

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

Година XXXV

март—април

Број 2

YU-ISSN 003-2563

ИЗВОРНИ ЧЛАНЦИ

UDK — 34(091) (038)

др Дитер Симон,
професор Правног факултета у Франкфурту на Мајни

ЗАКОН И ОБИЧАЈ У ВИЗАНТИЈИ (*)

У првој трећини тринаестог века архиепископ Хоматијан Охридски био је замољен да да стручно мишљење о једном значајном случају из брачног права. Неки човек хтео је да се врати својој првој жени од које се био развео и да напусти своју другу жену иако је с њом био осамнаест година у браку и имао осморо деце. Као разлог навео је да му је друга жена магијским радњама помутила разум, тако да се због тога развео од прве жене.

Овом навођењу, које иде за тим да ранији развод прогласи ништавим, Хоматијан не може да поклони поверење. Он мисли да већ околност што дотични осамнаест година живи у другом браку, те што није протествовао ни против нове удаје своје прве жене, оповргава његову тврдњу. По свој прилици, он из других разлога хоће да се врати својој првој жени чији је други муж управо био умро. Па ипак, Хоматијан допушта да му се предочи ранија исправа о разводу. При том с чуђењем констатује да је та исправа уговор који је закључен између мужа и родитеља његове прве жене. У том уговору постигнут је споразум да родитељи одустају од тога да мужа убудуће сматрају својим зетом, и обрнуто, да муж одустаје од тога да враћену кћер поново захтева од родитеља као супругу. Ове споразуме су обе стране потврдиле заклетвом и потписали су их веродостојни сведоци, као што их је оверио и регионални епископ.

Сама жена је у том догађају учествовала једино као објект. Иако није реч о некаквом плаћању, посао изазива утисак поништене куповине невесте. Хоматијан изјављује да је овде био примењен један инострани локални обичај (*kata etanikon ethos enchorion*). То противречи законском поретку, тако да је развод неважећи.

(*) Предавање је проф. Дитер Симон (Dieter Simon), директор Макс Планковог института за европску правну историју из Франкфурта на Мајни, 18. IV 1986. одржао у *Forum Romanum*.

Разуме се, овај исход којем нема замерке, имао би управо ону последицу коју је муж желео да изазове када је тврдио да је развод уследио због магије. Брачни другови из првог брака још би увек били ожењени, мужевљев други брак био би ништав, а пошто је други муж прве супруге умро, први муж би без даљих компликација могао да јој се врати. Међутим, пошто Хоматијан не би хтео да се то догоди, он каже да се понекад ваља повиновати страним обичајима. Утолико више што се са тим догађајима сагласио месни епископ, и он је спреман да прихвати тај неvizантијски обичај и да тај необичан развод прихвати као законит (*dechthenai hos ennomon to ethnikon diazygion*, № 103). Тада је, међутим, други брак био допуштен, те га муж не сме раскинути и вратити се првој жени.

Оно што је поменути развод чинило тако непривлачним не може бити околност што је он уследио споразумно. Додуше, споразуман развод био је забрањен, јер је почев од Јустинијана постојао утврђен број бракоразводних разлога као претпоставке сваког развода. А ипак, увек изнова било је споразумних развода а да их Византинци нису сматрали варварским. Брачни другови који су се на тај начин раздвајали поступали су незаконито, али не неvizантијски. Као стране сматрано је, напротив, неучествовање жене. Развод је био ствар венчаних и само њих. На томе није ништа мењало што су уговори о миразу и брачним добрима вишеструко били склапани између зета и жениних родитеља, те што су их, према томе, ови опет могли и раскинути. Склапање брака није било никакав уговор о брачним добрима, а онај ко га је тако третирао, примењивао је правила која су у том случају била доживљена као „инострана“.

У начелу, инострана правила — то показује наш случај — немају никакву претензију на важење. Ко се подвргава ромејској владавини, каже Евстатије Ромеј две стотине година пре Хоматијана, има да се придржава римског закона (*Пира*, 14, 16), а ко у ту владавину буде увучен против своје воље, за њ важи исто, мисли пет стотина година раније већ Јустинијан када одређена правила породичног и брачног права проглашава обавезним за Арменце (*Нов*. 21).

Али, како се препознаје страна правило? Онај ко се не држи византијског закона, тај се тиме, свакако, не држи аутоматски каквог неvizантијског правила. Известан путоказ даје управо споменути царски судија Евстатије Ромеј из прве половине једанаестог века. Неки високи достојанственик је, знатно запостављајући своју кћер из првог брака, своју другу супругу тестаментом учинио господарицом своје имовине. То је противречило византијским законима и давало право на оспоравање тестамена. Позивање на поштовање страних правила не бива прихваћено. Ко живи у византијској државној служби и од ње, тај начелно има да се равна према законима византијског цара чак и ако је странац (*ei kai barbarikon genous en*).

Страна правила се, дакле, препознају по томе што важе као страна (тј. прихваћена су) или се потврђује да важе. Византијски правник их без устезања третира као неважећа.

Како, међутим, ствари стоје када се нека противзаконита радња образлаже стварним или увераваним важењем других — али византиј-

ских — правила? Ако наступи тај случај, налазимо се пред питањем о рангу и значају обичајног права.

Желимо ли то питање да размотримо на примерен начин, морамо најпре бити начисто с тим да Византинци нису познавали неки општи појам права. Из римске традиције наслебена представа о *ius* као некаквој деперсонализованој маси правних правила која конституишу право (у смислу *law, droit, diritto*), одбацује се још под Јустинијаном. *Dikaion*, превод Јустинијанових професора права за *ius*, остаје вештачка творевина. Изван традиције превођења, речи *dikaion* или је дат печат једном снажном материјалном компонентом исправности — „*nomos kai dikaion*“ значи „закон и правда“, а не „закон и право“ — или она значи субјективно овлашћење: *dikaion kleronomias eschein* — имати право наслеба, *dikaioussthai* — стећи право. Централни „правни појам“ јесте појам *nomosa*, закона — појам у којем увек трепери и персонални законодавац, царски *nomothetes*. Јустинијанско разликовање између *nomos symbouleutikos*, препоруке и *nomos anagnastikos*, заповести (*Theod. Brev. 22, 51*), само се отуда може разумети.

Пошто смо то претходно напоменули, постаје јасно да византијски правник, када се сусреће с неким обичајем (*syntheia*) или неким етосом (*ethos*), уопште не може поставити питање да ли је овде реч о „праву“. Он на разуман начин само може размотрити да ли је код тих правила реч о *nomoi* или не. Ако се посматра с обзиром на тако ограничене претпоставке, и одговор је очигледан: обичаји и етоси по правилу нису *nomoi*.

То није морало значити да су ти обичаји и етоси имали мању обавезност од *nomoi*. Из околности да је важење таквих правила, тј. њихово опште или делимично прихватање и интерпретација као норми које треба поштовати, могло бити запажено и било запажено, не следи да је и њихову ваљаност требало мењати. Зајста, и на овом месту јасно иде напрелина кроз нормативни концепт византијског друштва.

На једној страни обичај који, према Евстатију, много тога развија из сопствене снаге, а много и на подстицај закона (16, 12). Као примери аутономних развоја могу се навести, рецимо, губитак неинвентарисаних мизанских добара од стране жене („о чему закон не говори“, 25, 21) или увођење *theoretrota*, *pretium virginitatis* („чији је настанак млађи од законâ о брачним добрима“, 25, 47). Обичајна правила која полазе од закона („јер овај сам каже да се у случају празнине мора судити према гледиштима сличности“, 16, 12) постоје код извршења тестамената које се своди на норме *tutele* и *fideikomisa*.

На другој страни, овим правилима и огромном броју других обичајних правила, ипак стоји насупрот једна концепција *nomosa* која систематски иде за тим да спречи важење таквих правила. По тој теорији, коју су правници неуморно објављивали почев од четвртог века, у једино занимљивом случају сукоба између *nomosa* и обичаја победу увек односи *nomos*. Обичаји уопште треба да постану релевантни само ако им се не супротстави никакав закон. Ако постоји сагласност са законом и ако, поврх тога, из судског испитивања произиђе да је реч о разумном и законитом обичају, онда то правило може добити своју потврду од суда. Тиме оно, додуше, не постаје *nomos*, али сличе ранг *nomosa*. Обрнуто, неком *nomosu* се обичајем не може оспорити ранг.

Ако се помоћ саобразно обичају не поштују, они упркос томе не престају да буду важећи, а обичајна правила која су ступила на њихово место не постају важећа. Реч је једноставно о непослушности.

Доследно томе, на питање да ли је неки одређени *ethos* или нека одређена *syntheia* — *nomos*, византијски правник само у једном случају може дати позитиван одговор. То је случај онда када је цар прогласио обичај за *nomos*, иначе не. Лав VI је у *Prooimionu* за своје новеле целокупну делатност новелирања програмски довео у везу с тим аспектом: реч је о томе да се наслеђена правна маса испита с обзиром на помоћ и на обичаје и да се *nomos* принципијелно обезбеди његов ранг. Пошто се, међутим, неки важећи обичаји нису показали као напросто неразумни (*paralogoi*), он их је одликовао рангом и привилегијом закона како би били важећи уместо необразложеног обичаја (*syntheias alogou*).

Византијска правна теорија је, дакле, теорија о апсолутној супериорности *nomosa* / закона и супсидијарности обичајног правила. Докле сеже та империјална претензија *nomosa*, постаје сасвим јасно тек кад се поглед усмери још на неке феномене у том контексту.

Није то никакав случај што Хоматијан у нашем почетном случају не говори о иностраном, туђем или етничком *nomosu*. Из његовог видокруга може бити речи само о једном *ethnikos ethos*. Евстатије Ромеј сасвим слично говори о *ethnikos diatithesthai*, о једном византијском начину да се направи тестамент а да се уопште не постави питање о неком иностраном закону. А Јустинијан, додуше, признаје Јерменима *thesmoi* и *barbarikon ethos*, али не говори о јерменским помоћ. То значи: *nomos* је чисто византијска ствар. Варвари немају никаквог *nomosa*. Када Хоматијан каже да неки бугарски правни акт не може према византијским законима имати трајности, пошто је за Бугаре сопствена воља (*idion thelema*) *nomos*, онда он изражава разлику која је у његовим очима одлучујућа (№81). *Nomos* није приватан, него је — како каже на другом месту (№. 110) — *logos* политичке заједнице, принцип владавине. Стога се владавина страних правила неизбежно мора схватити као противзаконита (*paranomos*). И у четрнаестом веку монаси са Атоса српску владавину, сходно традицији, описују као *paranomos dynasteia* која се ставила на место *epnomos basileia* (Кутл. 33 — 1375 после Христа).

Призвук тесне повезаности *nomosa* и *basileje* потврђује се и у односу на правила цркве. Позната Јустинијанова формула из 545. којом каноне наређује и уздиже на ранг законâ (*taxin nomon*) — да ће убудуће та правила „штитити као законе“ (*tous kanonas hos nomous phylatomen*), већ својом семантиком аналогном са питањем о обичају одаје постојање исте основне идеје. И неки канон може постати *nomos* само ако га цар за то прогласи. Услови настанка могу бити различити. У суштини, концепт који обичаје одликује почастима закона (*tetimentai axiomati nomou syntheiai*, Лав VI, 9/3), који одлукама Синода додељује потврде о несумњивости у односу на каноне (!) и законе (Col. IV, 69) и каноне ставља под заштиту *nomosa*, исти је. Доследно томе, при стварној неспојивости обеју сфера правила византијски правници нису предузимали никакве напоре да сукоб виде и реше га помоћу хијерархизовања. Пошто су извршна средства била различита код канона и

potosa, већ према целисходности и политичком положају, час се вршила кумулација, а час се извршење алтернативно препуштало црквеној или државној сфери.

У ком обиму принцип potosa доминира другим подручјима правила, не напоследку показује се по томе што помоћ бивају евоцирани и онда када уопште не постоје. Почев од хеленистичких раруги па до регистра патријархата у предвечерје пропасти Византијског Царства, упутства да се нешто догађа или треба да догоди ката потос, која се безброј пута јављају у актима нотарске праксе и приватних писара, имала су за последицу питање модерних истраживача, које је увек остајало без одговора, о томе који се то закон овде могао имати на уму. А на уму никада није био „закон“, већ „законитост“.

Одакле долази то високо поштовање закона, то је већ у довољној мери постало јасно указивањем на цара, с једне, и хеленизам, с друге стране. То је сигурно неримска, хеленистичка идеја potosa-basileusa која се овде наставила у Византијском Царству. Када цар Константин IX Мономах оснива своју правну школу (1047?), он своју новелу о оснивању започиње тврдњом да за једног цара ништа прикладније не може бити од бриге за законе већ стога што је његов престо изграђен на правди и суду (*dikaiosisne kai krima*). А то се остварује само „из закона и помоћу закона којим цареви владају“ (*ek potou kai dia potou di' hou basileis basileousi*). „Помоћу закона“, то такође значи да цар мора стајати изнад закона како њима нико на земљи не би владао (Салач 1) — „из закона“, то такође значи да потос води цара, као што га води и Бог (Салач, 7а). Тесна повезаност potosa и basileusa, цара и закона, наоружана узајамним полагањем права на вођство, лако ствара слику о помоћу који се „као цар“ (*hos basileis*, Салач, 18) заштитнички постављају пред поданике.

Тиме није очигледно само уграђивање теорије potosa у уставне темеље Византинаца, него се и само по себи разуме да тај потос припада једино Византијцима, да није дељив и да не може да дели. Не само да потос има предност пред обичајним правилима, он има предност и пред сваким другим правилом — просто зато што је он у суштини сам цар.

Теорија права која је тако постављена као ригидна теорија закона без сумње није безбедна за свог царског репрезентанта. Пошто је критика права могућа само као критика potosa, она се сместа шири као критика цара. Обичаји се могу сузбијати принципом potosa, али су обичаји и носиоци легитимације. Пошто се обичаји могу прогласити за потос, увек је, дакле, могуће питање зашто се то није догодило. Зонара пребацује Василију II да важећи *ethos* није респектовао као потос. И он то чини с карактеристичним изразом да је Василије хтео да управља државом по својој сопственој вољи (*pros to thelema heautou*, Magdalino Kaiserkritik, 346). То је исти онај приговор који Хоматијан упућује Бугарима; на равни теорије закона то је критика с истом структуром као што је на политичкој равни познати топос да је неки владар државу третирао као приватни домен.

Ако се повеже с реалним правним односима у Византији, ова теорија права јасно има сличне црте као и политичка идеја Византинаца о светској владавини. Она је величанствена у претензији и кон-

секвентна у концепцији, али је нереална и тиме у стварности час жалосна час смешна. Јер, на крају крајева, на византијским територијама ништа није мање важило од царског *nomos*.

Разлози томе леже већ у његовој појавној форми као непрозирној збрци реципираних правила која су се — једва разумљива и у себи противречна — већ чисто практично опирала лаком приступу. Већ је пуко постојање *nomos*, као писаног правила које се у свако доба може консултовати, изван градских центара, чак и у временима процвата, једва вероватно и принципијелно случајно.

Уз то је дошла унутрашња структура *nomos* која се односила на чињенична стања и сукобе чије су претпоставке биле заборављене и која је имала у виду институције што више нису постојале.

На подручјима која су за једно аграрно друштво најважнија, подручју породичног и наследног права за приватне, потврдиле су се или неримске — а тиме с римским *nomos* једва спојиве — установе из старог доба, или су се развиле делимице нове византијске установе — а тиме оне које нису ушле у римски *nomos*.

Ако се узму заједно наслеђене институције и нове форме, онда царски *nomoi* у односу на домаће обичаје остају отворена за управу само уска подручја. Стање ствари које је открио Хоматијан било је изузетак само утолико што је овде била реч о страним, а не о византијским обичајима. То је било упадљиво и неприлично, али само због иностране, а не због обичајне компоненте. Хтели да се ова одстрани, то би значило покушај да се византијска правна свакодневница у знатној мери лиши својих правила.

Тако се, дакле, однос између закона и обичаја у Византији сажето може означити као напетост између уређења Царства и стања Царства, између нормативне идеје и живе нормативности.

Превео с немачког Д. Б.

Dr. Dieter Simon,
Professor of the Faculty of Law in Frankfurt a/M

THE LAW AND CUSTOM IN BYZANTIUM

Summary

While beginning from a specific case from thirteenth century processed by judge Hometian (annulment of a divorce), the author considers the role of custom and of law in Byzantium.

Greek language lacks the term which would correspond to Latin *ius*. The word *dikaion* is an artificial creation and may mean law as a normative order, and a subjective right, namely an authority one is entitled to. The basic notion is *nomos* — the statute (law).

The customs play certain role in judicial practice and, under specific conditions, a foreign custom too may be applied. A tendency has been expressed, originating from the writings by Roman jurists since fourth century A. D., to suppress the implementation of customs. A court may apply a custom only if there is no adequate provision in the statute, the other condition being that the custom should be reasonable. However, the

customs were rather important in practice. Some of them have their own force, such as the case of the rule according to which the right is lost to dowry property if these are not listed in an inventory. Other customs are applicable since the statute prescribes their application, providing the existing of specific situations. Such is the case related to certain rules of executing the will.

According to Byzantine theoreticians, only their own state is founded on statutes, while the „barbarians“ use the customs. *Nomos* is an exclusive element of the Byzantine culture. This is why they treated Serbian rule over Byzantine regions as „an illegal“ power. This theory is based on the monarchic principle and the Hellenistic tradition of relationship between the „*nomos*“ and the „*basileus*“. This is also connected with the conception according to which the Byzantium, as a continuation of the Roman Empire, is called to world rule, which is majestic as a pretension, but leads to ridiculous or sad consequences in the world of realities.

Although according to such a conception there would be little space left to customs, they still have been applied, more particularly in the sphere of family relations.

Dr Dieter Simon,
professeur à la Faculté de droit à Francfort-sur-Maine

LA LOI ET LES COUTUMES A BYZANCE

Résumé

Prenant comme point de départ un cas concret du XIII^e siècle qui a été tranché par Hometian (l'annulation du divorce), l'auteur examine le rôle des coutumes et de la loi à Byzance.

Le grec ne possède pas de terme correspondant au „*ius*“ latin. Le mot „*dikaion*“ est une construction artificielle et peut à la fois avoir la signification du droit en tant qu'ordre normatif et du droit subjectif, à savoir de l'attribution. La notion juridique de base est celle de „*nomos*“ — la loi.

Dans la jurisprudence les coutumes cependant trouvent leur application, de même qu'on peut, sous certaines conditions, avoir recours aux coutumes étrangères. Il existe toutefois une tendance, tirant ses origines dans les écrits des juristes romains du IV^e siècle a. d., laquelle préconise la minimalisation de l'application des coutumes. Selon elle, le tribunal peut recourir à une coutume seulement à condition qu'une question n'ait pas été réglée par la loi et que la coutume en cause soit raisonnable. En pratique, les coutumes cependant jouent un très grand rôle. Les unes tirent leur vigueur d'elles même, comme dans le cas de la règle selon laquelle on perd le droit sur les biens dotaux s'ils ne sont pas inventoriés. Les autres s'appliquent au terme de la loi qui leur attribue la vigueur, prévoyant leur application dans des cas précis, comme par exemple certaines règles concernant l'exécution du testament.

Selon les théoriciens byzantins, ce n'est que leur propre Etat qui repose sur le règne de la loi, tandis que les „barbares“ font appel aux coutumes. *Nomos* est un attribut exclusif de la culture byzantine. Ceci fait que le pouvoir serbe exercé sur les territoires byzantins est considéré comme un pouvoir „illégal“. Cette théorie est fondée sur le principe monarchique et la tradition hellénique relatifs au rapport entre „*nomos*“ et „*basileus*“. Ce dernier est également du à l'aspiration vers un empire universel de Byzance, en tant que continuation de l'Empire romain, ce qui est une prétention majestueuse mais ayant des conséquences dérisoires et déplorables dans les faits réels.

Même si selon cette conception-ci une très petite place soit laissée aux coutumes, elles trouvent leur application, notamment au sein des relations de famille.