

ИДЕЈЕ ВАЛТАЗАРА БОГИШИЋА О НАРОДНОМ И ЗАКОНСКОМ ПРАВУ

Значај рада Валтазара Богишића за право у опште је велики и многострук. Ако се изузме рад на Општем имовинском закону, његова је највећа заслуга што је указао на потребу проучавања обичајног права и што је на том пољу и сам радио. Он је доказао да никакав рад у области права, ни законодавни, ни судски, ни научни, није могућ без проучавања народног правног живота. У том погледу он је код нас био претеча, — али претеча за којим скоро нико није пошао. У његово доба владала је скоро нетакнута догма о свемоћи закона и скоро целокупно право свођено је на тај извор. Богишић је показао да између садржине закона и друштвене стварности мора постојати извесан однос и да се постављени циљ не може постићи законом ако тога односа нема. Право није нити може бити резултат умовања, као што су мислили преставници школе природног права, већ резултат одређене друштвене стварности са читавим комплексом чинилаца различитог дејства и различито повезаних. Разликовање стварних и формалних извора права, и ако није формулисано, јасно се осећа. На мисао о потреби проучавања народног правног живота Богишића су навели његови учитељи, претставници историске правне школе. Школа природног права хтела је да створи правна правила према замишљеним идеалним односима, не водећи много рачуна о стварним факторима живота појединих народа. Она је хтела да право изведе из рационалних поставки. У својој реакцији против несавременог римског права она је била отишла и сувише далеко, одвајајући право потпуно од живота. Историска школа, која преставља реакцију на учење школе природног права, хтела је да праву поврати његову спонтаност формирања, да његове формалне изворе врати стварним. Она је скоро сасвим негирала значај рационалног елемента у стварању права. Прихватајући главна учења историске школе, Богишић није ишао

за њом свуда до краја, а у извесним правцима морао је сам да крчи путеве. Он је био прихватио, са извесним ограничењима и модификацијама, Пухтино учење о обичајном праву, али је методу за проучавање постојећег народног права морао у главном сам да ствара.

Оно што је одмах привукло Богишићеву пажњу то је отсуство хармоније између правне науке, законодавства и судске праксе, с једне стране, и „фактичких одношаја друштвено-правнога бивовања народног“, с друге стране. Он је приметио да „у нас и данас „изучени“ правници следе ограничене појмове средовјечних глосатара, не само не показујући воље озбиљному изучавању народних правних појмова, уверења, установа, обичаја, него их, како се при сваком случају показује, они не држе вредним ни најмање пажње... Са занемарењем народних елемената стоји у најтешњој свези и други веома важни појав, то јест, да се мало гђе писани закони (па по томе и отправка судских послова) налазе у тако огромној опријечи са одношајима и потребама позитивнога живота (особито гледи сељака) као што то бива у нас. А како да и буде иначе? У нас је већи дио тих законодавних производа основан или на начелима аргіогі, или искључиво обзиром на потребе земаља посве различних од наших, у мало не свим важнијим одношајима друштвено-правног живота! Са друге пак стране, при састављању закона и не обзирају се састављачи на особити течај и правац историског развитка и на друге важне елементе који дадоше облик самосвој и земљама Јужних Словена и њима самијем. Из тога слиједи да пошто закони, по својој природи, треба да буду изразом међусобних одношаја ствари и људи који живе у каквој земљи и некога међу њима равновјесја, они и не могу под ни пошто одговарати својој цели“ (Зборник садашњих правних обичаја у Јужних Словена, VIII—IX).

Богишић је нарочито истакао да се код нас у праву мора водити рачуна о „појмовима, уверењу и обичајима главног разреда пучанства, сваке државе и земље, на име ратара сељака“ и своја проучавања упутио у том правцу. У познатом „Писму пријатељу филологу“ Богишић каже: „По особитој склопу народнога ума и по правцу хисторичнога нашега развитка, народ наш као што сачува до данас непорушену снагу у самосталном пјевању, причању, мишљењу, тако исто сачува у живој свјести своје друштвене установе, па тако хоће да их самостално и развија, премда не презире ни плодове туђега искуства, туђега изума. У западних народа и опет услјед особитог хисторичког развитка правници узеше донекле у монополију бављење са свакидањим народним правом, али зато на западу изникну многогобројни и снажни градски елеменат, у коме се роди и разви

своје посебно трговачко, обртничко и морско право, које по срећи утиче умртвљујућему даху правника-рутинера; па видимо да грађани на западу и посташе најзнатнији разредом пучанства. У нас на против, најглавнији је, да не кажемо једини наш народни елеменат сељак...”

Проучавање народног права он је сматрао неопходним не само за сваку законодавну радњу, већ као предуслов за ваљано обављање судских послова и рад на правној науци.

I

На пољу законодавне политике, прва дужност која се намеће законодавцу је да темељно проучи постојеће установе народног права; тек онда се може корисно приступити проучавању потребних и могућих промена. Без тога најбоље намере могу остати без корисних последица. Зато је Богишић пре израде Општег имовинског законика брижљиво проучио народно право у Црној Гори. Из истога разлога он је пропустио да кодификује породично и наследно право, остављајући их и даље у области обичајног права; те области правног живота имале су бити предходно још боље проучене.

Правници од заната склони су да стварају нове правне установе по страним обрасцима, без претходног проучавања питања да ли се установе једне средине могу пресадити у другу, због посебних прилика те средине. Народни живот се одупире уношењу облика који нису у сагласности са постојећим облицима и не одговарају њему. Када се законодавац не обазире „на правне појмове, уверења, потребе и обичаје народа, неизбежно се јавља отпор са стране народа, па и када би могуће било савладати тај отпор, и механички увести тај закон, то, као што на сваком кораку сретамо у правној историји, такви закони место да уведу некакав ред и опредељивост у правне појмове и правни живот народа, уводе у сваком случају неред и хаос, тако, да се правни појмови које је народ пре имао помуте, а новштина му, у најбољем случају, ни у чему не користи... Насиље више раздржује него ли убеђује, а уопште не достиже циљу”.

Ове мисли, тачне у основи, морају се ипак модификовати у неколико и не сувише генерализати. Оне су у главном тачне, у колико се односе на бирократско кабинетско законодавство, какво је у главном законодавство у то доба у земљама Јужних Словена. Али се то не може рећи за свако законодавство. Снага спонтаних креација друштвеног живота велика је, али закон има своју моћ, која у осталом није промакла Боги-

шићу. Закони који не одговарају једној средини, а помоћу којих се хтела њена реформа у извесном смислу, неће је реформисати, али ће је моћи дезорганизовати у већој или мањој мери. Али, с друге стране, закон као такав, јесте извешан чинилац који може утицати у већој или мањој мери на заједничко правно уверење. И сама принуда може имати некад извесна стваралачка дејства. Одупирање народног живота новим облицима које закон уводи има својих граница и оне понекад, под комбинованим дејством разних фактора попусте. Обичај, са своје стране, може постати препона даљем развијању извесних односа, и не одговара више потребама средине. Затим, по својој природи и сврси закон се не ограничава као обичај да утврди оно што јесте, већ има и активну улогу: он тежи да управља стварима у извесном правцу, према неком идеалу. Док обичај чека да га створи протекло време, закон иде у сусрет времену. Рационални елемент права добија у њему свој израз. Његово преимућство над обичајем у томе погледу је очигледно.

Ове опаске ипак не умањују много исправност Богишићевог извођења о резултату сукоба живота и закона; оне га више допуњавају. Богишић је показао у више махова, а то и сада сваки правник може лако утврдити, да је могуће да између права које живи у народу и права садржаног у законима не постоји потпуна сагласност. Закон не може увек и потпуно да искорени норме које је живот створио сходно потребама, Истина, у случају спора мора се у главном судити по закону, а не по народном праву. Али спорови представљају, према броју насталих односа врло ретке, узредне и споредне појаве у животу једне средине. Несразмерно већи је број односа који се развијају мирно и без икакве борбе пред судом, сходно правилима народног права. Одавно је примећено да наследно право аустриског грађанског законика, који је уведено у живот у Далмацији 1816 године, није уопште било прихваћено у животу народа. Имао би сасвим погрешну претставу о задружној породици у Србији онај који би је тражио само у прописима које јој посвећује грађански законик и у судским пресудама по споровима из задружних односа. И у једном и у другом погледу живо народно право садржи правила која се разликују од законских, и та правила и после једног века живе поред закона.

Много пре модерних правника Богишић је јасно уочио неостварљивост „жеље за једначењем”. Он је сувише добро познавао стварност правног живота да би могао и мислити да се разноврсности, створене историјом и посебним приликама живота, могу свести на једно. Установе народног права имају „свој властити крепки живот, природу која се успешно одупире наметаним јој новинама”. Он је у тим и сличним мисли-

ма предосећао данашње цепање општег права на све већи број посебних права и формирање, поред њих и независно од њих, посебних корпоративних права, сходно потребама реалитно малог круга заинтересованих.

Ако је познавање народног права неопходно потребно законодавцу, оно је не мање потребно судији. Судија не може тачно схватити односе практичног живота, ни о њима исправно судити, ако не познаје обичајно право; сукоби интереса не могу бити ваљано решени, ако се не познају правне установе народног права. Примери о томе код нас обилују: на пр., наш грађански законик схвата давање оваца под кесим истао као и давање под закуп. Отуд би излазило да би ризик случајне пропасти ствари требало да сноси закуподавац (§§ 682, 700); међутим законодавац у овој материји обазрео се на постојеће народно правно уверење и у нарочитим прописима (§§ 693, 694) ставио један део ризика и на узимаоца оваца под кесим. Исто је и у погледу обавезе враћања кесимаца: не враћају се баш исте овце, већ овце „у добром стању у истој доброту и на броју”, због чега је дужан онај који је овце узео под кесим њих „с подмлатком попуњавати”. Кад грађански законик каже да ризик случајне пропасти ствари узете на послугу сноси послугодавац, онда он поставља једно опште правило, које се среће и у другим законцима; али кад његов § 692, ст. 2, у поглављу о закупу каже: „Ако би пак на послугу само дат во или коњ без кирије мањкао, онда се мора платити било кривицом или без кривице”, онда он посвећује једно правило народног права, које отступа од постављеног начела, али одговара народном правном уверењу. Без ових прописа, у којима је законодавац изузетно водио рачуна о народном праву, направио би велику погрешку судија који би о кесиму и послуги коњем или волом судио по начелима закупа и послуге, као што ће у опште погрешити и онај који о разним односима на стоци суди не водећи рачуна о правилима утврђеним обичајем, већ само по грађанском законнику. То вреди и за све остале односе о којима законодавац није можда ништа знао, и ништа у законик унео.

Постојање обичајног права поред законског права поставља за судију један нов проблем, а то је како да реши сукоб ова два права. — У том питању Богишић не иде за својим учитељем Пухтом. Он дискретно пребацује Пухти што „показује толику побожност према ономе што је узело форму закона”, али ни сам није могао да створи систем измирења обичаја и и закона који се не би оснивао на вољи закона. Он се напреже да из воље законодавца извуче обавезну снагу обичаја. Де лимично то је разумљиво: закон је у доба државе орган ревелације права, као што је обичај орган ревелације права у при-

митивним заједницама. Али, ако закон одговара као извор права држави, он не искључује друге изворе; ма колики били његова моћ и утицање на заједницу, стварни извори права функционишу и даље у одређеном смислу, а и други формални органи ревелације права не престају радити. Елемент једначења, закон по својој природи треба да држи у равнотежи обичаје, елементе раздвајања. Место да се искључују, закон и обичај баш због својих супротних карактера намењени су узајамном допуњавању. Закон поставља општа правила, према ономе што је, или има бити заједничко свима, и вештина његовог доношења је да се остави довољно места за нужне и потребне разлике. Али ако је закон данас препондерантан извор права, то још не показује како би се у вољи законодавца нашао основ за решење сукоба закона и обичаја. И ако је боље него ико познавао границе моћи закона, Богшић је ипак био под утицајем учења свога времена у погледу технике тумачења закона, које је онда било скоро опште и које се заснивало на аргументу постављеном правилу да цело право почива на вољи законодавца. Цело његов систем за решење колизије између права које се јавља у облику обичаја, и права које се јавља у облику закона, оснива се на том правилу и почиње са истраживањем воље законодавчеве у погледу конкретног обичаја. Њему нису били непознати радови Рудорфа и Јеринга који су тежили да ослободе теорију тумачења од традиционалних стега, закон сведу на његову меру, а тумачу дају потребну слободу; али налазећи да се данас „извори права налазе у сасвим другом међусобном одношају него што је у Римљана било, није могуће захтевати да би данашња *interpretatio doctrinalis* правника стала више закона”. Он је имао јако развијено осећање поштовања постављеног правила; високо мишљење које је имао о обичајном праву преносио је и нехотице на писано право и желећи да заштити обичајно право од слободнијег поступања тумача, он је у општој теорији тумачења био заузео један став који су неки његови савременици већ били почели напуштати.

Треба се потсетити да је тада у области тумачења закона суверено владало учење да је циљ сваког доктринарног тумачења закона да се пронађе воља законодавчеве. „Ова... врста интерпретације, — која се дели на граматичну и логичну, а ова друга садржи већ у себи систематичну и историчку, — даје на руку тумачиоцу много средстава да би се докопао одношаја праве воље законодавца к правилима која тумачи. У ту му сврху и практика и наука не само допуштају него и налажу да изучи: узрок закона (*ratio legis*), узрок права (*ratio iuris*), повод закона (*occasio legis*), цијели састав његов у међусобној зависности појединих дијелова, друге изреке законодавче-

ве о истом предмету, исторички развитак института ка кому се односи. Осим тога тумачу се налаже да још баци поглед на законе који служаху тумаченому извором или основом, на савремене теорије, затим на предлоге, извештаје комисија и т. р. (Unger, System I, 82 — 83). Овђе се дакле изискује воља законодавчева у њезином одношају с множином елемената, из којих се предпоставља да је могла постати...” (Богишић Зборник садашњих правних обичаја, XXXI—XXXII). Богишић је узео за вољу у овој материји свога учитеља Унгера, који је био један од заслужних претеча модерних схватања у тумачењу, али који је ипак служио на олтару суверености закона (В. сл. 776 о. и. з.).

Прихватајући ово учење о тумачењу закона, Богишић указује да ово тумачење истражује „вољу законодавца у њезином одношају с множином елемената, из којих се претпоставља да је могла постати”, и сматра да оно има једну празнину, која је у томе што се заборавило „предписати тумачиоцу да настоји тражити одношај воље законодавца к обичају”. Он мисли да ту празнину може попунити разликујући према томе да ли је законодавац правећи закон о некој правној установи знао или не да о томе постоји супротан правни обичај. У првом случају био би закон јачи од обичаја а у другом би се њихови прописи имали сматрати као опречни прописи истога извора; та супротност би се имала да уклони применом обичних правила интерпретације.

Дуга објашњења, која је Богишић посветио овоме својој систему, показују да је он до њега нарочито држао и да му је било стало до тога, да обичајном праву обезбеди примену од стране суда и у режиму законског права. Та и сва слична објашњења, пуна функција, одавно су постала непотребна. Ако то констатујемо, морамо тим поводом такође констатовати да је Богишић врло добро осетио нераскидну везу која постоји између суда као органа државе и закона и покушао је да под окривљем закона прибави обичају примену од стране суда. Али он није могао предвидети да ће обичај на други начин добити у наше доба бољу и потпунију санкцију. Пошто судија суди по закону и пошто судија не признаје обичају моћ укидања или мењања закона, то заинтересоване групе (радници и послодавни људи који припадну једној пословној групи или професији и. т. д.), којима је стало до њиховога обичаја и који желе да га одрже насупрот закону, стварају своје судове. Замена државног судије изабраним судијом то је једна од одлика правног живота нашег доба и начин којим се у потпуности зајамчава живот и несметани развитак обичајног права. Богишић није могао предвидети начин како ће се постављено питање решити

на најинтересантнијем сектору модерног обичајног права (права пословних трансакција), али је јасно видео да се питање поставља и покушао му дати теориско решење.

У општем имовинском законнику, када је имао он сам да постави правила о односима закона и обичаја и о тумачењу закона, Богишић је заузео знатно слободнији став према закону (В. чл. 777—782). Али тај део О. и законика заслужује засебну студију.

II

Главна одлика методе Богишићеве при обради обичајног права је у томе да се природа сваке установе има проучити на основу „најпозитивнијих података“. Он непрестано подвлачи потребу изучавања факата. „Изближе погледати на ствар“, „изучити позитивна факта“ су изрази који се врло често налазе под његовим пером. Константовање свих факата мора бити потпуно. На тај начин Богишић је тежио да праву одузме карактер често пута стерилне технике, и поине га на степен науке. Због тога је он неверљив према апстрактној спекулацији „правника од заната“, који су склони дефинисању и строго логичком закључивању, при чему не теже да стварност проуче и тек онда дефинишу, већ узимају искључиво своје постојеће категорије за оквир потребних класификација. Он им пребацује да сакате установе, „како би их сместили пошто-пото у калупе напред спремљене на хартији“.

Поред овога и у вези са овим Богишић скреће пажњу на опасности од брзих генерализација, на „фаталну тежњу за једначењем“, на „наклоност к обопћивању правила и појмова.“ Главна одлика правних обичаја супротна је оној што је имају закони: место униформности правила они представљају највећу разноликост. Преливи су често једва приметни. Зато је потребно брижљиво разликовати пре сваког покушаја генерализације. „Главни је правац цијелога предузећа предсусрести незрело обопћавање појава у друштвено-правном животу. То се ради на основи жеље, да се приведи истраживање у природни течај, т. ј. да би претходила свестрана анализа синтези... Само на тај начин могу се претставити сваколике и најмање различите. Те разлике нијесу случајне, него... има свака своје узроке... Промотримо ли затим одношаје државе, управне, социјалне, одношаје суседства и иностраног уплива, рушење пријашњих предања у неким предјелима а не сазидање новијех и т. д., то ћемо наћи без велика труда, свијем тијем појавима и њихове природне узроке.“ Константовање факата је увек претходна радња. Тек онда се може приступити њиховом објашњењу. И ту треба бити

обазрив. Јер иста факта, исте појаве, могу бити резултат различитог развитка. Тако, ако у примитивном римском праву деца немају *resulium*, као што у задрузи у неким крајевима мушки чланови немају особину, то није из истих разлога: тамо је ауторитет шефа породице, који све апсорбује и потчињава децу, овамо је задруга, у којој сви имају иста права и дужности; тамо због потчињености потомци немају имовине, овамо равноправност захтева исто решење.

Кад се проучава нека установа потребно је да се разне појаве у животу установе не изучавају, само у „њиховој природи и њиховој посебној радњи“; те појаве не догађају се за себе већ су само део великог сплета, те их треба проучавати „у њихову узајамноме дејству и упливу“. Али тако упознавање установе није потпуно. Оно претставља само прву фазу, после које треба приступити поређењу са сличним и блиским установама. Компаративна метода може да допуни слику створену проучавањем установе и ближе је одреди. При свем том, Богишић је знао да у друштвеним наукама не треба очекивати резултате који би имали математичку тачност. Никаква метода не дозвољава да се дође до те прецизности у њиховим материјама, пошто у њима има елемената (као на пр. морал, традиција), чија се снага не може мерити и који се не броје. Њихово присуство и дејство може се опазити тек после дугог и озбиљног посматрања живота установе.

III.

Помоћу овог начина поступања долази се при испитивању појединих установа до резултата који су често у потпуној супротности са владајућим мишљењем међу правницима.

Доминирани идејама варошког света, правници схватају главне установе, породицу и својину, као односе апсолутне власти §§ 110, 120, 211 г.з.), док је реалност у народу сасвим другачија. Својина сељакова на земљи или стоци за правника је исто што и својина варошанина на тим предметима; у народу је то другачије: земља припада мање сељаку него што он припада земљи; мисао да му се земља може одузети за дуг он не може прихватити тако лако, као што то чини варошанин. Тако се могу објаснити сукоби приликом јавних продаја сељакове земље. Сељак са земљом чини једно. Још више: сеоска породица и земља на којој је чини једну целину, као што је то било раније и код других народа, па и код Римљана. Римска својина обично се истиче као типична индивидуална својина; међутим у првим фазама своје историје Римљани су знали за породичну

својину; доцнији *dominium* има за основу *domus* примитивног доба, породичну заједницу, а *familia* је у Риму означавала не само породицу, већ и робове и стоку, који су јој могли припадати, а доцније имовину уопште. По народном схватању, у нашој сеоској породици старешина није власник у правничком смислу речи, нити може располагати имовином по својој вољи, без обзира на то да ли је кућа задружна или инокосна. Са тачке гледишта имовинско-правног, сеоска породица чини једну економску заједницу у којој старешина (била кућа инокосна или задружна) нема неограничено право располагања породичном имовином. Он је само један део једне веће органске целине, у којој, у истини, он има више дужности него права.

Богишић је, поступајући по овој методи дошао до врло занимљивих открића, од којих је најинтересантније оно о идентичности правне природе задружне куће и сеоске инокосне куће.

Породична задруга је несумњиво наша установа о којој се највише писало. Скоро опште мишљење правника, спроведено и кроз многобројне законе, било је да су задружна породица и инокосна породица два сасвим супротна типа породица, за које важе сасвим различита правила. Задружна породица је схваћена као отступање од нормалног облика прости породице а сеоска инокосна породица није се разликовала правно од варошке прости породице. Проучавање чињеница показало је Богишићу да између задружне породице и инокосне нема разлике у погледу основа њиховог уређења.

Правници су направили разлику између задружне и инокосне куће по броју прости породица које их сачињавају. Али је та разлика међу њима чисто спољашња. По својој природи инокосна и задружна породица су истоветне. И једна и друга имају исте карактере, односи међу члановима једне и друге исте су природе. Са те тачке гледишта обе се на исти начин разликују од варошке породице. Сеоска инокосна породица и задружна породица су изгледу једне исте установе. То је у ствари иста установа ухваћена у два разна облика. Не претстављају оне два сукцесивна ступња у развоју установе, већ две фазе у животу сеоске породице. Многобројна и разноврсна факта која је Богишић испитивао показала су да се односи у инокосној породици не разликују у основи од односа у задрузи. До тог закључка Богишић је дошао распитујући се у народу, сравњујући писана обавештења, проучавајући смисао кретања броја чланова једне породице у току времена, испитујући смисао израза којим се означава задружна кућа. У овом последњем погледу интересантно је запазити да по Богишићу, а противно Вуку, у народном језику не постоји уопште реч „задруга“ са значењем, које јој правници дају.

(Социолошки преглед, 1938)

A SUMMARY

THE IDEAS OF VALTAZAR BOGIŠIĆ ON COMMON AND STATUTE LAW

The author is of the opinion that the most important of Bogišić's merits, after his work on the Property Code of Montenegro, is the emphasis of the significance and the study of common law. He had predecessors in that field of work, but not successors as well. Predecessors (historical legal schools), he did not follow throughout, while he created the method of study, analysis of common law himself. He observed the fact that law is not adequate to the needs of the community, but is on the contrary founded on the „a priori” principles or imitation of foreign laws. In preparation of the Code, he previously studied common law; since they had not been more closely studied, the fields of family and inheritance laws were not codified. However, the author points out that the provisions of common law can also present an obstacle and not be in compliance with the needs of the community. Knowledge of the provisions of common law is necessary, according to Bogišić, not only to the legislator but also to the judiciary. Asking himself how it should resolve the conflict between the statutory and common law, although he asserted that jurists are too awesome toward the law, he nevertheless adhered to the then ruling dogma that the aim of interpretation is to discover the mind or intention of the legislator, offering the following solution for the conflict: the mind of the legislator should be found out in respect of the provision of common law in question, so that even if, in the process of creation of the law, he had knowledge of the existence of the provision of common law, the statutory provision would still be more powerful than the common law one; on the other hand, if he did not have knowledge of its existence, statutory law and common law would be in legal conflict originating from the same legal source; this conflict could be resolved by the aid of the regular rules of interpretation. The author claims that this solution is „old hat”, but that it is essential to ensure the implementation of common law provisions by the courts, which has been achieved through development in another way (by arbitration). The main characteristic of Bogišić's method of study of common law is to analyse the institution on the basis of positive facts, whereby he intended to raise the law to the level of science, and expressed his distrust toward the speculation „jurist in his own right” inclined to take category and not reality as a point of departure. Common law provisions are characterised by versatility, while laws are characterised by uniformity. Careful distinguishing should be made before any generalising. After analysis of the institution's links with numerous facts, the comparative method should be applied. The implementation of Bogišić's method very often gets results which are adverse to the ruling points of view; the author cites one such example.

RÉSUMÉ

LES IDEES DE VALTAZAR BOGIŠIĆ RELATIVES AU DROIT NATIONAL ET AU DROIT LEGAL

L'auteur considère que le plus grand mérite de Bogišić, après le travail au Code civil monténégrin, consiste dans la mise en relief de l'importance et de l'étude du droit coutumier. Dans ce domaine il a eu des précurseurs, mais non point des successeurs. Il n'a pas suivi ses précurseurs (l'école de l'histoire du droit) dans toutes les dimensions, et c'est lui-même qui a créé la méthode de l'étude du droit national. — Il a remarqué que le droit ne correspond pas aux besoins du milieu, mais qu'il est basé sur les principes a priori sur l'imitation de droits étrangers. En préparant le Code, c'est pourquoi il a étudié au préalable le droit national, et puisque n'ont pas été étudiés de cette façon les domaines du droit familial et du droit successoral ils n'ont pas été codifiés. L'auteur, cependant, attire l'attention sur le fait que même la coutume peut être une entrave au développement et ne point correspondre au milieu. — La connaissance du droit national est indispensable, selon Bogišić, non seulement au législateur, mais aussi à l'autorité judiciaire. En se demandant comment elle peut résoudre le conflit du droit légal et du droit national, quoiqu'il affirme que les juristes sont religieux outre mesure, devant la loi, il se tient, quand même, au dogme prédominant que le but de l'interprétation est de découvrir la volonté du législateur, et il propose un tel modèle du règlement de ce conflit: il faut déterminer la volonté du législateur en ce qui concerne la coutume en question, et s'il savait, en élaborant la loi, qu'il y a aussi la coutume, la loi est plus forte que la coutume; et s'il ne savait pas, la loi et le coutume seraient des prescriptions opposées de la même source et le contraste serait écarté par l'application des simples règles de l'interprétation. L'auteur souligne que cette solution est dépassée, mais que la tendance principale est d'assurer l'application des coutumes de la part du tribunal, ce qui est au cours développé réalisé d'une autre manière (par le jugement arbitral). — La qualité principale de la méthode de Bogišić de l'élaboration du droit coutumier est d'étudier l'institution sur la base des faits positifs, par quoi il avait la tendance d'élever le droit au niveau de la science, et exprimer la méfiance envers la spéculation des „juristes de métier”, qui sont disposés de partir de la catégorie et non point de la réalité. Les coutumes se distinguent par la diversité et les lois par l'uniformité. C'est pourquoi après toute généralisation il est nécessaire de procéder à la distinction méticuleuse. Après l'étude de la connexité de l'institution avec l'ensemble des faits il faut appliquer la méthode comparative. L'application de la méthode de Bogišić aboutit souvent à des résultats qui sont en opposition avec les opinions gouvernantes, et l'auteur expose un tel exemple.