

РАДОМИР Д. ЛУКИЋ, БЕОГРАД

## ИМОВИНСКИ ЗАКОНИК И ОБИЧАЈНО ПРАВО

Познато је колико је Богишић био заокупљен обичајним правом и питањем положаја обичаја према закону. Он је обичајном праву посветио велики и савестан рад, како теоријски тако и практично-скупљачки, емпиријски, где изузетно место и у свету, а не само у нас, има његова велика анкета о обичајном праву не само Црне Горе него и суседних области. Она је врло значајан извор података не само о обичајном праву и другим обичајима него и о многим значајним областима народног живота и менталитета.

Радећи на Имовинском законнику, Богишић је продубљивао своја већ одраније значајна проучавања обичајног права, те је дошло до више-мање коначних како теоријских ставова тако и кодификационих начела у вези с тим. Имовински законик је јасан израз и доказ и једног и другог.

Поводом стогодишњице Законика добро би било да се систематски истражи како Богишићев теоријски став према обичајном праву и његовом значају за кодификацију тако и његова примена тог става у овом Законнику. У ту сврху би требало подробно утврдити колико је унео обичаја у Законик. Какво им је место дао и који значај они имају за општи лик Законика. Треба ло би такође упоредити решења узета из обичајног права са одговарајућим решењима значајних законика која не потичу из обичајног права како би се и тим путем дошло до утврђивања значаја обичајног права као извора за правно уређење одговарајућих правних питања и односа.

Овај кратак реферат, разуме се, нема за сврху да ма и приближно испуни поменути задатак. Назначиће се само општи како теоријски тако и практично-кодификаторски Богишићев став у овим питањима и покушати да се утврди општи однос обичајног права према законском праву.

## I

Богишић је већ својим проучавањима обичајног права пре почетка рада на Законнику и својим научним ставом према обичајном праву био „позван” да ради Законик, који је требало да буде основ правног поретка у једној земљи која је дотле једва познавала законодавство и у којој је скоро без изузетка владало обичајно право. Разумљиво је да је Богишић у припреми за рад на Законнику морао да још подробније упозна обичајно право те земље и да изоштри своје теоријске ставове о уношењу овог права у Законик. Он је то и учинио.

Међутим, ако се погледа резултат тог рада, мора се одустати од популарног схватања о Законнику као кодификацији обичајног права скоро у потпуности. Законик је далеко самосталнији у односу на обичајно право него што се обично мисли. Теоријски став Богишићев је у том погледу у основи јасан, иако није увек на исти начин изражаван.

С једне стране, Богишић сматра да законодавац може да законом укида обичаје, идући за својим схватањем њихове корисности. Али, с друге стране, он снажно подвлачи да право треба да буде укорењено у народу, да истиче из основних својстава његовог стварног живота, да одговара његовим погледима. Као социолог Богишић јасно види да се бројни закони који не испуњавају поменуте услове народног права — у пракси изобичавају, да их обичај укида и на тај начин се показује јачим од закона. Према томе, може се рећи да је његов основни став да су обичај и закон равноправни, исте правне снаге, да један други могу да укидају.

И Богишић то чврсто показује на делу. Он изричито каже да је одлучио да у Законик унесе одредбе које су противне неким обичајима, као и да унесе установе које у обичајима уопште не постоје. Његов је циљ не само да копира постојеће обичајно право него и да га допуни, па и замени потпуно самосталним законским прописима где то сматра за сходно. Богишић није, дакле, слепи поклоник обичајног права него разуман законодавац, који се труди да сагледа и промене у народу и потребне новине у праву сходно тим потребама.

Зашто је то, конкретно, Богишић чинио? Из простог разлога, што је јасно уочио да се Црна Гора мења, да није више онако идилична земља обичајног права каква је била до времена кад је он почео да ради на Законнику. Он не само да примећује промене у животу старе Црне Горе него још више истиче да се она, стекавши независност, знатно проширила и да је тим проширењем добила и градове и развијеније друштво, с израженим друштвеним разликама и много разноврснијим друштвеним односима и јачим правним прометом, као што је добила и доста становника који нису хришћани и имају различите правне обичаје од оних

који су постојали у старој Црној Гори. За тако измењено друштво, Богишић је морао да тражи друге изворе права поред обичаја.

С друге стране, веома је важна чињеница да се он одлучио за нову врсту законика, за *имовински* законик, а не за традиционални грађански законик. Он није у Законик унео породично и наследно право. А управо у тим гранама права обичаји имају своје царство, тамо се највише јављају особености обичајног права. У имовинскоправним односима, разуме се, удео има и обичајно право, али много мањи.

Ако се погледа удео обичајног права у Имовинском законнику, мора се утврдити да он није толико значајан како се уобичајено мисли. Бар се нама тако чини, иако сматрамо да то питање треба подробније проучити. Богишић и одустаје од неких обичајноправних правила и уводи нове установе где таквих правила и није могло бити, бар не у старој Црној Гори, као што и не покушава да уводи познате правне установе развијеног друштва за које још нису сазрели услови у црногорском друштву.

Није потребно наводити исцрпно све ове случајеве, јер то и није задатак овог рада — речено је да то треба учинити у потпуности неким другим радом. Само ћемо, примера ради, навести да, рецимо, Богишић сматра да „уговор о књижевном накладништву” не треба уносити у Законик, али да неки „земљедјелски уговори, који се не налазе у другим законцима”, треба да уђу у Законик, као што треба да уђе у њ и »*ius protimyscum*« племеника и помеђаша”, иако тога нема у другим законцима. И заиста је односна правила Богишић врло обилато унео.

Хотећи да уреди пренос својине на непокретностима, он сматра да треба одустати од постојећег обичајног права због измењених друштвених прилика, тј. због чешћег преноса својине на непокретностима но што је било раније, у патријархално-колективном друштву црногорском. У том друштву како каже „ријеткост таквих пријелаза (својине) чинила је да је сваком такм посао познат био, те је ноторност чинила излишним сваки акт свечаности или доказа о томе”. У измењеним приликама, он мисли да треба дати чвршћу форму том преносу својине, па у законик уноси судску потврду његову, тим пре што „у предјелима који прије под Турском бијаху привикнуше од давних времена ка системи тапија”. Али и употребу ове потврде он ограничава само на случајеве преноса где не постоје други начини ноторности, као наследство, деоба, наредба власти. С друге стране, Богишић избегава да се послужи сувише сложеним начинима решења овог питања какви су у другим законцима.

Он такође уноси у Законик, и то подробно, обичајно правна права о навођењу (натапању), због њиховог значаја за Црну Гору оскудну у води.

Богишић подробно објашњава и зашто је унео у Законик ове врсте залога, и ону при којој се повериоцу некретнина предаје у руке и ону кад се не предаје (застава, хипотека), иако је ова друга била ретка у старом друштву, неразвијеном. Али ако и уводи хипотеку, он не уводи и *земљишнице*, књиге у којима би се она и уписивала, јер сматра да је то за дати ступањ развоја још непотребно. Из разлога неразвијености друштва, изоставља из Законика емфитевзу и суперфицијес. Богишић исто тако објашњава зашто је увео застарелост насупрот обичају, као и зашто није унео уговоре, иначе бројне у развијеним земљама, који су потребни за развијено друштво и зашто је, обрнуто, унео неке „чисто тежачке“ (као *наполицу*, *кешим*, *спрегу*, *супон*), јер одговарају потребама неразвијеног друштва.

Треба истаћи такође да је Богишић сматрао да, с обзиром на измењене прилике и нарочито на будући развој, мора унети и прилично бројна правила међународног приватног права.

И ови су примери довољни да покажу колико је Богишић био брижљив према обичајном праву, макар му ово можда и лежало на срцу. Може се рећи да његов законик није идеолошки него пре свега социолошки. Он није пошао ни од какве унапред утврђене замисли какав треба да буде законик, те је, као прави научник и разуман човек, пошао од начела да право треба да одговара потребама друштва онаквог какво је, на каквом је ступњу развоја. Није био сентименталан према обичајном праву него је пре свега гледао на друштвену стварност и трудио се да пронађе она правна решења која ће задовољити друштвене потребе које та стварност одређује. Никаквих предубеђења није било — једино изузетна научничка савесност, изванредна разумност умног човека, свест да се закони не пишу напамет и простим извођењем из једног или неколико унапред усвојених начела, да треба да буду тако писани да их људи разумеју и прихвате као своје сопствене. Ма колико унео себе у свој Законик, Богишић је очигледно више ценио да овај изгледа као да га није створио његов учени писац него као да је изникао из народних потреба и свести, као да је анонимно друштвено дело. У томе је и његова непролазна величина и особен ауторски печат, што ће учинити да као стваралачко дело живи и кад га друштвени развој буде превазишао, као што је то у знатној мери и учинио.

## II

Можда би се из разматрања односа између обичајног и законског права и одговарајућих кодификација, па и ове Богишићеве, могли извући и неки теоријски закључци о природи самог права, па нек буде допуштено да се и о томе каже неколико речи.

Изгледа да се може рећи да садржина одређеног права, тј. правила која оно прописује, зависи од два главна чиниоца. Једно

је дато стварно стање друштва, стварни друштвени односи одн. ступањ друштвеног развоја, а друго су циљеви који се желе постићи правом, вредности које се њиме желе остварити. Једно исто друштвено стање не одређује унапред и потпуно исте вредности, мада у већини случајева одређује бар основну суштину њихову. Кад су пак вредности једном одређене, онда друштвено стање одређује више-мање потпуно средства, тј. правна правила, која право треба да пропише како би се дате вредности оствариле. И ту нема велике разлике између народа и његовог обичајног права и учених правника кодификатора. Чак се може рећи да ће народ својим обичајем, који се гради дуго, пипајући, искушавајући разна рјешења, пре него стручњак-правник, који обично ради далеко брже, погодити права решења, макар да и једна и друга решења морају, више-мање, суштински бити иста. Ту израда права донекле личи на решавање математичких задатака — тешко је ту бити особито оригиналан. Заиста, ако се узме обичајно право и упореди са законским правом, види се да решења морају бити суштински иста, макар се и разликовала у неким подробностима. Било би занимљиво и корисно да се у том правцу више истражује и провери колико је ово тачно.

Везујући ово за Богишићев Имовински законик, можда се то може познати на примеру уређења натапања (наводњавања), где он преузима у свој законик обичајно право. Ово утолико пре што је један други одличан зналац нашег обичајног права и уопште сељачког друштва, Сретен Вукосављевић, у свом драгоценом, иако невеликом делу, „Сеоске уредбе о водама”, опширније изложио једно од ремек-дела народног сељачког права — права употребе често драгоцене воде, посебно при наводњавању. Упореди ли се решења из Имовинског законика, тј. народни обичаји у њега унети, и они из Сретеновог дела, видеће се да међу њима постоји суштинска истоветност. И заиста, како је друкчије могуће прописати правила него онако како је то и учињено кад се зна да је у питању по правилу оскудна вода с једне и основна сврха правила — да се праведно вода подели свима заинтересованим. Ту може бити разлике у појединостима, зависно од разлика у природи земљишта и воде, али не може бити суштинске разлике. У питању су објективне чињенице и очигледне истоветне сврхе и правила се изводе тако рећи математичком тачношћу и строгошћу које просто задивљују. Показује се и овде да су памет и дар равномерно распоређени међу људима без обзира на њихов друштвени положај или образованост. Врло јасно се показује и да право, истинско право, народно право, које заиста треба да служи народу, а не појединцу, да то право није никаква произвољна творевина него заиста објективно одређено, скоро нека врста математике. Чак и кад не би било обичаја, не види се како би законодавац могао прописати нека другачија правила.

То, наравно, не искључује супротно поступање, па и супротно овоме створено право. Нема ипак заштите од људске произвољности, неоправданих прохтева, злоупотребе ума, силовања стварности, од рђавих, још горе — од произвољних и самовољних закона, али је судбина таквог произвољног, силом наметнутог права неумољиво одређена. Оно ће кратко трајати, а и за време кратког трајања ће се врло мало или нимало примењивати. Једини његов плод — поред нанетог зла — остаје поука како (не) треба чинити.

Једна од заслуга Божишићевог Имовинског законика несумњиво је и да нас подсети на ове велике истине, које, на жалост, моћни силници често заборављају. И не само на народну него и на своју сопствену штету.

*Radomir Lukić*

#### LE CODE CIVIL ET LE DROIT COUTUMIER

##### Résumé

L'objet du travail est l'observation de «l'attitude théorique de Bogišić envers le droit coutumier et son importance pour la codification du droit» l'application de «cette attitude dans le Code civil» et «la part du droit coutumier dans le Code civil». Les trois points de vue-clé sont dans le travail: Bogišić n'est pas un disciple aveugle du droit coutumier mais législateur attentif et raisonnable qui s'efforce d'envisager les changements dans le peuple ainsi que les nouveautés nécessaires dans le droit selon ces exigences «La part du droit coutumier dans le code civil» n'est pas si importante comme l'on pense d'habitude. . . «. »Le Code est d'autant plus indépendant par rapport au droit coutumier que l'on en pense d'habitude. Dans la partie finale on déduit, partant de l'observation du rapport entre le droit coutumier et le droit législatif, «certaines conclusions théoriques sur la nature du droit même».