

Томица НИКЧЕВИЋ*

ПРОБЛЕМИ РЕЦЕПЦИЈЕ ОБИЧАЈНОГ ПРАВА У
КОДИФИКАЦИЈАМА ГРАЂАНСКОГ ПРАВА У
СРБИЈИ И ЦРНОЈ ГОРИ XIX ВИЈЕКА
(Теоријска и законодавна питања извора права)

I Значај и садржај питања

Однос обичајног права и закона старо је питање, познато већ из класичног доба и има дубоку историју и својеврстан третман, како у домену модерне законодавне праксе тако и у теоријским расправама. Његово расправљање почиње већ од времена римских законодаваца и кодификатора и продужује се кроз читаво доба европских рецепција, да би карајем XVIII и током XIX вијека прерасло у посебно теоријско-методолошко питање модерних кодификација и израда грађанских кодекса, нарочито у Француској (поводом Наполеоновог Code civil) и њемачким земљама XIX вијека. Није за ову прилику ни могуће ни потребно упуштати се у историјат овога питања, јер би то по свему морао бити предмет посебног реферата. Наш циљ је да укажемо на садржај и правно и политичко значење тога питања у оквиру двије југословенске земље које су се крајем XVIII и почетком XIX вијека, изграђујући нове самосталне државе и властито законодавство, неминовно сусреле са основним питањем извора права. Настојаћемо, наравно, да дамо и неопходан осврт на историјске, правне и политичке прилике у којима се појавило и еволуирало ово питање кроз југословенску законодавну праксу и правну теорију.

* Аутор је (1920-1982) радио у Историјском институту Црне Горе од 1951. до 1958. У звању редовног професора за предмет Историје државе и права предавао је на Правном факултету у Подгорици од 1972. до 1976. Овај текст, нађен у његовој заоставштини, која се чува у Историјском институту Црне Горе, био је предвиђен као реферат на грчко-српском симпозијуму одржаном у Солуну у октобру 1982. године. Годину дана касније објављен је на енглеском у солунском часопису *Balkan studies*. Публикује се овдје први пут на нашем језику.

Ново законодавство у Србији и Црној Гори јављало се прије свега као неопходна конституанта државне и политичке самосталности и жеље за пуним уобличавањем властите индивидуалности на међународном плану. Оно је требало да буде постављено на темељу властитих социјалних, имовинских и етичких односа, јер је било неопходно да се раскине са туђинским друштвеним системима и њиховим наметнутим институцијама (укидање турског феудалног система у Србији послје националних и социјалних револуција 1804-1815) и да правно нормира и учврсти нове друштвене односе засноване на доминацији слободне приватне својине и робноовчаног промета.

Политички и законодавно-правни циљ наших младих држава био је у генералним концепцијама јасан и одређен, али је у погледу његовог практичног остварења морао бити и комплексан и противуречан. Његово остварење било је тијесно условљено историјско-политичким околностима, с једне, и културно-просветним приликама, с друге стране. Распадом српских средњовјековних држава (Зете и Деспотовине) у Србији и Црној Гори је био прекинут законодавни континуитет и престала свака могућност за самостални развитак правних теорија и доктрина. Период од пуна четири стољећа прекида у властитом законодавству практично је порушио и све основне претпоставке модерног законодавства. Старо средњовјековно право, сачувано у основним зборницима (Крмчији, Душановом законнику, Синтагми Матије Властара и другим компилацијама византијског права) представљало је посебан проблем. Оно је као феудално право у принципу било неприхватљиво за ново вријеме и измијењене социјалне односе, те у том смислу и није могло послужити као основ и систем новог законодавства. Међутим, знатан његов дио остао је ипак у употреби. Прије свега је продужило важење у официјелној дјелатности цркве и њеној широкој надлежности у области грађанских односа (брак, сродство, насљеђивање и др.) и у домену кривичног права. Добрим дијелом задржано је и у народном животу и правном саобраћају, прерастајући тако у обичајно право. (Овдје не улазимо у питање генезе обичајног права уопште, утицаја и остатака средњовјековног права и његове еволуције и модификације кроз народну примјену и слична питања, о којима иначе постоје различита мишљења у науци). Наведена дјела су у извјесном обиму и садржају могла послужити као помоћ приликом израде нових закона, што у овим нашим земљама у то вријеме није могло бити спроведено. За њихову систематску прераду и критичку експлоатацију био је потребан веома студиозан рад и такве стручне снаге којима на почетку, великих подухвата није располагала ни једна ни друга земља. Ново, дакле, законодавство морало је почињати у објема земљама у изузетно неповољним условима - без законодав-

не традиције, без икаквог практичног искуства, без стручних људи и без икаквог значајнијег степена правног образовања. Цјелокупни почетни рад на изради закона, па према томе и на рјешавању питања законских извора, отпочео је властитим снагама и био заснован скоро искључиво на емпиријско-практичном схватању потреба и односа. Управо зато, у свим почетним подухватима затечени односи, народни облици живота и обичајно право морали су заузимати приоритетно, може се рећи чак и искључиво мјесто. Са даљим развојем законодавне праксе и постепеним уздизањем властите правне мисли проблем правних извора знатно је еволуирао и од чисто емпиријско-практичног постаје предмет методолошко-кодификаторског и теоријско-доктринарног разматрања.

II Обичајно право у првим законима Црне Горе

Проблем извора права и односа обичајног права и закона први пут се у нашој новијој историји поставио у законодавној пракси Црне Горе стварањем државе крајем XVIII и почетком XIX вијека, управо са доношењем првог закона 1798. и његовим допунама 1803. године. Овај кодекс је био обнародован под називом Законик општи црногорски и брдски, познат још и под именом његовог творца, тадашњег шефа црногорске државе, митрополита Петра I Петровића Његоша (Законик Петра I).

С обзиром на вријеме и услове у којима је рађен, први црногорски законик није ни могао бити приређиван на принципима правне науке и модерних кодификаторских захтјева. Са становишта кодификаторског метода и технике он носи све особине почетне фазе, карактеристичне за све младе и неразвијене земље без законодавно-правног искуства и правне науке. Међутим, сасвим други значај има овај законски споменик кад се посматра са становишта правних извора и смисла друштвених концепција које је изражавао. Његова основна карактеристика је управо у томе што је у пуној мјери био заснован на реалним социјалним условима и аутентичним приликама народног живота. Управо и због тога, он се и у погледу општег садржаја и извора правних норми могао и морао послужити само непосредном друштвеном стварношћу и правилима обичајног права. У том смислу морао је бити претежно зборник обичајног права, састављен из разних правних области (грађанског, кривичног, породичног, јавног права) обухватаних у оној и оноликој мјери колико су то наметале најнепосредније и најактуелније животне потребе и друштвене прилике (Овдје остављамо по страни оне одредбе законика којима су регулисане неке посве нове области државног поретка, уставног права, положаја и задатака службених лица, настале стварањем државног апарата, за које није могло бити извора у обичајном

праву). Законик Петра I преузео је низ обичајно-правних институција и норми њиховог регулисања, руководећи се очигледно њиховом улогом и значењем у приватном и јавном животу, с једне, као и улогом у стабилизацији друштвеног поретка, с друге стране (напр. право прече купње земљишта, установу сока и соџбине и сл., низ установа из области робноновчаног промета, знатан број одредаба и институција из области кривичног права итд). Сувишно је напомињати да је законодавац прећутним начином препустио обичајном праву регулисање свих оних односа који су остали ненормирани законом (*propter legem*).

Питање законских извора и односа закона према обичајном праву не исцрпљује се, међутим, у Законику Петра I само кроз његово преузимање обичајног права (*praeter legem*). Као и у свим другим приликама и облицима мисаоног стваралачког приступа, тако се већ и на овом нивоу јављају и почечи критичког односа законодавца према изворним нормама обичајног права са наглашеном тенденцијом да интервенише у области токова друштвеног живота и обичајно-правног поретка. Законик је огромним бројем својих норми усмјерен негацији и забрани превазиђених и за нови поредак неприхватљивих обичајних правила, норми понашања, па чак и цјелокупних институција обичајног права. То начело (*contra legem*) смјело је примјенио први законодавац у Црној Гори и то не само у домену јавних државних конституционалних односа, него и у области најделикатнијих личних и друштвених односа, као што су на примјер породични, облигациони и др. грађанско-правни односи, многе институције кривично-правног карактера, судског поступка и сл. Немамо могућности да овдје детаљније излажемо све такве појединости, али ћемо навести само неколико најкарактеристичнијих примјера. Законик је, на примјер, забранио и строго инкриминисао отмицу жене и дјевојке као један од начина заснивања брака (чл. 11), при чему је појам отмице обухватио све случајеве којима би женска била принуђена да ступи у брак без своје воље или сагласности својих родитеља, односно укућана или сродника под чијим се надзором налази. За закључење таквог брака (вјенчања) прописане су строге казне и за свештеника (чл. 12). Посебним чланом забрањена је свака једностранна и самовољна наплата дугова (чл. 16). Закон је изричито забранио институцију новчаног откупа за убиство (чл. 2). Изричито је била забрањена иначе стара и веома примјењива институција крвне освете, односно, како то законик дефинише, сваке самовољне освете (чл. 6).

Значајно је напоменути да је законодавац настојао и, према сачуваним подацима, потпуно успио да обезбиједи примјењивост законских одредаба чак и у оним одредбама којима се забрањивао систем старих институција. Сачувани документи са почетка XIX вијека садрже доказе

о томе да су црногорски регуларни судови (кулук) доносили своје пресуде са позивањем на чланове, односно одредбе Законика општег црногорског и брдског.

На истим начелима и скоро под истим условима био је у Црној Гори израђен и други законик 1855. године, познат под називом Општи земаљски законик, односно Законик књаза Данила I, само знатно допуњен и проширен. Данилов законик је непосредно преузео знатан број одредаба и чланова из претходног кодекса, што говори о томе да је Законик Петра I истрајао у примјени и остао на важности, бар у неким својим одредбама, и у другој половини XIX вијека. Са друге, пак, стране, Данилов законик је покушао да превазиђе неке одредбе Петровог законика, да неке области нормира у духу новијег времена и, свакако, нешто измијењених прилика, служећи се и сам обичајним правом као извором. Без обзира на то колико је други законик задовољио судску праксу, он изражава несумњиво значајне тенденције тадашњег црногорског друштва и његовог законодавца - он нам показује непрестано инсистирање на доношењу закона у једној младој држави и чињеницу да је црногски законодавац критички прилазио правним изворима, било да их је преузимао из претходног законика било непосредно из обичајног права. Управо на таквом критичком односу законодавца према изворима права одвијао се онај прогресивни процес са којим је постепено превазилажен прости поступак рецепције правних извора и са којим се стварају зачеци, додуше рудиментарне, али посве самосталне властите правне мисли.

III Проблем правних извора у Грађанском законнику Србије 1844. године

Законодавна дјелатност у Србији отпочела је скоро под истовјетним условима и приликама као и у Црној Гори. Већ са првим успјесима у Првом српском устанку 1804. године дошло је до стварања првих законских прописа, тзв. Законика проте Матије Ненадовића (1804) и Карађорђевог законика (1811). Тим законима очигледно се изражавала неминовност и жеља за доношење властитих прописа и без обзира на границе њихове примјењивости, представљају значајну историјско-правну појаву у развоју правне мисли у Србији. Међутим, ти прописи са становишта нашег предмета имају посебан значај. Законик проте Матије Ненадовића садржао је свега 5-6 чланова, преузетих из Светосавске крмчије, што је за нас овдје нарочито интересантно, јер потврђује тезу да су дјелимично могли бити коришћени средњовјековни кодекси и њихове поједине норме. Сасвим је друго питање колико је редактор таквог законика био у могућности да изврши прави избор грађанско-

правних норми, што је свакако зависило не само од стручне спреме овога српског законописца и државника, него и од историјских услова, јер је законик састављан у јеку жестоких борби за национално и социјално ослобођење. Карађорђевић, пак, законик, без обзира што према досадашњим сазнањима није ступао у употребу, има друге особине. Он се претежно односио на нека тада најактуелнија питања устаничке Србије, на питања војне организације и дисциплине, чиме је и био повезан са конкретном друштвеном стварношћу тога доба. Само, пак, устројство и друга, претежно судско-дисциплинска, питања устаничке војске била су у овом законуку нормирана у духу аутентичних прилика и потреба, те по свему представљају примјер нормирања друштвених потреба на основу народног схватања.

Веома озбиљан законодавни рад, не узимајући у обзир неке мање уредбе књаза Милоша, предузет је у Србији 1828. године и то са врло амбициозним плановима за израду комплетног система тзв. "судских" закона (грађанског и кривичног законика и поступака). Због одређених политичких и других околности и разлога рад на осталим законима морао је бити одложен за дуже вријеме, па се озбиљније радило једино на грађанском законуку, који је и завршен и био обнародован 1844. године.

У Србији је већ тада постављен план да се изради комплетан и систематичан модерни грађански законик, с тим да се за његову основу узме неки од европских кодекса и прилагоди условима и потребама Србије, па је прва комисија, састављена од домаћих чланова, и почела рад на темељу француског грађанског законика (Code civil, 1804). Прва комисија, на челу са Вуком Стефановићем Карацићем, отпочела је рад 1828. године и, колико је досада познато, завршила законски пројекат и предала га на усвајање 1831. године. Овај пројекат из разних разлога није изашао пред скупштину, него је био достављен другој комисији за преправке и измјене. Међутим, ни тако преправљени пројекат није подношен на одобрење српској скупштини, јер је цјелокупни поступак за израду овога законика застао све до 1837. године, када је израда српског грађанског законика повјерена Јовану Хаџићу, који га је завршио и поднио на усвајање 1843. године.

Пројекат Вука Карацића није сачуван ни у свом изворном тексту ни у преправкама тзв. поправитељне комисије, па га не можемо коментарисати, јер не знамо ништа поузданије о садржају и карактеру његове редакције. Остали су, међутим, неки подаци у поменима самога Вука и његових сарадника и савременика, као и подаци Јована Хаџића, који нам дозвољавају да створимо најопштије претпоставке о односу Вука Карацића и српског законодавца према проблему који нас овдје непосредно интересује.

Узимајући за основу француски грађански законик, Вук и његови сарадници су већ на самом почетку уочили да он у многим поставкама не одговара српским приликама, те да ће бити потребно из њега извршити избор и "узети оно што је за Србе, а изоставити оно што није". Већ само ово опште начело, изречено од стране самих сачинитеља, говори да су редактори законика били обазриви и да су поклањали пажњу аутентичности српских прилика и обичајно-правном устројству српског народа. Творци пројекта нијесу се изјаснили о томе шта су сматрали неприхватљивим у француском кодексу, али се сасвим оправдано може претпоставити да су то биле оне норме које су се косиле са владајућим обичајно-правним системом у домену најбитнијих народних институција. Оно што тада сигурно није могло одговорати "српским приликама" свакако се односило на широку област патријархалног устроја српског породичног живота: брака, појма и организације породице и задружног система, имовинског положаја и права мушке и женске дјеце, права удовице по смрти мужа, а с тим у вези и читав систем унутрашњих својинских права, права наслеђивања, односно тестаменталног распоређивања имовине и друга питања из ове области. Вук Караџић није био образовани правни стручњак, као што то нијесу били ни остали чланови његове комисије, али нам је познато из његове грандиозне стваралачке дјелатности да је био изванредан познавалац народног живота и обичајног права, па су му опречности и неподударности француских прописа, као и последице њиховог некритичког преузимања, морале бити сасвим јасне. Према саопштењима каснијег кодификатора, Јована Хаџића, који је прегледао Вуков пројекат, Вук је био извршио низ измјена и одступања од француског кодекса и додао друкчије одредбе којима је несумњиво покушао да у наведеним областима преузме обичајно право, било у његовом изворном или нешто модификованом облику. Да је Вук у овим питањима пошао од обичаја као извора права потврђује и сам Хаџић, који наводи како је Вук "додао неколико параграфа којима је право сопствености поречено и права женама и кћерима при наслеђу окрњена". То доказује да је Вук пошао од обичајно-правног система имовинске и наслеђне неједнакости мушке и женске дјеце и других женских лица, односно од принципа да мушки потомци, уколико их има, искључују женске из права на дио и наслеђивање породично-задружне имовине. Вук је, дакле, у најбитнијим поставкама задржао конститутивне принципе устроја српске, односно југословенске породице (инокосне породице и задруге). Да ли је и на каквом стручном степену Вук успио да систематски разради, усклади и дефинише поједине секторе и детаље породично-правних односа, није познато. Према сачуваним подацима, и сам законодавац, књаз Милош Обреновић, стајао је на становишту да

у битним стварима треба остати при патријархалним односима и обичајном праву, о чему ћемо нешто рећи у наставку овога реферата.

Израда новог пројекта српског грађанског законика била је 1837. године повјерена Јовану Хацићу, стручном правнику из Војводине, који је иначе био у жестоком сукобу са Вуком Караџићем по питањима језика и правописно-књижевних реформи. Он је након проучавања Вуковог пројекта обавио свестране консултације са књазем Милошем и, како сам наводи у својој биографији (Дневнику), указао на, по његовом мишљењу, потпуни промашај свога претходника, предложивши да се за израду новог пројекта узме за основ аустријски грађански законик (1811) и да се из њега преузму нарочито оне одредбе које би својинска и наслеђна права поставиле на пуној равноправности мушких и женских чланова породице. Предлог је, дакле, полазио од таквог основног принципа који би из темеља мијењао обичајно-правно устројство и цјелокупан систем имовинског и породичног живота у Србији. Проблем извора права и односа закона и обичајног права појавио се у овом случају не само као питање појединачних норми или мање-више значајнијих института, него као питање измјене самог карактера и устројства народног живота, односно потпуне негације обичајног права. у овој области. Радикално напуштање обичајног права у овако широким размјерама водило је озбиљним посљедицама и, свакако, дубоким поремећајима како у домену правног дјејства и могућности примјене овако конципираног законика, тако и у домену политичких односа у Србији тога доба. Такав законик отварао је бројне правне и политичке сукобе са неизвјесним исходом и резултатима. Било из тих или и других разлога, ни сам законодавац није прихватио такву оријентацију. Настојећи и сам да у фундаменталним начелима задржи затечено уређење и обичајно право, књаз Милош је спровео и нарочиту анкету преко локалних и окружних представника власти о народном мишљењу и расположењу. Из анкете је стечено увјерење да треба остати при народним обичајима, односно при концепцији претходног пројекта у Вуковој редакцији.

Књаз Милош је 1839. године био приморан на абдикацију, па је то највјероватније и био разлог да Хацић одустане од његових захтјева и да покуша спровести своје концепције. У дефинитивном пројекту који је завршио 1843. године извршио је корјенит заокрет и у потпуности одступио од обичајног права у наведеним питањима. У свом тадашњем пројекту Хацић је изједначио мушку и женску дјецу у погледу својинских и наслеђних права. Међутим, дужим разматрањима његовог пројекта и оштрим размимоилажењима у законодавним органима (Скупштини и Савјету) Хацићеве поставке су одбијене. У тим органима одлучено је да се нацрт врати Хацићу на преправку и по тим питањима остане при по-

стојећој пракси и обичајном праву. На тај начин дошло се до коначног рјешења и законом је нормирана имовинско-породична област у духу обичајног права. Савјет је, како је то прокоментарисао каснији правни историчар Слободан Јовановић, "пустио у законе те обичаје које је имао довољно свести да не одобрава, али с којима није имао довољно куражи да се бори".

Грађански законик Србије израђен је, како се види, на изразито компромисној основи. У већем дијелу он је био састављен на темељу рецепције аустријског грађанског законика, а преко њега и рецепције римског права, односно његове западноевропске варијанте и прерада, што је знатним дијелом било супротно обичајно-правном стању и схватањима народа у тадашњој Србији. Другим својим дијелом био је постављен на темељу институција и одредаба обичајног права. У цјелини је била преузета институција српске сеоске задруге и њен имовинско-правни систем са свим основним начелима обичајног права. Један, пак, број обичајно-правних института и одредаба био је поред тога преузет и уграђен у оне одељке који су иначе били постављени на темељу аустријског права.

Двојност Грађанског законика Србије изнијела је на видјело и суштину и значај питања о изворима права и мјесту и улози обичајног права у законодавној пракси. Законом се показало, како у току његове израде тако и његовом примјеном, да некритичка рецепција страног права не може бити прави пут за потпуна и правилна рјешења у изградњи правног система другог народа и друге земље, макар се она изводила и на темељу таквих ауторитативних изора као што су то француски и аустријски кодекси. Такве рецепције се косе са стањем у ширим или битнијим подручјима народног живота и доводе до поремећаја у правној пракси или остају неприхватљиви у народу. Са друге, пак, стране, јасно и се показала снага обичаја и њихова стварна садржина. Обичаји, схваћени као шири или ужи институти, па и њихове појединачне норме, не морају значити само преживјеле и застарјеле реликте прошлих времена, нити могу бити пренебрегнути кад је ријеч о начинима и методима регулисања друштвених односа у једној земљи. Уосталом, застарјеле обичаје брже или спорије напушта и сам народ својом реалистичком филозофијом, или их одржава тек из простих навика. Под обичајима и обичајним правом мора се подразумијевати цјелокупан важећи систем устројства и тока народног живота и начина комуницирања грађана. Из тих разлога законодавац и кодификатор су дужни да изврше дубоку процјену у којој мјери се може и колико је уопште неопходно народном животу супротстављати се законом. Закони се не могу доносити прописивањем произвољних правних норми, нити се њима могу вршити корјените измјене све дотле док то не захтијевају социјално-класне и имовинске прилике у

једној земљи. Закони и њихове норме могу бити само израз постојећих односа и преовлађујућих друштвених тенденција. То значајно начело законодавне дјелатности формулисано је у познатој максими да законе треба прилагођавати народу, а не народ законима.

Грађански законик Србије је у сваком случају значајан по томе што је први пут код нас у облику једне модерне кодификације поставио питање извора права и односа законодавца према обичајном праву. Кроз њега је, иако са крупним промашајима, то питање ријешено у корист обичајног права. Он је показао да се обичаји, макар и против воље самога редактора, намећу снагом голог живота. С обзиром на те особине Грађански законик Србије заузима значајно мјесто и у историји кодификација.

Српски кодификатор, међутим, није успио да досљедно и на систематски начин разријешити проблем извора права. Самим методом компромиса створене су дубоке противурјечности правних норми, које су се са свим посљедицама почеле уочавати већ на почетку његове примјене у судској пракси. Но, управо ти недостаци законика имали су и неке позитивне посљедице. Они су судским, правосудним и законодавним органима послужиле као повод за размишљање, критику и стварање првих зачетака правне мисли у Србији. Законик је ускоро био подвргнут многим објашњењима, измјенама и допунама, које су претежно имале за циљ да се поједине његове одредбе измијене и прилагоде конкретним условима и приликама друштвеног живота.

Критика и примједбе на Грађански законик биле су веома различите и полазиле су са различитих, управо дијаметрално супротних становишта. Поједностављено приказано, једни су полазили од мишљења да је закоником сувише пренебрегнуто и запостављено обичајно право, док су други сматрали да је требало извршити досљеднију модернизацију и "европеизацију" приватно-правног система. Но, независно од тих размислилажења, цјелокупна критика ове кодификације имала је и нешто заједничко - јединствено она је указивала управо на оне недостатке и мањкавости законика које су се изражавале у сукобу и контрадикторности његових одредаба. У Србији је на тај начин почела да се развија правна литература, која је најприје на судско-апликативни, а постепено и на теоријско-доктринарни начин расправљала проблем извора права. Почетком седамдесетих година покренут је поступак за израду новог законика. У том циљу 1872. године била је прикупљена и веома разрађена анкета у круговима судских и правосудних стручњака, кроз коју су прикупљена драгоцјена мишљења о односу обичајног права и закона. Анкета је спровођена у вријеме јаког процеса раслојавања и социјалних превирања на селу, што се у знатној мјери одражавало и на породични

систем српског народа, у којему је дошло до разбијања задружног живота и напуштања читавих институција патријархалног живота. Социјално-класне противуречности српског друштва дубоко су се одразиле и на становишта анкетара. У анкети су изражена крајње опречна мишљења о односу закона према обичајно-правним институтима, а прије свега према патријархалном облику српске породице. Знатан број анкетара предлагао је потпуно напуштање задружног живота и законско омогућавање његовог разбијања, док су други сматрали да треба појачати њихову законску заштиту и даље стимулисање.

Израда новог законика била је повјерена београдском професору грађанског права Николи Крстићу, који је отпочео са израдом првих одељака. Посао је, међутим, већ сљедеће године био обустављен.

IV Обичајно право као извор права у кодификацији Црне Горе

Теоријско-доктринарно разматрање обичајног права и законских извора отпочело је у нашим земљама шездесетих година прошлога вијека кад се оснива и историјско-правна наука као самостална научна дисциплина. Историја права у југословенским земљама почела се програмски развијати у духу славистичких дисциплина и њиховог историјског метода. Послије пионирских радова на издавању правних споменика, историјских извора и правне грађе (Н. Крстић, В. Мијушковић) на научној сцени појавио се истакнути научник Валтазар Богишић, који је приступио систематској разради обичајног права, његовог значаја у народном животу и његовог односа према законима. Богишић је у основним ставовима полазио од идејних и методолошких поставки оснивача словенских филолошких и историјских дисциплина и већ у првим радовима у том духу изложио своја становишта о суштинским питањима карактера и односа закона и обичаја. Он је право сматрао психичким својством народа, а настанак обичајног права приказивао као непосредни производ народног духа и друштвене стварности, с тим што је наглашавао да се оно попуњава и развија зависно од историјских услова и потреба. По мишљењу Богишића, прикупљање и изучавање правних обичаја морао је бити изузетно важан посао и задатак, како из научних тако и из законодавно-практичних разлога.

Богишићева научна начела била су тијесно повезана са непосредном стварношћу и потребама словенских и југословенских земаља. Знатан број југословенских народа стајао је под политичком и правном доминацијом туђинских завојевача (Њемачке, Аустрије, Турске), али са већ зрелим национално-ослободилачким покретима и напорима за изградњу властитих држава и правних система (Хрватска, Словенија,

Босна, Херцеговина). Слободне, пак, земље, или оне које су независно од тадашњег формалног међународног положаја изграђивале самостални правни поредак (Србија, Црна Гора), налазиле су се пред замашним плановима законодавне дјелатности, па су питања кодификације и доградње правних система добијала прворазредни значај. У том процесу обичајном праву је придавана посебна улога.

Своја теоријска становишта о праву и карактеру обичајног права Богишић је изводио и из идејних и научних поставки историјске правне школе, претежно њених оснивача Пухте и Савињија, што је било сасвим разумљиво с обзиром на многе подударности у побудама и методу истраживања. У поставкама историјске правне школе Богишића су нарочито интересовале тезе о духу и снази народних обичаја и њено супротстављање владајућим начелима натуралистичке теорије о универзалности права. У теорији универзалности, бар у крајњим посљедицама њене примјене, Богишић је сагледавао опасности унификације, а тиме и бојазан од даљег наметања и владавине управо оног страног, неапликативног, прије свега европског пандектног права, што је већ у полазном одређењу сматрао неприхватљивим и штетним, јер је гушило самостални развитак и правни идентитет југословенских народа.

Прихватајући знатан дио поставки историјске школе, Богишић је, међутим, из сасвим схватљивих разлога, заузео и веома критичан став по низу њених фундаменталних начела. Богишићу је, прије свега, био неприхватљив схоластичко-статички метод посматрања и изучавања обичајног права, нарочито карактеристичан за касније сљедбенике Савињијеве теорије, који су занемаривали еволуцију обичајног права и његову зависност од друштвене стварности и животне савремености. Таквим својим критичким односом Богишић је ступао на позиције еволуционистичког материјализма и социолошког метода у објашњавању настанка, улоге и значаја обичајног права. Богишић није прихватао ни полазне поставке историјске правне школе о апсолутној довољности обичајног права и негирању сваке потребе за доношење модерних закона. Суштина, дакле, Богишићевих схватања била је управо обрнута. Он је заступао мишљење о неопходности израде модерних кодекса, али таквих који би насупрот становишта теорије универзалности, почивали на систему народних институција... и обичајног права. Сматрајући да ни у сфери практичног живота ни у сфери његовог нормативног регулисања не постоје такве опште и универзалне институције које би одговарале свим друштвима и срединама, Богишић је доказивао да кодификација грађанског права може и мора бити изведена, али само ако се пође од социјалне и институционално-правне аутентичности сваког народа у одређеном периоду његовог живота.

Богишићево супротстављање владајућим начелима европске кодификаторске праксе XIX вијека није значило порицање сваке улоге и значаја европских правних наука и теоријских система. Напротив, он је цијенио и свестрано изучавао сва достигнућа у области правних наука и настојао да у процесу стварања и развитка научне правне мисли ухвати узлазну линију, било да се она остваривала кроз појединачне доприносе аутора, било у облику заокружених научних школа и система. Основно полазиште Богишића било је управо у томе да кодификација мора бити изведена разрадом друштвене стварности и пуном систематизацијом обичајног права, али на темељу јасно утврђених методолошких принципа правних наука. То је значило да, како је он говорио, хаотично и несистематизовано обичајно право треба поставити у складан научни и законодавни поредак. Кад је 1872. године прихватио позив да ради грађански законик за Црну Гору он је, како се сам изразио, већ од почетка био начисто да његова кодификација не смије бити ни проста копија европских и свјетских узора, нити, обрнуто, неодмјерена амбиција за празном оригиналношћу и напуштање незаобилазних достигнућа правне науке. То своје принципијелно становиште непосредно је изразио у свом осврту на историјат црногорске кодификације и изразу Општег имовинског законика: "La nature de la partie du droit que j'avais à traiter, l'ensemble des conditions actuelles resultant de la vie historique du peuple, le developpement ulterieur du pays, m'ont necessairement amene à faire une oeuvre a la fois systematique et populaire. J'ai tenu compte d'un cote des formes et des opinions dominantes dans la theorie et dans la pratique legislative des pays occidentaux, de l'autre, des elemnts originaux du pays meme auquel le code est destine".

За остварење таквих циљева било је неопходно извршити претходни поступак темељитог изучавања обичајног права, како у његовом затеченом облику постојања тако и његову историјску еволуцију. За такав поступак постојали су у Црној Гори веома повољни услови. У званичним установама и приватним збиркама постојало је обиље сачуваних правних исправа које су потицале још из XVI вијека. Поред проучавања тога материјала Богишић је спровео и веома разрађену анкету о важећим правним обичајима на темељу 2000 питања. Одговоре је добијао и записивао непосредно од изузетних познавалаца обичајног права, углавном од високих функционера судских и државних органа (чланова Сената). На основу тако спроведеног поступка Богишић је приступио критичкој анализи и избору обичајно-правних института, њиховом теоријском систематизовању и нормативном уобличавању.

Избор народних института и установа обичајног права није био нимало лак ни једноставан посао. То је било изузетно значајно и више-

струко сложено питање како са становишта социјално-економских односа тако и са становишта правне теорије. Кроз садржај законика и избор обичаја преламали су се погледи и становишта и аутора и законодавца према суштинским питањима социјалних односа и имовинског саобраћаја у земљи. За рјешење овога питања и израду таквог грађанског законика који ће "заживјети у народу" морао је бити изграђен такав концепт који би био истовремено и друштвено мотивисан и усаглашен између законодавца и кодификатора.

Као прво и основно питање тако схваћене кодификације јављало се питање општег садржаја, или, како је то формулисао сам аутор, питање његових "спољашњих граница". Ово крупно питање било је већ почетком XIX вијека постављено и са посебним обзиром расправљано у модерној европској правној науци као питање појма, дефиниције и систематизације грађанског права. Оно је у различитим теоријама добијало и различита разрјешења, али у самој законодавној пракси није до појаве Општег имовинског законика имало никаквог битнијег утицаја. Независно од схватања појединих правних теорија, законодавна пракса се једнако придржавала класичног појма и класификације грађанског права и у законе уносила све његове области, додуше са великим разликама у погледу њиховог распореда и груписања. Општим имовинским закоником за Црну Гору први пут у историји модерних кодификација биле су из појма грађанског права искључене области које спадају у домен породичног права (брак, диоба, наслеђивање, старатељство), а садржај законика сведен на општи дио, одредбе о лицима, стварна права и уговоре.

Богишићева дефиниција грађанског права и његово ограничење на појам тзв. имовинског права били су резултат његових теоријских схватања и становишта о односу закона и обичајног права. Он је полазио од становишта да област тзв. фамилијарних права представља посебан сектор људског живота и опхођења, који стоји изван обима и утицаја онога права које регулише класично одређене приватно-правне односе и спољашње облике комуницирања правних субјеката. Породични односи се заснивају на темељу социјалних (градске, сеоске породице) и религиозно-етничких начела са дубоким морално-етичким комплексима из којих проистичу такве разлике које не могу нити смију бити унифициране и укалупљене законским нормама. Те особености се манифестују и у широком спектру унутрашњих принципа: у положају старешине према кућној имовини, у родитељској власти над дјецом, у личним и имовинским односима и правима супруга, у правима и положају мушких и женских лица, у правима и обавезама појединих укућана према раду и имовини, у правима и овлашћењима комуницирања са спољним лицима, у

праву на стицању посебне имовине, праву на диобу, наслеђивање итд. Управо из таквих особености Богишић је породично право препустио конститутивним нормама сваког облика фамилије, било да оне извиру из канонских било из обичајно-правних норми. Уколико се чак и могла и морала усвојити претпоставка у нужности законодавног нормирања ове области, оно би, по мишљењу Богишића, морало бити извођено појединачним законима заснованим на важећим принципима сваког постојећег типа. Знатан дио ових питања Богишић је покушао да разријешити путем посебних закона о браку, диоби и наслеђивању у Црној Гори, и то само за владајући облик црногорске породице (православно-хришћанске) у чему је пошао од основних поставки обичајног права, али су ти законски нацрти остали незавршени.

Несумњиво најинтересантније и за нас овдје најзначајније питање јесте питање тзв. унутрашњих граница Општег имовинског законика, тј. питање обима и мјере коришћења обичајног права у законнику.

Богишић је у својој кодификацији прихватио сва општа начела и одредбе правних наука и модерних кодификација у оној мјери колико су оне биле примјенљиве у црногорској друштвеној стварности, с тим што је већ у основним поставкама о појму лица (правног субјекта) и имовине (својине) пошао од затеченог поимања и норми обичајног права. Општи имовински законик полази од основног начела да је сваки човек имаоник и да је свачија имовина неприкосновена, чиме је изражено основно начело приватне својине буржоаског друштвеног система. Међутим, као носилац свих права и обавеза у законнику је постављена кућа, односно кућна заједница физичких лица (тзв. домаће чељади), коју у пословном смислу представља њен именовани и овлашћени субјекат. Који ће од чланова кућне заједнице ступати у пословне односе са трећим лицима (спољним свијетом) у начелу је ирелевантно питање, само под условом да се не ради о општим помањкањима пословне способности таквог лица (малољетство, умна неспособност и друга ограничења предвиђена законом), или о општим разлозима за ништавост правног посла (недозвољене радње, ствари изван промета, заблуде у битним условима и особинама предмета правног посла и др.). Сигурност правних послова и заштита савјесних трећих лица обезбијеђена је обавезном одговорношћу кућне заједнице за све радње и послове које изводи њен члан. Имовински и други правни проблеми који би међу члановима кућне заједнице настали вршењем правно ваљаних радњи њеног члана сматрају се као ствар унутрашњих односа куће и рјешавају важећим одредбама породичног обичајног права.

Из ове начелне одредбе изузети су, по природи ствари, случајеви који спадају у домен особитих дјелатности и имовинских права, поједи-

них чланова кућне заједнице (занатлијске, трговачке, стручне, службеничке и друге дјелатности) за које кућа, тј. остали њени чланови нијесу дужни да одговарају, или могу одговорати тек под одређеним условима и зависно од унутрашњих околности у кућној заједници (напр. кућа дозвољава свом члану да обавља занатске или трговачке послове у интересу и за рачун читаве домаће заједнице и сл.).

Сходно наведеном схватању лица и имовине, појам куће дефинисан је законом само у оним елементима који су од утицаја на њену комуникацију са спољним свијетом. Према томе, она је морала бити одређена још и са становишта лица-припадника. Под појмом кућне заједнице подразумева се скуп чланова заснован на сродству, заједничком живљењу, имовини и привређивању. Број чланова и степен сродства потпуно је ирелевантан, те према томе имовинско-правни појам кућне заједнице и према обичајном праву и према закону једнако сачињавају самостално индивидуално биће, ужа индивидуална породица (инокосна породица) и широка заједница сродника (задружна породица). Под сродством се подразумевају директни сродници по мушкој линији, усвојена лица и лица (женска) доведена у заједницу по основу брака. Из појма кућне заједнице искључена су лица која без обзира на дужину трајања у кући живе или раде по основу најамног радног односа (домаћа послуга, најамни радници, чобани и др.). Сходно обичајном праву, законик је поставио веома еластично елемент заједничког живљења и рада, према којему домаћа чељад не морају становати (живјети) у једној кући-здању, нити бити везани истим пословима (на примјер, нека лица могу знатан дио свога вијека провести као пастири и становати одвојено и удаљено од главног здања, али све до формалног раскинућа и диобе представљају кућну заједницу).

Дефиниција куће као носиоца права и обавеза у потпуности је усаглашена обичајно-правним схватањима и облицима породичне својине. Сва наслијеђена имовина (старевина), као и сва добра стечена текућим радом и привређивањем (течевина), у начелу се сматрају заједничком имовином кућне заједнице и као таква препуштена су начелним и детаљним нормама обичајног права. Међутим, овим начелом није негирано нити окрњено право индивидуалне приватне својине, јер је сваки члан кућне заједнице могао, уз испуњење основних претпоставки, у свако доба остварити своја приватна имовинска права диобом, и иступањем из заједнице. Наведено начело формулисано је чл. 966 који ћемо цитирати у цјелини: "Тиме што се кућа сматра имаоником, нити се бркају ни крње права која поједини укућани мушки и женски имају према домаћој заједници као: право на одређени дио заједничке домаће имовине при диоби, право на храну, одјећу, обућу, становање, право на опрему при удаји и тд."

Општи имовински законик преузео је и обичајно-правну институцију тзв. особине, тј. посебног облика имовине коју су под одређеним условима могли самостално стицати и њоме самостално располагати поједини чланови, мушки и женски, кућне заједнице (дарови, добици на срећу, посебне дјелатности редовним радом, на које, поједином члану кућна заједница да сагласност и сл.).

Сви облици имовине кућне заједнице дефинисани су у законнику само у општим одређењима појма. Права појединих чланова и услови стицања имовине, као и међусобни унутрашњи односи чланова кућне заједнице, препуштени су обичајном праву као унутрашњи дио области породичног права.

Кућна заједница у Црној Гори и према обичајном праву и према Општем имовинском законнику чини специфично лице, које не треба мјешати са класичним обликом колективне својине. Колективна својина, иначе позната и у црногорском обичајном праву (сеоски комуни, брат-свеничка и племенска колективна својина и сл.), у начелу је недјелјива и подвргнута одговарајућим начинима експлоатације (испаше, шуме, водопоји и сл.).

Кад је ријеч о стицању имовине кућне заједнице важно је напоменути да Општи имовински законик усваја све општепознате облике и начине оригиналног и деривативног поријекла. Међутим, законик, с обзиром на становиште законодавца, искључује могућност прибављања својине на земљишту путем окупације (*occupatio*), сходно начелу да у Црној Гори не постоји тзв. ничије земљиште, јер је територија сматрана приватном, братственичком, племенском или државном: "Пошто у Црној Гори нема земље за коју се не би знало чија је ... нека нико не мисли да раскрчив или оградив међом или плотом какву земљу он тијем постаје њен власник" (чл. 843).

Област промета ствари и имовине (облигациони односи), с обзиром на њихову улогу у свакидашњем животу становништва, била је веома развијена у црногорском обичајном праву и познавала углавном све врсте уговора класичног облигационог права. У њој се, међутим, због специфичних услова развило мноштво оригиналних институција. Управо у овој области црногорски кодификатор је и користио обиље извора за попуно унутрашњег садржаја свога законика. Одговарајући касније на питања неких пријатеља (М. Веснића) о поријеклу појединих правних института, Богишић је управо истакао чињеницу да их је нашао у обичајима и отуда пренио у законик уз неопходну систематизацију и теоријско-правно дефинисање. Он је притом јасно истакао чињеницу да је црногорско обичајно право у овој области имало скоро све облике и институције европског права, али је посебно наглашавао да су животна

пракса и историјске друштвене околности били разлози да се у њима развију и посебне специфичности.

Облигационе особености Општег имовинског законика могу се подијелити у двије основне групе - оне које у потпуности улазе у законик из обичајног права и оне које примјеном обичајно-правних специфичности у већој или мањој мјери модификују општепознате институте облигационог права. У прву групу се могу сврстати неколико специфичних облика уговарања из црногорског обичајног права, од којих се вјероватно неки могу срести у животу сеоског становишта других народа, али их грађански кодекси не разрађују у посебном облику. То су они уговори који се одnose на промет земље и њену обраду, уговори о изнајмљивању, држању и коришћењу туђе стоке и, најзад, уговори о коришћењу и изнајмљивању људске радне снаге. Сигурно је, пак, да би сви ови уговорни облици у крајњој линији могли бити подведени под појам појединих облигационих института, али их је црногорски кодификатор регулисао као посебне одредбе ради њихове честе примјењивости и улоге у народном животу.

Општи имовински законик је разрадио двије врсте уговорних односа о давању обрадивог земљишта на обраду и то 1) давање земље у наполицу 2) давање земље у закуп одсјеком. Основна карактеристика првог облика је да власник даје земљиште на обраду другом лицу уз аликвотни дио приноса у плодовима (половина, трећина, четвртина), зависно од врсте усјева, плодности и мјесних прилика. При оваквим уговорима реална количина плодова остаје неутврђена. У овим случајевим аликвотно се дијели и добит и ризик, као и све јавне дажбине и порези. Други, пак, облик предвиђа случајеве кад се земља даје на обраду уз тачно утврђену закупнину, па је закупник дужан исплатити власнику уговорени износ у новцу или плодовима без обзира на род и количину плодова. Закупнику, са друге стране, припада и сваки евентуални принос који би настао услед повољнијих услова или његовим посебним заузимањем у обрађивању. У оба случаја уговарачи се договарају о начину и сразмјерама коришћења неопходних средстава за производњу (сјеме-на, ђубрета, алата, ораће и вучне стоке и др.). Закоником су разрађени и сви други детаљи који су од значаја за односе између уговарача (рокови и трајање уговора, раскид, савјесно обрађивање и сл.).

Општи имовински законик је преузео из обичајног права и двије врсте залогe на непокретностима и то тзв. подлог и заставу. Под подлогом је дефинисан такав облик залогe при којему заложено добро прелази у државину повјериоца до исплате дуга, с тим што повјерилац користи заложено добро на рачун камате. Законик изричито забрањује сваку могућност да непокретно добро путем подлога пређе у својину повјериоца. Таква могућност је забрањена, чак и у оним случајевима кад би се

уговарачи споразумјели на такву солуцију. У случајевима прекорачења рока за исплату дуга могуће су двије солуције: 1) да се уговарачи уговорним путем или прећутно, сагласе на продужење таквих односа или 2) повјерилац, уколико жели, одустаје од даљег уговорног односа и тражи редовним правним средствима исплату дуга. Под заставом се подразумева општепознати облик залог за осигурање повјериоца (хипотека), при којој заложено добро остаје у рукама власника-дужника. Уколико дуг не би био исплаћен, повјерилац истеком рока може тражити да непокретно добро пређе у његову својину. У случајевим заставе повјерилац има право и на уговорену камату у границама дозвољеним законом.

Општи имовински законик је усвојио и детаљно разрадио институцију права, прече купње непокретног земљишта, познато у Црној Гори, као уосталом и код других народа, у обичајном праву. Црногорски законодавац поставио је право прече купње на четири основна елемента: 1) сродници, 2) помеђаши добра које се нуди на продају, 3) припадници села у којему живи власник добра и 4) остали племеници. Право на основу сродства ограничено је до шестог степена. Закоником су предвиђене могућности кумулације услова. Осим ових основа, из обичајног права су преузете могућности права прече купње и по основу посебних услова и то 1) по основу сувласништва и 2) по основу посебних уговора. Продаваоц непокретног добра дужан је да на погодан начин огласи продају, да обавијести заинтересована лица о свим битним условима продаје (цијени, начину и року исплате и сл.), а ови да се изјасне у одређеном року. Тек последице одбијања свих ових лица власник може продати своје добро купцима изван круга законских конкурената. Право прече купње не подразумева никакве повластице у погледу цијене и осталих услова купопродаје. Међутим, свако прикривање или неистинито удешавање услова од стране продаваоца са трећим лицима може бити разлог за поништење уговора од стране лица са пречим правом купње. И по обичају и по законуку промјена непокретног добра искључује право прече куповине.

Богишић је у Општем имовинском законуку преузео неколико врста уговорног промета стоке и њеног искоришћавања. То су следећи уговори :

1) Давање стоке у наполицу. Под овим уговором подразумевају се иначе веома чести случајеви кад власник предаје своју стоку другом лицу (наполичару) на чување и издржавање, с тим да му овај даје половину од вуне и млади (припаше), а од производа (сира, кајмака и сл.) онолико колико уговоре, или колико је "у обичају" тога краја. Гној од стоке припада у цјелини наполичару. У оквиру овог уговора власник стоке не може располагати ниједном "главом" од принове без договора са напо-

личарем. Од предатог броја стоке (главнице) власник може располагати тек ујесен, односно по завршетку сезоне. Наполичар, пак, не може без договора са власником располагати ни са главницом ни са припашом. Наполичар је дужан да стоку чува и држи савјесно па према томе и одговара за сваку штету и погибију животиње у границама нехата.

2) Под другом врстом уговора, познатог под именом кесим, предвиђа се давање одређеног броја продуктивне стоке на чување и искоришћавање другом лицу за једну или више сезона, с тим да изнајмилац узима уговорени или мјесним обичајем одређени износ у новцу или производима. Стока се у овим случајевима давала "у непогиб", што значи да је изнајмилац био дужан вратити исти број стоке без обзира на разлоге евентуалне погибије или умањења. Изнајмиоцу је, међутим, припадао сав остали дио прихода од стоке, па и сваки добитак који би евентуално премашивао уобичајени приход.

3) Трећу врсту уговора о промету стоке представља обичајно-правни облик под називом изор. Под овим уговором подразумева се изнајмљивање ораће стоке (волова) за једно или више орања, уз уговорену или обичајем одређену цијену. Узималац је дужан да изнајмљену стоку издржава, чува и искоришћава као сваки савјесни држалац и да је употребљава за уговорене или уобичајене послове, па према томе и одговара за сваку штету или губитак животиње у границама нехата.

4) Општи имовински законик преузео је и разрадио обичајно-правни облик уговора под називом спреге. Под овим уговором регулишу се они односи који настају удруживањем вучне, односно радне стоке за обављање одређених послова (орања, вуче дрва и сл.). Уговор се могао склапати на рок сезонског или годишњег трајања (на примјер, само за прољеће, или само за јесење орање, или пак за све годишње радове). Уговорачи су се могли споразумијевати у погледу осталих услова коришћења, реда обављања послова, дана коришћења, односно количине послова, начина исхране и сл. При оваквој врсти уговора ниједан од власника није имао право уступати своју спрегнуту животињу трећим лицима, нити је користити за допунске радове ради зараде без сагласности свога партнера. Власник је могао раскинути уговор тек по обављању радова у уговореном року. Законодавац је предвидио и све детаље о начину исхране, чувању стоке, одговорност за случај преоптерећења, ненамјенске употребе, угинућа и оштећења животиње, као и друге детаље неопходне за овакве уговорне односе.

5) Посебни и веома значајни уговорни однос из сеоског живота преузео је законик под називом супон. Под овим уговором подразумева се удруживање стоке двојице или више власника ради чувања и испаше, којим се постизала рационализација чобана-пастира. У овим прили-

кама стока се класирала у четири категорије: овце, козе, млад и говеда, које бар за одређено доба године нијесу могле бити помијешане. На тај начин, један од уговорача ангажовао је за чобане само онолико лица колико је имао и ослобађао се терета о чувању осталих категорија. Удруживање стоке на овакав начин није утицало на својинска права, нити на начин и облик искоришћавања стоке. Сваки власник је користио своју стоку и прибирао производе. Међутим, ђубре се дијелило "по броју чобана".

Општи имовински законик је разрадио углавном све познате институције из уговора о обављању уговорених радњи (*locatio conductio operis*), али је посебно издвојио два облика изнајмљивања и коришћења туђе радне снаге.

Под првим обликом подразумијева се узимање најамника (кућне послуге) ради обављања кућних послова на уговорено вријеме, уз плату у новцу или производима. Најамник станује у кући свога господара, који га је дужан хранити, одијевати, лијечити и штитити. Најамник је дужан обављати само оне послове за које је изнајмљен, или, пак, оне послове које налаже и подразумијева начин живота те куће. Уговорене послове најамник је дужан обављати савјесно и одговара за сваку штету коју би проузроковао немаром или злом намјером. Најамник, међутим, не може бити присиљен на радње које су противне закону и моралу. Уговор се могао закључити на тачно одређени рок, али и без рока. У првом случају уговорни однос је могао бити раскинут само по истеку рока (уколико се, наравно, не би радило о тежим повредама), а у другом кад год то зажели једна од странака - уговорача.

Други облик коришћења туђе радне снаге предвиђа рад и помоћ коју једном лицу, односно његовој кући, пружају друга лица. Овај облик има двије варијанте: 1) коришћење туђег рада на узајмицу и 2) коришћење без узајмице. Радња и помоћ на узајмицу заснивала се на принципу размјене рада, па је корисник дужан да лицу које му је радило и пружало помоћ узврати истим или сличним послем у приближно једнаком времену или количини (исти или сличан посао, исто вријеме, са или без употребе радне стоке, алата и сл.). У овим уговорним односима корисник туђе радне снаге дужан је узвратити само лицу, односно његовој кућној заједници, које му је пружило помоћ, што значи да га давалац услуге ни под каквим условима није могао обавезати да за његов рачун обавља послове трећим лицима. У другом, пак, облику, коришћењу туђег рада и помоћи без узајмице, корисник није био дужан узвратити својим радом, макар лице које му је обавило послове то касније и захтијевало. Овај облик подразумијева бесплатну помоћ.

Ми смо у овом раду имали намјеру да прикажемо само најопштија питања и начин разрјешења извора права и односа обичајног права

и закона кроз законодавну праксу Србије и Црне Горе, остављајући по страни многобројне детаље и нека крупнија посебна питања (језика, правне терминологије и сл.). Овом приликом нијесмо се могли упуштати у коментарисање, нити упоређивање ових кодификација, иако би то било веома интересантно, поготово због тога што се ради о знатним разликама у прихватању, избору и нормирању потпуно или скоро истовјетних институција са подручја два региона српске етничке групе. Ма колико била интересантна и значајна, таква питања ипак спадају у домен стручних рецензија самих законика, што овдје није био наш циљ.

PhD Tomica NIKČEVIĆ

*PROBLEMS OF PERCEPTION OF COMMON LAW IN
CODIFICATION OF CIVIL LAW IN SERBIA AND
MONTENEGRO IN 19TH CENTURY*

Summary

This article analyzes relation of the common law and state law as an old issue present from antique period, beginning with ancient Roman lawmakers.

The focus is on theoretical and lawmaking issues of origin of law, with emphasis on this relation in modern lawmaking practice.

A special attention was paid to problems of perception of common law in codification of civil law in Serbia and Montenegro in 19th century.

The author analyzes common law in first issued laws of Montenegro as well as the origin of laws for Bogišić's General Code (1888).