

Проф. др Новица ВОЈИНОВИЋ

О НЕКИМ ПРОБЛЕМИМА ИЗУЧАВАЊА ЗАКОНОДАВСТВА СТАРЕ ЦРНЕ ГОРЕ¹

Историја старе црногорске државе још није довољно изучена, још многа њена па и битна питања нијесу ни приближно обрађена до мјере колико је то потребно. Посебно је недовољно обрађена правна, односно државноправна историја Црне Горе у доба њене самосталности. Стога је разумљиво што ни њена законодавна дјелатност није довољно изучена нити је у довољној мјери позната научној и широкој јавности. Осим овога, и за још многа питања из ове области потребно је извршити многа истраживања и од стране појединих научних радника и читавих научних тимова, како би се могла сачинити једна комплетна студија или више њих у разним областима развоја и живота црногорске државе и права.

Овај рад представља покушај да се у том смислу употпуни ово подручје научног истраживања, задржавајући се за сада само на неким методолошко-теоријским питањима развоја законодавства старе црногорске државе додирујући, наравно, уз то и нека друга питања и проблеме који су гранични са овом облашћу.

У изучавању наведене тематике поставља се низ значајних проблема од методолошко-теоријских до оних најконкретнијих питања, као што су питања о припремама, садржини, важењу и примјени у пракси писаног права у црногорском друштву тога времена. Ту је и питање односа закона и обичаја у политичко-правном систему Црне Горе, затим проблема замјене правних обичаја писаним правом, и др. С тим у вези је и питање страног утицаја на црногорско законодавство у цјелини, као и начина на који је тај утицај продирао у релативно дуго времена затворено црногорско друштво, које је било стално ангажовано у отпору против туђина и његовог насртаја на слободу црногорског народа.

Ово су само нека од питања која морамо поменути када се ради о проблематици коју смо овдје насловили. Ово треба да буде напор више да се у ову материју уђе што озбиљније и са што више елемената. Чак и одређена систематика ових питања и изношење само неких елемената методолошко-теоријског карактера представљало би значајан корак напријед у постизању одређеног циља. Стога ћемо се и задржати овдје само на таквом излагању, тј. настојаћемо да по одређеном систему само укажемо на нека од најважнијих питања из ове области.

I

1. — Свако друштво па и црногорско у своме државноправном формирању и развоју имало је одређене фазе развитка у којима су неписана правила понашања, правни обичаји, представљали основни регулатив друштвеног понашања и друштвено-економских односа уопште. Значи, одређене навике, понашања, која су се својим дугим понављањем и употребом претвориле у обичај, биле су прве норме којима су се служиле поједине друштвене заједнице у свом државноправном конституисању. Другим ријечима, поједини народи, прије него што су успјели да напишу норме по којима ће се понашати, дуго су времена своје односе регулисали путем неписаног права, тј. путем правних обичаја.

2. — Обичаји ни једнога народа као ни било чија култура, односно културна тековина, нијесу сасвим оригинални, аутохтони, него су мање или више резултат мијешања са страним културним тековинама, последица њиховог укрштања, модификовања, и све оне у крајњој линији саставни су дио општељудског друштвено-економског и културног развоја човјечанства.

Опште је познато да су обичаји преузимани кроз вјекове од једнога народа до другог и да многи од њих вуку коријен из далеке прошлости од различитих народа и из разних извора. Другим ријечима, велики дио обичаја домаћих и оних који су преузети од других народа, мање-више је прилагођаван код сваког народа сопственој средини, сопственим условима и сопственој друштвено-економској основи. Тако обичаји било кога народа нијесу без дотицаја и везе са културом и обичајима осталих народа. Погрешна су схватања о чистим културама, о потпуно самосталним чистим народним обичајима, који ни са једном другом културом било кога народа немају никакве додирне елементе. Исто тако је погрешна теорија о чистим нацијама, расама и народима, и не би могла да се сврста у ред марксистичких схватања историје и њеног развитка, нити би била у складу са одавном доказаном научном теоријом о сталном, вјековном мијешању разних народа, раса, нација, о њиховом међусобном утицају, прожимању и народа и њихових култура у току дуге и сложене историје њиховог развоја. Нема, дакле, народа који није нешто примио од других,

нити је настала иједна култура која није узела нешто од културе других, нарочито од сусједних, народа.

Обичаји као саставни дио културе сваког народа такође су мање или више подложни страном утицају, наравно — у складу и по мјери са развитком датог друштва и зависно од услова који такве утицаје у датом друштву омогућују. У сваком случају међу-утицаји и у овој области су историјски доказани.

Стога се може закључити да се развој културе било кога народа па и обичаја не зауставља на његовим етничким, а још мање на његовим државним границама. То уопште није могуће чак и када се поједине земље, народи и државе, саме намјерно затварају, или када им је сурова историја додијелила такву судбину да су вјековима окружени недобронамјерним сусједима, који угрожавају њихову слободу, који их затварају, блокирају, па чак и нападају. То не могу ни оне државе које због своје неразвијености и других сличних узрока нијесу у могућности да одржавају потребне контакте са сусједима или шире, са народима и земљама неког одређеног региона, земље или континента.

3. — Прелаз од обичаја ка писаном праву код појединих народа био је веома различит, одвијао се у различито вријеме и ишао различитим интензитетом, што је зависило углавном од низа фактора, међу којима је у првом реду степен развитка тога друштва и његова друштвено-економска, културна и друга способност да прими и у одређеној мјери усвоји писану норму, да њом замијени своју вјековну навику — обичај, да као главни регулатив друштвених односа прихвати писано право, поготову ако је то право ново, или пак, што је још теже, ако оно руши, забрањује или пак на било који начин докида дотадашњи начин понашања, навике и обичаје појединаца и читавих друштвених група. Другим ријечима, потискивање обичаја у једној друштвеној заједници, њихово претварање у закон, у правну норму, иза које више не стоји традиционална морална санкција него државна принуда и гаранција политичке власти за њено поштовање, трајала је веома дуго и имала различити темпо развоја, одвијао се углавном у складу са укупним друштвено-економским условима датог друштва. Пошто се потискивање обичајних норми из живота појединих друштвених средина одвијало у различитим условима, из тога би произлазио закључак да свако вјештачко убрзање овога процеса, независно од друштвено-економских услова, који обичаје омогућују и задржавају у употреби, мора прије или касније доживјети неуспјех, јер без елиминисања тих услова њиховог постојања не могу ни обичаји сами бити елиминисани. Као што ни свака друга друштвена појава не може настати и опстати ако нема друштвено-економских услова за то, тако ни обичај не може постојати ако таквих услова нема.

4. — Ако се правни обичаји у једној земљи, односно у пракси одређеног друштва дуго и упорно задржавају, ако се „жилаво“ бране и остају на снази као регулатив датих друштвено-економских

односа, онда управо та чињеница најсигурније показује да они имају добру подлогу у датом друштву, и да ће се према томе увођење писаних правила, поготово ако она битно одударују од тих обичаја, тешко удомаћити и тешко спроводити у пракси друштва. Управо таква ситуација треба да буде знак за законописце и законодавце, као и за оне који су дужни да се старају о примјени закона у пракси, да примјену тих и таквих закона треба вршити са великом опрезношћу, водећи строго рачуна о условима и разлозима за такав поступак, избјегавајући колизију нових писаних правила и старог, уходаног и дуго примјењиваног неписаног права, тј. правних обичаја.

5. — С тим у вези је и питање управо поменуте колизије старих обичајних правила као регулатива друштвених понашања и нових законских прописа, који се доносе и усвајају. Овдје треба нагласити да су многа законодавства, посебно грађански кодекси европских држава XIX вијека, тај проблем колизије рјешавале на тај начин што су углавном давале предност закону над обичајем, и овуда гдје постоји законски пропис упоредо са обичајем овај посљедњи избацивали из употребе, а целокупну друштвену регулативу вршили углавном само путем закона.

Међутим, није био риједак случај да су управо због игноранског односа тих законика према обичајима многа законодавства патила од непримјене; она су често или у пракси увелико заобилажена или хитно модификована, а понегдје и директно изигравана и претварана у празну беживотну формулацију која никога ни на шта не обавезује. Такву судбину су имали и неки закони код наших народа под туђинском влашћу, јер су туђински закони, не само због чињенице да су то били закони окупатора него и због тога што су они писани за сасвим другу државу и друштвену структуру и средину, за друге народе и друге, веома различите услове, битно другачије од наших друштвено-економских услова, који најчешће немају много везе са нашим народима, са њиховим степеном развитка, са њиховим навикама, менталитетом, обичајима итд. Богишић је за овакве случајеве и појаве наводио као типичан примјер увођење аустријског Општег земаљског законика (донесен 1811) у Хрватску и Далмацију, гдје је масовно изиграван чак и од органа који су били дужни да га примјењују, а од нашег народа посебно, који га у ствари никад није ни прихватио као свој, него је умјесто тога регулисао своје односе и живи по својим старим навикама и обичајима.

Према томе, ако дође до сукоба између закона који се уводе и обичаја који су још у примјени, сигурно је да ће доћи до мање-више отежане примјене нових писаних норми, а понекад, како смо већ истакли, и до обрнутог процеса, тј. до значајног потписивања закона постојећим обичајима. Пишући и о тој појави, Богишић каже да је обичан народ углавном „против новотарија“ у законодавству, те да се радије понаша по својим уходаним, познатим правилима — по обичајима, него што лако усваја нове

законске норме, па макар оне биле и напредније и повољније за народ од обичаја.

6. — То значи да је проблем односа обичаја и закона у пракси регулисања друштвених односа једног друштва веома сложен и вишеструк, вишедимензионалан. Ово утолико прије што се ту не јавља проблем истога карактера: ту, дакле, није само проблем да се прије времена, прије за то створених услова обичај замијени законом. Том приликом се дешава и друга врста опасности, тј. да се приликом састављања и увођења у живот неког законског текста учини и обрнут потез, тј. да се учине велики уступци од стране закона управо тим обичајима народа дате земље. У том случају може да настане опасност, објективно, мимо воље законодавца, да се таквом законској политиком задрже чак и они обичаји који не подстичу него вуку развитак те земље напредак и тако на одређен начин у мањој или већој мјери успоре, или чак озбиљно угрозе, нормалан друштвено-економски развитак тога друштва. Таква законодавна политика може да доведе до одређеног конзервирања и законског омогућавања бржег процеса одређених друштвено-економских односа, може да успори развитак друштва у цјелини, или пак појединих његових дјелова. То је, дакле, ситуација када држава својом законском регулативом, као субјективни фактор, може да историјски касни, да остављањем на снази обичаја који су застарјели у датом друштву не прати ниво економског и другог развитка друштва, да преживјелим обичајима кочи друштвене односе који су већ у настајању. Овдје се, дакле, законодавна активност једне државе, као субјективног фактора који треба да прати, подстиче и стимулише бржи друштвени развој и уопште омогућава историјски позитивне процесе и дејство економских и других законитости у преображају датог друштва, јавља као кочница тога и таквог развоја и може да вуче назад и успорава превазилажење оних односа које је већ живот датог друштва ставио ван снаге. Познато је да су управо Валтазару Богишићу, у његово вријеме, али и касније, улућивани приговори такве врсте, када је саставио и објавио свој познати Општи имовински законик за књажевину Црну Гору 1888. године. Међутим, што се Богишића и његовог законика тиче, морамо одмах истаћи да је то управо примјер за обрнуту ситуацију: његов законик је поред осталог и због тога постао чувен, као искрстан правни акт, што је нашо праву мјеру, која је историјски одговарала тадашњем црногорском друштву и његовом друштвено-економском развоју, и у том смислу устварно законичан одраз између старим нових прописа и правних обичаја у Црној Гори, који су, како се он сликовито изражавао, „још живили у народу“³. Према томе, Богишић је својим Закоником омогућио и санкционисао један историјски законит и неминован процес коришћења обичаја паралелно са законом и створио одређени склад између њих у свом Законнику, о чему ће касније бити посебно ријечи.

7. — Када говоримо о овим питањима, треба начелно истаћи чињеницу да се поред обичаја у почетку стварања држава јавља и право, тј. писани прописи као регулатив односа у друштву и држави као класној заједници, при чему се користе и обичаји. Значи, писано право се јавља заједно са државом: држава као класна организација пише правне норме да би регулисала своју дјелатност, али и дјелатност друштва у цјелини. Тако писано право постепено постаје основни регулатив друштвено-економских односа класног друштва. Право је класна категорија, као и држава; оно је нормативна дјелатност којом класа на власти у свом интересу регулише понашање свих субјеката у друштву. Право и држава су као класне категорије органски повезани међу собом — нема државе без права нити право може постојати без државе, без њене санкције, без њеног обезбјеђења примјене права у пракси. Стога се и каже да се право појавило са државом (мада има мишљења да се право може појавити и прије државе) и заједно са државом ће нестати када нестану услови који су довели до настанка и једног и другог.

8. — Али и поред тога што се право јавља са државом, свака држава мора објективно, дуже или краће вријеме, да се служи обичајима, да их мање-више задржава макар и као помоћни регулатор друштвених односа уз писане норме, уз право које она сама ствара према својим потребама и према својој мјери. Али, исто тако свака држава, до одређеног степена свога развитка, стално тежи да постепено претвара обичаје у право, напуштајући једне обичаје потискујући их из праксе, а неким, без којих још не може, дајући државну санкцију, и користећи их као писано право чије провођење и сама гарантује.

9. — Имајући у виду да свака држава на одређеном степену овога развитка регулише и свој однос према обичају, тј. успоставља одговарајући однос између закона и обичаја, тај се однос може пратити у виду одређених фаза развоја овога процеса. Тако однос између закона и обичаја има у свакој земљи углавном три основне фазе које се најкраће могу формулисати овако:

— права фаза у којој је обичај по правној снази јачи од закона;

— друга фаза у којој су закони и обичаји по правној снази изједначени — равноправни су и допуњавају се у пракси;

— трећа фаза у којој се писано право ставља изнад обичаја а ови претварају у помоћно средство закона, тако да сада обичај долази у други план, има само субсидијарну улогу у регулисању друштвених односа у односу на закон.

Ова трећа фаза развоја у односима закона и обичаја у једној државној заједници карактеристична је за новија, модернија законодавства, за модерније државе и развијеније друштвено-економске односе државних заједница. Овдје поново помињемо Богишића и његов законик из 1888. године, који чак ни крајем XIX вијека није могао да потпуно потисне правне обичаје, него су

они добили мјесто у њему, разумије се — због тога што су друштвено-економски односи тадашњег црногорског друштва били на таквом степену развитка да нијесу могли прихватити другачију регулативу осим онакву. Зато је Богишићев Законик и узиман као примјер како се једна сложена материја високим правничким знањем, какво је имао Богишић, и темељитим познавањем и узимањем у обзир прилика друштва за које се пише законик, може довести у склад и закон и обичај без међусобног сукоба и колизије.

II

10. — На основу изложених неких општих ставова и начела у вези са законодавством и законодавним развитком у држави као класној категорији и њеним развојем обичајне и обичајно-правне регулативе, као и систематизацијом тих проблема, могу се донијети и неки конкретни закључци, који заједно са општим могу допринијети успјешном теоријско-методолошком изучавању наше теме и њене проблематике.

Стога треба рећи да се све ово што смо навели, као и низ других сличних оцјена и закључака, у мањој или већој мјери односи и на културу, па и на правну културу и на обичаје у старој црногорској држави. То се односи и на њу без обзира на то што је она дуго и у великој мјери била изолована од спољног свијета, па и од својих сусједа, при чему је са неким од њих, као нпр. са Турском, водила дуготрајне ратове и непријатељства у циљу сопственог опстанка, и била истовремено јако неразвијена, те као таква била мање подложна страним утицајима него друге, развијеније земље. Али ни у најтежим временима своје неразвијености и притиска од непријатељских држава, са више страна, Црна Гора ипак никад није била потпуно изолована од општих токова друштвено-економског и културног развоја сусједних и других држава и народа. Поготову не у вријеме доношења својих најважнијих закона крајем XVIII и у току XIX вијека.

11. — Упоредо са стварањем црногорске државе стварало се и црногорско право, први писани закони: Законик митрополита Петра I из 1798. године са допуном из 1803. године (у чијем саставу је био и законски текст под називом „Стега“, из 1796. године, која је имала 6 чланова), затим Закони отачаства, који нијесу никад примијењени у пракси, Законик Данила Првог⁴ 1855. године и Богишићев Општи имовински законик из 1888. године. Сваки од тих закона, који су настајали у одређеним временским размацама, на посебан начин је регулисао проблем односа закона и обичаја и у сваком од њих је обичај добио одређено мјесто и улогу. А пошто су ти закони настајали у различито вријеме, на различитом степену друштвено-економског развоја црногорске државе, то је у њима овај проблем регулисан различито, што такође треба да

се за сваки закон посебно и појединачно утврђује и изучава. При томе треба имати у виду да су по правилу старији закони давали више мјеста правним обичајима, а новији закони су их све више потискивали и надомјештали својим прописима.

12. — Црна Гора је била релативно заостала и неразвијена земља, која ни средином XIX вијека није, на примјер, имала својих градова нити градске привреде, није имала свој новац, није била међународно призната као држава, није својом неразвијеном привредом могла у довољној мјери брже утицати на свој сопствени општи развој итд. Стога до средине XIX вијека објективно и није могла да више, шире или интензивније реципира страног право, модерније стране правне утицаје и установе, нарочито не оне из развијенијих средина. А уколико је то и чинила (у извјесној мјери јесте), онда је та и таква рецепција била у релативно малом обиму, непотпуна, односно у сразмјери са нивоом општег друштвено-економског и културног развоја земље.⁵

Таква релативно неразвијена, затворена и заостала средина јако је погодовала задржавању правних обичаја као регулатора тих и таквих поједностављених друштвено-економских односа. Стога су црногорски владари тога времена, доносиоци закона, морали водити рачуна о датом стању и били су присиљени да законске прописе комбинују са прописима правних обичаја, који су овдје још били јако живи и у широкој примјени. Отуда су и Законик митрополита Петра I и Данилов Законик морали бити, и у ствари су били, једна врста кодификације правних обичаја, као што је уосталом и Душанов Законик био прва велика кодификација српског обичајног права „обученог у одору Римског права“⁶. Истина, Данилов законик је покушао да се нешто радикалније обрачуна са правним обичајима, нарочито је узео курс на елиминисање лоших обичаја, али је због тога имао и великих тешкоћа и, како ћемо видјети, једним дијелом није примјењиван него су га замјењивали обичаји.

13. — Значи, општа заосталост Црне Горе представљала је објективну основу за постојање и чак репродуковање правних обичаја, и то све више уколико су поједини њени дјелови били више неразвијени и заостајали. Тако је, на примјер, у приморју, које је било више у контакту са спољним свијетом, општи развој црногорског друштва брже напредовао а уопште с тим брже су се губиле из употребе обичајне норме и замјењиване законским прописима. Ту су такође брже стизали и брже прихватани и утицаји страних култура и страног права, које је комбиновано са домаћим правом и обичајима. Овдје треба истаћи да су међуутицај и борба између народног словенског обичаја у Црној Гори и европског тј. реципираног римског права у приморју нарочито изражени код породичног и наслединог права, гдје се успјешно комбинује европски индивидуализам са словенским колективизмом. Међутим, тај процес напуштања правних обичаја много је спорије текао

у унутрашњости Црне Горе, у њеним мање развијеним регионима и крајевима.

14. — Указали смо на чињеницу да ни један народ нити његова култура нијесу формирани а да у току своје дуге историје нијесу били без страног утицаја, без мијешања и укрштања са другим народима и културама. Према томе и у Црној Гори је постојао страни утицај, ни она није била изузетак од општег правила. Примала је утицаје не само византијско-српског права, које је углавном продирало преко приморја, него и утицаје култура и права других европских држава — Аустрије, Француске, Русије, Венеције, па чак и Турске, иако ове најмање због ослободилачке борбе коју је црногорски народ водио а која је углавном била усмјерена баш против турских напада на ову малу слободарску земљу. Према томе, страни културни утицај у Црној Гори је у науци познат, и у низу научних радова код нас одавно доказан, а евентуални спорови на ову тему могу бити само око тога колики је који утицај, колика је његова мјера, којим путем се тај процес одвијао, колико дуго итд.

III

15. — Утицаји других земаља и њихових култура на Црну Гору били су, поменули смо, најчешће ограничени, и врло мали, па и оне правне установе страног права које су овдје преношене нијесу преузимане у чистом виду, него у доста измијењеном, модификованом, а понекад и деформисаном облику. У ствари, оне су чешће комбиноване са црногорским правним обичајима и институције њихове провенијенције и прилагођаване конкретним црногорским условима, приликама и потребама, духу датог времена и бићу и карактеру њеног унутрашњег развика. Отуда се све ово што смо навели као опште правило, опште начело, односило и на два поменута црногорска законска споменика: Законик митрополита Петра I и на Данилов законик, а добрим дијелом и на Општи имовински законик.

Наиме, због опште неразвијености Црне Горе у поменутом периоду оба наведена законика су по својој структури доста једноставни, прости законски текстови, са битним утицајем правних обичаја у њима, они су једна врста кодификације тих обичаја и то више први, Петров, него други, Данилов законик. Њихова садржина је претежно уставно-организационог карактера и кривично нормативна, док је имовинско право у њима уско и неразвијено, а приватноправни односи готово потпуно препуштени правним обичајима. Облик норми у тим законцима је релативно упрошћен, у извјесној мјери примитиван; у њима је оскудна модерна правна техника и савремена законодавна методологија. У њима је у зачетку и процесно право, а изостављена је готово цијела област имовинскоправних односа и препуштена регулацији нор-

мамаправних обичаја. Но, и поред свега тога, то опет не значи да у њима, и поред све њихове сировости и упрошћености, нијесу у мањој или већој мјери присутни и принципи савременог судског поступка, јер се већ и у њима примјењује усменост, непосредност, јавност, контрадикторност, а то значи елементи модерне судске процедуре. Присуство у одређеној мјери модернизације у поменутиим законцима је и разумљиво, јер су они донијети у вријеме великих револуционарних промјена у Европи, а правни израз тих промјена су и познате велике правне кодификације: Наполеонова, аустријска, њемачка и друге. Према томе, ни један од поменута два законика није могао остати потпуно изван домања политичких и културних кретања не само у сусједству Црне Горе него и у Европи. Стога се не каже без основа да су дух тога времена и тих кодификација као и њихови принципи присутни о одређеној мјери и у црногорским законцима.

Истовремено се, иако споро, и у Црној Гори дешавају радикалне промјене у погледу њеног друштвено-економског и културног развика и у том погледу убрзанији процес превазилажења родовско-племенских облика живота, што је све на одређен начин допринијело да је у оба законика поред правних обичаја присутан и видљив и тај дух европских законодавстава: индивидуализма, формалноправне једнакости прађана („сваког Црногорца и Брђанина пред судом“), приватно-својински начин мишљења, напуштање колективне својине и колективног схватања својине, генерација „светог права“ приватне својине итд.

16. — Оба законика су само начелно и уопштено регулисали основне друштвено-економске односе и углавном су озаконили постојеће правне обичаје, који су били још увелико у практичној употреби у црногорском друштву тога времена. Али и поред постојања тих закона и њихових прописа, често су у пракси примјењивани правни обичаји који нијесу кодификовани, што је, наравно, био уступак неразвијености и родовско-племенској, патријархалној средини и њеним правнообичајним нормама и регулацији. Та чињеница, да су и у вријеме службеног важења поменутих закона били у употреби и правни обичаји, може да недовољног познаваоца ових прилика доведе до одређене заблуде, тј. да се свака судска одлука може довести у везу са закоником, или, што је још горе, да се свака од њих заснива на закоником. Међутим, то није случај, јер су многе судске одлуке засноване на обичају, чија суштина може чак бити супротна ономе што закон о томе каже — супротна, дакле, духу и слову норме било кога од важећих законика. То значи да је баш тадашња црногорска средина примјер за то како су важење једног законског текста и његова примјена (могућност његове примјене) два врло различита појма.

Примјери којих у црногорској судској пракси има много, а од којих ћемо навести само неке, јасно говоре у прилог горњој констатацији. Они, наиме, потврђују да су и Петров и Данилов законик у пракси заобилажени, да су њихове норме замјењиване

нормама обичаја, и да су тако у великој мјери у пракси превладаване од стране обичаја.

17. — Ако примјера ради наведемо одлуку суда из 1854. године, утврдићемо да она није донијета на основу закона ни Петровог ни Даниловог, јер садржи колективно суђење и наређује колективно извршење казне над кривцем („... да се има убити на изглед друпијема ... тако што ће осам људи ... крвницу под каменом ставити и објесити...“).⁷

Иако је чланом 73. Даниловог законика прописана смртна казна за жену која убије мужа, што је и овдје случај, ипак тај члан не прописује да ту казну изврши осам људи — четири брата убице и четири брата убијеног, како стоји у пресуди, него се само прописује наведена казна. Пресуда се, дакле, држи обичаја, по њему се доноси и прописује и начин извршења казне. Супротно овоме, Данилов законик одбацује колективни начин извршења казне, иде на њену строгу индивидуализацију.

Сличан је случај и са пресудом изреченом 1867. године неком Мирчети због дјела ванбрачног преступа. Неопрезном истраживачу би се могло учинити да се и ова одлука, бар дјелимично, може довести у везу са чланом 71. Законика књаза Данила, али се и из њене садржине види да је могла бити донијета само на основу обичаја а не на основу закона.

Даље, зна се да је Данилов Законик забрањивао крвну освету и да је за прекршиоца предвиђао смртну казну. Пошто Црногорци и Брђани — пише у чл. 39. Законика — „имају обичај чинити освету не само на кривцу и на крвнику већ и на правом брату његовом, то се таква освета по данас строго забрањује и који би правог чојека убио, биће осуђен на смрт...“

Предвиђена смртна казна у Законику за освету могла би чак и озбиљном научном раднику, а поготову аматеру у овој области, дати повода да повјерује да се ово тешко зло у црногорском друштву тога времена чланом 39. Даниловог законика дефинитивно искоријенило. Међутим, из података у нашој литератури зна се да се то, на жалост, није догодило. Крвна освета је и даље постојала, у читавом XIX вијеку, па и касније.⁸

18. — Међу питањима на која треба обратити пажњу при изучавању законодавства у доба самосталности Црне Горе је и питање назива, односно самог имена обичај, који је добио страну варијанту на овом подручју под називом „куштум“ или „куштум земаљски“. Овај назив је изведен од латинског: „*Consuetudines*“ — што значи обичај. На француском гласи „*coutume*“, или на италијанском „*costume*“, што опет све у основи значи обичај, да би у народној варијанти у Црној Гори добио облик „куштум“, а користио се као појам за име обичај у овој области прије оба поменута законика као и у вријеме њиховог важења. Иначе сам почетак ријечи појединих пресуда (диспозиција): „Судимо по куштуму земаљском“ може лако нестручњака за ову област навести на мисао да се ради о судском поступку који се заснива на „закону

земаљском“ јер се сличним именом звао Данилов законик: „Општи земаљски законик“. Али, такође из садржине ове и оваквих пресуда јасно се види да и поступак пред судом и врста казне и начин њеног извршења нијесу санкционисани законом, него обичајем, тј. пресуде се заснивају на „куштуму земаљском“⁹.

Казна која је изречена овом пресудом није предвиђена ни једним законом јер је колективна, а таква се изриче само према важећим обичајним прописима. Према томе, „куштум земаљски“ није ни Петров ни Данилов Законик, него правни обичај — *consuetudines, coutume, costume* — куштум. Као примјер за ово можемо узети пресуду од 1852. године (29-IX, 11-X), тј. прије доношења Даниловог Законика, у којој се за кривично дјело убиства „суди по куштуму земаљском“ на новчану казну, да плати кривац „133 цекина и 2 гроша“¹⁰. Друга слична пресуда је из исте године (17/29. децембра) а односи се на прељубу. У овој пресуди се наређује да жени прељубници треба „нос окинути за изглед другима“. Разумије се да се ни ова пресуда не заснива на Даниловом законнику него на постојећем обичају. Према томе, треба бити веома опрезан у изучавању ове проблематике, како се не би учиниле крупне грешке и нетачна закључивања у овој области. Треба имати на уму да свака пресуда говори сама за себе, свака од њих има свој језик, своју садржину, коју истраживач мора да разумије да би је исправно тумачио и да би исправно закључивао. Овдје посебно истичемо чињеницу да су заостали, примитивни обичај, као што је кићање носа невјерној жени, каменовање, колективне казне — супротни слову и духу Даниловог законика. Он иде супротним курсем и такве обичаје искључује.

19. — Као примјер могућности погрешног тумачења појединих прописа црногорских закона оног времена можемо узети чл. 56 Даниловог законика, који би неуког читаоца могао навести на закључак да он санкционише институцију мираза, јер у њему пише: „Ако би дјевојка, кад се уда, понијела какво имуће од родитеља своје, а умрла без дјеце, онда све ово имуће и све оно што би овијем имућем стекла има подијелити на њену браћу...“

Међутим, овдје ријеч „имуће“ значи у ствари дјевојачке личне ствари, „меко рухо“ како се у народу каже, а не никакав мираз нити право на њега. Ако би којим случајем и могло бити сумње која би произлазила из поменутог члана „о имућу“, тј. да је то институција која асоцира на мираз дјевојке, или која би стварно представљала такву институцију мираза у Законнику, онда његов члан ни најобичнијег читаоца не оставља у таквој дилеми, јер гласи: „Кад се дјевојка уда, по обичају наше земље нема ничегова дијела осим прћије, што јој родитељи при удадби од добре воље даду“.

Овдје је, дакле, у члану 51 очигледна забрана мираза, а види се још и то да се овај пропис заснива искључиво на „обичају наше земље“, а то значи да је обичај добио државну санкцију и постао правна норма, тј. законски пропис. Узгред да напоменемо,

непостојање институције мираза у Црној Гори у току читавог XIX вијека па и касније има и данас тај рецидив да није риједак случај да се црногорска ђива, кад се уда, не одлучује лако да узме свој дио наслеђа од родитеља, тј. да узме мираз који јој по Закону припада.

20. — Навели смо да су дух и општа оријентација Даниловог законика били усмјерени против заосталих, лоших, примитивних обичаја, али њих није било лако искоријенити из живота тадашњег црногорског друштва. Стога у ово вријеме имамо бројне примјере да и државни органи санкционишу не само добре него понегдје и лоше обичаје судским пресудама, и поред важења прописа из Законика који такве обичаје чак одбацују. Међу таквим примјерима је и једна пресуда Црногорског сената из 1887. године којом се штити муж иако је „окинуо нос својој законитој жени“ због прељубе, па му чак гарантује да он „нема нигде никоме одговарати... у вјечни вијек“.¹¹

Као што видимо, обичај сакаћења невјерне жене, који је по Закону забрањен, ипак штити држава, тј. њен орган, и чак гарантује и извршиоцу овога дјела и његовој породици да никад ником за ово не може да одговара. Ова пресуда скреће пажњу и на постојање јаких трагова родбинских веза, и јаких рецидива и опасности од крвне освете (иако је ова забрањена чл. 39 ДЗ и запријеђена смртном казном), тако да сама држава мора да презузима на себе обавезу да штити и овај заостао обичај и извршиоца од могуће освете која би могла да дође од рода осакаћене жене.

Али, пошто и чл. 73 Законика књаза Данила гласи: „Ако би се догодило којем Црногорцу или Брђанину да му жена његова није вјерна, па ако би своју жену ухватио у блудности (подвукао Н. В.) то му се онда допушта да може и једно и друго убити...“ Ово би могло површног и неупућеног читаоца навести на закључак да муж има право и да таквој жени нос откине по оном правилу: ко може више може и мање — тј. ко има право да убије своју жену тај има право и на мање, тј. да јој откине нос. Међутим, по тадашњим обичајима, то правило има други смисао: много је већа срамота и морална казна, и за жену и за њен род, казна киданњем носа него убиством, па је такав обичај био лош обичај и напуштен од Даниловог законика. Значи, иако изгледа да се чл. 72 ДЗ приближава одлуци Сената о праву превареног мужа да својој невјерној жени откине нос, ипак се битно разликује од те одлуке, јер закон не допушта такву казну него убиство, па и ово само под условом да је „ухвати у блудности“, тј. да је затекне на самом дјелу прељубе. Према томе, казна киданња носа невјерној жени никако не може да се заснива на горе поменутом члану него на обичају, што представља уступак државног органа и државе пред обичајем у овој области друштвеног живота, овдје чак уступак лошем обичају.

Проблем примјене Даниловог законика изучавао је и Богишић, и у својим „Опаскама на Данилов законик“ и у другим радовима, па је поводом чл. 72 закључио да муж може да убије обоје само под условом како пише у закону, али већ сјутрадан то не може учинити. Према томе, овдје су пропис 72 Законика и одлука Сената о кривичном дјелу прељубе међусобно различити, чак и супротни: обичајна норма задржава лош обичај не ограничавајући наведено право мужа ни по мјесту ни по времену, што значи да се то може учинити увијек и на свакоме мјесту, док закон каже битно другачије, тј. он даје право само на убиство, и то га строго ограничавајући само на случај да су прекршиоци затечени на дјелу, а другачије никако. Значи, иако суди државни орган — Сенат, који у првом реду треба да спроводи и примјењује закон државе, он ипак суди по обичају и заобилази закон, што је један од доказа колико је црногорско друштво још увијек било неспремно да напусти обичај и прихвати законску норму која се не подудара са тим обичајем.

21. — Проблем слабе примјене законских прописа Законика књаза Данила на примјер, одавно је познат у нашој историјско-правној литератури. О томе др Ананије Илић, у своме раду „Обичајно право дерогирало законски пропис“, пише да је члан 47. Даниловог законика забрањивао диобу имовине без сагласности родитеља, али син и поред те забране, чак и кад се без сагласности оца одвоји од њега, никада није остао без свог дијела, тј. без насљеђа од родитеља. Иначе, додаје исти аутор, ни у једној нашој покрајини обичајно право није достигло „толику своју кулминацију, толики свој изражај и толико своју важност (примјену)“ као у Црној Гори. Ако бисмо се заинтересовали за праксу црногорског Сената и Великог суда, или ако би се на терену ушло „у царство обичајног права“, онда бисмо дошли до закључка „да је обичајно право дерогирало законско, (писано) право...“, и то нарочито у области породичног, насљедног и задружног права „гдје је углавном обичајно право једини регулатор“¹².

22. — Иако Данилов законик никада није формално укинут — како пише Н. С. Мартиновић — њега је ипак „у великом дијелу укинула пракса која се развијала на бази обичаја“.¹³ Слично мисли и Богишић, који је консултовао сердара Јола Пилетића, војводу Ђура Матановића, Илију Пламенца и друге главаре, који су судили у Сенату по овом Законнику и који „знадијаху напамет сваки његов члан“, па је утврдио да се још 1873. године од 95 чланова, колико их тај законик има, „примјењује у пракси по прилици 1/3“. Остали чланови су се примјењивали у измијењеном облику „у складу са важећим обичајима“, а „неки се уопште нису примјењивали“.¹⁴ Иначе Богишић пише да су му исти главари рекли да се ни члан 43 ДЗ није примјењивао, као и још неки други чланови.

23. — Иначе, радећи на својој црногорској анкети о правним обичајима, Богишић је на основу поменутих разговора са судијама — сенаторима из времена Данила, о томе да ли је Законик

примјењиван у судској пракси, утврдио да ни један члан Даниловог законика није примјењиван „ако се није слагао са живим законским народним обичајима“.¹⁵

Најзад, у свом раду „Метод и систем кодификације имовинског права у Црној Гори“, Богишић је тврдио да од 95 чланова Даниловог законика „них 4 — 5 чланака осташе у потпуној снази“. Богишић је том приликом писао да је овај Законик рађен на брзину само да се задовољи књажева жеља за закоником, да је ускоро послје његовог објављивања написана допуна од још 30 чланова итд. Не улазећи овдје детаљније у овај проблем, можемо само напоменути да су и нека новија истраживања о примјени Даниловог законика потврдила да је Богишић, као одличан познавалац наведене проблематике, вјероватно био углавном у праву и да већина чланова Даниловог законика није била у примјени.¹⁶

Вјероватно је, поред осталог, већ 1864. године и због свега тога књаз Никола морао да ангажује војводу Ђура Матановића да пронађе стручњака за писање новог законика, па се тако и дошло на идеју о позиву Богишићу и писању новог законског текста, Општег имовинског законика, о чему ћемо касније нешто више рећи. У сваком случају проблем примјене Законика књаза Данила још није довољно изучен и на том плану су и код њега и код других законских текстова и правних аката још потребна крупна истраживања и веома опрезни закључци и оцјене.

24. — У излагањима проблематике изучавања законодавства старе црногорске државе спомињали смо и питање страног утицаја на то законодавство, као међусобног утицаја, мијешања култура и народа, и истицали да од тога општег процеса није била ни у једном периоду свог развоја имуна ни Црна Гора. Навели смо да је страни утицај и овдје постојао — и да се може расправљати само о питању његове мјере, јачине, пријемчивости на овом тлу итд. — како на законе тако и на обичаје. У вези са изучавањем овог проблема треба обратити пажњу и на језичко-терминолошку страну, која такође показује да и у тој области ни обичај ни закон у Црној Гори нијесу настали без и те врсте утицаја. У вези с тим смо већ поменули термин „куштум“, који је страног поријекла, а који се користио у Црној Гори за појам обичаја. Или, на примјер, ријеч „аманет“, која представља посебну врсту оставе, дошла је из арапског свијета, преко турског законодавства у црногорски народни језик па у црногорско право, гдје је постала посебни правни институт у облигационом праву — и у обичајима и у законима. Сличан је случај са термином „кесим“, који је такође дошао на ово тло из турског језика, као посебан правни институт: давање стоке у најам, „у наполицу“ на одређено вријеме. Најзад, ни примитивни обичај кидање носа невјерној жени није црногорски обичај, него је и он дошао са Истока. То је институција кривичног права, како нас обавјештава проф. др А. Соловјев, која је преко асирског и бабилонског права, преко Византије и

њених закона: Еклоге, Прохирона и Властареве Синтагме, затим преко Душановог законика, те Грбаљског статута (чл. 12) и Сјеверне Албаније дошао у обичаје Црне Горе.¹⁷ Интересантно је напоменути да чак ни у средњем вијеку нема трагова да постоји овај обичај у правима земаља западне Европе нити у њиховим обичајима. Исто је тако институт теткинства — институт турског права, који је из шеријата дошао у црногорске обичаје, а затим у црногорско право. О страном утицају у Црној Гори писали су и други научници, нпр. о утицају Мецеле на општеимовински законик (М. Беговић), затим о турцизмима у српскохрватском језику итд.

IV

25. — У изучавању црногорског законодавства посебно мјесто има Општи имовински законик, који је писао Богишић, како по припреми и доношењу тако и по композицији, методологији, садржини и значају. Према оцјени многих наших и страних научника то је ремек дјело не само црногорске него и југословенске, европске, па у неким елементима и свјетске законодавне дјелатности. Напоменућемо одмах да је и овај Законик одраз и израз датог стања у Црној Гори, њеног степена друштвено-економског развитка у коме је и настао. Донијет је 1888. године у вријеме када је Црна Гора увелико почела да излази из својих старих патријархалних оквира, када је после ратова 1876—1878. године добила међународно признање као држава и када се готово дво-струко територијално проширила, изашла на море, тј. када је у цјелини била много развијенија. Зато је овај Законик и могао на друкчији начин, модерније него претходни регулисати и стварно је тако и регулисао друштвено-економске односе. Он је, поред осталог, на посебан начин регулисао и питање закона и обичаја, о чему смо већ нешто напоменули, а раније објавили и једну расправу о тој теми.¹⁸ Овај Законик је такође на свој начин акцептирао и елементе римског права, што се нарочито види у посљедњих 30 чланова, тј. у познатим „закончама“.¹⁹ Законик је веома успјешно избјегао колизију између закона и обичаја, дао обичају право мјесто, сходно потребама и условима друштва у којима тај законик треба да се примјењује. Стављајући обичај у исти ред са законом, дајући му исту правну снагу као и закону и доуштајући да тамо гдје се друштвени однос не регулише законом то регулише обичајем, Богишић није заноравио ни на научни ниво излагања материје у кодексу. Остављајући довољно мјеста за обичаје, он није пропустио да употреби и модерне норме европског законодавца и да их комбинује са посебном систематиком законика и народним језиком законика, што није ишло на штету ни модерне науке и научне терминологије нити народног језика и обичаја употријебљених у ОИЗ. То представља посебан квалитет

Законика које до тада, а можда ни до данас, ни један законик у свијету није успио да оствари и постигне.

Општи имовински законик одступа од ранија два црногорска законика, јер су његов узор не правни обичаји у Црној Гори, као код њих, него напротив — европске кодификације и европска модерна наука, коју је Богишић комбиновао са црногорским обичајима у оној мјери у којој је то било могуће и прихватљиво за тадашње црногорско друштво и његове друштвено-историјске услове. Законик се ослања и на римско право, чији принципи потичу од школе природног права. Он се разликује од других ранијих црногорских законика и по томе што је у њему превладало право нових друштвених слојева и класа: у њему је право ослјака и сточара уступило мјесто праву трговца и грађанина, произвођача роба за тржиште, у њему је остварена реценција страног права много више него у ранија два законика. Он је примјер како се на основу стварног познавања правог стања једног друштва то стање изражава и у закону.

Иначе, за разлику од ранијих црногорских законика, овај је рађен по унапријед одређеном методу и начелима која је управо за ову прилику израдио сам аутор. Начело којим се руководио при рјешавању на примјер односа закона и обичаја јесте у првом реду предност закону ако је законодавац знао за постојање таквог обичаја, и друго — ако није знао — предност обичају. По њему обичај треба да буде инкорпориран у Закону, чији и језик и терминологија треба да буду разумљиви, конкретни.

У својим начелима и методу усвојеном при изради Законика Богишић је изложио принципе којих се држао, а које смо ми обрадили на другом мјесту.²⁰ То је био веома успјешан корак у спајању модерног европског законодавства са духом и словом црногорских обичаја, са њермама које ће тумачити судије са скромним образовањем, дијелом и готово неписмени главари и војводе, и то становништву које је у огромној већини неписмено, заостало и сиромашно. Стога је Законик морао да води рачуна о свим тим елементима, и о „народним појмовима о правди и правци“, и о народним обичајима, као и о „живим потребама народа“ — како је писао књаз Никола I у својој прогласу ОИЗ 1883. године.

26. — Ако конкретно наведемо неке чланове ОИЗ видјећемо какав је однос у њему између законске и обичајне норме. Богишић је већ у члану 3 ОИЗ-а истакао: „ако неки посао или случај“, или неки друштвени однос, „није регулисан ни законом ни обичајима онда је ред владати се по подобју“, тј. по аналогiji других сличних правила, или пак случај треба рјешавати „по општим основама правде и правце“. Овдје је очигледан захтјев за регулисање друштвеног односа или правном аналогijом, или, ако се то не може, да се користи обичај, тј. однос се регулише „по општим основама правде и правце“.

У члану 2 ОИЗ-а, који гласи: „У пословима за које се не би нашла правила у овоме закону, ни у додацима његовим, треба

се владати по правилима која у добрим обичајима живе“, директно се признаје „добром обичају“ равноправност са законом, даје му се снага закона. А у члану 779 ОИЗ-а прецизира се да је обичај „оно правило које влада у народном и судском животу, а није ушло међу правила писаног закона“. У члану 780 види се да Богишић признаје само добар обичај, који „није у супротности са законом и који је у складу са благодонарављем“.

Има у Законнику још чланова у којима је Богишић показао однос обичаја и закона, које нећемо наводити. У другим дјеловима Законика Богишић је такође створио такве услове да је могућа примјена добрих обичаја. Томе служе и мјере као што су: непотпуно регулисање законском нормом појединих области живота и препуштање обичајној норми да и она каже ту своју ријеч; у неким дјеловима само је формулисао начела по којима ће се регулисати поједини друштвени односи, тако да се могу регулисати законском нормом, правном аналогijом или пак добрим обичајем. У закључку својих излагања о начелима и методу којима се руководио при изради Богишић каже да је све те мјере равнотеже између обичаја и закона предузео искључиво ради тога да би Законик био што потпуније прихваћен од народа. Дајући веома позитивну рецензију Богишићевом законнику, један од најбољих познавалаца ове проблематике проф. грађанског права на загребачком Свеучилишту др Коста Војиновић констатује: да Богишић није радио „како је горе наведено, његов Законик „не би могао бити остварен у пракси“.

V

27. — У закључку ових наших излагања треба рећи да су проблеми које смо спомињали веома актуелни и сложени. Сам пак однос закона и обичаја, питање страног утицаја, проблем примјене законика итд. је, видјели смо, био различит: обичај је живио поред постојећих закона, понекад је дерогирао њихове норме, често их је допуњавао, а најчешће је био конкретизација законских прописа, који често нијесу били прилагођени народу. Другим ријечима, обичај је често служио закону за конкретизацију, за подробније уређење друштвених односа, за нијансирање према конкретним условима и мјесним приликама. Тако партикуларизам обичајног права, како пише П. Стојановић, и са њим повезан локализам, локални варијетети судских одлука и уступци при суђењу мјесним обичајима, чине судску праксу у Црној Гори тога времена веома еластичном и разноврсном. Зато се у оваквој судској пракси и у таквим условима никако не могу примјењивати стандарди у савременом техничком смислу, што опет не значи да суд не поступа по одређеним принципима. Али треба рећи да су важне области друштвеног живота за све вријеме старе црногорске државе остале потпуно ван законске регулативе, а то су, као

што смо видјели, породично право (диоба, наслеђе) и задружно право, који нијесу утврђени законским прописима него обичајима.

С друге пак стране обичај је у пракси црногорског друштва тога времена вршио повратно дејство на закон, у правцу ублажавања његових крутих, а негдје и сувише радикалних одредаба, којима је обиловао нарочито Данилов законик; негдје је обичај потискивао законски пропис, негдје га дерогирао ако је и кад је био сувише неприкладан друштвеном односу који регулише, а негдје је био његова конкретизација и „умекшавање“ како би био успјешније примијењен у пракси.

У нашим излагањима смо истакли и чињеницу да је таква широка и различита употреба правних обичаја у црногорском друштву тога времена условила исто тако и врло различиту и широку, чак колебљиву судску праксу и судску примјену и писаног права и правних обичаја. Примјена двије врсте прописа морала је објективно довести до различитости у судском поступку и тумачењу једних и других прописа од једног до другог краја Црне Горе. Али то опет не значи да је у примјени писаног или неписаног права у судској пракси Црне Горе владала анархија; то није значило да се и при таквом суђењу судски органи нијесу држали одређених општих принципа у тој области.

То су само неки општи погледи, општа начела, којих се треба придржавати у изучавању црногорског законодавства крајем XVIII, у XIX вијеку, па и касније.

НАПОМЕНЕ

¹ Ова тема је дио научноистраживачког пројекта о Валтазару Богишићу који раде професори Правног факултета у Титограду, а финансира РСИЗ СР Црне Горе за научне дјелатности.

² Богишић: *Правни чланци и расправе*, Бгд, 1927, стр. 226.

³ Богишић, исто.

⁴ Оригинали Петровог и Даниловог законика нијесу пронађени. Рукопис Даниловог законика у Архивском одјељењу Цетињског музеја није оригинал, јер има више од 170 грешака. Донијет је 1958. год. од неког непознатог лица итд.

⁵ Др Петар Стојановић, *Међусобни односи и међуутицаји законских прописа и обичајног права у Црној Гори*, Бгд., 1974. г.

⁶ Исто.

⁷ Јов. М. Јовановић, *Законодавство у XVIII и XIX вијеку у Црној Гори*, Архив бр. 3. од 25. октобра 1910. г. стр. 186—187.

⁸ Др П. Стојановић, *Неки проблеми крвне освете у доба настанка црногорске државе*, Гласник друштвених наука ЦАНУ, 1983, бр. 4. Овдје П. Стојановић наводи примјере судских пресуда и казни због кривичног дјела крвне освете све до почетка XX в.

⁹ Б. Вујошевић, *Правни зборник*, 1—2/1963. и др.

¹⁰ Т. Никчевић и Б. Павићевић, *Црногорске исправе XV—XIX в.*, Цетиње 1964, стр. 238.

¹¹ Јов. М. Јовановић, ор. с.

¹² Др А. Илић, *Правни зборник*, 1933, бр. 1—2, стр. 13 и 14.

¹³ Према: Н. С. Мартиновић, *Поводом јубилеја Општег имовинског законика Црне Горе (1888—1968. год.)*, *Правни зборник* бр. 3, 1969, стр. 1—9.

¹⁴ Исто.

¹⁵ Исто.

¹⁶ Др М. Чизмовић, *Богишић о примјени законика књаза Данила*, Овдје, Титоград 1984, фебруарски број.

¹⁷ А. Соловјев, *Кажњавање невјерне жене у црногорском и византијском праву*, *Архив за правне науке*, Бгд., 1935.

¹⁸ Н. Војиновић, *Богишић о односу закона и обичаја*, *Наша законитост* бр. 4, Загреб 1984.

¹⁹ Н. Војиновић, *Утицај римског права на Општи имовински законик*, *Наша законитост* бр. 6, 1985. г.

²⁰ Н. Војиновић, *Систем и терминологија у Општем имовинском закону*, *Правни живот*, Бгд., 1984, бр. 3.