

Проф. др Невенка БОГОЈЕВИЋ-ГЛУШЧЕВИЋ

ПРАВНИ ОБИЧАЈИ У РИМСКОЈ ЈУРИСПРУДЕНЦИЈИ И ОПШТЕМ ИМОВИНСКОМ ЗАКОНИКУ ЗА КЊАЖЕВИНУ ЦРНУ ГОРУ

УВОД

Валтазар Богишић, истакнуто име европске правне науке друге половине деветнаестог и почетка двадесетог вијека, при изради Општег имовинског законика за књажевину Црну Гору вођен је поставкама школе етнолошке јуриспруденције.¹ Основна теза овог филозофског правца проучавања права је да се подлогом читавог законодавства једне земље треба сматрати кодификовано народно обичајно право. То право као изворно, чисто и неискварено писаним законима представља нешто специфично за сваку земљу и народ. Задатак правне историје и легислатуре је да у истој мјери проучава и писане законе и правне установе и народно обичајно право јер се тек на основу свих таквих истраживања могу наћи одговарајућа правна рјешења. Овако прихваћеним ставовима Богишић је напустио класична схватања Савињијеве историјско-правне школе, о универзалности писаног права с једне и искључивости

¹ Овај филозофски правац у проучавању права теоријски је уобличен од Богишићевог савременика, њемачког правног историчара Поста (1839-1895). Иначе, према мишљењу многих страних стручњака, оснивачем ове школе треба сматрати Богишића одн. његово учење о томе да се „читаво право састоји само и једино у мртвим словима писаних закона, нити у тумачењу тих закона већ, напротив, да је његов дио народно право као истински добро право које живи у народу без обзира на писане законе”; цит. пр. А. Мариновић, *Утицај дубровачког средњовјековног права на Богишићев Општи имовински законик за књажевину Црну Гору*, Гласник ЦАНУ, Одјељење друштвених наука, вол. IX/198, бр. 9/1989, стр. 117.

обичајног права с друге стране, којима се, иначе, у својим младим истраживачким годинама одушевљавао.

Ради што темељитијег сакупљања и проучавања правних обичаја Богишић је саставио свој познати „Напутак за описивање правнијех обичаја, који живе у народу”.² За припрему израде и у самој изради имовинског законика за Црну Гору прикупио је лично и путем анкете и кроз судску праксу огроман материјал који му је омогућио, како се у прогласу књаза Николе од 26. 4. 1888. каже, „да му дјело пође за руком”.³ Но, у новим приликама са краја XIX вијека за израду црногорског имовинског законика „није било довољно просто обичајно право, јар оно својим ограниченим обимом не може да покрије све прилике за које се указује потреба”.⁴ Требало је донијети законик „који не треба и не смије да се накалеми с туђине” него да се изведе „из народног темеља, па да се само прилагоди новим приликама”.⁵ Неспорно је да су ова два полазишта у основи одредила Богишићев однос према правним обичајима,⁶ односно обичају као извору права у Општем имовинском законнику.⁷

² В. Богишић, *Грађа у одговорима из различитих крајева Словенског југа*, Загреб 1874.

³ Никола Петровић-Његош, *Цјелокупна дјела*, књ. IV, *Говори*, Цетиње 1969, стр. 163-169.

⁴ Ибидем. Према ријечима самог аутора ОИЗ-а при изради Законика је требао да „води рачуна с једне стране о правцима и владајућим мишљењима у западноевропској законодавној теорији и пракси, али и с друге стране о оригиналности саме земље којој је законик намијењен” – В. Богишић, *Историја једне кодификације*, Париз 1896, стр. 2.

⁵ „Да се у овоме законодавном послу, поред свих неопходних обзира на податке науке и на законодавне радње образованих држава, главна пажња обраћа на народне појмове о правди и правници на обичаје, предања и на живе потребе црногорског народа”. В. Богишић, *Општи имовински законик за књажевину Црну Гору*, Нови Сад, 1980, стр. 6 (из Указа црногорског књаза Николе).

⁶ О томе су у новије вријеме писали: Ј. Даниловић, *Значај дјела Валтазара Богшића за наше право и правну науку данас*, Научни скуп: *Сто десет година Општег имовинског законика за Књажевину Црну Гору*, Правни факултет, Црногорска Академија наука и умјетности, Подгорица, Зборник Правног факултета, XXII-XXIII, бр. 1, 1998/1999, стр. 7-17; Ч. Богићевић, *Обичајно право у ОИЗ-у за Књажевину Црну Гору*, стр. 151-156; Ч. Лучић, ОИЗ као еклатантан примјер како се правно хармонизују обичајне норме, стр. 157-163.

⁷ О том питању нам је врло илустративан један цитат из текста Ч. Лучића, ОИЗ као еклатантан примјер како се правно хармонизују обичајне норме, Научни скуп: *Сто десет година Општег имовинског законика за Књаже-*

Чини се да је мало познато и релативно мало писано о томе да је у теоријском уобличавању Богишићевог поимања односа обичаја и закона неправедно запостављен утицај римског права, одн. римске класичне јуриспруденције. Међу малобројним радовима такве врсте који би упућивали на повезаност римског права и ОИЗ-а, односно који би указивали на директно преузимање правила римског права или пак посредно преузимање од других правних култура које су се угледале на римско право,⁸ истичу се радови Д. Радомана,⁹ Н. Војиновића¹⁰ и италијанског правног историчара с краја прошлог вијека Z. Rosse.¹¹ Иако изузетно значајни у проучавањима ове врсте, радови ових аутора нијесу исцрпили потребу даљих прецизнијих проучавања присуства римских правних постулата у црногорској кодификацији имовинског права с краја XIX вијека. Овај рад се у том смислу најављује као почетни.

Циљ наредних страница је да се детаљнијом анализом одредби Законика о правним обичајима и компарацијом са одговарајућим

вину Црну Гору, Правни факултет, Црногорска академија наука и умјетности, Подгорица, Зборник Правног факултета, XXII-XXIII, бр. 1, 1998/1999, стр. 161 („Ако се његова садржина (мисли се на ОИЗ) детаљније (а тиме и свеобухватније) анализира, уочава се колико је велики удио алогичног обичајно-правног односа, али како је (до прецизности) био пробирљив (мисли се на Богишића – објашњење у загради је моје) сакупљач тих искуствених драгуља, које је додатно доглачао”.

⁸ У XIX вијеку сачињене су неколике кодификације имовинског права (њемачка; *Das allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten*, 1794; француска, *De Code civile*, 1804 и аустријска, *Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*”, 1811) у којима је видан изузетно велики утицај правила и постулата римске правне науке, што је сам Богишић као научник морао имати у виду при теоријском уобличавању института и елаборацији низа питања имовинског права. О томе постоје бројни записи у његовим расправама, или пак писмима које је имао у широкој стручној кореспонденцији са другим правним историчарима. Детаљније код: Н. Војиновић, *Утицај римског права на Богишићев општи имовински законик*, Наша законитост, Загреб 1984, бр. 12, стр. 1278.

⁹ Д. Радоман, *Римска теорија правних обичаја и дјело Валтазара Богишића*, Годишњак Правног факултета у Осиеку, Осиек II, 1980, стр. 119-140.

¹⁰ Н. Војиновић, *Утицај римског права на Богишићев општи имовински законик*, Наша законитост, Загреб 1984, бр. 12, стр. 1277-1282.

¹¹ А. Zocco Rosa, *Influssi di diritto Romano sur una Legislazione Slavo-Serba*, Catania, 1896, стр. 63.; А. Zocco Rosa, *Codice civile del Montenegro*, Торино 1898.; Zocco Rosa, *Codice civile del Montenegro e il diritto Romano, con speciale riguardo al titolo dei digesti* „De diversis regulis iuris”, Catania 1897.

римским постулатима покаже колико су римски јуриспруденти били Богишићу узор.

РИМСКО ПОИМАЊЕ ОБИЧАЈА

1. Обичај, односно свијест о томе да право чине обичаји била је позната још од самог оснивања града Рима. Обичајно право у старом Риму било је у искључивој примјени све до доношења Закона XII таблица, који заправо представља његову кодификацију прилагођену новим потребама друштва. Осим Закона (*Lex duodecim tabularum*) из 451. старе ере у примјени су били и некодификовани обичаји уколико нијесу у протврјечности са њиме. Већина старих правних обичаја остала је и даље у примјени *praeter legem*. У првим фазама друштвеног развоја обичајна правила инкорпорирана су у народно памћење, заједно са религијским и моралним нормама.¹² Манифестују се у поступцима и радњама у којима се остварују, што је лијепо илустровано у разним свечаним обредима и ријечима у најстаријим приватним пословима.¹³

Овакво третирање обичаја као саставног дијела права у архаичном периоду треба везивати за релативно брз настанак римског концепта права, слабо раширену писменост и класне односе у држави.¹⁴ Наиме, Римљани су за непуну три вијека своју племенску организацију претворили у политичку, при чему су обичајна правила постала право. Свијест о томе да право чине само писане норме није им била нити могла бити блиска. Напротив, обичаји су и даље задржали значај који су имали и прије доношења прве римске кодификације. То је било могуће будући да су функције и структура обичаја и закона биле у основи исте. Право и обичај су правила понашања која регулишу односе у друштву и имају санкцију. Измијењене класне прилике до којих је дошло успостављањем републикан-

¹² P. Catalano, *Diritto e persone (Studi su origine e attualità del sistema romano)*, I, Торино, 1990.

¹³ Више о томе: М. Бајић, *Формализам и први уговори у римском праву*, Историјско-правни зборник, Сарајево, II, 3-4, 1950, стр. 3-14; N. Bobbio, *Consuetudine (I. teoria generale)*, и *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè ed., vol. IX; M. Talamanca, *Lineamenti di storia del diritto romano*, Милано 1979.

¹⁴ Види: С. Шаркић-А. Маленица, *Правне теорије и институције антике*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2004, стр. 193; M. Bretone-M. Talamanca, *Il diritto in Grecia e a Roma*, Ed. Latareza, 1981.

ског уређења учиниле су да улога обичаја као извора права буде иста као и у претходном периоду. Исти концепт обичајног права и његове равноправности са законом као извором права прокламовала је класа патриција ради заштите стечених политичких и економских привилегија. Позивање на старе обичаје имало је стога за њих посебну важност. Очувању обичаја као извора права поговодила је и околност да су се и обичај и закон преносили усменим путем. Познато је да је Закон дванаест таблица ради лакшег учења написан као нека врста стиха и да то што је дуго помињан и примјењиван у римској правној пракси неколико вјекова није случајност.¹⁵

2. Након доношења прве римске кодификације у којој је обичајно право обухваћено само дјелимично, а обзиром на околност да је обичај и даље остао извор права, у пракси се поставило занимљивим питање односа закона и некодификованог права, односно улоге некодификованих правних правила. Одговор на то и низ других питања везаних за обичаје (појам обичаја, обичајног права, његова односа према закону као извору права, карактеру и врстама обичаја који се примјењују, улози и карактеру обичаја) оставили су римски јуриспруденти класичног периода.¹⁶

Сви сачувани класични текстови показују да је правна наука тога доба обичаје сматрала извором права, а писано право примарним извором права. Чувени класичар Паулус је обичај сврставао у неписано право,¹⁷ а Улпијан, један од највећих римских правника дефинисао га је „као прећутну сагласност народа утврђена дугом навиком”.¹⁸ Дефиницију обичаја на више мјеста у Дигестама оставио је и Салвије Јулијан. Он је сматрао да је правни обичај други закон,¹⁹ и да се у случајевима за које нема писаног пра-

¹⁵ „Legem brevem esse oportet, quo facillius ab imperitis teneatur; velut emissa divinitas vox sit”, Seneca, *Epistulae*, 94, 38. Римљани су, иначе, сматрали, како Сенека напријед наводи, да закон мора бити кратак да би га неуди лакше памтили. Закон треба да буде сличан божанској поруци.

¹⁶ R. Orestano, *I fatti di produzione normativa dell' esperienza giuridica romana*, Torino 1962; A. Quarino, *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, II, Napoli 1982.

¹⁷ *Corpus iuris civilis*, Edit stereotipa, Berolini 1872, vol. II, *Digesta* (у даљем тексту означен као D.) Paulus, 1, 3, 36.

¹⁸ *Tituli Ulpiani, Ulpianove regule*, Загреб 1891, у преводу А. Ромац, 1, 4, пр. („Mores sunt tacitus consensuss populi longa consuetudine inveteratus”); Paulus, D. 1, 3, 36.

¹⁹ D. Iulianus, 1, 32, 1 („Consuetudo est altera lex”).

ва треба држати онога што је уведено обичајем и праксом.²⁰ Обичај је супсидијерни извор права чија снага произилази из народне воље, с том разликом што се закон доноси на скупштини а правни обичај ствара прећутно дуготрајним понављањем истог поступка. „Дуготрајна пракса не без разлога се сматра законом. То је оно право за које се каже да је установљено обичајем. Ако нас, наиме, и сами закони једино због тога обавезују што су прихваћени одлуком народа, оправдано је да и оно што је народ одобрио без икаквог записа обавезује све: зар има разлике између тога да ли ће народ гласањем изразити своју вољу или ће то учинити стварним ставом и поступцима? Из истог разлога је сасвим исправно прихваћено да закони могу бити укинута не само вољом законодавца већ прећутном сагласношћу свих тиме што не буду примјењивани”.²¹ Обичајима и устаљеној пракси, како тврди Aulus Gellius, сви су се у класичном добу покоравали.²² Гај је истицао да „дуготрајно вријеме и дуготрајно коришћење које надмашује људско памћење замјењује право”.²³

Извором права могли су бити само добри правни обичаји. Добри правни обичаји су они који су у складу са правним поретком. Обичај не може настати ни престати противправно, супротно правном поретку. Практика супротна праву не може ни створити ни укинута правни обичај,²⁴ односно рђави обичаји не могу постати ни дугом примјеном нити дужином времена извор права. Добри правни обичаји стар по свом настанку и примјени треба поштовати²⁵ и не тре-

²⁰ D. Iulianus, 1, 3, 32, pr („De quibus causis scriptis moribus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine introductum est”).

²¹ D. Iulianus, 1, 3, 32, 1 („Inverterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum, nam cum ipsae leges nulla alia ex causa non teneant quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensus omnium per desuetudinem obrogentur”).

²² Aelius Gellius, Noctae Atticae, 13, 16; A. Romac, Латинске правне изреке, стр. 107.

²³ D. Gaius, 41, 3, 1 („Longum tempus et longus usus, qui excedit memoria hominum, sufficit pro iure”).

²⁴ („Consuetudo neque iniuria oriri neque tolli potest”) – Д. Стојчевић-А. Ромас, *Dictae et regulae iuris*, Савремена администрација, Београд 1980, стр. 73.

²⁵ D. Ulpianus, 50, 17, 34 („Consuetudo loci observanda est”).

ба га напуштати.²⁶ Међутим оно „што је уведено не с разлогом, већ од почетка због заблуде, па је затим навиком прихваћено, није могло постати извором права јер се не прихвата у другим сличним стварима”.²⁷

Да би био примијењен, добар обичај је морао да испуњава критеријуме у погледу одређености, општих правила за примјену обичаја и правила у вези са важењем обичаја. Неодређен обичај, односно обичај који није јасан, сматрао се да и не постоји.²⁸ Обичај се није примјењивао ако се радило о ономе што је свима дозвољено по општем праву. Испред мјесног и регионалног обичаја увијек је било опште право.²⁹ Код правних послова заснованих на начелима правичности (*iudicia bona fidei*) требало се узимати у обзир и оно што је спадало у навике и обичаје.³⁰ Обичај није требало широко тумачити и „развлачити га до крајњих посљедица”.³¹

Треба ипак истаћи, упркос великој важности обичаја, да је у вези са ширином његове примјене, чак под условом да се поштују наведена правила, ипак било ограничења. Једна су узрокована разликом између обичаја и закона а друга основним постулатима судског поступка. Тако је за разлику од закона који је обавезан за све и за оне који га прихватају и који му се противе, обичај био прихватан на добровољној основи,³² што је утицало знатно на настанак обичаја. Исто тако простор за његову примјену се у некој мјери сужавао и тиме што је, ма како велики утицај имао обичај и схватање средине, оно било искључено ако је било „на штету очите ис-

²⁶ („*A comuni observantia non est recendum*”) – Д. Стојчевић – А. Ромац, оп. цит, стр. 17.

²⁷ D. Celsus, 1, 23, 1 превео А. Malenica, *Justinijanova Digesta*, књ. I, Београд 1997, стр. 111.

²⁸ („*Consuetudo debet esse certa, nam incerta pro nulla habetur*”) – Д. Стојчевић-А. Ромац, оп. цит, стр. 72.

²⁹ („*In hiis quae de iure communi omnibus conceditur, consuetudo alicuius patriae vel loci non est alleganda*”) – А. Ромас, Minerva, *Florilegij latinskih izreka*, Информатор, Загреб 1986, стр. 187.

³⁰ D. Ulpianus, 21, 2, 31, 30 („*Ea que sunt moris et consuetudinis, in bona fidei iudiciis debent venire*”).

³¹ („*Consuetudo non trahitur in consequentiam*”) – Д. Стојчевић – А. Ромас, оп. цит. стр. 73; А. Ромас, *Латинске правне изреке*, Глобус-Загреб, Љубљана, 1982, стр. 106.

³² („*Consuetudo volentes ducit, lex nolentes trahit*”) – Д. Стојчевић – А. Ромас, оп. цит. стр. 73;

тине”.³³ У неким случајевима примјена обичаја је укидана и законским путем, јер је њихова примјена у пракси неадекватна будући на новонастале друштвене околности. Тако је *lex Poetelia* укинуо обичајни пехум који је доводио до дужничког ропства.³⁴

3. На основу текстова класичара који су се теоријски бавили обичајима и обичајним правом може се установити да је улога правних обичаја у правном поретку била вишеструка. Њихова изузетна важност је учинила да се током читавог класичног периода и дуго након тога, све до Јустинијановог права, нису доводиле у питање њихова важност и обавезност. Ово право „је имало велики ауторитет, јер је толико пута доказано да га није било нужно сабрати у писаном облику”, како је то у седмој књизи о Сабину тврдио Паулус.³⁵ Посљедњи велики представник класичне јуриспруденције, Улпијанов ученик Модестин је то потврдио у првој књизи правила, коментаришући настанак римског права. Констатовоа је „да је свако право или створила сагласност, или је установила нужда, или је потврдио обичај”.³⁶

У доба важења класичног права писано право има приоритет у односу на неписано право. Правни обичај је био супсидијерни извор права. То се може закључити из више текстова класичара, прије свих Салвија Јулијана. Он истиче да се у случајевима у којима нема писаног права треба држати онога што је уведено обичајем и праксом. Ако пак није било ни у једном ни у другом рјешења за спорно питање, требало се послужити оним што је најсродније и најлогичније.³⁷

4. Важност правних обичаја није била само у њиховој супсидијерној примјени као извора права. Он је био изузетно значајан и за важеће писано право, законе, јер их је у случајевима њихове нејасности, непотпуности или непримјене појашњавао, допуњавао

³³ („*Consuetudo, licet sit magna auctoritas, numquam tamen, praeiudicat manifestae veritati*”) – А. Ромас, Минерва, *Флорилегиј латинских изрека*, Информатор, Загреб 1986, стр. 73.

³⁴ А. Malenica, *Римско право*, Нови Сад 1995, стр. 108.

³⁵ D. Paulus, 1, 7, 36; превео А. Malenica, *Јустинијанова Дијетса*, књ. I, Београд 1997, стр. 109.

³⁶ D. Modestinus, 1, 40, 1; превео А. Malenica, *Јустинијанова Дијетса*, књ. I, Београд 1997, стр. 111.

³⁷ D. Iulianus, 1, 3, 32 – („*Lex scripta si cessit, id custodiri oportet quod moribus et consuetudine introductum est, et si quod in re hoc defecerit, tunc id quod proximum et consequens ei est*”).

или укидао. Свједочанство о томе да су обичаји служили као тумачи постојећег права оставило је неколико класичара. Паулус је чак најбољим тумачима законских правила управо сматрао правне обичаје.³⁸ Од истог аутора остало је и правило да „најмање треба мијењати оно што је увијек на исти начин тумачено”.³⁹ Калистрат је указивао на важност правног обичаја и судске праксе и потребу њихове обавезне примјене у случају нејасности закона којег треба примијенити.⁴⁰ Правни обичаји и општеу својена пракса су били јачи од неписаног закона ако се односе на посебне случајеве, а тумачили су писани закон ако је закон имао општи карактер.⁴¹

Да би се објаснило оно што није било јасно да је учињено у неком случају, требало је, према Улпијановом упутству, узети оно што се у одређеном крају најчешће догађало.⁴² Исто тако ако није било у датом случају прописа о коришћењу земље, требало се умјесто закона држати старих обичаја.⁴³ Устаљену праксу требало је поштовати као право и закон у случајевима који нијесу били регулисани писаним законом.⁴⁴

Из наведених Улпијанових текстова је јасно да је обичајно право у класичном периоду било у примјени као опште право, одн. генерални обичај који се примјењује по територијалном принципу, али и да су у примјени партикуларни обичаји који се обликују према средини у којој се развијају и важе за то подручје. Стога је правни обичај класичног периода појмовно разуђен. Генералних обичаја је релативно мало у односу на све друге разне врсте обичаја. Партикуларистички обичаји одговарају друштвеној средини у којој се развијају па се стога прихватају као најбоље рјешење код

³⁸ D. Paulus, 1, 3, 37 – („*Consuetudo est optima interpres legum*”).

³⁹ D. Paulus, 1, 3, 23 – („*Minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt*”).

⁴⁰ D. Calistratus, 1, 3, 38 – („*In ambiguitatibus quae legibus profiscuntur, consuetudinem aut rerum perpetuo similiter indicatarum auctoritatem vim legis obtinere debere*”).

⁴¹ Д. Стојчевић – А. Ромас, оп. цит. стр. 72; А. Ромас, Латинске правне изреке, Глобус – Загреб, Љубљана, 1982, стр. 106.

⁴² D. Ulpianus, 50, 17, 34 – („*Si non appareat quod actum est, erit consequens ut id sequamur quod in regione in qua actum est, frequentatur*”).

⁴³ D. Ulpianus, 39, 3, 1, 23 – („*Si lex agri non inveniatur, vetustatem vicem legis tenere*”).

⁴⁴ D. Ulpianus, 1, 3, 33 – („*Diuturna consuetude pro iure et lege in his quae non est ex scripto descendum, observari solet*”).

тумачења нејасних закона. При томе се као врло важна мора узети у обзир и чињеница да је обичајно право, односно обичај који настаје у датој средини формиран у тијесној вези са моралним⁴⁵ и религијским нормама⁴⁶ и да је партикуларно обичајно право конгломерат свих ових правила изграђених кроз дуготрајну примјену. Стога се партикуларни обичаји међу собом разликују онолико колико су им коријени из којих настају различити.

5. Осим што су служили да допуњавају и тумаче законе правни, обичаји су могли у римском праву укидати законе уколико они не би били примјењивани. Једном донијето правно правило које се не примјењује временом је падало у заборав као и да није доношено. Такво правило практично није било од значаја и замијењивало га је правило које је било општи правни обичај. У том случају обичај је, према класичној доктрини, био јачи од закона.

Примјери укидања таквих закона били су познати у периоду републике. Због непримјењивања (*desuetudo*) укинута су и замијењени правним обичајима правила Закона XII таблица о увредама, друго поглавље *Lex Aquilia* којом је регулисано питање накнаде штете, *Leges Sinfraonia* који је забрањивао раскош патриција и *Lex Orpīa* који је за вријеме Ханибала прописивао скромно облачење патрицијских жена, забрањивао њихово вожење по Риму и ношење накита.⁴⁷ Правни обичај није једино могао укинути природно право које у односу на правни обичај има апсолутни примат.⁴⁸

У дјелима класичара налазимо цитате који указују на изузетну важност обичаја и њиховој примјени мимо ситуација које смо претходно навели. Неки наводи упућују да се обичајно право може стварати кроз праксу правосудних магистрата, односно да су Римљани познавали неку врсту „судског обичајног права.“ Тако се у Калистратовом наводу у Дигестама истиче да „судија не треба лако да одступи од уобичајене праксе која је дуго времена би-

⁴⁵ Детаљније код: F. Amarelli, *Potere e valori etici nel pensiero della prima patristica, Iuris vincula I*, Studi in onore di M. Talamanca, Napoli 2001.

⁴⁶ О томе више: F. Sini, *Sua cuique civitati religio. Religione e diritto pubblico in Roma antica*, Torino 2001.

⁴⁷ Детаљније: Н. Богојевић-Глушчевић, *Легислатива Рима и схватање личности и права грађана*, Гласник ЦАНУ, Одјељење друштвених наука, Подгорица, бр. 7/1992, стр. 101-117.

⁴⁸ I. 1, 2, 11 – („Naturali iure consuetudine derogari non potest“).

ла у употреби.”⁴⁹ У сличном смислу може се тумачити и Улпијаново становиште да „кад се установљава нешто ново, треба да буде јасна потреба да би се одступило од правила које се дуго сматрало правичним.”⁵⁰ Очигледно је да су у праву аутори који на основу тих навода тврде да су у класичном праву сматрали обичајним правом судску праксу у оном дијелу у којему се ствара мимо писаног права, на основу дуготрајног понављања истих поступака у истим или сличним правним ситуацијама.⁵¹

6. Правни обичаји су били коришћени у римском јавном праву. Забиљежено је неколико случајева примјене обичаја у јавноправној сфери, нарочито у првим вјековима развоја римске државе. Аутори који се баве овом проблематиком за илустрацију ове тврдње наводе једну одлуку Валерија Флака из доба римске републике. Он је, противно дотадашњој законској забрани, дозволио улазак Јупитеровог фламина у Сенат. Овакву дозволу укинуо је претор Lucinius посебним правним обичајем.⁵² Са јачањем државе почетна изузетна улога обичаја се смањује а повећава значај писмене регулативе у области јавног права.

7. У посткласичном римском праву обичај као неписано право био је извор права. То потврђују и законски текстови из тог периода и *Corpus iuris civilis*. У Теодосијевом кодексу било је прописано „да све што је временом и обичајем уведено у начин наплате пореза не треба мијењати”.⁵³ Из истог периода је познато правило да „оно што се чини супротно обичају и навикама предака не може се ни одобрити ни сматрати правилним”.⁵⁴ У првој књизи Инститиција записано је да „из неписаног настаје право уколико је потврђено примјеном, јер свагдашњи обичаји, потврђени сагласношћу оних који их примјењују, подржавају закон”.⁵⁵ Као и кла-

⁴⁹ D. Callistratus, 1, 3, 38 – („Iudex ab auctoritate rerum perpetuo similiter iudicatarum non facile recedere debet”).

⁵⁰ D. Ulpianus, 1, 4, 2.

⁵¹ Д. Радоман, оп. цит, стр. 126.

⁵² Вилемс, *Римско јавно право*, Београд 1896, стр. 49. Види: Д. Радоман, оп. цит, стр. 125.

⁵³ *Codex Theodosianus (Theodosiani libri XVI cum constitutionibus Sirmondianis et leges Novellae ad Theodosianum pertinentes)*, Ed. Th. Mommsen et. P. Mayer, Berolini 1905, vol. 11, 7, 15.

⁵⁴ (Quae praeter consuetudinem et morem maiorum fiunt, neque placent, neque recta videntur”)–A. Romas, op. cit, стр. 109.

⁵⁵ *Corpus iuris civilis*, vol. I, (у даљем тексту означен са I), 1, 2, 9 – („Diuturni mores consensus utentium legem imitantus”).

сичар Јулијан компилатори су сматрали да обичај настаје свакодневном примјеном и да му снагу извора права даје чињеница да је као и закон проистекао из сагласности оних на које се примјењује. Посткласичар Хермогенијан је указивао на изузетну важност обичаја и сврставао га у важан извор права, скоро у истој равни са законом. Он је тврдио да „Неписано право (обичај) које је пракса потврдила постаје право”.⁵⁶ У Дигестама је такође садржано његово одређење правног обичаја и извора правног обичаја. Апострофирао је њихову важност истичући да „има исту снагу као и писано право оно што је потврђено дуготрајним обичајем и поштовано кроз многе године као прећутни споразум грађана”.⁵⁷

У осталим дјеловима кодификације поклоњена је велика пажња обичајима као извору права.⁵⁸ У Кодексу су значај обичаја уопште и његова важност као супсидијерног извора права истакнути у рубрици „*Quae sit longa consuetudo*”. У првој од три конструкције, колико садржи ова рубрика, наглашава се обавеза државних органа (управника провинције) да чува постојеће обичаје и поштује обичајно право јер то налажу разумни разлози.⁵⁹ У примјени је сваки обичај, изузев за случај да је супротан разуму или закону.⁶⁰ О важности и значају обичаја као извора права у посткласичном праву свједочи трећа конституција из 449. године у којој је експлицитно наведено да „Од давнина чуван и прихваћен правни обичај подржава и замјењује закон. Разумном обичају треба се покоравати као и закону.”⁶¹

⁵⁶ D. Hermogenianus, 1, 3, 35 – („*Ex non scripto ius venit, quod usus comprobavit*”).

⁵⁷ D. Hermogenianus, 1, 3, 35 – („*Quae longa consuetudine comprobata sunt ac per annos plurimos observata, velut tacita civium conventio, non minus quam ea quae scripta sunt iura servantur*”).

⁵⁸ A. Malenica (нав. дј., стр. 218) сматра, мада истиче „да нема судска документа на основу којих би поткрепио своју тврдњу, да је поклањање велике пажње у кодификацији правним обичајима знак да је он био значајнији извор права на провинцијским судовима.” Сматрамо да је његова тврдња и без додатне елаборације на коју се он позива тачна.

⁵⁹ Corpus iuris civilis, vol. II, Cidex Iustinianus (у даљем тексту означен са C. J.), 8, 52, 1 – („...*causa cognita statuet, nam et consuetude praecedens et ratio quae consuetudinem suasit custodienda est...*”).

⁶⁰ C. J., 8, 52, 2 – („...*non auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, u taut rationem vincat aut legem*”).

⁶¹ C. J., 8, 52, 3 – („*Legees quque ipsas antiquitus probate et ervata tenaciter consuetude imitator et retinet. Obtemperandum est consuetudini rationabili tamquam legi.*”).

У Јустинијановим Новелама садржана су правила у погледу тога какав мора бити обичај да би могао бити у примјени. Као у докласичном и класичном римском праву уважавани су само добри правни обичаји. Њихова улога је била у томе да отклоне оно што би рђави обичаји увели у праксу, како је то већ било записано од познатог Сенеке.⁶² „Рђаве обичаје нијесу ни дужина времена ни дуго примјењивање могло учинити оправданим за примјену”.⁶³ Сваки покушај увођења рђавог обичаја у обавезну примјену не би био прихваћен јер су посткласичари сматрали да „пракса која је уведена насупрот правном поретку се прије може назвати злоупотребом него правним обичајем”.⁶⁴ Истог смисла је и правило да „Пракса која је супротна праву није могла ни створити ни укинути правни обичај”.⁶⁵ Обичај који је стар по своме настанку и по својој примјени, сматрали су компилатори, требало је задржати,⁶⁶ као и оно што је у пракси било општеусвојено.⁶⁷ Инсистирали су да код обичаја не треба гледати само на дужину времена постојања, него на чврстину основа њихове примјене, на његову начелну ваљаност.⁶⁸ Разум је био формална основа обичаја. Обичај се није заправо могао одржати у примјени ако није имао рационално објашњење.⁶⁹

У посткласичном праву правни обичаји су задржали скоро све раније карактеристике као и однос према писаном праву. Једино је њихова улога у укидању закона због непримјењивања, која је важила у прекласичном и класичном праву, у вријеме цара Констан-

⁶² („Vona consuetude excutere debet quod mala instruit”) – А. Ромас, *Латинске изреке*, оп. цит, стр. 106.

⁶³ *Corpus iuris civilis*, vol. III, *Iust. Novellae* (у даљем тексту означен као N.), 134, 1 („Malae consuetudines neque ex longo tempore neque ex longa consuetudine confirmantur”)

⁶⁴ („Consuetudo contra trationem rationem iuris introducta potius usurpatio quam consuetude appellari”) – А. Ромас, *Минерва, Флорилегиј латинских изрека*, оп. цит, стр. 117.

⁶⁵ („Consuetudo neque iniuria origi neque tolli potest”) – А. Ромас, *Латинске изреке*, оп. цит, стр. 106.

⁶⁶ („Mos fidelissime vetustatis retinendus est”) – А. Ромас, *Латинске изреке*, оп. цит, стр. 108.

⁶⁷ („A communi observatia non est recedendum”) – Д. Стојчевић, оп. цит, стр. 17.

⁶⁸ („In consuetudinibus, non diuturnitas temporis, sed soliditas rationis est consideranda”) – Д. Стојчевић, оп. цит, стр. 181.

⁶⁹ („Ratio stt formalis causa consuetudinis”) – А. Ромас, оп. цит, стр. 109.

тина била дискутабилна. Наиме, цар Константин је сматрао да је закон увијек важнији од обичаја, да обичај не може бити извором права истог ранга као и закон и да стога правни обичај не може укинути закон.⁷⁰

Покушај смањења значаја правних обичаја није прихваћен у вријеме цара Јустинијана. Он је потврдио раније схватање о моћи правног обичаја да може да укине закон, што је у пракси показао на неким правилима из кадукарних закона и једном законском тексту донијетом у вријеме цара Константина. Стога се може рећи да је током дуге историје развоја римске државе и права правни обичај имао моћ да законе који се не примјењују укине и да су неки покушаји оспоравања такве улоге обичаја у посткласичном праву остали безуспјешни. Једино, као и у претходним периодима, правни обичај није могао укинути природно право.⁷¹ Касније је у *Corpus iuris canonici* ово правило у неизмјењеном облику садржано, уз додатак да се то односи и на позитивно право.⁷²

Анализирана правила о обичајима из неисцрпне ризнице римског права могу се допунити са два која нијесу дали јуриспруденти, али су врло занимљива будући да илуструју на прави начин колики је значај имао обичај у свакодневном животу Римљана. Цицерон је обичај сматрао „другом природом”,⁷³ а о распрострањеном и укоријењеном схватању да је обичај у основи регулативе у римској држави пјесник Publicius Sirus је писао да је „власт правног обичаја изузетно важна.”⁷⁴

Наведени и други текстови посвећени материји обичаја и обичајног права разбацани на неколико мјеста у Јустинијановој кодификацији указују да су Римљани имали широку примјену обичаја у приватном и нешто мању у сфери јавног права и да су текстови правника из разних периода развоја римског права, зависно од организације власти и друштвених односа, показали да је оби-

⁷⁰ P. Catalano, *Diritto e persone I, Studi su origine e attualita del sistema romano*, Торино, 1990, стр. 67; Д. Радоман, оп. цит, стр. 124.

⁷¹ I. 1, 2, 11 – („Naturali iure consuetudine derogari non potest”).

⁷² *Corpus iuris canonici*, 27, 1 („Iuri divino sive naturali sive positivo nulla consuetudo potest derogare”) – А. Ромас, оп. цит, стр. 108.

⁷³ Цицерон, *De fin*, 5, 25, 74 – („Consuetudo est quasi altera natura”); цит. пр. Д. Радоман, нав. дј, стр. 123.

⁷⁴ („Gravissimum est imperium consuetudinis”); цит. пр. Д. Радоман, нав. дј, стр. 123.

чај у свом одређењу имао класни карактер. У свакој фази развоја обичаји као правила понашања су одговарали одређеној интересној групи која је намеће свима осталима. Тако се у првом периоду развоја разликује обичајно право које одговара гентилској организацији, потом обичајно право које настаје у времену подјеле на класе, обичајно право и обичаји у разним дјеловима простране римске империје у периоду принципата и домината. Стога су сви текстови о обичајима исказивали постојање разних обичаја: обичаја породице, рода, генса, мјеста, града, провинције, перегрина, општи правни обичаји, правни обичај из тумачења правника, судска пракса и низ других.⁷⁵ У посткласичном праву је стога настала и изрека „Tot civitates, quot consuetudines” – Колико држава, толико обичаја.⁷⁶ Без обзира на све различитости које је неминовно са горе наведених разлога обичај морао имати, неспорно је за све етапе у развоју права да је обичај имао велику улогу у животу народа и да је имао своју еволуцију у којој је доживљавао промјене од неформалног ка формалном извору права, од уплитања у постојећа правна правила до њихове измјене или чак укидања.

Обичај који је заживио у пракси и који је по правилу као устаљено правило понашања конзервативан, могао је под одређеним измијењеним околностима утицати да се промијени управо да би одговарао новонасталим приликама. При томе на његово коначно обликовање утичу и морална и религијска правила која су исто тако особен друштвени продукт средине у којој настају. Приоритетна су, свакако, организација државе и моћ писаног права у тако формираној држави. Са напријед реченог јасно је да је у неким периодима развоја римског права примат у примјени имао закон уз изузетну потпору обичајног права, а у другима је обичај био у примјени равноправно са законом, док је у неким ситуацијама обичај био приоритетан у примјени. У периоду доминације писаног права улога обичаја била је, без обзира на његов секундаран значај као извор права, у томе да тумачи нејасан закон, допуњује законску норму, попуњава законску празнину и укида закон који није у примјени дуго времена.

⁷⁵ О свим појмовима детаљније са упућивањем на изворе код: Daranberg, Seglio et Potier: *Dictionnaire des antiquite des grecques et Romaines*, Т. III, стр. 2001-2004.

⁷⁶ А. Ромас, *Латинске изреке*, оп. цит, стр. 109.

ПРАВНИ ОБИЧАЈИ У ОПШТЕМ ИМОВИНСКОМ ЗАКониКУ

1. Валтазар Богишић је на више мјеста у својим радовима износио, полемишући са најпозванијима из струке, своје виђење обичајног права и „правности обичаја”. Прије доношења Општег имовинског законика то је изложио, узимајући у обзир значај обичаја и обичајног права још од римског до ондашњих права, у Приступу „Грађи у одговорима из различитих крајева словенског југа”⁷⁷ и тексту „О обради обичајног права.”⁷⁸ У овом раду објављеном у књизи „Правни чланци и расправе” Богишић је објаснио потребу доброг познавања обичајног права за које се определијелио у припреми израде Општег имовинског законика наводећи да то чини „да би се објаснило оно што је ушло у писане законе и да створи одређени појам неке правне установе у њеном историјском развићу.”⁷⁹ Истовремено је одбацио критике проф. Леонтовича упућене његовом схватању закона, односа писаног и обичајног права, као и методу прикупљања грађе. Изложио је аргументовано да први закони нијесу увијек кодификације обичајног права, да они постоје и без формалног признавања од законодавца, као и да нови закони мијењају увијек постојеће обичаје.⁸⁰ Свој поглед на обичајно право и однос обичаја и закона Богишић је детаљно елаборирао у Приступу „Грађи”. Оштро је критиковао западну правну науку зато што при изради законске регулативе законодавци, судије нити научници не узимају у обзир потребе народног живота. Инсистирао је на томе да одбаци владајуће мишљење о томе да обичајноправне норме извиру из саме навике непрекидним испуњавањем подуже времена и враћа се изворном римском схватању обичаја као форме израза унутрашњих потреба и увјерења народа. На словенском југу обичајно право има широко поље дејства, па законодавац при састављању закона мора пазити на обичаје. У случају сукоба закона и обичаја треба ради отклањања несагласности приступити законском и научном тумачењу. Уколико такво тумачење не даје ре-

⁷⁷ В. Богишић, *Грађа у одговорима из различитих крајева словенског југа*, ЈАЗУ, Загреб 1974.

⁷⁸ В. Богишић, *Правни чланци и расправе*, Загреб 1886, стр. 52-79.

⁷⁹ В. Богишић, оп. цит, стр. 52.

⁸⁰ Детаљније: М. Ивовић, *Појам обичајног права и схватање Валтазара Богишића о правности обичаја*, Гласник Одјељења друштвених наука ЦАНУ, Подгорица, вол. IX, 1989/19, стр. 41-43.

зултат, предлаже два рјешења тог проблема, зависно од тога да ли је законодавац знао или не за постојање обичаја. У првом случају закон има примат над обичајем а у другом би, након интерпретације, предност требало дати обичају јер он најпотпуније изражава природу таквих института, послова и случајева.⁸¹

Богишићева поимања обичаја су била, како је назначено у уводу, предмет научних анализа и занимања низа домаћих и страних аутора, његових савременика, историчара и теоретичара права прошлог вијека све до најновијих дана. Ранија, а нарочито новија истраживања с краја XX вијека потврђују и актуелизују изузетну вриједност Богишићевог метода у изради Општег имовинског законика. Његово сакупљање обичаја и обичајног права и новија истраживања у пракси⁸² међусобно се разликују само у нијансама.

Неспорно је у свим радовима истакнут особен Богишићев приступ овој материји који је крунисан законом који представља врх наше правне културе.⁸³ Наши аутори су углавном били склони истичати да је Богишић био нарочито под утицајем историјско-правне школе, Пухте и Савињија, при чему су неке разлике у гледањима видјели као нијансе истог виђења и по том основу их занемаривале. У сјенци тих анализа изостало је Богишићево поимање обичаја у односу на римско право, римске правнике и њихово виђење обичаја и обичајног права.

2. Валтазар Богишић је, како је то записано у „Зборнику садашњих правних обичаја у Јужних Словена”, сматрао да се основ и извор правних обичаја налази у народу. „У правним обичајима огледа се народна правна свијест будући да је обичај правни из-

⁸¹ Више о томе: М. Ивовић, оп. цит, стр. 37-40.

⁸² Види: Ђ. Крстић, *Правни обичаји код Куча*, Балканолошки институт САНУ, Београд, 1979, стр. 15.

⁸³ Бројна литература посвећена овом питању уз критички осврт може се наћи код: П. Стојановић, *Привидне противурјечности одредби Општег имовинског законика (Прилог његовом проучавању)*, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1 из 1974, стр. 299-317. Уз то треба користити зборнике са научних скупова посвећених прославама излагања Општег имовинског законика или Богишићева рођења у којима се Богишићево дјело разматра са разних аспеката. У том смислу нарочито је значајан научни скуп у организацији ЦАНУ 1988. године поводом 100 година излагања ОИЗ који је окупио најпознатије домаће и стране научнике који се баве дјелом Валтазара Богишића, као и студија Јелене Даниловић приређена у Предговору Одабраних радова Валтазара Богишића објављена 1995. године у издању Унирекса.

ражај народног духа као неког посебног мистичног чиниоца”.⁸⁴ Овакво Богишићево тумачење основа обичајног права као народног права чији је извор у народном духу идејно се ослања у почетку на историјско-правну школу, касније на словенске писце и школу етнолошке јуриспруденције.⁸⁵ Оно је скоро у потпуности различито од римског поимања основа и извора обичаја и обичајног права које је, како смо већ навели у првом дијелу, дао класичар Јулијан у својим радовима.⁸⁶

Изузев ове разлике која проистиче из основног Богишићевог полазишта у припреми израде Општег имовинског законика може се сасвим основано тврдити да је Богишић ову правну материју третирао највише по начелима римске теорије правних обичаја. Текст Општег имовинског законика то у потпуности потврђује, почев од дефинисања правног обичаја до одређивања његових функција у односу на постојећа писана правила.

Према члану 779. Општег имовинског законика правни обичај је дефинисан као „оно правило које се држи и које влада у народноме и судскоме животу, а није ушло међу правила писаног права”. Јасно је да је као и у римском праву правним обичајем било обухваћено право створено у народу, *ius non scriptum*, и судска пракса у оном дијелу правила њеног поступања која нијесу обухваћена писаним правом. Богишић признаје, као и у римском праву, постојање разних обичаја и дозвољава њихову примјену, као, нпр. постојање посебних пословних обичаја у члану 780. ОИЗ-а. У тој одредби закона је наведено „да када се примјењује правило обичаја, а ради се о послу за који има посебних обичаја у кругу људи који се по занату или иначе редовно баве таквом врстом послова (трговци, занатлије итд.), треба се владати по обичајима тога особитога круга, уколико нијесу у опреци са законом или благонрављем”.

⁸⁴ В. Богишић, *Зборник садашњијех правних обичаја у Словена*, Загреб 1874, стр. 425, 450.

⁸⁵ Н. Павковић, *Теоријски оквири проучавања обичајног права у југословенској етнологији права*, Етнолошки преглед, 17, Београд 1982, стр. 123-141.

⁸⁶ В. Богишић, *Метод и систем кодификације имовинског права у Црној Гори*, за штампу приредио Т. Никчевић, САНУ, посебна издања, књ. CDIX, Одјељење друштвених наука, књ. 60, Извори српског права II, Београд 1967, стр. 44.

Како се из овог и низа других правила у Закону⁸⁷ уочава, Богишић је уз правне обичаје поменуо и морална правила јер су по његовом схватању оба чинила јединство. Изванредну илустрацију овог навода налазимо у члану 782. ОИЗ у коме законодавац каже: „Темељ је, разумије се и закону и закониту обичају, правда и правича, те кад судац суди по правилима узетим из закона или законита обичаја, он свакако ради на основу правде и правиче”. Правда је повезана са правилима важења моралног закона чији је извор у субјективном осјећању дужности. Правне дужности не смију доћи у колизију са етичким дужностима.⁸⁸ Водећи рачуна о континуитету народне мисли и традиционалној снази моралних санкција примјењиваних у условима обичајног права у Црној Гори, тврди С. Томовић, „аутор Имовинског законика постиже то да сили закона у вези са имовинским односима придружи дејство моралног фактора. Овим моралне снаге народа уздиже до висине научног права – научно право изводи из коријена народног обичаја и живота”.⁸⁹ Све наведено илуструје члан 989 Закона у којему се каже: „Тек у закониту обичају вриједи ријеч: што је од обичаја, то је од закона”.

Ово правило истовремено објашњава да је у Општем имовинском законнику обичај био извор права као и закон. У потпуности подсећа на познату Улпијанову изреку „да устаљену праксу треба поштовати као право и закон у случајевима који нијесу регулисани писаним законом”.⁹⁰ Ипак, писано право има примат и обичај је тек супсидијерни извор права.

⁸⁷ Валтазар Богишић, *Изабрана дјела*, књ. 5, *Општи имовински законик за књажевину Црну Гору*, Унирекс, Београд – Подгорица 1999, дио шести, Раздио I, чл. 782, 785, 783; Раздио VII, чл. 989. (у даљем тексту означен као Општи имовински законик).

⁸⁸ Више о томе код: С. Томовић, *Богишићево схватање јединства права и морала*, Зборник Правног факултета у Подгорици, VII, бр. 12-13, 1985, стр. 81; Ђурица Крстић, *Правни обичаји у прошлости и данас-компарације и концепције*, Подгорица 1997, ЦАНУ, Одјељење друштвених наука, књ. 8, посебна издања, књ. 36, стр. 16; П. Стојановић, *Међусобни односи и међуутицаји законских прописа и обичајног права у Црној Гори* (осврт на стање у XIX вијеку.), *Обичајно право и самоуправа на Балкану и суседним земљама*, Зборник радова са међународног научног скупа, САНУ, Балканолошки институт Београд, 1974, стр. 321.

⁸⁹ С. Томовић, оп. цит, стр. 83.

⁹⁰ D. Ulpianus, 1, 3, 33.

3. Обичаји су служили за попуњавање празнина у Закону. То се да закључити из члана два законика у којему је записано: „У пословима за које се не би нашло правила у овоме Законику ни у додацима његовима, треба се владати по правилима која у добрим обичајима живе”. О томе да је обичај извор права говори и члан 783. Законика у којему се објашњава значење ријечи закон. У ставу два овог члана наведено је „да ријеч закон може обузимати и правила која законодавна Власт поставила није, а опет се врше као да су изрично постављена; така су нпр. правила обичаја”. Овакво правило је садржано у римском праву у Јулијаново изреци да је правни обичај исто што и други закон.⁹¹

Као и у римском праву, правни обичаји су служили као допуна законске норме. То се може закључити повезивањем другог, трећег и четвртог члана са чланом 776. Имовинског законика. Чланом 4 било је прописано да се у случају непотпуна и нејасна законска правила треба „прибјећи к нарочиту тумачењу, да би се разазнао прави му смисао и истинита намјера коју је законодавац имао кад га је постављао”. У случају да се на основу таквог тумачења установи да „узаконитељ није, при постављању правила, мислио о врсти послова о којој је ријеч”, онда се сматра као „да о томе ни правила у закону нема”.⁹² У другом ставу истог члана законодавац је обавезивао судију да у том случају примјени члан 2 и члан 3 Имовинског законика, чији је смисао садржан у правилу да се када нема законских правила, примјењују обичаји који у народу живе.

У Општем имовинском законику су кодификовани као законске норме правни обичаји, односно у законику су нормиране бројне правне установе које су се развиле из обичајног права. Ове норме су разбацане по читавом Законику, а највише позивања на њих има у првом дијелу, раздјелу пет, трећем дијелу скоро у сваком раздјелу, нешто мање у четвртном дијелу и петом дијелу у раздјелу шест. Тако се у чл. 143 Законика (први дио, раздио V) који регулише завршна правила помеђашке угодбе истиче да се „по правилу овог раздјела треба владати у свим помеђашким приликама ове врсте, уколико у појединим мјестима и послима другачије не одређује закон или обичај, или уколико сами сусједи иначе не уреде”. На предност обичаја упућује и чл. 225 којим се регулише предаја ства-

⁹¹ D. Iulianus, 1, 3, 32, 1.

⁹² Општи имовински законик, чл. 777.

ри код купопродајног уговора. Овом нормом је предвиђено да предаја ствари терети продавца, а трошкови око преноса ствари купца. Међутим, то правило важи „ако погодба или обичај иначе (то не одређују)”. Предност је у регулативи дата обичају и аутономији воља странака. У члану 282 обичај је уврштен, заједно са уговором и законом, у извор који може равноправно бити коришћен приликом уређивања рока за исплату уговорене најамнине. Позивање на обичај постоји и у члану 305 који регулише питање трајања закупа. У погледу измирења закупнине прописано је правило у чл. 311 којим се одређује да се та закупчева обавеза испуњава „онако како је у коме мјесту обичај, ако шта особита не буде у том уговору одређено”. Ова нас одредба подсјећа на сличну улогу мјесних обичаја у класичном римском праву, која је Улпијаново објашњење примјене мјесних и других обичаја а записана у Јустинијановим Дигестама.⁹³ Поштовање мјесних обичаја помиње се и у одредбама којима се регулишу питање обавеза уговорних страна код кесима у чл. 316, уговора о најму у чл. 329, о помоћи и узајмици у чл. 345 и ортаклуку у чл. 418. На примјену мјесног обичаја упућује члан сто четрдесет три из завршних правила о помеђашкој угодби.⁹⁴

У свим побројаним члановима обичај допуњава садржински законску норму. То чини на два начина. Код првог начина примјена норме се ставља у други план ако је обичајем или уговором другачије уређено питање које се регулише у норми. У другом случају обичај се ставља у први план, односно правни обичај је у конкретном случају изнад прописа. Тако је прописано у члану 345 да повјерилац треба учинити „према обичају”, у чл. 418 да су странке обавезне „према ономе што је одређено уговором или обичајем”, у чл. 331 да странке нијесу обавезне поступити према прописаном правилу „ако је уговором или обичајем што друго утврђено”. У том случају се „тад треба по томе и владати”. Обичај је инкорпориран у законско правило којим се регулише обавеза код уговора о најму. Оба-

⁹³ D. Ulpianus, 50, 17, 34 – („Consuetudo loci observanda est”).

⁹⁴ О правним обичајима мјесног карактера на подручју Куча врло занимљива истраживања обавио је Ђ. Крстић. За проблематику коју третирамо није директно повезана, али је од ширег значаја за питање важења обичајног права. Примјера ради, неки су се мјесни правни обичаји примјењивали и задржали на овом подручју скоро вијек након доношења Законика. Више о томе код: Ђ. Крстић, *Правни обичаји код Куча*, Балканолошки институт САНУ, Београд, 1979, стр. 15.

веза на неко чињење постоји „само ако је тако погођено или обичајем утврђено”.⁹⁵ Уговор се могао раскинути ако странка „не врши своје дужности по уговору или обичају”.⁹⁶ Позивање на примјену мјесног обичаја у случају да нема законског правила и уговора о обавезама супоничара, предвиђено је у чл. 445. Искључива примјена обичаја („треба се у томе владати по обичајима”) у случају да нема уговора, предвиђена је у чл. 456 којим се уређују обавезе уговарача код тзв. спреге. То исто се може утврдити за члан четрдесет осам који уређује право прече куповине непокретности које је инкорпорирано у садржину ове норме као обичај који је од давнина у примјени „међу ближиком”. Правило „остаје и у напредак у својој потпуној снази”, констатовао је у првом ставу овог члана.

Коришћење обичајног права помиње се, осим посебних уговора облигационог права, и у општем дијелу који разматра питање уговора и његовог извршења. Позивање на обичај присутно је у члану 536 који регулише гашење уговора исплатом дуга. Тако дужник, „плативши добровољно прије рока, није властан одбити ма што од дуга у име већинка, за оно вријеме за које раније плати, ако није иначе речено или обичајем утврђено”. На коришћење обичајног правила упућује и члан пет стотина педесет који се односи на обавезу враћања капаре након извршења уговора. Њиме се прописује обавеза повратка капаре након извршења уговора, уз апострофирање да се ова обавеза нема „ако за поједине случајеве закон или обичај друкчије не одређује”.

4. У раздјелу VI петог дијела Законика има неколико одредби у којима се нормира примјена обичаја. То су правила која се односе на кућу, домаћу заједницу и односе унутар ње. Тако се наглашава да „се у свему томе треба владати по досадашњим обичајима”⁹⁷ или „да се, ако женидбени уговор другачије не одређује, може слободно располагати, по старом обичају, особином својом”.⁹⁸

У шестом дијелу који садржи Објашњења, Одређења и Допуне поменути су на неколико мјеста обичаји. Примјена обичаја као допуне законске норме садржана је у члану 699 у којој је наведено да је уређивање односа унутар куће „остављено правилима која се налазе у обичајима и у појединим законима”. Сличну садржи-

⁹⁵ Општи имовински законик, чл. 332.

⁹⁶ Општи имовински законик, чл. 336.

⁹⁷ Општи имовински законик, члан 687.

⁹⁸ Општи имовински законик, члан 690.

ну имају и други чланови, нарочито они који регулишу и допуњавају одредбе везане за склапање и извршење уговора (чл. 909, 914, 915) и други који се не односе на материју стварног права. Тако је, примјера ради, позивање на обичај садржано у тексту члана сто двадесет Законика који регулише питање стварних службености и појаве воде на земљишту у приватној својини. Ако је био обичај да се сељани и сусједи бесплатно служе извором живе воде која је на туђем земљишту, законодавац је прописао да „ће тако бити и у напредак”, што значи да је обичај остао у примјени и да је одредио садржину ове норме.

Правни обичаји су служили при тумачењу нејасних законских правила. Чланом четири Законика било је прописано „да ће у случају сумње у потребу примјене Закона или пак његове нејасности, прибјећи к нарочиту тумачењу, да би се разазнао прави му смисао и истинита намјера”. Повезујући овај члан са чланом седам стотина седамдесет шест у шестом дијелу Законика који се бави појашњењем правних појмова коришћених у Законнику јасно је да је наведена функција правних обичаја била неминовна. Она, додуше, није експлицитно наведена у овој норми, али се из њеног контекста наслућује. Како се приликом тумачења садржаја норме законодавац позива на то да „се треба проучити у каквој је вези тај закон с осталим правилима једнаке или сличне врсте”, сматрамо да је примјена обичаја у тумачењу нејасне норме била насушна потреба. За разлику од Римљана који су овакву функцију правног обичаја глорификовали сматрајући их најбољим тумачима закона, у Општем имовинском законнику је овакво одређење изостало.

5. У Општем имовинском законнику не постоји пропис који би правном обичају дао снагу укидања закона који својим дуготрајним невршењем падају у заборав. Богишић се бавио проучавањем тог питања и дошао до закључка да је таква пракса постојала у Црној Гори прије доношења Имовинског законика, односно да је члан четрдесет седам Даниловог законика укинут ранијим правним обичајем о слободној диоби породичне заједнице родитеља и дјеце.⁹⁹ „Разлог томе је”, како тврди сам Богишић, позивајући се на вјеродостојне свједоке „што се правило уопште није примјењивало, упркос великом ауторитету Закона, и што су саме судије ути-

⁹⁹ М. Чизмовић, *Богишићево мишљење о примјени законика Митрополита Петра Првог и Законика књаза Данила*, у књизи „Расправе и чланци”, КПЗ, Подгорица, стр. 64.

цале на родитеље да се у питању диобе кућне задруге држе старог обичаја”.¹⁰⁰ Међутим, такву могућност у свом Законику Богишић није оставио вјероватно стога што је при изради Законика довољно добро протумачио црногорске прилике и друштво за које је писао Законик, те да у сам текст није уносио прописе за које би се могло очекивати да неће бити примјењивани у пракси. Уз то, како се већ горе навело, коректив у примјени законске одредбе скоро је увијек био, нарочито у сфери уговорних односа, уговор или обичај који другачије уређују конкретном нормирани однос.

6. На самом крају општег имовинског законика, у раздјелу VIII, који садржи четрдесет пет правних изрека чија је улога да објасне смисао и разум норми Законика, садржане су максиме које се односе на обичаје и изворно се могу повезати са римским правом из *Corpus iuris civilis*. Тако се чланом 989 Законика („Тек о закониту обичају вриједи ријеч: што је од обичаја, то је од закона”) потврђује изворно Улпијаново правило из Дигеста о обичају.¹⁰¹ Обичају се признаје значење извора права једнако као и закону. Исто је са чланом 990. („Зао обичај, никад тврд, никад законит”) који је парафраза текста из Јустинијанових Новела да рђаве обичаје ни дуга пракса ни вријеме не могу оправдати.¹⁰² Обичајно правило је само добар обичај који је дуго у употреби и које је дуготрајна пракса прихватила као такав. Добри обичаји у пракси елиминишу лоше обичаје. Временом лош обичај „изобичаји” а добар се „узакони”.¹⁰³

СЛИЧНОСТИ И РАЗЛИКЕ У ПРАВНИМ ОБИЧАЈИМА РИМСКОГ ПРАВА И ИМОВИНСКОГ ЗАКОНИКА

1. На основу изнијетих релативно разрађених описа појма и улоге обичаја и римском праву и Општем Имовинском Законику јасно је да је читав текст црногорског законика био прожет схватањима римских јуриспрудената о обичају, обичајном праву, односу закона и обичаја и улози обичаја. Разлика је постојала само у погледу

¹⁰⁰ М. Чизмовић, оп. цит, стр. 82.

¹⁰¹ D. Ulpianus, 1, 3, 33.

¹⁰² Н., 134, 1.

¹⁰³ Детаљније о добрим и лошим обичајима и њиховом односу: Ђ. Крстић, *Правни обичаји у прошлости и данас-компарације и концепције*, Подгорица 1997, ЦАНУ, Одјелење друштвених наука, књ. 8, посебна издања, књ. 36, стр. 16.

начина настанка обичаја и нешто смањеној улози обичаја у односу на закон као писани извор права. У старој Црној Гори снага обавезности обичаја извире из свијести народа, из мистичног народног духа као нечег особеног. Римљани су извор снаге својих старих и нових обичаја налазили у дуготрајној пракси и непрекидној дугој примјени обичаја који настаје прећутно вољом народа.

Као такви, обичаји су били извором права као и закон. Њима се је могао тумачити нејасан закон, попуњавати правна празнина, допуњавати непотпун закон и укидати закон који се не примјењује. У Општем имовинском законнику обичај је био израз особене народне свијести, а могао је допуњавати правне и законске празнине и тумачити нејасна правила. Више од тога по правилима из Законика правни обичај није могао имати. Фактички, Богишић је само наизглед, формално, давао правним обичајима мању важност и улогу него у римском праву. То што правни обичај није могао укинути закон као у римском праву није разлог да се тврди да је улога обичаја смањена. Можда је у стварности прихватање обичаја било много веће него у римском праву, нарочито класичном и посткласичном. То тврдимо стога што је скоро свака установа имовинског законика проткана правним обичајима а да је извјестан број установа потпуно изграђен на основу обичајног права. Установе племена, братства, породичне задруге, спреге, супоне, наполице, кесима, почивају на обичајном праву.

2. Богишићево прихватање римских постулата о обичајном праву и зналачки коришћена есенција тих схватања о подлози његових истраживања било је могуће првенствено стога што су прилике у Црној Гори прије доношења законских прописа и у римској држави на почетку законског конституисања биле приближно исте. У том периоду у обје државе обичај је неписано право које је као драгоценост наслеђе добијено од предака са циљем да омогући хармоничан и праведан живот. Обичај је имао потребан ауторитет (*auctoritas patris*) и уз стриктно поштовање и дуготрајност у примјени представљао важно средство за остваривање правде. Доношењем закона који потврђују јачање ауторитета државе и писаног права није се прекинула веза са обичајима који одговарају пракси. Они се задржавају али и допуњавају и мијењају у складу са стварним потребама. Тако су у римској држави, током њеног дугог трајања, како смо већ указали, служили за допуну, тумачење, замјену и чак

укидање закона. Слична дешавања су се збивала у Црној Гори до времена када је Богишић приступио изради Законика.

С друге стране, Богишић је у тековинама римске правне науке, још од антике до времена у којему је живио и стварао имао правну ризницу коју је могао користити као теоријску подлогу израде Законика. Будући да је имао задатак да напише у оно вријеме модеран Законик који ће земљу отворити Европи, сасвим је схватљиво да је у приступу његовој изради користио најбоље тековине европске правне мисли и савремен идеје и концепције. Величина његовог изума при изради Законика је у томе што је користећи оба извора нашао мјеру и изградио сопствено полазиште. Створио је оригиналан модеран Законик који одговара потребама друштва у којему је у запаженој мјери коришћено обичајно право и правни обичај. Изреке¹⁰⁴ дате на крају Законика, преузете из класичног, посткласичног и Јустинијановог права „исказане у народном духу” врхунска су потврда таквог Богишићевог гледања на значај обичаја у правној регулативи.

Може се сасвим поуздано тврдити да је у основи Богишићевог рада на Општем имовинском законуку било римско право у античкој, средњовјековној¹⁰⁵ и модерној пандектистичкој обради. Античко, изворно или преко тековина природноправне школе поимање римског обичаја, закона и неприкосновених права која припадају народу и пандектистичко, третирано из угла историјскоправне школе и школе етнолошке јуриспруденције, које је Богишић усаглашавао с приликама, потребама, са природом и обичајима народа у Црној Гори, одредили су мјесто и улогу обичаја и обичајног права у Општем имовинском законуку. У Указу приликом доношења Законика налазимо најбољу потврду изнијетог става. Одајући Богишићу признање за рад на Законику књаз Никола, између оста-

¹⁰⁴ Иначе се „латинске изреке у стручним и свакодневном говору врло често погрешно користе или парафразирају од оних који би то требали знати”. О томе код: И. Вулић, *Marginalija uz dictae et regulae iuris u našem pravu*, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, XLIX, 2001/2002, стр. 377-393.

¹⁰⁵ О рецепираном римском праву које се у средњем вијеку развијало на овим просторима и о њиховом утицају у изради Општег имовинског законика види код Ј. Даниловић, *Дубровачки статут и „consuetudo”*, Анали Правног факултета у Београду, XXIII, бр. 1-2, 1975, стр. 1-25; А. Мариновић, *Утицај дубровачког средњовјековног статутарног права на Богишићев Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору*, Гласник одјељења друштвених наука ЦАНУ, Подгорица, вол. IX, 19, бр. 9/1989, стр. 117-124.

лог, каже: „Њему се нарочито има захвалити да је дјело ово, наш грађански законик, утемељено на основама нашег народног права, а изведено и развијено из тога темеља према нашим приликама и потребама, одговорило потпуно оним спасоносним врховним начелима, начелима складности између народног духа¹⁰⁶ и живота и његових закона”.¹⁰⁷ Зато се за њега с правом тврди да је био идеалан склад огромног правничког знања, истанчаног осјећаја за друштвени живот и раскошне вјештине да се нађе мјера између правног облика и његове друштвене садржине.¹⁰⁸

ЗАКЉУЧАК

Теоријски погледи Валтазара Богишића на правне обичаје и њихово мјесто и значај у кодификацији права, до најпотпунијег су изражаја дошли, без сумње, у његовом најважнијем дјелу – Општем имовинском законуку. У науци је то општеприхваћен став као и да је Богишић као поборник историјскоправне школе, касније етнолошке јуриспруденције, слиједио схватања о идејним основама правних обичаја и начину њиховог настанка. У погледу значаја и мјере присуства правних обичаја у закону, Богишић је направио заокрет у односу на своје савременике дајући оригинална рјешења у погледу примјене правних обичаја. Правним обичајима је дао „највећу могућу улогу у оквиру законских могућности”.

Богишић је у свом кодификаторском раду био под доминантним утицајем римске теорије правних обичаја. Поимање и значај правног обичаја у Општем имовинском законуку заправо су, у цјелини узев, примјена римских правних концепата на ондашње црногорске прилике. Правни обичај је у ОИЗ имао исту функцију и значај као и у римском праву: допуњава постојећи закон (чл. 120), објашњава нејасне законе (чл. 4) и замјењује непостојеће законе (чл. 2).

¹⁰⁶ О томе више код: М. Чизмовић, *Закоњаче опште Имовинског законика, Дух закона-праведно право, Династија Петровић-Његош*, I, Црногорска академија наука и Универзитет Црне Горе, Међународни научни скуп, 2002, стр. 450-459.

¹⁰⁷ Никола I Петровић-Његош, *Цјелокупна дјела*, књ. IV, Говори, Цетиње 1969, стр. 168; Указ објављен у Гласу Црногорца, бр. 18, Цетиње, 01. 05. 1888.

¹⁰⁸ Д. Вукчевић, *Дозвољено и поштено-анализа* чл. 999 ОИЗ-а, Зборник Правног факултета у Подгорици, бр. 1, 1998/1999, стр. 121; У истом смислу је и текст наведеног аутора „*О једној законској изреци*” објављен у Гласнику Одјељења друштвених наука ЦАНУ, вол. IX, 19, 9/1989, стр. 271-278.

И поред римске фундираности Богишићевог погледа на правне обичаје, анализирани извори су, сасвим јасно, показали да је постојала темељна разлика између римских правника и Богишића у погледу схватања хијерархије између правног обичаја и закона и односа обичаја и закона. Мишљење класичара Јулијана да се закон може укинути не само одлуком законодавца него и прећутном сагласношћу тиме што не буде примјењиван (Д. 1, 3, 32), Богишић није прихватио у ОИЗ. Обичај не може укинути закон „макар да исти својим дугогодишњим неизвршавањем буде пао у заборав”. Међутим, како се из извора могло установити, ни ово схватање римског обичаја не може се потпуно одбацити из црногорског правног миљеа. По казивању самог Богишића, у времену прије доношења ОИЗ, управо је чл. 27 Даниловог законика „изгубио правну снагу стога што није примјењиван у пракси”.

Богишић је у својој кодификацији користио основне постулате римских класичара и посткласичара у погледу садржинског („унутрашњег”) одређења правног обичаја и његове функције у праву и успјешно их повезао са теоријскоправним достигнућима ондашње природноправне,¹⁰⁹ историјскоправне и школе етнолошке јуриспруденције, тако да чине складну и хармоничну цјелину.

Prof. dr Nevenka BOGOJEVIĆ-GLUŠČEVIĆ

ROMAN THEORY OF LEGAL CUSTOMS AND GENERAL PROPERTY CODE OF BOGISHICH

Summary

The theoretical views of Valtazar Bogishich on to legal customs as well as their place and importance within law codification, were undoubtedly thoroughly expressed in its most significant part-General Property Code. In science, it has been generally accepted attitude, as well as the very fact that Bogishich, as a supporter of historical and legal school and ethnological jurisprudence later, was following its under-

¹⁰⁹ „Богишићу су биле веома блиске и идеје природноправног учења и социолошког схватања права.” О томе више код: Д. Вукчевић, *Дозвољено и поштено*, оп. цит, стр. 121 и у студији С. Перовића, *Природно право и Општем имовинском законнику*, Зборник радова Правног факултета у Подгорици, XXII-XXIII, 1998/1999, бр. 1, стр. 37-89.

standing of conceptual grounds of legal customs and way of their origin. Regarding the importance and measures of the presence of legal customs in the law, Bogishich made a turning point in respect to his contemporaries by giving original solutions in view of applying legal customs. He ascribed to the customs „the greatest role within the law possibilities”.

Bogishich, in his codification work, was predominantly influenced by the Roman theory of legal customs. Understanding and importance of the legal custom within the General Property Code are, namely, taken as whole, the application of legal concepts onto the conditions of Montenegro of that time. The legal custom in general Property Code had the same function and importance as in Roman law-the legal custom is a supplement to existing law (Art. 120), it explains unclear laws (Art. 4) and substitutes non-existing laws (Art. 2).

Although the views of Bogishich regarding legal customs have their Roman foundation, the sources analysed have, quite clearly, shown that there existed a basic difference between Roman lawyers and Bogishich in respect to understanding the hierarchy between legal custom and law, as well as the relations between customs and law. The opinion of the classicist Iulian- that a law may be repealed not only by the legislator’s decision but also by a tacit agreement by not being applied (D. 1, 3, 32), was not accepted by Bogishich in General Property Code. A custom may not repeal a law „even in case the one sinks into oblivion for not having been unfeasible for years”. However, as could be concluded from the very source, not even this understanding of a Roman custom may be completely eliminated from the legal milieu of Montenegro. It was stated by Bogishich himself that, in the time preceding the passing of General Property Code „it was Art. 27 of Danilo’s Code” to have lost its force „for not having been applied in practice”.

At the very end of this paper, based on the material investigated, a basic conclusion has been given: In this codification, Bogishich used basic postulates of Roman classicists and post- classicists in regard of the content („inner”) determination of a legal custom and its function in law and he connected them successfully with the theoretical legal achievements of the natural and historical legal school and ethnological jurisprudence of that time, thus making an accordant and harmonious whole.

