

Alan Watson Foundation

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ
УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ПРАВНИ ТРАНСПЛАНТИ КОД
ВАЛТАЗАРА БОГИШИЋА

Владимир Петровић

Овај рад се може преузети са интернет странице
Фондације Алан Вотсон – www.alanwatson.org



Univerzitet u Beogradu

PRAVNI FAKULTET



САДРЖАЈ

1. ИСТОРИЈА ЦРНЕ ГОРЕ	
1.1. Спољнополитичке околности	4
1.1.1. Племенско уређење Црне Горе	5
1.2. Валтазар Богишић	6
1.2.1. Живот Валтазара Богишића	6
1.2.2. Долазак у Црну Гору	7
2. ОБИЧАЈНО ПРАВО ЦРНЕ ГОРЕ	
2.1. Кућна заједница у Црној Гори	8
2.1.1. Појам Кућне заједнице	9
2.1.2. Домаћин куће	10
2.1.3. Положај женских лица у задрузи	11
2.1.4. Деоба кућне заједнице	12
2.2. Право наследства народног обичаја	13
2.2.1. Подела очинства	14
2.2.2. Тестамент	15
3. ПРАВНИ ТРАНСПЛАНТИ У ОПШТЕМ ИМОВИНСКОМ ЗАКониКУ	
3.1. Теорија о правним трансплантима. Алан Вотсон	16
3.1.1. Рецепција римског <i>emptio venditio</i>	22
3.2. Питања и границе Богишићеве кодификације	24
3.2.1. Припрема за израду законика	24
3.2.2. Садржина општег имовинског законика	28
3.3. Правни транспланти	31
3.3.1. Правила о законима	31
3.3.2. Застава (хипотека) и заставне књиге	35
3.3.3. Застаревање потраживања (застара)	40
3.3.4. Мане воље	42
3.3.5. Уговор о купопродаји	45
ЗАКЉУЧАК	52
SUMMARY	53
Литература	54

1. ИСТОРИЈА ЦРНЕ ГОРЕ

1.1 Спољнополитичке околности

Географска подела Превале, области касније назване по реци Зети, природно је речним током Мораче извршена на Доњу и Горњу Зету. По окончању царске лозе Немањића обе ове Зете су остале под влашћу својих кнезова из рода Балшића. Први кнез Балша је из брака са Јеленом, ћерком српског цара Лазара, имао сина Страшимира ког су због своје црномањасте пути звали „Црни“, а отуда су и његови синови Стефан и Божидар и названи Црнојевићима. Стефанов син Аврам гине на обали реке Мораче, остављајући свог брата Ивана Црнојевића да сам решава проблеме борбе за независност која је била угрожена присуством Турака. Он успоставља осамнаест граничних линија Горње Зете у коју је морао да се повуче након пораза на Ђемовском пољу. После смрти на свом месту оставља старијег сина Ђурађа, који је ка независности и непроменљивости граница показивао исте аспирације као Иван. Ипак, његов брат Станиша као једини начин да поврати очеве територије види у помоћи турског цара, и предавши се у руке турском намеснику бива одведен у Цариград. Тамо признаје Турцима врховну власт уз обавезу плаћања харача. Прешавши у ислам он добија свеколику Зету, а године 1513. цела Црна Гора је постала засебан санџак под управом Санџак-бега Скандерберга (Станише). Полазећи од старе административно-територијалне поделе на жупе, Турци су Црну Гору поделили на четири нахије: Катунску, Ријечку, Црмничку и Љешанску, а након смрти Скандербега султан укида Црну Гору као санџак и претвара је у царски хас који даје у закуп санџакбеговима суседних санџака.¹

Права борба за самосталност Црне Горе почиње са владиком Данилом Првим Петровићем. Он је рођен у Његошима (црногорском селу под Ловћен планином изнад Котора) из братства Херачкога (Хераковића), који су се ту населили после узећа Хераче (Херцеговине) од Турака. Они су живели под гором званом Његош². Како се нису желели покорити Турцима пребегли су у Црну Гору, а место где су се населили су назвали по имену своје горе. Данило је 1697. године је постављен за владикау против своје воље, а три године потом бива послат у Мађарску где га је српски патријарх рукоположио за архијереја. За време владике Данила јачају и први односи са царском православном Русијом Петра Великог. Она, заративши са војно моћнијом Портом 1710. године, тражећи да привуче и пробуди одметнике на отоманској територији, позива све Балканске хришћане у рат против Турске, а 1711. владика Данилу царску грамату са позивом у заједнички рат.

¹ Љубомирка Кркљуш, *Правна историја српског народа*, Београд 2011, 227.

² Сима Милутиновић Сарајлија, *Историја Црне Горе/Дика црногорска*, Бачка Паланка 2009, 47.

У борби која је уследила учествовала су црногорска, брдска и херцеговачка племена, мада не и српска, а непосредно по примању царске грамате напали су Никшић, Спуж и Гацко. Ипак, у лето исте године владика Данилу од Петра Великог стиже вест о поразу Русије на реци Прут и да је склопљено примирје са Турском, а црногорци да се не упуштају у даљи рат. Поражена Русија је Црну Гору оставила саму наспрам отоманског царства. Султан већ 1714. године са наредбом да уништи Црну Гору ангажује везира Нуман-пашу Ћуприлића, који је успео да разори Катунску нахију, поруши манастир на Цетињу и поведе са собом из Црне Горе људе као робове. Владика Данило умире 1735. године, а већ наредне године почиње нови велики рат Аустрије и Русије против Турске, при чијем се крају одиграла још једна велика сеоба српског народа, чије се неповољне последице осећају и дан данас, чинећи овај догађај једним од најкрупнијих ожиљака српске историје.³ Рат је завршен Београдским миром 1739. године. На свом месту Данило оставља синовца Саву, кога је за архијереја рукоположио српски патријарх при својој посети Црној Гори. Тако владичанство постаје чин који се наслеђивао крвним сродством породице Петровић.

Унутрашње неприлике су дале повода Кара-Махмут Бушатлији да 1785. године нападне Црну Гору.⁴ Дуго подређен положај донео је, захваљујући владика Петру, Црној Гори национално буђење, те подстакнути снажном идеологијом слободе у два наврата на бојном пољу добијају турску војску. Крај XVIII века је окарактерисан као веома буран период европске историје, уследила је револуција у Француској, нестанак Млетачке Републике итд. Почетак наредног века донео је још већа превирања и српски устанак против турске власти.

1.1.1 Племенско уређење Црне Горе

У другој половини XIV и XV века у црногорском народу је почела јачати установа катуна. То значи да су се почеле формирати мање заједнице засноване на крвном сродству, одакле су се изродиле веће крвно-сродничке задруге, братства, а више њих је чинило једно племе. Није било неопходно да су братства удружена у племе повезана

³ С. Аврамовић, Д. Ракићић, М. Миленковић, В. Васић, А. Фулгоси, Б. Јокић, *The predicament of Serbian Orthodox holy places in Kosovo and Metohia; Elements for a Historical, Legal and Conservational understanding*, Београд 2010, 18: „*The end of XVI century marks also the beginning of a wide-spread struggle and constant uprisings of the Serbian population against Ottoman rule (Samardžić, R. et al, 2000). Serbian population rebelled in coordination with Austrian military operations, which resulted in migrations to Austria, the two most notable examples of which were the two Great Migrations – in 1690 and 1738 – in which they fled together with the retreating Austrian armies, fearing retaliation from the Ottomans. The migrations resulted in the weakening of homogenous Serbian settlements in Kosovo and Metohia, and thus in their loss of capacity to withstand pressure by looters and new settlers. Ottoman administration, by the same token, both had become corrupt and thus unable to maintain law and order, and developed mistrust in the Serbs’ loyalty (Lutovac, M. V. 1969). In the end of XVII and beginning of XVIII centuries, Albanian tribes colonized Kosovo and Metohia in more significant numbers, which coincided with the emergence of Islamization pressures on Serbian population (Lutovac, M. V. 1969; Bataković, D. 1992).*”

⁴ С. Милутиновић-Сарајлија, 141.: „*Многа села бијаху попаљена, похарано је све што је до турских руку дошло, владичанска резиденција на Цетињу немилосрдно је спаљена и опљачкана, глобе су узете од свакога, ко год је шта имао, и више од половине Црне Горе бијаше стављено под харач и бич турски.*“

крвним везама, већ су га могла чинити и братства која само деле неку заједничку територију. Према томе, племена у Црној Гори су имала мешовити родовско-племенски и територијално-управни карактер,⁵ а главне привредне делатности су биле земљорадња и сточарство. Црногорци су бављење занатом сматрали недостојним за јунака, те занатства у тим крајевима готово да није ни било. Уместо племенског старешине на челу су се могли наћи и војвода или кнез, који су бирани на племенској скупштини. Њој су могли присуствовати сви пунолетни мушкарци који су зрели „носити оружје“.

1.2 Валтазар Богишић

1.2.1 Живот Валтазара Богишића

Рођен је 1834. године у Цавтату, у католичкој породици пореклом из села Мрцине. “Богишићев деда и отац бавили су се поморством и трговином у млађим годинама, па је тако стечен солидан иметак. Дед Балдо је доспевао чак и у „Милошеву земљу“ (Кнежевину Србију). Отац Влахо, уверен да је сину јединцу наставак породичне традиције поморства и трговине једина перспектива, противио се Балдовом школовању и допустио је једино да поред основне школе заврши и приватну двогодишњи наутичку школу у Цавтату. Балдо је показивао изразите склоности ка књизи, па је кришом, поред свих послова у очевом предузетништву, похађао и још једну полујавну-полуприватну гимназију у Цавтату. Ту је индивидуално научио и ћирилицу, која је у дубровачкој области „изван Срба православних слабо била позната“. Тако су његове услуге користили у Цавтату за преписку с турским властима у суседној Херцеговини, које су званичне акте писали „српском босанском ћирилицом”.⁶ Уписује правни факултет у Бечу, где слуша предавања професора попут Унгера, Виндшајда, Момсена, Јеринга, а упоред студира и филозофију у Гисену. Запосливши се у Бечкој библиотеци током студија, почиње да учи чешки, пољски и руски језик, а 1864. године стиче докторат из права. У ово доба Богишић пише своја прва велика дела, *О важности сакупљања народнијех правних обичаја код Словена, Правни обичаји у Словена и Напутак за описивање правнијех обичаја који живе у народу* (који се односио само на Јужне Словене). Ово су били први радови такве врсте у словенском свету, а њега су начинили једним од водећих правних научника те области. Богишић је својим радовима прихватио начела теорије историјскоправне школе, зато ће теоријски приступ, као и читав живот Валтазара Богишића, бити окренут ка очувању културно-етничке традиције словенских народа, као трајне вредности. Био је то правац који је, у време сремљења великих народа у Европи (Хабзбуршка монархија) да под своје окриље ставе остале народе, бранио аутономност малих народа на Балкану.⁷

1.2.2 Долазак у Црну Гору

⁵ Љ. Кркљуш, 229.

⁶ Милош Д. Луковић, *Богишићев законик- припрема и језичко обликовање*, 2009 Београд, 46.

⁷ Радмила Ковачевић-Куштримовић, “Богишићева схватања о питањима кодификације”, *Споменица Валтазара Богишића (Споменица)*, Књига 1, Лука Бренеселовић, Београд 2011, 458.

Средином 1872. године црногорски кнез Никола упутио је молбу Русији да Валтазара Богишића, тада професора историје права словенских народа на универзитету у Одеси, пошаље у његову „малу, али слободну државицу“ ради састављења „земаљског законика“ (нека врста општега државног акта уставног карактера). У јесен 1872. године Богишић је добио налог да иде у Црну Гору и започне своју кодификаторску мисију, мада се до тада није бавио теоријским, методолошким и практичним проблемима кодификације. Зато је ова мисија за Богишића била велика животна прекретница, а он је морао наћи образац за извршење тог задатка. Ипак, на Цетиње је приспео (априла 1873) с двоструким ауторитетом: као афирмисани научник у словенском свету и званични представник Русије, која је стајала иза његове мисије.⁸ За разлику од дотадашње праксе где су законици углавном носили имена по владарима, то овде није био случај, јер се утицај кнеза Николе често занемарује пред оригиналношћу којом се Богишић водио у састављању законика. Свим грађанским кодификацијама XIX века је претходила неуређена и непрегледна гомила појединачних закона, а на њима су радиле комисије које су себи могле приуштити богат материјал већ постојећег писаног права, док је Богишић свој закон морао писати по узору на одговоре добијене анкетом спроведене ради упознавања обичаја земље којој је законик намењен. 1873 године Београдска влада, сазнавши да Богишић долази у Црну Гору да састави земаљски законик, престаје са реформом свог грађанског законика који је заправо скраћена верзија Аустријског Грађанског Законика. Његова нефункционалност у Србији је довела до потребе честог мењања његових параграфа. Изгледало је да српска власт жели да сачека Богишићев завршетак рада на закону како би слична начела искористила у својој реформи. Стога је 1873. године у Србији изашло само друго званично издање законика из 1844. Богишићева кодификаторска мисија потрајала је шеснаест година и окончана је доношењем *Општег имовинског Законика за Књажевину Црну Гору* у пролеће 1888. године.

Специфични услови у којима се развијала, углавном оптерећени претензијама Турске за успостављањем контроле над њеним територијама, војно инфериорна Црна Гора је свој дуго подређени положај у односу на велике силе морала платити одсуством развијене привреде и писаним правом уређене државе. Ипак, неистина је рећи да је она током целог ратног периода била земља хаоса, анархије и безвлашћа. И поред очигледног раскорака са легислативним подухватима који су у Европи били гласнији и значајнији него икада раније, у Црној Гори се, као израз нетакнутог народног духа, гајило право обичаја. Црногорски народ није био само објекат у процесу стварања правног реда, него је, као целина, био и непосредни стваралац.⁹

2. ОБИЧАЈНО ПРАВО ЦРНЕ ГОРЕ

⁸ М. Луковић, “Истраживања Валтазара Богишића племенског друштва у Црној Гори, Херцеговини и Албанији”, Балканолошки институт САНУ, Београд, 4.

⁹ Сретен Вукосављевић, “Корени Богишићевог имовинског законика”, *Анали Правног факултета у Београду (АПФБ)* 1958, 142.

Излазећи у сусрет теми чија су ужа интересовања правни транспланти у Општем Имовинском Законику, зарад лакшег сналажења у исцрпнијем поглављу које предстоји, требају се објаснити одређени појмови као што су народна правила кућне заједнице, имаоништва, наследства, правни положај укућана и тд.

2.1 Кућна заједница у Црној Гори

Насупрот конституцији римске чија је спољна карактеристика брачни пар са својим потомцима, јужнословенски правни обичај више од две хиљаде година касније гаји породично уређење слично ономе за које Гај каже да је претходило породичној заједници у Риму. То био римски *consortium* (породица коју чине браћа са својим женама), а код Јужних Словена се такав облик колективног живљења назива задругом. Запажамо је код свих народа у доба њиховог племенског уређења, и представља прелазну фазу друштвеног развика ка добу каснијег индивидуализма.¹⁰ Конзервативизму породичног живота допринела је имовинска несигурност индивидуалног поседа у условима неорганизованог државног уређења. Код таквих задружних породица сав иметак је опште власништво и неокрњен је прелазио са колена на колена. Све док породична задруга није постала предмет писаног права, није се могло ни говорити о издвајању члана из општег живљења. Мада, како писано право неговештавањем уређене државе обећавају живот појединцу ван конзервативне средине и пружају му друкчију заштиту, тако почиње деградација задруге и наступ модернијег породичног духа.

Периодизација кућне заједнице у Црној Гори се може извршити на основу тога да ли постоје писани закони који је одређују или се бар тичу њених права према трећим лицима, али у начелу породица у својим унутрашњим особеностима није трпела пуно промена.

У првом периоду нема никаквих писаних одредби о породици. Недостатак културног и политичког центра утицао је на то да племенски сепаратизам служећи се једино обичајем постане једини регулатор односа унутар племена. У сваком племену судску и извршну власт има старешина који нема никакве утврђене норме за решавање каквог правног посла, већ одлуке доноси на основу сопственог уверења. Судије су обични сељани, а суд је често покретан те се суди на месту спора. То је узроковало да пресуда која се тиче истог проблема у различитим племенима буде другачије изречена, јер се и месни обичај исто тако разликовао од места до места. Црногорски народ није био само објекат у процесу стварања правног реда, него је, као целина, био и непосредни стваралац.¹¹

Доношење законика Св. Петра, а затим и Даниловог законика 1855. године представља покушај централне власти да обузда самовољу племенских старешина и укине племенску аутономију.¹² Готово више од половине одредби законика се тичу кривичног права, а од осталих нека установљавају државно, међународно, приватно право и односе

¹⁰ Ананије Илић, *Систем права о кућној заједници у Црној Гори*, Београд 1936, 3.

¹¹ Сретен Вукосављевић, "Корени Богишићевог имовинског законика", *Анали Правног факултета у Београду (АПФБ)* 1958, 142.

између чланова породице.“Овај законик, као и претходни – Петров (одредбе овог последњег у највећем су садржане у Даниловом), у значајном је узаконио многа обичајна понашања. Тамо где је редактор покушао да мења обичај, решења у Законику су другачија – нова и различита. С њиховом применом није ишло лако, или уопште није ишло”.¹³

Трећи период обухвата време од доношења Општег Имовинског Законика. Он је доследно успео да спроведе унификацију племенског права, а обичаји су добили другоразредну важност. Различити племенски обичаји су се изгубили пред законским одредбама.

2.1.1 Појам кућне заједнице¹⁴

ОИЗ, О Кући, или домаћој заједници, и о другим неличним имаоцима, чл. 964.

„Кућа, тј. домаћа заједница у својој цјелини ступа на мјесто чланова куће (966). Кућа је, дакле, као неки одлучени појам за обитељ која се сматра да је носилица укупна домаћег рада и имовине. При томе, ипак, не треба помишљати на какво здање или здања, јер становала домаћа чељад у једноме здању или у више њих, док им је год у домаћој заједници имање, живљење, радња, тециво, Кућа је неподјељена, те се она сама и сматра имаоником.“

Богишић успева да под појмом *Кућа* стави четири врсте породица, а то су: сложена сеоска породица (задруга), проста сеоска породица (иконосна кућа), варошка и муслиманска породица. Разлог за овакво обједињавање се налази у томе што људи нису имали различит назив за сваку врсту породице, па је Богишић сматрао да је народ учачавао неке природне сличности те му посебан назив за сваку није био потребан.

За постојање Куће не постоји тачно одређен број чланова који се мора имати већ чл. 707 каже да она постоји чак и ако се сведе на само једног члана, при чему он бива персонификација Куће и са иметком може располагати као са особином све док се не умноже чланови породице који му ту слободу оспоравају.

¹² Доношењу Даниловог законика је уследио жесток отпор обичајног права, те је се једва неколико нових одредаба примењивало у доба када је В. Богишић радио на свом законику. Наиме, ниједна од новчаних казни за примање мита, предвиђених у чл. 6 – 15 није заживела у народу, већ су их сви и даље одређивали по тежини кривице. Пример је и чл. 47 који забрањује одељење из кућне заједнице без одобрења живог оца или мајке. Обичајно право је и даље било пресудни регулатор правних односа, а одредбе које се нису слагале с њим изгледа да никад нису доживеле своју примену у народу. Овај законик је једним својим чланом покушао забранити развод, осим у посебним случајевима када Православна црква то дозвољава.

¹³ Валтазар Богишић, *Писани закони на словенском Југу*, Београд – Подгорица 1999, 27.

¹⁴ *Кућа, Кућна Заједница и Домаћа заједница* су синоними.

ОИЗ. чл. 686: „*Свака се Кућа, т.ј. Кућна заједница (964,965), сматра самосталним имаоником, што се год тиче домаћих добара и имовине. „*

Кућа је носилац права својине над домаћим добрима којима породица располаже. Она се састоје из старине (наслеђеног иметка) и свега што чланови својим трудом стекну (чл. 687). Темељом се називао општи иметак којим чланови не могу располагати осим у случају када су одељењем од Куће издвојили свој идеални део (*pars quota*). Поред ове опште постоји и лична имовина, која се назива *особина*. Сваки пунолетни члан својом особином може располагати како жели. Члан који живи неодељен својим трудом не може себи стицати особину (чл. 688), осим ако га остали посебно не овласте за то.¹⁵ Особина члана Куће постаје и оно што тај укућанин добије као дар или у наслеђе (чл. 689).¹⁶

2.1.2 Домаћин куће

Домаћином може постати свако пунолетно лице које се покаже способно да у правним пословима адекватно представља Кућу према трећима.

ОИЗ, чл. 691: „*Домаћин заступа Кућу и домаћу имовину пред судом и према осталоме свијету. Што год он као старјешина законито са трећима углави, бива да је то урађено за саму Кућу, тако да она од тога постаје дужитељ или дужник. “*

По свом правном положају он је персонификација Кућне заједнице, али је његово пуномоћје ограничено тиме што за сваки правни посао који закључи у име Куће мора имати сагласност осталих чланова. У супротном, последице из таквог правног посла не обавезују Кућу, већ само домаћина који прекорачењем својих овлашћења престаје бити њен правни представник у том случају. Он се тада према трећим лицима појављује у својству обичног члана заједнице. Као и остали мушки укућани, својим радом себи не може стицати особину. Домаћин Куће може бити и женско лице.

Овлашћења домаћина задруге у Црној Гори су специфична, како имовинска, тако и лична. Он не може радити ништа против здравља, слободе или живота, а ако би то ипак чинио могао је бити одведен на суд. Његова власт се састоји у томе да члановима задруге наређује шта ће ко да ради, а од имања шта ће се продати или купити. Власт према жени је садржана у ‘праву на њену послушност’. Када се одлучује о важним питањима он гледа на вољу задругара и ни у чему не сме бити апсолутним заповедником. Могло би се рећи да је његова власт пре расподелна него одлучна¹⁷. Домаћин на суду наступа само у случају када

¹⁵ Грађански законик за краљевину Србију (СГЗ), чл. 508: „*Што је год имања и добара у задрузи, није једнога но свију, и што год који у задрузи прибави, није себи но свима је прибавио. “*

¹⁶ ОИЗ, чл. 689: „*Напротив, оно што какво кутње чељаде, мушко или женско, добије на дар, или у наслеђе, било на основи самога закона или по завејштају, то постаје властита особина тога ћељадета, ако прилике не покажу да је даривалац, оставилац или законодавац, у појединим случајевима, имао другу намеру [..]”*

¹⁷ В. Богишић, “*Правни обичаји у Црној Гори, Херцеговини и Албанији*”, Подгорица 2004, 8

се због деликта захтева накнада штете која се мора исплатити од кућног иметка¹⁸. До старешинства се обично долази првенством година међу мушким укућанима.

2.1.3 Положај женских лица у задрузи

Иако повољан, положај девојке у црногорској задрузи ипак није изједначен са мушким лицима, јер у делокруг рада женских лица, у начелу, не долази ниједан важнији домаћи посао.¹⁹ О засебним правима женских лица ОИЗ уопште не говори, али се она делом могу спознати кроз чл. 966:

Тиме што се кућа сматра имаоником, нити се бркају ни крње правила које поједини кућани, мушки и женски, имају према домаћој заједници, као: право на храну, одјећу, обућу, становање; право на опрему при удаји и т.д.

Тим се мање бркају права појединаца на особину, у колико је ко има и властан је да ју има (688-689).

“Под женином особином сматрала се имовина коју је жена удајом доносила код свога мужа из рода, тј. из њене родитељске кућне заједнице и коју је она добијала ма по ком основу (на рачун удомљења, као део који је добијала у деоби са сестрама, као наследник, или од поклона од родитеља, сродника, или ма којих лица, само под условом да је основ добијања морално и законски био дозвољен). У особину жене сматрана је и она имовина коју би жена донела од имовине првог мужа као остојбину или део који је добијала разводом брака са првим мужем. Жена је слободно располагала својом имовином и муж није имао право да против њене воље на таквој имовини да заснива приватноправне односе. Муж такву имовину своје жене није могао ни задужити, ни умањити, ни продати.”²⁰

Девојка има право на део Кућне имовине под извесним околностима: а) Ако није за удају при деоби ће себи издвојити део једнак делу који имају браћа и у случају да има имовинску својевласт²¹ постаје потпуни власник свог дела. б) Ако је деоба извршена пре, али само на управљање док се не уда, а тада га предаје првом мушком насленику. в) Ако је је једини преостали наследник очинства.

Удајом девојка постаје члан заједнице њеног мужа. Улазећи у нову задругу, жене пред судом посебним уговором могу обележити своју особину, у случају да је Кућа

¹⁸ Ibid., 9

¹⁹ А. Илић, 98.

²⁰ Томица Никчевић, “Богишићеве припреме за закон о браку у Црној Гори”, *АПФБ* 1958, 471.

²¹ Имовинска својевласт је способност да се управља сопственом имовином (чл. 953, 957). Својевласт може бити ускраћена лицу које има апсолутну власт на ствари у случају да му објективно није признавана подобност да њоме управља (малолетници, психички поремећена лица итд.).

потроши, те би без правног основа потраживање и накнада изгубљене имовине били доведени у питање. Свака жена може бити и Кућна домаћица.

Посебан институт обичајног права који може користити само удовица назива се остојбином. То је материјална накнада коју она након преудаје прима од задруге одакле је изашла као удовица. Након смрти мужа, ако није остало деце, она има право да ужива целокупну његову имовину. Ако се преуда, а у браку није било деце, задруга преминулог јој даје 5 талијера за сваку годину брака. Како је она након мужевљеве смрти, пре него што се преудала, господарила његовим делом, претпоставља се за исправно да се преудатој удовици исплаћује остојбина само за оне године које је провела поред живог мужа.²²

2.1.4 Деоба кућне заједнице

Право на деобу имају само мушки укућани, пунолетни и малолетни, без неопходне сагласности родитеља.²³ У првом случају, могу се оделити без икаквих ограничења, док у другом случају чл. 672 ОИЗ предвиђа успостављање старатеља, који ће штити његов интерес.²⁴ Задругари имају право да оделе непожељног члана противно његовој вољи. Кућа може оделити члана када је он без пристанка старешине закључио правни посао који га је учинио дужником (чл. 696).²⁵ Дуг се подмирује прво од особине ако је има, а затим и од његовог дела када га оделе. Ипак, кућа нема право оделити члана у следећим условима (чл. 701): а) Ако је Кућа могла спречити дело које је нанело штету; б) ако је имала удела у томе; в) ако је дело почињено из нехата; г) ако накнада штете не прелази сто франака. Ако Кућа одбије да одели члана дужника, аутоматски на себе преузима читав дуг и намирује га без обзира да ли дуговање прелази вредности дела дужника или не. Ако га не одели у року од два месеца, сматра се да је преузела дуг на себе (чл. 703).

При деоби се једнако полажу стечена и наслеђена добра. Битнија је подела ствари која се дели по стаблима, начелом које ће у делу о наследном обичајном праву бити изложено, и по главама (*in capito*), где свако лице добије потпуно једнак део. У прву категорију спада тзв. темељ, а у другу животне намирнице.

²² В. Богишић (2004), 109.

²³ Чл. 47 Даниловог законика: „Дијелити се синови од родитеља могу само онда, кад родитељи на диобу пристану; иначе диоба, док је или отац или мати жива, не може бити.” - До примене ове одредбе никада није дошло, пошто је обичај мушким члановима заједнице признавао одељење и без родитељске сагласности. Уопштено говорећи, примена Даниловог закона је била строго ограничена само на она правна правила која се нису противила обичају.

²⁴ ОИЗ, чл. 627 : „Судови ће још стављати особите старатеље у овим и њима сличним пригодама, и не чекајући за то чијега предлога или молбе: кад очиново или домаћиново старатељство не вриједи или због даљине или других узрока не досеже; кад интереси малолетних или других иштићеника дођу у опријеку са интересима њихових родитеља [...]“

²⁵ СГЗ, чл. 514: „Који би задругар место помоћи штету или дуг против воље задруге чинио, онога имају право остали од себе оцепити [...]”

2.2 Право наследства по Обичајном праву

Богишић својим закоником не дотиче питање наследног права. Али ипак уводи нека правила наслеђа која се тичу Куће као имаоника, наравно, не нарушавајући право које је већ постојало у обичају:

Чл. 769, ст.2 и 3: “Напротив, што се год тиче чисто унутрашње одредбе домаћих веза и прилика, личних и имовинских, остављено је правилима која се налазе у обичајима и појединим законима.

Правилима је те врсте, такође, све што се тиче наслеђства и кућне деобе.”

Ипак, тамо где би правила наследства имала утицаја на правно посредовање између Куће као имаоника и трећих лица, Богишић у законик уводи следеће:

Чл. 967,ст. 2: “Кад се, дакле, смрћу каква домаћега чељадета умножи право, на ту скупну кућну имовину, каква другога члана исте Куће, јасно је да то умножење, и ако засијеца у његова имовинска права у опште, никако му особином не постаје.”

Из овога произилази да смрт члана породице не изазива никакве наследно-правне последице у неподељеној заједници, јер се Кућа сматра имаоником и докле год она постоји у форми задруге, иметак не подлеже праву својине појединца који живе у њој.²⁶ Стога, ако не постоји право личне својине над иметком, ни наследни односи неће бити успостављени све док не дође до деобе Кућне заједнице.²⁷

2.2.1 Подела очинства

Када се дели очинство, оставиочева (*de cuius*-ова) заоставштина прелази на његове синове или унуке ако их има (*descedentes*), који заједно чине први наследни ред законског наслеђивања.²⁸ Ако је декујус оставио само синове, онда они приликом деобе његову имовину деле на једнаке делове (*per capita*).²⁹ У случају да је поред синова

²⁶ Исто предлаже и СГЗ, чл. 516: „Смрт старешине, или кога другог из задруге, стање и одношај задруге и смесништва имања не мења. Све остаје по старом.”

²⁷ А. Илић, 128: „Наследно право појединих укућана се налази у латентном стању све до момента деобе Кућне заједнице.“

²⁸ Други облик је тестаментарно наслеђивање. Законски ред ступа на снагу само када: а) оставилац није тестаментом одредио наследника (*intestatus*). б) Када пуноважни тестамент остане без дејства (ако наследник одбије наследство). в) Ако тестамент није био пуноважан. г) Када тестаментом није распоређена цела заоставштина, па се на остатку успостављају законски наследно-правни односи.

²⁹ Ако је декујус А оставио синове Б, В, Г, Д, Ђ, свако ће од наслеђене имовине узети по $\frac{1}{5}$

оставио и ћерке, синови би равно поделили имовину, а оне би од заоставштине имале право на издржавање. При деоби Кућне заједнице се дели како наслеђена тако и стечена имовина, стога се лице у првом наследном реду не појављује само, већ заједно са својим синовима који имају идентичан део као и он.³⁰

Дакле, ако су законски наследници у истом степену сродства, наследство деле “по главама“, али ако нису онда се наслеђивање очевине врши начелом “представљања” или репрезентације (*successio per stripes*), где репрезентат не наслеђује имовину по свом праву, већ по праву лица које представља³¹. За последицу се може јавити то да унук декујуса имају неупоредиво већа права на наслеђе у случајевима да су репрезентати својих преминулих очева. Ако оставилац не би имао мушке деце, наследство би преузимала женска деца, такође делећи га равно међу собом. Стога, чл. 55 Даниловог закона, који је претходно овом одредбом кодификовао народни обичај, гласи:

“Ако ли је девојка сама без мушке ћеце, то ест без браће, остала на живицу”³², онда она наслеђује све покретно и непокретно имуће оца свога.”

Овај члан, у поређењу са чланом 54 истог законика³³ подсећа на право неудате девојке да ужива свој наследни део ако је деоба извршена пре удаје.

2.2.2 Тестамент

Право склапања тестаментa (*testamenti factio activa*) имају сви они укућани којима обичајно право признаје пословну способност. Сваки члан тестаментом може по својој вољи располагати само оним његовим делом који би добио у случају да се за живота оделио из заједнице.³⁴ Неудате ћерке се не могу искључити из тестаментa. Како се за утврђивање његове расположне моћи мора имати фикција деобе чланова Куће, отуда и

³⁰ Ако је лице А (декујус), у тренутку своје смрти иза себе оставило синове Б и В, и унук Г и Д (синови лица В), онда ће се приликом деобе његова имовина расподелити на следећи начин: Син Б ће примити $\frac{1}{2}$ наследства, док ће син В са својим синовима Г и Д (уницима декујуса) морати да подели преосталу половину, и то такода свако од њих узме по $\frac{1}{6}$. У случају да је унук Д имао сина Ђ (декујусов прауник), онда би законски ред наслеђивања следиле овако: Б $\frac{1}{2}$, В $\frac{1}{6}$, Г $\frac{1}{6}$, Д $\frac{1}{12}$, Ђ $\frac{1}{12}$.

³¹ У случају да је декујус А, иза себе оставио сина Б и унуку Г (ћерку преминулог сина В), онда би Г наследила онај део који би припао њеном оцу да је жив. Дакле, у овом случају, Б и Г деле заоставштину лица А на два једнака дела. У случају да је А иза себе оставио само унук Г и Д (ћерке преминулог декујусовог сина Б), и унуку Е (ћерку преминулог Б), онда би интестатски, Е по праву репрезентације наследила $\frac{1}{2}$, а Г и Д свака по $\frac{1}{4}$. Шта би се десило у случају да је, поред унука које наследство добијају као репрезенти својих преминулих очева, декујус имао још и ћерке? Тада би га по праву репрезентације наследиле само унук које потичу од преминулог мушког потомка, док би његове ћерке биле искључене из наслеђа.

³² Остала да живи на очевој заоставштини

³³ Данилов законик, чл. 54: “Ако би ови отац (мисли се на оца који има само женску децу) имао сестре удате или неудате, то онда сестре добијају један дио, а кћери два дијела.”

право неударних девојака да се очев тестамент не може односити на њихов део.³⁵ Ако тестамент не би поделио целокупну имовину једног лица, на то место долази право интестатског наслеђивања над делом који је остао нераспоређен.

У одређено доба зрелости једне државе, поред развијене производње и међународних односа који се најбоље огледају кроз трговину, сам обичај због своје непроменљивости и отпорности на спољне утицаје постаје недовољан и неподобан за политичке прилике у каквим се увек нађу државе које свој живот више не заснивају искључиво на домаћој привреди и производњи. Народни обичај, иако разнолик, не уређује свуда исто људске односе и увек важи само за један народ. Зато он не може ни дати одговор на међународни правни саобраћај, а тада бива јасно да живот људи у држави која се развија мора бити уређен писаним законом. Он није конзервативан и при додиру са другим њему сличним системима трпи битне утицаје и може се брзо мењати. Када је настала потреба за кодификацијом имовинског права у Црној Гори, доста се гледало на то како ће се она односити и на стране правне системе, што је понегде резултирало трансплантованим правним инситутима и одлукама о одређеним питањима правног саобраћаја.

3. ПРАВНИ ТРАНСПЛАНТИ У ОПШТЕМ ИМОВИНСКОМ ЗАКОНИКУ

3.1 Теорија о правним трансплантима, Алан Вотсон

Алан Вотсон (Alan Wotson) се са пуним правом може сматрати једним од највећих живих компаративних теоретичара и правних историчара XX века. Као чувени професор права пореклом из Шкотске, предавао је на правним факултетима универзитета у Луизијани, Џорџији, Единбургу. Држао је предавања и на Оксфорду, где је 1960. године докторирао. Алан Вотсон је први превео целокупне Јустинијанове Дигесте на енглески језик, али чак и импозантни подухват овакве врсте је дошао у други план пред теоријом коју је свету објавио 1974. године, под именом. *Правни транспланти – приступ*

³⁴ Нека је за пример породица састављена од следећих чланова: А са синовима Б,В и Г. Син Б има синове Д и Ђ, док лице Б (које у међувремену умире) има сина Е. Лице Г нема синова. Како наследни део неког лица чини само оно што би то лице добило током деобе, морамо узети све законитости као да се стварна деоба између ових лица десила. У овом случају, лице Б које је тастатор (син лица А и брат Б и В), добија $\frac{1}{4}$ укупног задружног иметка, пошто је речено да очеви и синови имају право на раван део. Лице Г ће такође узети $\frac{1}{4}$, а лице В, које је преминуло, ће по правилу репрезентације наследити његов син са $\frac{1}{4}$ укупног расположног иметка. Даље, ако би се лице Б желело одвојити од својих синова (за схватање расположне моћи тестамена се мора узети фикција да је подела међу члановима извршена) Д и Ђ, оно би заједно са њима морало поделити на три дела ону $\frac{1}{4}$ укупног домаћег иметка. Што значи да би лицу Б на крају припао део једнак $\frac{1}{12}$ укупног иметка. Дакле, лице Б тестаментом може располагати само са једном дванаестином од укупне имовине. У случају да он тим тестаментом покуша да распореди део имовине која му не припада, тестамент се сматра неважећим.

³⁵ Пример оца А са два сина Б и В, и једном неудартом ћерком Г: У случају да А жели саставити тестамент, начелом фикције извршене поделе, део укупне имовине на који се тестамент може односити је $\frac{1}{4}$.

упоредном праву (*Legal Transplants – An Approach to Comparative Law*). Теорија је, како се чини, дала неизмерни допринос компаративном погледу на право, пружајући нам увид у његову динамичну улогу у развоју правних система. Испоставило се да предмет упоредног изучавања није само догматско утврђивање постојећих норми, већ много више од тога. Наиме, као једина област која у свој предмет узима више правних система, може бити најбољи показатељ тога како су се ти правни системи заправо понашали у додиру међу собом.

Вотсонова идеја је то да је подстицај развоју права током историје најчешће долазио од правних транспланата, односно увођењем правне институције или више њих из једног система у други, од којих је један систем-давалац, а други, онај који је правно решење увојио – систем примаоца. Вотсон у својој књизи констатује да разматрање различитих система, током дужег периода показује слику непрестаног широког позајмљивања и дуговечности правила и институција.³⁶“На основу свега тога долази до закључка да је пресађивање права више утицало на развитак правних система него његова интерна еволуција у оквиру једног друштва и да, отуд, право често не представља просту последицу *националног духа*, друштвених, економских, географских околности и, уопште, услова у којима се оно развија”.³⁷У корист овоме Коен и Коен, изучавајући уговор, кажу: “*И ако разноврсност теорија о уговору може да делује изненађујуће, исто тако једнак разлог за чуђење и размишљање може да изазове и чињеница да међу мислиоцима и друштвима- који заузимају потпуно супротне географске, економске и културне позиције – често постоји сагласност око специфичних правила уговорног права. Изводи из Грађанског законика Шпаније који показују да основна уговорна правила подједнако важе и у Француској, Чилеу, Колумбији, Немачкој, Холандији, Италији, Мексику, Португалији и у многим другим земљама, и да се та правила једнако поштују већ осамнаест или више векова- чине истински изазов за гледиште према коме право одражава све промене несталних економија и све разноликости различитих цивилизација*”.³⁸ Вотсонова теорија правних транспланата није ограничена само на модерне системе, већ се њеним инсистирањем указује на битност сличних правила која су била заједничка и првим кодификацијама, попут Хамурабијеве и законика града Ешнуне.

Чл. 251 Хамурабијевог законика:

“Ако је во неког човека био такав да хоће да убоду, и надзорник га је о томе обавестио, али он није обезбедио његове рогове (или) није везао свога вола, те је тај пробо сина човека и узроковао његову смрт, он ће тада исплатити 1/2. Ако је роб човека, тада ће он дати 1/3 мине сребра.”

³⁶ Алан Вотсон, “*Правни транспланти – приступ упоредном праву, Напомена уз прво издање*” (Оливер Аннтић), Београд 2000, 16

³⁷ А. Вотсон, “*Правни транспланти, Напомена уз друго издање*” (Сима Аврамовић), 2010, 21

³⁸ А. Вотсон, 54. фн. 71.

Законик града Ешнуне предвиђа потпуно исти проблем, чл. 54:

“Ако је неки во такав да хоће да убоде, и надзорник је о томе обавестио власника, али он није чувао свога вола, те је он пробо човека и узроковао његову смрт, тада ће власник вола одмерити тачно 2/3 мине сребра. Ако је пробо роба и узроковао његову смрт, он ће тада одмерити тачно 14 шекела сребра.”

Ако се има у виду да ниједан од ових законика не поставља општа правила, већ су изразито каузални, онда ако се жели пренебрегавање чињенице транспланта правног решења и тражење решења у неком другом узроку, једино чему би се могло приписати овакво подударење јесте случајност, али она у овој мери у пракси једноставно не би била могућа. Брачно право ова два закона је слично регулисано, а чланови 136 и 160 Хамурабијевог законика су готово дословце преузети из Ешнунског.³⁹ Хетитски законик такође садржи неке чланове позајмљене из Хамурабијевог законика (одредбе о заштити трудница), а говорећи о туђим правним решењима Цицерон је тврдио да одредбе о сахрањивању из Закона XII таблица потичу из Солоновог законодавства.

Ипак, трансплантације које се тичу преношења целокупног правног система у ново окружење, или само његових делова, могу се поделити на следеће начине: а) Народ, пресељењем на нову територију где не постоји њему сродна цивилизација, преноси своје право; б) Народ, пресељењем на нову територију где постоји њему сродна цивилизација, преноси своје право; в) Народ добровољно прихвата велики део система другог народа или више народа.

Један од битних елемената за живот и одабир правног транспланта у његовом новом окружењу јесте, како тврди Вотсон, сам ауторитет система-даваоца. Иако се Мојсијевих Десет заповести или Мухамедове објаве које је добио од Алаха не могу сматрати трансплантима у фактичком смислу, ипак божански уплив има велики утицај на постојаност читавог система, и његово прихватање и трајност. Истим начелом је могуће објаснити исцрпне религијске уводе у првим кодификацијама. Фиктивно, правни трансплант постоји и када је систем-давалац само божанство, а систем-прималац човеково друштво које му се безусловно приклања. На врху Хамурабијеве стеле пронађене 1901. године у граду Сузи, приказан је сам владар коме бог Шамаш предаје законе у руку, а гравура, испод које су исписане одредбе, је вероватно служила сврси да законик унапред се налази и прибави тај ауторитет који би становницима Вавилона био неприкосновен.

³⁹ Војислав Станимировић, *Хрестоматија за упоредну правну традицију*, Београд 2010 :

Чл. 160 Х.3: *„Ако је човек донео библу у кућу свога таста и дао терхату, а онда се отац девојке (предомисли и) објави - Нећу ту дати руку своје кћери - мораће да врати двоструко свега што је дато.“*

Чл. 25 Е.3: *„Ако човек дође по руку (своје невесте) у кућу свога таста, али његов таст се огреши о њега и потом да своју кћер (другоме), отац кћери нека врати двоструки износ терхату који је примио.“*

Друго, невероватно је колико често се кодификације стварају за националне хероје.⁴⁰ Пример је и раније поменити законик Хамурабија, који је као владар био једнако успешан и на ратном тако и на законодавном плану. Први модерни грађански законик, пруски *Allgemeines Landrecht* који је дошао од Фридриха Великог, Наполеонов *Code civil*,⁴¹ Јустинијанова кодификација итд. Сви они су искористили славу стечену освајањима, и ауторитет којим су они, као личности, могли да допринесу законодавној пракси за време њихове владавине. Изгледа да се у историји при позајмљивању правних института више гледало на ауторитет закона, него на квалитет решења и њихову примену у систему-примаоцу, који је могао бити другачијих економских, политичких и географских околности. Српски Грађански Законик, донет 1844. године, у скраћеној верзији преписује Аустријски Грађански Законик из 1811.,⁴² Јапан преузима грађанску кодификацију Немачке пре него што је она изашла у матичној земљи (у скраћеном обиму од 1044 члана), док Турска преписује Швајцарски Грађански Законик за време великог реформатора Кемала Ататурка. Ипак, чини се да су данас најауторитативнији правни системи римско право и англосаксонски правни систем. Основне поделе права, главни правни институти, граничне линије једног и другог правног института – онако како су их утврдили Римљани – толико су укорене које код нас да нам је веома тешко да замислимо да је могућа другачија класификација. Оно што је садржано у модерном грађанском законнику се претежно ослања на садржину Јустинијанових *Институција* из 533. године.

⁴⁰ А. Вотсон, 137.

⁴¹ Михаило Константиновић, “ Скица Михаила Константиновића”, АПФБ 3-5/1978, 267.: “Наполеон је свој законик сматрао делом достојним веће славе од победе у четрдесет битака. [...] Свакако да није за потцењивање визионарство владара који се одлучи на кодификовање, схватајући стварне или измишљене потребе времена. Али се Јустинијан није знојио дуго година рада над огромним зборником који носи његово име. У односу на Наполеонов кодекс, ова неправда је нешто мања, јер је први конзул и учествовао у раду законодавне комисије, при чему му се опрашта што није био ни на половини седница.”

⁴² Радомир Буровић, Миодраг Орлић: „Од Општег Имовинског Законика до Закона о Облигационим Односима”, АПФБ 3-5/1978, 252: “У Србији је био на снази Грађански законик за Кнежевину (односно Краљевину) Србију од 25. марта 1844. године, који је представљао скраћену и мање успелу верзију Аустријског грађанског законика из 1811. године (од 1502 параграфа АГЗ сведен је текст законика на 950 параграфа у СГЗ). За област промета роба и услуга важио је Законик трговачки за Кнежевину Србију од 26. јануара 1860. године, рађен по угледу на француски трговачки законик из 1807 године (за време бивше Југославије на подручјима апелационих судова у Београду и Скопљу).

На Косову је у пракси примењивано обичајно албанско право (Законик Леке Дукађинија), јер турско право које је увођено крајем XIX века није било прихваћено услед јаког отпора становништва, па и администрације која је била махом домаћег порекла. После Балканских ратова уводи се на подручју већег дела Косова Србијански грађански законик и Трговачки законик од 1860. године, и на једном делу (област Метохије) Општи Имовински Законик и Трговачки законик за Црну Гору од 1910. године.

У Војводини је важило мађарско право. Ово право није било кодификовано и представљало је неку врсту прецедентног права (у ствари одлуке Касационог суда у Будимпешти су сматране извором имовинског права). Тако је после стварања краљевине СХС, Одељење Касационог суда (београдског) у Новом Саду било надлежно да доноси нове прецеденте из области имовинских односа за Војводину. “

Вотсон говори да се правна правила лако могу кретати кроз системе и да обично бивају прихваћени без већих тешкоћа. Такође, готово увек када се говори о значајном правном транспланту, морају се имати у виду и промене које могу над позајмљеном правном институцијом настати. Разлози могу бити верске природе, економски услови итд.

Дакле, јасно је да Вотсонов правни трансплант садржи и важну особину, а то је променљивост и флексибилност у односу на прилике нове територије у коју је уведен. Усвајање права је лако остварљиво када је друштво које га усваја на далеко нижем ступњу цивилизацијског развоја, где су модификације које могу настати над трансплантом можда и највидљивије. Пример су зборници вулгаризованог римског права код германских народа (*Leges Romana barbarorum*), као што су *Edictum Theodorici*, *Lex Romana Wisigothorum* (“Аларихов Бревијар”) и *Lex Romana Burgundiorum*.⁴³Чак ни породично право, које иначе тежи да буде конзервативно и које у себи има дубоко усађене елементе традиције и религијског, није сасвим отпорно правним трансплантима.⁴⁴Улогом законодавства модерног доба, породица је постала сложенија заједница и предмет све чешћег уређивања дејством појединачних законских аката. Могућа је и трансплантација сложеног система какав је и феудална својина на земљи, која се прво проширила на целу Европу, а касније је посредством Енглеске доспела чак и до Новог Зеланда.

* * *

Интересантан пример правног трансплантовања је Турски Грађански Законик из 1926. године (*Türk Kanunnu Medenisi*), донет за време великог реформатора Кемала Ататурка. Турска грађанска кодификација је садржала Швајцарски Грађански Законик и *Obligationesrecht* из 1811. године. Разлози његовог доношења су различити. Прво, Турски правни систем је био назадан и примитиван. На снази су била три верска закона: исламски, хришћански и јеврејски, и за сваки је постојао посебан суд. Само су нека врста закона о облигационим односима (*Mecelle*) и закон о својинскоправним односима били заједнички за све.⁴⁵Поред тога што се овако схваћен правни систем разликује од модерног схватања државе, постојао је и далеко битнији разлог његовог доношења. То је потреба Турске да се уклоне по њу неповољни услови капитулације из Првог светског рата. Овакав договор је коначно постигнут у Лозани, а Турска је на себе преузела обавезу да реформише и модернизује свој правни систем и судове. Како је рад на кодификацији текао споро (тек око 200 чланова за осам година рада) било је очигледно да је неопходно брже

⁴³ Сима Аврамовић, Војислав Станимировић, *Упоредна правна традиција*, Београд 2011, 202.: „*Leges Romana barbarorum* (или још простије - *Leges Romana*) – варварски зборници римског права, представљају зборнике римског вулгаризованог права, који су се доносили преваходно ради примењивања на галоримско становништво. “

⁴⁴ Богишић ову слабост истиче критикујући један од законика XIX века да је у народу успео да уништи задружну породицу.

⁴⁵ А. Вотсон, „Право у књигама, закону и стварности: упоредноправни поглед“, текст предавања које је Алан Вотсон одржао студентима Правног факултета у Београду 2007. године

и једноставније решење. Оно је пронађено у позајмици читавог грађанског права Швајцарске.⁴⁶

Турска је ипак сходно околностима неке одредбе законика морала и мењати, што је једна од основних карактеристика правног транспланта – да у новом окружењу може имати и донекле другачији облик. Тако, напуштање супруга као правни основ за раскид брака у Швајцарској је морао да траје најмање 2 године (чл.140), док је у Турској минимум био три месеца (чл. 132). Доња старосна граница за ступање у брак у Швајцарској је била двадесет година за мушкарце и осамнаест за жене, док је у Турској тај однос био осамнаест према седамнаест. Било је чланова који су погрешно преведени, а и оних који никада нису заживели у правном систему због другачијих економских, социолошких или религијских схватања.

* * *

Како правни транспланти могу бити преузети у сопствени систем иако ни најмање не одговарају условима територије која их усваја, говори и један члан кодификације грађанског права у Србији 1844. године. Кодификатор овог законика, Јован Хаџић је у чл. 770. из Аустријског Грађанског Законика (чл. 1232) преузео институт обичајног права Германа, тзв. „јутарњи поклон“ (*Morgengabe*).⁴⁷ После прве брачне ноћи, муж је својој тек венчаној супрузи давао поклон, који је код неких германских народа био и писмено утврђен тако да је вредео $\frac{1}{4}$ мужевљеве имовине, а у СГЗ је такав чин конструисан овако:

Чл. 770: *“Може и муж жени први дан какав дар учинити, и онда се и овај дар сматра као и мираз. Само ако би жена мужа оставила или са својом кривицом од њег раставила се, такви дар губи.”*

Иако овај члан није заживео у народу Србије, што је и те како разумљиво с обзиром да је у питању институт обичаја, аустријско право у општем је као правни трансплант ипак одиграло значајну улогу у развоју српског права.

* * *

⁴⁶ Одабир Швајцарске за узор грађанском законнику Турске можда најбоље осликава Вотсонову тезу да правни транспланти често настају случајем. Наиме, тадашњи турски министар правде је завршио правни факултет у Швајцарској и како је то било право са којим је најбоље упознат, извршио је утицај у својој земљи да управо оно буде подлога модернизацији правног система Турске. Неосновано је помислити, каже Вотсон, да је швајцарско право на било који начин боље одговарало него француско или немачко оном моделу друштва коме је Турска стремилa.

⁴⁷ Мирослав Ђорђевић, „Правни транспланти и Србијански Грађански Законик из 1844.“, Београд 2008 (Alan Watson Foundation), фн. 25: *„О Хаџићевом отпору према „свему народноме“ пише и чувени српски правник Слободан Јовановић: „Као год што је у питању правописа и језика војевао противу народног говора, тако је у области законодавства војевао противу народног права. У питању о правопису и језику, он је наишао на једнога Вука, који га је сузбио; али у области законодавства није наишао на таквог противника; ту је могао радити шта је хтео, и зато нам натурио један законик у туђинском руху, који је поништио наше обичајно право, и с њим оне оригиналне социјалне установе које су се на његовој основи биле развиле.““*

Утицај које је римско право трпело у додиру са правима другачијих култура огледа се и у два облика писаних докумената која су се користила у Риму. То су хирографе и синграфе. Као утицај хеленистичке праксе, писани уговори постају важно доказно средство, једни представљају бележничке исправе у којима се у трећем лицу констатује постојање обавезе једне од наведених странака према другој (*syngraphe*), док су други писани у првом лицу и њима се признаје дуг или обећава неко давање лицу наведеном у исправи (*chyrographum*).

* * *

Један фасцинантан пример трансплантовања правних институција или уређења из система потпуно другачијих религијских и културолошких традиција од система-примаоца, је нешто новијег доба и налази се у позадини доношења Устава Исламске Републике Ирана 1979. године (који је заменио Устав из 1906.). Овај ирански Устав је конституисан по моделу Устава Пете Француске Републике из 1958. године, нарочито у погледу извршне власти. Егзекутива је поверена Председнику Републике и Савету министара. Председник може бити биран за четворогодишњи мандат највише два пута (чл. 114), непосредним гласањем на бирачким изборима. Он поставља ministre на дужност, али да би их сменио потребна му је сагласност законодавног тела (чл. 136). Разлика у законодавном систему Француске и Ирана је у томе што је у Француској законодавно тело оформљено из Сената и Народне Скупштине , док је у Ирану оно представљено само Народном Скупштином (*Islamic Consultative Assembly*) од 270 чланова, са посланичким мандатом од четири године. Да би Председник оформио Савет министара, скупштина им претходно мора изгласати поверење.

Овакво правно решење, по узору на француско, може се оправдати Вотсоном идејом о томе да је правни трансплант лакши и бржи приступ реформи земаља које своје друштво желе да модернизују, поготову када се има у виду да је овај ирански Устав донет 1979. године , у јеку револуције за свргавањем краљевске династије Пахлави. Разумљиво је да су вође револуције што пре желеле да понуде правно решење којим ће уредити ново друштво.

3.1.1 Рецепција римског *emptio venditio*

Говорећи о променљивости правног транспланта у систему-примаоцу, Вотсон посматра римски уговор купопродаје (*emptio venditio*), као правни посао који је скоро дословце преузиман из римског права и у системима који су га прихватили остао најмање измењен до данашњег дана. Ипак, поред опште прихваћености овог римског консензуалног уговора, у европској мисли правне науке средњег века постојала су различита мишљења о једном његовом елементу. Сва супротна становишта се тичу дефинисања тренутка када заправо ризик и својина прелазе на купца. Римско право је усвојило начело да ризик сноси купац (*emptor*) оног тренутка када је уговор, без икаквих

формалности, постигнут сагласношћу воља (*periculum est emptoris*).⁴⁸ Да би купац сносио ризик у римском праву није било неопходно да му ствар буде предата, а над предметом купопродаје (*merx*) је стицао својину оног тренутка када му је продавац (*venditor*) ствар уступио традицијом или манципацијом (*mancipatio*), и то само у случају да је продавац био власник ствари. Својина је такође могла бити пренета и на друге начине.⁴⁹

У свом делу *De Jure Beli Ac Pacis* Хуго Гроцијус (*Hugo Grotius*) говори да је најправичнији приступ купопродаји такав да се пренос својине схвати неодојен од преноса ризика, а за римско право је говорио да је у супротности са природним правом. Он предлаже да је једино воља странака (*animus*) довољна за пренос и ризика и својине. Овакво начело је прихватио грађански законик Француске (*Code Civil*) 1804. године.⁵⁰ Добру подлогу за његову примену у овом питању је чинио северни део Француске, који је највише био ослоњен на свој народни обичај. На северу је за пренос својине била довољна клаузула која проглашава да је *preдаја* ствари извршена, иако то није била. Али, оваква околност за купца је могла настати само у случају да су се стране посебно договориле о таквом елементу. Запажа се решење слично римском са једне стране, где је пренос и даље неопходан, и специфичност која постоји са друге стране зато што је та предаја могла бити симулована. Наполеонов кодекс је пренос својине фиктивну предају посредством сагласности воља заменио аутоматским наступањем права својине у тренутку када је уговор закључен. Жак Барберак (*Jean Barbeyras*), који је прихватио исту идеју правичности у преносу ризика је критиковао римске правнике због тога што су својину схватили кроз физичку предају ствари.

⁴⁸ Милена Полојац, “Практикум за римско право; текстови и случајеви римских правника из облигационог права”, Београд 2011, 129: *D.18.6.8.pr. (PAULUS libro trigesimotertio ad edictum) : Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio: tunc enim sciemus, cuius periculum sit: nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet. et si id quod venierit apareat quid quale quantum sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emptio. (Неопходно је знати када је куповина коначна, јер од тог момента знамо ко сноси ризик: наиме, од момента када је куповина коначна, ризик пада на купца. И ако се за оно што се продаје зна шта је, какво и колико, а зна се и цена, па уколико се уговор закључује без услова, куповина је коначна)*

Iustiniani Institutiones 3.23.3: Cum autem emptio et venditio contracta sit (quod effici diximus simulatque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur), periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tamesci adhuc ea res emptori tradita non sit. (Чим уговор о купопродаји буде закључен, а то се, како смо рекли, догађа оног момента када се странке договоре о цени, ако се уговор не закључи у писаној форми, ризик за продату ствар одмах прелази на купца, чак и онда када ствар није купцу предата)

⁴⁹ *D.41.1.31.pr (Paulus libro trigensimo primo ad edictum) : „Некада је довољна сама воља власника па да се и без традиције пренесе својина. На пример, ако ти продам ствар коју сам ти раније дао на послугу или у сакуп или у оставу: иако је из тог разлога (купопродаје) теби не предајем, тиме, што је она код тебе по јачем правном основу купопродаје, учинио сам је твојом.“*

⁵⁰ *Code de Procedure Civile, art. 1583: “Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.”*

Ипак, кодификација која је настала скоро сто година касније, Немачки Грађански Законик (*Bürgerliches Gesetzbuch*) показује да решење питања преноса ризика и својине према купцу није једино оно које се налази у француској кодификацији грађанског права, већ да могу постојати и другачија тумачења правичности. Немачки законик усваја правило да ризик, односно последице у случају пропасти ствари, до тренутка предаје, сноси продавац (§ 446).⁵¹ Такође, купац не може само исраженом вољом стећи право својине. Ово доводи до начела да се ризик и својина преносе заједно, али са том разликом да је у овде неопходна предаја ствари. Предајом ствари ризик прелази на купца, баш као и својина.⁷

По овом питању Вотсон долази у сукоб са историјскоправном школом. Наиме, уочљиво је да измени обавеза продавца и купца, у односу на римска схватања, у Немачкој није претходила било каква социјална или историјска тежња за таквим начином регулисања, што потврђује и Савињијева тврдња да развојем цивилизације, заједничке делатности људи постају одвојене и препуштене на управљање само одређеној групи људи. У овом случају - то су правници. Преласком на писано право, иако народ задржава своје опште схватање о правди и правичности ипак није довољно стручан у правним појединостима и тачно индивидуализованим правним проблемима. У овом ступњу праву за развој није потребна колективна свест народа, већ мисао учених правника, који наравно, при обликовању законских правила морају пазити на опште схватање правде.

Наш Закон о облигационим односима (ЗОО) ово питање регулише по узору на немачко законодавство. Члан 456. обавезује продавца на одговорност случајне пропасти или оштећења ствари до предаје купцу.⁵² Право својине на предмету купопродајног уговора се на купца преноси предајом ствари (чл. 454).⁵³

3.2 Питања и границе Богишићеве кодификације

3.2.1 Припрема за израду законика

„Главна је њихова заблуда то што су им се редактори пустили занијети тадашњом субјективном струјом тзв натуралиста, чије су доктрине тада имале много угледа. То је имало за последицу у систематизацији да се не узнесе темељ људског опстоја, онако

⁵¹ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), §446, I: *Gefährübergang; Nutzungen ; Lasten. Mit der Übergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über. Von der Übergabe an gebühren dem Käufer die Nutzungen und trägt er die Lasten der Sache. (Passing of risk and of charges The risk of accidental destruction and accidental deterioration passes to the buyer upon delivery of the thing sold. From the time of delivery the emoluments of the thing accrue to the buyer and he bears the charges on it. If the buyer is in default of acceptance of delivery, this is equivalent to delivery)*

⁵² ЗОО, чл. 456: *“До предаје ствари купцу ризик случајне пропасти или оштећења ствари сноси продавац, а са предајом ствари ризик прелази на купца.”*

⁵³ ЗОО, чл. 454: *„Уговором о продаји обавезује се продавац да пренесе на купца право својине на продату ствар и да му је у ту сврху преда, а купац се обавезује да плати цену у новцу у преузме ствар.“*

како их је сам живот саставио, него поставише као средоточје целоме приватном праву апстрактнога осамљеног човека, околo кога сазидаше зграду тога што му је у приватној сфери слободно или не“.⁵⁴

Иако је метод кодификације законика одлучно био супротстављен модерним европским токовима, сам Богишић је признао да је пред собом морао бити вођен и легислативним подухватима актуелним у то доба у Европи. Разлог томе је његово схватање законика као везе са иностранством, те се као главни посредник и регулатор правног саобраћаја не може појавити искључиво као апсолутна творевина црногорског обичаја. У његово доба владала је скоро нетакнута догма о свемоћи закона и скоро целокупно право свођено је на тај извор. Богишић је показао да између садржине закона и друштвене стварности мора постојати извештајан однос и да се постављени циљ не може постићи законом ако тог односа нема. Право није нити може бити резултат умовања, као што су мислили представници школе природног права, већ резултат одређене друштвене стварности са читавим комплексом чинилаца различитог дејства и различито повезаних.⁵⁵

Како грађански законици не уређују фискалне односе који се могу мењати према потреби државе и њеног буџета, већ основне имовинскоправне односе међу појединцима који чине њихов свакодневни живот, од рођења до смрти,⁵⁶ потреба за правном сигурношћу доношењем оваквог законика настала је након рата који се за Црну Гору завршио проширењем граница. Иако све до Берлинског конгреса 1878. године Црна Гора није била призната као независна држава, долази до приметног развоја, оснивања новог градског насеља Даниловграда, јачања веза са Србијом, решавања пограничних питања са Турском (1859-1860), као и отварања нових школа, оснивања часописа...⁵⁷ Тада важећи законик кнеза Данила из 1855. све више није одговарао друштвеним односима Црне Горе. Овај законик, иако никада није формално укинут, у великом делу је укинула пракса која се развијала на бази обичаја.⁵⁸ Као и други европски законици који су своје грађанске кодификације добили након уједињења или рушења феудалних односа, буђење националне свести није могло заобићи ни Црну Гору. Ипак, мисао о томе како „грађански“ законик треба да одговори приликама у држави, Богишић није могао позајмити, јер би се такав трансплант показао неприродним, и истицао је да сваки народ има своје развојне стадијуме у чији се ред нико не сме мешати. „Јасно је да због крајње

⁵⁴ Валтазар Богишић, *Метод и систем кодификације Општег Имовинског Законика за Књажевину Црну Гору*, Београд 1967

⁵⁵ М. Константиновић, „Идеје Валтазара Богишића о народном и законском праву“, *АПФБ* 3-4 1982, 422.

⁵⁶ Радмила Ковачевић-Куштримовић, „Богишићева схватања о питањима кодификације“, *Споменица Валтазара Богишића- Књига 1*, Лука Бренеселовић, Београд 2011, 461.

⁵⁷ Мирослав Ђ. Ђорђевић, „Кодификаторски рад Валтазара Богишића и Јована Хацића“, *Споменица*, 285 фн. 6.

⁵⁸ *Ibid.*, 285 фн. 7.

специфичности Црне Горе у њеним географским условима, историјском развоју, економским изворима и карактеру њених становника- није могуће ни размишљати о било каквој примјени туђих законика у тој области“.⁵⁹ Богишић је рад на закону поделио у три дела: а) Изучавање месних обичаја у Црној Гори; б) Утврђивање основних начела за правне институте; в) Редактура закона.

Због специфичности у којима се развијала Црна Гора, Богишићу је, по прихватању позива, било јасно да не може бити речи о копирању страних законика, често као пример наводећи грађански закон Србије, ког су писали аустријски правници и који је често морао бити мењан. Стога му је, као припаднику историјскоправне школе, пут кодификовања закона обележен етничким елементима и свешћу о конзервативизму народа када су у питању правне новотарије.⁶⁰ Изучавање обичаја Богишић је поделио на три начина: а) усмени; б) писмени; в) лично путовање по Црној Гори. Усмено прикупљање информација је спроведено путем Богишићевог упитника, опширне анкете на чија су питања одговарали црногорци упућени у судски и административни рад. Иако је прихватио начело етничке важности у развоју закона, Богишић је сам морао да се постара о методу проучавања народног обичаја. Његов упитник је био тако састављен да је задирао у сваку сферу народа, почевши од економских питања, преко социјалних, имовинских, црквених, породичних итд. Како су територије неких племена биле близу Албаније (Кучи, Пипери) Богишић је осетио потребу да се и тамо изуче та питања. Исто је урађено и за Херцеговину, чији су делови потпали под црногорску власт последњом расподелом територија на Балкану. Разлози за овакво темељно изучавање обичаја лежали су у Богишићевом схватању да би законик који је донешен противно њима био мртво слово на папиру, баш као Данилов законик⁶¹. Неповерење у такав законик би изазвало отпор народа, који је у још неразвијеном државном апарату Црне Горе и даље бити одлучујући фактор примене закона. Такође, законик који не узима у обзир народни обичај доводи судије у двоумљење, који би жртвовали обавезу примене закона зарад оног исконског обичајног схватања правде и начина функционисања одређених правних веза. То би морало довести до радикалних измена, а самим тим би се законик показао слабим, попут Српског Грађанског Законика из 1844. године.

⁵⁹ В. Богишић у писму Петру Николајевичу Стремоухову, *О главним задацима у раду на састављању законика*, 19. фебруар 1873. године

⁶⁰ Werner Zimmermann, *О почетку Богишићевог интереса за историјскоправну школу*“, *Споменица*, 232. фн б.: „Немачки сам како-тако размемо и сав изненађен сам читао да Савићи не изједначава право са законима; да је успео о праву да пише живо и страствено; правни проблеми су се стопили са стварношћу коју уређују; расправа је као књига била занимљива и прожета правним проблемима; Савићи је критиковао и срушио мит о законима и кодексима. Право је много више од закона!“

⁶¹ В. Богишић: „Прости народ уопште чврсто се држи свог исконског обичаја и с неповерењем гледа на све новости, а посебно када оне нијесу у складу с његовим убјеђењима и када нијесу изазване очигледним и неодложним потребама“

Систематизацији материјала прикупљеног на терену морала је уследити једна упоредна студија са модерним правним институцијама европског законодавства. Након успостављања кнежевине, односи Црне Горе са Европом су почели нагло да се умножавају, те овај законик није смео одговарати само унутрашњим приликама, већ је морао посредовати у правним односима и са странцима. “И у науци и у законодавној радњи европској лежи сабрато неисцрпљиво и теорије и искуства, које не може без велике штете бити пуштено из ока човјеком који жели да му радња буде имала научни значај”⁶². Ипак, правна решења европских законодавстава су могла бити коришћена само у случају да нису у сукобу са обичајним правом. Пошто је Богишић Црну Гору сматрао земљом у прелазном стадијуму, када се из државе вођене црквеним владарима прешло у световну кнежевину, законик је морао бити ограничен на оне области које су могле имати трајну примену. Богишић је био велики противник општих грађанских кодификација, а своју је свео само на имовинско право. У законнику се не налазе одредбе везане за породицу, брак и наследно право⁶³, (ипак, и то се регулише у случајевима који се могу тицати трећих лица), један од разлога је био тај да је Богишић ове области права сматрао лакше подложним еволуцији⁶⁴, али је било и других уверења у исправност овакве одлуке.⁶⁵ Он је, насупротив многим кодификаторима теоретичарима сматрао да наследно право није чисто имовинско и да је ближе групи породичног права. Као присталица историјскоправне школе, утицало је и Савињијево мишљење о двојности права у грађанским кодификацијама. Он их је поделио на имовинско и фамилијарно, чврсто остајући при уверењу да нису све гране права у тренутку кодификације једнако зреле за такав подухват.⁶⁶

“Како се може закључити, Богишић је у овом проблему имао сасвим супротан став од осталих европских научника и својих претходника истраживача и научника, о постанку

⁶² В. Богишић, *Извештај Валтазара Богишића књазу Николу, О раду и основним начелима на састављању законика*, 22. фебруар/7. март 1874

⁶³ В. Богишић, „Поводом црногорскога Грађанског законика“, *АПФБ* 1-2/2003, 148.: „Мишљење је, које влада у теорији и законодавној пракси, као што ви то знате, да право нашљедно припада праву имовном; међу тијем, ја мислим, да га треба повратити праву породичном, особито погледом на врло одвојену природу те установе у Словена.“

⁶⁴ М. Константиновић, “Тенденција модерних законодавстава у смислу ограничења права на наслеђивање”, *АПФБ* 3-4 1982, 358.: “Данас, међутим, и породица и својина предмет су дубоких промена. Породични осећај, крва веза, изгубили су много од своје јачине. Разлози за то су многобројни. Породична солидарност изгубила је од свог значаја чим су држава и друге организације узеле на себе функције које је некад вршила породица. Данас се породица углавном своди на родитеље и децу. Нису без разлога остали сродници, изузев браће и сестре, називани “насмејани наследници”. Еволуција породице отишла је понегде у законодавству тако далеко, да се, са једне стране, не прави разлика између брачног и ванбрачног сродства, и да се, с друге стране, у неким законима не води рачуна о породици, већ о домаћој заједници.”

⁶⁵ Томица Никчевић, *АПФБ* 1958, 471: “Разлог овоме је Богишићева сумња у то да ли заиста одговара положају и природи посла чињеница да се у кодексима налази само једна форма фамилије, а друге да се игноришу и да се тежи све подвести под један тип.”

⁶⁶ В. Богишић, *АПФБ* 1-2/2003, 149: „Кад је Савињи (Savigny) у првој половини овог вијека тврдио, да наука грађанскога права својега времена није на висини кодификације, сматрам се за овлаштена мислити данас о науци нашега времена онако као он, барем, штоп се тиче елемената народне породице у Словена.”

и пореклу европске и наше (јужнословенске и балканске, словенске у ширем смислу) породице. Око овога Богишић је до краја живота водио бројне полемике, а своје научне поставке о овим проблемима најбоље је изложио у поменутој студији *О инокоштини*. У њој је расправљао и о диференцирањима породичних и брачних заједница у урбаним и руралним, ("сеоским") срединама, водећи бројне расправе са критичарима који су оспоравали његове полазне хипотезе о браку и породици у нашем народу.⁶⁷

Критикујући разне системе кодификација, аутор примећује да је Хајнзе – Савињијева теорија кодификације врло логична иако и на њу има примедби. Кодификацију "грађанског права" неопходно је спровести иако је то врло тешко због разноврсности предмета, али законик треба свести у реални обиме и дати му карактер имовинског законика.⁶⁸

3.2.2 Садржина Општег Имовинског Законика

Најшира систематска целина законика се назива *дио*, а сваки од њих шест се састоји од више повезаних области мањег обима (*раздио I, раздио II, раздио III* итд.). Шести део кодекса, начињен инсистирањем књаза Николе при првом читању и анализирању законика на Цетињу, садржи објашњења, одређења и допуне правних института из првих пет делова. Разлог овоме је био страх кнеза да судије које ће судити по овој кодификацији без додатних објашњења можда неће моћи да донесу пресуду сасвим у складу са писаним правом, јер већина судија није била довољно образована. У овај део улазе одредбе о имаоницима, државини, влаштини, залогу, правила благонаравља и поштења (*bona fides*).

Након уводних правила и наређења првог дела,⁶⁹ у коме се говори о границама важења закона и другим изворима права (чл. 3), правним односима са иностранством (чл. 6,7,8,9), дефинисањем имаоника (чл. 10 – 14) и држине (државина, *possesio*, чл. 18 - 25), прелази се на својину (*влаштину*) и друге врсте права укорењених у ствари.⁷⁰ У овом делу се, између осталог, налазе одредбе о праву прече куповине међу ближиком (такође

⁶⁷ Видосава Стојанчевић, „Валтазар Богишић о методи проучавања породице, брака и сродничких односа у нашем наорду“, *Гласник Етнографског института САНУ*, Београд 1998, 11.

⁶⁸ Мирослава Бабић, „Метод и систем кодификације имовинског права у Црној Гори“, *АБПФ* 2/1968, 300.

⁶⁹ В. Богишић, *АПФБ* 1-2/2003, 154.: „Није ништа лакше оправдати, по моме мишљењу, као новину, која се састоји у замјени „дијела опћег“ тако опширног у учевнијем рују основна правила предмета. Краткоћом, која је дана овоме дијелу, хтио сам постићи двогуби циљ: упознати, прије свега, читаоца са садржином, увјерен будући, да народни дух исто тако лако схвата крајње опћените идеје (право, закон, правда итд.), [...] за тијем увјести читаоца, колико се скорије може, к самијем наређењима о појединијем предметима, што су у законнику. Потреба ове краткоће призната је, као што ви то знате, од авторитета таких, као што је Савињи, који препоручује чак за предавања у факултетима, да „опћи дио“ буде кратак и сажет, колико се год може.“

⁷⁰ *Ibid.*,156: „По овоме правилу, натпис: „права стварна“, која находимо готово у свијема законцима; вањало би да буде, по моме мишљењу, измјењен на начин, да у њему дође на прво мјесто елемент, који није риједак ни непознат, како би се затијем прешло на опћију идеју. Ја бих то, дакле, уредио на овај начин: „о влаштини и другим стварнијем правима.“

уведене у Законик на инсистирање књаза Николе), одржају (*usucapio*, чл. 45, 46), залози (чл. 172 – 182), подлогу (чл. 183 – 192) и застави (хипотеци, чл. 193 – 221), са којом се и завршава последњи раздео другог дела.

Трећи део се бави куповином и другим врстама уговора, а почиње најчешће коришћеним – купопродајним уговором (чл. 222 – 256), затим на ред долазе трампа (*промјена*), посуда, најам ствари, остава итд. Занимљиво је, што уједно представља и новину у европском законодавству, да су поједине врсте уговора стављене испред општих норми облигационих односа.⁷¹

Општи Имовински Законик узаконио је право прече куповине у његовом последњем – умирућем облику. Ближика или сусед, за случај да нису нуђени да купе непокретну имовину од стране продавца, имају право на прекуп имовине, односно на њен повраћај од купца уз услов повратка овоме купопродајне цене. Но, ако су нуђени, а не би хтели купити, продавац може продати имовину којему драгом саплеменику.^{72 73}

Четврти део почиње закључењем уговора, а у његов први раздео смештена су правила о субјектима и предметима облигационог односа. Раздео III говори о последицама неизвршења, пети о дуговима који воде порекло од деликата, а осми говори о престанку дуга. Види се да Богишић вешто избегава појам облигације, те је назива дугом, а свуда где се говори о престанку дуга аналогно данашњом општеприхваћеном терминологијом може се схватати као престанак облигационог односа.

⁷¹ В. Богишић, АПФБ 1-2/2003, 155.: „Разлога за наслон увођењу ове новости има неколико, али главни неоспорно онај, који потјече од већ наведеног начела: по коме треба да правила опћијег карактера, тј. одлучна, уколико су народу мање позната, треба да дођу послје наређења конкретније природе.“

⁷² П.Ђ. Стојановић, „Привидне противуречности одредаба Општег Имовинског Законика“, *Богишић о себи и други о Богишићу*, Београд – Подгорица 1999, 304

⁷³ Ближика су братственици, саплеменици, сељани и међаши, који при продаји непокретности имају право да земљиште купе пре оних лица која нису у тој заједници. Ту постоје одређене хијерархијске поделе на основу тога који чланови ближике имају предност у односу на друге. Продавац који жели отуђити непокретност обавезан је да о цени и другим условима продаје обавести ближиком, а она мора на лицу места да прихвати или не прихвати понуду. Уколико продавац буде одбијен, може своју понуду изнети следећем од ближике који је на реду, и то под истом оном ценом (никако мањом) и условима под којима је нуђена првом. Ако у истом реду ближике има више лица која се позивају на своје право прече куповине, у случају да се међусобно не договоре који ће од њих купити непокретност, под условом да нико не нуди већу цену од другог, продавац има право да изабере купца свог добра (чл. 50). Али ако је земљиште раздјељено, тада купци (ако претходно не успеју да споразумом изабере купца) по закону могу поделити добро на једнаке делове. Када би сви они били и помеђаши са продавцем, под условом да припадају истом разреду ближике, тада би свако при деоби могао купити део величине сразмерној међашкој граници између њихових непокретних поседа и добра које им продавац нуди на основу права прече куповине (чл. 50, ст. 2). Непокретно добро се може продавати и судским путем. Тада је продавац обавезан месец дана унапред да обавести сву ближиком о времену и месту где ће се јавна продаја обавити.

Пети део законика се бави човеком и другим имаоницима, и овде се налази једна од битних разлика која се може уочити у односу на неке друге европске законике, а то је постављање Куће за имаоника. Може се по овоме закључити јасна намера законодавца да своју кодификацију знатно удаљи од начела природноправне школе и човека као правног субјекта. Пети део говори о правној (чл. 636 – 639) и пословној способности (чл. 640 – 652), домаћој заједници (чл. 686 – 708), братству (чл. 709 – 715), заклади (чл. 755 – 766) итд.

Не без значаја за прилагођавање Законика средини којој је намењен јесто 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 „посебну свеску“, у овом случају цео Законик, а глава нешто што је главо, битно. Из истих тазлога изостављени су и параграфи, као нешто за народ тог доба потпуно неразумљиво.⁷⁴ Поред закона, битан извор права и је народни обичај, који се и поред писане норме није могао пренебрећи и потпуно искључити из правног саобраћаја. Богишић је инсистирао на томе да се одбаци владајуће мишљење о томе да обичајноправне норме извиру из саме навике, непрекидним испуњавањем подуже времена, и враћа се изворном римском схватању обичаја као форме израза унутрашњих потреба и уверења народа.⁷⁵ Остала два супсидијарна извора права које Богишић у својој кодификацији помиње су судијско *подобје* (суђење по аналогiji узимајући у обзир правна решења из сличне групе послова) и суђење по *правди и правници*.⁷⁶

За пренос својине на непокретним стварима предвиђена је римска традиција (*traditio*), а садржина права својине је окарактерисана као право држања (*ius possidendi*), употребе (*usus*), прибирања плодова (*fructus*) и располагања (*abusus*). За заштиту приватне својине предвиђена су виндикациона (*власнички преузам*), чл. 97 – 102 и публицијанска тужба⁷⁷. Најзначанија новина је увођење заставе (хипотеке) у Законик, која је детаљно описана у чл. 193 – 221 и чл. 865, 867, 869 и заставних књига у које се земљиште под заставом морало уписивати. Новину представљају и правила о недостатку

⁷⁴ Јелена Даниловић, „Историјско правне студије”, Подгорица 2002, 287.

⁷⁵ Невенка Богојевић-Глушчевић, „Рецепција римског и византијског права на балканском Југу”, Подгорица 2011, 84.

⁷⁶ Милош Здравковић, „Место појма правде у оквиру ОИЗ“, *Споменица*, 149.: „Већ на самом почетку законика, у члану 3 стоји: „Ако за неки особити посао или случај не буде ни у законима ни у обичајима одређена правила, ред се је владати по подобју (781) других сличних правила, или пак ријешити случај по општим соновама правде и правнице (782).“ Дакле, правда и правница, тј. правичност већ се на самом почетку законика апострофирају као извори права. Додуше, само на основу члана 3. може бити спорно да ли Богишић на исто место у хијерархији извора ставља аналогiju и опште основе правде, с обзиром да користи везник „или“, ни како трећи члан упућује на чланове 781 и 782, јасно је да је предност, разумљиво, дата аналогiji. На основу овога може се рећи да имовински законик претпоставља следећу хијерархију извора права – закон, обичај, аналогija, опште основе права и правичности.“

⁷⁷ Ј. Даниловић, 288.

сагласности воља (чл. 518 – 523, 905 – 919). За гашење облигационог односа законик предвиђа исплату дуга (*solutio*), пребијање (компензацију), опроштај дуга (*pactum de non petendo*), *confusio*, прометнуће (пренов, *novatio*), нескривљену пропаст дуговане ствари и застару.

3.3 Правни транспланти у Општем Имовинском Законику

Општи Имовински Законик је своја правила о законима преузео из *Code Civil*⁷⁸, а за разлику од њега ОИЗ у уводном делу доста пажње указује и међународном праву. Ипак, постоји и разлика у томе што Богишић ретроактивно дејство законика не истиче у први план, већ се оваква наредба налази тек у последњем делу, који садржи допунска објашњења за термине и одређене институте законика.

Друга велика новина, која се тиче реалног обезбеђења дуга при коме заложено добро остаје у рукама дужника, је представљена институтом заставе (хипотеке), која до тада није постојала у обичајном праву Црне Горе. Заједно са заставом су уведене и земљишне књиге (*заставне књиге*), а упис у њих је заправо био доказ о успостављеној застави над добром, и без њега заставе није могло бити. Застава ипак, и поред тога што је нашла место у закону, није ступила на снагу заједно са осталим одредбама.

Трећа велика новина је и застарелост дуга протеком времена одређеног за сваки правни посао, писаним правом уведена међу народ у коме до тада дугови нису застаревали “ни за сто година”.

Четврто, правни трансплант представљају и мане воље код уговорника, где се једна страна може ослободити уговора уколико је била жртва преваре или принуде. У обичајном праву Црне Горе се није пуно гледало на субјективни однос страна уговорника, већ само на оно што је из тог односа проистекло као правни посао.

Пето, купопродајни уговор у различитим законцима је можда и најбољи пример транспланта неког правног решења и представља својеврсну правничку фугу у којој се главна тема, пошто је једном изнесена, понавља у више гласова у готово непромењеном облику. Своје схватање о прелазу ризика и својине на купца, ОИЗ преузима из кодификације грађанског права Француске из 1804., где се ризик и својина преносе заједно, и то када се постигне сагласност воља између странака уговорника.

3.3.1 Правила о законима

ОИЗ, чл.1: “Указ којим се овај Законик (767 – 770) поставља (771) одређује и дан у који ће на снагу стати (771, 773). Закони пак који му се буду додавали, ради допуне или

⁷⁸ С. Аврамовић, В. Станимировић, 303. : “Прва књига почиње са уводних шест чланова, који говоре о објављивању закона и будућој примени Законика, уз нарочито потенцирање принципа ретроактивности [...] “

преинаке (774), стајаће на снагу тридесети дан после проглашења (771, 772), ако се за поједини слузчај изречно што друго не одреди.”

Ступање законика на снагу је одређено кроз шест тачака Указа кнеза Николе, донетог 25. марта 1888. године на Цетињу. Првом тачком је предвиђен дан када Општи Имовински Законик званично ступа на снагу, а то је 1. јул исте године. Ипак, то није важило за цео законик, јер је већ следећи члан из наредбе претходнога члана изопштио десети раздео другог дела, који се тиче заставе и за њега предвидео посебан Указ којим би био уведен у правни живот. Предвиђено је било да званичном ступању на снагу претходи издавање Указа кнеза Николе у службеном делу земаљских новина, а потом би се по један примерак Законика изложио у сваком суду у Црној Гори, где би у наредних месец дана био доступан сваком човеку који би га желео читати. Тако се желела спречити могућност да се неко у судском поступку злонамерно позове на то да не познаје законе. Ипак, после изложбе уважавало се једино римско правило да “непознавање права шкоди” (*ignorantia iuris nocet*). Члан пети Указа одређује да се на један примерак Законика стави државни печат и да се тако озваничен положи у државну архиву, а последњи члан за бригу о извршењу Указа одређује Министра Правде.

Десет година након, 14. јануара 1898, кнез Никола доноси други Указ којим се у правни живот уводи ново издање Законика, са одређеним изменама и допунама. Датум ступања на снагу је предвиђен за 1. април 1898. Изненађује чињеница да и овај указ не проглашава десети раздео другог дела (о застави), већ само успут напомиње да ће се из претходног Указа (из 1888.) преузети и поново применити чланови 2, 3 и 4.

У случају одредби које би касније биле донесене (које би се тичале укидања, допуне, промене или ограничења других чланова) треба да се држати правила које новији закон успостави (чл. 774). Кодификатор забрањује начело ретроактивности, где одредба не може имати дејства на оне уговоре или послове који су се договорили за време важења старе, већ само важи према правним пословима од дана ступања на снагу (*ex post facto* закони, чл. 773).⁷⁹

⁷⁹ СГЗ, чл. 7: „Закони ови немају повратне силе. Они се простиру само за напредак.“

Аустријски Грађански Законик (АГЗ), §5: “*Gesetze wirken nicht zurück; sie haben daher auf vorhergegangene Handlungen und auf vorher erworbene Rechte keinen Einfluß.*” (*Закони немају повратне силе, стога они немају никаквог утицаја на раније свршене радње и на раније стечена права*)

Code Civil, art.2: „*La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet retroactiff*” (*Закон важи само за убудуће, и нема никакво ретроактивно дејство*)

Аргентински Грађански Законик, art. 3: „*Laws provide for the future, they have no retroactive effect nor can they alter acquired rights.*”

Kingdom of Hawaii Civil Code, §5: “*No law shall have any retrospective operation.*”

Италијански Грађански Законик, чл.11: “*La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo* “

Проглашење Законика се састоји из два дела. Први део је његова публикација у службеним новинама (чл. 771 ст. 3), а други део је изложба у суду. Након што су ове две радње извршене правилно, не примају се никакве примедбе будућих странака у правним пословима да нису знале за доношење новог Законика (чл. 772), док би без проглашења Законика била ускраћена правна моћ (чл. 772 ст. 2).

ОИЗ, чл. 2: *“У пословима за које се не би нашло правила у овоме Законику ни у додатцима његовим, треба се владати по правилима која у добрим обичајима живе (779, 780).”*

Законик ипак није желео да одбаци правни обичај, те га је поставио као једног од супсидијарних извора права. Уколико се за неки правни посао у народу налазе посебни обичаји (код трговаца, занатлија), онда ће се, ако законик не предвиђа какво решење и ако ти партикуларни обичаји нису у сукобу за добрим обичајима, судити управо по тим правилима (чл. 780).

Други извори права су судијско подобје и суђење по *правди и правци* (чл. 3).⁸⁰

Члан 4 се бави посебним тумачењем одредаба законика у случају да се судија нађе пред одредбом која је нејасна на први поглед. Када се закон тумачи, најпре ваља одредити прости разум и смисао самих речи (чл. 776). Закон се никако не сме тумачити догматски, већ је добро утврдити које су биле побуде законодавца да га напише у таквом облику, а судија током тумачења треба имати на уму да ниједна одредба није донета како би неке обезбедила повлашћен положај у судском поступку.

ОИЗ, чл. 5: *“Црногорски закони и правила владају у опште у цијелој црногорској држави, те вриједје за имовинске послове не само Црногораца, него и иностранца који се у овој земљи налазе или суде.”*

Овај члан је искоришћен као прелаз са правног важења на територијални домет законика. Чланови који следе се тичу међународних односа.

⁸⁰ ОИЗ, чл. 782: *“Темељ је, разумије се, и закону и закониту обичају, правда и правца, те кад судац суди по правилима узетим из закона или из законита обичаја, он свакако ради на основу правде и правце. Ипак, правила по којима он суди, већ је законодавац и народни живот отуда извео. Тек, кад ни у закону ни у обичају нема прилична правила за неки посао, а није га могуће ни подобјем (3) наћи, правда и правца постају за судца непосредним извором, из кога он правце треба да црпи своје правило, према особитој природи посла који се суди. Та радња се зове: суђење по правди и правци.*

У такоме суђењу судија треба да: оцијењујући са сваке стране прилике посла, пази особито на то што часни људи држе да је право, и што је у складу са јавним вјеровањем и поштењем, без којих не може бити уредна саобраћаја међу људима. И ако судија то све ради по души и савјести, колико је год могуће, и на разум и мишљење народа или разреда људи којима су обични послови те руке.

Различна значења саме ријечи правда (као суђење, суд) јасна су сама по себи, већ по положају који у којој реченици ријеч заузима.”

Већ наредни члан допушта да се у правном саобраћају са странцима наруши апсолутни ауторитет имовинског законика на територији Црне Горе. Наиме, постоје случајеви где црногорски законик допушта примену иностраних одредби, исто као што се и на другој страни чине исти уступци, па се дешава да се и у страним земљама, у неким односима са црногорцима, примењује овај Општи Имовински Законик (чл. 6).

Када је посао суда да утврди да ли неко и у којој мери може имати право својине над одређеном врстом ствари, треба се водити правилима оног места (државе) одакле је ствар (чл. 786). Ипак, када се утврђује колика пословна способност се треба везати уз одређено лице, онда се треба држати онаквих правила каква важе у његовој домовини (чл. 788), уз изузетак да је понекад оправдано да се (уколико се тако утврди да је боље за опстанак уговора) у имовинским пословима узмеђу странаца и Црногораца који се обављају на црногорској територији, примењује искључиво имовинска својевласт прописана Општим Имовинском Закоником (чл. 788). Ако се закључује уговор са странцем малолетником у Црној Гори, власти му могу доделити старатеља уколико се чини да је он неопходан, ако му га већ нису доделиле власти његове земље. Старатељ који је додељен малолетном лицу ће своју функцију обављати по правилима домовине малолетника, док ће у другим случајевима он морати да поштује правила власти која га је поставила (чл. 789 ст.2).

Када је предмет неке облигације пренос својине на ствари, онда за такву ствар важе правила оног места где се ствар налазила у тренутку када је постала предмет неког правног посла (чл. 791 ст. 2). Уопште, када се одређују обавезе које би проистекле из различитих врста уговора, онда за такав уговор саме стране могу одредити по чијим правима ће важити: то могу бити права места где је уговор склопљен, место где га треба извршити, седиште суда одређеног за овај посао или место које се према неком другом основу, без претходног договора, може сматрати за средиштем таквог посла (чл. 792 ст. 2). Када је облигација настала из недопуштеног дела (*ex delicto*)⁸¹ онда обавезе и овлашћења повериоца и дужника важе по правилима места где је нанета штета.

Без обзира на то какав преступ црногорац направио у страниој земљи, па му се за то пресудило, постоје одређене прилике при којима је прописани да се таква пресуда иностраног суда не признаје у Црној Гори: а) ако у судском поступку Црногорцу није било омогућено да се правилно брани, б) ако се инострани суд није обазирао на то колика је његова пословна способност,⁸² в) ако пресуда гласи на нешто што ОИЗ не дозвољава, као што је ропство или плаћање накнаде штете у пословима којима црногорски законик иначе не признаје право на накнаду. У судском поступку који се води у Црној Гори, суд је овлашћен да се обазире само на оне законе стране земље за које им то налаже посебан

⁸¹ ОИЗ, чл. 570 ст. 1: „Ко год, каквим незаконитим дијелом, учини или узрокује коме какву штету (923 – 926), дужан ју је, у колико се оцијенити може, потпуно намирити, не само кад је дијело злом намјером учињено, него и кад се згодило по немару или од обијести.“

⁸² Речено је да правна способност зависи од закона домовине једног лица, чл. 788

међународни уговор (чл. 7⁸³) или наредбени црногорски закон. ⁸⁴ Страни закони у Црној Гори неће важити ако су у супротности са добрим обичајима народа (*благонаравање, bona fides*) ,црногорском јавном реду и миру (чл. 8).

Када би страна држава или суд својим наређењима давали повлашћен положај свом држављанину у спору са Црногорцем, предвиђено је да Министарство Правде у договору са Државним Савјетом изда наредбу каквом би се иста таква разлика правила са држављанима те државе у случају да је спор у Црној Гори (чл. 9).

3.3.2 Застава (хипотека) и заставне књиге

Застава је, како каже Богишић у свом раду о методу и систему кодификације, најзначајнија новина коју овај законик уводи у правни живот црногорског народа. Она као врста реалног обезбеђења потраживања дуга није била позната у народу. Залагањем непокретност дужник (власник) гарантује наплату дуга повериоцу , ако он не измири, односно не исплати дуг у уговореном року. За хипотеку (заставу) мора постојати правни посао, односно законска обавеза. Оне не могу бити фиктивне, односно у том случају оне су ништавне. Такве хипотеке се не могу регистровати у земљишне књиге.⁸⁵ Подробном разматрању би требала претходити унапред постављена питања која ће уједно сачињавати и систематизацију материје. А) Шта је застава? Б) Како се установљава? В) Која овлашћења поседује власник заставне непокретности? Г) Каква овлашћења има дужитељ⁸⁶ из оваквог правног посла? Д) Измене субјектата и испис.⁸⁷

⁸³ ОИЗ, чл. 7.: „ И у случајевима за које се узимљу мјерилом, по правилу претходног чланка, закони туђе земље, црногорски ће се судови, по својој службеној дужности, обазирати само на оне иностране законе, за које им то нарочито налаже какав међународни уговор или наредбени (775) закон црногорски.

За све остале иностране законе, кад се двоуми о њихову садржају, судови ће претпостављати (976) да су једнаци са црногорским, док саме стране не докажу да је друкчије и како је друкчије. “

⁸⁴ Наредбени закони су они који странкама, што се тиче неких елемената правног посла, не остављају право избора, већ је искључив и не може се заобићи. У супротном, уговор или било какав посао је ништаван, а лице може трпети и последице прописане за такве случајеве. Са друге стране постоје и уредбени закони, које воља појединца може мењати по вољи. По њима се влада у случају када странке за свој посао не договоре неко друго правило (чл. 775).

⁸⁵ Момчило Томић, “Примена закона о хипотеци; хипотека – залагање непокретности”, Београд 2007, 8.

⁸⁶ В. Богишић, „Стручно називље у законима (писмо пријатељу Филологу)“, АПФБ 1-3/1998, 147. : „Познато је да у народноме језику дужник значи не само *debitor* него и *creditor*. Може ли та ријеч бити примљена и у законе у та оба значења? Очеvidно не; него, ако је и држимо за *debitor* свакако за *creditor* треба искати други назив. Хоће ли пак то бити ријеч поверилац или вјеровник, то је друго питање.“

⁸⁷ В. Богишић, “Технички термини у законодавству”, АПФБ 4-6/1998, 489. : “Старалисмо се, да горе докажемо да ријеч дужник не може бити примљена ни у један законик у смислу „*creditor*“, ма да му је значење потпуно народно. Њу нијесу узели у законе ни Нијемци, ни Чеси, ни Пољаци, ни Срби , ни Хрвати. Они су узели просто ропски пријевод ријечи - *creditor* (*gläubiger, věřitel Wierzyseci*, вјеровник, поверилац).

А) ОИЗ. чл. 193, ст. 1: “ *На непокретна добра која остају при дужнику, право се заставе стјече само кад је дуг у истину уписан у јавне заставне књиге (865 – 868), које се за тај посао код судова налазе. “*

Застава је врста залога. Залог⁸⁸ представља било какву ствар, покретну или непокретну, која дужитељу (повериоцу, *creditor*-у) јемчи за наплату дуга (чл. 862, став 1). Стога, термин залог се користи у општем смислу где представља сваку врсту реалног обезбеђења потраживања (чл. 862, став 3). Он се дели на залогу (која се установљава на покретним стварима, чл. 863), подлогу (на непокретним стварима, с тим што непокретност дана у подлогу постаје државина повериоца који ту непокретност може користити и са ње убирати плодове и примати дохотке (*usus, fructus* , чл. 864) и заставу (заложно право установљено на непокретности које остају при дужнику).

Б) Када је установљено шта то заставу разликује од других начина обезбеђења дуга залогом, можемо се окренути питању како застава постаје валидна:

Дуг постаје зајемчен залогом тек када се заложена покретна ствар преда у руке повериоца, који предају заложене ствари може тражити и путем суда (чл. 866). Исто тако, за постојање заставе код које непокретност остаје у рукама дужника, постоје услови како би она постала ваљана правна чињеница. Код залог - предаја у повериоцеве руке, а код заставе је то упис у посебне заставне књиге, без кога се обезбеђење дуга заставом не може остварити (чл. 867). Наиме, сваком суду је додељено одређено заставно подручје, а застава се уписује у књиге које се налазе при тим судовима (чл. 194).

О.И.З., чл. 199: “ *Дуг који ће да се упише у заставне књиге, треба да је најпре писмено утврђен. Треба такође да су потписи страна и свједока обавјерени (973), ако сама исправа није у суду начињена или иначе судом потврђена. “*

Из наведеног члана сазнајемо да дуг за који су стране предвиделе установљавање заставе на непокретности дужника мора најпре да буде писмено утврђен пре него што би се унео у заставне књиге.⁸⁹ Није неопходно да буде начињен или одобрен од стране суда, али је зато неопходно да буде *обавјерен*, што значи да буде потписан од стране некога коме се безусловно верује и који може својим потписом да гарантује за истинитост записаног правног посла (чл. 973). Члан 200. овог законика нам доноси шта све таква писана исправа треба да садржи: а) име, презиме, пребивалиште и занимање повериоца и дужника (*debitor*-а), или другог имаоца који је уместо дужника дао непокретност у заставу, а такође и подаци пуномоћника или заступника, ако га нека од страна има. б) Износ дуга и

Питање је, може ли се проћи без тога вулгарнога пријевода којег народ не разумије, и заменити га обликом створенијем на основу ријечи, која би одговарала у народном језику?”

⁸⁸ Потребно је раздвојити термине *залог* и *залога*. Залог је општи термин који обухвата подлогу, заставу и залогу.

⁸⁹ СГЗ, чл.309: „*Право на залогу може се и међу тим прибележити у књиге [...] “*

подаци о предвиђеном року или месту извршења. в) која је добит или већинак.⁹⁰ г) нарочита изјава да је дуг заставан и пристајање власника добра (у овом случају дужника) на упис, осим у случајевима за које закон налаже да такав пристанак није потребан.⁹¹ д) врста добра која се даје у заставу, положај и границе. Ако је више добара, исти опис је неопходан за свако понаособ.⁹² њ) Потписи свих страна и сведока, е) место и време када је начињена исправа. Оваква исправа се предаје суду на коме је да испита исправност уговореног посла, а ако се захтев за упис у заставне књиге покаже основаним, суд издаје посебну одлуку да се застава упише у заставне књиге (чл. 202). Застава ступа на снагу оног дана ког је молба за упис предата надлежном суду (чл. 203). Ако се застава уписује на дуг који није одређен (*incerta*), онда се у писаној исправи наводи највиша вредност до које ће заставно добро гарантовати за још неодређени дуг (чл. 201).

В) Следеће питање се тиче овлашћења која Законик признаје дужнику над заставном непокретношћу чији је он власник:

Лице које је дужник, иако оптерећујући своју непокретност уписом заставе на њој, задржава сва права коришћења и располагања (*usus, fructus* и *abusus*). Он своје заставно добро може продати, може га дати у зајам, па чак га може и оптеретити уписом заставе и

⁹⁰ Добит, или камата на главнину, се плаћа само ако је била уговорена, осим када је из прилика јасно да су странке при закључивању уговора јасно мислиле да се добит треба плаћати, или се по природи правног посла плаћање добити само собом разуме (чл. 261). Чл. 533 каже да, уколико је уговор писмен (као што је то случај са заставом), добит мора бити уврштена у исплату. Добит се према чл. 261 плаћа и у случају дужничке доцње (*mora debitoris*, доцња или одвлака, у случају да за намиру дуга није био предвиђен рок, почиње оног тренутка када дужитељ опомене дужника да намири дуг, а он се оглуши да то уради (чл. 922), а ако је рок био предвиђен, дужник је у доцњи тренутка када рок истекне. О дужитељевој доцњи или одвлаки (*mora creditoris*) говори чл. 546.). Величина добити зависи од тога како су се уговорници сложили (чл. 262), а ако није уговорена сматраће се да је њена вредност 8% на годишњем нивоу (чл. 534). Ипак, и уговорена добит има своја ограничења, те чл. 534 забрањује сваку добит која прелази 10% главнине на годишњем нивоу. Непокретност која је дата у заставу јемчи и за главни дуг и за добит, ако је она наведена у писаној исправи. Ипак, са одређеним ограничењима: добит која улази у заставни дуг не може бити старија од две године. Примера ради, уговорена добит коју дужник дужитељу није платио пет година, остаје заставни дуг само за последње две године, док неисплаћена добит за три године пре тога постаје прости дуг за који дужник не јемчи својом непокретношћу, одн. беззаставни дуг (чл. 206).

⁹¹ Застава се може уписати у књиге и без неопходне сагласности власника, наредбом суда или у особитим врстама случајева (чл. 198). Један такав случај је куповина на почек, где купљена ствар прелази у власништво купца (чл. 224 - купцу на почек продавац ипак може ускратити пренос својине ако се докаже да је купац по неким критеријумима непоуздан), али продавац који још није добио пуну цену продате непокретности има право да на њој успостави заставу и да дуг упише у заставне књиге, без нарочитог пристанка купца (у овом случају дужника) (чл. 34). Али ипак је неопходно да процес уписивања заставе покрене страна које се дуг тиче, према томе, ниједан суд није надлежан да нечије добро упише као заставно без воље једне или друге стране (у зависности од правног посла) (чл. 197).

⁹² Добро које се даје у заставу мора бити тачно одређено. Није могуће поставити заставу на нечије целокупно имање, већ се мора свака непокретност понаособ уписивати (чл. 196), а у случају да је у залогу дано више непокретности на различитим заставним подручјима, онда чл. 195 предвиђа да се непокретност упише у сваку заставне књиге суда који је надлежан за одређено заставно подручје.

према неком другом дужитељу, зарад јемчења у другом правном послу (чл. 207).⁹³ За све ове правне послове који укључују заставну непокретност дужнику није потребна дозвола повериоца, или више њих ако их има. Ипак, постоје ограничења која штите права дужитеља, па зато дужник без његове дозволе не може на свом заставном добру вршити измене или му нанети штету која би његову вредност довела до те мере да реално обезбеђење успостављено зарад јемства дуга буде доведено у питање (чл. 208). За овакве злонамерне радње (*dolus*), поверилац може од суда тражити исплату свог потраживања и пре него што је обавеза доспела.

При продаји заставне непокретности, и при продаји уопште, продавац је дужан да купцу гарантује несметано коришћење ствари и то без обзира да ли је та одредба садржана у купопродајном уговору. Услов је да разлог за оптерећење ствари није био познат купцу при куповини, а у том случају купац је обезбеђен могућношћу потраживања накнаде штете уколико дође до потпуне евикције од стране трећег лица. “ Продавац јемчи купцу, и без нарочите погодбе, да му неће ни од кога бити одузма његове куповине, ради каква законита узрока који купцу при куповини није познат био” (чл. 234). Сагласношћу воља, стране уговорнице, односно купац и продавац могу уговором још више ову гаранцију појачати. С друге стране, могу се и договорити да нема никакве гаранције. Продавац је такође дужан да у евентуалном спору који произилази из конкретног купопродајног уговора помогне купцу да оствари своје право које му треће лице оспорава. У том смислу, продавац је обавезан да ступи у парницу наместо купца, а усупротном, продавац ће бити дужан да надокнади штету купцу, осим ако докаже да је штета (*damnum*) настала услед некаквог немара (*culpa*) или зле намере купца.⁹⁴ Како установљена застава важи за непокретност у целисти, а самим тим непокретност није је могуће поделити, умножење власника на страни дужника не производи никаква дејства према повериоцу.⁹⁵ Обавеза садужника у овом случају се назива пасивном солираношћу из разлога што власник сваког појединог дела дугује и јемчи у потпуности за цео дуг (*in solidum*, чл. 211⁹⁶). Пошто један

⁹³ ОИЗ, чл. 207 : “*Потписано у заставу добро остаје, као и прије, под руком свога власника и на потпуно располагању његову. Он може, као и прије заставе, добро своје уживати и њиме се служити по вољи; може га дати коме хоће у закуп или у најам или под које драго друге погодбе и увјете; може га и за какав други дуг под заставу потписати; може га продати или иначе на другог пренијети. За све то дужник-власник не треба никаква дужитељева пристајања; али опет, ни дужитељево се право тиме ни у чем не крњи.* “

⁹⁴ Данило Савовић, “Уговор о продаји према Општем Имовинском Законику”, *Споменица*, Књига 1, 699.

⁹⁵ У случају залога дељиве ствари, умножењем власника на страни дужника (на пр. наследством) сваки дужник се терети дугом у односу на део заложене ствари у његовом власништву (*pars virilis*)

⁹⁶ ОИЗ., чл. 211: „*Пошто застава обузимље потписано добро у цјелини његовој (205), ништа се ни тим не мијења што се добро диобом, насљедством или продајомна више дијелова разбије, јер сваки дио напосе и сви заједно јемче потпуно за сав дуг, осим ако је што друго нарочито углављено.*

Ипак, сваки је господар појединог дијела властан намирити сав дуг, према одредбама уговора којим је постављена застава, те послѣје тога искати да дужитељ на њ пренесе сва своја заставна права. „

од дужника намири нераздељиви дуг, сви су остали слободни (*si unus solvat omnes liberetur*). Ипак, онај који је исплатио дуг у целини од повериоца може захтевати да своја заставна права пренесе на њега, чиме остварује своје право на регрес према осталим садужницима. Ипак, ако се нераздељиви дуг изрази у новцу или се уместо уговореног накнађује штета, уговор постаје дељив, те се сваки дужник може тужити за део дуга сразмеран власничким уделом у бившем нераздељивом дугу (чл. 531).

Г) О правима повериоца над заставом:

Поверилац није у могућности да заложу своју заставу, односно непокретност на којој је успостављена застава, због већ објашњених овлашћења дужника који уписом заставе своје добро задржава у својим рукама. Ипак, он може извршити презалог свог заложног права, која би се у овом случају назвала могућношћу на презаставу.⁹⁷ Презастава наспрам дужника вреди само у случају да је он обавештен о промени субјекта. Промена повериоца (*cessio*) се уноси у писани формулар састављен приликом уписа заставе, на молбу старог и новог дужитеља (чл. 210).⁹⁸ Ако би дужник, не знајући о промени између цедента и цесионара, свој дуг исплатио лицу са којим је првобитно установио заставу, ни он, а ни његово добро не би одговарали за последице таквог чина (чл. 210, ст. 2). Већ је речено да дужник има право своју непокретност обавезати заставом према више лица и самим тим на једном добру стећи више поверилаца којима се истом ствари јемчи за дуг. При таквој прилици, од заставног добра се прво намирује онај који је најраније као поверилац уписао своје обезбеђење у заставне књиге, без обзира да ли ће намирењем његовог потраживања остати довољно да се исплати и другима или не (чл. 212⁹⁹). Повериоци који су своје обезбеђење уписали касније имају право да, уколико је једном од раније уписаних лица истекао рок наплате, од њега откупе заставно право те са тим ступе на његово место у реду наплате потраживања (чл. 213). Поверилац не може постати власник заставног добра у случају да рок наплате истекне, а ако се оваква околност и пренос својине предвиди уговором и вољом две стране, таква погодба се неће сматрати исправном (чл. 214).

⁹⁷ Исто дозвољава и СГЗ, чл. 310: „Ко има залогу какву, тај може исту опет другом у залогу дати, ако му од његовог заложивоца није нарочито забрањено.”

⁹⁸ ОИЗ., чл. 210: „Дужитељ не може заложити своју заставу, што неће заложити уједно и дужење за које је застава постављена. Али и тај залог заставног дужења вриједи само онда, напрема дужнику, кад суд, на молбу оба заставна дужитеља, уврстивши приближешку о којој је правило у чл. 216 у заставне књиге, обавијести о томе дужника.

Кад се дужнику не би правилно јавило о томезалогу дужења, те би он без зле мисли дуг своје дужитељу платио, ни он ни његово добро неће одговарати за последице.“

⁹⁹ ОИЗ., чл. 212: „Кад је за више различних дугова потписано у заставу једно исто добро, дужитељ који је прије других своје дужење уписао у заставне књиге (203), прије и наплаћује сав свој дуг од заложеног добра, па познијима остало или не остало од чега да се намире. Тек пошто се први дужитељ потпуно намири, наплаћују се остали редомнице по времену уписа, т.ј. тако да се сваки прије уписани потпуно намирује прије онога или оних који су последије њега уписани били.“

Д) Испис добра из заставних књига:

Да би пренос поверилачких овлашћења (*cessio*) на заставном добру био важећи неопходно га је уписати у заставне књиге, а уколико цесија потиче од наследства или деобе Куће важећа је и без додатних уписа у заставне књиге (чл. 215). Пошто је главни дуг исплаћен, испис непокретности из заставне књиге може затражити дужник пред судом, који посебним писаним документом на основу сагласности воља укида заставу над својим добром. У случају да поверилац не пристане на ово, дужник има право да против њега покрене судски поступак и коме би за циљ имао да прикаже извршење наплате као престанак важења правног основа по коме је застава и била успостављена (чл. 220 ¹⁰⁰). Застава се може угасити и када се поверилац и дужник стекну у истој особи (*confusio*, на пример када поверилац наследи добро над којим је на основу потраживања имао заставу), или када исто то добро стекне по другом правном основу (*causarum concursus*, на пр. у случају да дужник повериоцу уступи непокретност као поклон).

3.3.3 Застаревање потраживања (застара)

Застара представља законом одређено време до чијег је истека дужитељ овлашћен да тражи наплату свог потраживања (чл. 950, 625). Дугови због којих је покретна или непокретна ствар предата у залог нису подложни застари, али и то само у оним случајевима када не прелазе вредност добра датог у залог (чл. 625, став 2). Дакле, трајност дуга могу обезбедити једино залога, подлога и застава својом процењеном вредности.¹⁰¹

Застара дугова који се тичу иметка је тридесет година, и то представља општи рок застаре, који важи у свим оним условима за које законик није предвидео посебно време потребно да дуг постане немогућ за потраживање (чл. 626). Ти специфични случајеви су наведени у чл. 627, 628, 629 и распорежени су у групе дугова који застаревају за пет, четири и за две године. У прву групу спадају дугови према надничарима и другим радницима, кућним слугама (за дугове домаћина према кућним слугама застава не тече докле год су у њиховој служби, чл. 633, став 2), кочијашима, видарима, апотекарима итд. Четворогодишњу застару имају повремени приходи, доходци, најмовнина за куће, добит на главно итд. И на крају, довогодишња застара се чланом 629 одређује за све оно што лице дугује продавачима на ситно, крчмарима, гостионичарима, и уопште свима који се

¹⁰⁰ ОИЗ, чл. 220: „Тај испис може тражити дужник или други ко био власник даног под заставу добра, пошто је заставни дуг наплаћен или је иначе престао.“

Суд ће тек онда издати одлуку којом се наређује испис, кад се обавјереним исправама докаже да онај који по упису или прибележци то право има, на испис пристаје. Ако овај без закониза узрока не би хтио пристати на испис, тада га онај коме је до тога стало да се застава испиче, може тужити суду. Одлука која га осуђује да пристане на испис, замјењује у такоме случају његово пристајање, пошто осуда непореченом постане.“

¹⁰¹ ОИЗ, чл. 625, ст. 2: „Само они дугови за које је дан покретни или непокретни залог нијесу подвржени застари, у колико не прелазе вриједност ствари дане у залог, подлог или заставу.“

баве продајом јела и пића, и онима који дају стан на краће рокове. Уколико се било који од ових наведених дугова преиначи и забележи писаном исправом, он постаје подложен једино правилу редовне застаре, т.ј. може застарити тек након истека рока од тридесет година (чл. 630¹⁰²).

Застара почиње тећи оног тренутка када повериоцу закон признаје право да од дужника посредством суда тражи наплату дуга (чл. 631¹⁰³), односно од доспелости престације.

Застара може бити спречена, односно заустављена ако је већ почела тећи. Она се спречава за сво оно време у току којег је поверилац био “ради неодољивих узрока” онемогућен да суду достави захтев о потраживању постојећег дуга (чл. 632). У овом случају, ако је застара, приликом наступања услова који су повериоца спречили да тражи свој дуг, на пр. ушла у своју трећу годину над дугом из рада унајмљеног надничара (којима је омогућена четворогодишња застара), прекида се за све оно време трајања услова у којима се поверилац нашао. Када сметње нестану, узима се у обзир време које је већ протекло у застари, па ће овом повериоцу (раднику надничару) остати још годину дана пре застаре потраживања.¹⁰⁴

Законик предвиђа и рок застаре на потраживању које би могло проицаћи због мане продате ствари. Тако чл. 241 предвиђа застару од годину дана за непокретне ствари, а за покретне ствари три месеца од дана ког је ствар предата. Ако је недостатак продате ствари при продаји заташкан, одн. ако је у послу било купчеве преваре, застара ће тећи од оног дана када се превара открије. Одредбе о одговорности за недостатке продате животиње (брав, говедо, коњ) Богишић на доношење препушта Министарству правде у договору са Државним Савјетом када се за то створе услови (чл. 242).

Течај застаре се такође може и прекинути, и то када а) дужник изнова призна свој дуг, изјавом или гестом који има слично значење (давање залога или јемца) и под б) када

¹⁰² ОИЗ., чл. 630: „Пошто се за дуг оних врста које се наводе у претходна три чланака, унесе у какву законито начињену исправу, или су урачуна приволом дужника у какав одређени у новцу дуг, тад застара такоме дугу истјече по правилу редовне застаре, тј. тек послје пуних тридесет година (626).“

¹⁰³ ОИЗ., чл. 631: „Застара почиње тећи, гђе закон што друго не одређује, оног истог дана ког је дужитељ постао властан да судом тражи намир дуга. Застара бива потпуна, и дужник добија право које отуда долази, чим истече посљедњи дан року који је законом назначен за застару.“

¹⁰⁴ Ради лакшег разумевања навешћемо још један пример: Ако гостионичар (дужитељ/поверилац), чије потраживање закон штити са две године до застаре од тренутка када је он овлашћен да дуг тражи, након годину дана дође у сплет околности те није у могућности да суд извести о потраживању дуга, застара се спречава, одн. паузира док се такве околности не отклоне. Када се среде и он постане физички омогућен да тражи дуг остаће му још једна година до застаре, „пошто је до тренутка настајања немогућности потраживања једна година већ истекла. Ако пре истека рока за застаривање он обавести суд о потраживању, застара се прекида и отпочиње нов период (такође двогодишњи) застаре од дана када је у суд приспео извештај о потраживању.

поверилац пријави суду тражење о наплати (чл. 633 ¹⁰⁵). Застој застаривања потраживања практично значи укидање старог и отпочињање новог циклуса рока предвиђеног за застару. Примера ради, дужник који раднику надничару исплати само део дуга, три године након што је радник (поверилац) постао правно способан да судским путем потражује намирење дуга, потврђује и продужава време застаре за нове четири године, без обзира што је део наднице дао тек у трећој години по повериочевој могућности потраживања (чл. 634, 952).

Застара је могућа и услед сваког потраживања због недостатка на продатој ствари. Купац који сматра да је оштећен, одн. да је купио ствар или добро са одређеном маном, своје потраживање може покренути у року од годину дана од судске потврде за непокретне ствари, и три месеца за покретне ствари, након што је она предата из продавчеве у купчеву руку. Ако је при уговарању било продавчеве преваре, онда се рок застаре броји од оног дана када је превара откривена (чл. 241).

3.3.4 Мане воље

Уговор, као сагласност изјава воље две стране о пристајању на правне последице које проистичу из обавезивања по одређеном правном основу, постаје ништаван уколико је “воља” једне стране на обавезивање била иницирана принудом (*vis ac metus*). Ако је уговорник насиљем (*vis*) или претњом (*metus* - страх)¹⁰⁶ натеран да пристане, такав чин га никако не обавезује нити може производити правне последице по било ком основу (чл. 908,909, 518). Ако је било силе или плашења само за одређени елемент уговора, онда само тај додатак не важи, али уговор у главном и даље обавезује обе стране (чл. 518, став 2). Уговор такође постаје ништаван ако је једна страна преваром (*dolus*) ступила у обавезујући положај према другој страни, из разлога што једино уједињена, слободна и истинита воља свих уговорника може бити темељ уговора. Где тога нема, нема ни законитог уговора (чл. 907).

¹⁰⁵ О.И.З., чл. 633: “Прекида се (952) течај застаре: а) кад дужник изнова призна свој дуг, било изреченом изјавом, било каквим дјелом које има то значење, као: кад подмири добит или даде нешто у отплату дуга, или даде залог или јемца; б) кад дужитељ пријави суду тражење о наплати, или посао дође пред добре људе, или иначе у правди, баш и за други посао, ријеч буде о опстанку дуга, те о томе траг у судским списима остане.

Што дужитељ изван суда тек опомене дужника да дуг намири, а овај ни што каже, ни уради што би се могло сматрати за признање, тиме се течај застаре још не прекида.“

¹⁰⁶ Закон облигационим односима СФРЈ из 1978. године (ЗОО), чл. 60: „ 1) Ако је уговорна страна или неко трећи недопуштеном претњом изазвао оправдани страх код друге стране тако да је ова због тога закључила уговор, друга страна може тражити да се уговор поништи. 2) Страх се сматра оправданим ако се из околности види да је озбиљном опасношћу угрожен живот, тело или друго значајно добро уговорне стране или трећег лица.“

Превара је понашање којим се код другог ствара или одржава заблуда (*error*), односно постојећа заблуда се злонамерно искоришћава.¹⁰⁷ Премда није било могуће у свим крајевима словенског југа разбити уговор,¹⁰⁸ Богишић је мане воље поставио као чврст и правно дозвољиви разлог прекида облигације. Ипак, да би заблуда била основ ништавности уговора она је морала задовољавати одређене критеријуме: а) заблуда мора бити „извињива“, б) заблуда мора бити „битна“, в) мора бити нескривљена.

А) Када је заблуда оптостива?

Извињива или опростива заблуда (*error tolerabilis*) је *погрешка о суштини* (*error facti*), када је у питању само погрешна представа о чињеницама које дубоко засецају у природу уговора без којих он не може бити правно важећи (чл. 911,¹⁰⁹ 521 ст. 2). Ако заблуда не представља погрешну представу о чињеницама, тада је она више заблуда о праву (*заблуда о узгредици*, *error iuris*) која није *tolerabilis*, што значи да не може служити обарању уговора.¹¹⁰

Б) Када је заблуда битна?

Под “битном заблудом” (*error essentialis*) се подразумева погрешна представа једне стране која се тиче врсте правног посла (*error in negotium*) или предмета уговора (*error*

¹⁰⁷ М. Милошевић, *Римско право*, Београд 2011, 341.

¹⁰⁸ В. Богишић, *Грађа у одговорима из различних крајева словенског југа*, Подгорица 2004, 418.: „[...] ако није при бистром уму био, није му ваљало уговарати се; ако ли је малољетник, да буде других, паметнијих људи питао, ако је сам у кући, ако ли је више и старијих људи у кући, веле, да не буду њега слали, него сами ишли. Ако ли је превелика цијена, тад веле: да буде гледао, што купује, па ако му се скупо видило, да је оставио, а ја му капаре не дам, ако ли је прениска цијена, тад кажу: ни сам га силовао. Тако у тим случајима није могуће уговор разбити.“

¹⁰⁹ ОИЗ, чл. 911: „Заблуда је или погрешка о суштини, кад се уговорник превари о ствари која дубоко засијеца у природу уговора, или какве чињенице (ствари) без које не може да буде; кад пак тога нема, заблуда је о узгредици.“

По томе, заблуда је о самој суштини када је, на пр., било различна мишљења и воље уговорника о врсти уговора (један мислио да купује, а други да у најам даје); али заблуда није о суштини кад се уговорник превари само о томе како се уговор називље. У опште, о суштини је заблуда кад се она тиче саме ствари о којој је уговор, или о каквој њезиној особини која јој мијења природу; напротив, није о суштини кад је заблуда само о каквој случајној особини омањег замањаја.“

¹¹⁰ D.41.4.2.15-16 (*Paulus libro quinquagesimo quarto ad edictum*): „Ако купим од малолетника без одобрења татора сматрајући да је пунолетан, кажемо да може уследити узупација јер је то више (заблуда) о ствари (*error facti*) него о процени (тј. о праву, *error iuris*). Али ако знаш да је то малолетник, али сматраш да малолетник може управљати својим стварима без таторовог одобрења, нећеш стећи својину узупацијом, јер заблуда о праву не може никоме користити.“

D. 41.10.5 (*NERATIUS libro quinto membranarum*): “ [...] Заблуда у погледу познавања туђих права је опростива (*error tolerabilis*)”

in corpore).¹¹¹ Ако би један уговорник уговарање другачије разумео него друга страна (где један мисли да купује ствар, а други да је даје у најам). Када се тиче заблуде која се тиче правног посла, подразумева се да су уговорници били различитог мишљења и воља, где је једна страна као сврху правног посла замишљала давање ствари у најам, а друга страна је мислила да исту ту ствар купује (чл. 911, ст. 2). Заблуда о суштини је заблуда и када се тиче саме ствари о којој је уговор, или о каквој њеној особини која јој мења природу.

В) Шта је нескривљена заблуда?

Да би заблуда послужила као повод поништавања облигације, она такође мора бити и нескривљена (*error probabilis*) што значи да су стране заинтересоване за уговор морале повести уобичајену пажњу упознавања са свим елементима уговора. Због тога чл. 519¹¹² каже да није превара када онај који продаје ствар, ту исту ствар прекомерно хвали, те одатле не може проистећи заблуда која би могла поништити уговор. Уговор остаје на снази онда када је заблуда потекла од крајњег немара уговорника који је пао у заблуду (чл. 521.¹¹³ Сличну наредбу носи и чл. 912, где, ако се ко превари о потреби или узроцима који су узроковали склапање одређеног уговора, то уговор нимало не слаби уколико се не докаже да је заблуди крива друга страна својим лукавством или сличном долузном радњом.

Уговорник може такође тражити рушење уговора уколико је у тренутку склапања био у пијаном стању, те се докаже да у том тренутку није могао разумети све правне последице које би могле проистећи из таквог уговора (чл. 522). Ипак, и овде постоји одређена врста одговорности од стране лица које затражи рушење уговора на основу стања пијанства или сличног стања у тренутку уговарања. Ако друга страна није знала за такво његово стање и ако није имала ма каквог удела у томе, може тражити да јој несавесни уговорник накнади штету.

¹¹¹ ЗОО, чл. 61: „Заблуда је битна ако се односи на битна својства предмета, на лице са којим се закључује уговор ако се закључује с обзиром на то лице, као и на околности које се по обичајима у промету или по намери странака сматрају одлучним, а страна која је у заблуди не би иначе закључила уговор такве садржине.“

¹¹² ОИЗ., чл. 519, ст. 2: „Не узимље се да је пријевара, кад онај који ствар нуди, у опште је хвали, па било и преко мијере, ако се у саобраћају на такве преувеличане хвале много не пази.“

¹¹³ ОИЗ., чл. 521, ст. 1 и 2: „Кад би ко тврди да је, у заблуди, уговарање другачије разумео него друга страна, те да по томе воље уговорилаца нијесу биле једине (907), то му се тврђење неће примити, н' ако би, према доказима које треба сам да изнесе, или према приликама, очевидно било да је тако.“

Ипак, поред све те очевидности, заблуда неће слабити уговора уопште, него само ако је била о његовој суштини (911); уговор остаје тврд и онда кад је заблуда потекла од крајња немара онога уговорника који је пао у заблуду.“

Уговори у коме нема јединства и сагласности воља подлежу застари, и тај рок је одређен временом од шест месеци (чл. 523), а жалбе поднете суду након истека тог времена се неће примати уопште. У случају плашења, насиља и пијанства, рок застаре се броји од оног дана ког су таква деловања престала, а у случају заблуде рок застаре се броји од дана када је она странка која се жали дознала да је при уговарању преварена.

3.3.5 Уговор о купопродаји

Купопродајни уговор спада у консензуалне врсте уговора, што значи да за његово пуноважно закључивање није потребна никаква писана форма, већ само сагласност, односно споразум странака којих се посао тиче (*consensu* – споразум).

ОИЗ, чл. 49, ст.1: “Тек када се уговорници сложе и погоде о битним странама посла о коме се договарају, уговор се сматра да је углављен.”¹¹⁴

ОИЗ, чл. 498, ст.1: “У опште је доста да је уговор правилно углављен, те не треба никакве особите вањске одеће или облика, да би имао закониту снагу.”¹¹⁵

ОИЗ, чл. 222. ст.1: “Чим се купац и продавац договоре о ствари и цијени, тај је час куповина завршена.”

Ипак, постоје одступања од овог правила, пошто Законик предвиђа неопходност писане исправе приликом продавања непокретности.¹¹⁶ Сагласност воља се изражава кроз потпис на исправи, а потписи обе стране морају за пуноважност бити оверени у суду (чл. 222).¹¹⁷

Основна обавеза купца је намирење цене (*pretium*).¹¹⁸ Цена може бити одређена уговором (*pretium certum*), а у случају да то није вредност цене ће се одређивати висином просечне тржишне вредности ствари у тренутку места закључења уговора.¹¹⁹ Све док купац у потпуности не исплати цену, продавац може да одбије да му преда предмет купопродаје. Ово је већ теже ако је међу странама уговорено купчево плаћање на почек.

¹¹⁴ М. Полојац, 108: *Gai Institutiones*, 3.135 – 137, 139: “136. Ideo atem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quia neque verborum neque scriptarum ulla proprietates desideratur, sed sufficit eos qui negotium gerunt consensisse.” (За уговоре стога кажемо да настају простом сагласношћу зато што нису потребне ни свечане речи нити писани акти, већ је довољно да се странке које закључују посао сагласе)

¹¹⁵ ЗОО, чл. 67: “Закључење уговора не подлеже никаквој форми, осим ако је законом друкчије одређено.”

¹¹⁶ ЗОО, чл. 455: „Уговор о продаји непокретних ствари мора бити закључен у писменој форми, под претњом ништавности.“

¹¹⁷ ЗОО, чл. 72: „Кад је за закључење уговора потребно саставити исправу, уговор је закључен када се потпишу сва лица која се њим обавезују.“

¹¹⁸ BGB, §433: “Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen.” (The buyer is obliged to pay the seller the agreed purchase price and to accept delivery of the thing purchased)

Али и тада продавац може задржати ствар ако закључи да купац није достојан веровања, те постоје сумње у његово извршење плаћања уговором предвиђене цене (чл. 224). Купац у том случају нема право да од продавца захтева предају ствари, осим ако нечим не зајемчи наплату дуга (на пр. заставом). Купац сноси трошкове око преноса ствари (чл. 225).¹²⁰ Уколико купац доцни са плаћањем, продавац може одустати од уговора и чак тражити накнаду штете, ако је штета била искључива последица купчеве доцње (чл. 228).

Главна дужност продавца је да купцу уступи предмет купопродаје на коришћење¹²¹. Али тиме он ни изблиза не задовољава све предвиђене обавезе које њему, као продавцу, проистичу из оваквог уговора. Обавезе продавца су бројније и сложеније, он је одговоран за физичке недостатке ствари, као и за евикцију.

ОИЗ, чл. 232: “Продавац одговара купцу за све затајане замашније мане или недостатке који се нађу у проданој ствари, ма да о томе и није нарочите нагодбе било. Он је одговоран и кад би ствар била гора од онога што се према врсти ствари и по себи разумије, у колико јој то знатно крњи вриједност у опште, или је крњи за онај циљ ради ког је купљена, а тај циљ продавцу познат био.”¹²²

¹¹⁹ ЗОО, чл. 462: “ *Ст.1 Кад уговором о продаји у привреди цена није одређена, нити у њему има довољно података помоћу којих би се она могла одредити, купац је дужан платити цену коју је продавац редовно наплаћивао у време закључења уговора, а у недостатку ове, разумну цену. Ст.2 Под разумном ценом сматра се текућа цена у време закључења уговора, а ако се она не може утврдити онда цена коју утврђује суд према околностима случаја.*”

СГЗ, чл. 646: “*Без одређене цене не може ни продаје бити.*”

ОИЗ, чл.223: “*Кад ко наручи какву ствар, а цијена јој остане неодређена, узимље се да је средња тржна (пазарска) цијена, у вријеме када је наручена и у мјесту и које је наруџбина послата, осим ако је иначе углављено, или саме прилике што друго носе.*”

СГЗ, чл. 649: “*Може се купац и продавац сложити на цену обичну чаршијску, и онда ће се средња цена чаршијска онога места и времена узети, где и кад се продаја извршије.*”

М.Полојац, 121: „*D.18.1.7.1 (ULPIANUS libro vicensimo octavo ad Sabinum): Huiusmodi emptio ` quanti tu em esit`, ` quantum pretii in arca habeo`, valet: nec enim incertum est pretium tam evidenti venditione: magis enim ignoratur, quanti emptus sit, quam in rei veritate incertum est.*“ (Куповина на следећи начин: „За онолико колико си је ти платио“ или „за онолико новца колико имам у благајни“, ваљана је, јер цена није неизвесна у оваквој евидентној продаји: наиме, више је несигурно за који је износ нека ствар купљена, него што би била несигурна суштина самог посла)

¹²⁰ АСТ IV из 1959, Грађански Законик Републике Мађарске, чл.367 ст.3: „*Buyers shall bear the contract costs, title transfer fees, the costs of conveyance, and the costs of changing ownership registration in the property register.*

¹²¹ ЗОО, чл. 467: “*Продавац је дужан предати ствар купцу у време и на месту предвиђеним уговором.*”

¹²² BGB, §434: “*Die Sache ist frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit hat. Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist die Sache frei von Sachmängeln, 1) wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet, sonst 2) wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache*

Уколико је продавац продао ствар која поседује одређене мане, физичке недостатке који би купца онемогућили да је користи на намеравани начин, онда ће, уколико друга страна за такве мане није знала, он и одговорати за евентуалне последице које би могле одатле проистећи.¹²³ Под недостатком се сматра и заменљива ствар која је по квалитету лошија од неког просечног квалитета ствари исте врсте. Продавац не одговара за оне недостатке за које је купац знао, а да је и поред тога закључио уговор о купопродаји (чл. 233).¹²⁴ Такође не сноси кривицу ако је купац ствари лако могао да се увери у стање ствари коју купује, са пажњом коју би, сходно правном послу, посветио иоле пажљив човек (чл. 234).¹²⁵ Ако је било елемената преваре од стране продавца, онда он свакако

erwarten kann.” (The thing is free from material defects if, upon the passing of the risk, the thing has the agreed quality. To the extent that the quality has not been agreed, the thing is free of material defects, 1) if it is suitable for the use intended under the contract, 2) if it is suitable for the customary use and its quality is usual in things of the same kind and the buyer may expect this quality in view of the type of the thing)

ЗОО, чл. 479: “ Недостатак постоји: 1) ако ствар нема потребна својства за њену редовну употребу или за промет. 2) ако ствар нема потребна својства за нарочиту употребу за коју је купац набавља, а која је била позната продавцу или му је морала бити позната. 3) ако ствар нема својства или одлике које су изричито или прећутно уговорене односно прописане. 4) када је продавац предао ствар која није саобразна узроку или моделу, осим ако су узорак или модел показани само ради обавештења. ”

Грађански Законик Квебека, чл. 1716 ст.2: “*These warranties exist of right whether or not they are stipulated in the contract of sale.*”

¹²³ М. Положац, 135: *D.19.1.13.pr. (ULPIANUS libro trigesimo secundo ad edictum): Iulianus libro quinto decimo inter eum, qui sciens quid aut ignorans venditit, differentiam facit in condemnatione ex emptio: ait enim, qui pecus morbosum aut tignum ventiosum venditit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem: si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei: sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morborum perierunt, quod interfuit idonea venisse erit praestandum. ” (Јулијан у петнаестој књизи прави разлику у вези с осудом / на основу / тужбе купца – actio ex empto између оног ко је знајући и онога ко је не знајући за ману продао ствар. Он, наиме, каже да ће онај ко је продао болесну стоку или оштећену греду, а учинио је то не знајући, одговорати по actio empti само за накнаду оног износа за који би та ствар била мање плаћена да се знало за право стање у време закључења уговора. Ако је знао, па је то прећутао и преварио купца, дужан је да надокнади сву штету коју је због ове куповине претрпео купац, па ће стога у случају да се зграда због недостатка греде сруши, он платити вредност зграде, или ако / остала / стока због заразе угине, он ће бити одговоран за штету у обиму / висини / због тога што је стока продата болесна)*

¹²⁴ BGB, § 442: *Kenntnis des Käufers: (1) Die Rechte des Käufers wegen eines Mangels sind ausgeschlossen, wenn er bei Vertragsschluss den Mangel kennt. Ist dem Käufer ein Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, kann der Käufer Rechte wegen dieses Mangels nur geltend machen, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat. (The rights of the buyer due to a defect are excluded if he has knowledge of the defect at the time when the contract is entered into. If the buyer has no knowledge of a defect due to gross negligence, the buyer may assert rights in relation to this defect only if the seller fraudulently concealed the defect or gave a guarantee of the quality of the thing)*

¹²⁵ ЗОО, чл. 480: “ Недостаци за које продавац не одговара: 1) продавац не одговара за недостатке из тачке 1) и 3) претходног члана, ако су у часу закључења уговора били познати купцу или му нису могли

треба одговарати јер је његовом кривицом купац доведен у заблуду, те и поред уобичајене посвећене пажње није могао уочити физичке недостатке. Ако је недостатак био скривен, односно такав да се уобичајеним прегледом и уверавања у стање ствари није могао открити, онда продавчева дужност да гарантује за физичку исправност ствари не престаје (чл. 234, ст.2).

Такође, ако је ствар послата из другог места, а она по мишљењу купца има недостатке за које је одговоран продавац, онда је купац дужан да без одлагања установи стање те ствари на погодан начин. Само уколико је купац установио стање ствари, односно њене недостатке у моменту када је она примљена, тек тада ће купац имати право да ту ствар врати продавцу.

Када предмет купопродаје има недостатака за које је продавац одговоран, тада је купцу признато право на захтев раскида уговора или да му се врати цена сразмерно ономе “колико ради недостатака ствар мање ваља” (чл. 237). Ипак, ако услед недостатака купац захтева рушење уговора, а суд одлучи да би тако нешто било било претешко за продавца, онда може пресудити да уговор остане на снази, али да се цена сразмерно оштећењу снизи (чл. 238).

Обавеза купца у случају раскида уговора је враћање ствари, а обавеза продавца је враћање примљене цене са каматом (*већинком*). Међутим, суд је овлашћен да донесе пресуду којом би се приходи и плодови са ствари (који су припали купцу) компензују са каматом на суму новца којом је ствар плаћена (чл. 239).

У случају да су предмет купопродаје биле заменљиве ствари (*fungibiles, суврсте*), а продавац је уочио недостатак због кога жели да раскине уговор, он може од продавца захтевати да му се предају друге истоврсне ствари (ствари одређене по врсти, *genres*) ради намирена недостатка већ купљене количине (чл. 237, ст. 1).

Рок застаре за свако потраживање које би могло настати због недостатка на ствари је различито за покретне и непокретне ствари, а разликује се и када је приликом уговарања било купчеве преваре (чл. 241).

ОИЗ, чл 241: “Свако потраживање због недостатка проданих ствари застарује: за ствари непокретне након једне године од дана судске потврде, а за покретне после три месеца од дана ког је ствар предана, ако дужи или краћи рок није изречно уговорен

остати непознати. 2) Сматра се да нису могли остати непознати купцу они недостаци које би брижљиво лице са просечним знањем и искуством лица истог занимања и струке као купац могло лако опазити при уобичајеном прегледу ствари. 3) Али, продавац одговара и за недостатке које је купац могао лако опазити, ако је изјавио да ствар нема никакве недостатке или да ствар има одређена својства и одлике.”

Истим питањем се бави и Грађански Законик Републике Ирана у чл. 424: “*An inherent defect is one which the purchaser, whether this ignorance arose from the fact that the defect was really concealed, or whether the defect was evident but the purchaser did not realize that fact.*”

био. Ако ли је у послу било какве продавчеве пријеваре, застара ће се бројити тек од оног дана ког се пријевара открије.”

Продавац, и без нарочитог уговарања, купцу гарантује за правне недостатке ствари, односно евикцију (чл. 243).¹²⁶ Евикција представља правно узнемиравање купца од стране трећег лица које тврди да на спорној ствари поседује неко право, својину, службеност, хипотеку итд. Својина се у ОИЗ може стицати дериватним начином, што значи да продавац купцу на ствари која је предмет купопродаје не може пренети више права него што сам поседује.¹²⁷ Ипак, купац може право својине и посредно стећи одржајем, када су у питању покретне ствари. Како би себе заштитио, купац треба да, у случају да треће лице започне спор против њега, о томе судским путем обавести продавца (чл. 246), који се мора придружити купцу у судском поступку, или у потпуности ступити на његово место (чл. 245). Чак и када би се купац сам упустио у судски спор са трећим лицем, то продавца не би ослободило одговорности, осим ако докаже да је он лично располагао доказима који би, да је био позван да учествује у спору, одбили захтеве трећег

¹²⁶

BGB, §435: *“Die Sache ist frei von Rechtsmängeln, wenn Dritte in Bezug auf die Sache keine oder nur die im Kaufvertrag übernommenen Rechte gegen den Käufer geltend machen können. Einem Rechtsmangel steht es gleich, wenn im Grundbuch ein Recht eingetragen ist, das nicht besteht.”* (*The thing is free of legal defects if third parties, in relation to the thing, can assert either no rights, or only the rights taken over in the purchase agreement, against the buyer. It is equivalent to a legal defect if a right that does not exist is registered in the Land Register*)

¹²⁷ Што се тиче стицања својине од невластника, ОИЗ предвиђа следеће: Неопходно је да онај ко је ствар купио буде савестан стицалац, а у случају *власничког преузма* (реивиндикационе тужбе) од трећег лица који се односи на покретну ствар, он има право да докаже по ком правном основу је стекао спорну ствар. Ако је заиста савестан, и успе да порекло своје ствари докаже правним путем, узмеће се да је он својину над ствари стекао пошто је прошло пуних пет година времена предвиђеног за одржај (чл. 91). Ако је стицалац ипак несавестан и не успе да докаже правни основ по коме је добио покретну ствар, онда се сматра да је рок одржаја прошао тек након пуних петнаест година непрекидне државине (чл. 92).

Станка Стјепановић, „Стицање од невластника“, *Актуелна питања грађанске кодификације*, Ниш 2008, 126: *„Готово да нема разлике између одредаба ГЗКС и ОИЗ у погледу могућности власника ствари да судским путем добије ствар од њезина држаоца. ОИЗ је усвојио опште начело да сваки онај код кога се нађе туђа ствар, треба исту власнику вратити и то без икакве накнаде, али одмах изузима од тог правила случајеве стицања својине покретне ствар побројане у чл. 101. Законика.“*

ОИЗ. чл. 101, ст.1: *„Ко незлосмислено и отворено купи на тргу (пазару), у дућану, на јавној продаји, какву покретну ствар која је некоме погинула, власник је може само тако од држитеља њена натраг искати, ако му накнади сав трошак који га је ствар стала, и то само док је овај није још одржајем стекао. Све што пак власник на тај начин за ствар плати, а и штету коју имао буде, он може искати да му кривац потпуно намира.“*

Швајцарски Грађански Законик из 1912. године узима да се стицалац покретне ствари, у сваком поступку који се покрене против њега, може позвати на законску претпоставку предвиђену чланом 930., где је, да би се једно лице сматрало власником над покретном ствари (*chattel*), довољно само то да се налази у његовој државини. (*Schweizerisches Zivilgesetzbuch, art. 930: „Vom Besitzer einer beweglichen Sache wird vermutet, dass er ihr Eigentümer sei.“*)

лица (чл. 247). Ако је купац знао за овакав правни недостатак, нема право ни на каква потраживања према продавцу у случају да му ствар буде одузета.¹²⁸

Главна обавеза продавца овде је та да ствар ослободи од претензија трећег лица на право које искључује, умањује или ограничава право купца.

У случају потпуне евикције, где би право трећег лица у целости искључило свако право купца, уговор се по самом праву раскида (чл. 248), а продавац је обавезан да купцу надокнади штету у висини вредности коју је ствар имала у тренутку када је купцу одузета.

Ако се потраживање трећег лица не односи у целости на право купца, онда је у питању непотпуна евикција, где треће лице има неко уже стварно право којим може ограничити право на ствари оног лица које је ту ствар купило. Код потпуне евикције, уговор се не раскида (чл. 249), али продавац купцу мора да смањи цену сразмерно умањењу права које је купац претрпео.¹²⁹ Поред потраживања накнаде штете од продавца, купац, пошто је реч о правном, а тиме и о фактичком оштећењу ствари, има прави да уговор раскине. Правила о раскиду уговора као манифестацији воље купца услед делимичне евикције, јесу иста правилима која су већ излагана када се говорило о раскиду уговора услед физичких мана ствари.

Правила о прелазу ризика случајне пропасти или случајног оштећења ствари ОИЗ позајмљује из француске законодавне праксе XIX века. *Code Civil* је и овде утицао на облик неког правног правила, а већ је било речи о томе да су и уводне одредбе о законима биле написане по угледу на кодификацију грађанског права у Француској.

Уколико је продавац био и власник ствари, сагласност око предмета и цене купопродајног уговора ће значити закључење правног посла, а купцу ће по начелу француског права својина бити пренета тог тренутка када се сагласност постигне, без захтеваних формалности. У истом тренутку настаје и ризик за купца у случају нескривљене пропасти или оштећења ствари. Ипак, продавчеву обавезу можемо схватити као одговорност *culpa levis in abstracto* - он се не сме понашати неодговорно према ствари коју по примању договорене цене мора да преда, али то не значи да ће одговорати и за њену случајну пропаст.¹³⁰

¹²⁸ Исто се налази и у Јапанском Грађанском Законику (ЈГЗ, чл. 561): „*If in the case falling under the preceding article the seller is not able to acquire the right which he has sold and to transfer it to the buyer, the latter may rescind the contract ; but if he knew at the time of the contract that the right did not belong to the seller, he cannot claim damages.*”

¹²⁹ ЈГЗ, чл. 563: „*If because a part of the right which is the subject of the sale belongs to another, the seller is not able to transfer it to the buyer, the latter may claim a reduction from the price in proportion to the part that is lacking. If in such case the buyer would not have bought the remaining part alone, he may rescind the contract, provided he acted in good faith. A demand for a reduction from the price or a rescission of the contract does not affect the claim for damages of a buyer acting in good faith.*”

¹³⁰ Истим схватањима је уређен и ЈГЗ, чл. 534: „*If the subject of a bilateral contract is the creation. or transfer of a real right in a specific thing, and such thing is lost or damaged by a cause which is not attributable to the debtor, the loss or damage falls upon the creditor.*”

ОИЗ, чл. 226: “За штету која би се ствари догодила прије предаје од продавчева немара, он и одговара [...]”

ОИЗ, чл. 229, ст.1 : “Од оног часа ког влаштина ствари прелази са продавца на купца, свака штета која би се ствари случајно догодила, пада на купца.”¹³¹

Ако продавац не изврши своју обавезу на време, те дође у доцњу (*mora debitoris*), онда се одговорност за ризик са купца преноси на њега, који ће сада, уместо да одговара само за *culpa levis in abstracto*, трпети последице и када ствар случајно пропадне или се оштети. Ако продавац у доцњи понуди извршење и предају ствари (*moram postea offerendo*), а купац то не прихвати и доспе у поверилачку доцњу (*mora creditoris*), онда он поново сноси ризик случајне пропасти ствари. То је последица правила да ће се једна странка очистити од последица доцње ако она друга у њу доспе (*purgatio morae*). У случају поверилачке доцње продавчева одговорност је знатно умањена, тако да он неће одговарати чак и ако је ствар пропала због његовог нехата. Његова одговорност ће бити сведена само на оне злонамерне радње које свесно учини зарад умањења купчеве имовине наношењем штете на продатој ствари (*dolus*).

ЗАКЉУЧАК

Главни циљ овог рада је био тај да се, кроз приказ историје, правног обичаја и писаног закона напослету, прикаже цео један развојни којим су пролазиле све државе у свом правном развоју. Тај пут је еволутивни прелаз од доба када традиционалне тековине обичајног права у потпуности задовољавају унутрашње и спољне потребе народа, до тренутка када исти тај народ преласком на писано право постаје подложен туђим утицајима, из којих правни транспланти произилазе као неопходност и реална чињеница у процесу хармонизације једног система са другим. Црна Гора се након победничког рата нашла на прагу да модернизује своју државу онако како су то пре ње учиниле све веће државе. Богишић је Црну Гору затекао уређену њеним аутохтоним народним правом које је кочило нове односе започете у Европи. Из тог разлога, са једне стране је било битно показати одлике народног обичаја које су утицале на коначни изглед имовинског законика. Попут Светог Саве, који је своје Законоправило саставио од преведених одредби из разних зборника грађанског и канонског права Византије водећи рачуна о томе која правила су применљива у Србији, тако је и Богишић био вођен двојаким смерницама. Ако је извесно да је обичај утицао на кодификацију, у том смислу је корисно било претходно поменути неке политичке извесности које су својим наступањем окончале упоредни развој Црне Горе са другим земљама. Наследно право које садржи исто онолико породичних елемената колико и имовинских је управо и послужило тој сврси, да рад непосредно уведе у трећу и главну целину, а то је – имовинско право.

¹³¹ Грађански Законик Филипина, чл. 1504: “*Unless otherwise agree, the goods remain at the seller's risk until the ownership therein is transferred to the buyer, but when the ownership therein is transferred to the buyer, the goods are at the buyers risk wether actual delivery has been made, or not [..]*”

Одређени правни институти који су били представљени као апсолутни прозводи правног трансплантовања, а нарочито део који се бави купопродајним уговором, показују да су правни транспланти универзална појава и да не заобилазе земље без обзира на њихов географски положај или ступањ развоја у тренутку када се одлуче за какав легислативни подухват.

SUMMARY

After series of wars against Ottoman Empire during XVIII and XIX century, Montenegro, during the reign of Nicholas I (1860 – 1921), finally reached the position where the arise of new diplomatic and economic relations to the other countries created an emerging need to modernize nation and catch up with the legislative projects that already existed in modern Europe. Montenegro, on the other hand, was a territory primarily ruled by the particular common law which, in the time when economical standards denied development of individualisation, favoured a collective type of living (similar to Roman *consortium*), a family known as “zadruga” in the language of South Slovans. To overcome particularism and unify the tribes, Nicholas I sends a letter to Valtazar Bogišić, a professor of history of law of Slavic people in University of Odessa. Bogišić was a follower of Savigny’s historical school of jurists and hence for adressed many critics to Serbian Civil Code, which was actually a shortened version of Austrian Civil Code from 1811. Bogišić’s understandings were those that the civil code of Montenegro must be relied on basic common law, which, on the other hand, had to be modeled by the standards of European legislation. Method that Bogišić had used to examine the common law institutions is original, as he wrote a Questioner that included questions about family, heritage, properties etc., which were to be answered by the most prominent experts in common law of the their tribal territory. Normally, it had many flaws compared to the understanding of what a modernized country’s legal system should look like: creditors could secure their claims only through movable properties of the debtor, there were no any periods of prescription and contracts could not be

terminated once agreed on, no matter of the circumstances which were at the time of agreement. For first paragraphs of Montenegro Civil Code Bogišić used a model of Code Civil, concerning a publication, operation and applications of statutes in general. Risk transfer in a sale contract was also a legal solution transplanted from Civil Code, but the most important institute that this code introduced in legal system of Montenegro is a hypothec. Code was finished in 1888, it excluded family law and inheritance law, as Bogišić considered these two to be made of moral elements unique for each nation and should still be regulated by a common law. This opinion of Bogišić directly impacted the outcome of Japanese Civil Code (transplanted German Civil Code but lacking the laws of family and inheritance), as during the World's fair in 1878 he was invited to Japanese embassy where he presented his ideas of what civil code should include or exclude. Bogišić was the first who actually accomplished to unify common law in Montenegro and turn it into a harmonized system that could go shoulder by shoulder with the rest of the Europe.

ИЗВОРИ И ЛИТЕРАТУРА

1. *Аргентински Грађански Законик* из 1871. године (*Código Civil de la República Argentina*)
2. *Аустријски Грађански Законик* из 1811. године (*Allegmeines Bürgerliches Gesetzbuch für die deutschen Erblänger - ABGB*)
3. *Грађански Законик Квебека* из 1994. године
4. *Грађански Законик за Краљевину Србију* из 1844. године
5. *Грађански Законик Исламске Републике Ирана*
6. *Грађански Законик Републике Мађарске* из 1959. године
7. *Грађански Законик Филипина* из 1949. године
8. *Епнунски законик (Хрестоматија за упоредну правну традицију)*
9. *Законик Данила Првог, Књаза и Господара слободне Црне Горе и Брдах* из 1855. године
10. *Закон о облигационим односима СФРЈ* из 1978. године
11. *Италијански Грађански Законик* из 1864. године (*Il Codice Civile Italiano*)
12. *Јапански Грађански Законик* из 1898. године

13. *Kingdom of Hawaii Civil Code*
14. *Немачки Грађански Законик* из 1900. године (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*)
15. *О главним задацима у раду на састављању законика*, 19. фебруар 1873. (Богишић у писму Петру Николајевичу Стремоухову)
16. *Општи имовински законик за књажевину Црну Гору* из 1888. године
17. *О раду и основним начелима на састављању законика*; 22. фебруар/7. март 1874. (извештај Валтазара Богишића кнезу Николи)
18. *Устав Исламске Републике Ирана* из 1979. године
19. *Указ књаза Николе*, 14. јануара 1898. године
20. *Указ књаза Николе*, 25. марта 1888. године
21. *Француски Грађански Законик* из 1804. године (*Code Civil*)
22. *Француски Законик о грађанском поступку* из 1807. године (*Code de procedure civil*)
23. *Хамурабијев законик* (*Хрестоматија за упоредну правну традицију*)
24. *Швајцарски Грађански Законик* из 1912. године (*Schweizerisches Zivilgesetzbuch*)
25. АЛАН ВОТСОН: *Правни транспланти – приступ упоредном праву*, Београд 2010
26. АЛАН ВОТСОН: „Право у књигама, закону и стварности: упоредноправни поглед“, предавање студентима Правног факултета у Београду 2007
27. АНАНИЈЕ ИЛИЋ: *Систем права о кућној заједници у Црној Гори*, Београд 1936
28. ВАЛТАЗАР БОГИШИЋ: *Богишић о себи и други о Богишићу*, Београд – Подгорица 1999
29. ВАЛТАЗАР БОГИШИЋ: *Писани закони на словенском Југу*, Београд – Подгорица 1999
30. ВАЛТАЗАР БОГИШИЋ: „Поводом црногорскога Грађанског законика“, *Анали Правног факултета у Београду (АПФБ)* 1-2/2003
31. ВАЛТАЗАР БОГИШИЋ: „Стручно називље у законима (писмо пријатељу Филологу)“, *АБПФ* 1-3/1998
32. ВАЛТАЗАР БОГИШИЋ: *Правни обичаји у Црној Гори, Херцеговини и Албанији (анкета из 1873.)*, Подгорица 2004
33. ВАЛТАЗАР БОГИШИЋ: *Метод и систем кодификације Општег Имовинског Законика за Књажевину Црну Гору*, Београд 1967

34. ВАЛТАЗАР БОГИШИЋ: “Технички термини у законодавству”, *АПФБ* 4-6/1998
35. ВАЛТАЗАР БОГИШИЋ: *Грађа у одговорима из различних крајева словенског југа*, Подгорица 2004
36. ВОЈИСЛАВ СТАНИМИРОВИЋ: *Хрестоматија за упоредну правну традицију*, Београд 2010
37. ВИДОСАВА СТОЈАНЧЕВИЋ: „Валтазар Богишић о методи проучавања породице, брака и сродничких односа у нашем наорду“, *Гласник Етнографског института САНУ*, Београд 1998
38. ДАНИЛО САВОВИЋ: “Уговор о продаји према Општем Имовинском Законику”, *Споменица Валтазара Богишића (Споменица)*, Лука Бренеселовић, Београд 2011
39. ЈЕЛЕНА ДАНИЛОВИЋ: *Историјско правне студије*, Подгорица 2002
40. ЛУКА БРЕНЕСЕЛОВИЋ, *Споменица Валтазара Богишића – о стогодишњици његове смрти*, Београд 2011
41. ЉУБОМИРКА КРКЉУШ: *Правна историја српског народа*, Београд 2011
42. МИЛЕНА ПОЛОЈАЦ: *Практикум за римско право; текстови и случајеви римских правника из облигационог права*, Београд 2011
43. МИЛОШ ЗДРАВКОВИЋ: „Место појма правде у оквиру ОИЗ“, *Споменица*
44. МИЛОШ Д. ЛУКОВИЋ: *Богишићев законик- припрема и језичко обликовање*, Београд 2009
45. МИЛОШ Д. ЛУКОВИЋ: „Истраживања Валтазара Богишића племенског друштва у Црној Гори, Херцеговини и Албанији”, Балканолошки институт САНУ
46. МИРОСЛАВ ЂОРЂЕВИЋ: „Правни транспланти и Србијански Грађански Законик из 1844.“, Београд 2008 (Alan Watson Foundation)
47. МОМЧИЛО ТОМИЋ: *Примена закона о хипотеци; хипотека – залагање непокретности*, Београд 2007
48. МИРОСЛАВА БАБИЋ: “Метод и систем кодификације имовинског права у Црној Гори, *АПФБ* 2/1968
49. МИРОСЛАВ ЂОРЂЕВИЋ: „Кодификаторски рад Валтазара Богишића и Јована Хаџића“, *Споменица*
50. МИРОСЛАВ ЂОРЂЕВИЋ: „Правни транспланти и Србијански Грађански Законик из 1844.“, Београд 2008 (Alan Watson Foundation)
51. МИРОСЛАВ МИЛОШЕВИЋ: *Римско право*, Београд 2011

52. МИХАИЛО КОНСТАНТИНОВИЋ: „Скица Михаила Константиновића”, *АБПФ* 3-5/1978
53. МИХАИЛО КОНСТАНТИНОВИЋ: „Идеје Валтазара Богишића о народном и законском праву“, *АПФБ* 3-4 1982
54. МИХАИЛО КОНСТАНТИНОВИЋ: „Тенденција модерних законодавстава у смислу ограничења права на наслеђивање”, *АПФБ* 3-4 1982
55. НЕВЕНКА БОГОЈЕВИЋ – ГЛУШЧЕВИЋ: *Рецепција римског и византијског права на балканском Југу*, Подгорица 2011
56. П.Ћ. СТОЈАНОВИЋ: „Привидне противуречности одредаба Општег Имовинског Законика“, *Богишић о себи и други о Богишићу*, Београд – Подгорица 1999
57. РАДМИЛА КОВАЧЕВИЋ – КУШТРИМОВИЋ: „Богишићева схватања о питањима кодификације”, *Споменица Валтазара Богишића (Споменица)*, Књига 1
58. РАДОМИР БУРОВИЋ, МИОДРАГ ОРЛИЋ: „Од Општег Имовинског Законика до Закона о Облигационим Односима”, *АПФБ* 3-5/1978
59. СИМА АВРАМОВИЋ, ВОЈИСЛАВ СТАНИМИРОВИЋ: *Упоредна правна традиција*, Београд 2011
60. С. АВРАМОВИЋ, Д. РАКИТИЋ, М. МИЛЕНКОВИЋ, Б. ВАСИЋ, А. ФУЛГОСИ, Б. ЈОКИЋ: *The predicament of Serbian Orthodox holy places in Kosovo and Metohia; Elements for a Historical, Legal and Conservational understanding*, Београд 2010
61. СИМА МИЛУТИНОВИЋ САРАЈЛИЈА: *Историја Црне Горе/Дика црногорска*, Бачка Паланка 2009
62. СРЕТЕН ВУКОСАВЉЕВИЋ: „Корени Богишићевог имовинског законика”, *АПФБ* 1958
63. СТАНКА СТОЈАНОВИЋ: „Стицање од невластника“, *Актуелна питања грађанске кодификације*, Ниш 2008
64. ТОМИЦА НИКЧЕВИЋ: „Богишићеве припреме за закон о браку у Црној Гори”, *АПФБ* 1958
65. WERNER ZIMMERMAN: „О почетку Богишићевог интереса за историјскоправну школу“, *Споменица*