

Војислав СТАНИМИРОВИЋ*
Правни факултет
Универзитет у Београду

УДК 343(497.11)
DOI: 10.5937/adpn2304027S
Оригинални научни рад

Уна ДИВАЦ**
Правни факултет
Универзитета у Београду

ОБИЧАЈНО И ПОЗИТИВНО ПРАВО У СРБИЈИ***

Сажетак

Обичајно право се може правилно разумети само уколико у његовом објашњењу саучествују правна, етнoлошка и социолошка наука. Током последња два века, однос обичајног и позитивног права прошао је кроз две различите фазе. У првој фази, обичајно право је показало своју правну снагу, вековима укорењену у патријархалној средини. Противно намери Јована Хаџића, оно је надвладао модерно аустријско право преточено у Српски грађански законик, и само је обликовало брачно, породично и наследно право, постајући тако део позитивног права. После Другог светског рата, ново револуционарно социјалистичко право, прокламујући нови систем вредности и морала, жестоко се обрачунавало са обичајним правом и руралним срединама, као реликтима превазиђеног класног друштва. Међутим, обичај је показао сву своју жилавост и чак, користећи норме позитивног права и рупе у законима, налазио начина да преживи. Ово се, можда, може најсликовитије показати на примеру наследног права, јер оно показује сву сложеност и испреплетаност вековима обликоване традиције нашег народа. Да би се разумело наследно обичајно право,

* Аутор је ванредни професор на Правном факултету Универзитета у Београду. Електронска адреса аутора: woja64@gmail.com.

** Ауторка је асистенткиња на Правном факултету Универзитета у Београду. Електронска адреса ауторке: una.divac@ius.bg.ac.rs.

*** Чланак је настао у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Савремени проблеми правног система Србије“ за 2023. годину.

претходно се морају анализирати породица, брак и сродство. И у XXI веку, поједини обичаји опстају, иако их је већина нестала превазилажењем патријархалних односа у друштву, а чак се из различитих разлога јављају и нови.

Кључне речи: обичајно право, обичај, патријархат, наслеђивање, позитивно право;

Кад човјек, незасјењеним душевним оком, погледа с једне стране на правничку науку с тим што се обично на њу наслања (писано законодавство и учени судије), а с друге на фактичне одношаје друштвено-правнога бивовања народног на словенском југу - тешко да му се неће сама собом погледу наметнути слика, која, осим што ће га пробудити к размишљању, већ ће му и на први мах оставити утисак: као да међу та два живља не господује баш најбоља хармонија.

О значају правних обичаја

Валтазар Богишић

... да ли се у космичком и историјском позоришту у целини може опазити кретање које тежи коначном усаглашавању свега?

Невоље са ђаволом

Лешек Колаковски

1. УВОД

Међусобни однос обичајног и позитивног права обележио је правну историју Србије. Сениорат обичаја у средњем веку, полако је потискивао немањићко законодавство, инспирисано византијским правом и Законоправилом Светог Саве, да би, доношењем Душановог законика, био озбиљно нарушен, иако су неки обичаји продрли и у сам законик. Међутим, вековни живот нашег народа под отоманском влашћу, која је збрисала властеоски слој, дао је пуни замах обичајном праву који је очувао традицију обезглављеног народа. Оно је, као један од најважнијих сегмената наше традиције, допринело очувању нашег идентитета. Уплив аустријског права на ове просторе и доношење Српског грађанског законика 1844. године, довешће, у пракси, до паралелизма позитивног и обичајног права, и тај сукоб није, у потпуности, окончан ни данас.

У теорији, готово је опште место да се друштвени односи у свакој заједници могу регулисати на два основна начина: обичајним правом и позитивноправним прописима.¹ Неспорно је, такође, да, хронолошки гледано, првенство припада обичају.² “All laws begins with custom.”³ До закона доводи писмо, а до права обичај, и он представља првобитни начин уређивања односа у људским заједницама.

Једна од најчешћих антрополошких дефиниција обичаја је да је он најважније средство друштвене контроле у архаичним друштвима.⁴ Глукман (*Max Gluckman*) примећује да се кроз успостављање и развој сродства, крвних и духовних веза, рангирање чланова заједнице и по хоризонтали и по вертикали, усклађујући се са универзумом, људи прво деле (путем права и обавеза, одређивања њиховог места у друштву, дефинисања односа са другим групама), да би се коначно ујединили.⁵

У нашој, правноетнолошкој литератури, бројне су, али и веома сличне дефиниције обичаја. За Ђорђевића, „обичаји су искуством и навиком створене одредбе, које као какви закони, иако нигде нису написане, управљају целокупним животом и радом извеснога друштва“⁶; док за правне обичаје каже: „то су обичаји по којима се одржава

¹ Slađana S. Đurić, *Osveta i kazna – sociološko istraživanje krvne osvete na Kosovu i Metohiji*, Prosveta, Niš, 1998, str. 7: „U prvom slučaju je reč o poštovanju pravila društvenog života sadržanih u običajima, dok drugi mehanizam pretpostavlja postojanje izgrađenog pravno-institucionalnog okvira i unutar njega sistematičnu celinu pozitivnopravnih normi i ponašanja.“

² Henry Sumner Maine, *Ancient Law – its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*, John Murray, London, 1861, p. 4: “The notion of custom must precede that of judicial sentence, and that a judgment must affirm a custom or punish its breach...” За њега је то “historical order”.

³ David J. Bederman, *Custom as a Source of Law*, Cambridge University Press, New York, 2010, p. 3.

⁴ Исто, p. 44; Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, New York, 1961, pp. 89-90; Edward Adamson Hoebel, *The Law of Primitive Man*, Harvard University Press, Cambridge, MA – London, England, 1954, p. 15: “... law consists of a specially demarked set of social norms that are maintained through application of “legal” sanctions. The entire operating system of sanctioning norms is what constitutes a system of social control. Law as a process is an aspect of the total system of social control maintained by a society.”; Bronislaw Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society*, Rowman & Allanheld, New Jersey, 1985, p. 55: “The rules of law stand out from the rest in that they are felt and regarded as the obligations of one person and the rightful claims of another. They are sanctioned not by a mere psychological motive, but by a definite social machinery of binding force, based, as we know, upon mutual dependence, and realised in the equivalent arrangement of such claims into stands of multiple relationship. The ceremonial manner in which most transactions are carried out, which entails public control and criticism, adds still more to their binding force.”

⁵ Max Gluckman, *Custom and Conflict in Africa*, Basil Blackwell, Oxford, 1973, p. 1.

⁶ Тихомир Ђорђевић, „Наши народни обичаји“, *Наши народни живот*, том 1, Просвета, Београд, 1984, стр. 23.

нормални ред у друштву или се поремећени враћа у нормалу⁷. Ђорђевић Црнобрња даје своју дефиницију: „Обичајно право, правни обичаји, обичаји у сфери права изрази су који се најчешће користе за скуп друштвених норми којим се регулишу међуљудски односи и понашање.“⁸ Павковић даје свеобухватнију дефиницију: „Обичајно право – скуп обичаја, правила, друштвеног понашања, који делују као самосталан извор права при регулисању односа између људи и у људским заједницама; настало је спонтано у ужим или ширим друштвеним заједницама (породица, род, племе, насеље, шира област, па и држава). У друштвима са државном организацијом, обичајно право је координирано законском праву и за његово важење и примену није потребно признање од стране законског права (права држава).“⁹ Врло је слична и Крстићева дефиниција обичаја: „Та норма, која се, дакле, ствара учесталим понављањем, добијајући тако обавезну снагу, јавља се на основу извесних трајних друштвених односа и елемената, тако да је услов за њен настанак и одржавање релативна стабилност друштвених односа.“¹⁰

Бедерман (*David J. Bederman*) се, са правом, запитао: “Can custom be law, even before it is recognized by authoritative legislation or precedent? Assuming that custom is a source of law, what are the elements of custom? Is prove of a consistent and long-standing practice sufficient or must there be an extra ingredient that practice is pursued out of a sense of legal obligation or, at least, that the custom is reasonable and efficacious? How does one actually prove a custom? Most tantalizing of all, is custom a source of law that we should recognize in modern, sophisticated, legal systems, or is the notion of “law from below” outdated, or even dangerous, today?”¹¹

Павковић напомиње да „кад обичајно-правне норме постају саставни део већ изграђених позитивних закона, настаје нова,

⁷ Исто, стр. 26: „Ту спадају: суђење и кажњавање, кривица, освета, умиривање свађе и распре, куповина и продаја, деоба имања или добити и сл.“

⁸ Јадранка Ђорђевић Црнобрња, „Обичајно право“, у зборнику: *Етнологија и антропологија* (приредиле Нина Алексић и Љиљана Гавриловић), Службени гласник и Етнографски институт САНУ, Београд, 2017, стр. 266. Потом напомиње да се оно и данас примењује у сфери брачног и наследног права.

⁹ Никола Ф. Павковић, *Студије и огледи из правне етнологије*, Српски генеалогски центар, Београд, 2014, стр. 16, 69, 74 и 149.

¹⁰ Ђурица Крстић, *Правни обичаји у прошлости и данас – компарације и концепције*, Црногорска академија наука и умјетности, Подгорица, 1997, стр. 15 и 195; Ђурица Крстић, *Правни обичаји у Црној Гори*, CID, Podgorica, 2010, стр. 11.

¹¹ David J. Bederman, *Custom as a Source of Law*, нав. дело, IX.

квалитативна промена, оне прелазе „у категорију обичајног права у ужем смислу“.¹²

Још у Византији се правила подела на „добре“ и „лоше“ обичаје. Сви они којима се супротстави закон, нису могли да се примењују, док су они други, корисни, разумни, у складу са законом, могли да добију потврду од суда.¹³ Међутим, обичајно право укоренењено у традицији једног друштва може опстати и поред противљења и изричите законске забране позивитног права, без обзира на то да ли се и у коликој мери ова два права разликују. Наиме, речима Крстића: „Изван граница у којима је обичајно право допуштено законом, правни обичај не вреди за суд. Али, уколико извесни посао не долази суду и уопште не долази у додир са државном влашћу, уколико се креће у границама неспорног, мирног приватног саобраћаја, који се врши изван и мимо дејства државне власти, утолико могу да вреде за њега без икаквих препона и правни обичаји и све остале врсте позитивног права осим закона. Њихово се дејство базира не на формалном допуштењу од стране закона, него на извесним захтевима друштвеног живота мимо закона.“¹⁴

Истрајност обичајног права потиче из његове суштине. Оно изражава у пуној мери ставове средине која га је изнедрила и свако ново позивање на њега даје му додатну снагу и ојачава га, јер само учвршћује уверење да је оно за све чланове заједнице појединачно, али и саму заједницу као хомогену целину, најважнији извор сигурности, а самим тим и израз повезаности и солидарности. Појединац уступа место интересу групе, обичајно право је „legal and economic communism“,¹⁵ поштује се по принципу „what the most do, others should do“.¹⁶ У таквом систему, појединац не може да учини прекршај и избегне одговорност, јер ће га казна неизбежно стићи, ако не моментално, онда у будућности, а за то ће се побринути читава заједница,¹⁷ истичући значај друштвене, али и унутрашње санкције.¹⁸ Кохезија друштва мора, по сваку цену, бити сачувана. Равнотежа космоса преноси се на равнотежу друштва и она је услов опстанка. Шта год и ко год да је поремети,

¹² Никола Ф. Павковић, *Студије и огледи из правне етнологије*, нав. дело, стр. 38.

¹³ Дитер Симон, „Закон и обичај у Византији“, *Анали Правног факултета у Београду*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, , vol. 35, бр. 2, 1987, стр. 147-148.

¹⁴ Ђурица Крстић, *Правни обичаји у прошлости...*, нав. дело, стр. 40-41.

¹⁵ Bronislaw Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society*, нав. дело, р. 73.

¹⁶ Edward A. Hoebel, *The Law of Primitive Man*, нав. дело, р. 15.

¹⁷ Bronislaw Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society*, нав. дело, р. 59.

¹⁸ Драгомир Стојчевић, „Санкција обичаја“, *Анали Правног факултета у Београду*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, vol. 31, бр. 1-4, 1983, стр. 660.

механизмима обичајног права она мора бити поново успостављена.¹⁹ У савременим друштвима циљеви који се постижу казном су превенција злочина и застрашивање, али у архаичним, она је средство којим се постиже поновно успостављање равнотеже.²⁰

Сигуран начин којим се она постиже у заједници је реципроцитет, на чему је, са правом, инсистирао Малиновски (*Bronislaw Malinowski*).²¹ Реципроцитет одржава сва друштва у равнотежи. Оно што је међу њима различито је поимање садржине појма „реципроцитет“ и до које мере његова тумачења могу отићи, у коју крајност, колико ригидно се поједина друштва тога придржавају и какав је систем вредности у чијим границама се он одређује. У сваком случају, ето закона акције и реакције у друштвеној пракси. Поступање по норми удаљава нас од излагања санкцији, док нас њој неминовно води кршење прописаног понашања. На тај начин се врши повраћај стабилности и поремећеног реда у заједници.

Друштвене и родне улоге прописане обичајима, за заједницу су, такође, у принципу, непроменљиве, јер би се свака промена могла одразити на равнотежу којој је неопходно очување постојећих друштвених односа. Самим тим, још једна од карактеристика обичајног права је његова конзервативност укалупљена у патријархалне матрице. Обичајно право углавном потиче из „још недовољно издиференцираног племенског друштва, а његова снага - што звучи парадоксално - извири из економске неразвијености, племенског партикуларизма и разједињености.“²² Таквом друштву у његовој статичној аутистичности, држава не треба, јер угрожава успостављени ред и поредак, уноси пометњу наметањем обавезности позитивног права. Такво друштво, иако свесно супрематије закона које штити држава, одбијало је, на све могуће начине, да се томе приклони. Та непослушност средине и њено упорно занемаривање слова закона, које је извирало из обичајног права и уједно га оснаживало, довело је до тога да сам народ закон види као другоразредни извор права, кога, услед хроничне неповерљивости према свакој власти, ваља заобилазити у широком луку и изигравати у свакој прилици. Сигурност је унутар заједнице, а све

¹⁹ Max Gluckman, *Politics, Law and Ritual in Tribal Society*, Aldine Publishing Company, Chicago, 1965, p. 279: "Equilibrium is a tendency of a system to return after disturbance to its previous state."

²⁰ Никола Ф. Павковић, *Студије и огледи из правне етнологије*, нав. дело, стр. 174-175.

²¹ Bronislaw Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society*, нав. дело, р. 46: "... reciprocity as the basis of the culture."

²² Đurica Krstić, *Pravni običaji u Crnoj Gori*, нав. дело, str. 51.

што је ван ње, и што из ње није потекло, представља потенцијалну опасност. Обичајно право се поштује и примењује управо зато што је проистекло из саме средине, саме базе, а не зато што је наметнуто одозго. Обичају није потребан „формални ауторитет нити институционални оквир да би заживео или ступио на снагу“.²³ Он је израз воље заједнице, по чијем мишљењу, не може постојати јачи основ важења. Отуда не чуде народне изреке: „Обичај је јачи од закона“, „У сваком селу свој закон“, „Вера се држи, а закон се брани“. Приврженост обичају гарантовала је опстанак.²⁴

Свака таква средина, по инерцији, пружа отпор сваковрсном наплетку и промени која не долази изнутра, чија је једна од најважнијих манифестација, свакако, позитивно право. Брзина законодавне регулативе и њене реакције на новонастале ситуације и односе, њена оспособљеност да, у мањој или већој мери, реагује доношењем нових норми, у потпуној је супротности са спорашћу настанка и дуговечношћу примене обичаја. Додуше, убрзани развој глобалног друштва у XXI веку има за последицу да већина обичаја нестаје или трпи значајне промене, али доводи и до бржег настанка нових обичаја, условљеним неким другим разлозима, који више немају везе са хомогеношћу друштва, него су управо израз његовог раслојавања.

Ипак, вишевековно опстајање обичаја²⁵ доказ је његове издржљивости и, само наизглед парадоксално, његове прилагодљивости и способности, да услед многобројних узрока, опстаје „испод радара“ државног права, најчешће у руралним и неразвијенијим подручјима, која, ионако, нису држави у првом плану. Павковић на више места подвлачи да се „обичајно право код нас најдуже сачувало у условима задружног и племенског начина живота, патријархалне културе и натуралног привређивања“.²⁶

²³ Ђурица Крстић, *Правни обичаји у прошлости...*, нав. дело, стр. 193.

²⁴ Radmila Vasić, *Pravna obaveznost običaja* (doktorska disertacija), Beograd, 1989, str. 237: „Spontani i autonomni nastanak običaja, te najautentičnije forme prava, imao je svoju istorijsku ulogu da osigura opstanak i društva, a samim tim, i svakog pojedinca unutar te zajednice.“

²⁵ Стојан Новаковић, *Село*, Српска књижевна задруга, Београд, 1965, стр. 71-72. Указује на вишевековно трајање обичаја на селу против којих су биле државне власти, не само у феудалној Србији, већ и за време кнеза Милоша.

²⁶ Никола Ф. Павковић, *Студије и огледи из правне етнологије*, нав. дело, стр. 17 и 77. Такође, пишући о црногорском обичајном праву („куштум земаљски“) Стојановић наглашава: „Обичајно право је продукт племена, производ хомогеног, недовољно издиференцираног друштва, његова снага извире из ниске економске основице, племенског партикуларизма и разједињености, из његове старине и уходаности... норма обичаја узима се као завјет предака. Њено вршење сматра се готово обавезом религијског карактера.“ – Петар Стојановић, „Међусобни односи и међуутицаји законских прописа и обичајног права у Црној

Да би се обичајно право у потпуности анализирано, како истиче Благојевић, мора се проучавати у временском аспекту, „јер се само тако може у пуној мери сагледати и разумети у првом реду генеза, а затим и стварна друштвена важност и вредност обичајног права у свакој посматраној држави или регији“.²⁷ Поред тога, не сме се заборавити да „право нису само апстрактна начела записана у законима, већ и конкретне појаве које су „ухватљиве“ само непосредним посматрањем“.²⁸ Богишић је, својим радом, доказао да се, при обликовању и промени позитивног права, и законодавна и судска и научна делатност не може замислити без проучавања народног живота.²⁹ Даниловић закључује: „... за Валтазара Богишића као законодавца обичајно право није више нешто што треба а priori кодификовати зато што је израз „народнога духа“, већ је ово незаобилазни извор за кодификацију као саставни део постојећег правног поретка који мора бити полазна тачка било које кодификације, или чак било ког закона.“³⁰ При томе, мора се водити рачуна и о чињеници да легитимитет неке норме у једном друштву може да се посматра на три нивоа, из три аспекта: глобалног друштва (позитивно право), локалне заједнице (обичајно право) и појединца.³¹ Уз све наведено, како наглашава Павковић, и само право је „део целине социо-културног система сваког друштва“,³² а сви ти делови су повезани међу собом и њихово познавање води и бољем разумевању обичајног права као целине, али и сваког обичаја понаособ.

Са друге стране, позитивно, државно право много тога дугује обичајном праву. Многи правни институти и државне установе (попут средњовековног сабора),³³ преузети су из обичаја и потом прилагођени потребама државе и озакоњени.

Гори: осврти на стање у XVIII и XIX вијеку“, *Историјски записи*, Историјски институт Црне Горе, Титоград, vol. 29, бр. 1-2, 1972, стр. 17.

²⁷ Борислав Благојевић, „Упоредни метод при проучавању обичајног права као историјске категорије“, у зборнику: *Обичајно право и самоуправе на Балкану и у суседним земљама* (приредио Васа Чубриловић), Балканолошки институт САНУ, Београд, 1974, стр. 8.

²⁸ Никола Ф. Павковић, *Студије и огледи из правне етнологије*, нав. дело, стр. 8.

²⁹ Јелена Даниловић, „Сто година Општег имовинског законика за Црну Гору“, *Историјско правне студије*, Правни факултет у Подгорици Универзитета Црне Горе, Подгорица, 2002, стр. 296; Михаило Константиновић, „Идеје Валтазара Богишића о народном и законском праву“, *Анали Правног факултета у Београду*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, vol. 30, бр. 3-4, 1982, стр. 422.

³⁰ Јелена Даниловић, „Сто година Општег имовинског законика за Црну Гору“, нав. дело, стр. 292.

³¹ Љиљана Гавриловић, „Обичајно регулисање породичних односа“, *Гласник Етнографског музеја у Београду*, Етнографски музеј у Београду, Београд, vol. 52-3, 1989, стр. 43-44.

³² Никола Ф. Павковић, *Студије и огледи из правне етнологије*, нав. дело, стр. 5.

³³ Исто, стр. 71.

Конечно, мора се имати у виду и чињеница да не постоји нешто што би се могло назвати српским обичајним правом. Без обзира на одређене сличности, које потичу из сличног друштвено-економског миљеа,³⁴ постоје велике разлике између обичаја, не само унутар српског народа, већ и између народа и народности који нас окружују и прожимају се на овим просторима.

2. ОБИЧАЈНО И ПОЗИТИВНО ПРАВО ОД XIX ДО КРАЈА XX ВЕКА

XIX век је означио почетак буђења и бујања националне свести и сабирања српских територија. Читав Балкан је журио да се коначно ослободи османских завојевача. Србија је формалну аутономију добила Хатишерифом из 1833. године када је постала вазална кнежевина и званично јој је признато освајање шест нахија, мада је већ Хатишерифом из 1830. године имала самоуправу. Санстефанским миром 1878. године Србија и Црна Гора су стекле независност што је потврђено на Берлинском конгресу исте године када је Србија у своја недра пригрлила четири округа и коначно повратила већину јужних територија. Током Првог балканског рата ослобођени су и Косово и Метохија, а после Првог светског рата и Војводина је ушла у састав Србије.

Законодавна активност на овим просторима у првим деценијама XIX века слабо се развијала. Током Првог српског устанка суд је пред собом имао само Закон проте Матеје из 1804. године и Карађорђевог законик. За владавине кнеза Милоша, како примећује Вук Караџић: „Закони писани нема још никаки, него се суди по разуму и обичају“.³⁵ Суд народни српски основан у Крагујевцу 1820. године (од 1823. године – Врховни суд Београдског пашалука) примењивао је обичајно право „у стварима породичне задруге, наслеђивања, деобе, насељавања, крчевини и сечи грађе за личну употребу у сеоској шуми“.³⁶

³⁴ Valtazar Bogišić, *Izabrana dela i Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru*, Novinsko-izdavačka ustanova Službeni list SFRJ, Beograd, 1986, str. 47: „Svaku je poznato da uopće pisani zakon u svakom gotovo narodu predstavlja do nekog stepena element jedinačenja, a pravni običaj, već po svojoj unutarnjoj prirodi budući najvjernijim izrazom najtanjih provincializama u odnosajima društveno-pravnog života, biva obično različan u pojedinim krajevima jednoga te istoga plemena ili naroda. U nas je uprav naprotiv: obično nepisano pravo barem u svojim načelnim crtama, predstavlja neku jednoličnost, a pisani zakoni pojedinih zemalja najveće razlike.“

³⁵ Вук Стефановић Караџић, *Историјски списи I*, Просвета, Београд, 1969, стр. 100.

³⁶ Владислав Павић, *Протокол магистрата: Суд нахије београдске 1828-1839*, Градска општина Сопот, Сопот, 2010, стр. 30. О судовању пре доношења Српског грађанског законика, Кршљанин примећује: „С обзиром на одсуство позитивноправне регулативе, судије су своје одлуке доносиле „по памети и убеђењу“, односно „по обичају, савести и здравом

Доношењем Српског грађанског законика (СГЗ) 1844. године, Јован Хаџић је увео у Србију модерно аустријско право, али Србија није дозволила уплив овог права у породичне, брачне и наследно-правне односе. Ђорђевић Црнобрња закључује да су доношењем СГЗ постављене основе за дуализам између обичајног и грађанског права.³⁷ Овај дуализам би био још израженији да је Јован Хаџић успео у намери да се и поменуте гране права уреде према слову Аустријског грађанског законика (АГЗ).

Стварањем Краљевине СХС ситуација са позитивним правом све се више компликује. Србија и Македонија имају СГЗ, у Војводини преовлађује мађарско обичајно право. Црна Гора је, захваљујући Богишићу, 1888. године, добила свој Општи имовински законик. У Истри и Далмацији је важио АГЗ од 1813. године, у Хрватској и Далмацији АГЗ се примењује од 1852. године (од 1914-1916. године прихваћен је новелирани АГЗ), али у питањима задруге, породичног, брачног и наследног права примењује се обичајно право.³⁸ Босна и Херцеговина од 1879. године примењује СГЗ, док муслиманско становништво живи по свом праву уз Мецеле и има своје шеријатске судове. Албанци на Косову и у северној Албанији живе по свом обичајном праву оличеном у Канону Леке Дукађинија.

Уочи Другог светског рата, Југославија је имала око 15,5 милиона становника, а четири петине се бавило пољопривредом.³⁹ То је, наравно, давало додатну снагу обичајном праву. Слично је био и другде на Балкану. У Бугарској, након стварања кнежевине Бугарске и Источне Румелије, „органи општинске самоуправе 80-их година XIX века су још увек уређивали своје односе у духу обичајног права“.⁴⁰ У Румунији се обичајно право примењивало током XIX и прве половине XX века, а обичаји су били, гледајући однос са позитивним правом, тројаки:

разуму“ - Нина Кршљанин, „Наслеђивање земљишта у нововековној Србији пре Српског грађанског законика: женско право наслеђивања?“, *Анали Правног факултета у Београду*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, vol. 57, бр. 2, 2009, стр. 274.

³⁷ Јадранка Ђорђевић Црнобрња, *Наслеђивање између обичаја и закона*, Етнографски институт САНУ, Београд, 2017, стр. 32.

³⁸ Никола Ф. Павковић, *Студије и огледи из правне етнологије*, нав. дело, стр. 73.

³⁹ Марко Поповић, Мирослав Тимотијевић и Милан Ристовић, *Историја приватног живота у Срба*, Слио, Београд, 2011, стр. 399. Две трећине свих земљишних поседа било је мање од 5 хектара те се живело у сталној оскудици (Далмација, Црна Гора, Македонија, Херцеговина, Јужна Србија, Косово и Метохија).

⁴⁰ Љубинка Богетић, „Обичајно право и самоуправа на колективним пашњацима балканских сточара у XIX и почетком XX века“, у зборнику: *Обичајно право и самоуправе на Балкану и у суседним земљама* (приредио Васа Чубриловић), Балканолошки институт САНУ, Београд, 1974, стр. 169.

praeter legem (допуштени и признати од стране закона), propter legem (укључени у позитивно право) и contra legem (у супротности са законом).⁴¹ У Грчкој, за поменути период „може се закључити да, иако је обичај de iure био елиминисан, он de facto и даље игра своју стваралачку улогу“.⁴²

Паралелизам позитивног и обичајног права остао је приметан и увођењем социјалистичког законодавства након Другог светског рата.⁴³

Већ су први законодавни плодови нове, револуционарне власти, показали јасну жељу да се, на крилима фанатично пригрљене нове идеологије, одлучно и беспоговорно обрачуна са „назадним“ схватањима, која су се у највећој мери, задржала на селу. Пролетери су се обрушили на пољопривреднике, своје дојучерашње савезнике.⁴⁴ Законски прописи о величини поседа и забранама растурања задруга из XIX и првих деценија XX века, нису били благодетни према сељаштву.⁴⁵ Међутим, сада се отишло много даље. Сељацима је све

⁴¹ Marcu P. Liviu, „Les coutumes juridiques somme système normatif vicinal en Roumanie (fin du XIXe siècle – première moitié du XX^e siècle)”, у зборнику: *Обичајно право и самоуправе на Балкану и у суседним земљама* (приредио Васа Чубриловић), Балканолошки институт САНУ, Београд, 1974, стр. 154.

⁴² Николаос Пантазопулос, „Обичај као стваралачки елемент новогрчког права“, у зборнику: *Обичајно право и самоуправе на Балкану и у суседним земљама* (приредио Васа Чубриловић), Балканолошки институт САНУ, Београд, 1974, стр. 41.

⁴³ Jadranka Đorđević-Crnobrња, „„Nasleđivanje između običajnog i građanskog prava – na primeru ugovora o doživotnom izdržavanju“, *Etnoantropološki problemi*, Filozofski fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, god. 4, sv. 3, 2009, str. 145; Никола Ф. Павковић, *Студије и огледи из правне етнологије*, нав. дело, стр. 289.

⁴⁴ Никола Ф. Павковић, исто, стр. 289-290: „Идеолошке заблуде владајуће Комунистичке партије о сељаштву као конзервативном друштвеном слоју који кочи изградњу социјализма, непосредно су утицале на аграрну политику. Економска и фискална политика државе биле су неповољне за све облике традицијске колективне земљишне својине, а посебно задружне. Сматрало се да је само радничка класа чинилац индустријске и социјалистичке изградње друштва. Село и његова традицијска култура нису се могли уклопити у токове планске привреде и модернизације. Занимљиво је да таквог односа КП према сељацима није било у Другом светском рату када су они били главна војна и економска снага у борби против фашистичког окупатора. И обрнуто, после рата сељаци су постали грађани другог реда и на дну вредносне лествице. Аграрном реформом проведеном после Другог светског рата ограничен је тзв. земљишни максимум сељачког поседа на десет хектара обрадиве земље по домаћинству. Реформа је погодила не само веће земљопоседнике, међу којима је била и Црква, него и традицијске породичне задруге без обзира на њихову величину и вишепоклоњески састав. Моћна полу државне власти била је и фискална политика према аграру: на „максимаше“ (домаћинства са земљишним максимумом) примењивана је неповољна прогресивна пореска стопа. Њоме су биле највише погођене породичне задруге.“

⁴⁵ Ружица Гузина, „Регулисање својинских односа у Србији у XIX века на бази обичајног права“, у зборнику: *Обичајно право и самоуправе на Балкану и у суседним земљама* (приредио Васа Чубриловић), Балканолошки институт САНУ, Београд, 1974, стр. 463-464.

отимано и преусмеравано разним видовима друштвене својине: шуме као општеномодно добро уступане су шумским газдинствима, пашњаци су припали новооснованим сеоским земљорадничким задругама.⁴⁶ Преостале задружне породице пропадају законским ограничавањем земљишног максимума на десет хектара до кога долази 1953. године. Ово уситњавање поседа, са друге стране, допринело је очувању обичајног наследног права на селу.⁴⁷ Убрзана урбанизација је имала великих демографских последица и изазвала је бројна пресељења из села у градове или иностранство. Процент сеоског становништва до 1961. године пао је на 56%, а до 1975. године на селу је остала само трећина, поглавито старијих пољопривредника.⁴⁸

Основни закон о браку ФНРЈ донет 1946. године, из корена је променио положај жене увођењем родне равноправности. Четири године касније донет је Закон о имовинским односима брачних другова НР Србије који, између осталог, укида мираз и претвара га, ретроактивно, у посебну имовину супруге. Да је и сам законодавац имао потешкоћа да доследно спроведе зацртане и прокламоване идеје, показује чл. 12 овог закона. Овај члан који укида мираз и наглашава да супруга у сваком тренутку може захтевати његов повраћај, додаје, у складу са патријархалним дотадашњим схватањима, да „док жена не затражи ову предају сматра се да је овластила мужа да управља том имовином“.⁴⁹ Поврх тога, дозволио је склапање брака између сродника у складу са обичајима.⁵⁰ Родно освешћивање жена и увођење обавезног школовања били су још један ударац задат сеоским срединама. На пример, у Врањском крају, „покренути су течајеви на којима су жене оспособљене за рад у фабрици текстила и обуће. У том случају су се школовале о трошку државе, а при том им је било загарантовано и запослење... Девојкама, односно, женама, похађање течаја и

⁴⁶ Никола Ф. Павковић, *Студије и огледи из правне етнологије*, нав. дело, стр. 290; Никола Пантелић, *Наслеђе и савременост – чачански и горњемилановачки крај*, Етнографски институт САНУ, Београд, 1991, стр. 16. Говори о нестанку селина које обухватају сеоске утрине, пашњаке и шуме.; Đurica Krstić, *Pravni običaji u Crnoj Gori*, нав. дело, str. 290. Наводи последице доношења Закона о проглашењу племенских, братственичких и сеоских шума и шумског земљишта општеномодном имовином из 1947. године и Закона о пашњацима.

⁴⁷ Радомир Лукић, „Наше ново право и сељачко друштво“, *Глас САНУ*, ССLXXX, Београд, 1971, стр. 155.

⁴⁸ Марко Поповић, Мирослав Тимотијевић и Милан Ристовић, *Историја приватног живота у Срба*, нав. дело, стр. 400.

⁴⁹ Vojislav Stanimirović, *Brak i bračna davanja u istoriji*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Službeni glasnik, Beograd, 2006, str. 243.

⁵⁰ Đurica Krstić, Customary Law?, *Yugoslav Survey*, no. 2, 1968, p. 51.

запослење у текстилној и кожарској индустрији представљало је начин да побегну са села.⁵¹

Социјалистичко право је настојало да се у што бољем светлу представи свету. То је значило да су се неки задржани „ретроградни“ обичаји крили од туђих очију. Тако је, рецимо, на приговор Ранковића изостављена крвна освета као злочин који повлачи смртну казну „јер је незгодно да свет види да тога има у нас“.⁵²

Међутим, и поред свеprisутне хајке на обичајно право, социјалистичко право је некада и кокетирало са њим или га је једноставно користило и прилагођавало својим потребама. Искористивши распрострањеност задруге у свести руралног становништва, 1949. године је донет Основни закон о земљорадничким задругама које су дефинисане као економске организације у којима се радно сељаштво удружује ради унапређења пољопривредне производње, подизања свог животног стандарда и изградње социјализма на селу. Замишљена су два облика удруживања: опште земљорадничке задруге и сеоске радне задруге (настале по угледу на совјетске колхозе, здруживањем сеоских газдинстава).⁵³ Солидарност, толико усађена у народне обичаје на селу, манифестована у бројним животним ситуацијама (нпр. мобе), у социјалистичком руху почела је да се „исказује кроз видове самодоприноса, непосредним учешћем у радовима, новчано-материјалним прилозима и на друге начине, за утврђене заједничке потребе, на пример: за изградњу путева, водовода, довођења и развођења електричне струје, подизања школа, здравствене или ветеринарске станице или каквих других комуналних објеката“.⁵⁴ На истом принципу, на глобалном нивоу, организоване су омладинске радне акције. По угледу на сеоске судове или судове добрих људи и мировна већа образована су, под

⁵¹ Јадранка Ђорђевић Црнобрња, *Наслеђивање између обичаја и закона*, нав. дело, стр. 87-88.

⁵² Milenko Karan, *Krvna osveta*, Partizanska knjiga, Beograd, 1985, str. 103. Занимљиво је да се сличном реториком послужио прота Матеја Ненадовић када је критиковао народни обичај мучења и убијања жена набеђених да су вештице, јер их је сматрао за лудост због које се „Србима цео свет смеје“ – Десанка Николић, „Однос власти према обичајној традицији у Србији прве половине XIX века“, *Етно-културолошки зборник*, књ. 2, Етно-културолошка радионица – Сврљиг, Сврљиг, 1996, стр. 33.

⁵³ Занимљиво је да се, при томе, ново, социјалистичко право ослонило на искуство XIX века. Наиме, прва задруга сличног типа основана је у Бачком Петровцу 1846. године. Прва кредитна земљорадничка задруга никла је у селу Вранову, у околини Смедерева 1894. године. Закон о занатским и земљорадничким задругама донет је 1898. године, док је Закон о привредним задругама донет 1937. године. Уочи Другог светског рата било је око 3500 таквих задруга.

⁵⁴ Никола Пантелић, *Наслеђе и савременост – чачански и горњемилановачки крај*, нав. дело, стр. 21.

вођством Социјалистичког савеза радног народа Југославије (ССРНЈ), нова мировна већа, а касније и судови удруженог рада.⁵⁵ Закон о облигационим односима донет 1978. године на више места помиње обичај.⁵⁶

Обичајно право је, у одређеним сегментима, одолело погрому и, ослањајући се на недовољно измењен патријархални менталитет, успело да преживи, поглавито у сеоској средини, а посебно код наслеђивања, режима коришћења заједничких пашњака (комунице, планине, селине), крвне освете, понегде и кроз опстајање традицијских народних судова.⁵⁷

Право искушење за младу револуционарну државу било је држање албанског живља на Косову и Метохији. То најбоље дочаравају Ђуричићеве речи: „Будући да је укидање турског војног феудализма почело након Првог светског рата и да су феудални односи успостављени поново током Другог светског рата да би коначно били укинута 1945. године, на КиМ још живи племенска свест да се у државу и њено право „човек не може поуздати“... Сукоби племенских обичаја Албанаца са социјалистичким позитивним правом манифестују се готово у свим правним областима: код крвне освете и кућног притвора, полагаја жене, моћи господара куће, у начину стицања својине, у облигационим односима, кривичном праву, суђењу итд.“⁵⁸ То не чуди, јер је заостала средина (први буквар на албанском језику појавио се тек 1945. године⁵⁹) била учаурена у свој племенски живот, хронично нетрпељива према било каквој власти, а нарочито новој, против које се велики број Албанаца борио током Другог светског рата. У градови-ма је, донекле, било помака, нарочито када је положај жене у питању. Добиле су обавезно осмогодишње школовање, бирачко право, ослободиле су се фереце и зара и нису више биле само „торбе за ношење“.⁶⁰ По селима је то ишло много спорије, јер је свака промена наилазила на жилав отпор племенски организованог албанског народа који живео у тешким социјалним условима. Свему томе, доприносила је и инертна власт у покрајини, задовољна својом позицијом, али и сама још увек

⁵⁵ Robert M. Hayden, “Popular Use of Yugoslav Labor and the Contradiction of Social Courts”, *Law and Society Review*, vol. 20, no. 2, 1986, pp. 229-252. Пореди наше судове удруженог рада са индијским обичајним судовима (“panchayat”).

⁵⁶ Чл. 21, 30, 32, 33, 34, 44, 258, 398, 579, 583, 597, 651, 761, 806, 822, 852, 871 и др.

⁵⁷ Никола Ф. Павковић, *Студије и огледи из правне етнологије*, нав. дело, стр. 78-79; Ђурица Крстић, *Правни обичај у прошлости и данас*, нав. дело, стр. 162-163.

⁵⁸ Милутин Ђуричић, *Обичаји и веровања Албанаца*, М. Ђуричић, Београд, 1995, стр. 40 и 319.

⁵⁹ Milenko Karan, *Krvna osveta*, нав. дело, стр. 87.

⁶⁰ Милутин Ђуричић, *Обичаји и веровања Албанаца*, нав. дело, стр. 383.

дубоко огрезла у патријархална схватања, без икакве истински показане воље да се ишта суштински промени. Поврх тога, и албански интелектуалци са Косова нису довољно радили на освешћивању народа, а невољно су реаговали на потицаје који су долазили из престонице, коју већина Албанаца ионако није сматрала својом.⁶¹ Нетрпељивост према Србима, Црногорцима и Горанцима била је јача од свега, а праве последице ће се показати крајем XX века. За то време обичајно право наставило је да несметано управља животима Албанаца. Страх од крвне освете био је свеprisutan. Ниједан милиционер није смео да изврши смртну казну изречену у покрајини, а чак су и заменици јавног тужиоца одбијали да присуствују том чину.⁶²

3. ОБИЧАЈНО ПРАВО VS. ПОЗИТИВНО ПРАВО – НАСЛЕЂИВАЊЕ

„С обзиром на то да институција наслеђивања није једина сфера друштва у којој су патријархални модели присутни, можемо закључити да она у ствари представља парадигму свеукупне ситуације у друштву у коме живимо“ записала је Ђорђевић Црнобрња.⁶³ На примеру наслеђивања види се сва сложеност обичајног права и комплексност друштвених односа које оно покрива. Та сложеност је извор неслагања обичајног и позитивног права. Да би се у потпуности разумела правила обичајног права везана за наследноправну регулативу и логика која их је наметнула и допринела не само њиховој обавезности унутар заједнице, већ и њиховом непрекидном трајању упркос колизији са позитивним законодавством, претходно се мора проучити поглавито сеоска патријархална средина, начела на којима она почива, врсте породица унутар ње и њихова генеза, родне улоге, положај жене и различито поимање наследних добара у традицијској култури.

Основна ћелија друштва, скоро све до XX века била је, пре свега, велика, задружна породица (задруга – како је назвао Вук Караџић), која се толико дуго одржала и захваљујући тешким условима живота који су од сваког члана кућна заједнице захтевали пожртвовање и

⁶¹ Никола Павковић, *Студије и огледи из правне етнологије*, нав. дело, стр. 83. Даје пример мултидисциплинарног пројекта на КиМ крајем шездесетих година XX века Београда и Приштине: „Нажалост, тај пројект није остварен у целости, јер за то... није било ни стручне, ни политичке воље од стране шиптарских сарадника који су се постепено искључивали из сарадње, па целина пројекта није остварена.“

⁶² Slađana S. Đurić, *Osveta i kazna...*, нав. дело, стр. 154.

⁶³ Јадранка Ђорђевић Црнобрња, *Наслеђивање између обичаја и закона*, нав. дело, стр. 294.

међусобну солидарност. Натурална привреда (готово затворена кућна привреда), намети турских освајача, патријархална култура и конзервативност обичаја одржавали су вековима status quo по српским селима.⁶⁴ То је сликовито објаснио Богишић: „Закон негибак и узак по својој природи не може заменити моралне елементе, тако моћне тако гипке, тако подесне, и привезене за сваку породицу која је чувала недирнуто и неискварено своје начело, елементе без којих не би могла опстојати установа ове врсте.“⁶⁵ Старешина задруге био је тачка око које су се окупљали сви њени чланови, који су му били подређени и беспоговорно послушни и одани. Само је старешина, према обичајном праву, имао пуну правну и пословну способност, он „иде судовима, те одговара за сву кућу, иде на зборове црквама, те решава са осталијем домаћинима свађе и размирице ако су се породиле међу каквим породицама или међу појединим сељанима“.⁶⁶ Свим осталим мушким и женским члановима задруге он је делио задужења. У таквој ситуацији, агнатско сродство имало је већи значај, јер су се, по схватањима средине, рођацима у првом реду сматрали они који живе заједно. Иако је по обичајном праву, почетком XX века, пракса била да се рођаци могу узимати по мушкој, „тежој“ крви, после петог, а по женској после четвртог колена, ако су живели у задрузи, ендогамије („ма и девето колено“) није могло бити.⁶⁷

Чести ратови и немаштина збијали су редове чланова задруге. „Свако је у задрузи имао свој одређени посао, а тековина је била заједничка.“⁶⁸ Због тога, не чуди да се у првим деценијама прошлог века уз задругу често везивао комунизам.⁶⁹ У складу са тим, није тешко

⁶⁴ Бранислав Недељковић, „Историја баштинске својине у Новој Србији од краја XVIII века до 1931. године“, *Изабрани радови*, Правни факултет у Подгорици Универзитета Црне Горе, Подгорица, 2005, стр. 462; Напомиње да је слично било и у Црној Гори: „... обичајно право регулисало је унутрашње кућне односе који нису интересовали турског законодавца. Колико је обичај био јак, па чак и јачи од самог закона, односно у стању је да подједнако важи са законом, може да послужи као пример одредба Закона кнеза Данила од 1855. године по којој синови нису могли тражити за живота очеву породичног имања, међутим, овај члан по признању најверодостојнијих сведока... није у пракси примењиван. Штавише, и саме судије утицале су на оца да би се овај држао старог обичаја.“

⁶⁵ Valtazar Bogišić, „O obliku nazvanom inokoština u seoskoj porodici Srba i Hrvata“, *Izabrana dela i Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru*, Novinsko-izdavačka ustanova Službeni list SFRJ, Beograd, 1986, стр. 165.

⁶⁶ Лука Грђић Бјелокосић, *Из народа о народу*, Просвета, Београд, 1985, стр. 137.

⁶⁷ Никола Ф. Павковић, *Студије и огледи из правне етнологије*, нав. дело, стр. 251.

⁶⁸ Сима Тројановић, *Јединство народног духа*, Службени гласник, Београд, 2008, стр. 31.

⁶⁹ Исто, стр. 450: „Комунизам није нигде ухватио корена не само у једном целом народу него ни у једном племену, али делимично комунизма у разном облику има доста код народа заосталих у култури, а у фамилијарној заједници, под именом задруга доскора

претпоставити како су у таквом друштву биле подељене родне улоге и колико су биле непроменљиве.⁷⁰

Задруге су могле бројати и преко педесет чланова,⁷¹ некада и преко сто.⁷² Када би долазило до деобе задруге важила су, опет у складу са обичајним правом, посебна правила, заснована на идеји солидарности: „Код диобе задруге поступа се овако: хајван и земља дијеле по браћи, жито по чељадима, како у кога брата има више сибијана, а од хаљина, што је који носио, то и јест његово.“⁷³

Постојале су три врсте задруга: сродничка, несродничка и предвојена.⁷⁴ По угледу на српске породичне задруге, почеле су да ничу задруге образоване за посебне делатности унутар заједнице током XIX века.

Задружне породице у свом чистом виду одржале су се у прошлом веку код Албанаца на Косову и у северној Албанији. Пантелић бележи да се још и после Другог светског рата у Шумадији задржало неколико задружних породица, а да је осамдесетих година по селима била једна петина проширених породица „налик задружи“.⁷⁵

Положај жене у патријархалном, заосталом друштву био је лош,⁷⁶ а снага обичаја учинила је да се став тадашње Србије пренесе и у

је био увелико развијен, нарочито код Срба, разуме се само у материјалној тековини.“; Живојин Перић, *Задружно право по Грађанском законнику Краљевине Србије*, Геца Кон, Београд, 1920, IV глава; Александар А. Миљковић, „Погледи Живојина М. Перића на породичну задругу у Србији – Прилог критички Перићевог схватања породичне задруге као комунистичке установе“, *Анали Правног факултета у Београду*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, vol. 53, бр. 1, 2005, стр. 94-96; Војислав Станимировић, „Снага обичаја – породица у Српском грађанском законнику између старог и новог“, у зборнику: *Српски грађански законик – 170 година* (приредили Милена Полојац, Зоран С. Мирковић и Марко Ђурђевић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2014, стр. 150.

⁷⁰ Такво стање није могло да промени ни социјалистичко законодавство које је прокламовало равноправност полова, а самим тим, и брачних другова. Пантелић, пишући о породици у Шумадији током осамдесетих година прошлог века, закључује: „У савременој породици доминира муж-отац. Он је „глава“ породице, односно куће и одлучује о важнијим питањима и пословима. Обично је и власник главнине имовине.“ – Никола Пантелић, *Наслеђе и савременост – чачански и горњемилановачки крај*, нав. дело, стр. 88.

⁷¹ Лука Грђић Бјелокосић, *Из народа о народу*, нав. дело, стр. 137. Чак и време Велике источне кризе, „могло се наћи у нас по горњој Херцеговини доријех задруга од 40 и више глава. Прошлијем устанком наш народ сасвијем осиромаша, па у сиромаштву омрзну једно друго, те се задруге већином издијелише.“

⁷² Сима Тројановић, *Јединство народног духа*, нав. дело, стр. 31: „Задруге које се нису делиле бројале су до сто и више глава.“

⁷³ Лука Грђић Бјелокосић, *Из народа о народу*, нав. дело, стр. 141.

⁷⁴ Никола Ф. Павковић, *Студије и огледи из правне етнологије*, нав. дело, стр. 120.

⁷⁵ Никола Пантелић, *Наслеђе и савременост – чачански и горњемилановачки крај*, нав. дело, стр. 56.

⁷⁶ Dragica Vujadinović i Vojislav Stanimirović, „Rodni odnosi u Srbiji u doba tranzicije – između

СГЗ. И током првих деценија прошлог века ништа се није променило, и њен положај је у „широкој маси народној остао врло бедан“.⁷⁷

У складу са тим, синови су били жељена деца, јер они задржавају очево (породично) презиме и обезбеђују континуитет породице и њене традиције, а ћерке се од рођења спремају да напусте свој дом („туђа кост“): „Мушка страна свакад је претежнија од женске... кад се роди мушко дете, девета кућа пева, а кад се роди женско дете, девета кућа плаче.“⁷⁸

Склапање бракова било је ствар породице, а не појединца. Интерес породице је био изнад појединачних судбина. Емоције при избору будуће невесте нису играле готово никакву улогу, јер „родитељи вјере своју дјецу, а она се нијесу ни видјела“.⁷⁹ Од искона је брак служио повезивању породица, родова, племена. Терминологија сродства сачувана у нашем језику (тзв. судански систем), једна је од најбогатијих у Европи, што само сведочи о дуготрајности, разгранатости и повезаности „рода“ (крвних сродника) и „својте“ (тазбине). О разлозима за закључење брака почетком ХХ века и положају супруге Ђорђевић пише: „Сем добијања деце, човек се по појмовима нашега народа жени и због тога да добије радника, који ће га кроз цео живот пратити и слушати. Жена је у погледу рада више него слуга. Слуга може и напустити свога господара, жена остаје где је целога века, покорна и одана, радна и послушна.“⁸⁰ Девојка није могла ни на који начин да утиче на избор будућег супруга, а уколико се не повинује жељи својих родитеља, они су је могли „лишити породичних права или је одагнати“.⁸¹

еманципације и retraditionalizације“, у зborniku: *Demokratska tranzicija Srbije – (re)kapitulacija prvih 25 godina* (priredili Bojan Vranić i Goran Dajović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016, str. 193. Положај жене је током социјалистичког периода био само привидно побољшан: „istovremeno је u doba realsocijalizma na delu očuvanje autoritarne političke kulture i patrijarhalne matrice. To rezultira duplim opterećenjem žena, s jedne strane, i reprodukcijom autoritarne prirode realsocijalističkog režima, s druge. Žene su dvostruko opterećene jer žene izleze u javnu sferu, ali patrijarhalna struktura porodičnog života nije napuštena, tako da sve obaveze oko domaćinstva, porodice i odgajanja dece uglavnom ostaju na teretu žena.“

⁷⁷ Тихомир Ђорђевић, „Положај жене“, *Наш народни живот*, том 2, Просвета, Београд, 1984, стр. 12.

⁷⁸ Милан Милићевић, *Живот Срба сељака*, Просвета, Београд, 1987, стр. 343.

⁷⁹ Вук Стефановић Караџић, *О Црној Гори; Разни списи*, Просвета, Београд, 1964, стр. 670.

⁸⁰ Тихомир Ђорђевић, „Брак“, *Наш народни живот*, том 1, Просвета, Београд, 1984, стр. 138.

⁸¹ Тихомир Ђорђевић, „Доба за удадбу и женидбу“, *Наш народни живот*, том 1, Просвета, Београд, 1984, стр. 150; Никола Пантелић, *Наслеђе и савременост – чачански и горњемилановачки крај*, нав. дело, стр. 40. У селима Шумадије и током осамдесетих година прошлог века брак „склопљен без сагласности родитеља и њиховог учешћа у избору младожење (младе) могао је наићи на озбиљне тешкоће“. Ћерке би остале без мираза и спреме...

Управо због добијања свеже радне снаге очеви су својим синовима, још док су деца, узимали старије невесте, што је даље водило обичају „снохачества“.⁸² На девојачку невиност се строго пазило, а ванбрачна трудноћа је свуда наилазила на строгу осуду, негде је и сурово кажњавана,⁸³ што је за последицу имало појаву чедоморства, коју су већ устаничке власти у Србији енергично покушавале да сузбију. Зато је завођење и остављање трудне девојке у Босни, Херцеговини и Црној Гори било најтежи злочин, гори и од убиства.⁸⁴

Током XIX и почетком XX века у Србији за супругу се плаћало, што је за последицу имало то да супруга „постаје пуна својина мужа као и свака друга купљена или украдена ствар“.⁸⁵ Тако је било и у Црној Гори, са изузетком Паштровића.⁸⁶ Други начин добављања супруге је била отмица.⁸⁷ Поврх тога, XIX и почетак XX века обележили су и добегавање девојака у кућу свог изабраника и привидна отмица.⁸⁸ Средина је, из разумљивих разлога, жестоко осуђивала овакве поступке:

*Тешко земљи, куда војска прође!
И ђевојци, која сама дође!
Прво јој је јутро прекорено:
„Да си добра, не би дошла сама“.⁸⁹*

Једна од најгорих народних клетви је била: „Утрла ти се три сјемена: људско, скотско и земаљско“. Да би, по сваку цену, добили синове људи су, свесно кршећи начело моногамије, озакоњено позитивним правом, прибегавали бигамији, коју је обичајно право допуштало у три

⁸² Сима Тројановић, *Јединство народног духа*, нав. дело, стр. 460-461; Тихомир Ђорђевић, „Узимање у роду“, *Наш народни живот*, том 1, Просвета, Београд, 1984, стр. 164.

⁸³ Тихомир Ђорђевић, „Девојачка невиност“, *Наш народни живот*, том 1, Просвета, Београд, 1984, стр. 203-205.

⁸⁴ Никола Ф. Павковић, *Студије и огледи из правне етнологије*, нав. дело, стр. 224.

⁸⁵ Тихомир Ђорђевић, „Положај жене“, нав. дело, стр. 16 и 21: „Човек је сопственик свега што има кућа; жена нема ништа“; Војислав Станимировић, *Установа мираза у нашој традицијској култури*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 1998, стр. 47.

⁸⁶ Вук Караџић због тога закључује: „Нигдје ниједно Српско племе нема обичаје тако различите као Паштровићи.“ – Вук Стефановић Караџић, *О Црној Гори: Разни списи*, нав. дело, стр. 670; Јелена Даниловић, „О миразу у паштровском обичајном праву“, *Историјско правне студије*, Правни факултет у Подгорици Универзитета Црне Горе, Подгорица, 2002, стр. 360: „Жена је у Паштровића имала пуну правну и пословну способност, чак и онда када је била удата.“

⁸⁷ Тихомир Ђорђевић, „Куповина и отмица девојака“, *Наш народни живот*, том 1, Просвета, Београд, 1984, стр. 182-188; Вук Стефановић Караџић, *О Црној Гори: Разни списи*, нав. дело, стр. 676-677.

⁸⁸ Тихомир Ђорђевић, исто, стр. 194-195.

⁸⁹ Вук Стефановић Караџић, *Српске народне пјесме I*, Просвета, Београд, 1975, стр. 433.

случаја: уколико је прва супруга нероткиња, уколико рађа само женску децу и ако није способна за рад.⁹⁰ Неретко се породица одлучивала да жену која никако да затрудни пода неком „здравом и честитом човеку“. Ту сврху су могла да испуне и свештена лица.⁹¹

Све ово горе наведено, само на први поглед нема везе са наслеђивањем, али у суштини представља све околности које су довеле до баш онаквог обичајноправног регулисања наследног права какво затичемо у XIX веку. Логика обичајног права је једноставна и немилосрдна, јер су је обликовале подједнако немилосрдне прилике, сурова прошлост и нагон за преживљавањем. Мало се има, а са још мање се слободно располаже. Ништа се олако не даје. То није себично, него дубоко оправдано. Породица је и у наследном праву изнад свега и изнад свих. С обзиром на то да се ради о патријархалном друштву и породица је таква, патрилокална са предношћу патрилинеарног сродства и родно обојена мушким бојама. Ту породицу су одувек штитили мушкарци и „нормално“ је да они одређују све везано за њу, па и норме које се односе на наслеђе. Врста сродства, линија сродничке повезаности и пол су све што породицу занима.⁹² Речима Недељковића: „... породица се не схвата као заједница по крви нити је лице ближе по степену крвног сродства (ујак, ујаков син) сродник у смислу ГЗ. Он не долази у породицу како њу наш народ схвата. За српску породицу сродство у породици одређује се у првом реду по њеним мушким члановима.“⁹³ Ту нема места за жене. И то је озаконио и СГЗ уподобљавајући се обичају.⁹⁴ Све што добију, израз је мушког милосрђа и добре воље. Још је гора ситуација у оним крајевима, попут Косова, северне Албаније, Црне Горе и Херцеговине, где је вековима царевао племенски начин живота. Позитивно право се ту мало пита, нити је, уосталом, претерано заинтересовано да се тим питањима уопште бави. То се посебно односи на шеријатско право турских завојевача. Према Канону Леке Дукађинија, „женски потомци и жене уопште нису сродници у пуном смислу те речи, јер оне не наслеђују; ко не наслеђује није сродник.

⁹⁰ Тихомир Ђорђевић, „Полигамија“, *Наш народни живот*, том 1, Просвета, Београд, 1984, стр. 221; Лука Грђић Бјелокосић, *Из народа о народу*, нав. дело, стр. 150-151.

⁹¹ Тихомир Ђорђевић, „Полиандрија“, *Наш народни живот*, том 1, Просвета, Београд, 1984, стр. 241-242.

⁹² Јадранка Ђорђевић Црнобрња, *Наслеђивање између обичаја и закона*, нав. дело, стр. 71.

⁹³ Бранислав Недељковић, „Историја баштинске својине...“, нав. дело, стр. 433.

⁹⁴ Исто, стр. 432: „...ближи је сродник 10. или 12. степена него жена. Исто тако, с обзиром на првенство мушке лозе према женској (чл. 408) ближи је сродник 12 степена од материног брата...“

Пречи је у наслеђивању и најудаљенији сродник братственик (20. или 24. степен сродства) од кћери или сестре.⁹⁵ Док се прилике не промене, ништа не може силом да се наметне: „Гвоздена снага српског обичајног права била је брана упливу начела европског законодавства и модерних идеја управо по питањима везаним за положај жене, претакала је праксу у законске клаузуле и још дуго обликовала наследна права жене.“⁹⁶ Ни Јован Хацић, први српски „модерни законописац“, како га назива Слободан Јовановић, није могао да науди обичајном праву и у СГЗ унесе одредбе о равноправности наследника оба пола.⁹⁷

Павковић разликује следећа наследна добра: 1. колективна (која припадају племену, братству, општини или селу и која су неутуђива); 2. заједничка добра задружног типа; 3. приватна добра (везана за инокосну породицу); и 4. добра у личној својини (могу се срести и у задружној и у инокосној породици). Према његовој етнолошкој концепцији наслеђивања, несвесно истичући тиме разлоге за примат мушких потомака у наслеђивању, он наводи састав могућих наследних добара који чине: 1. материјална добра; 2. социјална добра (породично име, звања); 3. социо-економска (закуп земље); 4. друштвено морална (крвна освета); и 5. социјално-духовна добра (кумство и крсна слава). Све то само по себи доказује зашто обичајно право форсира мушке наследнике.⁹⁸

Заједничку својину унутар задруге, „која је генерацијама стицана“,⁹⁹ било да је покретна или непокретна, наслеђује задруга, оличена у старешини који је представља у том тренутку, што неодољиво подсећа на моменат из драме Душана Ковачевића „Маратонци трче почасни круг“, када Пантелија (додуше тестаментом) све што има оставља самом себи. На тај начин, старешина задруге долази у положај сличан античкој епиклери, јер за живота не сме да крњи наслеђено имање која мора пренети на сина.

⁹⁵ Бранислав Недељковић, „Канун Леке Дукађина - Арбанашко обичајно право“, *Изабрани радови*, Правни факултет у Подгорици Универзитета Црне Горе, Подгорица, 2005, стр. 366-367.

⁹⁶ Вера Гудац Додић, „Жене и праксе наслеђивања на селу у Србији“, *Токови историје*, Институт за новију историју Србије, Београд, бр. 2/2018, стр. 203.

⁹⁷ Нина Кршљанин, „Наслеђивање земљишта у нововековној Србији пре Српског грађанског законика: женско право наслеђивања?“, нав. дело, стр. 276-284; Војислав Станимировић, „Снага обичаја – породица у Српском грађанском законнику између старог и новог“, нав. дело, стр. 160; Бранислав Недељковић, „Породица и наследство“, *Изабрани радови*, Правни факултет у Подгорици Универзитета Црне Горе, Подгорица, 2005, стр. 442.

⁹⁸ Никола Ф. Павковић, *Студије и огледи из правне етнологије*, нав. дело, стр. 262-264.

⁹⁹ Јадранка Ђорђевић Црнобрња, *Наслеђивање између обичаја и закона*, нав. дело, стр. 58.

Водећи рачуна о томе да не дође до уситњавања ионако невеликих земљишних поседа, поред тога што жена не може наслеђивати непокретности, јер би после њене смрти оне припале зету-туђинцу, обичајно право познаје институт прече куповине,¹⁰⁰ који је изменом чл. 670 СГЗ из 1847. године ушао и у позитивно право. Ћерке, дакле, не наслеђују поред живе браће, већ само имају магловито право да их кућа „простојно“ уда, у складу са својим могућностима.¹⁰¹

Уколико услед било ког разлога породица остане на женској деци, од средине XIX века, што се увелико види из Богишићевог Зборника, доводио се „човек у кућу“.¹⁰² Он је, за узврат, добијао целокупно тастово имање (остале сестре су имале само право на удомљење), али је преузимао, у највећем броју случајева,¹⁰³ његово презиме и његову славу и преносио је све то на своје потомке.¹⁰⁴ Због смањеног прираштаја њихов број расте у првој половини XX века¹⁰⁵ а мења се и став околине према домазетима. Све мање је било срамотно отићи код супруге на имање. На овај начин се, преко матрилинеарности и матрилокалности, чувала мушка линија наслеђивања и патрилокалност будуће генерације која ће наследити неокрњену породичну имовину.¹⁰⁶

У Црној Гори и код Албанаца, до краја XIX века, постојао је други начин очувања патрилокалности и матрилинеарности, који је, под

¹⁰⁰ Никола Ф. Павковић, *Студије и огледи из правне етнологије*, нав. дело, стр. 156-157.

¹⁰¹ Нина Кршљанин, „Наслеђивање земљишта у нововековној Србији пре Српског грађанског законика: женско право наслеђивања?“, нав. дело, стр. 277; Лука Грђић Бјелокосић, *Из народа о народу*, нав. дело, стр. 142: „Код нас Срба православне вјере женско чељаде нема права као мушко. Ако се сестра уда, то јој браћа одваде краву ја неколике овце, па је још опреме рувом и то је доста. Тако је по народу.“; Јадранка Ђорђевић Црнобрња, *Наслеђивање између обичаја и закона*, нав. дело, стр. 135.

¹⁰² Нина Кршљанин, „Наслеђивање земљишта у нововековној Србији пре Српског грађанског законика: женско право наслеђивања?“, нав. дело, стр. 278.

¹⁰³ Пантелић напомиње да су домазети после Другог светског рата задржавали своје презиме које је преузимала и његова супруга – Никола Пантелић, *Наслеђе и савременост...*, нав. дело, стр. 48.

¹⁰⁴ Тихомир Ђорђевић, „Домазетство“, *Наши народни живот*, том 2, Просвета, Београд, 1984, стр. 61-64.

¹⁰⁵ Никола Ф. Павковић, *Студије и огледи из правне етнологије*, нав. дело, стр. 277. У том периоду, у влашким селима североисточне Србије готово је пола склопљених бракова било матрилокално; Милутин Ђуричић, *Обичаји и веровања Албанаца*, нав. дело, стр. 369. Овакав брак остао је непознат Албанцима. С једне стране, част им није дозвољавала тако нешто, а са друге стране, постојао је далеко важнији разлог: „код Малисора је постојао обичај да у случају убиства, својта убијеног може у року од 24 часа убити ма ког од братства зликовца, или ма ког од племена, ако је убица из другог племена. У том случају досељеник из другог племена или братства може главом платити, ако је убица из његова братства или племена. Због тога нико не би узео девојку на мираз нити се населио на њеном очинству.“

¹⁰⁶ Војислав Станимировић, *Установа мираза...*, нав. дело, стр. 51.

видом социјалне травестије, у ситуацији у којој породица нема синова или остане без њих, додуше, само у једној генерацији, продужавао лозу. То су биле остајнице, вирцинеше, тобелије, ћерке које остају да живе уз своје родитеље, одричу се брака и преузимају мушку улогу у породици и заједници.¹⁰⁷

Један обичај новијег порекла (друга половина XIX века), такође је имао велике везе са обичајноправном регулативним наследног права жене. То је мираз.¹⁰⁸ Он је постојао још у средњем веку, у властеоским породицама, као обичај увезен из Византије под именом „прикија“ или „прђија“. Пропадањем властеле након освајања Турака он нестаје, а тргови његовог постојања очували су се кроз рухо, особину, спрему – све оно што је породица давала девојци при удаји. Богаћењем трговаца након Другог српског устанка, враћа се и обичај давања мираза. СГЗ је покушао да га уведе у позитивно право, додуше, не као обавезу родитеља како је стајало у аустријском изворнику, већ као могућност. Међутим, мираз је кроз обичај прокрчио себи пут и постао незаобилазан пратилац бракова у другој половини XIX и током већег дела XX века. Према обичајном праву, он је уједно представљао и наследни део ћерке. Пошто оне нису могле да наслеђују непокретности, склапање брака је било згодна прилика да се очеви реше гриже савести давањем мираза својим ћеркама. И док је до Другог светског рата мираз боравио и у позитивном и у обичајном праву, већ 1946. године, доношењем Основног закона о браку, мираз се игнорише као назадан обичај неспојив са управо прокламованом равноправношћу полова и новим, социјалистичким моралом. Завршни ударац миразу требало је да зада Закон о имовинским односима НР Србије из 1950. године, који га претвара у посебну имовину супруге и делује ретроактивно. Ношена новом социјалистичком реториком, новим вредностима и револуционарним набојем, тадашња јуриспруденција се окомила на мираз и сличне ретроградне појаве у друштву. Неко је променио своја предратна схватања којима је оправдавана супериорност мушкараца, нарочито у браку, и напрасно прихватио нову идеологију еволуирајући у бескомпромисног борца за једнакост полова (Еиснер), неко је мираз изједначио са класним непријатељем (Брестовци), неко га је напао

¹⁰⁷ Тихомир Ђорђевић, „Целибат“, *Наш народни живот*, том 1, Просвета, Београд, 1984, стр. 129-135; Đurica Krstić, *Pravni običaji u Crnoj Gori*, нав. дело, стр. 330-331. Такве су жене у Црној Гори могле да гласају и служе војску.

¹⁰⁸ Јелена Даниловић, „Сто година Општег имовинског законика за Црну Гору“, нав. дело, стр. 257; Тихомир Ђорђевић, „Мираз“, *Наш народни живот*, том 2, Просвета, Београд, 1984, стр. 33-39; Војислав Станимировић, *Установа мираза...*, нав. дело, стр. 56-65.

као појаву неспојиву са социјалистичким моралом проричући му скоро ишчезавање (Лукић), а неко се згражава над њим као прежитком из „најудаљенијих времена наше историје“ (Младеновић).¹⁰⁹ Један од ретких који су објективним правничким оком сагледали мираз био је Гамс: „... ако још фактички постоји у нашем друштву, макар и све ређе, али систематски се јавља, још у неким срединама, морамо рачунати са том чињеницом и у праву чак и ако не признајемо те чињенице као самосталну и посебну правну установу, управо зато да бисмо је што пре превазишли.“¹¹⁰ Ни судови тог времена нису били сасвим уједначени по овом питању и понегде се из судијског резона видео одблесак патријархалних схватања.¹¹¹

Мираз је наставио да живи у обичају, а велики замах добио је шездесетих и почетком седамдесетих година прошлог века када је дошло до великог одлива мушкараца са села у градове, а истовремено је растао број неодатих жена на селу. Ова ситуција, налик оној после балканских и Првог светског рата када је Србија остала без трећине, поглавито мушког дела становништва, довела је до вртоглавог успона мираза као неопходног услова да би девојка уопште могла да помисли на брак (војне власти су чак прописивале неопходне износе мираза за све чинове) и до новог понижавања жена уместо проглашене једнакости. Жена се раније куповала, а сада је њена породица на све начине настојала да „купи“ младожењу. Раније су девојке на саборима и вашарима носиле ђердане око врата и тако стављале потенцијалним просцима до знања колико дуката носе у мираз, а током шездесетих и почетком седамдесетих су уместо ђердана, јер дуката више није било, око врата носиле рамове у којима су биле фотографије телевизора које носе у мираз или поређане новчанице које су чекале будућег мужа.¹¹² Шиваће машине, телевизори, бела техника, касније, комбиноване собе требало је да буду мамац. Закон понуде и потражње дошао је по своје.

За све то време послератног бујања мираза, до средине деведесетих година прошлог века, није било ниједног етнолошког рада

¹⁰⁹ Више о томе – Vojislav Stanimirović, *Brak i bračna davanja u istoriji*, нав. дело, str. 242-243.

¹¹⁰ Андрија Гамс, *Брачно и породично имовинско право*, Научна књига, Београд, 1966, стр. 79.

¹¹¹ Vojislav Stanimirović, *Brak i bračna davanja u istoriji*, нав. дело, str. 244-245; Јадранка Ђорђевић Црнобрња, *Наслеђивање између обичаја и закона*, нав. дело, стр. 108.

¹¹² Никола Ф. Павковић, „Друштвени значај традиционалних годишњих сајмова“, *Етнолошки преглед*, Етнолошко друштво Југославије, Београд, бр. 10, 1972, стр. 100; Иван Ковачевић „Традиција и иновација годишњих сајмова“, *Новопазарски зборник*, Завичајни музеј у Новом Пазару у сарадњи са Савезом етнолошких друштава Југославије, Нови Пазар, 1978, стр. 129-130.

посвећеног овом обичају. И етнолози су се повели за правницима, гурајући под тепих овај обичај толико супротан реалсоцијализму. Све се свело на повремену, узгредну критику, без икакве анализе ове појаве. Антонијевић, пишући о Алексиначком поморављу само лаконски констатује: „мираз се као класна појава одржао на селу до данас... класни остаци прошлости нарочито се огледају у захтевима око узимања мираза. Потраживања уз девојку достижу невероватне размере.“¹¹³

Да се мираз одржао у обичајном праву морао је да призна и законодавац када је у новом Закону о брачним и породичним односима из 1980. године у чл. 413 нашао за сходно да понови одредбу Закона о имовинским односима брачних другова НР Србије, донетог 30 година раније, да је мираз женина посебна имовина. Зашто би то Закон наглашавао да је мираз ишчезао? Васић, с правом, закључује: „... никаква свечана изјава о раскиду с прошлошћу не може победити упорност обичаја у допуни, тумачењу или укидању закона, што му повремено и на тренутак враћа стари сјај.“¹¹⁴

Слична је ситуација са муслиманским брачним давањем, прописаним шеријатским правом („мехр“). Иако је и мехр укинут поменим Законом о имовинским односима брачних другова НР Србије из 1950. године (чл. 16), он је, нарочито након ратова деведесетих, добио на популарности и значају у протекле три деценије, што доказује огромна већина муслиманских бракова у Санцаку и Новом Пазару која се склапа уз обећање мехра које бележи хоџа.

На примеру околине Врања, могу се видети и пратити промене везане за обичајноправна правила везана за наслеђивање од друге половине до краја деведесетих година прошлог века: „... у случају када на наследство „татковине“ претендују синови узима (се) у обзир следеће: син који остаје „дом“, тј. живи у заједници са родитељима наслеђује кућу и имање. Он има право на већи део наследства у односу на сина који „се оделија“, тј. који је остварио неолокални модел становања; затим, син који није живео са родитељима, али им је помагао у очувању и стицању имовине, стиче право на већи део наследства у односу на осталу браћу, односно синове који нису то чинили; право на целокупну имовину, односно на њен већи део у односу на остале, има и онај син који се старао о родитељима, иако није живео у заједници са њима. Сходно томе, синови оставиоца који су се школовали,

¹¹³ Драгослав Антонијевић, *Алексиначко поморавље*, Српски етнографски зборник, LXXIII, Српска академија наука и уметности, Београд, 1971, стр. 134-135 и 140.

¹¹⁴ Radmila Vasić, *Pravna obaveznost običaja*, нав. дело, II.

као и они који нису радили на имању са родитељима и нису бринули о њима, имају право само на један мањи део имовине, али никако не на кућу са окућницом или стан.¹¹⁵ На школовање ћерки није се, током шездесетих година прошлог века, благонаклоно гледало, јер се оно што је требало да буде остављено у наследство синовима, сада крњи да би се платило школовање ћерке, уместо „дом да седи“.¹¹⁶ При одређивању евентуалног наследног дела ћерке, у обзир се, дакле, узимао трошак око школовања, а посебно издаци учињени за њену свадбу и мираз и ћерка се, према обичају, у том случају сматрала „намирена у свом делу“. Чак и уколико би ћерка остајала уз родитеље они јој нису остављали имовину наглашавајући да „зет није род“.¹¹⁷

Заостала сеоска средина и патријархални менталитет доводили су до тога да су се сестре масовно одрицале на суду свог дела наследства у корист своје браће. Средином седамдесетих у аранђеловачкој општини то је чинило преко 80% сестара,¹¹⁸ а исти проценат је био и према евиденцији Општинског суда у Врању, али само двадесет година касније.¹¹⁹ Наведени разлози су: „Такав је ред“; „Желим да ме поштују браћа“; „Не желим да ме братанци сутра гађају камењем“; „Да не би за зета рекли да лако троши туђу муку“... Слично је било и у Црној Гори, Босни и Херцеговини и на Косову.¹²⁰

Занимљиво је да су се ефекти онога што је налагало обичајно право постизали и путем појединих института позитивног права, које, на тај начин, даје крила обичајима. Такав је случај са уговором о доживотном издржавању¹²¹ или тестаментом.¹²²

Тако је обичај прво потчинио закон својој логици и пракси, силом и вољом друштва које га је и обликовало, и ушао у СГЗ. Потом, и када га је закон изричито забранио, јер се косио са свим начелима новог права, пркосио му је и у великој мери обликовао наследно право

¹¹⁵ Јадранка Ђорђевић Црнобрња, *Наслеђивање између обичаја и закона*, нав. дело, стр. 100.

¹¹⁶ Исто, стр. 87. Седамдесетих, услед индустријализације, долази до промена оваквог става.

¹¹⁷ Исто, стр. 140-141. Један од испитаника каже: „Големо би имаја да нисам правија свадбе“. Он је имао три ћерке и једног сина, удао је све три ћерке и приликом удаје им купио шиваћу машину и опремио спаваћу собу.

¹¹⁸ Вера Гудац Додић, „Жене и праксе наслеђивања на селу у Србији“, нав. дело, стр. 206.

¹¹⁹ Јадранка Ђорђевић Црнобрња, *Наслеђивање између обичаја и закона*, нав. дело, стр. 137.

¹²⁰ Никола Ф. Павковић, *Студије и огледи из правне етнологије*, нав. дело, стр. 17; Милутин Ђуричић, *Обичаји и веровања Албанаца*, нав. дело, стр. 378.

¹²¹ Jadranka Đorđević-Crnobrња, „Nasleđivanje između običajnog i građanskog prava...“, нав. дело, стр. 148-154.

¹²² Vojislav Stanimirović, *Brak i bračna davanja u istoriji*, нав. дело, стр. 247; Đurica Krstić, *Pravni običaji u Crnoj Gori*, нав. дело, стр. 208-9.

у другој половини XX века, умешно користећи позитивно право као штит, да би опстао лакше, на сигурном, скривен иза прописаних норми. Слично је било и у Црној Гори.¹²³

4. ОБИЧАЈНО ПРАВО И ПРВЕ ДЕЦЕНИЈЕ XXI ВЕКА

XXI век затиче Србију у транзицији, измучену последњим ратовима, одлучну да своје законодавство усклади са правом ЕУ. Нови еманципаторски процеси свеprisутни су и незауостављиви, али је потпуна равноправност полова још увек далеко. Велика је разлика и даље међу мушкарцима и женама. Много већи број мушкараца је запослен (50% према 32%), за исти посао и даље су неједнака примања, жене су недовољно плаћене и тамо где оне представљају већину запослених (просвета, здравство, социјално осигурање), а по подацима из 2007. године, два пута је више мушких послодаваца.¹²⁴ Мушкарци су власници огромне већине непокретности у Србији.¹²⁵ Очеви и мужеви и даље, у неким срединама, имају главну реч у породици.

С једне стране, полако слаби патријархални менталитет, а убрзана урбанизација, технолошки развој који новим генерацијама приближава западну културу, извесни пораст стандарда, неизбежне промене унутар система вредности, све слабија насељеност руралних средина, нужно доводе до нестанка многих обичаја или промена у њиховом испољавању. Мираз, осим у удаљеним деловима североисточне Србије, не постоји више, већ се праметнуо у израз солидарности невестине породице према неолокалном браку њихове ћерке који ће даровима помоћи и младожењина породица, рођаци и гости на свадби. Крвна освета, и даље присутна на овим просторима, има своја измењена правила: беса нема некадашњу улогу, дорзони се ређе одлучују да се укључе у процес умира, некада јавно извршење крвне освете, сада се врши тајно, из заседе, путем унајмљених убица. Све више је малолетника, извршитеља крвне освете, јер је забрањена казна мања. Поврх тога, велики пораст организованог криминала на овим просторима, последњих пола века, крвну освету из племенске пребацује на терен криминалних кланова уместо братственичких завада, мада се то понекад и даље поклапа.

¹²³ Đurica Krstić, *Pravni običaji u Crnoj Gori*, нав. дело, стр. 207: „U Crnoj Gori ... sve do Drugog svetskog rata nije postojalo pisanje nasljedno pravo.“

¹²⁴ Dragica Vujadinović i Vojislav Stanimirović, „Rodni odnosi u Srbiji u doba tranzicije – između emancipacije i retraditionalizacije“, нав. дело, стр. 203.

¹²⁵ Јадранка Ђорђевић Црнобрња, *Наслеђивање између обичаја и закона*, нав. дело, стр. 60.

Крстић на основу резултата добијених током два истраживања, спроведених током седамдесетих и на самом крају XX века, констатује: „висок степен нестајања правних обичаја услед дубоких промена у економској и културној сфери проузрокованој напуштањем руралних подручја од стране млађе генерације „која није имала ни прилике да обичаје примењује, а ни разлоге да их очува у свом сјећању“.¹²⁶

Са друге стране, неке нове прилике доводе до настанка нових обичаја, који успевају да никну упркос и мимо изричитих законских норми.

Својеврсни правни обичај настао у савременом правном систему наше државе јесте и преваљивање обавезе плаћања пореза на пренос апсолутних права са продавца на купца код преноса права својине на непокретностима уз накнаду.

Обавеза плаћања пореза на пренос апсолутних права законска је обавеза и према важећим прописима она пада на терет продавца - према важећем законском решењу прописаном у одредби чл. 25 Закона о порезима на имовину,¹²⁷ порески обвезник пореза на пренос апсолутних права је продавац, односно преносилац права.

Међутим, иако је позитивноправним нормама прописано да је обвезник овог пореза продавац, у пракси се, по правилу, код закључења уговора о преносу права својине на непокретностима уз накнаду, ова обавеза преваљује на купца.

Неколико је разлога и мотива за овакво поступање уговорних страна, односно пореских обвезника:

1. Период настанка овог новог „*обичаја*“ везујемо за почетак XXI века када се грађани Републике Србије, мотивисани наглим порастом стандарда, у великом броју одлучују на куповину непокретности. На тржишту непокретности потражња за њима била је већа од понуде. У оваквом систему, продавци су видели и искористили прилику да се ослободе терета који им се законом намеће, будући да су на тржишту практично имали монополски положај.

¹²⁶ Đurica Krstić, *Pravni običaji u Crnoj Gori*, нав. дело, str. 359.

¹²⁷ Закон о порезима на имовину, *Службени гласник РС*, бр. 26 од 20. априла 2001, 45 од 2. јула 2002 - СУС, 80 од 26. новембра 2002, 80 од 26. новембра 2002 - др. закон, 135 од 21. децембра 2004, 61 од 30. јуна 2007, 5 од 22. јануара 2009, 101 од 29. децембра 2010, 24 од 4. априла 2011, 78 од 19. октобра 2011, 57 од 8. јуна 2012 - УС, 47 од 29. маја 2013, 68 од 3. јула 2014 - др. закон, 95 од 8. децембра 2018, 99 од 18. децембра 2018 - УС, 86 од 6. децембра 2019, 144 од 27. новембра 2020, 118 од 9. децембра 2021, 138 од 12. децембра 2022, 92 од 27. октобра 2023.

2. У наведеном контексту, с обзиром на то да је реализација купопродаје и пренос власништва у интересу купца, он пристаје да пореска обавеза буде преваљена на њега и сноси порески терет. Ваља напоменути да је, у једном периоду, ради спречавања евазије, било предвиђено да се имовина не може књижити на новог власника уколико уз захтев није приложен и доказ о плаћеном порезу.

Законодавац је овакво понашање пореских обвезника препознао и за одређену групу пореских обвезника – купаца – увео ослобођење од плаћања пореза на пренос апсолутних права код преноса права својине на стану. То су физичка лица која купују први стан, а ово ослобођење уведено је Законом о изменама и допунама Закона о порезима на имовину, који је објављен у Службеном гласнику РС, бр. 61/07 од 30. јуна 2007. године, а ступио је на снагу осмог дана од дана објављивања тј. 8. јула 2007. године.

Законодавац, штитећи интересе државе, прописује солидарну обавезу купца у случајевима уговарања његове обавезе на исплату пореза на пренос апсолутних права, чиме на мала врата отвара могућност кршења претходно наведене одредбе, којом се прописује обавеза продавца на исплату овог пореза, а чиме се, такође, ствара идеална подлога за креирање обичаја у савременом правном саобраћају.

Судови се ретко одлучују да се у својим одлукама позивају на обичајно право, али има изузетака.

Социјалне и културне специфичности брачних и породичних односа које су везане за малолетничко ступање у полне односе и рано заснивање заједнице живота још увек су карактеристичне за етничку заједницу Рома у Србији, код које је и даље опстала примена обичаја,¹²⁸ по цену игнорисања позитивноправних прописа.

Упркос покушајима државе да кроз разне програме заштите малолетних лица, у складу са Конвенцијом о правима детета коју је ратификовала још 1990. године и Конвенцијом Савета Европе о Заштити деце од сексуалног искоришћавања и сексуалног злостављања ратификованом 2010. године, спречи рано ступање у сексуалне односе између малолетника, као и заснивање ванбрачних заједница код припадника ромских заједница, у овим срединама опстала је свест о другачијем „нормалном“ поступању, које је у складу са њиховим

¹²⁸ Тихомир Ђорђевић, „Обичаји у Цигана“, *Наши народни живот*, том 3, Просвета, Београд, 1984, стр. 58-65.

обичајима, а покушај државе остао је само то – покушај, поготово без подршке судске власти.

Пресудом Апелационог суда у Београду Кж1 – 392/2019 од 10.6.2019. године ослобођен је извршилац кривичног дела обљубе над дететом, које је резултирало трудноћом, са образложењем: „Истовремено, имајући на уму да је услед хиперкриминализације понашања у савременом добу неодрживо инсистирати на начелу да непознавање права никога не оправдава, као и чињеницу да социолошко-културолошки контекст дефинише између осталог, и сексуалне и брачне односе међу припадницима одређене друштвене групе, овај суд је с обзиром на особености ромске националне мањине, односно окружења из кога окривљени потиче и у коме се креће а које се односе на рано ступање у полне односе и рано заснивање заједнице живота, нашао да у конкретном случају окривљени није био дужан да зна...“. Овакву тврдњу потврдио је и налаз сталног судског вештака Стевана Јокића који је истакао да се „окривљени културолошки понашао као и већина припадника његове заједнице“, будући да је имао случајеве у којима су припадници ромске популације имали односе са особама млађим од 14 година, а да, такође, нису сматрали да чине кривично дело, објашњавајући то уобичајеним понашањем у овој средини. Став Апелационог суда у Београду, садржан у образложењу наведене пресуде, наишао је на велику и оштру критику јавности. Оваквом одлуком крше се сви принципи проистекли из наведених конвенција, чији је потписник наша држава, а који су искључиво усмерени на заштиту права малолетних лица и обезбеђивање свих неопходних законодавних и других мера, којима би се обезбедило да буде криминализовано бављење сексуалним активностима са дететом, које сходно одговарајућим одредбама унутрашњег права, није достигло правни узраст у коме су сексуалне активности допуштене. У XXI веку, давати алиби таквим понашањима неће их искоренити. Напротив. Превенција је једна од најважнијих елемената казне. Друга је застрашивање. Но, пре свега, држава је та која мора да ради на социјалној политици која подразумева бригу и сваковрсну, па и правну помоћ, свим слојевима друштва, да уложи већи напор у раду на просвећивању и инклузији припадника свих етничких мањина у наше окриље, што је дуготрајан процес, јер се треба изборити са стигмом и предрасудама још увек присутним у јавном мњењу.

На крају, треба поменути и један врло занимљив, и за поједине изоловане средине још увек значајан моменат везан за могући суживот

обичаја и закона који наставља да траје и у XXI веку. Мировна већа (племенска, братственичка, сеоска) у неким крајевима Србије и даље постоје (североисточна Србија, Санџак и Пештер). Када се деси неки прекршај или злочин за који ће починилац бити у сваком случају гоњен по закону, ова већа на својим заседањима доносе одлуке (и оне везане за умир) и достављају их редовним судовима. На тај начин, судије у појединачним споровима лица из таквих средина имају пред собом одлуку већа, а самим тим, став заједнице из које и оштећено лице и штетник или починилац кривичног дела потичу (Санџак и Пештер). Ове одлуке мировних већа, наравно, ни на који начин не обавезују судије, али им помажу у одмеравању висине казне и у доношењу својих одлука, јер ако се договор између две стране решио на мировном већу, казна ће, вероватно, бити блажа. Тиме се показује двострука сврха оваквог поступања. С једне стране, оснажује ауторитет ових већа која и даље одржавају ред у заједници, а, са друге стране, потврђује се и супрематија закона и потврђује позитивно право.

5. ЗАКЉУЧАК

Обичајно право током последња два века може бити схваћено као скуп норми одређене садржине којег се држи и које својим схватањима и ситемом вредности штити организовано друштво (племе, братство, род, село, одређена средина или друштвени слој, етничка мањина). Такво друштво, које је, бар у одређеној мери, свесно супрематиче позитивног права, али га се беспоговорно не држи, има свој посебан „ratio средине“ или „ratio“ настао и прихваћен из ма ког другог разлога, који је довео до тога да се оно понаша супротно њему, или га само делимично поштује или да постоји упоредо са њим. У савремено доба, начела обичајног права су то на шта треба да делује држава, а не само обичајно право. У међувремену, начела обичајног права „проналазе рупу у закону и бивају реализована уз примену закона“.¹²⁹ Друштво ће се променити када се буду променили и уједначили ставови појединаца.¹³⁰ Остатака патријархалних схватања још увек има, али и позитивно право и даље карактерише “male point of view”, те стога не чуди да ни закон није једнак и праведан за све“.¹³¹

¹²⁹ Јадранка Ђорђевић Црнобрња, *Наслеђивање између обичаја и закона*, нав. дело, стр. 35.

¹³⁰ Љиљана Гавриловић „Обичајноправно регулисање породичних односа“, нав. дело, стр. 70.

¹³¹ Јадранка Ђорђевић Црнобрња, *Наслеђивање између обичаја и закона*, нав. дело, стр. 292-293.

Упркос свему, обичајно право још увек опстаје.¹³² Једино што се, на крају, може рећи је: наставиће се...

ЛИТЕРАТУРА

Антонијевић Драгослав, *Алексиначко поморавље*, Српски етнографски зборник, LXXIII, Српска академија наука и уметности, Београд, 1971;

Антонијевић Драгослав, „Положај остарелих у обичајном праву код Јужних Словена“, у зборнику: *Обичајно право и самоуправе на Балкану и у суседним земљама* (приредио Васа Чубриловић), Балканолошки институт САНУ, Београд, 1974, стр. 443-454;

Благојевић Борислав, „Упоредни метод при проучавању обичајног права као историјске категорије“, у зборнику: *Обичајно право и самоуправе на Балкану и у суседним земљама* (приредио Васа Чубриловић), Балканолошки институт САНУ, Београд, 1974, стр. 1-12;

Богетић Љубинка, „Обичајно право и самоуправа на колективним пашњацима балканских сточара у XIX и почетком XX века“, у зборнику: *Обичајно право и самоуправе на Балкану и у суседним земљама* (приредио Васа Чубриловић), Балканолошки институт САНУ, Београд, 1974, стр. 159-176;

Гавриловић Љиљана, „Обичајноправно регулисање породичних односа“, *Гласник Етнографског музеја у Београду*, Етнографски музеј у Београду, Београд, бр. 52-53, 1989, стр. 43-71;

Гамс Андрија, *Брачно и породично имовинско право*, Научна књига, Београд, 1966;

Грђић Бјелокосић Лука, *Из народа и о народу*, Просвета, Београд, 1985;

Гудац Додић Вера, „Жене и праксе наслеђивања на селу у Србији“, *Токови историје*, Институт за новију историју Србије, Београд, бр. 2/2018, стр. 199-220;

Гузина Ружица, „Регулисање својинских односа у Србији у XIX века на бази обичајног права“, у зборнику: *Обичајно право и самоуправе*

¹³² Đurica Krstić, *Pravni običaji u Crnoj Gori*, нав. дело, стр. 19; Max Gluckman, *Custom and Conflict in Africa*, нав. дело, р. 57: “Custom continues to permeate almost all realms of contemporary law... customary norms continue to exist side by side with other mechanisms of positive law-making.”

на Балкану и у суседним земљама (приредио Васа Чубриловић), Балканолошки институт САНУ, Београд, 1974, стр. 455-466;

Даниловић Јелена, „О миразу у паштровском обичајном праву“, *Историјско правне студије*, Правни факултет у Подгорици Универзитета Црне Горе, Подгорица, 2002, стр. 257-274;

Даниловић Јелена, „Сто година Општег имовинског законика за Црну Гору“, *Историјско правне студије*, Правни факултет у Подгорици Универзитета Црне Горе, Подгорица, 2002, стр. 275-298;

Ђорђевић Тихомир, „Брак“, *Наши народни живот*, том 1, Просвета, Београд, 1984, стр. 136-142;

Ђорђевић Тихомир, „Девојачка невиност“, *Наши народни живот*, том 1, Просвета, Београд, 1984, стр. 202-208;

Ђорђевић Тихомир, „Доба за удадбу и женидбу“, *Наши народни живот*, том 1, Просвета, Београд, 1984, 143-156;

Ђорђевић Тихомир, „Наши народни обичаји“, *Наши народни живот*, том 1, Просвета, Београд, 1984, 23-37;

Ђорђевић Тихомир, „Полигамија“, *Наши народни живот*, том 1, Просвета, Београд, 1984, стр. 217-236;

Ђорђевић Тихомир, „Полиандрија“, *Наши народни живот*, том 1, Просвета, Београд, 1984, стр. 237-246;

Ђорђевић Тихомир, „Узимање у роду“, *Наши народни живот*, том 1, Просвета, Београд, 1984, стр. 160-168;

Ђорђевић Тихомир, „Целибат“, *Наши народни живот*, том 1, Просвета, Београд, 1984, 129-135;

Ђорђевић Тихомир, „Домазетство“, *Наши народни живот*, том 2, Просвета, Београд, 1984, стр. 61-64;

Ђорђевић Тихомир, „Мираз“, *Наши народни живот*, том 2, Просвета, Београд, 1984, 33-39;

Ђорђевић Тихомир, „Положај жене“, *Наши народни живот*, том 2, Просвета, Београд, 1984, 12-32;

Ђорђевић Тихомир, „Обичаји у Цигана“, *Наши народни живот*, том 3, Просвета, Београд, 1984, стр. 52-79;

Ђорђевић Црнобрња Јадранка, *Наслеђивање између обичаја и закона*, Етнографски институт САНУ, Београд, 2011;

Ђорђевић Црнобрња Јадранка, „Обичајно право“, у зборнику: *Етнологија и антропологија* (приредиле Нина Алексић и Љиљана Гавриловић), Службени гласник и Етнографски институт САНУ, Београд, 2017, стр. 266-269;

Ђуричић Милутин, *Обичаји и веровања Албанаца*, Милутин Р. Ђуричић, Београд, 1995;

Ковачевић Иван, „Традиција и иновација годишњих сајмова“, *Новоназарски зборник*, Завичајни музеј у Новом Пазару у сарадњи са Савезом етнолошких друштава Југославије, Нови Пазар, бр.2/1978, 127-133;

Константиновић Михаило, „Идеје Валтазара Богишића о народном и законском праву“, *Анали Правног факултета у Београду*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, vol. 30 бр. 3-4, 1982, стр. 422-433;

Крстић Ђурица, *Правни обичаји у прошлости и данас – компарације и концепције*, Црногорска академија наука и умјетности, Подгорица, 1997;

Кршљанин Нина, „Наслеђивање земљишта у нововековној Србији пре Српског грађанског законика: женско право наслеђивања?“, *Анали Правног факултета у Београду*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, vol. 57, бр. 2, 2009, стр. 273-288;

Лукић Радомир, „Наше ново право и сељачко друштво“, *Глас САНУ*, ССLXXX, Београд, 1971, стр. 153-161;

Милићевић Милан, *Живот Срба сељака*, Просвета, Београд, 1987;

Миљковић А. Александар, „Погледи Живојина М. Перића на породичну задругу у Србији – Прилог критици Перићевог схватања породичне задруге као комунистичке установе“, *Анали Правног факултета у Београду*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, vol. 53, бр. 1, 2005, стр. 93-112;

Недељковић Бранислав, „Историја баштинске својине у Новој Србији од краја XVIII века до 1931. године“, *Изабрани радови*, Правни факултет у Подгорици Универзитета Црне Горе, Подгорица, 2005, стр. 19-343;

Недељковић Бранислав, „Канун Леке Дукађина – Арбанашко обичајно право“, *Изабрани радови*, Правни факултет у Подгорици Универзитета Црне Горе, Подгорица, 2005, стр. 345-387;

Недељковић Бранислав, „Породица и наследство“, *Изабрани радови*, Правни факултет у Подгорици Универзитета Црне Горе, Подгорица, 2005, стр. 429-452

Николић Десанка, „Однос власти према обичајној традицији у Србији прве половине XIX века“, *Етно-културолошки зборник*, књ. 2, Етно-културолошка радионица – Сврљиг, Сврљиг, 1996, стр. 32-35;

Новаковић Стојан, *Село*, Српска књижевна задруга, Београд, 1965;

Павић Владислав, *Протокол магистрата: Суд нахије београдске 1828-1839*, Градска општина Сопот, Сопот, 2010;

Павковић Ф. Никола, *Студије и огледи из правне етнологије*, Српски генеалогски центар, Београд, 2014;

Павковић Ф. Никола, „Друштвени значај традиционалних годишњих сајмова“, *Етнолошки преглед*, Етнолошко друштво Југославије, Београд, бр. 10/1972, 97-103;

Пантазопулос Николаос, „Обичај као стваралачки елеменат новогрчког права“, у зборнику: *Обичајно право и самоуправе на Балкану и у суседним земљама* (приредио Васа Чубриловић), Балканолошки институт САНУ, Београд, 1974, стр. 23-40;

Пантелић Никола, *Наслеђе и савременост – чачански и горњемилановачки крај*, Етнографски институт САНУ, Београд, 1991;

Перић Живојин, *Задружно право по Грађанском законнику Краљевине Србије*, Геца Кон, Београд, 1920.

Поповић Марко, Тимотијевић Мирослав и Ристовић Милан, *Историја приватног живота у Срба*, Слио, Београд, 2011;

Симон Дитер, „Закон и обичај у Византији“, *Анали Правног факултета у Београду*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, , vol. 35, бр. 2, 1987, стр. 145-151;

Станимировић Војислав, „Снага обичаја – породица у Српском грађанском законнику између старог и новог“, у зборнику: *Српски грађански законик – 170 година* (приредили Милена Полојац, Зоран С. Мирковић и Марко Ђурђевић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2014, стр. 145-166;

Станимировић Војислав, *Установа мираза у нашој традицијској култури*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 1998;

Стефановић Карацић Вук, *Историјски списи I*, Просвета, Београд, 1969;

Стефановић Карацић Вук, *О Црној Гори; Разни списи*, Просвета, Београд, 1964;

Стефановић Карацић Вук, *Српске народне пјесме I*, Просвета, Београд, 1975;

Стојановић Петар, „Међусобни односи и међуутицаји законских прописа и обичајног права у Црној Гори: осврти на стање у XVIII и XIX вијеку“, *Историјски записи*, Историјски институт Црне Горе, Титоград, vol. 29, бр. 1-2, 1972, стр. 17-50;

Стојчевић Драгомир, „Санкција обичаја“, *Анали Правног факултета у Београду*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, vol. 31, бр. 1-4, 1983, стр. 660-664;

Тројановић Сима, *Јединство народног духа*, Службени гласник, Београд, 2008.

Bederman J. David, *Custom as a Source of Law*, Cambridge University Press, New York, 2010;

Bogišić Valtazar, *Izabrana dela i Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru*, Novinsko-izdavačka ustanova Službeni list SFRJ, Београд, 1986;

Ђорђевић-Срнбрња Јадранка, „Наслеђивање између обичајног и грађанског права – на примеру уговора о доживотном издржавању“, *Етноантрополошки проблеми*, Филозофски факултет Универзитета у Београду, Београд, год. 4, св. 3, 2009, стр. 145-160;

Ђурић С. Слађана, *Освета и казна – социолошко истраживање крвне освете на Косову и Метохији*, Просвета, Ниш, 1998;

Gluckman Max, *Custom and Conflict in Africa*, Basil Blackwell, Oxford, 1973;

Gluckman Max, *Politics, Law and Ritual in Tribal Society*, Aldine Publishing Company, Chicago, 1965;

Hart L. A. Herbert, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1972;

Hayden M. Robert, “Popular Use of Yugoslav Labor and the Contradiction of Social Courts”, *Law and Society Review*, Wiley, Hoboken, vol. 20, no. 2, 1986, pp. 229-252;

Hoebel Edward Adamson, *The Law of Primitive Man*, Harvard University Press, Cambridge, MA – London, England, 1954;

Karan Milenko, *Krvna osveta*, Partizanska knjiga, Beograd, 1985;

Krstić Đurica, “Customary Law”, *Yugoslav Survey*, no. 2, 1968, pp. 51-62;

Krstić Đurica, *Pravni običaji u Crnoj Gori*, CID, Podgorica, 2010;

Maine S. Henry, Sir, *Ancient Law – its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*, John Murray, London, 1861;

Malinowski Bronislaw, *Crime and Custom in Savage Society*, Rowman & Allanheld, New Jersey, 1985;

Marcu Liviu, “Les coutumes juridiques somme système normatif vicinal en Roumanie (fin du XIX^e siècle – première moitié du XX^e siècle)”, у зборнику: *Обичајно право и самоуправе на Балкану и у суседним земљама* (приредио Васа Чубриловић), Балканолошки институт САНУ, Београд, 1974, стр. 135-158;

Stanimirović Vojislav, *Brak i bračna davanja u istoriji*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Službeni glasnik, Beograd, 2006;

Vasić Radmila, *Pravna obaveznost običaja* (doktorska disertacija), Beograd, 1989;

Vujadinović Dragica i Stanimirović Vojislav, „Rodni odnosi u Srbiji u doba tranzicije – između emancipacije i retradicionalizacije“, у зborniku: *Demokratska tranzicija Srbije – (re)kapitulacija prvih 25 godina*, (priredili Bojan Vranić i Goran Dajović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016, str. 189-215.

ПРАВНИ ИЗВОРИ

Закон о порезима на имовину, *Службени гласник РС*, бр. 26 од 20. априла 2001, 45 од 2. јула 2002 - СУС, 80 од 26. новембра 2002, 80 од 26. новембра 2002 - др. закон, 135 од 21. децембра 2004, 61 од 30. јуна 2007, 5 од 22. јануара 2009, 101 од 29. децембра 2010, 24 од 4. априла 2011, 78 од 19. октобра 2011, 57 од 8. јуна 2012 - УС, 47 од 29. маја 2013, 68 од 3. јула 2014 - др. закон, 95 од 8. децембра 2018, 99 од 18. децембра 2018 - УС, 86 од 6. децембра 2019, 144 од 27. новембра 2020, 118 од 9. децембра 2021, 138 од 12. децембра 2022, 92 од 27. октобра 2023.

Vojislav Stanimirović

Una Divac

CUSTOMARY AND POSITIVE LAW IN SERBIA

Resume

In order to fully and properly understand the essence of customary law, a joint explanatory endeavour of legal, ethnological, and sociological science is needed. During the last two centuries, the relationship between customary and positive law passed through two phases. The first phase was marked by the incredible strength and resistance of the customary law, which was deeply rooted in the patriarchal Serbian society. Its strength was such, that it managed to overpower the modern Austrian law during the creation of the Serbian Civil law code, despite the efforts and desires of the law code creator, Jovan Hadžić, to suppress it. Customary law became the sole regulator of marriage, family, and inheritance law, thus becoming a part of the positive law. The second phase took place after the Second World War. By promoting a new system of acceptable social and moral values, the new, revolutionary, socialistic law fiercely fought the customary law and rural traditions, labeling them as obsolete relicts of a class-divided society. However, customs showed their remarkable resilience, and found a way to survive this strife – quite ironically – by using the existing laws and legal loopholes, masking themselves sometimes like a chameleon. Maybe the best illustration of this conflict between positive and customary law can be found in the inheritance law, as it is a complex branch of law, which was shaped not only by laws, but also by the centuries-old traditions of our people. To be able to fully understand the customary inheritance law, one must first analyse the institutes of family, marriage, and kinship. Although many customs have already disappeared in the XXI century by overcoming the patriarchal notions in the modern society, some customs remained, but also some new have, due to various reasons, managed to emerge, making the topic of this paper quite contemporary.

Key words: *customary law, custom, patriarchy, inheritance, positive law*