

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

Година XXXVI

новембар-децембар

Број 6

YU-ISSN 003—2563

ИЗВОРНИ ЧЛАНЦИ

UDK — 347.2(091)(497.16)

др Јелена Даниловић,
редовни професор Правног факултета
у Београду, у пензији

СТО ГОДИНА ОПШТЕГ ИМОВИНСКОГ ЗАКОНИКА ЗА ЦРНУ ГОРУ

I. Један од најлепших правних споменика у нас, Општи имовински законик за Црну Гору, проглашен је Указом који је књаз Никола прочитао окупљеном народу и главарима на Цетињу 25. марта 1888. године. Чин проглашења озваничен је објављивањем Указа у „службеном дијелу земаљских новина”, а Законик је ступио на снагу 1. јула 1888. године.

Појава црногорског Законика изазвала је велику пажњу у европској јавности. Већ током маја европска штампа (између осталих лондонски *Times* и париски *Matin*) доносе вести о Црној Гори и проглашењу модерног кодекса грађанског права, а прва стручна рецензија објављена је у Паризу 16. маја (1). Истог месеца одржан је скуп у француској академији наука посвећен ОИЗ на коме је познати правник и правни историчар R. Dareste поднео уводни реферат, што је имало даљег одјека у штампи и стручним часописима, а реферат је преведен на немачки и неке словенске језике, наравно и на српски. У Богишићевом архиву у Цавтату сачувано је пет фасцикла с исечцима из штампе, часописа и других публикација, укупно 226 библиографских јединица из периода до краја прошлог века. Ту се налази и песма Јована Јовановића *Змаја Законик црногорски*. За првих десет година свога постојања Законик је преведен на пет језика: француски, немачки, италијански, шпански и руски. Одржан је већи број скупова у научним друштвима и академијама наука широм Европе, од Париза и Тулузе до Берлина, Петрограда и Москве, а у нас у Загребу, Љубљани и Београду.

Између два рата број аутора који су се бавили Закоником није велики, али се међу њима налазе велика имена: Константиновић, Тасић,

(1) G. Ardent: *Une nouvelle methode de codification du droit civil*, у часопису „La reforme sociale”, Bulletin de la Société d'économie sociale. Nr. 58. 16. маја 1888. Саставак у Institut de France, на коме је Dareste поднео свој реферат који је доцније објављен као студија, одржан је четири дана раније.

Перић, Соловјев и Пољак Боровски. Од пре три деценије је појачано интересовање за изучавање Богишића и ОИЗ. Написане су две значајне монографије (2), изашла три издања Законика (3), објављени изузетно значајна архивска грађа и низ радова, и одржана три скупа посвећена Богишићу или само Имовинском законик у академијама наука у Београду, и на Цетињу, где је одржан скуп посвећен стогодишњици ОИЗ у организацији ЦАНУ. Осим релативно малобројних негативних рецензија (4), свуда се истиче његова оригиналност и велика научна вредност. За разлику од других грађанских кодекса, које су радиле комисије на основу богатог припремног материјала, у срединама са развијеном правничком културом, ОИЗ је Богишић морао да ради сам, у средини где није било ни школованих правника нити икаквих радова о дотадашњем црногорском праву, па је утолико више оправдано што се Законик, чији су квалитетни резултат Богишићевих стваралачких напора, популарно назива Богишићев законик.

II. Научни рад Валтазара Богишића довољно је познат. Он је сав свој живот посветио самопрегорном раду. Био је страствени истраживач и велики мислилац, и није налазио времена за друге животне вредности. Да је био само добар правник, а не и етнолог, социолог и историчар, ОИЗ би сигурно изгледао другачије. Законик је синтеза Богишићевих научних концепција, а начин на који је радио на Законик у илуструје методологију његовог рада уопште. За њега су најважнији изворни подаци, било да се ради о прошлости или савременом животу, те је зато, у овом другом случају, почињао прво с „аутопсијом“, прикупљањем података на терену, и то у што ширем захвату, па је тек онда прелазио на све остале радње — анализу података, постављање проблема, проучавање литературе итд. Богишић је приближно дванаест година ефективног рада на Законик у провео обилазећи села и брда по Црној Гори, путујући по Европи од Берлина, где је радила немачка комисија за кодекс цивилног права, до Мадрида и Лондона, да би највише времена провео у Паризу, по његовим библиотекама и за својим радним столом.

Док се Богишићево име свуда истиче када је реч о ОИЗ, улога књаза Николе остала је занемарена, нарочито у послератној литератури (5). Као да се заборавило да без њега и његове жеље да унапреди и правни систем у земљи не би било ни Законика. Књаз Никола је идејни зачетник његов, он је одабрао и довео Богишића, а имао је, иако без икаквог правничког

(2) Др Нико Мартиновић, *Валтазар Богишић и историја кодификације црногорског имовинског права*, Цетинје, 1958. и W. Zimmermann, *Валтазар Богишић, 1834—1908*, ein Beitrag zur südslavischen Geistes- und Rechtsgeschichte im 19. Jahrhundert, Franz Steiner Verlag, Wiesbaden, 1962.

(3) У: *Зборник грађанских законика старе Југославије*, приредио М. Ступар, Титоград, 1960.; Фототипско издање, приредио Т. Никчевић, Форум, Нови Сад, 1980.; *Класици југословенског права Валтазар Богишић, Изабрана дела и Општи имовински законик за Црну Гору*, „Службени лист“, Београд, 1986.

(4) Негативних рецензија је било неколико у прошлом веку; две потичу из Италије (Mario d'Amelio у листу „Rassegna napolitana“, која има чисто памфлетски карактер, и анонимус у „L'Osservatore Romano“), једна је из Аустрије, такође анонимус у бечким дневним новинама („Die Presse“ у 6 наставака) и реферат Јеврејнове на састанку Правничког друштва у Москви, посвећеном ОИЗ. У новије време критикује се у неким радовима (Леградић, Богетић и други) ОИЗ јер је наводно кодификовањем обичајног права законично друштвени развој Црне Горе.

(5) Изузетак су две наведене монографије, у којима је изведен простор на одговарајућим местима посвећен и књазу Николи, док се у првим рецензијама објављеним после промуглације Законика, а нарочито у дневној штампи редовно полази од Црне Горе и њеног књаза.

образовања, визију Законика блиску Богишићевој. У писму руском конзүлу Јонину у коме моли да му буде упућен Богишић, стоји да будући законик треба саставити „сходно потребама, околностима, осјећајима, традицијама и обичајима постојећим у овој Књажевини” и да би законик „помоћу својих установа” требало да „најприродније дјелује на духовни и материјални развитак народа” (6). Од не мањег значаја је и подршка коју је давао Богишићу и помоћ коју му је указивао у току његовог рада, што му је обећао још у писму од јануара 1873. у коме изражава наду да ће Богишић прихватити позив да дође у Црну Гору (7). Књаз је Богишићу омогућио истраживања на терену у Црној Гори и давао пуну подршку његовим замислима; поред осталог, пристао је да се првобитно широко замишљени земаљски законик сузи прво на грађански кодекс, а затим на кодекс имовинског права. Никола је активно учествовао у читањима предлога законодавног текста и давао корисне примедбе (8). На крају је изашао у сусрет Богишићевој жељи да Законик буде штампан у Паризу, што је за сиромашну Црну Гору сигурно било сувишно финансијско оптерећење, тим пре, што на корицама првог издања пише да је Законик штампан у државној штампарији у Цетињу, па се види о како се великом уступку ради.

С обзиром на удео који му припада у стварању Законика, књаз Никола би можда и заслужио да се Законик зове „Николин законик”, као што је то већ било уобичајено у Црној Гори да се закони називају према владарима, и што није само црногорски обичај — сетимо се само Јустинијанове кодификације и Наполеоновог кодекса. Међутим, у овом случају, владара је надмашио творац дела високим дометом који је постигао, па је ОИЗ спонтано и с правом везан за Богишићево име.

III. Још није довољно истражено како је дошло до тога да књаз Никола одабере управо Богишића. Из писма Богишићевог пријатеља Ника Пуцића Великог, написаног у јулу 1872. у коме га обавештава да ће бити позван у Црну Гору и поздравља га као „црногорског Ликурга”, произлази да се Књаз оглушио да га позове „по савету неких пријатеља” (9). Богишић о томе није ништа знао, нити се обазирао на ово обавештење, јер је у јесен те године тражио одсуство да би почетком наредне године обишао неке словенске земље у циљу прикупљања материјала за своју историју славенских права; и када му је позив био уручен, Богишић га није без колебања прихватио (10).

Богишић и књаз Никола морали су се знати већ самим тим што су обојици били активни чланови Уједињене омладине српске. Међу потписницима писма славенофила из Одесе, у коме честитају Књазу рођење првог сина, налази се и Богишићево име (11). Несумњиво је да је основна спона у њиховим односима, који су се изродили у пријатељство одмах по Богишићевом доласку у Црну Гору, била заједничка приврженост идејама

(6) Писмо Јонину објавио је у целини Н. Мартиновић, *нав. дело*, стр. 55.

(7) Писмо је од 15/27. јануара, оригинал се налази у Богишићевој збирци у Цавтату под А XV, 30.

(8) Упор.: Н. Мартиновић, *нав. дело*, стр. 220—228 и чланак Ј. Бојовић, *Рад Одбора за усвајање Општег имовинског законика за Књажевину Црну Гору* (у штампи).

(9) Писмо, које се чува у Богишићевом архиву у Цавтату, репродукује А. Соловјев, *О животу и раду Ватзара Богишића*, Библиотека Народног универзитета, књ. 4, стр. 8, Шабац, 1935.

(10) У децембру 1872. Богишић пише Јагићу да је примио званичан позив да у циљу писања закона пође у Црну Гору, али се није дефинитивно одлучио, па хоће пре свега да види шта хоће књаз. Писмо препричава Zimmermann, *нав. дело*, примедба на стр. 465 (13. 6).

(11) Писмо је објавио Д. Вуксан у *Записима XVII*, Цетиње, јануар 1937, стр. 853—54.

славенофила и Уједињене омладине. Књаз Никола је био активан члан Омладине. Приликом крштења престолонаследника одржан је у сенци великих свечаности Трећи састанак Уједињене омладине српске, на коме је донет статут „Дружине за ослобођење и уједињење српско“, писан руком Лазе Костића (12). Приближно у исто време књаз је постао почасни члан друштва „Светих Ђирила и Методија“ у Одеси (13).

Разлика између њих двојице била је у томе што је Богишић своја патриотска осећања испољавао кроз друштвени и научни рад, истичући повремено да се он не бави политиком већ науком. Књаз Никола је морао да се бави политиком. И док се у младим данима одрекао круне у корист кнеза Михајла у случају да дође до српског уједињења, он је ту изјаву повукао одмах после Михајловог убиства и тада је дошло до одређеног захлађења односа са Србијом.

Богишић је, напротив, био постојан у својим опредељењима и до краја живота остао веран идејама стеченим у раној младости у круту дубровачких Илира. Када је крајем прошлог века југословенски покрет пролазио кроз кризни период, он се и даље залагао за јединство Срба и Хрвата, па је на писмо загребачке академске омладине које му је било упућено марта 1897. године опширно одговорио, рекавши, између осталог, и то да је одувек заступао мишљење да су Срби и Хрвати један народ са два имена (14). Вероватно је због тога често писао ћирилицом. Има и других примера који показују колико је Богишић био доследан својим идејама и до краја живота веран пријатељима стеченим у младости (15). У вези са изразом ОИЗ пажљиво је проучавао примену СГЗ у пракси, при чему је жалио што Србија није добила бољи кодекс грађанског права, а значајно је и то што се из његових бележака и радова може закључити да је састављајући Законик мислио и на ширу југословенску заједницу (16).

Пријатељство између Књаза и Богишића остало је непомућено и после проглашења ОИЗ. И у току другог Богишићевог боравка у Црној Гори њихов однос није био однос апсолутистичког монарха са својим министром правде, већ однос узајамног поштовања и сарадње. Када је после

(12) Н. Мартиновић, *нав. дело*, стр. 23.

(13) *Исто*, стр. 22.

(14) Вероватно је последица тог промењеног односа према Србији и познати став књажев према Мили Јубићу, када је 1875. дошао из Србије у Невесиње да води херцеговачки устанак. Богишић, доследан својим уверењима, ризиковао је љутњу књаза Николе и написао, врло брзо, Нацрт Закона за херцеговачке усташе. Упор.: А. Соловјев, *Богишићев нацрт закона за херцеговачке усташе*, Споменик Српске краљевске академије, 91, 1939, стр. 118—136.

(15) Писмо које је упућено Богишићу налази се у његовом архиву у Цавтату, ББ А ХХ, 9, 10. Одговор Богишићев објављен је у збирци *Народна мисао. За уједињењу хрватску и српску академску омладину*, Загреб, 1897, стр. 321—324.

(16) Богишић је 1874. изradio руску стипендију Вуковом једином упуку Јанку Вукомановићу. Zimmermann, *нав. дело*, стр. 168. Познато је да је до краја живота остао веран својим пријатељима из младости, Стојану Новаковићу, Рачком, Кости Војновићу итд. О његовим везама са Уједињеном омладином в.: Нико Мартиновић, *Валтазар Богишић и Уједињена омладина српска*, Зборник Матице српске, одељ. друштвених наука бр. 9. Нови Сад, 1954.

(16) На такав закључак упућује неколико Богишићевих мисли забележених у његовој недовршеној монографији коју је скоро осам деценија после његове смрти објавио Т. Никчевић, *Метод и систем кодификације имовинског права у Црној Гори*, Београд, 1967, САНУ, посебна издања, књ. СДХ, Одељење друштвених наука, књ. 60. Тако, на стр. 75 ишче, „Ми већ на другом месту наговестимо да правна веза која Србе спаја, ма у којој они држави живели, јест право обичаја, а што их највише раздваја, пошто живе у неколиким државама, то су управо писани закони.“ Ова мисао се може разумети на више начина, али можда и као идеја, коју није, додуше, нигде изричито исказао, да би се, ако до уједињења дође, његов Законик могао примењивати у новој држави, уместо СГЗ-а или неког трећег законика.

објављивања другог издања ОИЗ Богишић коначно напустио Црну Гору, Књаз му је упутио лепо писмо захвалности и одредио му црногорску пензију, независну од оне коју је примао од Русије тада већ скоро десет година.

IV. Богишићево дело је с правом изазвало велико интересовање у свим научним круговима у Европи, а код нас и других словенских народа и одушевљење. Велико интересовање у свету је првобитно било због земље у којој је законик донет, и због у научним круговима добро познатог и високо цењеног аутора кодекса. Када је ускоро затим постала позната садржина Законика, пажња стручних и научних кругова усмерила се готово искључиво на његову оригиналност и квалитете са гледишта правне науке и законодавне технике.

Црна Гора је у време промуглације Законика била тек једва десет година међународно призната као независна држава, имала је одскора удвостручену, али још увек малу територију, неколико градова и варошица, и само око 350.000 становника. Становништво је — са малим изузецима у новоприпојеним градовима — живело у друштвеној организацији са јаким печатом родовско-племенског уређења као земљорадничко-сточарски народ, што и поред релативно брзог привредног и културног успона почевши од седамдесетих година прошлог века још увек није било друштво коме је било потребно савремено грађанско право. Кодификације грађанског права, које чине једно од основних обележја европске правне историје XIX века, вршене су у државама са у већој или мањој мери развијеним капиталистичким односима и јаком буржоазијом, а циљ им је био да се реципирано римско право, којим су били регулисани пре свега приватна својина и тржишна привреда, замени националним законима који на целовит начин уређују приватноправне односе буржоаског друштва. Појава модерног кодекса имовинског права у земљи као што је тада била Црна Гора, за многе на западу „егзотична“ земља, морала је да привуче пажњу. Теоријски, та кодификација је могла да се састоји или у озакоњењу обичајног права, што би било сувишно и штетно, или у стварању модерног кодекса попут већ постојећих, што би опет значило наметање црногорском друштву новог и неразумљивог права, чија би га насилна примена гурала превремено у нове друштвене односе за које још није постојала економска основа. У оба случаја целисходност кодекса била би у најмању руку крајње проблематична.

Захваљујући Богишићу, избегнуте су обе могуће варијанте и направљен кодекс који је истовремено и модеран кодекс са гледишта грађанско-правне науке и кодекс који није стран црногорском друштву, јер полази од у њему постојећих друштвених односа и важећег обичајног права. Обичајно право је поступком инкорпорације кодификовано у мери и обиму који спречавају насилно деловање на постојеће друштво и правна схватања, на начин који не спутава даљи развој. Све остало су правила и установе класичног грађанског права, кодификованог применом најсавременије законодавне технике.

Појавом ОИЗ-а учињен је значајан, ако не и одлучујући корак на путу уласка Црне Горе у европску културну заједницу и, са становишта упоредног права, у породицу континентално-европских правних система. ОИЗ је пружио правне оквире за економско отварање Црне Горе према

Европи, пружајући странцима правну сигурност и извесност у односима са Црногорцима. Истовремено, створени су правни оквири за развој капиталистичких односа и тржишне привреде у самој Црној Гори. Да би такав законик био направљен, требало је одиста много умећа, много нових идеја и самопрегорног рада.

V. Нове концепције, од којих су неке већ биле наговештене у теорији али не и примењене у законодавству, и нове законодавне поступке примењене при изради Законика, објаснио је сам Богишић, сажето у чланку под насловом *Поводом црногорског грађанског законика, неколико речи о принципима и методи примењеним при кодификацији грађанског права у Црној Гори, Писмо једном пријатељу* (17), објављеним скоро истовремено са појавом Законика, што је много олакшало његово разумевање. У многим својим радовима, објављеним и пре завршене кодификације и касније, Богишић је разрађивао и објашњавао своје научне погледе које је уградио у ОИЗ, а за историчаре је данас свакако за разумевање законика најкориснија много деценија после Богишићеве смрти објављена монографија о методологији његовог рада и систему ОИЗ-а (18). То све је свакако допринело да се Законик боље разуме, али и без Богишићевих радова и објашњења су његове особине, и посебно његова оригиналност, лако уочљиви, а дужим дружењем са њиме откривају се нове појединости које га одликују.

Карактеристике ОИЗ-а су више или мање познате. Већина основних карактеристика резултат су Богишићевих напора да се Законик прилагоди потребама земље и људи којима је намењен, те да са једне стране буде у складу са друштвеним односима и начином живота у ондашњој Црној Гори, а са друге да се у области имовинских односа црногорско право уздигне на ниво европских права, другим речима — да то буде савремен кодекс грађанског права. Сумарни преглед тих карактеристика даћемо сврставајући их према овом двоструком циљу који је Богишић имао пред собом.

1. Елементи у структури Законика и законодавни поступци којима је постигнуто усклађивање и прилагођавање Законика са степеном развоја на коме се тада налазило црногорског друштво.

а) Поштовање основних норми обичајног права којима су били регулисани имовински односи и друштвена структура већине становништва Црне Горе, и то на тај начин што је један њихов део остављен да се и даље примењује као обичајно право, а други је, на основу пажљивог одабирања, кодификован. Озакоњење обичајног права извршено је инкорпорацијом у систем и институције класичног грађанског права, тако да је понекад тешко утврдити порекло неких правила. За онај део обичајног права који није унет у Законик прописано је у чл. 2, 779. и 780. да ће и даље остати у

(17) В. Богишић, *A propos du Code civil du Montenegro. Quelques mots sur les principes et la méthode suivis dans la codification du droit civil au Montenegro. Lettre à un ami, Paris, 1886.* Ово прво издање Богишић је повукао из дистрибуције, па га је поново објавио у „Bulletin de la Société de législation comparée“, 17, 1887/88, стр. 483—497.

(18) Поред овде напред цитиране монографије то су његови радови о значају правних обичаја, три рада о техничким терминима у законодавству, о мнокоштину и о положају породице и наследства у правној системи, који су поново објављени у шпт. књизи В. Богишић, *Изabrана дела и Општи имовински законик за Црну Гору*, у серији „Класични југословенског права“, Београд, 1986. Овоме треба додати и чланак В. Богишића, *L'historique d'une codification*, *Revue de droit international et de législation comparée*, 33, Bruxelles, 1901, стр. 548—562.

важности, мада је формулација другојачија: речено је само да ако нема правила у Законику, треба се владати по правилима који у добрим обичајима живе. Јасно је да формулација у једном кодексу и није могла бити другојачија, већ и стога што је низ правила обичајног права законом укинут, или измењен и допуњен у тој мери да је створена установа која се у ствари битно разликује од оне која је постојала у обичајном праву.

О величини удела кодификованог обичајног права и о примењеном методу инкорпорације биће речи нешто доцније.

б) Значајне области обичајног права које су остале изван Законика су унутарњи односи у породици (а тиме и брачно право) и наследно право. За ово је Богишић имао убедљиве разлоге са гледишта теорије грађанског права уопште и посебне разлоге који су проистицали из прилика у Црној Гори.

Теоријске аргументе за закључак да породично право не може бити саставни део грађанског права, јер по својој природи представља хетерогену материју, Богишић је изнео у неколико својих радова, указујући уједно и на неподесност назива „грађанско право“ (19). Ова Богишићева концепција (20), реализована у Законику, имала је великог одјека у теорији грађанског права, а његов пример имао је и својих следбеника у законодавству неких земаља. Прво је поступљено на сличан начин код Јапанског грађанског кодекса (21), а у новије време породично и наследно право изостављени су из грађанских законика неких исламских земаља које су модернизовале своје имовинско право према европским узорима, као што су то Египат и Алжир.

Поред тога, постојали су и непосредни практични разлози да се овако поступи. У Црној Гори су поред преовлађујуће задружне породице и инокоштине постојали и варошка породица и породица у муслимана, регулисана правилима шеријатског права. Појединости и разлике у обичајима према географским подручјима нису биле довољно изучене. Породица на селу је почивала не само на обичајима, већ и на јаким елементима чисто моралне природе, које је тешко преточити у законске норме. С обзиром на релативно брз развој привреде и јачи продор робноновчаних односа у време кодификације, обухватање породичног права без посебних студија како да се то учини, могло би да заочи спонтани развој породице, па је и због тога Богишић предвидео да се може евентуално нешто доцније донети закон о породичним односима. И најзад, за закон о имовинским односима, који је намењен тржишној привреди и регулисању приватне својине, било је сасвим довољно да се из породичног права узму само тзв. *externa*, односи породице са спољним светом, што је и учињено. Регулисани су поред осталог, „кућа“ као

(19) Поред аргумената заснованих на правној историји и правној теорији, Богишић у књизи *Метод и систем*... на страни 54 каже да се „избавио од хаотичног назива грађански законик“; иначе с обзиром да су у Црној Гори „грађани“ само Никшићани, било би шале да су само они добили законик, или да се нишпики законик протегао на целу Црну Гору.

(20) То није оригинално Богишићево схватање, већ је постојало и раније у теорији, што и сам Богишић подвлачи. Он цитира прво Монтескјеа, затим из немачке теорије Канта, Хуга и Сола: *Метод и систем*, стр. 68 и даље.

(21) Као што је познато, то је учињено Богишићевом заслугом. За време светске изложбе у Паризу 1878. Богишића је позвао јапански помоћник министра финансија у јапанску амбасаду, где су обављене вишечасовне консултације у вези са радом на јапанском грађанском законнику и тада им је Богишић предложио да изоставе породично и наследно право. За трочасовни разговор и корисне савете није никада добио ни морално ни материјално признање. Zimmermann, *нав. дело*, стр. 184—185.

носилац права, старатељство, одговорност за дугове које чланови породице имају радећи изван и мимо породице, положај удовице и друго.

И наследно право је, због његове тесне везе са породичним правом, било готово немогуће издвојити и унети у кодекс, као што је то уобичајено у кодексима грађанског права (21a). Оно је имало дубоке корене у народним обичајима и његовом кодификацијом, поготову ако је она *contra morem*, не би се постигло ништа. За тачност Божишићевих запажања о снази обичаја у случајевима када норме закона не одговарају народним схватањима може да послужи и пример данашњег односа Црногораца према постојећим правилима о законском наследном реду: није ретко да се после очеве или мајчине смрти сестре одричу свог наследног дела у корист браће.

в) Прилагођавање Законика ондашњем стању у судству и правничком образовању, а пре свега циљу да Законик буде народу разумљив и тиме лакше и боље прихватљив, постигнуто је на неколико начина.

— То је, пре свега, систем Законика. Са једне стране у Законик је унет шести део, „објашњења, одређења, допуње“, а са друге извршена значајна одступања од уобичајених система грађанског права и у редоследу којим је распоређена материја у првих пет делова.

Шестим делом кодекса, као што се из његовог наслова види, постигнута су два циља: допуњена су правила и институти из првих пет делова, који су тамо дати сажето и често непотпуно, како би кориснику Законика били приступачнији, и пружена су објашњења. Дobar пример употпуњавања датих правила пружа државна; 8 чланова I дела (чл. 18—25) посвећених „држини“ допуњени су овде са још 19 чланова (чл. 811—830). Допуна су такође раздио VI (докази) и раздио VII (рачунање времена).

Кроз објашњења у Законик су у ствари, унети основни теорије грађанског права, и зато се за тај део и каже да је дидактички. Објашњени су и дефинисани основни институти класичног грађанског права и низ апстрактних појмова. Тако су објашњени појмови *аналогија* (чл. 781, у ствари „подобје“), *bona fides* („правила благонравија... и поштења“, чл. 785) и суђење на основу правде и правде (чл. 782). С изванредним педагошким умећем, на примерима, објашњене су у члановима 870. и 871, који заузимају више од две стране, разлике између стварног и облигационог права, које Законик назива „дуговинска права“. У тим члановима су на крају сваког члана набројана стварна права и извори облигационог односа. Овај део садржи и низ дефиниција, иако је Божишић био у принципу против дефиниција (22), као што је био и присталица концизности, што је било овде тешко остварити. Дефинисани су не само апстрактни појмови, као што је појам уговора (чл. 905), већ и поједине установе, па и оне узете из обичајног права, на пример, супона (чл. 892) и спрега (чл. 893).

(21a) Божишић је у својој *Иноконституи* објаснио ту везу: после смрти старешине задруге (или оца просте сеоске породице) други га замењује, и то је све, јер деоба имања не зависи ни од чије смрти; функционисање породице наставља се даље, (В. Божишић, *Избрана дела*, стр. 224—225).

(22) Он о томе говори на неколико места у поглављу „Језик и слог“, на странама 119—128 у књизи *Метод и систем* цит.

Овај VI дио заузима готово трећину Законика (108 од укупно 244 страница колико их има прво издање (23)). У њему је поштован редослед првих пет делова, што је исказано у насловима првих пет раздела овог дела, с тим што се често врше узајамна упућивања на одговарајуће чланове. Исти редослед постоји и код правних изрека у последњем разделу, који у наслову објашњава њихову улогу: „Неке законачке (правничке) изреке и поставке које, и ако не могу законика ни преиначити ни замјенити, могу му, ипак, објаснити разум и смисао.” Иако је уобичајено да се овај део назива дидактичким, нама он доста личи на коментар Законика.

— Систематизација првих пет делова Законика, са којима се према мишљењу његовог аутора и завршава законски текст (24), такође се разликује од уобичајене систематизације грађанског права, како у глобалном распореду материје по деловима, тако и, у мањој мери, њеним распоредом унутар појединих области. Новине у глобалном распореду су у томе што је општи део облигационог права стављен после појединих уговора, а статусно право је нашло места на крају, у V делу. Разлози су не само посебне природе везани за постулат приступачности законика, већ и чисто теоријске: Богишић је био велики противник природноправне школе и у погледу систематизације истицао своје неслагање да треба поћи од човека, па затим наводити његова права (25). Имајући у виду приступачност закона, Богишић је поставио већ познато правило од конкретнoг ка апстрактном и од познатог ка мање познатом, уз избегавање апстракција када је год то могуће (26). Тако је усвојен следећи „распоред наређења”. После уводних одредаба првог дела прелази се у II делу одмах на својину, као најважнију правну установу сваког друштва, а, према Богишићу, поготову земљорадничког, где су облигациони односи ретки. Раздио се завршава опширним правилима о хипотеци, установи готово непознатој дотадашњем црногорском праву. Трећи део почиње купопродајом, као најчешћим и најпознатијим уговором, затим долазе трампа („промјена”), зајам, послута, закуп, и тако даље, с тим што су међу класичне уговоре уметнути и они из обичајног права, на одговарајућим местима према сродности. Четврти део почиње закључењем уговора, јер је Богишић сматрао да је довољно да уговор буде „апстракција највишег реда”, па је избегао да у општем делу облигација пође од појма облигационог односа и за њега везује правила заједничка свим облигацијама. У први раздио овог дела, под насловом *О постајању уговора* унео је и правила о субјектима и предмету облигационог односа, а у раздио III о последицама неизвршења не обавеза, већ уговора. Међутим, у разделу VII је реч о „пренашању дугова”, што обухвата цесију потраживања и преузимање туђег дуга, а у VIII разделу VIII уместо *престанак облигација* речено је *престајање дугова*. Тиме је на вешт начин избегнут појам облигације. У петом делу редослед је уобичајен: правна способност, пословна способност и правна лица, с тим што тај термин није прихваћен, већ је једноставно речено „имаоник” или имаоничко право”. У односе на остале

(23) Према фототипском издању Законика из 1980. године.

(24) *Метод и систем...*, стр. 110.

(25) *Метод и систем...*, стр. 111.

(26) *Исто*, стр. 110.

кодексе велика новина је свакако то што је имаоник кућа, а у погледу комуница и племе и братство.

— Веома важно средство којим је Законик приближен народу су језик и терминологија. Богишић је добар следбеник Вука, тежећи да се што више приближи народном језику, тако да понекад данас Законик звучи архаично. У Законнику нема ни оног строгог наредбодавног стила којим су у неким кодексима грађанског права (БГБ, на пример) писане и оне одредбе, где, нарочито због њихове диспозитивности, то ни најмање није било потребно. Да би Законик био што јаснији, често је жртвована концизност, иако је Богишић био мишљења да правила треба исказивати кратко и сажето (27).

Правна терминологија представљала је тежак проблем због неизграђености домаће терминологије. Богишић је у три своја рада изнео те проблеме и начине на које их је решавао (28), а решења су у многим случајевима заиста успешна. Богишићу и Имовинском законнику дугујемо многе правне термине које данас користимо и не знајући да потичу од њега: одржај, штетник, оштећени, опроштај дуга, подзакуп, незван вршилац туђег посла, место пребивања, доцња ништав (уговор), послужно добро, рушљив (уговор), послужно добро — и већи број других. Штета је што нисмо више узели од Богишића, на пример његов термин „посјед” или „држина”, или удруга, односно друштво уместо ортаклук, реч коју Богишић критикује у самом законском тексту (чл. 885).

— Не без значаја за прилагођавање Законика средини којој је намењен је и то што су уобичајени називи за одељке кодекса *књига* и *глава* (што потиче још од Римљана: *liber* и *caput*) замењени са *дио* и *раздио*. Богишић у својим објашњењима каже да за просечног Црногорца књига значи „посебно свеску”, у овом случају цео законик, а глава нешто што је главно, битно. Из истих разлога изостављени су и параграфи, као нешто за народ онога доба потпуно неразумљиво (30).

2. Особине Законика као модерног кодекса који уређује односе засноване на приватној својини и тржишној привреди.

а) ОИЗ садржи све основне институције и правила класичног грађанског права, суженог на имовинскоправне односе, у обиму и по форми који одговарају свим захтевима правне теорије и законодавне технике. Установе преузете из обичајног права формулисане су и распоређене у Законнику тако да с осталим установама чине хармоничну целину, а њихово порекло се може утврдити само по њиховој садржини. Примењена су најновија учења, начела и правила, изграђена у правној науци онога доба и обогаћена Богишићевим властитим концепцијама, што даје посебну вредност Законнику.

(27) У суштини, Богишићев став према апстракцијама није само последица његове жеље да законик буде разумљив људима без правничког образовања, већ и крајње критичког односа према природноправној школи. Њему се свиђа англосаксонски систем, цитира Савињџа да у предавањима треба одмах ићи на конкретан случај, са задовољством констатује да је и Кант у својој књизи *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* ставио југа *personarum* на крај књиге. *Method и систем...* на неколико места, посебно стр. III.

(28) *Method и систем...*, стр. 123. Као пример „простоте, краткоће и језгровитости” наводи Закон XII таблица, а за Законик каже да где није „могућа била лаконичност ... ми се не устручавасмо амплификације”.

(29) В. сва три рада у цитираној збирци *Валтазар Богишић, Изабрана дела и ОИЗ*. Међутим, он се филозофским студијама почео бавити још почетком сепедесетих година, пре него што је позван у Црну Гору, а први рад је објавио када је проблем правне терминологије већ постао за њега актуелан, 1876. године.

(30) *Method и систем...*, стр. 100.

И поред учињених инверзија у систематизацији облигационог права и месту које је дато статусном праву, што се све може оценити само као позитивне новине нарочито с обзиром на услове који су морали бити задовољени, систем Законика у суштини следи уобичајене систематизације грађанског права у теорији и законодавству, нарочито унутар појединих области.

Као и сви други, тако и овај кодекс почиње уводом који садржи одредбе о изворима права, основна правила о субјектима права и о имовини, и завршава са основним правилима о државини. Богишић је био против тзв. општег дела грађанског права, који је у претераној тежњи ка апстраховању у систем грађанског права увела немачка пандектистика XIX века (31), а у законодавство га је први увео саксонски грађански законик и затим немачки БГБ.

Поред закона, извор права је обичајно право, што је по концепцији и значају који му даје Богишић значајна новина. Остали супсидијерни извори су тумачење путем аналогije и правда и правда. Правила о тумачењу закона и о тумачењу уговора су јединствено спроведена и показују да је одбачено нормативистичко схватање, а доследно спроведен принцип циљног и систематског тумачења (32). У уводном делу истакнута су начела једнакости пред законом без обзира на веру и имовно стање и принцип неприкосновености приватне својине.

У стварном праву осавремењен је начин преноса својине на непокретностима, уз обавезну писмену форму; при томе је морало бити задржано право прече куповине, дубоко укорено у дотадашњем обичајном праву, али је и оно нешто измењено у односу на правила која је садржавао Данилов Законик. За пренос својине на покретним стварима предвиђена је римска традиција, регулисана на класичан начин. Предвиђени су сви у римском праву познати оригинарни начини стицања својине. Садржина права својине дата је у чл. 93, у коме је народним језиком садржина описана као право држања ствари, употребе, прибирања плодова и располагања — дакле *ius possidendi, usus, fructus* и *abusus*. Постављено је правило да припадак дели судбину главне ствари (чл. 95) и *superficies solo cedit* (чл. 96). За заштиту својине предвиђена су виндикациона („власнички преузам“, чл. 97—102 и публицијанска тужба. Од стварних права на туђим стварима највећу новину представља увођење хипотеке, која је детаљно регулисана (33).

У материји облигационог права изостављени су уговори привредног права и они за које је Богишић сматрао да још дуго неће наћи примену

(31) То је и главна замерка систему који он назива Heise-Savigny и саксонском грађанском закоником. Иако он то не каже, овакав став је у складу са његовим противљењем сувишним апстракцијама, као и, у случају ОИЗ-а, жељи да се он чита лако, „директно“ издају поступно и да материја буде „хомогено“ уређена, повезана по сродности.

(32) Упор.: Д. Вукчевић, *О једној законачкој изреци (анализа чл. 993. ОИЗ-а)*, Зборник радова о стогодишњици ОИЗ ЦАНУ (у штампи).

(33) „Застава“ је „свакако једна од најглавнијих и најзаматнијих новости која се закоником уводи“, каже Богишић (*Метод и систем...*, стр. 89). Њеним увођењем Богишић се, поред осталог, надао да ће помоћи да се снизе камате које су у његово време прелазиле 20%. Основни циљ је, наравно, био осавремењавање црногорског права. С обзиром да се ради о новој установи, регулисана је у потпуности сразмерно великим бројем чланова — од чл. 193. до 221. и чл. 865, 867, 869. у VI делу, с тим што су правила овде изнета заједно са правилима (одн. објашњењем) и залог на покретним стварима. Велика новина су и хипокарне књиге, за које је предвидео да ће бити вођене у посебном одљењу суда, с обзиром на стање земљишних књига у Црној Гори онога доба, а за те књиге предвидео је посебан закон.

у црногорском друштву, наводећи као пример уговор о издавању књига. Са друге стране, додати су тзв. „тежачки” уговори, преузети из обичајног права. Велику новину представљају правила о недостацима сагласности воља, у које спада и пијанство (чл. 522). *Metus, dolus malus* и *error* дефинисани су на класичан начин. Новина за црногорско право је и увођење правила о застаревању потраживања. За разлику од заблуде, која је била практично непозната у црногорском праву, застарелост је уведена насупрот постојећим обичајима.

У материји накнаде штете, у складу са тада најновијом теоријом, у Законику је предвиђена одговорност за накнаду штете по основу правичности (чл. 575) и дати су одмах и основни критеријуми за судску оцену када ће штетник „незрела или нездрава ума” морати да сам намири штету коју је учинио, јер то захтева правичност. Међутим, није предвиђена накнада неимовинске штете. У области уговорног права нема правила о установама које су изграђене у теорије полазећи од начела еквивалентности код двостраних уговора, као што су раскид уговора због промењених околности и ништавост или рушљивост зеленашких уговора. Било би корисно проучити да ли је разлог томе то што у Богишићево време оне и нису биле довољно разрађене у теорији, или је Богишић сматрао да их из одређених разлога не треба озакоњити. Нема ни правила о стечају, што је замерено у неким западноевропским кривичама с краја прошлог века. Обогаћење без основа регулисано је по узору на римске кондикције, а доста детаљно регулисано и незвано вршење туђих послова. Општи део облигационог права завршава се одредбама о гашењу облигација. Поред исплате дуга предвиђени су пребијање, *confusio*, опроштај дуга, новација („прометнуће”), нескривљена пропаст дуговане ствари и застарелост.

б) ОИЗ садржи и одредбе из међународног приватног права, што је уобичајено, али је њихов број знатно већи од оног у другим кодексима грађанског права (34). То је било нужно пре свега зато што је један од циљева Законика био и да пружи правне оквире за економске односе с иностранством, да уопште олакша правни саобраћај са другим земљама а никаквих прописа из области међународног приватног права није било. Црна Гора се тек у то време почела отварати према Европи и није имала међудржавних уговора који би обухватили и ову материју.

Као основно, усвојено је начело реципроцитета (чл. 7. и чл. 9), а изричито је речено да се инострани закони не могу примењивати ако су противни црногорским законима и јавном поретку (чл. 8). Сукоб надлежности и држављанство регулисани су у шестом делу Законика. Иако су странци у правним односима са Црногорцима равноправни, они према чл. 64. не могу имати у Црној Гори својину на непокретним стварима (чл. 64); не схватајући да је у питању старо обичајно право, везано за друштвено-економске односе, и посебно за комунице и право прече куповине, члан 64. је лоше оцењен у већем броју рецензија из краја прошлог века, јер се сматрало да је то последица непријатељског става према странцима.

(34) Богишић сам наводи да у *Codé Napoléon* има само један члан о међународном приватном праву (чл. 3), у АОГЗ 6 или 7, а да је за Црну Гору нужно да та материја буде подробније регулисана и због тога, што су раније спорови били решавани на станку, средњовековном мешовитом поротном суду о коме постоје детаљни прописи у Дубровачком статуту, а Богишић им је посветио један од својих радова.

Посебну вредност Законик у дају нека правила и суптилна решења која су последица Богишићевог хуманизма и осећаја правичности. То су, пре свега, одредбе квалификоване у неким радовима као „социјалне“, а односе се на права и обавезе указивања узајамне помоћи, пре свега помоћи која се указује бесплатним радом. То су обичаји патријархалног друштва које је Богишић озакоњио у члановима 341—347, сврстаним у раздео под насловом „О радњи и помоћи на узајмницу и без узајмнице“. Нарочито је запажен чл. 347. који се односи на бесплатну помоћ радом, која се по договору села или братства указује „удовици, сироти, погорелцу или другоме потребнику“. Можда ови добри обичаји нису ни морали бити кодификовани, и могуће је да је при одлуци да их уврсти у текст закона од одређеног значаја био и Богишићев хуманизам. Он је дошао до израза и у низу конкретних, на изглед ситних решења у оквиру законског уобличавања неких класичних правних институција. Простор нам овде, на жалост, не допушта да се задржавамо на конкретним примерима који би ова запажања илустровали.

Правичност као један од значајних елемената Законика заслужује да буде предмет посебне студије. Правда и правичност су, пре свега, супсидијарни извор права, а поред тога у већем броју чланова остављено је судији да своју одлуку донесе у целини или делимично заснивајући је на разлозима правичности. Суђење применом мерила правичности подробно је објашњено у познатом члану 782. С друге стране, и без изричитог позивања на правичност, она провејава из низа усвојених правила и решења као један од мотива или једини мотив.

VI. За ОИЗ се неретко каже да је то кодификација обичајног права и да је Законик само то. Ако су то само мишљења оних који Законик не познају, ако се ради о оценама заснованим на површној представи о Богишићу као научнику оријентисаном првенствено на сакупљање и обраду обичајног права, онда се она могу и занемарити. Међутим, на Законик се тако гледа и у озбиљним научним радовима (35), а у неким од њих се на таквом мишљењу заснива негативна критика Законика, јер је наводно кодификовањем обичајног права заочен развој капиталистичких односа у Црној Гори (36). Због тога, а још више у циљу целовитијег познавања Законика, требало би истраживати колики је простор дат озакоњеним правилима обичајног права и каква је природа материје која се тиме регулише. Такво истраживање захтевало би да се проучи анкета коју је Богишић спровео при доласку у Црну Гору, а евентуално и његов Зборник правних обичаја, и да се изврше упоређења с одговарајућим одредбама Законика, па да се потом утврди тачан однос између озакоњених правила обичајног права, унетих у Законик с изменама или без њих и осталих његових делова који садрже правила и установе модерног гра-

(35) По С. Вукосављевићу ОИЗ је „највернији и најпотпунији снимак народног права...“, *Корени Богишићевог имовинског Законика*, Анали Правног факултета у Београду, април—јуни 1958, стр. 142. Н. Павковић сматра да је ОИЗ састављен „на основу чистог обичајног права“ — *Право преко куповине у праву Срба и Хрвата*, Београд, 1972, стр. 13.

(36) Негативан став према ОИЗ као кодификацији обичајног права којом се заочно друштвени развитак, везујући ауторитетом закона црногорског друштва за дању прошлост, доследно је заступао Марко Констренчић, па је то ушло и у неколико енциклопедија, укључујући и *Енциклопедију Југославије*, т. I, Загреб, 1955, стр. 635, 636. Упор. и његов чланак *Обичајно право*, Зборник Правног факултета у Загребу, април 1948. Љ. Ђирић-Богетић сматра да је заочен ауторитетом закона процес претварања колективне земљишне својине у индивидуалну — *Комунице у Црној Гори*, Титоград, 1966. Слично и Ж. Булајић, *Аграрни односи у Црној Гори 1878—1912*, Титоград, 1959. П. Леградни пише да Законик унео је грађанско право које уређује елементе распадања задруга — *Дјело и поглед на свијет В. Богишића*, Историјски записи бр. 5, 1952, стр. 200—220.

банског права. На овом месту изнећемо само неке аргументе који говоре против схватања да је ОИЗ кодификација обичајног права, или само претежно то.

Пре свега, треба имати у виду да је Богишић у току својих дугогодишњих проучавања правних обичаја еволуирао у својим схватањима. Он је почео да скупља правне обичаје као добар ђак историјскоправне школе и Варшавске школе права, као патриота који хоће да открије особине свога народа које чине његов национални идентитет. Ускоро је одбацио многа учења Савињијеве школе, пре свега учење о „народном духу”. Истраживања на Кавказу показала су му да се исти правни обичаји јављају код различитих народа на приближно истом степену развоја. То су му потврдила доцније и проучавања породице Кабила у Алжиру. Када је приступио изради Законика, и у току његове израде, он је већ посматрао обичаје у ширем контексту друштвено-економских односа и постао присталица француске социолошке школе права и правног позитивизма (37).

Као што показује извршена анкета из 1873. године, Богишића су пре свега интересовали породица и племе, као основни облици друштвене организације сеоског становништва — дакле већине, а затим правни обичаји у области имовинског права, за које је питања систематизовао према гранама грађанског права. Поред тога, питања се односе и на привреду, финансије, државну организацију, судове и судски поступак (38). Из архивског материјала се види да је проучавао црногорску историју, географију Црне Горе, свакодневни живот на селу, да је разговарао са народом и присуствовао суђењима. Њега није интересовало само обичајно право, већ је настојао да добије целовиту слику друштва коме ће писати законик.

Према томе, за Богишића као законодавца обичајно право није више нешто што треба аргументовано кодификовати зато што је израз „народног духа” или идентитета народа, већ је оно незаобилазан извор за кодификацију као саставни део постојећег правног поретка који мора бити полазна тачка било које кодификације, или чак било ког закона. За кодекс грађанског права од непосредног значаја је право које уређује друштвену структуру и својинске односе који из ње произлазе, дакле — уређење које у Црној Гори тога доба почива на још увек јаким родовско-племенским заједницама; није довољно узети у обзир само обичајно право које регулише свакодневне односе у привређивању и размени добара. Само заснивањем кодекса на постојећој друштвено-економској структури може се постићи да законик не остане мртво слово на папиру, чекајући да буде примењен у будућности, када се стекну за то потребни услови, када привредним и друштвеним развојем буду остварене радикалне промене.

На постулат да Законик мора да одговара укупном степену развоја црногорског друштва, укључивши ту и народна схватања и народну кул-

(37) — Упор. Б. Недељковић, Werner Zimmermann, Valtazar Bogišić (1834—1908), прикаж у Историјском часопису, књ. 16—17, Београд, 1970, стр. 310—314. Живојин Перих записује свој критички осврт на ОИЗ констатацијом да је Богишић био у теорији једно (што репензент не одобрава), а при изради законика друго, тада се показао као позитивиста који је написао добар законик: *Метод В. Богишића код израде Имовинског законика за Црну Гору*, Бранич, бр. 161931, стр. 83—90.

(38) Упор. Валтазар Богишић, *Правни обичаји у Црној Гори, Херцеговини и Албанији*, приредио Т. Никчевић, Титоград, 1984, стр. 205—371.

туру, упућивала су Богишића његова новија сазнања и погледи на обичајно право. Интуитивно то је осећао и књаз Никола, те је то исказао на посредан и упрошћен начин у писму конзүлу Јонину.

Међутим, циљ законика је био и да утиче на бржи развој друштва, да буде не само усаглашен са садашњошћу, већ и окренут будућности. Требало је увести нове норме, непознате тадашњем црногорском праву, обухватити законом савремене институције грађанског права намењене новим привредним односима. Ту се, наравно, јавља питање мере и усклађености обичајног права и тих нових одредби, или: чему дати предност, постојећем црногорском праву или савременом европском грађанском праву.

2. Богишић је несумњиво био заљубљеник у обичајно право, његов страстан истраживач целог живота, па га је и његова црногорска мисија привлачила пре свега због тога што се тамо живело по обичајном праву (39). Међутим, он је истовремено био и врстан правник и зналац и правне теорије, те никако не би могао себи дозволити да буде само кодификатор обичаја, да законик буде нешто слично француским сабраним *coutumes*. Он никако није могао да превиди колико је важно и то да законик буде окренут будућности. Иако овај други циљ кодификације Богишић у својим радовима није нигде ставио на прво место, чини нам се да је он за њега врло брзо постао примаран. На такву оријентацију упућивали су га и субјективни и објективни разлози. Објективно, његов задатак је био да модернизује црногорско право, што је такође речено у писму књаза Николе конзүлу Јонину, да се путем законика учини велики корак на путу укључивања Црне Горе у европску привреду и европску културу. Субјективно, Богишић, огромним знањем, међународним угледом и амбициозан какав је био, није могао себи да дозволи да направи нешто што заостаје по вредности, научним критеријумима и стандардима, од других кодификација, па ни од оних који су служили за узор. Тиме што је морао да пође од обичајног права његов научни подухват је био утолико већи.

Богишић је заиста и направио савремен кодекс, у кога су уграђени сви основни принципи, установе и правила правне теорије онога доба. Вредност Законика у том погледу одолела је времену. Многа решења, на пример, одредбе о међународном праву или о тумачењу, о државини и о хипотеци, и данас се сматрају непревазиђеним.

3. Богишић је добро познавао упоредно право, историју и законодавство, па је увиђао да ниједна кодификација грађанског права није радикално мењала постојеће право, да су све прављене надовезујући се на постојеће право и правну традицију. Наполеонов кодекс је водио рачуна о обичајном праву, Bluntschli, Богишићев учитељ кога је веома поштовао (40) уградио је у Циришки грађански законик и локалне обичаје, а Bluntschlijev ученик von Plant у Гризонски грађански законик локалне гризонске обичаје. Међутим, они су имали много лакши посао од Богишића, јер су писали законике у средини у којој је вековима примењивано рецепирано римско право, била развијена правна наука и писали су их за

(39) — Упор. В. Богишић, *L'historique d'une codification*, *Revue de droit international et de législation comparée*, 33 Bruxelles, 1901, стр. 548 и даље.

(40) — О томе опширније извештава W. Zimmermann, *Валтазар Богишић и кодификације грађанског права у Швајцарској*, реферат на скупу ЦАНУ одржаном у поводу стогодишњице ОИЗ, у штампи.

грађанско друштво коме право уведено кодификацијом није могло да буде страно. Богишић, напротив, писао је законик за друштво у коме скоро да и није било буржоазије, у коме никада није било ни познато римско право, тако да му многе установе модерног грађанског права морају изгледати неразумљиве и неприхватљиве. Поред тога, обичајно право, које је представљало скоро једину правну традицију и основу на којој је требало изграђивати законик, нико до тада није проучавао.

Богишић је зато морао прво да обради обичајно право које је прикупио и да изврши избор оних установа које ће унети у кодекс. Изоставио је локалне обичаје, оне за које је предвиђао да ће ускоро престати да се примењују, али и тако значајне области као што су односи у породици и племену. Да би законик и поред обичајноправних правила био модеран, а народу упркос непознатих му установа прихватљив, применио је неколико метода о којима је већ било речи. Да би обичајно право и савремено грађанско право чинили хармоничну целину, примењен је метод инкорпорације (41).

То је пре свега значило да подједнако важе и неинкорпорисано обичајно право и Законик, што је у законик у и прописано, с тим да се обичајно право може применити само ако нема одредбе у законик у. То значи и да обичаји *contra legem* не важе, али је Богишић сматрао да је његов систем уређен тако, да су изгледи да у пракси дође до сукоба закона и обичаја минимални. Друго, обичајноправне установе и правила формулисани су и систематизовани тако, да са модерним правом чине целину, али је очигледно да је при томе за основ узето класично грађанско право, а обичајно се прилагођавало његовој систематизацији и појмовном апарату.

Из обичајног права су у целини узете установе које су значајне за начин привређивања на селу, као што су наводњавање и „тежачки“ уговори. Поред тога преузет је низ правила обичајног права, али је вешто уклопљен, са или без измена, у класичне грађанско-правне установе. Тако су узета из обичајног права правила о лову и риболову и формулисана у одредбама о окупацији као начину стицања својине на покретним стварима, а лов и риболов су и иначе уобичајени случајеви окупације од римског права до данас. Исто тако су, опет са незнатним изменама, озакоњена правила о окупацији одлуталог роја пчела (42), док се законска правила о налазу блага знатно разликују од обичајноправних (43). Као изванредан пример

(41) Метод инкорпорације теоријски је замислио Н. А. А. Danz у студији „Die Wirkungen der Codifikationsformen auf das materielle Recht, Leipzig, 1861. Под инкорпорацијом он подразумева пре свега прикупљање целокупног позитивног права у једној држави, преглед његов и целосходна систематизација, тако да се постојеће право сачува и замени само у појединостима. Богишић је први тај метод разрадио и применио, при чему је за Богишића то пре свега усклађивање изворних маса у хармоничну целину.

(42) Упор. питање бр. 10 на стр. 150 у књизи Правни обичаји у Црној Гори . . . инт. са члановима ОИЗ 74 (лов), 75 (риболов), и 76—78 (рој пчела). Раздео се завршава општим правилном о прибављању својине окупацијом, члан 78, а објашњење тог члана зато је у члану 842. После тога је у члану 843 забрањено стицање својине окупацијом непокретних ствари, што је било противно сазнањима добијеним у анкети, односно *contra motem*, мада је окупација земље већ тада било доста ретко, упор. одговор на питање бр. 14, стр. 151—152 *поптем*.

(43) Према ОИЗ благо припада налазачу ако је тражио на својем земљишту, а дели се са власником земљишта ако је нађено на туђем (чл. 79). Ако је тражено кријућим или противно забрани власника, припаће власнику земље (чл. 80), а у сваком случају налазач је дужан да у року од три дана по налазу пријави најближој *Власти*, како би се утврдило да ли је у питању благо или изгубљена ствар (чл. 81). Према обичајима, напротив, требало је тражити кријућим, обично „после сна“, јер ће иначе благо поћећи у земљу. У комунизмој земљи може да тражи ко хоће, али и у туђој. Ако је нађено у туђој, „те га затече господар, тад би снакако требало и да га дијеле, или би га изгнао. Али кад би га обикно нашао и нико га не видано, тад му не би отели ништа баш да би и знали да је на туђој земљи нашао“. Питања бр. 15 до 18 на стр. 152, *ибидем*.

потпуне симбиозе једне класичне установе са елементима узетим из народних схватања може се узети чл. 785 ОИЗ: „Правилима благонравља и поштења, називају се, у овоме Законнику, она правила обичне људске и правичности, на покоривање којима Власт у опште не може свагда управо да принуди, али за то народна савјест свагда осуђује оне који та правила престајују”. Овај се члан налази иза чланова који објашњавају шта значи закон, шта право и шта суђење по правичности, у разделу чији је наслов „О законима и правилима уопште”. Народним појмовима озакоњена је бо-на fides, добра вера, савесност и поштење, чија садржина и иначе увек зависи од схватања друштва у коме се о њој води рачуна.

И најзад, пример како су у модеран законик вешто унете и одредбе обичајног права а да то буде на први поглед и неприметно, пружа и регу-лисање својине. На велика звона објављена је на почетку неприкоснове-ност приватне својине, што значи да је приватна својина та на којој по-чива Законик. Међутим, на мала врата уведена је поред ње и заједничка својина породице и племена, у оквиру статусног права, одредбама о прав-ном субјективитету куће и племена када је реч о комуницама. Неки ре-цензенти у прошлом веку уочили су само то и писали да је са ОИЗ озакоње-на једино колективна својина (44).

Због доследно примењеног метода инкорпорације биће заиста тешко утврдити прецизно колики је удео обичајноправних норми у Законнику. Међутим, свакоме ко га и мало познаје, јасно је да то није кодификација обичајног права, већ сасвим модеран кодекс имовинског права, коме уп-летено обичајно право даје скоро сву оригиналност.

VI. Уместо закључка поновили бисмо једну мисао проф. Констан-тиновића, који каже да је Богишић доказао да никакав рад у области права, ни законодавни, ни судски, ни научни, није могућ без проучавања народног правног живота, и да је у том погледу он био претеча за којим скоро нико није пошао (45). Томе треба додати да је проучавање законо-давног дела В. Богишића и данас још увек потребно сваком правнику који жели да буде добар правник.

(44) — G. Toureau: *La propriété et la famille au Monténégro d'après le nouveau Code Civil*. La nouvelle revue, livraison du 1er juillet 1888. Ово је иначе озбиљна студија, рабсна са много симпатија према Црној Гори и Богишићевом кодексу; мишљење о својини после је преузимано у неколико других рецензија.

(45) М. Константиновић, *Идеје Валтазара Богишића о народном и законском праву*, објављено поново у *Аналима Правног факултета у Београду*, XXX, бр. 3—4, Београд, 1982, стр. 422.

Dr. Jelena Danilović,
Retired Professor of the Faculty of Law in Belgrade

HUNDREDTH ANNIVERSARY OF THE GENERAL PROPERTY CODE OF MONTENEGRO

Summary

The General Property Code of Montenegro provoked great interest in European circles and the author reviews these facts, as well as the personality of its author, and the role of duke Nikola. The interest for the Code is still present. Values of the Code are also reviewed, as well as its originality and aims of the author (V. Bogišić) in drafting it. The elements are analyzed which made the Code concordant with the needs of the time and place (customary law, system of provisions, lack of regulating internal family relations and the law of inheritance, considerable part dedicated to instruction of those applying the Code, language and terminology). Also explained are those elements which make the Code even contemporary. The issue of the scope of codification of customary law is also discussed, including the way of its incorporation into civil law provisions. The Code is not just a codification of unwritten law — as held in older and modern literature, since it has been codified in order to avoid the pressure of legislation onto existing social structure and legal conception of the people, which would provoke refusal by the practice. The choice of customary law norms has been determined by the above aim, which altogether was designed not to brake further development of law in Montenegro.

Dr Jelena Danilović,
ancien professeur à la Faculté de droit à Belgrade

CENT ANS DU CODE GENERAL DE PATRIMOINE POUR LE MONTENEGRO

Résumé

Ayant d'abord fait remarquer l'écho que l'apparition du Code général de patrimoine pour le Monténégro a produit dans l'opinion publique européenne et ayant souligné certaines qualités personnelles et scientifiques de son auteur ainsi que le rôle du prince Nikola dans la rédaction du Code, l'auteur de cet article expose de manière concise les raisons qui ont suscité à l'époque un grand intérêt pour cette oeuvre dans les cercles professionnels et scientifiques qui dure, avec les changements causés par la distance temporelle, jusqu'à présent. Les qualités du Code qui représentent son originalité et sa valeur scientifique sont exposées, regroupées, selon le but que Bogišić a eu devant lui. L'auteur traite d'abord les éléments qui rendent le Code conforme à la société à laquelle il a été destiné (le droit coutumier, la sistématisation, l'omission de la matière qui régit les rapports internes dans la famille et le droit de succession, une partie considérables de caractère didactique, le langage, la terminologie) et ensuite, il montre ce qui le rend moderne. Enfin, on traite le problème de l'étendue de la codification du droit coutumier et la manière dont il a été incorporé dans un code civil moderne. L'auteur montre en même temps que les évaluations selon lesquelles le CGP est une codification du droit coutumier, présentes aussi bien dans la littérature classique que dans la littérature moderne, sont intenable. On souligne que le droit coutumier a été codifié afin d'éviter la pression violente de la part des normes législatives sur la structure sociale existante et les idées de droit, ce qui aurait eu pour conséquence le fait de ne pas accepter du tout le Code dans la pratique. A cette fin a été soumis également le choix des normes coutumières codifiées ainsi que l'étendue de cette partie de la matière originale, tout en tenant compte de ne pas freiner le développement du droit.