

МИЛОРАД ИВОВИЋ, ТИТОГРАД

ПОЈАМ ОБИЧАЈНОГ ПРАВА И СХВАТАЊЕ ВАЛТАЗАРА БОГИШИЋА О ПРАВНОСТИ ОБИЧАЈА

I

Понављање истих понашања у једном временском периоду ствара обичајну норму, али то још не значи да она постаје и обичајно правна норма. Покушај да се нађе критеријум помоћу кога би се могле разликовати обичајне од обичајно-правних норми, био је узрок различитих ставова, па је чак родио и различите школе о природи обичајног права.

Може се рећи да је одговор на питање који је то елемент који детерминише прелаз неправног обичаја у правни, зависи често од претходно изабраног схватања права, тако да наилазимо на читав варијетет теорија које разматрају проблем правности обичајних норми. Дистинкција између обичајноправне и обичајне норме тражена је или у некој специфичној особини субјекта који то право ствара, или објекта на кога се то право односи, или у механизму санкције или пак у материји која се регулише. Одговори на питање о правности обичаја исти су као и одговори на опште питање: „Шта је право“?

1) Покушај да се основ обичајног права нађе у ауторитету субјекта који га ствара

a) Романо-канонска теорија.

Традиционална теорија обичајног права, романо-канонска, основ правне вредности обичајне норме налази у престижу оног субјекта који то право ствара, а то је народ схваћен као „пар екселанс орган сваког правног стварања”.¹ Разлика између закона и обичаја само је процедурална. Код стварања закона воља народа је изражена, док је у случају обичаја она прећутна.

¹ Norberto Bobbio, *Enciclopedia del diritto*, IX, Dott. A. Giuffrè Editore, Italia, 1961, 429.

Народ се схвата као политичко биће које има суверену власт. Теорија обичајног права припада оним теоријама права које карактеристични елемент правних норми траже у специфичној природи суверене власти која ове норме признаје за право. Тако се објашњава у средњевјековној теорији схватање о *tacitas voluntas populi*. Правници апсолутне монархије ову изворну тезу заменили су тезом о *tacitas voluntas principis o superioris*. У оба случаја правна норма јесте производ онога ко има суверену власт. Оно што се мења јесте престиж обичаја као аутономног извора права. Док је, дакле, у почетку обичајних и правних норми народ, касније принцип постаје аутором законског права, па је према томе признање само неких норми обичаја за право значило у ствари одрицање аутономије обичајном праву.

Римска јуриспруденција објашњавала је дејство закона народним споразумом (*Consensus populi*) и по аналогији основ обичајног права био је такође споразум само изражен прећутно (*tacitus consensus tacita civium conventio*).² Схватање о важењу обичајног права признавањем од стране принцепса задржало се и данас у доктрини канонског права.

У канонској доктрини обичајно право се најчешће дефинише као *»ius non scriptum, diturnis populi moribus, et cum aliquo legislatoris, consensu introductum«*.³ Као први услов да обичај стекне правну важност, *Codex-Iuris Canonici* изричито тражи сагласност и каже у кан. 25: *»Consuetudo in Ecclesia vim legis a consensu competentis Superioris ecclesiastici unice obtinet«*. Обичај тако престаје да буде аутономни извор права и добија обавезну снагу искључиво вољом одговарајућег вишег црквеног органа. Објашњење оваквог рјешења, које се налази на мисао Т. Аквинског (*„Нека се обичај повуче пред ауторитетом; рђаве обичаје треба искоренити путем закона и разума“*), лежи у специфичном карактеру цркве (*societas hierarchia inaequalis*) која божјом вољом има *potestas regiminis*, па према томе и *potestas legislativa*. Отуда потиче и природна могућност сваке заједнице да, супротно вољи цркве, створи обичајно право. Лице које може дати сагласност за обичај (из формуле *»competenti Superioris ecclesiastici«*) није само *Pontifex Maximus*, врховни законодавац цркве, него и сваки онај нижи црквени службеник који може донети закон за ужу територију на чијем се челу налази.

Обичај, дакле губи својство аутономног извора права, донекле, јер народ који га ствара, да наведемо речи Жана Дабена,

² По речима Хермогениана: *»Sed et ea quae longa consuetudine comprobata sunt, ac per annos plurimos observata, velut tacita civium conventio non minus, quam scripta sunt iura Serventur«* (наведено према Ф. Тарновски, Енциклопедија права, Београд, 1923. стр. 177).

³ Pichler, *Ius canonicum Secundum quinque Decretalium libros, Venetiis 1758. Navedeno prema Anna Rava, Diritto canonico, Enciclopedia del diritto, IX, 452.*

једног од данас водећих неосколастичких писаца — није „као таква квалификован у питањима права ништа више него у било којим другим питањима — филозофским, научним, техничким — да одлучи што јесте, односно шта треба да буде: истина, добро, правда, корист. Право није ствар воље, маса или бројева; право је ствар разума.“⁴

б) Историјско-правна школа

Природно-правни филозофи 17. и 18. века сматрали су да само законодавац има снагу и способност да реформише право путем разума. Њихов поглед био је уперен на циљ и намере права, а не на његову историју и развитака, а жеља је била да се створи правни поредак основан на извесним принципима слободе и једнакости, које су они прогласили за универзалне принципе разума и правде, „једнако обавезно за све народе, без обзира на његово различито историјско наслеђе и на особине“.⁵

Доба рационализма и природног права у Европи свој врхунац је доживело у француској револуцији 1789, а Code Napoleon, ratio scripta новог доба, сматрао се као једно од највећих достигнућа те револуције. Како је ова револуција морала да се задовољи само делимичним резултатима, одређена реакција против њених рационалистичких поставки покренула се Европом. У Немачкој и Енглеској посебно, покрет против нехисторијског рационализма револуције постао је особито снажан. Конзервативне идеје које се ослањају на историју и традицију истичу се. У праву и правној филозофији нагласак је на правној историји и правној традицији, а против „спекулативних покушаја установљења природног права“.

У Енглеској, Едмунд Бурке у свом делу »Reflections on the Revolution in France (1790), оштро је иступио против револуције и нагласио вредности традиције и постепеног раста. Он је указивао на историју, обичаје и религију као истинска „упутства“ друштвене акције. У Немачкој, у уметности књижевности и политичкој теорији јавила се још снажнија реакција, романтична, ирационална и страсна у свом националном карактеру.⁷ У праву овај покрет представља историјско-правна школа. Најеминентнији представник ове школе био је Фридрих Карл фон Са-

⁴ Jean Dabin, *General Theory of law*. Прештампано Ch. Morris, *The Great legal Philosophers, selected readings in jurisprudence*, University of Pennsylvania Press, 1979, 475.

⁵ F. Taranovski, *op. cit.* 299.

⁶ E. Bodenheimer, *Jurisprudence, The Philosophy and Method of the Law*, Harvard University Press, 1981, 71.

⁷ Ми смо се користили текстом на енглеском језику (»Of the Vocation of our Age, for Legislation and Jurisprudence) који је прештампан у наведеној књизи Ш. Мориса.

вињи (1779—1861), а његов најцјењенији ученик био је Георг Фридрих Пухта (1798—1846).

Савињијев поглед на право изложен је у чувеном раду „О позиву нашег доба за законодавство и за науку права” — 1814. Овај рад био је одговор на предлог професора грађанског права А. Ј. Тибоа са Хајделбершког Универзитета, о потреби кодификовања права и обичаја различитих њемачких државица на основи Римског права и Наполеоновог кодекса. Савињи је оштро иступио против кодификације речима: „До најранијих времена до којих се протеже аутентична историја, наћи ће се да је право већ стекло фиксиран карактер, својствен народу, као што су и његов језик, манири и конституција”.⁸

Органска повезаност права са бићем и карактером народа очитује се у времену. Право, као и језик, подређено је развоју и сам развој одређује унутрашња нужност. Право расте и јача са јачањем народа и губи се заједно са народом. Истински извор целог права јесте народна етичко-правна свест која се у најранијем ступњу изражава непосредно у обичајном праву. Постојање народне свести искључује „арбитрарну вољу законодавца” («Arbitrarig will of a law-giver») и ствара обичајно право „снагом унутрашњих тихих сила”.⁹ Касније, „цивилизацијским прогресом”, јављају се професионални правници, право „усавршава свој језик и узима научни правац”¹⁰ постаје комплексно и артифицијелно научно право («learned law») и стиче двоструки живот. Прво, као „део целокупног народног живота чији део никада не престаје да буде”, и друго као одређена „грана знања у рукама правника”.¹¹ Задатак стручњака је да научно утврде начела наредне свести и живота, да та начела технички унапреде и тиме припреме пут за кодификацију. На сцену, дакле, ступа академско изучавање права, а кодификација заузима место обичаја који је до тог момента био најважнији облик откривања права. Уколико се кодекс донесе у време које му не одговара, одређена зла постају неотстрањива, а изрицање правде које је изричито регулисано закоником, у стварности је регулисано нечим што је ван кодекса и које је „истински доминирајући ауторитет”.¹² Историја показује да је било мало „добрих времена” за законике. По речима Савињија „млади народи имају јасну визију свог права, али су им законике лоши у погледу језика и логичког умећа. У доба опадања, с друге стране, скоро све недостаје — знање предмета и језик. Остаје тако само средњи период... али такво доба нема потребе за закоником”.¹³

⁸ Savigny, *op. cit.* 290.

⁹ Savigny, *op. cit.* 291.

¹⁰ Savigny, *исто.*

¹¹ Savigny, *исто.*

¹² Savigny *op. cit.* 292.

¹³ Savigny, *op. cit.* 292.

Кодификација представља трећи и последњи ступањ развитака правног живота. Пошто она треба да буде, довршење органског раста права, а то је уједно и најтежи део, рад на кодификацији треба „предузети у временима која по знању и цивилизацијски превазилазе претходна”.¹⁴ У супротном, резултати су жалосни. О проблему кодификације у Њемачкој Савињијев одговор је јесан Немачким правницима недостаје, по његовом мишљењу, историјски и систематски дух, мада сматра да је исправну оцену времена у коме живимо тешко дати, Савињи закључује: „Не признајем способност да створимо добар законик”.¹⁵

Пухта се сложио са својим учитељем да је настанак и развитак права и народног духа невидљив процес. „Оно што је нама видљиво јесте само производ, право, онако како је произашло из форме лабораторије у којој је припремљен и путем које је постао реалан”.¹⁶ Он је сматрао да постоје три пута у стварању права: народна уверења, законодавство и наука, одакле произилазе обичајно право, промулгирано право и правничко или научно. Сваки облик права настаје из правничке свести народа и оргинерни креатор права је народ, а не држава. За разлику од тадашње теорије о обичајном праву, Пухта одређује три битна момента: прво, обичајно право извире из народа схваћеног у природном а не политичком смислу; друго, оно извире на непосредан начин; треће, изражава се у обичају, тј. у општем сталном и униформном понашању грађана, а при том понављање понашања за Пухту није конститутивни, већ само доказни елеменат народног права. Као најистинскији израз општих уверења грађана, обичајно право је супериорно сваком законодавном раду државе, а експлицитно законодавство корисно је само уколико укључује у себе владајуће обичаје, уколико дакле има само деклараторну улогу. Заслуга историјско-правне школе јесте у томе што је истакла идеју развоја права, како каже проф. Р. Лукић: „Идеју условљености права конкретном стварношћу сваког народа”.¹⁷ Значајно је такође што је ова школа истакла да се могу примењивати само они обичаји који одговарају потребама одређеног доба. Ниједна власт не може дуже времена да примењује оне норме које се супротстављају потребама места и времена. Ако се проблем посматра са овог аспекта, Савињијево мишљење да право проистиче из правне свести народа садржи важан елеменат истинитости. Закони који су „одбојни схватању правде заједнице

¹⁴ Savigny, op. cit. 292.

¹⁵ Savigny, op. cit. 297.

¹⁶ Georg Friedrich Puchta, *Outlines of Jurisprudence as the Science of Right*, Transl W. Hastie, Edinburgh, 1887, 38.

¹⁷ Др Р. Лукић, *Теорија државе и права*, II, Београд, 1954., 62.

или њених практичних потреба биће вероватно поражени пасивном резистенцијом и тешкоћом сталног надзора и репресије”.¹⁸

Недостаци ове школе су, међутим, озбиљни. О револуционарним променама права она не говори ништа, а народни дух (*Volksgeist* — Пухтин термин) је нешто мистично и тешко разумљиво. Сумњу изазива и претпоставка ове школе о демократској структури примитивног друштва, у смислу да само она правила понашања која произилазе из правне свести целе групе стичу снагу правног правила. Савремена истраживања примитивних друштава откривају у највећем броју случајева да је њихова структура пре патријархална него демократска. Вероватно је да се у индоевропском свету племенима управљало на патријархални начин. Ако верујемо у постојање такве древне патријархалне власти, лако је замислити да у таквом примитивном друштву „правила понашања одређује ауторитарни поглавица”¹⁹ или барем да правну снагу стичу само она правила која он одобрава. Овај аристократски принцип могу наравно спроводити и већа поглавица, односно старих, или колегијум свештеника. Неки обичаји могу бити недовољно изграђени или у сукобу, па се јавља потреба да се у таквим случајевима проблем реши ауторитативном одлуком. Чак је и Виноградов, један каснији следбеник ове школе, признао да морамо претпоставити да је „постојала свесна делатност старијих, свештеника, судија, шамана или стручњака, управљена на откривање и објављивање онога што је исправно и правилно”.²⁰ Поверавајући знање о прихватљивим правилима понашања ужој групи било је могуће, у условима неписмености, преносити искуство с генерације на генерацију и тако остварити извесну стабилност и континуитет у развоју обичајног права.

Историјско-правну школу треба разумети, по речима Роса, као „законито дете немачког романтизма”,²¹ као теорију која је прикривено природно право.²² Основна идеја ове школе је да је историја критеријум добра и сазрела је код Хегела у његовом схватању апсолутног духа. Разлика је у томе што историјско-правна школа апсолутно сматра народни дух, који тако постаје не само извор права већ извор исправности и оправданости права и свега постојећег, јер је народни дух иманентан свему постојећем. Иза, на први поглед, аполитичног става ове школе крио се

¹⁸ Vinogradoff, *Customary Law, in The Legacy of the Middle Ages*, ed. C. G. Crump and E. F. Jacobs, Oxford, 1926, 287.

¹⁹ E. Bodenheimer, *op. cit.* 302.

²⁰ Vinogradoff, *Common Sense in Law*, New York, 1926, 165.

²¹ Alf Ross, *On Law and Justice* London, 1958, 346.

²² Наведимо речи Е. Ерлиха: „Савињи и Пухта са својом доктрином о народном духу права и закона као основу правног развоја једноставно су другим речима у социолошком смислу навели мисли природног права”. E. Ehrlich, *Fundamental principles of the Sociology of law*. Прештампаано у помештој књизи Мориса, стр. 463.

елеманат „политичког хисторизма који је настојао поново оживјети стара политичка стања . . . и одузете привилегије оних група (сталеза, класа), које више нису на власти.²³ Ова школа је резултат епохе политичке реакције у Европи после Наполеоновог пораза и Бечког конгреса који се изразио Светом алијансом царинских династија. Оцењујући ову школу, не смео заборавити да је Савињи био конзервативни племић који је презирао егалитаријански рационализам Француске револуције. Критичан према Наполеоновом законуку, желео је да спречи доношење сличних законика у Немачкој. Ове чињенице могу објаснити његов презир према законодавном раду и његово инсистирање на тихим и анонимним снагама као правом елементу правног развика у који не треба ни један легислатор да се меша. Учени правници воде лагану реформу права и треба да буду аутентични тумачи врховног извора права — народног духа израженог у обичајима.²⁴ Ова се школа, како то каже Рос, касније развила у правцу „историјско-филолошке педантерије и концепта формалистичке јуриспруденције”.²⁵

2) Покушај да се основ обичајног права нађе у понашању субјеката

Теорија о правној природи обичаја, која је најшире прихваћена, објашњава га, не више субјектом који га ствара, већ субјектом на кога се норма односи, односно на који се начин обичајна норма поштује. Ради се о теорији *opinio iuris sive necessitatis* (уверење у исправност обичаја). Према овој теорији оно што одваја обичајну од правне норме јесте унутрашњи, психолошки, односно духовни услов, схваћен као уверење да је одређено понашање правно обавезно јер одговара важећој правној норми. Супротно понашање је према томе, недозвољено и кажњиво.

Ову теорију треба строго разликовати од претходне са којом се често меша. *Opinio* значи „уверење” а не „вољу”. Воља, односно народна правна свест, означава једно колективно стање које постоји пре него што се једно понашање временом развије у обичај, док је *opinio iuris* индивидуални акт који следи после обичаја, или најраније постоји док се обичај ствара. Другим речима, народна правна свест изражава мисао о постојању обичајног права, пре понављања понашања; *opinio iuris* пак истиче мисао о истовремености или најчешће сукцесивности понављања понашања.

²³ Др. Берислав Перић, Структура права, Загреб, 1976, 207.

²⁴ „Дух народа је апсолутан, а професори права његови пророци” А. Ross, *op. cit.* 347.

²⁵ А. Ross, исто.

Треба подвући да је тражење правности обичајног права у понашању, како то траже психолошке теорије права, важно не само да се одреди специфична већ и генеричка суштина права. Тако нпр. Мићели тврди да је правна норма „она која се таквом сматра”,²⁶ а Haesaert је мишљења да оно што раздваја право од обичаја и правила игре јесте наш став да смо везани правом у поређењу са слободним ставом овим другим нормама.²⁷

Формира се, дакле, уверење да ће се исти или сличан однос у будућности распавити на исти начин, у смислу да је нужно (*opinio necessitatis*) да се исти однос расправи на исти начин, а само обичајно правило настаје оног тренутка када се то уверење формира. Уверење о обавезности обичајног правног правила, по речима Ч. Марковића „исто је што и уверење чланова једне заједнице о обавезности једног закона”.²⁸

Разлика између обичаја и закона је само у настанку тих правила. Док једно правило настаје понављањем, друго постаје изричитом заповешћу. Као што је поменуто, ово схватање је најшире прихваћено у науци.²⁹

Примера ради, наводимо неколико дефиниција које уверење о обавезности наводе као најбитнији елемент. Тако нпр. Др Иван Мауровић позивајући се на Крајнца (Krainz) каже да је то „неписано право што живи у увјерењу народа, а манифестира се вршењем”.³⁰ Ј. Биндер сматра да се „обичај мора практиковати у мишљењу и уверењу да се тиме право примењује, да се поступа по праву; само тада може из њега постати право”.³¹ Baudry — Lacantierie — Vonnecasse сматрају да се обичајно право састоји из два елемента, материјалног и психолошког. Материјални елемент јесте „практика извесног трајања и постојаности”, а психолошки елемент јесте „уверење у социјалној средини у којој се развила та практика да је она обавезна”.³²

Нормативистичка школа посебно је критиковала психолошко схватање права. Келзен је схватање о психичкој принуди права подвргао критици истичући да „ми не знамо тачно који

²⁶ Miceli le fonti del diritto dal punto di vista psichosociale, Palermo, 1905. Наведено према Enciclopedia del diritto, IX, 431.

²⁷ Haesaert J., Theorie generale du droit, Bruxelles, 1948, 116.

²⁸ Др Ч. Марковић, Грађанско право, књига прва, Увод у право уопште, Београд, 1928, 123.

²⁹ Види нпр. L. Ennecceus и H. C. Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Tübingen, 1952, I 160; Alf Ross, Theorie der Rechtsquellen, Leipzig, 1929, 133 и 430-431; F. Gény, Méthode d'interprétation et Sources en droit privé positif, 2 ed., transl. Louisiana State law Institute, Baton Rouge, 1963, 243—250.

³⁰ Др И. Мауровић, Нацрт предавања о опћем приватном праву, прва књига, опћи део, Загреб, 1919, 5.

³¹ Julius Biner, Philosophie des Rechts. Наведено према Ч. Марковић, *op. cit.* 124.

³² Наведено према Ч. Марковић, *op. cit.* 126.

мотиви наводе људе да се понашају према правним правилима³³ и све што можемо да учинимо јесте да то претпоставимо. Ефикасност правног поретка значи да је понашање људи у складу са правним поретком, и закључак да људи поштују норме због психичке принуде је потпуно неоснован. Отуда „постојања правне норме није психолошки феномен“³⁴ и када парламент донесе закон то никако не значи да га парламент „хоће“ у психолошком смислу. Човек у психолошком смислу може „хтети“ само оно о чему има идеју. По речима Келзена, „немогуће је хтети нешто што се не зна. Међутим, чињеница је да често, ако не и увек, знатан број оних који гласају за закон у најбољем случају знају веома површно њихову садржину“.³⁵ Правно правило је „депсихологизирана заповест“ и у погледу обичајног права „ми никада нећемо бити у стању да тврдимо да је обичајно право воља или заповест оних чије стварно понашање сачињава обичај“.³⁶

Прихватање теорије »*opinio iuris*« доводи нас у извесне тешкоће. Тврди се с једне стране, да обичајно-правна норма не постоји ако не постоји *opinio iuris*. С друге стране, *opinio iuris*, предпоставља да је обичајно-правна норма већ створена. Другим речима, *opinio iuris* претпоставља постојање оног права чијем конституисању треба да допринесе. Из овог зачараног круга може се изаћи на два начина: или се сматра да се *opinio* ствара заблудом, у смислу да уверење у обавезност једног понашања проистиче из погрешног уверења да постоји једна норма која у стварности не постоји; или се признаје да *opinio* нема конститутивну вредност, јер уверење у обавезност једног понашања претпоставља да већ постоји важећа правна норма.

Усвојити прво рјешење значи доћи до закључка да се обичајно право ствара заблудом. Усвојити друго рјешење значи одбацити оно што се жели показати, тј. да је *opinio iuris* уопште потребан за претварање обичајне норме у обичајно-правну.

Уверење о обавезности се, изгледа најбоље очитује посматрањем поновљених понашања, јер „очевидно човек сматра добрим оно што се извршава, а такође се нешто што добија снагу закона може установити понављањем спољњег понашања“.³⁷ Ово нас, међутим, с унутрашњег или психолошког елемента враћа на спољашњи, на понашање.

³³ Х. Келзен, Општа теорија права и државе, Београд, 1951, 36.

³⁴ Х. Келзен *op. cit.*, 45.

³⁵ Х. Келзен, *op. cit.* 46.

³⁶ Х. Келзен, *исто*.

³⁷ Т. Аквински, *op. cit.* 78.

3) Покушај да се основ обичајног права нађе у правности односа

Недостаци теорије *opinio iuris* довели су до покушаја да се потражи тзв. објективни елемент. Тако нпр. Ферара, сматра да правност стиче само онај обичај који „пада на један однос који је по својој природи способан да даде једну правну дисциплину”,³⁸ а Франћискели да је правни обичај онај који је „окренут одређеном односу који је карактером интереса у сукобу, односно по својој сопственој природи праван”.³⁹

А. Рос, који је иначе посебно осетљив на аспект понашања, наставши се пред проблемом разликовања између норме обичаја и обичајно-правне норме, даје следећу дефиницију: „Правни обичај јесте једноставно обичај у сфери живота која је (или која постане) предмет правног регулисања”.⁴⁰ За овог аутора „психолошко искуство”, које се назива *opinio necessitatis sive obligationis* не може објаснити разлику између обичаја и правног обичаја пошто се сваки обичај осећа као „везујући”. Правни карактер мора се тражити у објективном критеријуму. У почетку су сви односи живота били подједнако подређени неорганизованој регламентацији путем обичаја, али је „диференцијација правних заповести које се оснивају на примени физичке силе, раздвојила ове односе”.⁴¹ Оне сфере живота у којима је примена силе била непотребна остављене су конвенцијама. У правној сфери живота *opinio necessitatis* везује се са очекивањем „правних санкција уколико се ствар изнесе пред суд”.⁴² Тако нпр. обичај који узима да је плаћање извршено у готовини ако је извршено у року од 30 дана, јесте правни обичај зато што је питање плаћања предмет правног регулисања док је ношење тога на универзитету само обичај јер се „облачење нормално не регулише правом”.⁴³ У једном „зрелом” правном систему, закључује Рос, гдје извршено диференцирање између права и конвенција, нема „нормално било какве сумње који се обичаји сматрају извором права”.⁴⁴

Покушај да се нађе објективни критеријум навео је Н. Бобија да потражи разлику између „обичаја који се тичу односа који нису битни за постојање групе (мода и начини облачења) и обичаја који се тичу структуре, природе и циља групе”.⁴⁵ Прве норме су обичајне, друге обичајно правне. Овом мишљењу се у

³⁸ Ферарине речи наведене према *Enciclopedia del diritto*, IX, 432.

³⁹ Franceschelli, *Consuetudine*, Torino, 1959. Наведено према горе наведеној енциклопедији, стр. 432.

⁴⁰ A. Ross, *op. cit.* 93—94.

⁴¹ A. Ross, *op. cit.* 93.

⁴² A. Ross, *op. cit.* 94.

⁴³ A. Ross, *op. cit.* 94.

⁴⁴ A. Ross, *исто.*

⁴⁵ Norberto Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, Padova, 1942, 77.

италијанској науци приговорило на сувише великој уопштености која може покривати много чега.

Код нас М. Костренчић је термином обичајно право означио оно право које се јављало онамо где су склапани послови, на сајмовима, трговима, итд. и где се о пословима судило⁴⁶. Етнологи⁴⁷ Т. Ђорђевић, Ердељановић и Дробњаковић, вршећи класификацију обичаја, набрајају шта све обухвата правни обичај. Тако, Т. Ђорђевић сматра да се путем правних обичаја одржава нормални ред у друштву и ту посебно убраја: суђење и кажњавање криваца, освету, умиривање свађе и распре, куповину и продају, деобу имања и добити и слично. За Ердељановића су они обичаји и правна правила која народу замењују писане законе и ту спадају они обичаји који регулишу односе у породици (дужности оца и његова права, положај жене и положај деце), обичаји који регулишу питање породичне задруге и инокоштине итд. Дробњаковић у правне обичаје убраја: крвну освету, умир, божји суд, вађење мазије, личбу, каменовање, станак, гледање у мач вуковац, братску односно народну управу, задругу, право сопствености и заклетву. Видимо, дакле, да ови аутори набрајају односе који по њима спадају у право. Међутим, они нису до краја доследни у класификацији па неке обичаје (нпр. Ђорђевић — ратне обичаје, обичаје који регулишу положај и односе у задрузи; Ердељановић — обичаје који се односе на лични и породични живот; Дробњаковић — брак и женидбене обичаје) који су — барем нас правно искуство учи — несумњиво правни, сврставају у друге групе обичаја.⁴⁸

У новије време код нас др Висковић, одређујући појам преднормативног односа, износи да су „правни односи само они друштвени односи који имају ова два обиљежја:

- а) могућност јавне контроле и физичке принудљивости, и
- б) сукоби интереса који угрожавају постојеће повијесне друштвене системе”.⁴⁹

Прво обиљежје каже нам да ли друштвени односи уопште могу бити предмет „правникова искуства и успјешног нормативно-правног уређења”, а друго, да ли ти односи морају то бити.

⁴⁶ М. Костренчић, Обичајно право, Зборник Правног факултета, Загреб 1949, 177.

⁴⁷ Обрађено према: Др П. Влаховић, Обичаји, веровања и празнове рице народа Југославије, БИГЗ, 1972, 7-10.

⁴⁸ Етнограф и стручњак за упоредно право, италијански научник Mazzarella у делу *Gli elementi irridutibili dei sistemi giuridici*, Catania, 1908, сматра следећих десет односа правно релевантних: 1) облици заједништва, 2) брак, 3) сродство, 4) домаћа јурisdикција, 5) својина, 6) облигације, 7) наслеђивање, 8) политичка структура, 9) казне, 10) поступак.

⁴⁹ Др Н. Висковић, Појам права, Прилог интегралној теорији права, Сплит, 1981, 83.

Отуда су „јавно контролабилни и материјално принудљиви односи са сукобима интереса што објективно угрожавају опстанак и функционисање друштвених система садржај правног поретка и уређују се правним нормама”⁵⁰ те друштвени односи који не садрже такве сукобе интереса представљају садржину обичајног поретка.

Обичаји се, као што знамо, стварају у свим сферама живота. Да би једно правило обичаја постало и обичајно-правно правило, можемо се сложити са Бобијом и Висковићем, мора се односити на сферу живота која је битна за опстанак групе. Такви обичаји не односе се на сферу друштвених формалности већ се тичу озбиљних послова заједнице како би се обезбедили задовољавајући услови колективног живота. Постоји велика вероватноћа да ће се такви обичаји штитити типичним санкцијама правног поретка. Отуда термин обичајно право употребљавам за оне обичаје који су се, мада нису формално промулгирани од стране законодавног тела, трансформисали у правила која имају правно-везујућу снагу.

4) Покушај да се основ обичајног права нађе у признању судије

Теорија која је настанак обичајно-правне норме везивала за примену у суду, била је до краја прошлог века, а и данас, посебно код англосаксонских правника, теорија која има висок углед.

Пре примене од стране судије на конкретан случај не постоје обичајно-правне, односно правне норме, већ само норме обичаја. Када судија између многих норми обичаја изабере једну као критеријум по коме ће решити спор, та обичајна норма од тог момента, и само од тог момента, постаје обичајно-правна, односно правна норма. Овакав начин схватања обичајног права припада оним општим теоријама права које, као што рекосмо, уживају посебан углед у свету англосаксонског права. У Европи школа слободног права схватала је право на сличан начин — као скуп норми које примењују судови. Према речима Х. Канторовича, оснивача ове школе, право је „скуп правила о спољњем понашању чија је примена поверена судији”.⁵¹ У једном постхумно објављеном раду исти аутор каже да је право, као обичај, правило о спољњем понашању, али се од обичаја разликује по томе што је »justiciable«, тј. „подобно да буде примењено од судског органа у процедури која је дефинисана”.⁵² Пре-

⁵⁰ Др Н. Висковић, *op. cit.* 96.

⁵¹ Herman Kantorowicz, *Legal Science. The Summary of its Methodology*, in *Columbia Law Rev.* 1928.

⁵² Н. Kantorowicz, *The Definition of Law*, Cambridge, 1958.

ма овој теорији, дакле одлучујући моменат права је његова примена у суду, а судија је она личност која је овлашћена да трансформише обичајну норму у правну. Код Остина⁵³ ћемо наћи јасно формулисану судијску теорију обичајног права. Овај аутор разликује посредне и непосредне начине у стварању права. У посредне начине спада судијско право које трансформише обичајну норму у правну. За њега је обичајно право императивно у правном смислу речи и по свом постанку обичајно се правило спонтано поштује. Међутим, пре него га усвоје судови и „обуку у правну санкцију, оно је само правило позитивног морала,⁵⁴ који се уопште поштује од стране грађана или поданика. Судија, примењујући једну норму у суду, чини то ауторитетом који му је подарила држава, он је само примењивач („министар“) на кога је делегиран „део суверене власти. Читаво судијско право јесте, дакле, биће суверена или државе“⁵⁵. Уколико се схвати као морално правило које постаје позитивно право, онда обичајно право ствара држава; створено од државе непосредно, када су обичаји јавно проглашени у њеним законима; створено посредно од државе када се обичаји примене у њеним судовима“⁵⁶.

Пошто их поданици поштују и пре ове санкције, погрешно се верује да ови обавезују као позитивно право. Заблуда се мора признати и „закључујући по аналогiji морамо узети да је суверен аутор позитивног права“⁵⁷.

Овакво Остиново решење доводи нас у неке тешкоће. Да ли, наиме, обичај може бити основ за одлучивање у случају арбитражног поступка који воде арбитражи који нису везани за државу. Даље, у случају да странке желе само да буду информисане о својим правима и обавезама према обичајном правилу, без спорења, нити један стручњак не може их у доброј мери информисати, осим да им каже како немају, по обичају, никаквих права и обавеза у недостатку судске одлуке. Коначно, кад редовни суд потврди већ постојећи обичај, и осуди, рецимо, неко лице одговорним јер је прекршило обичај, тада суд, по Остиновом мишљењу, ствара правно правило и примењује га ретроактивно на ситуацију која није регулисана правом у време када се догађај десио.

Амерички судија Оливер Вендел Холмс у предавању студентима Правног факултета Бостонског Универзитета, које је 1897. године објављено под насловом „The Path of the Law“⁵⁸,

⁵³ John Austin, Lectures on Jurisprudence, London, 1885, Прештампано у наведеној књизи Ш. Мориса.

⁵⁴ J. Austin, оп. цит. 342.

⁵⁵ J. Austin, исто

⁵⁶ J. Austin, исто

⁵⁷ J. Austin, оп. цит. 353.

⁵⁸ O. W. Holmes, The Path of the law (Прештампано у поменутој књизи Ш. Мориса).

изразио је схватање које је у овом веку имало велики утицај на англосаксонску правну мисао. Овај аутор одмах, на почетку овог рада, објашњавајући студентима зашто изучавају право, даје одговор да „предвиде инциденцу јавне силе кроз инструменталност судова”⁵⁹. За њега право није ништа друго до „предвиђање да ако човек учини или пропусти да учини одређену ствар биће одређен да пати на одређени начин путем пресуде суда”⁶⁰. Холмс не сматра право системом разума или дедукцијом принципа етике и прихваћених аксиома. Право је за њега препуно моралистичке фразеологије, која живи пуком снагом језика. Ако уперимо свој поглед на лошег човека који се налази пред судом, видећемо да он не држи ни „две паре до аксиома и дедукција, већ жели да зна шта ће суд у Масачусетсу и Енглеској у ствари урадити. И ја се слажем са њим. Предвиђање шта ће суд у ствари урадити и ништа претенциозније, јесте оно што ја сматрам правом”⁶¹. Прихватање било каквог другог схватања је погрешно и значило би „стављање кола испред коња”. Број предвиђања може се уопштити и редуцирати на систем који није велик и, не желећи да уплаши студенте, Холмс каже да су предвиђања „ограничен корпус догми” (*a finite body of dogma*) која се могу научити у разумном времену.

Дакле, све што овај аутор тражи „јесте веровање да су судије, макар и у ограниченом смислу у ствари творци права више него примењивачи права”⁶². У једном каснијем раду Холмс⁶³ је устврдио да се техникама економике и статистике може мерити интензитет жеља које се „сударaju” и да се на основу таквог мерења може предвидети судска одлука.

И други писци следили су ову линију. Тако је Џон Чипман Греј⁶⁴ дефинисао право као правила која постављају судови када одлучују о правима и обавезама. Судија Б. Кардозо у једној пресуди изнео је мишљење да се обичајно правило тешко може разликовати од морала све док „имприматур суда не потврди његов правни квалитет”⁶⁵. Ову идеју до њених крајњих логичких закључака развио је Џером Франк,⁶⁶ који каже да за просјечног човјека право не постоји док суд није на основу чињеница изрекао своју одлуку. Пре такве одлуке једино право јесте „мишљење правника” о праву које се односи на то лице и те чињенице, а то у ствари није никакво право већ само прогноза (*a guess*) о томе шта ће суд да уради.

⁵⁹ O. W. Holmes оп. цит.421

⁶⁰ O. W. Holmes, исто

⁶¹ O. W. Holmes, оп. цит. 423.

⁶² O. W. Holmes, *Law in Science and, Science in Law.*

⁶³ G. Edward White, *The American Judicial Tradition. Profiles of leading American Judges*, Oxford University Press, 1978, 155.

⁶⁴ John Chipman Grey, *The Nature and Sources of Law.*

⁶⁵ *New Jersey v. Delaware*, 291 U. S. 361, at 383 (1934).

⁶⁶ Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*, 1930.

И у нашој литератури можемо такође забележити мишљење које настанак обичајног правног правила везује за суд. Тако, нпр. Ч. Марковић, позивајући се на мишљење Крајнца, каже да је обичајно право такво фактичко поступање које постаје „правно правило тек када га суд осветшта својом једнообразном праксом... познаје се по томе што га примењују судови“⁶⁷ По њему обичајно право и постојана судска пракса су једно те исто.

Оно што је заједничко код присталица оваквог схватања јесте да свођење обичајног права на судијско доводи у ствари до нестајања обичајног права.

Теорији о судијском карактеру обичајног права могу се ставити два основна приговора. На првом месту теза о редукцији обичајног права на судијско може се односити на обичаје из домена приватног а не и јавног права и посебно уставног, уколико сматрамо да се ту ради о обичајном праву у најширем смислу речи. Ту се ради о органима који имају *imperium* и њихова пракса не зависи од судијске одлуке. Ако се ограничимо на приватно право, треба се упитати да ли је судија у сваком случају слободан да примени неку обичајну норму, или је у сваком случају обавезан да примени одређену обичајну норму. Ако се прихвати ова друга могућност, признаје се и постојање обичајног права. Другим речима, признаје се постојање једне норме која обавезује и пре него што је судија призна.

Све док се признаје постојање обичајног права, требало би признати да постоје норме које обавезују, не само чланове друштвене заједнице у чијој је средини та норма настала, већ и судију. Зашто, пак, норме одређених обичаја постају обичајно-правне норме ова теорија не даје одговор. Ова теорија,⁶⁸ назовимо је по њеном творцу, остинијанска, обично право не објашњава већ га у ствари елиминише.

II

БОГИШИЋЕВО СХВАТАЊЕ ОБИЧАЈНОГ ПРАВА

У приступу свом делу „Грађа у одговорима из различитих крајева словенског југа“⁶⁹ Богишић је изнео, да употребимо речи М. Веснића, своју „научну исповест“. Између правничке науке и онога што се на њу наслања (писано право и учене студије) с једне стране, и народног живота на словенском југу с друге стране, не „господује баш најбоља хармонија“⁷⁰, и та се два „елемента“ налазе у пуној међусобној опреци.

⁶⁷ Др Ч. Марковић, оп.: цит: 126.

⁶⁸ G. T. Sadler, *The Relation of Custom to law* (London 1919), 85; Thomas E. Holland, *The Elements of Jurisprudence*, 13 th. ed. London, 1924, 58).

⁶⁹ Издао ЈАЗУ, Загреб, 1974.

⁷⁰ В. Богишић, Приступ... , стр. VII.

Ни пример римског права, чији је основ у уверењу римског народа о праву и правди (*tacitus consensus populi*) које се јавља у обичају, (*mores majorum et consuetudo*), као један од главних извора тога права, нити Савињи и Пухта, који су показали колико високо место припада обичају међу другим изворима права у Риму, нису инспирисали учене правнике да превазиђу ограничене појмове средњовековних глосатора, који обичају нису придавали већу вредност. Ово је утолико чудније, пише Богишић, што се римско право сада у нас изучава и у оним „покрајинама гдје прије о њему ни збора не бијаше”⁷² и што су и оне наше земље које су ближе истоку под утицајем европске науке више него што је то био случај раније.

Писани закони, по општем мишљењу, представљају до извесног степена „елеменат једначења”, а правни обичаји као израз „провинцијализма”, најчешће се разликују како по територији, тако и с обзиром на „племе или народ”. На словенском југу, међутим, ситуација је обрнута, тако да неписано право, барем у својим „начелним цртама, представља неку једноличност”, а писани закони појединих земаља — највеће разлике. Поред тога, у земљама словенског југа „по току и свези историчких догађаја” нису се до тада јавили учени правници који би правни живот потчинили свом утицају, па се правни живот у тим земљама развијао правилније него ли у оним земљама где постоји „господство” учених правника.

Главна погрешка и недостатак правне науке на западу (глосатора који својим глосама „изнаказише римско право и натуралиста који својим апстрактним правилима желе да подвргну народе различне по историји по ћуди по другим елементима развитака”⁷³) јесте у томе што се ни она ни законодавац и судија не базирају на потребе народног живота. Наука на западу, а и иначе, није се базирала на живот, обичаје и уверења „простог сељака”, па се не треба чудити што учени судија „у наивној надутости ради свог књижног знања”⁷⁴ не признаје вриједност душевних производа „неуког сељака”. „Практични” правници не баве се обичајним правом из још два разлога: зато што не желе да се баве предметом од кога нема никакве практичне вредности и зато што је „готову науку” лакше сазнати из књига неголи из живота.

Римљани су, истиче поново Богишић, обичај схватили као „извор унутарњих потреба живота народа”. Глосатори, међутим, нису разумели обичаје, посматрали су их само са спољашње стране, и њихово становиште пресудно је утицало на правнике који су их следили. Обичај је гурнут у страну. До појаве историјске школе владајуће је мишљење било да обичајно право

⁷² В. Богишић, Приступ, стр VIII

⁷³ В. Богишић, Приступ: :: стр: XI—XII

⁷⁴ В. Богишић, Приступ... стр. XII

извире из саме навике, као из прости чињенице, тј. „да се неко правило случајно испуњава беспрестано, једнаким начином неко подуже вријеме, те услјед самога тога вршења то правило постаје обавезним, то јест постаје обичајним правом”.⁷⁵

Ово мишљење одбацио је Пухта сматрајући да просто вршење неког правила није извор или разлог те појаве, него је вршење израз унутрашње потребе и уверења народа, а обичај је само форма, односно начин на који се то уверење манифестује. Понављање понашања, у томе се слажу Савињи и Пухта, помаже утврђивању правила која обичај садржи.

У природи је сваког организма, истиче даље Богишић уколико му се спречава развјат у једном правцу, да се развија у другом. Слично је и са правом, па ако оно бива „пријечено и сакашено у једном органу свога појављања, рецимо у законима, тим ће се снажније и бујније да се развија и да живи у другом органу, у нашем случају у обичају”.⁷⁶ У западној Европи, посебно у грађанском праву, бујало је законодавство и учено правништво, што обичајном праву не остави места за развјат. На словенском југу ситуација је управо обрнута и обичајно право има широко поље дејства.

Богишић затим прелази на разматрање питања: што се дешава кад законодавац при састављању закона не пази на обичаје? Одговор није тежак.

Народ неповјерљив према сваком „новотарењу” које се не слаже са његовим схватањем права и природе, опире се таквим законима и такви закони уместо да уведу ред, стварају хаос од кога нико нема користи. Оваквим стањем ствара се дилема: Или ће судије, да би изгладиле сукоб закона и обичаја, занемарити закон, или ће народ са своје стране пронаћи средства да избегне закон и дејства закона која се противе његовом схватању права и правде. Такво стање је лако замислити: „несности положај судаца, штету људи који се суде, деморализација народа, и неповерење према влади или другој власти која издаје неки закон”.⁷⁷ У таквој ситуацији, и када власт нареди нешто корисно, то се неће поштовати без насиља. После извесног времена, пошто се закон примењује уз повећану меру насиља које више раздражује него ли убеђује, биће потребно променити или укинути непопуларни закон. Честа промена закона, међутим, не доприноси стварању и учвршћивању ауторитета и достојанства власти. Дакле, уместо да закон брани од насиља, он сам се појављује као највећи „вексатор и мучитељ” народа.

Како, дакле, решити сукоб обичаја и закона? Прво што треба учинити, одговара Богишић, јесте приступити тумачењу,

⁷⁵ В. Богишић, Приступ... стр. XVIII

⁷⁶ В. Богишић, Приступ... стр. XIX

⁷⁷ В. Богишић, Приступ... стр. XXI

ако наравно, за „дотични случај нема тако званог законитог тумачења (*interpretatio legalis*)”⁷⁸ Правнику ће за решење проблема сукоба тумачењем помоћи сва средства тумачења, а посебно научно тумачење (*interpretatio doctrinalis*).

Ако се тумачењем не може отклонити несагласност обичаја и закона, Богишић, насупрот Пухти, који сматра да се сукоб догодио међу институтима истог извора, предлаже да се сукоб реши тако да ће се закони поделити на две категорије:

1. Законодавац је, доносећи закон, знао за правни обичај и све односе овога са законским институтом;

2. Законодавац, доносећи закон, није знао за обичај.

У првом случају, закон ставља обичај ван снаге и обичај није равноправан са законом, осим што може послужити да допуни закон. У другом случају треба прибећи интерпретацији.

На могуће примедбе да се у овом другом случају у ствари доказује незнање законодавца, што му може окрњити достојанство, Богишић одговара да то не стоји, из следећих разлога: саме промене допуне и укидања закона значе до извесног степена „нијекање свезнања законодавчева”⁷⁹; тумачење које законодавац дозвољава, а посебно логичко, омогућава тумачу да може показати „небројене случајеве” о којима законодавац није знао; наука тврди да је свезнање немогуће.

Што се тиче сукоба закона и обичаја, када је обичај познат законодавцу, објашњење зашто закон надвладава обичај је следеће: законодавац, то је ван сумње, новим законом може укинути пређашњи, па се „ни о томе сумњати не може, да он законом може укинути и обичај”⁸⁰ као што се закон може показати штетним, такав може бити и обичај, па нема никаквог оправдања чекати да он „сам собом” издаје из употребе (*desuetudine vel consuetudine contraria*); закон штити неки државни интерес а обичај је само локалан, тада закон укида обичај.

За други случај, када законодавац, доносећи закон, није знао за обичај, објашњење зашто не треба „подлећи” таквом закону је следеће: судија који жели да донесе праведну пресуду мора да познаје све околности случаја, а познавање свих околности утолико је потребније законодавцу, јер он не решава један случај, већ унапред „хиљаде и хиљаде случајева”; ако законодавац није познавао обичај, он, дакле, није познавао ни „дотични народни одношај”, па се поштовање његове норме „граничи са бесмислом”; с обзиром на правило *iura novit curia*, неопходно је да законодавац познаје право у ма ком се облику оно јавља, а посебно у оним случајевима када се жели неко право укинути; с обзиром да се право заснива на вољи законодав

⁷⁸ В. Богишић, Приступ... стр. XXI

⁷⁹ В. Богишић, Приступ... стр. XXXII

⁸⁰ В. Богишић, Приступ... стр. XXXIII

чевој, поставља се питање каква је то воља која се оснива на незнању; отуда судији који своју одлуку заснива на правилу обичајног права, а не на таквом закону, не може се пребацити да не врши вољу законодавца, јер те воље у том случају нема. Уколико се, пак, не жели извући овако строга последица, можемо се упитати и зашто се дозвољава обичај у суду када закон не постоји? Логичан одговор је да се обичај дозвољава зато што се сматра да би законодавац донио исто правило које садржи обичај, да је знао за однос када је доносио закон. Ако је овај закључак тачан, то из њега следи, за случај сукоба обичаја са законом, и даљи закључак: „Кад би законодавац знао за природу института, посла или случаја, он не би био тако установио као што је у закону, него овако како је у обичају”.⁸¹ Јер, обичај највјерније изражава природу таквих института, послова и случајева. Које последице изазива занемаривање обичајног права најбоље се види на примјеру Далмације, гдје се од 1816. године почео примењивати Општи аустријски грађански законик. С обзиром да у Далмацији у то доба људи живе у „фамилији особите врсте... под именом задруге”,⁸² оне норме поменутог законика, које се односе на породично и наследно право, нијесу никада примијењене, нити су могле бити примијењене.

У једном другом раду⁸³ Богишић објашњава разлоге који су га навели да се бави изучавањем обичајног права. Знање обичајног права, истиче Богишић, потребно је због тога да би се објаснило оно што је ушло у писане законе, и ако би се у научном раду служили искључиво овим другим, било би немогућно створити одређени појам неке правне установе „у њеном историјском развићу”.⁸⁴ Пошто се, по свом признању, бавио искључиво „историјском судбином права” код Јужних Словена, код којих је обичајно право главни, а негдје и искључиви регулатор друштвених односа, то је он правац свог научног интересовања усмерио на сакупљање и обраду обичаја. С вером да се у јужнословенским земљама налази огроман материјал („Из тога простог узрока, што је писаних закона... било на словенскоме југу мало; напослетку се показало, да се ја нијесам преварио”)⁸⁵, с чврстим увјерењем у „дејствитељну” важност обичајног права, и због тога што је радећи у једној од најбогатијих библиотека у Европи, у Бечу, о обичајном праву Јужних Словена сазнао веома мало, као и због општег одобравања и „наклоности” на које су наишли његови радови, Богишић је одлучио да изучава обичајно право.

Одбацујући примједбе проф. Леонтовича, који му је замарао на схватању о односу обичајног и законског права и на ме-

⁸¹ В. Богишић, Приступ... стр. XXXV

⁸² В. Богишић, О обради обичајног права, Правни чланци и расправе.

⁸³ В. Богишић, О обради... стр. 52

⁸⁴ Исто

⁸⁵ Исто

тоту прикупљања грађе, Богишић поново истиче своје схватање односа обичаја и закона следећим речима: „Леонтович даје таку важност формалном признању обичајног права од стране законодавне власти, да би се могло мислити да без тога формалног признања правни обичаји не могу ни постојати. Према таквом погледу на ствар Леонтович не би нас ни мало зачудио тврђењем да законодавна власт не би признавала функције органа за варење својих поданика, то тим самим од дана обнародовања таквога закона те функције престале би радити”.⁸⁶ Такво мишљење о свемоћности законодавца у Богишићево вријеме напустили су „сви иоле образовани правници”. Чак је и Порталис, један од редактора Наполеоновог кодекса, иако је веровао у снагу законодавне власти, морао да изјави: „*Les lois ne sont pas des actes de puissance, ce sont des actes de sagesse, de justice, de raison*”.⁸⁷

Богишић даље замера Леонтовичу да је остао на гледишту средњовековних глосатора који су веровали да старозаветни Исус Навин може зауставити Сунце, али им се, за разлику од Леонтовича, може опростити зато што се у њихово време још није био јавио Коперник са својим астрономским системом.

В. Богишић не прихвата ни Леонтовичево мишљење да први закони имају увек карактер кодификованог обичајног права. Такво једно мишљење је само фраза и „савршена научна лаж”, а то из разлога што наука о настанку првих закона не зна ништа. Тако, према Леонтовичевом мишљењу, не знамо да ли би за „прву епоху” у „старинској Србији” узели време доношења Душановог законика, или том првом епохом сматрали време краља Милутина, или Стевана Првовенчаног или великог жупана Немање”, од који(х) су такође дошли до нас неки закони”.⁸⁸

Нови закони, наставља Богишић, увек мењају постојеће обичаје, па чак и они закони који кажу да садрже само „старинске обичаје”. Тако нпр. ако се критички размотри Зборник закона Угарске, који носи званични назив „*Consuetudines Regni Hungariae*”, анализом његовог садржаја видеће се да он не представља мађарско обичајно право. Овакви називи који не одговарају садржини дају се зато да се подигне ауторитет закона. Тако понегде „читаве књиге закона, као на пример Коран, силазе са неба и падају у крило каквом пророку... тако исто може бити и са састављачима који, ради такве цели изјављују да се њихови закони оснивају само на старинским обичајима”.⁸⁹

⁸⁶ В. Богишић, О Обради... стр. 68.

⁸⁷ В. Богишић, О Обради... стр. 70.

⁸⁸ В. Богишић, О Обради... стр. 72.

⁸⁹ В. Богишић, О Обради... стр. 73.

Milorad Ivović

NOTION DE DROIT COUTUMIER ET LA CONCEPTION
DE V. BOGIŠIĆ

R é s u m é

En partant du problème de distinction entre le coutume et le *coutume de droit*, ce travail essaye de répondre à la question quels sont des critères décisifs pour cette distinction. De diverses conceptions de cette distinction sont exposées et l'attitude envers elles est critique.

Dans le travail est soutenue l'opinion que la règle de droit coutumier se réfère à la sphère de vie essentielle pour la subsistance du groupe qui l'a instituée et l'on tire la conclusion que de telles coutumes sont protégées par des sanctions typiques d'ordre juridique.

On a donné aussi un abrégé particulier des conceptions théoriques de Valtazar Bogišić et de ses compréhensions de la notion et de l'intérêt du droit coutumier.

On a présenté par une analyse détaillée les attitudes de Bogišić concernant la valeur «des produits d'esprit du paysan ignorant» dont les juristes pratiques ne se sont pas occupés et la science ne s'en occupe que depuis Savinji et Puhta dont Bogišić est successeur.

Bogišić oriente ses intérêts scientifiques, comme il le dit, lui-même, vers la collection et l'élaboration des coutumes en croyant que les pays des Slaves du Sud abritent un énorme matériel ainsi qu'en raison de l'importance «agissante» du droit coutumier.

