

ДРАГАН ВУКЧЕВИЋ, ТИТОГРАД

### О ЈЕДНОЈ ЗАКОНСКОЈ ИЗРЕЦИ (АНАЛИЗА ЧЛ. 933. ОИЗ-а)

Навршило се сто година од доношења Општег имовинског законика за Књажевину Црну Гору. Био је то један од најзначајнијих правних догађаја у историји Јужних Словена. Не само својим оружјем и бојевима, него и својим законом, једна мала држава скренула је пажњу цивилизоване Европе, па и свијета, на себе. Догађај, заиста чудесан и несвакидашњи. Но, једно је извјесно, стварајући овај законик, један мудар правник подигао је себи споменик, чију вриједност вријеме потврђује.

Није намјера овог скромног рада да говори о значају, домету и одјеку Законика. О узроцима и начину његовог настанка нећемо говорити, ни о његовом аутору. Зато што су нека од ових питања већ објашњена, а и зато што би такав захтјев увелико превазилазио знање и способност једног човјека. Велика дјела траже и велике тумаче. Тачније, овај законик за своје разумјевање и објашњавање захтјева личности попут свог творца.

А вријеме у ком живимо све више тражи уске специјалисте у свим областима науке, јасно показујући да се овако сложеним и слојевитим дјелима, попут Општег имовинског законика, може приступати све више напором колектива аутора.<sup>1</sup>

Настојаћемо да из мноштва слојева овог правног „организма” издвојимо само једну честицу, „ћелију”, само једну норму. Надамо се да ће анализа показати колико је сложено и слојевито ткиво ове чудесне творевине, колико много може да стане и у само једној норми, једном правном правилу.

<sup>1</sup> Дјело Валтазара Богишића заслужује већу институционалну пажњу од оне која му се поклања. Нажалост, многобројни његови рукописи још нису сређени, нити су приступачни широј јавности. Зато сматрамо да би САНУ, ЈАЗУ и ЦАНУ требале да приступе заједничком пројекту објављивања *цјелокупних дјела В. Богишића*. То је наш дуг дјелу и имену овог великана правне мисли.

Није уобичајено да се у законике уносе изреке, које имају облик правила, али су без обавезујуће снаге. У томе је једна од особености Општег имовинског законика.<sup>2</sup> На крају ОИЗ-а налази се посебни раздио са поднасловом: „Неке закоњачке (правничке) изреке и поставке које, иако не могу закона ни преиначити ни замјенити, могу му, ипак, објаснити разум и смисао”. Из наслова овог раздијела произилази карактер његових чланова, као и намјера творца Законика. У ових четрдесетак изрека садржана је својеврсна филозофија и Законика, и његовог аутора.

Предмет нашег рада је члан 993. ОИЗ-а.<sup>3</sup> Изрека садржана у овом члану гласи: „Ко само ријечи законске знаде, тај још закона не зна док му не схвати разум и смисао”. То је једна од правних изрека која прожима читав Законик, и која се и у неким његових другим члановима, више или мање, изричито понавља.

Ова правна изрека није Богишићева. Њу срећемо и у римском праву, код Улпинијана, гдје се каже: „Боље је обратити више пажње на смисао него на речи. Смисао је важнији од речи”.<sup>4</sup> Може то бити посљедица Богишићевог познавања дјела овог великог римског правника, али и не мора. Слична изрека могла је настати и из других извора и узрока. То и није најбитније. Њен значај није у њеној оригиналности.

Њен значај је много више у погледима њеног аутора на тумачење, схватање и примјењивање права. На његов приступ праву, као систему норми које треба да регулишу понашање у друштву.

Анализирајући ову изреку, покушаћемо да одговоримо на неколико питања. Прво, за какво се тумачење права Богишић залаже. Друго, зашто он заступа такав став. Треће, до чега може довести примјена ове изреке. И најзад, у чему је њена актуелност у нашим условима.

Наравно, свако од поменутих питања може бити предмет посебног рада. Зато ћемо на свако од њих одговорити сасвим

<sup>2</sup> „На тај начин, пише Н. Мартиновић, згодним распоредом грађе, Богишић је стопио у Законнику два дијела: законик и уџбеник, све у форми законика. Уџбенички карактер законнику је дао с обзиром да тада у Црној Гори није било судија са правним факултетом него су то били све, углавном, људи из народа са најосновнијом писменошћу”, ВАЛТАЗАР БОГИШИЋ I (Историја кодификације црногорског имовинског права), Цетиње, 1958., стр. 211.

<sup>3</sup> За њу смо се определијелили, јер она, по нашем мишљењу, најбоље изражава намјеру и циљ који треба да се постигне читавим раздијелом.

<sup>4</sup> У оригиналу гласи: »Melius est sensum magis quam verba amplecti«, в. Д. Стојчевић — А. Ромац: *DICTA ET REGULAE IURIS*, II изд. Београд, 1971, стр. 255. Слична је и изрека: »Ratio est legis anima; mutata legis ratione mutatur et lex — Смисао закона је његова душа; променом смисла мења се и сам закон«, нав. дјело, стр. 433.

кратко, покушавајући да изнесемо оно најбитније. Јер сматрамо да су ова питања међусобно повезана, да логички произилазе једно из другог, да заједно чине цјелину.

Шта је Богишић хтио овом изреком? Тачније, за какво се тумачење он залаже? И да ли се ова изрека јавља само у чл. 993?

Наведена максима не појављује се први пут и једино у чл. 993. ОИЗ-а. Њу срећемо и у неким ранијим члановима, више или мање, изричито саопштеноу.

Тако се у чл. 4. прописује: „Кад се двоуми треба ли неко законско правило примјенити неком послу или случају, или кад правило није на први поглед посве јасно, тада ће се прибјећи к нарочиту тумачењу (776, 777), да би се разазнао прави му смисао и истинита намјера коју је законодавац имао кад га је постављао (778)”.<sup>5</sup> Сличне одредбе налазимо и у чл. 3. и 15. А у чл. 776. ст. 1, изричито стоји: „Кад се год какав закон тумачи, најприје ваља одредити, у колико треба, прости разум и смисао самих ријечи”.<sup>6</sup> Изразе разум и смисао закона налазимо и у чл. 802. и 811.<sup>7</sup> У вези са чл. 993 стоји и чл. 1026. који гласи: „кад тумачиш уговор, пази на ријечи, ал’ вазда с обзиром на вољу и намјеру”.<sup>8</sup>

Наведено нам говори да изрека из чл. 993. прожима Законик и увијек се, више или мање наглашено, јавља онда кад се ради о тумачењу његових норми, а тумачење је основа његове примјене.

Из реченог произилази да се Богишић залаже за тзв. *циљно и систематско* тумачење права.<sup>9</sup> Његов је захтјев да се полази од цјелине правног поретка, а да се имају на уму циљеви које треба тај поредак да оствари. А до самог циља долазимо кроз сазнање, намјере и воље законодавца.<sup>10</sup> Значи, знати норму је само *неопходан*, али не и *довољан* услов за њено ваљано тумачење и примјену. Од оног ко примјењује Законик тражи се дубље и шире знање. На тај начин се и дјелатност оних који примјењују право чини одговорнијом, али и узвишенијом.

Зашто овакав приступ у Законнику? По нашем мишљењу, он је посљедица Богишићевог гледања, не само на тумачење и

<sup>5</sup> ОПШТИ ИМОВИНСКИ ЗАКОНИК ЗА КЊАЖЕВИНУ ЦРНУ ГОРУ, наведено по књизи: В. Богишић: *ИЗАБРАНА ДЕЛА и ОПШТИ ИМОВИНСКИ ЗАКОНИК ЗА ЦРНУ ГОРУ*, Београд, 1986., стр. 247—8

<sup>6</sup> Исто, стр. 418.

<sup>7</sup> Исто, стр. 424. и 426.

<sup>8</sup> Исто, стр. 468. У напомени која се даје истиче се да је у првом издању законика овај члан гласио: „Кад тумачиш уговор, пази ријечи, али још више вољу и намјеру”.

<sup>9</sup> О тумачењу права видјети Р. Лукић: *ТЕОРИЈА ДРЖАВЕ И ПРАВА*, књ. II, III изд., Београд, 1958., стр. 239—240 и 241—2.

<sup>10</sup> То важи и за уговоре, као што се види из наведеног чл. 1026, јер: „Разговор је разговор, а уговор странама закон”, каже се у чл. 1020.

примјену права, већ и његовог схватања *настајања, одн. стварања права*. Онако како је он приступао процесу стварања Законика, тако је и тражио да се на Законик гледа у његовој примјени. То је, у суштини, *социолошки приступ права*.<sup>11</sup> Зато са правом можемо рећи да је основни Богишићев став био: *од живота ка праву, и од права ка животу*. У суштини, то је материјалистичка концепција и поглед на право.

Произилази да је Богишић право схватао као средство за постизање предвиђених циљева. Зато је он добро знао да то средство мора бити примјерено циљевима. А до примјерених средстава за остваривање циљева у друштву може се доћи само ако се то друштво добро познаје.

Творац ОИЗ-а био је човјек веома широког знања и погледа. Он је суверено владао знањем из различитих области. Зато, с правом, можемо рећи да је његово дјело поучан и лијеп примјер како су релативне и вјештачке ограде и границе између наука. Како је нужно за стварање истинских великих дјела изаћи из уских међа струке и познавати веома широку област друштвених појава. То је посебно важно при изради законика који регулишу бројне друштвене односе. Зато Богишић и његово дјело и данашњим правницима може послужити за велики узор.

Он и његов Законик су најбољи примјери како се норме не стварају и не настају из себе самих, већ из свијета друштвених односа и вриједности који их окружују. А такав приступ стварању права *обавезују* и приликом процеса његовог тумачења.

Овим не желимо да тврдимо да је Богишићев социолошки приступ у свим својим аспектима и резултатима потпуно истинит и научно прихватљив<sup>12</sup> Хоћемо само да нагласимо исправност његовог *методолошког* полазишта у коме је основни принцип да за примјену права није довољно знање само „ријечи законских”. То је једна од великих истина која не губи на својој актуелности ни у нашим условима. Због свега реченог Богишића с правом можемо сматрати *пиониром социологије права* код нас.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Ј. Даниловић у Предговору за Изабрана дјела В. Богишића, износи да „Богишићев метод рада укључује и широк социолошки приступ у изучавању правних обичаја и правне историје”, нав. дјело, стр. 32.

<sup>12</sup> Овим ми не тврдимо ни да је у свим својим дјеловима и нормама Законик „живио”, одн. примјењивао се. За једно такво тврђење потребно је темељито социолошко и историјско истраживање друштвене стварности у периоду после доношења Законика.

<sup>13</sup> Речено не значи да је Богишић имао јасну намјеру да постави темеље и да систематски развије једну социологију права. Не. До овог тврђења долазимо кроз анализу *резултата* до којих је Богишић дошао користећи се својом методологијом. У том смислу, Ј. Даниловић исправно истиче: „Богишић је у нас први поставио проблеме социјалних и економских фактора у развоју права”, нав. дјело стр. 37.

Сада ћемо покушати да покажемо до чега може (што не значи да и мора) да доведе примјена ове изреке. Као основа овог разматрања биће паралела између погледа и захтјева Богишића и, такође чувеног правног мислиоца, Чезаре Бекарије.<sup>14</sup>

Као и све појаве, тако и право носи у себи исконске супротности. Једна од њих, специфично правна, је противурјечност између принципа законитости и принципа цјелисходности. Прича о сукобу ова два начела догађала се и догађа кроз историју на много начина. Много труда, хартије и мастила утрошено је да се неки од ових принципа оправдају и прикажу као једино исправним. Ово није схоластичко питање. Његова примјена у пракси имала је веома значајне, а не ријетко и трагичне посљедице. Ово питање није ни само правно. О њему правници, више од других, расправљају, али посљедице примјене ових начела сви доживљавају.

Анализа чл. 993., као и неких других чланова ОИЗ-а показује да Богишићу није далека идеја коју садржи *принцип цјелисходности*.<sup>15</sup> Једноставно, не треба се искључиво и слијепо држати норме законика.<sup>16</sup> Наравно, из тога не произилази да је Богишић потпуно ниподаштавао и занемаривао значај *законитости*,<sup>17</sup> у корист цјелисходности.<sup>18</sup>

Дакле, иако Богишића не можемо означити за потпуног и искључивог сљедбеника начела цјелисходности, ипак, има чињеница које нас наводе на закључак да је та идеја њему била доста блиска. Начело које анализирамо, можда више од других, то показује.

Један други познати правник — Чезаре Бекарија, био је огорчени противник начела цјелисходности у тумачењу и примјени права. Он изричито каже: „Нема ништа опасније од оног уобичајеног аксиома да треба испитивати дух закона... Сваки човјек има своје гледиште, а и оно се разликује већ према тренутку. Дух закона био би, према томе, резултат добре или лоше логике суца, његове лаке или отежане пробаве... По томе би се судбина грађанина мијењала више пута већ самим прелазом његовог предмета од једног суда на други... По томе би се догоди-

<sup>14</sup> Свјесни смо *велике тешкоће* у поређењу мишљења Богишића и Бекарија, јер први се бави кривичним а други имовинским правом. А знамо да постоји веома велика разлика између ових грана права. Но, и поред тога, суштина два принципа, о којима говоримо, постаје и у једној и у другој области.

<sup>9</sup> О тумачењу права видјети Р. Лукић: *ТЕОРИЈА ДРЖАВЕ И ПРАВА*, књ. II, III изд., Београд, 1958., стр. 239—240 и 241—2.

<sup>16</sup> Изрека у чл. 1014. гласи: „Ни у праву своме не тјерај мак на конац”.

<sup>15</sup> О појму цјелисходности у праву видјети *ПРАВНА ЕНЦИКЛОПЕДИЈА*, Београд, 1979, 1979, стр. 144.

<sup>18</sup> О томе најбоље свједочи чл. 988. који гласи: „Закон је закон, ма како опор био”.

ло да исти суд кажњава исте злочине различитим казнама у различито вријеме, јер се није држао сталног и прецизног слова закона, већ варљиве несталности тумачења".<sup>19</sup> Дакле, видимо да је Бекарија одлучан заступник принципа законитости, тј. стриктног поштовања слова норме.<sup>20</sup>

Упоређујући ова два принципа<sup>21</sup> не можемо тврдити да је један или други мислилац у праву. Јер, „захтјев да се „иза” норми тражи, открива и спроводи дух, разум или смисао закона, не значи, само по себи, ни добар, ни лош захтјев. Пресудан критеријум јесу практичне *посљедице* које се остварују примјеном ових принципа. Било је примјера у историји када је принцип цјелисходности, у својој примјени, изазивао трагичне посљедице. Али, има и, не мало, примјера бездушног примјењивања које се стриктно држи слова закона. Наравно, има примјера и друге врсте за оба начела.

Показује се да *услови* у којима се спроводи једно начело одређују и посљедице које ће оно изазвати, а преко њих и сам карактер начела. Исти принцип у различитим условима даје различите посљедице.<sup>22</sup> Промјеном услова мијењају се и посљедице неког начела.<sup>23</sup>

Из тог разлога, нетачно би било супротставити Богишићево и Бекаријино полазиште као тачно и нетачно, као прихватљиво и неприхватљиво, као оправдано и неоправдано. Само кроз анализу друштвених односа у којима су живјели и стварали можемо наћи критеријум оправдања или одбацивања њихових ставова.<sup>24</sup> Али ни тада не би могли донијети коначан суд о природи самих начела.

<sup>19</sup> Cesare Beccaria: *О ЗЛОЧИНИМА И КАЗНАМА*, Сплит 1984., стр. 74.

<sup>20</sup> На истом мјесту Бекарија пише: „Неприкладности које настају због строге примјене слова казног закона не могу се уопће упоредити с лошим посљедицама његова тумачења”.

<sup>21</sup> Посебно, и веома значајно, је питање *зашто* овакве идеје код једног и код другог мислиоца. И то је, у највећој мјери, објашњиво у условима у којима су се формирала њихова мишљења и погледи на право.

<sup>22</sup> Монтескије пише: „Народу, за који су направљени, ти закони морају бити толико својствени, да ће бити врло риједак случај, ако закони једног народа могу одговарати неком другом”. *О ДУХУ ЗАКОНА*, цитирано по књизи: Д. Пејовић: *ФРАНЦУСКА ПРОСВЕТИТЕЉСКА ФИЛОЗОФИЈА*, IV издање, Загреб, 1983. стр. 157.

<sup>23</sup> На то указује Волтер: „... закони су прављени по мјери, по времену, по мјесту, по потреби итд. када су се потребе промениле, закони који су остали постали су смешни”, *ФИЛОЗОФСКИ РЕЧНИК*, Нови Сад, 1973, стр. 143.

<sup>24</sup> А. Цвитанић у Уводу за Бекаријино дјело објашњава чиме је условљен такав Бекаријин став: „Тиме је хтио потпуно стати на крај примјени начела негдашњих теоретичара кривичног права који су научавали да злочини никада не смију остати некажњени и да за то закони морају бити најшире интерпретирани”, нав. дјело, стр. 33.

Остаје још да погледамо у чему је значај наведене изреке данас, за данашњег правника. Првенствено, изрека садржана у чл. 993. усмјерена је *против нормативистичког*<sup>25</sup> схватања права. Наше вријеме, поред осталог, карактерише и тзв. империјализам нормативизма,<sup>26</sup> у пракси и у мишљењу. Свијест многих правника остаје заточеник у свијету норми. Све мање се истражује шта је било прије доношења норме, као и шта њено постојање треба да постигне.

Посљедица нормативизма је сужена и искривљена свијест која сматра да је довољно нешто да се пропише, па да се посљедице одмах и остваре. Таква свијест се заклања иза прописаног, што је, у ствари, друго лице немоћи пред стварним и незнања о њему. Још једна посљедица наглашеног нормативизма је и одсуство мјере између одржавања и пројектовања постојећег. Начин на који је Општи имовински законик рађен може и данас да послужи као веома поучан примјер како треба стварати законе.<sup>27</sup>

Погрешно би било да закључимо да је творац Законика негирао потребу знања и постојања норми. Уосталом, да овај класик права није прописима и законима придавао значај, зар би се прихватио тако тешког, али и захвалног, посла, као што је израда имовинског законика за једно неразвијено друштво. Богишић је вјеровало у моћ законских прописа, у снагу нормативног. Анализирана изрека казује само да је он захтијевао да се зна више и дубље од слова норми. Као што је речено, он је сматрао неопходним познавање норми али не и довољним условом за ваљану примјену права. Познавање прописа је само *дио* образовања сваког истински темељитог правника.<sup>28</sup>

Ови захтјеви су веома актуелни и данас у условима када се од савременог права и правника тражи да не само одржавају, већ и пројектују стварност.

<sup>25</sup> Наравно, овдје разликујемо нормативно схватање права од нормативистичког. О Богишићевом схватању закона и права видјети чл. 783. и 784. Законика.

<sup>26</sup> *Нормативизам у праву*, у нашим условима, у суштини је један од облика испољавања *волунтаризма у полигици*. Било би значајно изучавати везу ове двије појаве. При томе је веома битно тражити и налазити њихове *класне* основе и носиоце.

<sup>27</sup> О томе је најбоље чути самог Богишића. Видјети В. Богишић: *МЕТОД И СИСТЕМ КОДИФИКАЦИЈЕ ИМОВИНСКОГ ПРАВА У ЦРНОЈ ГОРИ*, Београд, 1967. стр. 135—151.

<sup>28</sup> О томе поучно и лијепо пише Д. Стојчевић: „За формирање младог правника је изванредно важно да усади у себе схватање да правник није слепи мерач правде са вагом на чијим тасовима леже безличне масе параграфа, људи и дела и да закони нису само маса параграфа, већ да су резултат одређене политике вођене у одређеним конкретним условима, које он као такве треба да примени на случајеве који су такође настали у одређеној средини и одређеним условима”, *РИМСКО ПРИВАТНО ПРАВО*, XIV изд., Београд, 1985, стр. 7.

И да закључимо ово размишљање о једној норми овог познатог законика, који је једна од најзначајнијих творевина наше културне баштине. Покушали смо да објаснимо једну од изрека због којих Законик има и дидактичку форму. Кроз њу, као кроз призму, преламају се многи Богишићеви погледи о праву. Без намјере да понављамо речено, можемо као најбитније извући закључак да о појединим правним порецима, законцима и нормама не судимо, првенствено, на основу онога што они прописују и за шта се залажу већ на основу последица које њихова примјена у стварности изазива. Познавање друштвених односа и вриједности је незамјенљиви дио знања сваког правника. Јер ондје гдје нема тог знања лако се прибјегава оправдавању постојећег позивањем на прописано. А гдје је то случај имамо поуздан знак немоћи званичних снага и њихове идеологије пред стварним. У том смислу, Богишићево дјело не само да учи, оно и опомиње.

*Dragan Vukčević*

#### SUR UNE SENTENCE JURIDIQUE

##### Résumé

L'objet de ce travail est l'analyse d'une sentence juridique contenue dans l'article 993 du Code civil de Bogišić et conçue en ces termes: »Qui ne sait que les termes de loi, il ne connaît pas la loi jusqu'à ce qu'il ne comprenne sa raison d'être«.

On insiste sur la nécessité d'une explication sociologique des normes. Si on n'a pas de connaissance des relations sociales et des valeurs d'où les normes naissent, il n'y a pas de bonne application ou de réalisation du droit. La naissance même du Code civil et la méthodologie dont Bogišić s'est servi au cours de sa réalisation sont les meilleurs exemples de l'accès sociologique à l'établissement du droit.

Par cette sentence se réfractent comme à travers un prisme les vues et les conceptions de Bogišić qui ne sont moins significatives et effectives même du point de vue actuel.