

Marko PETRAK*

BOGIŠIĆ KAO ANTI-JHERING? SHVAĆANJA O PRAIZVORU PRAVA**

Apstrakt: Cilj ovog rada usporediti je Jhering-ovo i Bogišićevo shvaćanje o prazivoru prava. Baldo Bogišić (1834–1908), znameniti historičar slavenskih prava i tvorac *Opšteg imovinskog zakonika za Knjaževinu Crnu Goru* (OIZ) (1888), još je kao student 1862. slušao predavanja velikog njemačkog pravnog romanista i filozofa prava Rudolph-a von Jhering-a (1818–1892) u Giessen-u te se osobno upoznao s njime. U svom uvodnom predavanju na Sveučilištu u Odessi pod nazivom „O znanstvenoj obradi historije slavenskih prava” održanom 1870., Bogišić se višekratno referira na znamenito Jhering-ovo djelo „Duh rimskog prava” (*Geist des römischen Rechts*), oslanjajući se na njega u svojoj kritici tadašnje znanosti pravne historije. Stoga su mu bez ikakve dvojbe bila dobro poznata i Jhering-ova shvaćanja o genezi prava, tj. njegova teza o sili i nasilju (*vis*) kao prazivoru prava (*ius*). Usprkos toga, Bogišić ističe sasvim suprotno shvaćanje: „pravdi je nasilje najgori protivnik” (čl. 1011 OIZ-a). Polazeći od navedenih suprotnosti, u narednim će se razmatranjima nastojati utvrditi njihovi uzroci i značenje.

Ključne riječi: Bogišić, Jhering, geneza prava, rimsko pravo, OIZ

UVODNE NAPOMENE

Cilj ovog rada usporediti je Jhering-ovo i Bogišićevo shvaćanje o prazivoru prava. Baldo Bogišić (1834–1908), znameniti historičar slavenskih prava i tvorac *Opšteg imovinskog zakonika za Knjaževinu Crnu Goru* (OIZ) (1888), još je kao student 1862. slušao predavanja velikog njemač-

* Prof. dr sc. Marko Petrak, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

** Rad je nastao na temelju predavanja koje je autor održao 8. 12. 2011. u Crnogorskoj akademiji nauka i umjetnosti o Bogišićevoj pravnoj misli. Autor se posebice zahvaljuje akademiku Draganu K. Vukčeviću na pozivu održati navedeno predavanje i na nadahnutim razgovorima koje je imao prigodu s njim voditi o toj temi te o brojnim drugim pitanjima.

kog pravnog romanista i filozofa prava Rudolph-a von Jhering-a (1818–1892) u Giessen-u te se osobno upoznao s njime¹. U svom uvodnom predavanju na Sveučilištu u Odessi pod nazivom „O znanstvenoj obradi historije slavenskih prava” održanom 1870., Bogišić se višekratno referira na znamenito Jhering-ovo djelo „Duh rimskog prava” (*Geist des römischen Rechts*), oslanjajući se na njega u svojoj kritici tadašnje znanosti pravne historije². Stoga su mu bez ikakve dvojbe bila dobro poznata i Jhering-ova shvaćanja o genezi prava, tj. njegova teza o sili i nasilju (*vis*) kao praizvoru prava (*ius*). Usprkos tome, Bogišić ističe sasvim suprotno shvaćanje: „pravdi je nasilje najgori protivnik”³. Polazeći od navedenih suprotnosti, u narednim će se razmatranjima nastojati utvrditi njihovi uzroci i značenje.

JHERING: SILA (*VIS*) KAO PRAIZVOR PRAVA (*IUS*)

Jhering je bio prvi pravni znanstvenik koji je u moderno vrijeme iznio tezu o sili kao praizvoru prava. Razradu te teze nalazimo u prvom dijelu njegova epohalnog djela „Duh rimskog prava” (*Geist des römischen Rechts*)⁴. Prema njemu, najstariji izvor prava ne nalazi se ni u objavi bogova niti u volji države, već ga valja tražiti u primordijalnoj fizičkoj sili, snazi pojedinca⁵. *Die Thatkraft, die Gewalt also ist die Mutter des Rechts...*⁶ Pojedinac je u tom najstarijem predrđavnom razdoblju imao jedino ono pravo koje je uspio ostvariti i zadržati svojom vlastitom tjelesnom silom i snagom (*Faustrecht*). U najstarije vrijeme samo iz sile i nasilja (*vis*) može nastati pravo (*ius*). Samopomoć je stoga praoblik prava (*Urform des Rechtes*)⁷. Opisano shvaćanje o genezi prava vremenom je poprimilo naziv teorija samopomoći (*Selbsthilfetheorie*)⁸.

¹ Vidi: BOGIŠIĆ, Autobiografija, u: BOGIŠIĆ, Izabrana djela. Tom IV. Studije i članci, Podgorica/Beograd, 2004, 428.

² Vidi: BOGIŠIĆ, O naučnoj obradi istorije slovenskog prava, u: BOGIŠIĆ, *op. cit.*, 282 i sl.

³ Čl. 1011 OIZ-a.

⁴ Vidi: JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, vierte Auflage, Vol. I., Leipzig, 1878, 108 i sl., 167 i sl.

⁵ JHERING *op. cit.*, 107 i sl.

⁶ JHERING, *op. cit.*, 114.

⁷ JHERING *op. cit.*, 107 i sl.; vidi i BROGGINI, *Vindex und Iudex*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, 76 (1959) 113 i sl.

⁸ Vidi: KASER/HACKL, *Das römische Zivilprozeßrecht*, München, 1996, 28 i sl. i tamo navedenu literaturu.

Premda je Jhering navedenu tezu iznio u kontekstu razmatranja o „duhu rimskog prava”, razvidno je da navedeni uvidi o genezi prava pokušavaju prodrijeti mnogo dalje u prošlost od postanka grada Rima. Ne „Roma anno zero”, već hipotetska „nulta točka” povijesti uopće vremen-sko je ishodište prikazanih razmatranja⁹.

Kako vidimo, Jhering-ova teorija samopomoći temelji se na pretpo-stavci da je u preddržavno doba postojalo stanje rata svih protiv svijju, nesputano bilo kakvim pravilima¹⁰, te da je jedino pravo koje može po-stojati u takvim okolnostima tzv. pravo jačega (*Recht des Stärkeren*). Ta teorija nalazi se i u temelju svih Jhering-ovih razmatranja o postanku rimskog procesa. Postankom procesa započinje se prevladavati prvobit-no stanje rata svih protiv svijju, proces je nastavak „borbe za pravo” (*der Kampf ums Recht*) drugim sredstvima. Te osnovne Jhering-ove zamisli o odnosu samopomoći i postanka procesa uhvatile su iznimno dubo-ko korijenje. One su, naime, ostale sve do danas trajno teorijsko isho-dište brojnih kasnijih romanističkih pokušaja shvaćanja postanka pro-cesa prema kojima je samopomoć najstariji oblik pravne zaštite, a pro-ces jedan oblik nastavka prvobitnog *bellum omnium in omnes* drugim sredstvima¹¹.

Jhering je isticao da njegovo shvaćanje geneze prava predstavlja sa-mo jednu hipotetsku konstrukciju pravne pretpovijesti (*eine hypothetis-che Construction der Urzeit*)¹². Postavlja se pitanje odražavaju li ovakvi misaoni prodori u pretpovijesna razdoblja stvarnost toga vremena? Od-nosno, je li teorija samopomoći kao „hipotetska konstrukcija” spojiva s izvornom rimskom duhovnošću i predodžbama koje su sami Rimljani u početnom razdoblju svoje povijesti morali imati o svom pravu? Kako

⁹ Vidi: BROGGINI, *op. cit.*, 114 i sl.

¹⁰ JHERING, *op. cit.*, 107 i sl.

¹¹ Tako su teoriju samopomoći slijedili Wlassak, Betti, Weiss, Juncker, Düll, Ka-ser, Luzzatto, Wieacker itd.; za podatke o odnosnim radovima tih autora vidi KA-SER/HACKL, *op. cit.*, 28, bilj. 21. U najnovije vrijeme uz teoriju samopomoći pristaju npr. BÜRGE, *Römisches Privatrecht, Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung*, Darmstadt, 1999, 45 i sl.; GUTIÉRREZ MASSON, *La ritualización de la violen-cia en el derecho romano arcaico*, Index, Quaderni camerti di studi romanistici, 28 (2000) 253 i sl. Iscrpnu kritiku nastojanja da se *Selbsthilfetheorie* primjeni u poku-šajima rekonstrukcije najstarijeg rimskog civilnog procesa izvršili smo u jednoj ra-nijoj prigodi; vidi PETRAK, *Kritika teorije o samopomoći kao prvobitnom obliku pravne zaštite (Selbsthilfetheorie)*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 5 (2006), str. 1249 i sl.

¹² JHERING, *op. cit.*, 169, bilj. 71.

bi mogli odgovoriti na navedena pitanja, nužno je sažeto raščlaniti filozofijske temelje teorije samopomoći (*Selbsthilfetheorie*).

Ponajprije valja istaknuti kako je očito da se Jhering-ova konstrukcija „nulte točke” povijesti u kojoj vlada rat svih protiv sviju, a sila jačega predstavlja jedino pravo, u značajnoj mjeri oslanja na naturalističke teorije druge polovine 19. st., prije svega na darvinističke evolucioniističke hipoteze. Darwin-ov princip selekcije, tj. shvaćanje da samo najizdržljivije vrste preživljavaju u nemilosrdnoj i konstantnoj borbi za život (*struggle for life*), Jhering je prenio u sferu prava (*Kampf ums Recht*), usvojivši ga kao jedno od bitnih ishodišta svojih filozofsko-pravnih razmatranja. Time je njegovo pravno mišljenje zadobilo obilježja svojevrsnog „socijalnog darvinizma”. Shodno tome, i njegove postavke o genezi prava, iznesene u djelu *Geist des römischen Rechts*, evidentno slijede spomenutu darvinističku paradigmu¹³. Projicirajući spomenuta prirodnanstvena učenja na socijalnu zbilju, Jhering je ujedno dao novo ruho određenim mnogo starijim filozofijskim koncepcijama, koje su u sebi sadržavale analogne misaone motive. Mislimo tu prije svega na teze engleskog filozofa Thomas-a Hobbes-a (1588–1679), budući da je taj filozof prvi zastupao shvaćanje kako je primordijalno, tj. naravno čovjekovo stanje (*status naturalis*), rat svih protiv sviju (*bellum omnium in omnibus*)¹⁴, napustivši time na radikalna način tradicijsko shvaćanje, utemeljeno u srednjovjekovnoj teologiji, da je čovjek u svom izvornom i naravnom stanju, tj. prije istočnog grijeha (*peccatum originale*), živio u sveopćem miru i skladu s Bogom, svijetom i ljudima¹⁵. Tome nasuprot, prema Hobbes-u, u spomenutom naravnom stanju (*status naturalis*) koje postoji prije postanka države vlada isključivo zakon samoodržanja i egoizam.

¹³ O Jhering-ovom socijalnom darvinizmu vidi npr. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung), Göttingen, 1967, 450 i sl.; *idem*, Rudolph von Ihering, ZSS (RA) 86 (1969) 9 i sl.; 25 i sl.; *idem*, Ihering und der „Darvinismus”, u: PAULUS/DIEDERICHSEN/CANARIS (eds.), *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, München, 1973, 63 i sl.

¹⁴ Sintagmom „*bellum omnium in omnes*” Hobbes se koristi prvi put u svome djelu *De cive* (1, 12) iz 1642. g: *Negari non potest, quin status hominum antequam in societatem coiretur, bellum fuerit; neque hoc simpliciter, sed bellum omnium in omnes*. Inače, umjesto izvornog Hobbes-ova izraza *bellum omnium in omnes*, često se pogrešno koristi i izraz *bellum omnium contra omnes* (usp. Doroghy, *Blago latinskog jezika*, Zagreb, 1986, str. 53).

¹⁵ O tom kršćanskom učenju u kontekstu srednjovjekovnih teorijskih razmatranja o naravnom pravu vidi pobliže npr. VERDROß, *Abendländische Rechtsphilosophie*, Wien, 1958, 66 i sl., s uputama na daljnju literaturu.

Svaki pojedinac ima naravno pravo na sve stvari, što razumljivo izaziva brojne sukobe, no strah od smrti i uništenja postupno prisiljava pojedince da okončaju to ratno stanje. Hobbes, naime, smatra kako je osnovni zakon naravi i opće pravilo razuma da svatko teži za mirom. Stanje mira, međutim, može se ostvariti tek s postankom državne vlasti. Prema tome, sam razum nalaže osnivanje države. Ona nastaje temeljem društvenog ugovora, kojim se svi pojedinci međusobno odriču jednog dijela svojih naravnih prava i prenose ga na suverenu vlast¹⁶. Već ovo krajnje šturo navođenje nekih osnovnih Hobbes-ovih zamisli o nastanku države dostatno pokazuje kako su Jhering-ova razmatranja o genezi prava u odlučnoj mjeri prožeta istovrsnim postavkama. Evidentno je da je *Selbsthilfetheorie* samo jedna pravnoteorijska varijacija na temu o naravnom čovjekovu stanju kao „ratu svih protiv sviju“¹⁷. Pored toga, u navedenom kontekstu valja spomenuti i Jhering-ovu postavku da su Rimljani, za razliku od drugih naroda, prevladali stadij samopomoći na racionalan način, tj. ugovornim rješavanjem sporova (*vertragsmäßige Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten*)¹⁸, koja očito nije ništa drugo nego primjena koncepcije o društvenom ugovoru u okviru razmatranja pitanja o genezi rimskog civilnog procesa¹⁹.

Na temelju detaljne raščlambe koju smo proveli u jednoj ranijoj prigodi, utvrđeno je da ta posljednja postavka o racionalnom prevladavanju stadija samopomoći ne odgovara povijesnoj istini²⁰. Kako stoji stvar s ostalim postavkama od kojih je sazdana teorija samopomoći? Ostav-

¹⁶ O Hobbes-ovim filozofijsko-političkim idejama vidi npr. MACPHERSON, Introduction, u: HOBBS, *Leviathan*, (Penguin Classics), Harmondsworth, 1986, 9 i sl., s uputama na daljnju literaturu. Posebno o njegovu učenju o društvenom ugovoru vidi поближе npr. GOUGH, *The Social Contract. A Critical Study of its Development*, Oxford, 1957, 105 i sl.; KERSTING, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, Darmstadt, 1994, 59 i sl., s uputama na daljnju literaturu.

¹⁷ O Hobbes-ovim filozofijsko-političkim postavkama kao jednom od preteča Jhering-ove *Selbsthilfetheorie*, vidi STASZKÓW, „Vim dicere“ im altrömischen Prozeß, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, 80 (1963) 86 i sl.; usp. i KASER, *Vom Ursprung des römischen Rechtsgedankens*, u: MOSCHETTI (ed.), *Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto in Verona (1948)*, II, Milano, 1951, 27 i sl.

¹⁸ JHERING, *op. cit.*, 167.

¹⁹ Kako bismo dodatno potkrijepili spomenutu tvrdnju, navodimo da Jhering u svom djelu *Geist des römischen Rechts* također zastupa mišljenje da je društveni ugovor temelj nastanka države; vidi JHERING, *op. cit.*, 209 i sl.; 216 i sl.

²⁰ Vidi: PETRAK, *op. cit.*, 1259 i sl.

ljajući po strani novije znanstvene spoznaje koje do krajnosti dovode u pitanje darvinističku paradigmu,²¹ te pitanje može li se takva paradigma uopće primijeniti na analizu međuljudskih odnosa²², ograničili bismo se na konstataciju da je slika hipotetske „nulte točke” povijesti kao potpunog kaosa i anarhije u kojem divlji pojedinci lutaju naokolo s batinama u rukama, očajnički se boreći za samoodržanje, u potpunosti nepovijesna. Jednostavno, ne postoje vrela i dokazi na temelju kojih se može utvrditi da je takvo primordijalno „naravno” stanje potpune odsutnosti bilo kakve zajednice, vlasti i pravila, u kojem bi jedini zakon bila gola fizička sila, a zaštita samopomoć, uopće postojalo, čak i u pretpovijesti. Primjerice, već je Eisenhart 1744. g., u svojem djelu *Statum naturalem Hobbesii ex corpore iuris civilis profligatum et profligandum*, odlučno tvrdio glede Hobbes-ove koncepcije naravnog stanja da *statum illum generis humani quem Hobbesius fingit nunquam fuisse* („onog stanja ljudskog roda koji je Hobbes zamislio nikada nije bilo”) te da je *Hobbessi doctrina veterum iurisconsultorum philosophiae plane contraria* („Hobbes-ovo učenje posvema protivno filozofiji starih pravnika”)²³, a tvrdnje jednakog sadržaja u potpunosti su primjenjive i na Jhering-ovu teoriju samopomoći, pa je tako, primjerice, Behrends, u svom radu *La mancipatio nelle XII Tavole* iz 1982 g., primijetio da je ta teorija „jedna čisto nepovijesna konstrukcija” (*una costruzione puramente storica*)²⁴. Takve kritičke napomene danas potvrđuju i brojni pretpovijesni nalazi, koji pružaju posve drukčiju sliku o „primordijalnim vremenima” od Hobbes-ove ili Jhering-ove imaginacije. Primjerice, svjedočanstva koja posjedujemo o paleolitskim ljudima, zahvaljujući prije svega otkriću njihovih spiljskih crteža, otkrivaju da je pretpovijesni čovjek živio u organiziranim zajednicama, obvezan mnoštvom zapovijedi i religijskih tabua. Također, suvremena etnologijska istraži-

²¹ Vidi npr. LINGS, *Drevna vjerovanja i moderna sujevjerja*, Sarajevo, 1997, 13 i sl.

²² Razmatrajući jednom prilikom (ne)uporabljivost darvinističke paradigme pri analizi najstarijih rimskih pravnih pravila, poznati göttingen-ski romanist i civilist Okko Behrends ispravno je istaknuo da su „pravna pravila koja važe među ljudima nešto posve različito od stereotipa životinjskog ponašanja stečenih posredstvom prirodne selekcije”; BEHREND, *La mancipatio nelle XII Tavole*, IURA 33 (1982), 73, bilj. 57.

²³ Cit. prema: STASZKÓW, *op. cit.*, 87.

²⁴ Vidi: BEHREND, *op. cit.*, 75; usp. i BROGGINI, *op. cit.*, 113 i sl.; KASER/HACKL, *op. cit.*, 28 i sl.

vanja „primitivnih” kultura polučila su istovrsne spoznaje²⁵. Sve rečeno neoborivo govori u prilog tezi da su Hobbes-ov *status naturalis* ili Jhering-ov stadij samopomoći doista samo misaone spekulacije bez bitnih podudarnosti s (pret)povijesnom zbiljom²⁶.

Sve navedene činjenice nedvojbeno upućuju na zaključak da je Jhering ipak projicirao temeljne postavke teorije samopomoći na rekonstrukciju geneze prava u (pred)rimskom svijetu. Parafrazirajući Kantovu izreku „da mi o stvarima spoznajemo *a priori* samo ono što sami stavljamo u njih”²⁷, moglo bi se reći da je Jhering o arhajskom pravu i njegovom prazvoru spoznao *a priori* samo ono što je na temelju teorije samopomoći „stavio” u njega.

BOGIŠIĆ: NARAV (*NATURA*) KAO PRAIZVOR PRAVA (*IUS*)

U svojem djelu „Metod i sistem kodifikacije imovinskog prava u Crnoj Gori”, objavljenom po prvi puta mnogo godina nakon njegove smrti (1967), Bogišić izričito ističe da on sam priznaje „jedan jedini izvor prava, a to je taj izvor *quod natura*, iako ne *omnia animalia*, ali barem *omnes homines docuit*, ili što veliki njemački pjesnik nazivlje pravo koje se ujedno s nama rodilo, tj. *pravda i pravica*”²⁸.

Bogišić na navedenom važnom mjestu parafrazira znamenitu definiciju naravnog prava (*ius naturale*), čiji je autor klasični pravnik Ulpijan, uvrštenu u prvi titul prve knjige Justinijanovih *Digesta*, koja određuje da

²⁵ Vidi: MAYER-MALY, Gedanken über das Recht, Wien/Köln/Salzburg, 1985, 9 i sl., s uputama na daljnju literaturu; ELIADE, Istorija verovanja i religijskih ideja, vol. I: Od kamenog doba do eluzinskih misterija, Beograd, 1991, 9 i sl.

²⁶ Možda nije netočno ustvrditi, kao što je često isticano, da je Hobbes-ova konstrukcija „naravnog stanja” (*status naturalis*) samo spekulativni odraz Engleske njegova vremena, razdirane građanskim ratom (1642–49) te sveopćim bezvlašćem i bezakonjem; usp. npr. HAMPTON, Hobbes and the Social Contract Tradition, Cambridge, 1986, 5. Ako se prihvati ta tvrdnja, to bi moglo uputiti na zaključak da *status naturalis* nipošto nije prvobitno čovjeko stanje, već da bi bila istinita upravo suprotna, „antievolucionistička” Schelling-ova postavka da „nema nikakvog stanja barbarstva koje ne bi potjecalo iz neke propale kulture”; cit. SCHELLING, O bitstvu slobode, Zagreb, 1985, 149.

²⁷ KANT, Kritika čistog uma, predgovor drugom izdanju; cit. prema Filipović, Klasični njemački idealizam, Filozofska hrestomatija, VII, Zagreb, 1962, 135.

²⁸ Vidi: BOGIŠIĆ, Metod i sistem kodifikacije imovinskog prava u Crnoj Gori, u: BOGIŠIĆ, *op. cit.*, 250.

su tri temeljna instituta naravnog prava brak (*matrimonium*) muškarca i žene, rađanje djece (*liberorum procreatio*) te njihov odgoj (*educatio*)²⁹.

Kako vidimo, Bogišić zaključuje da je narav (*natura*) praizvori prava te da se ona u ljudskim odnosima očituje kao „pravda i pravica”. Prema njegovu shvaćanju, pravila „pravde i pravice” javljaju se „vanjskome svijetu najglavnije u dvije grupe, tj. u formi zakona i u obliku običaja”. Međutim, nastavlja Bogišić, ni zakon, niti običaj nisu posebni izvori prava, već tek „dva glavna oblika pravila”³⁰. Jedini izvor — valja to ponoviti — jest *natura*. To je „glavni izvor svakog prava iz kojega crpi svoja pravila i pisani zakon i običaj i teorija, a i interpretacija”³¹.

U navedenom kontekstu, Bogišić ističe, očito kao pozitivan primjer, da su Austrijski građanski zakonik (§ 7 ABGB-a), a slijedeći njega i Srpski građanski zakonik (§ 8 SGZ-a)³², izričito predvidjeli primjenu naravnog prava kao *ius in subsidio* u nedostatku odgovarajućih pravila pozitivnog prava³³. § 7 ABGB-a u službenom prijevodu iz 1853. glasi: „Ako

²⁹ Usp. D. 1,1,1,3 (Ulp. 1 inst.) *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritiam censeri.* U suvremenoj romanističkoj literaturi desetljećima se vodi živa rasprava o filozofijskom podrijetlu i značenju navedene definicije. Shvaćanje da se citirana Ulpijanova definicija naravnog prava (*ius naturale*) zasniva na stoičkim filozofijskim koncepcijama zastupaju npr. LOMBARDI (Sul concetto di „ius gentium”, Roma, 1947, 191, bilj. 1.) te u novije vrijeme SCHERMAIER (Ulpian als „wahrer Philosoph”. Notizen zum Selbstverständnis eines römischen Juristen, u: SCHERMAIER/VÉGH (Hrsg.), *Ars boni et aequi. Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag*, Stuttgart 1993, 322). No postoje i drukčija mišljenja. Tako npr. FREZZA (La cultura di Ulpiano, SDHI 34 (1968) 369) smatra da se Ulpijanova definicija naravnog prava temelji na neoplatoničkim koncepcijama, a WINKEL (Einige Bemerkungen über *ius naturale* und *ius gentium*, u: SCHERMAIER/VÉGH (Hrsg.), *op. cit.*, 443 i sl.) zastupa mišljenje da ona ima peripatetičko podrijetlo. O filozofijskim temeljima i značenju te definicije usp. i KASER, *Ius gentium*, Köln/Weimar/Wien, 1993, 67 i sl.; BRETONI, *Storia del diritto romano*, Roma/Bari, 1999, 348 i sl. Na navedenu Ulpijanovu definiciju Bogišić se ukratko referira i u daljnjem tekstu; vidi BOGIŠIĆ, *op. cit.*, 257.

³⁰ Cit. BOGIŠIĆ, *op. cit.*, 250.

³¹ Cit. BOGIŠIĆ, *op. cit.*, 257.

³² Općenito o utjecaju ABGB-a na SGZ kao o „receptiji austrijskog građanskog zakonika u Srbiji”, vidi npr. ŠARKIĆ/POPOVIĆ, *Veliki pravni sistemi i kodifikacije*, Beograd, 2005, 138 i sl.

³³ BOGIŠIĆ, *op. cit.*, 250.

se pravni slučaj ne da presuditi ni po riječima ni po smislu naravskomu zakona, imat će se obzir na spodobne slučajeve, koji su u zakonima određeno presuđeni. Ako pravni slučaj ostane sa svim tim dvojben, valja ga s obzirom na okolnosti brižljivo sabrane i zrelo rasuđene presudili po načelima prava naravskoga". Kako vidimo, § 7 ABGB-a određuje da se „načela naravnog prava” (*natürliche Rechtsgrundsätze*) trebaju primjeniti u svim onim situacijama kada se određeni pravni slučaj ne može riješiti pukom primjenom pozitivnopravnih pravila ili metoda (npr. analogije). Navedeni paragraf i danas primjenjuje u austrijskom pravnom sustavu, nužno je odrediti što su zapravo u svojoj biti „načela naravnog prava”³⁴.

Prema shvaćanju starije austrijske doktrine, navedena načela su u velikoj mjeri sadržana u rimskom pravu³⁵: *ius gentium* Rimljana predstavlja u stvari naravno pravo kao takvo³⁶. Navedeno mišljenje zastupala je, primjerice, i hrvatska doktrina do Drugog svjetskog rata. Tako, primjerice, prema riječima Ivana Maurovića³⁷, urednici ABGB-a shvaćali su naravno pravo kao „*ratio naturalis*, koju smatrahu nepromjenjivom bazom rimskog prava i austrijskog zakona”³⁸. Nije teško uvidjeti da Maurović na navedenom mjestu zapravo ima pred očima znamenito Gajevo određenje pojma *ius gentium* kao općeg prava kojeg je sam naravni razum (*naturalis ratio*) stvorio među svim ljudima te kojeg svi narodi podjednako poštuju i njime se služe³⁹. Shvaćanje da su *natürliche Recht-*

³⁴ O primjeni § 7 ABGB-a u suvremenom austrijskom pravnom sustavu vidi npr. MAYER-MALY, *Die Natürlichen Rechtsgrundsätze als Teil des geltenden österreichischen Rechts*, u: MAYER-MALY/SIMONS (Hrsg.), *Das Naturrechtsdenken heute und morgen. Gedächtnisschrift für Rene Marcic*, Berlin, 1983, 853 i sl., s uputama na daljnju literaturu; općenito o ulozi doktrine naravnog prava u stvaranju ABGB-a, vidi ukratko ŠARKIĆ/POPOVIĆ, *op. cit.*, 132 i sl.

³⁵ Vidi npr. PFFAF/HOFMANN, *Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche*, Bd. I, Wien 1877, 206 i sl.: „...überhaupt ist das röm Recht größentheils ein in seinen Folgerungen dargestelltes Naturrecht”.

³⁶ Usp. UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, Leipzig 1876, 67 i sl.

³⁷ O životu i djelu Ivana Maurovića (1873–1952), profesora građanskog prava na Pravnom fakultetu u Zagrebu vidi detaljnije STIPKOVIĆ, in: GAVELLA et al., *Hrvatsko građanskopravno uređenje i kontinentalnoeuropski pravni krug*, Zagreb 1994, 46 i sl.

³⁸ Cit. MAUROVIĆ, *Nacrt predavanja o općem privatnom pravu*. Prva knjiga: opći dio, Zagreb 1919, 13.

³⁹ Gai. Inst. 1. 1: *...quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur*; o pojmu *ius gentium* kod Gaja vidi npr. WAGNER, *Stu-*

sgrundsätze” iz § 7 ABGB-a u prvom redu načela naravnog prava oblikovana na temelju pravila rimskog prava kao općeg privatnog prava u Antici (*ius gentium*) te u srednjovjekovnoj i novovjekovnoj kontinentalnoj Europi (*ius commune*), iznova je — okončavajući podulji period dominacije jednodimenzionalnog pravnopozitivističkog pristupa u interpretaciji navedenog propisa — na uvjerljiv način afirmirao Wolfgang Waldstein, jedan od najvećih današnjih europskih romanista⁴⁰. Kako vidimo, navedeno shvaćanje naravnopravnog supstrata ABGB-a sasvim je u skladu s Bogišićevim shvaćanjem naravi (*natura*) kao praizvora prava.

Stoga je Bogišić u velikoj mjeri preuzeo sadržaj § 7 ABGB-a u svoju znamenitu crnogorsku kodifikaciju⁴¹. Sukladno tome, čl. 3 OIZ-a glasi: „Ako za neki osobiti posao ili slučaj ne bude ni u zakonima ni u običajima određena pravila, red se je vladati po podobju drugih sličnih pravila, ili pak riješiti slučaj po opštim osnovama pravde i pravice”. Kako vidimo, Bogišić u slučajevima kada se određena situacija ne može riješiti primjenom zakona, običaja ili analogije, predviđa primjenu „opštih osnova pravde i pravice”. Bogišić detaljnije razrađuje navedenu odredbu u čl. 782 st. 1. OIZ-a⁴². Bez obzira na to što se u OIZ-u ne spominju *expli-*

dien zur allgemeinen Rechtslehre des Gaius. *Ius gentium* und *ius naturale* in ihrem Verhältnis zum *ius civile*, Zutphen 1978, 1 i sl.; KASER, *Ius gentium, op. cit.*, 20 i sl., s uputama na brojnu daljnju literaturu. Specifično o pojmu *ratio naturalis* u klasičnom rimskom pravu vidi STEIN, The Development of the Notion of *naturalis ratio*, u: WATSON (ed.) Daube noster. Essays in Legal History for David Daube, Edinburgh/London 1974, 305 i sl.; o značenju rimskog *ius gentium* za suvremeni europski pravni sustav vidi WALDSTEIN, *Ius gentium* und das Europäische *ius commune*, *Index. Quaderni camerti di studi romanistici*, 26 (1998) 453 i sl.

⁴⁰ Vidi npr. WALDSTEIN, Vorpositive Ordnungselemente im Römischen Recht, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 17 (1967) 1 i sl.; *idem*, Naturrecht bei den klassischen römischen Juristen, u: MAYER-MALY/SIMONS (Hrsg.), Das Naturrechtsdenken heute und morgen. Gedächtnisschrift für Rene Marcic, Berlin, 1983, 239 i sl., posebice 250 i sl.; *idem*, Naturrechtliche Grundlagen des österreichischen ABGB von 1811, u: CASTELLANO (ed.), L'Europa e la codificazione, Napoli, 2005, 41 i sl.

⁴¹ O Bogišićevoj ocjeni SGZ-a vidi npr. ČIZMOVIĆ, Sto pedeset godina Građanskog zakonika za Kneževinu Srbiju — osvrti Valtazara Bogišića na ovu kodifikaciju i još neka pitanja, *Pravo — teorija i praksa*, br. 5–6/1995, 34 i sl.

⁴² Čl. 782 st. 1. OIZ-a glasi: „Temelj je, razumije se, i zakonu i zakonitu običaju, pravda i pravica, te kad sudac sudi po pravilima uzetim iz zakona ili iz zakonita običaja, on svakako radi na osnovi pravde i pravice. Ipak, pravila po kojima on sudi, već je zakonodavac i narodni život otuda izveo. Tek, kad ni u zakonu ni u običaju nema prilična pravila za neki posao, a nije ga moguće ni podobjem naći, pravda i pravica postaju za sudca neposrednim izvorom, iz koga on pravce treba da crpi svo-

cite „načela naravnog prava”, Bogišićeva maloprije iznesena shvaćanja o naravi (*natura*) kao prazvoru prava nedvojbeno dovode do zaključka da „opšte osnove pravde i pravice” iz čl. 3. OIZ-a imaju posvema naravnopravni karakter⁴³.

Govoreći o „pravilima koja upravo potiču iz neiscrpivog izvora pravde i pravice” kao „glavnome izvoru svih pravila”, Bogišić izričito napominje da se ti najizravniji iskazi „pravde i pravice” nalaze „najposlije” u njegovom zakoniku⁴⁴: „Završava se dio, a tim i cijeli zakonik, sa dosta dugim razdjelom o glavnijim pravilima pravde i pravice u imovinskim poslima, što pominje svršetak 50-te knjige *Pandekta* i kaliforniskog Civil code⁴⁵. Riječ je, naravno, o njegovim značnim „zakonjačama”, sadržanim u posljednjem razdjelu šestog dijela OIZ-a pod nazivom „*neke zakonjačke (pravničke) izreke i postavke koje, i ako ne mogu zakona ni preinačiti ni zamijeniti, mogu mu, ipak, objasniti smisao*”.

Navedeni razdjel zakonika (čl. 987–1031) obuhvaća 45 pravnih izreka ili poslovice na narodnom jeziku, formuliranih na temelju latinskih pravnih izreka (*regulae iuris*)⁴⁶, koje obuhvaćaju temeljna pravna načela. Kako su rimski pravni temelji Bogišićevih „zakonjačkih izreka” kao finalnog segmenta OIZ-a već u više navrata tematizirani u pravnoj zna-

je pravilo, prema osobitoj prirodi posla koji se sudi. Ta se radnja i zove: suđenje po pravdi i pravici”.

⁴³ O čl. 3. (i čl. 782. st. 1.) OIZ-a vidi izvrstan opsežan rad Jasminke HASANBEGOVIĆ, *Pravne izreke Valtazara Bogišića skraja OIZ = katalog narodnjačkih opštih pravnih toposa?*, u: BRENESELOVIĆ (ed.), *Spomenica Valtazara Bogišića o stogodišnjici njegove smrti*, Knjiga I, Beograd, 2011, str. 333 i sl., koja autorica međutim, usprkos višekratnih izričitih Bogišićevih referencija na narav (*natura*) kao „jedini izvor prava”, otklanja svaku mogućnost „jusnaturalizacije Bogišićeve pozicije” (*op. cit.*, 341)

⁴⁴ BOGIŠIĆ, *op. cit.*, 264.

⁴⁵ Cit. BOGIŠIĆ, *op. cit.*, 230.

⁴⁶ O značenju latinskih pravnih izreka kao jednog od temeljnih elemenata europske pravne tradicije, kulture i jezika u kojima je na krajnje sažet i jezgrovit način sabrano tisućljetno rimsko i europsko pravničko iskustvo, u rasponu od temeljnih pravnih načela do sasvim konkretnih rješenja vidi detaljnije WACKE, *Sprichwörtliche Prinzipien und europäische Rechtsangleichung, Orbis iuris romani*, 5 (1999) 174 i sl.; usp. i LIEBS, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, München, 1991, 9 i sl.; KRANJČ, *Latinski pravni reki*, Ljubljana, 1998, 5 i sl.; DOMINGO et al., *Principios de derecho global. 1000 reglas y aforismos jurídicos comentados*, Navarra, 2006, 23 i sl.; PETRAK, *Traditio iuridica*, vol. I. *Regulae iuris*, Zagreb, 2010, 9 i sl.

nosti⁴⁷, ovdje nećemo ulaziti u detalje navedene problematike. Međutim, valja istaknuti da je Bogišić od svojih znanstvenih početaka intenzivno istraživao tekstualne i sadržajne istovjetnosti između regula *iuris* pripadnih rimskoj pravnoj tradiciji i slavenskih narodnih poslovice pravnog karaktera⁴⁸. Formulacija navedenih zakonjača zahtijevala je znatne napore, koje svjedoče koliko je iznimno Bogišiću bilo stalo do navedenih „pravila pravde i pravice” *par excellence*. To je nadasve razvidno iz jednog njegovog pisma Konstantinu knezu Vojnoviću Užičkom: „...nasmijaćeš se kad pročitаш posljednje poglavlje (razdio) toga dijela u kome su *brocardica*, ali ne možeš predstaviti koliko sam muka vidio dok sam redžirao tako kako će biti razumljivije narodu, kako će biti kratke i kako će imati neki ritam što ga poslovice imaju... Kad bi doslovce prevodio bio, nit bi bilo razumljivosti, ni ritma...”⁴⁹. Rezultat je, prema sudu mnogih, bio fascinant. Kada se promatra odnos navedenih regula *iuris* pripadnih rimskoj pravnoj tradiciji i Bogišićevih zakonjača — ne preostaje nam drugo nego ponoviti nadasve točan uvid Konstantina Vojnovića iz prve opširnije domaće rasprave o OIZ-u da su Bogišićeve zakonjače „u popularne rečenice odjenute izreke rimske mudrosti” s ciljem postati „sokom pravne svijesti u narodu”⁵⁰. One su najizravnije očitovanje naravi (*natura*) kao prouzročitelja prava.

⁴⁷ Analizu regula *iuris* pripadnih rimskoj pravnoj tradiciji kao temelja zakonjačkih (pravničkih) izreka u posljednjem razdjelu Bogišićeva OIZ-a izvršili su, *inter alia*, do sada VOJNOVIĆ, Crnogorski zakonik, Mjesečnik pravničkog društva u Zagrebu, br. 7/1888, 329 i sl.; *idem*, Opći imovinski zakonik za Crnu Goru obzirom na ostalo crnogorsko zakonarstvo, Rad JAZU, Knjiga XCVI, Zagreb, 1889, 57 i sl.; ZOCCO-ROSA, *Influssi di diritto romano sur una legislazione Slavo-serba*, u: Mélanges G. Cornil, Vol. II, Paris, 1926, 634 i sl.; BOGOJEVIĆ-GLUŠČEVIĆ, *Rimska pravna pravila u zakonjačama Opšteg imovinskog zakonika za Knjaževinu Crnu Goru*, Istorijski zapisi (78) 1–4/2005, 7 i sl. Mjestimične upute na odgovarajuće članke OIZ-a pružili su svojedobno i STOJČEVIĆ-ROMAC u svojoj knjizi *Dicta et regulae iuris*. Latinska pravna pravila, izreke i definicije sa prevodom i objašnjenjima, Beograd, 1971. Nedavno smo i sami izvršili detaljnije istraživanje o navedenoj problematici; vidi PETRAK, *Imovinskoppravne regulae iuris* u Bogišićevu zakoniku i njihovo aktualno značenje, u: Bogišić i kultura sjećanja. Zbornik radova znanstvenog skupa s međunarodnim sudjelovanjem održanog u prigodi stote godišnjice smrti Balda Bogišića, Zagreb, 2011, 98 i sl.; usp. i HASANBEGOVIĆ, *op. cit.*, 329 i sl.; VUKČEVIĆ, *Iza norme*. Sociološki i pravni eseji, Podgorica, 2003, 255 i sl.

⁴⁸ Vidi npr. BOGIŠIĆ, *Pravni običaji u Slovena*. Privatno pravo, Zagreb, 1867.

⁴⁹ Pismo K. Vojnoviću iz Pariza od 17. 5. 1888; cit. prema HASANBEGOVIĆ, *op. cit.*, 330.

⁵⁰ Cit. VOJNOVIĆ, Crnogorski zakonik, 330.

ZAVRŠNE NAPOMENE

U kontekstu zaključne usporedbe Jhering-ovog shvaćanja o sili i nasilju (*vis*) kao prazvoru prava (*ius*) sa Bogišićevim shvaćanjem o naravi (*natura*) kao prazvoru prava (*ius*), važno je istaknuti da jedna od najpoznatijih zakonjača ima sljedeći sadržaj: „pravdi je nasilje najgori protivnik” (čl. 1011 OIZ-a). Bogišić je već u svom djelu „Pravni običaji u Slovena” iz 1867. naveo čak desetak inačica navedene izreke na grčkom, latinskom, talijanskom, francuskom, njemačkom i slavenskim jezicima, što svjedoči o duboko ukorijenjenom zajedničkom shvaćanju europskih naroda da je nasilje posvemašnje nijekanje pravde i prava⁵¹. Među njima se svojom jezgrovitosti i sažetosti ističe latinska regula *vis legibus inimica* („sila je neprijateljica zakona”)⁵².

Sljedeći logiku Bogišićeva razmatranja, ako se krene s gledišta da je *natura* isto što i pravda, nužno je zaključiti da je nasilje u svojoj biti protunaravno. Drugim riječima, nasilje je apsolutna negacija „jednog jedinog izvora prava”. Kako vidimo, Bogišićevo shvaćanje u potpunosti je suprotnosti s Jhering-ovim shvaćanjem o sili i nasilju kao „majci prava” (*Mutter des Rechts*).

Navedena posvemašnja oprečna razmišljanja Jhering-a i Bogišića o tome što je prazvor prava imaju *in ultima linea* svoj uzrok u različitom shvaćanju naravi (*natura*). O čemu je točno riječ? Bogišić na jednom mjestu u svojem djelu „Metod i sistem kodifikacije imovinskog prava u Crnoj Gori” navodi da je *natura* onaj izvor prava koji uvijek, posvuda i svi slušaju: *quod semper, quod ubique, quod ab omnibus observatur*⁵³. Vrlo je važno primjetiti da Bogišić na navedenom mjestu zapravo parafrazira znamenitu teološku definiciju svete predaje (*traditio sacra*) u formulaciji sv. Vinka Lerinskog (+ 450): *quod ubique, quod semper, quod ab omnibus creditum est*⁵⁴. Uz sve do sada rečeno, to nam također svjedoči o čuvenici da je je Bogišićevo shvaćanje naravi (*natura*) bilo čvrsto utemeljeno u klasičnoj antičkoj kulturi i kršćanskoj tradiciji te time dijame-

⁵¹ Vidi BOGIŠIĆ, Pravni običaji u Slovena, 15, posebice bilj. 4.

⁵² Usp. STOJČEVIĆ-ROMAC, 523; BOGOJEVIĆ-GLUŠČEVIĆ, 22, koji opravdano vide u navedenoj reguli izravan rimski temelj čl. 1011 OIZ-a. Sama regula *vis legibus inimica* je formulirana na temelju jednog Ciceronovog izričaja; vidi: CICERO, *Pro Caecina*, 11. 33: „*nec iuri quicquam tam inimicum quam vis nec aequitati quicquam tam infestum est quam convocati homines et armati*”.

⁵³ Cit. BOGIŠIĆ, *op. cit.*, 257.

⁵⁴ SV. VINKO LERINSKI, *Commonitorium adversos haereticos*, II, 5.

tralno suprotno Hobbes-ovoj koncepciji naravnog stanja (*status naturalis*) kao rata svih protiv sviju (*bellum omnium in omnes*) ili Jhering-ovoj konstrukciji *Faustrecht*-a kao tobožnjeg iskonskog naravnog prava. Sve u svemu, navedene nam činjenice otkrivaju cavtatskog pravnika i politologa u prilično nepoznatom i začudnom svjetlu: kao pripadnika historijske pravne škole čvrsto usidrenog u klasične naravnopravne zadanoosti⁵⁵. Je li Bogišić bio svojevrsni Anti-Jhering?

Marko PETRAK

BOGIŠIĆ AS ANTI-JHERING? REFLECTIONS ON THE
ORIGINS OF LAW AND CODIFICATION

Summary

The aim of this paper is to compare Jhering's and Bogišić's understanding of the origins of law. Baldo Bogišić (1834–1908), well-known historian of Slavic law and author of the *General Property Code for the Principality of Montenegro (Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru — OIZ)* (1888), attended as early as 1862 the lectures of the great German scholar of Roman law and legal philosopher Rudolph von Jhering (1818–1892) in Giessen, where he met Jhering in person. In his introductory lecture at the University of Odessa entitled „On the Scientific Elaboration of the History of Slavic Law” held in 1870, Bogišić repeatedly referred to Jhering's celebrated work „The Spirit of Roman Law” (*Geist des römischen Rechts*), leaning on it in his critique of the legal history science of his time.

Therefore, he must have undoubtedly been well acquainted with Jhering's understanding of the genesis of law, i. e. the latter's thesis on force and violence (*vis*) as origins of law (*ius*) („*Die Thatkraft, die Gewalt also ist die Mutter des Rechts...*”). In spite of this, Bogišić underlines a completely opposite understanding: „pravdi je nasilje najgori protivnik” („Violence is justice's worst enemy”) (art. 1011. of the OIZ). Bogišić's understanding is obviously based on the ancient Latin maxim *vis legibus inimica* („Violence is the enemy of the laws”).

Jhering's and Bogišić's mentioned completely opposite concepts of the origins of law, find their cause *in ultima linea* in differing understandings of nature (*natura*).

⁵⁵ Općenito o Bogišićevim metodološkim pozicijama vidi npr. DANILOVIĆ, Predgovor, u: BOGIŠIĆ, Izabrana dela i Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru, Beograd, 1986, 5 i sl.; ČEPULO, Baltazar Bogišić i engleska škola povijesne i poredbene jurisprudencije (H. S. Maine, F. Pollock, P. Vinogradoff), Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu (45) 1995, 317 i sl., s uputama na daljnju literaturu. Usp. i RAŠOVIĆ, Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru — moderna kodifikacija, u: Bogišić i kultura sjećanja. Zbornik radova znanstvenog skupa s međunarodnim sudjelovanjem održanog u prigodi stote godišnjice smrti Balda Bogišića, Zagreb, 2011, 167 i sl.

Bogišić's understanding of nature (*natura*) was firmly rooted in classical ancient culture, and therefore diametrically opposite to Hobbes' conception of the natural human state (*status naturalis*) as a war of everyone against everyone else (*bellum omnium in omnes*) or Jhering's construction of the „law of the stronger” (*Recht des Stärkeren/Faustrecht*) as the primordial natural law. All things considered, the cited facts shed rather unknown and curious light on the lawyer and polymath from Cavtat (*Ragusa Vecchia*): as a member of the historical school of law firmly anchored in classical natural law tradition. Was Bogišić some kind of anti-Jhering?

Key words: Bogišić, Jhering, origins of law, Roman law, OIZ