqué par sa négligence ou mauvaise intention. Le salarié, par contre, ne peut pas être forcé à exécuter les actions qui sont contraires à la loi et à la morale. Le contrat pouvait être passé à un terme précisément fixé et aussi sans terme. Dans le premier cas le rapport contractuel ne pouvait être résilié qu'après l'expiration du terme (s'il ne s'agissait pas, bien entendu, des infractions plus graves) et dans le second cas en tout moment où une des parties contractantes le désire.

La seconde forme d'utilisation de la main - d'oeuvre d'autrui prévoit le travail qu'à une personne, resp. à sa maison, offrent d'autres personnes. Cette forme a deux variantes : 1) utilisation du travail d'autrui "en emprunt" (*na uzajmicu*) et 2) utilisation sans *uzajmica*. La première forme était basée sur le principe d'échange du travail et le bénéficiaire était tenu de faire en revanche à la personne qui avait travaillé pour lui et qui l'a aidé, le même travail ou un travail similaire en quantité et durée approximativement égales avec ou sans utilisation des bêtes de labour, outils, etc. Dans ce rapport contractuel le bénéficiaire de la main - d'oeuvre d'autrui était tenu de travailler, à charge de revanche, uniquement à la personne qui l'avait aidé par son travail ou à sa communauté de maison, ce qui veut dire qu'en aucun cas il ne pouvait l'obliger à exécuter les travaux pour son compte aux tiers. Dans le second cas, l'utilisation de la main - d'oeuvre d'autrui et de l'aide sans charge de revanche, le bénéficiaire n'était pas tenu de rendre le travail, même si la personne qui lui avait exécuté les travaux l'exigerait de lui plus tard. Cette forme implique l'aide gratuite.

Dans le présent travail nous avons l'intention de présenter quelques questions seulement d'ordre le plus général et la méthode de résoudre les questions des sources du droit et du rapport entre le droit coutumier et la loi à travers la pratique législative de la Serbie et du Monténégro, laissant de côté de nombreux détails et certaines questions spéciales de majeure importance (questions de la langue, de la terminolo-

gie juridique etc.). A cette occasion nous n'étions pas à même d'entrer dans des commentaires ni de faire des comparaisons entre ces codifications, bien que cela ait pu être d'un grand intérêt, particulièrement à cause du fait qu'il s'agit des différences dans l'adoption, le choix et la détermination par les normes des institutions entièrement ou presque identiques du territoire de deux régions du groupement ethnique serbe. Quoiqu'intéressantes et importante qu'elles fussent, de telles questions appartiennent tout de même, au domaine des critiques professionnelles des codes eux-mêmes, ce qui n'était pas ici notre objectif.