

Ljiljana Gavrilović

SUDSKA PRAKSA
 KAO NAČIN PREVAZILAŽENJA KOLIZIJE
 IZMEĐU OBİČAJNOG I POZITIVNOG PRAVA

Antropološko ispitivanje procesa društvene kontrole trebalo bi da se odvija u dva pravca:

1 Ispitivanjem običajnog prava, odnosno načina regulisanja društvenih odnosa u društvima bez razvijene državne organizacije kao i marginalnih, ali široko prihvaćenih pravila koja postoje u praksi paralelno sa sistemom pozitivnog prava u društvima sa razvijenom državnom organizacijom i pravnim sistemom.

2 Ispitivanjem načina primene pozitivnog prava, naročito u oblasti gde su društveni odnosi dugo bili regulisani isključivo običajnopравnim propisima, kao i u oblastima gde je došlo do nagle promene pravnog sistema, tako da prethodni pravni sistem i dalje utiče na regulisanje društvenih odnosa, jer rešenja ukinuta promenom prelaze iz kategorije pozitivnog u kategoriju običajnog prava.¹

»Pravni sistem jednog društva može se u potpunosti razumeti samo ako se proučava u odnosu na društvenu strukturu, i obrnuto, razumevanje društvene strukture zahteva, između ostalog, sistematsko proučavanje pravnih institucija.«² Sistem običajnog prava određen je društvenom strukturom tradicijskog društva u kojoj je nastao i utiče na njeno održavanje i reprodukovanje, odnosno na ravnotežu društvenih snaga³. Po svojoj ideji običajno pravo je statično, jer se zasniva na strukturi tradicijskog mišljenja, odnosno idealnim modelima ponašanja formiranim u okviru tradicijske kulture⁴, koji su takođe statični⁵. S druge strane, pozitivno pravo je usmereno na održavanje društvene strukture koja je bitno različita od tradicijske, ali i na njenu transformaciju u željenom

¹ Kod nas je to naročito izraženo u krajevima gde je do rata bilo primenjivano šerijatsko pravo, čiji su elementi do danas ostali da žive kao običajnopравni propisi (npr. bigamija, koja se kod Muslimana i danas smatra normalnom, a u nekim slučajevima i poželjnom).

² A. R. Redklif-Braun, *Struktura i funkcija u primitivnom društvu*, Beograd, 1982, 277.

³ *Ibidem*, 262—284.

⁴ D. Rihtman-Auguštin, *Struktura tradicijskog mišljenja*, Zagreb, 1984, 13—15.

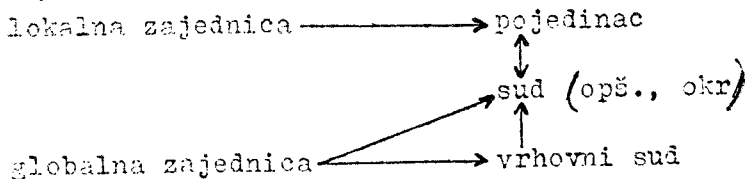
⁵ Naravno, samo tradicijsko društvo uopšte nije statično, jer u praksi postoje velika odstupanja od tradicijskih idealnih modela ponašanja.

pravcu, odnosno na ostvarivanje željenih idealnih modela ponašanja, tako da je pozitivno pravo dinamično, ili bi tako trebalo da bude.

Očigledno je da su pozitivno i običajno pravo u koliziji već po svojoj strukturi, a kako su odraz bitno različitih pogleda na svet, jasno je da kolizija postoji u regulisanju svih oblasti društvenih odnosa /najupadljivija je u regulisanju braka i porodice, svojine, nasleđivanja, krvnih delikata i, uslovno rečeno, procesnog prava/. Izuzeci postoje jedino u slučajevima primene kodifikacija običajnog prava, kada se u običajnopravne propise uvode transformacije koje mogu da omoguće postepeno restrukturiranje društva u željenom pravcu⁶, čime se narušava struktura običajnog prava, ali se, privremeno zadržava niz običajnopravnih rešenja.

Kolizija između običajnog i pozitivnog prava može da se prevaziđe na dva načina: paralelnim regulisanjem društvenih odnosa, pri čemu oba pravna sistema funkcionišu nezavisno jedan od drugog /kao u slučajevima različitih oblika krivice — od osвете do otmice devojke ili razvoda braka — gde se u okviru običajnopravnog procesa utvrđuje krivica i donosi presuda obavezna za sve zainteresovane mimo, ili paralelno sa odlukom redovnog suda: muslimani na Sjeničko-pešterskoj visoravni, besa kod Albanaca u severnoj Metohiji i sl, ili putem sudske prakse, odnosno tumačenjem pozitivno-pravnih propisa.

Ispitivanjem normi običajnog prava bavili su se pre svega pravници, ali i etnolozi, počev od druge polovine XIX veka; ispitivan je i uticaj pozitivnog prava na transformaciju običajnopravnih normi, ali uticaj običajnog na primenu pozitivnog prava do sada nije posmatran⁷. To je nesumnjivo posledica uverenja da su bitno različite strukture tradicijskog i savremenog društva potpuno suprotstavljene i da ne postoji interes, niti mogućnost za međusobno usklađivanje, naročito u okviru pravnog sistema, koji je jedan od osnovnih izraza društvene strukture. Međutim, kako je za ostvarivanje društvene ravnoteže na nivou države (koja u ovom slučaju predstavlja savremeno-globalno društvo) neophodan minimum društvene ravnoteže u lokalnim zajednicama (koje su često do danas vezane za tradicijske modele ponašanja), delimično usvajanje običajnopravnih normi kroz tumačenje pozitivnog prava obezbeđuje ostvarivanje ravnoteže na oba nivoa. Vezu između lokalne i globalne zajednice ostvaruje sud (opštinski, odn. okružni), dok se Vrhovni sud pojavljuje kao isključivi zaštitnik interesa globalnog društva:



⁶ Dobar primer takve kodifikacije predstavlja Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru Valtazara Bogišića: Lj. Gavrilović, *Pravna i poslovna sposobnost u istraživanjima Valtazara Bogišića*, saopštenje na skupu posvećenom životu i delu Valtazara Bogišića održanom u SANU 1984.

⁷ Izuzetak je samo tretiranje krvne osвете. R. Vranić, *Krivičnopравни aspekt krvne osвете na Kosovu*, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, IX, 4, Beograd, oktobar-decembar 1971, 626—632 i sl.

Na taj način su interesi globalnog društva dvostruko zaštićeni, dok se interes lokalne zajednice ostvaruje ako je istovetan sa interesom globalne zajednice, ili ako su zainteresovani pojedinci zadovoljni presudom prvostepenog suda.

Uticao običajnog prava na tumačenje pozitivno-pravne norme ostvaruje se na dva načina⁸:

1 namernim uvidom suda u običajnopravnu normu, da bi se, zavisno od opšte, ali i lokalne društvene potrebe, prihvatila ili negirala običajnoppravna norma i stav tradicijskog društva koji je kroz nju izražen (*svesno*). Tipičan je primer tretiranja krvne osvete kao ubistva iz niskih pobuda, da bi se oštrinom sankcije delovalo na njeno iskorenjivanje, jer je to u interesu i lokalne, ali i globalne zajednice⁹.

2 *Nesvesno*, preko sudija, čiji stavovi direktno utiču na primenu pozitivnopravnih normi. Kako su to najčešće ljudi formirani u tradicijskom kulturnom miljeu (rođeni i odrasli na teritoriji gde sada rade), oni norme tradicijskog društva prihvataju kao svoje, pa to utiče i na primenu pozitivnopravnih propisa u skladu sa običajnopравnim normama¹⁰.

Dakle, tu se postavljaju dva problema: procena društvene koristi prilikom primene pozitivnopravne norme, sa stavljanjem težišta na interes lokalne ili globalne zajednice, i ličnost sudije, odnosno njegova sposobnost razgraničavanja sopstvenog kulturnog miljea od društvenih interesa.

Uvođenje pozitivnopravnih propisa koji predviđaju egalitarne odnose u braku i porodici, davanje pune pravne i poslovne sposobnosti licima koja po običajnom pravu imaju samo vrlo ograničenu pravnu i poslovnu sposobnost (žene, sinovi i sl.), ukidanje mehanizma samosuda i druge promene tog tipa, direktno deluju na razgrađivanje strukture tradicijske porodice i društva uopšte. Zbog toga je problem funkcionalnosti odluke suda na nivou lokalne zajednice bitan za ostvarivanje postepene transformacije tradicijske društvene strukture. Naime, interes pojedinca se najčešće poklapa sa interesom lokalne zajednice, jer on u okviru tradicijske društvene strukture, čiji je deo, najlakše može da ostvari ekonomsku ali i psihičku sigurnost, jer njegovi stavovi direktno proizilaze iz stavova tradicijskog društva. To se najbolje vidi na primerima dodeljivanja dece posle razvoda braka ocu na teritoriji Okružnog suda u Novom Pazaru jer dete, naročito sin, jedino u okviru očeve porodice može

⁸ Istraživanja su vršena u Arhivu Okružnog suda u Novom Pazaru i Opštinskog suda u Sjenici. Uzeti su u obzir svi predmeti iz statusnog prava iz 1978. i 1979. godine, ostavinske rasprave, sporovi zbog deoba, kao i krivični predmeti iz perioda 1978—1983.

Ispitivani su i stavovi o razvodu braka, dodeljivanju dece posle razvoda, položaju žene i dece u porodici, nasleđivanju, kao i običajno pravo u našem smislu. Ispitivanje je u okviru projekta »Etnološka istraživanja na teritoriji starog Rasa« i »Etnološka istraživanja Sjeničko-pešterske visoravni«, vršeno, putem intervjua i neposrednim opažanjem, u opštinama Novi Pazar, Tutin i Sjenica 1983, 1984. i 1987. godine.

⁹ Љ. Гавриловић, *Беса као ограничење самосуда*, ГЕИ XXXII, Београд 1983, 64.

¹⁰ Drastičan primer prihvatanja tradicijskog shvatanja predstavlja S 108/78 iz Arhiva OS Novi Pazar, gde se brak razvodi krivicom žene po čl. 61 Zakona o braku SRS (rađenje o glavi), na osnovu tužbe da je žena upotrebom zemlje sa groblja pokušala da usmrti muža. U ovom slučaju sudija prihvata tradicijsko shvatanje delotvornosti simpatičke magije, koju tretira kao istinsko rađenje o glavi.

da ostvari pravo na nasleđivanje imanja.¹¹ Uobičajeni stav suda potpuno se poklapa sa stavovima zainteresovanih pojedinaca — problemi nastaju najčešće u slučajevima kada je jedan roditelj (najčešće majka) iz sredine sa drugačijom tradicijom. Isto važi i za izuzimanje ženske dece iz nasleđivanja — sestre i dalje najčešće odustaju od prava na nasleđe u korist braće (kao i majke u korist sinova), čime se zadržava tradicijska raspodela imanja, ali i odnosi između porodica stvoreni ženidbenim vezama¹². Sudska praksa potpuno prihvata ovakve tradicijske odnose i uvodi ih u sistem pozitivnog prava. To je potpuno funkcionalno sa stanovišta lokalne zajednice, ali delimično i sa stanovišta globalnog društva, jer sprečava nagli raspad porodice, kao osnovne društvene jedinice.

U ovim slučajevima javljaju se problemi kada stavovi pojedinaca nisu usklađeni, odnosno kada dolazi do sukoba stavova unutar same lokalne zajednice. Sve su učestaliji primeri različitog shvatanja položaja žene i muškarca u braku i porodici, naročito ako je žena zaposlena, kao i položaja žene i ženske dece pri nasleđivanju. Rešenja sudske prakse su u tim slučajevima šarolika i zavise pre svega od stava sudije, ali su obično bliža običajnopравnim propisima nego savremenom shvatanju egalitarnih odnosa u braku i porodici. Zbog toga Vrhovni sud, koji veoma malo uzima u obzir tradicijski društveni model i zbog toga predstavlja mehanizam globalnog društva za ograničavanje uticaja običajnog prava kao izraza tradicijske društvene strukture, sve češće ukida ovakve odluke lokalnih sudova.

Ovde je neophodno napomenuti da u okviru privatnog prava, pre svega građanskog, postoji relativno široka oblast čije regulisanje nije od izuzetnog značaja za globalno društvo. To su uglavnom sporovi male vrednosti, gde se poravnanje i danas vrši na običajnopравni način («sud dobrih ljudi»), potpuno mimo pozitivnog prava¹³. Međutim, u ovim slučajevima ne može da se govori o koliziji — to je marginalno pravo, koje ostaje van sfere pravosuđa bez obzira na to da li su njegova rešenja različita ili odgovaraju rešenjima predviđenim pozitivnim pravom, i ostaje zahvaljujući tome što se sporovi na ovaj način rešavaju brže i efikasnije nego u redovnom sudskom postupku.

Stav sudske prakse u slučajevima samosuda (osveta, krvna osveta i svi drugi oblici samostalnog ostvarivanja prava predviđeni običajnim pravom) daleko je ujednačeniji. Samosud po pravilu predstavlja otežavajuću okolnost u proceni krivice za primarno krivično delo (npr. ubistvo, telesna povreda i sl.). To je u potpunoj suprotnosti sa tradicijskim shvatanjem, koje podstiče samosud. Sud, u stvari, nastoji da oštrim sankcijama deluje pedagoški, odnosno da deluje na izumirenje prakse koja je funkcionalna u okviru tradicijske društvene strukture, ali je potpuno disfunkcionalna sa stanovišta savremenog društva, a praktično i sa stanovišta savremene lokalne zajednice. (Npr. povlačenje u kućni pritvor zbog duga krvi apsolutno je nefunkcionalno i za porodicu i za

¹¹ Љ. Гавриловић, *Додељивање деце после развода брака као показатељ положаја жене у друштву*, Етнолошке свеске VI, Београд—Светозарево, 1985, 13—16.

¹² Н. Павковић, *Традицијско право и савремена сеоска породица*, ГЕМ XXXII, Београд, 1983, 43—45.

¹³ Ђ. Крстић, *Правни обичаји код Куча*, Пос. изд. Балканолошког института САНУ 7, Београд, 1979, 174—175.

lokalnu zajednicu, pre svega iz ekonomskih razloga — zemlja ostaje neobrađena, deca ne mogu da idu u školu, muškarci napuštaju posao i sl.).

Dakle, očigledan je različit stav sudske prakse u okvirima javnog i privatnog prava. Dok se u javnom pravu striktno prihvataju pozitivno-pravna rešenja koja su u skladu sa potrebama savremenog društva, dotle je u privatnom pravu i dalje značajan uticaj običajnopравnih normi. S jedne strane, to je posledica većeg interesa globalnog društva za regulisanje odnosa u okviru javnog prava, ali i samo prividne funkcionalnosti tradicijskih rešenja na nivou lokalne zajednice. Naime, iako u skladu sa tradicijskim modelom ponašanja, one su za lokalnu zajednicu praktično disfunkcionalna. S druge strane, same sudije lakše prihvataju transformacije u sferi javnog, jer one ne zadiru u intimu i, bar na prvi pogled, ne ugrožavaju sigurnost pojedinca u transformisanom društvu.

Međutim, kako se tradicijski modeli ponašanja, čak iako su disfunkcionalni na svim nivoima, teško napuštaju, a pozitivno pravo ne pruža nikakvu mogućnost za prevazilaženje postojeće kolizije, u oblasti javnog prava danas, u svim krajevima gde su tradicijska shvatanja još veoma prisutna, postoje dva paralelna sistema, čije su odluke u okviru pozitivnog prava obavezne samo za krivce, a u okviru običajnog prava i za krivce i za oštećene. Postojanje paralelnog običajnog prava, čija rešenja utiču pre svega na pomirenje između zavađenih porodica ili širih grupa, dakle na uspostavljanje narušene društvene ravnoteže, dopuna je pozitivnopravnim rešenjima koja su isključivo represivna, usmerena na kažnjavanje pojedinca krivog za nastalu neravnotežu.

Iza svega što je rečeno vidi se da je sudska praksa uspešan način prevazilaženja kolizije između običajnog i pozitivnog prava u okviru privatnog prava, sa prihvatanjem niza rešenja iz običajnog prava, ali i tendencijom uvođenja savremenijih odnosa u porodici i lokalnoj zajednici u onoj meri u kojoj se ti odnosi zaista uspostavljaju.

U okviru javnog prava, gde ne postoji mehanizam prevazilaženja kolizije u samom pozitivnopravnom sistemu, problem se rešava postojanjem paralelnih sistema, od kojih svaki pravni sistem predviđa rešenje u skladu sa stavovima zajednice čiju strukturu odražava, čime se takođe ostvaruje relativna, mada krhka, društvena ravnoteža.

Ljiljana Gavrilović

LEGAL PRACTICE AS A METHOD OF OVERCOMING THE CONFLICT
BETWEEN THE COMMON AND POSITIVE LAW

— Summary —

Legal practice represents a method of overcoming the conflict between the common and the positive law primarily within the private law — by interpretation of positive law, a series of solutions which originate from the common law are introduced, which is very important for preservation of social balance. Within the public law, where such mechanism does not exist, the problem of conflict is solved by the parallel existence of the common and positive law, thus satisfying the needs of local and global social community.
