

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ТРОМЕСЕЧНИ ЧАСОПИС ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ

Година I

1955

Број I

ПРАВО УЈЕДИЊЕНИХ НАЦИЈА

У последње време у правној науци која је под утицајем американских кругова, све више се поставља питање да ли се ново међународно јавно право ствара у оквиру Организације уједињених нација, тако да развој међународног права кроз ОУН претставља развој општег међународног права, или, напротив — супротна теза — да се развијају два међународна јавна права, једно опште, тзв. класично међународно право и друго, његова паралелна грана, међународно право ОУН, које је независно од међународног класичног права и које са њим има само почетну везу, тј. да је створена организација по прописима међународног права и да то право у оквирима организације вреди и тумачи се по регулама класичног међународног права.

Ова последња теза, с обзиром на то да се данас читава активност међународног права развија у оквиру Организације, иде чак дотле да сматра да је класично међународно право добило некакав статички карактер, остало тамо где смо били у моменту када се међународно право почело стварати у ОУН, и да је оно остало статичка вредност која се тренутно не развија и која остаје као златна резерва да поново дође до изражаја ако престане активност ОУН, а која данас долази до изражаја само утолико уколико треба ценити легалност акција Уједињених нација или као попуна празнина у Уједињеним нацијама да би се, евентуално, то право интегрално применило на односе држава ван Уједињених нација али тако да се, том приликом, оно не меша са правилима која је донела ОУН.

Борба између ових двеју теза, по нама, јесте борба између универзалистичког схватања кретања друштвеног прогреса и схватања да је класично међународно право добило одсуство, неку суспензију, стварањем права ОУН, које на њега не утиче и чијим се одредбама и, нарочито, принципима оно не мења. Али, по том другом схватању, то класично међународно право је живо тамо где не допире акција ОУН и ту оно вреди у потпуној својој опширности, без примеса правних правила ОУН. Присталице ове тезе чак додају да

је право ОУН једна уговорна креација у оквиру класичног међународног права, која постоји на основу права о уговарању по класичном међународном праву, и да ће то право постојати само док постоји Организација, тако да оно има да ишчезне заједно са њом, јер уговорно право важи само између странака уговорница док их уговор везује и ишчежава као позитивно право престанком уговора, тако да оно и за време свога важења нема никаквог дејства на силе које нису учествовале у његовом уговарању, јер је то за њих *res inter alios acta*.

Тако постављен проблем је утолико више важан што он има непосредне везе са тезом јединства дејства историје. Ако би признали такво схватање, ми би признали и схватање да се извесни периоди историског делања могу издвојити из општег прогреса човечанства и сматрати, по њиховом престанку, као да нису ни постојали. Супротно овој тези може се указати на неуспех таквог схватања у време Рестаурације. Званична теза држава које су спроводиле идеју рестаурације била је враћање на правни легалитет онакав какав је постојао пре Француске револуције. Међутим, баш концепције међународног права оличене у Финалном акту Бечког конгреса, томе свечаном акту рестаурације, не претстављају враћање на концепције предреволуционарног времена, него консакрацију револуционарних концепција о међународном општењу. Покушај да се Бечком акту надовеже Света Алианса био је слаб, јер општи прогрес није допуштао да се точак историје врати.

Осим тога, ако класично међународно право има универзалистички карактер, као што тврде његови браниоци, онда се поставља питање у чему се неорганизовани универзалистички карактер може стављати изнад организоване универзалистичке тенденције и тврдити да је партикуларистичко право оно које уговорно везује 60 држава ОУН и које су признале скоро све остале државе света подносећи пријаву да приђу тој уговорној заједници. Може ли се сматрати да припада класичном праву једно правило које је извучено из праксе неколико држава, макар најважнијих, а оспоравати да тај карактер има прецизно правило које признају све те државе организоване у ОУН.

Најјачу подршку овом схватању да специјално право Организације уједињених нација не улази у оквир класичног међународног права даје професор Ханс Келзен у својим познатим делима *The Law of the United Nations*, *Recent Trends of the Law of the United Nations* а нарочито у свом делу *Critical Remarks on the Draft Declaration on the Rights and Duties of States*. Полазећи од нормативистичке тезе, од тезе да је право међународне заједнице највиша грана права, Келзен је поставио једну логичну архитектонску грађевину. По њему међународно право потиче од међународне заједнице као целине, некакве апстрактне заједнице која обухвата цео

свет. Саобразно прописима те заједнице и институтима о праву уговарања, неки чланови заједнице образовали су своју посебну организацију уговорног карактера. Одрас те организације јесте Повеља ОУН. Та Повеља јесте међународно право, али не опште међународно право него само специјално међународно право које везује по правилима о уговарању оне који су га уговорили и које остаје без правне снаге за све друге државе.

Ово Келзеново схватање да чак ни Повеља ОУН није део класичног међународног права него само основа једног уговорног права, доводи га до нове мисли, а то је да Повеља садржи извесна правила међународног права која чине део класичног права јер их је класично право признавало и пре доношења Повеље, и друге одредбе које не улазе у класично међународно право јер их је тек Повеља као уговорно право установила и према томе та правила вреде само према државама које су признале то право на основу своје способности за уговарање. Додуше, признаје Келзен, Повеља може бити чак и стипулација у корист трећих, проглашујући да се извесни принципи имају примењивати и према државама које нису учествовале у Повељи, али да би те државе користиле ту стипулацију, дејство не наступа ex iure него тек њиховом вољом коришћења те стипулације или њиховим приступањем Повељи.

Шта практично значи ово Келзеново схватање? То схватање значи да Келзен не признаје принципе Повеље као резултат општег развоја међународног права, не признаје недељиви процес напретка човечанства, не признаје да је кретање маса у оквиру антихитлеровске коалиције имало стваралачки карактер на историској позорници. Није чудо што је Келзен нашао присталице у државама којима се та Повеља не допада. Совјетска званична доктрина прима Келзеново схватање (тако Кожевников, Крилов, Дурдењевски, Корецки). Сви они сматрају да Повеља није споменик преображаја у једној епоси већ чисто уговорно право. Тако и Лаутерпахт (у 7. издању Опенхајма), тако и званична француска доктрина (додуше тек кад се поставило питање важности чл. 73 Повеље, тј. режима у колонијама). Другим речима, под утицајем средина великих сила које сматрају да им је Повеља изнуђена, враћање на класично право јесте одбрана стечених позиција угрожених напредним идејама Повеље.

Став ове школе према Повељи долази још јаче до изражаја у Келзеновом скептицизму према кодификацији међународног права коју треба да врши ОУН. Келзен сматра да чак иако ОУН врши своје дело кодификације и формулације општег међународног права, она мора, ако жели да то њено дело претставља општа правила међународног права и ако жели да ствара обавезна правила међународног права, да претходно испита да ли су формулације које прописује Организација сагласне не само Повељи него и међународ-

ном праву у њеном општем и класичном изражају, значи међународном праву које је постојало пре Повеље.

Ако анализирамо ову Келзенову замисао, али ако при тој анализи не будемо остали строго при правничком апстрактном резонувању, ми не можемо извршити анализу ако не водимо рачуна о текућем животу и о значају Повеље за општи развој човечанства. Пре свега из те анализе излази да ако правила међународног права, да би била обавезна, морају одговарати не само Повељи него и ранијем класичном међународном праву, онда сви нови принципи унети у Повељу остају без правне важности. Ако идемо за мишљу проф. Келзена онда би имали пред собом три групе норми и то:

1) Оне које су биле признате као правила међународног класичног права до оснивања ОУН. То би били међународни правни стандарди које је класично међународно право признавало као обавезне за цивилизоване нације. То су они стандарди који се по Опенхајму намећу као обавезни свакој држави чим она ступи у међународну заједницу и чији се обавезни карактер не може умањити чак ни изричном вољом такве државе.

Ова прва група наметала би појединим државама обавезе које би постојале чак и против воље већине држава које би сматрале да су извршиле ревизију класичног међународног права Повељом, јер та ревизија по Келзену не би утицала на међународно класично право ако је извршена у оквиру ОУН. Ми сматрамо да би овакво резонување значило да би ова група правила претстављала непомичну тврђаву општих начела и правила од којих се могу чинити уговорна привремена отступања, али за која не постоји никаква могућност да их народи који учествују у том привременом отступању измене генералишући резултате до којих су уговорно дошли. То ће рећи да је класично међународно право основица за стварање уговорне заједнице ОУН и да та заједница зато што је по форми добровољна и уговорна претставља карактеристике једног специјалног правног система чија се правила оснивају на границама овлашћења установе права уговарања по класичном међународном праву које је, и које остаје да буде, једина општа вредност у међународном праву.

2) Другу групу чинила би правила која се оснивају на уговорном односу израженом у Повељи ОУН и у другим текстовима заснованим на Повељи. Ова група претстављала би позитивно и обавезно право али само за државе чланице ОУН и за оне државе које таква правила прихвате и то у мери која је одређена актом прихватања. Ова правила као право примењивала би се стриктно само на оне државе које су га прихватиле и свака од њих могла би у сваком тренутку да истиче приговор против конкретног постојања њене обавезе да примењује право ОУН тврдећи да та обавеза прелази границе њеног приступања одређеном тексту, акцији или организацији у оквирима ОУН. Другим

речима, обим прихватања претстављао би претходно правно питање, а спорови око тога претходног питања сводили би се на процењивање прихватања према правилима међународног класичног права. Све што би ишло преко правила класичног права сматрало би се нужно да претставља наметање нечега што није обавезно.

3) Трећу групу би претстављале оне одредбе које су донете у оквиру ОУН, на основу Повеље или акције ОУН али које не одговарају класичном међународном праву. Такве одредбе вределе би само ако их призна међународно класично право.

Келзенова концепција о овом дуализму међународног права, о постојању класичног међународног права различног од међународног права ОУН није се случајно јавила баш у САД и није такође случајно постала оруђе у рукама совјетског блока против проширења међународне сарадње. Она се јавила у Сједињеним Америчким Државама зато што Сједињене Америчке Државе покушавају да коче извесна стремљења неразвијених држава, заснована на принципима из Повеље, и спречавају разраду ових принципа тврдећи да Повеља има политичке принципе, тј. новост према класичном праву, и правне принципе, тј. оно што одговара класичном праву. С друге стране, совјетски блок позива се на Келзена зато што појам суверенитета, као апстрактне формуле, засноване на класичном међународном праву, употребљује увек као брану против проширења међународне сарадње и као основ за своје оправдање што у њој не учествује.

Горе изнето показује да једна научна концепција може да буде опасно оруђе за борбу против ОУН путем правних конструкција. Помоћу њих може се поткопати њено постојање. Оно што је најопасније то је да таква правна конструкција може да претставља правну платформу за све оне без обзира с које се стране завесе налазе, који мисле да је главно да они победе у превласти света са или без ОУН, који су готови да сарађују у остварењу високих циљева и начела ОУН ако им остварење тих циљева и начела није штетно а да оне циљеве и начела који им могу штетити, а то су најнапреднија начела, одбацују позивајући се да та начела не одговарају класичном међународном праву. Најзад, најгоре је што та правна конструкција охрабљује оне који очекују дан када ће ишчезнути ОУН да би се вратили на старо.

За нас Келзенова конструкција није толико важна као правна колико то што она претставља данас један општи друштвено-политички феномен. Али тај феномен је вештачка конструкција и не верујемо у његов историски опстанак. Не верујемо зато што је он одвојен од своје примарне базе. Ако примимо да се општа социјална стварност променила у току Другог светског рата, онда морамо да примимо да се и друштвена база међународног права исто тако променила и да су те промене базе морале да нађу свој одраз у међународном праву уопште. За нас тај однос у међународном праву добио је своје формулисање у праву ОУН. Ми верујемо да то није

формулисање посебног права него промена класичног међународног права, да су то историске промене које су настале у међународном класичном праву и да оне са међународним класичним правом чине једну целину. То за нас значи да су у међународном праву уопште створене нове правне институције, да је прокламован низ нових правних принципа, да се низ политичких принципа подигао на степен правних принципа и да све то чини једну целину, историску трансформацију стања које је дотле постојало. Све што би било супротно томе ми сматрамо историским апсурдом. Зато нас резонување о два међународна права потсећа на оне француске правнике који су у изгнанству, за време Француске револуције, доказивали нелегалност промена у француском праву, да би се једног дана вратили у Француску не оспоравајући више законитост Code civile-a. То нам личи на резонување руских професора у избеглиштву који су даље сматрали да у Русији важи Свод Законов, да би после извесног времена указивали шта је револуција донела ново. Међутим, на ове примедбе Келзенове присталице нам одговарају да њима даје за право историја. Они се позивају на паралелизам класичног међународног права и права Друштва народа. Покушавају из тога да изведу аналогију у односу на право ОУН и тврде да је ишчезавањем Друштва народа нестало његово право и да се остало код класичног међународног права које није водило рачуна о резултатима права створеног у оквиру Друштва народа.

Ову аналогију са Друштвом народа одбацујемо. Сматрамо да је немогуће у овом погледу покушавати да се врши поређење између Организације уједињених нација и Друштва народа. Друштво народа ни по тенденцијама ни у животу није имало услове универзалности. Неке велике силе никада нису приступале Друштву народа. Друге су му приступиле врло доцкан. Неке су му приступале и напуштале га кад им се то чинило zgodним. Само Друштво народа није претендовало на свој утицај у погледу држава које нису биле његове чланице. Отуда оно ни по броју чланова ни по условима његовог живота није имало нити је могло имати утицај Организације уједињених нација. Чланови ОУН, или бар кандидати за чланство су такође све државе. Активност Уједињених нација је много већа од активности Друштва народа. Данас, путем специјализованих агенција, нема области међународног живота која не носи печат ОУН. Отуда чак и ако би престала да постоји ОУН практично би било немогуће избрисати правне трагове које је ОУН уписала у међународно право. То нису записи, то су brazде.

На основу свега овога наше је уверење да покушај стварања вештачког делења класичног међународног права од права Уједињених нација претставља друштвени, правни и, нарочито, историски апсурд.

Др. Милан Бартош

УПОРЕДНО ПРАВО — МЕТОД ИЛИ НАУКА

Међународна сарадња у свима областима људске делатности и људске мисли је данас опште познати факт и опште призната потреба. Она проистиче из универзалности било појединих предмета било из саме проблематике која се поставља у вези са појединим питањима, при чему се тежи да се достигнућа, појаве и резултати постигнути било где у свету максимално искористе свуда другде, и тиме увек лакше ствара увек нова платформа за даљи развој људске делатности и људске мисли. Притом, разуме се, начини и средства путем којих се то чини могу бити врло различити, зависећи како од саме природе појава које су предмет проучавања, тако и од интензитета организованости сарадње заинтересованих лица и установа на међународном плану.

Многи предмети људског сазнања, макар општи по своје појму и чак по својој појави, тј. макар да се као такви појављују као објекти научног проучавања у свим крајевима света, у свима државама или код свих народа, имају своје специфичности, с обзиром на које се они, а по врло различитим основима и критеријумима, „просторно“ везују за одређене територијалне групације (напр. држава, племе, нахија, род, породица, народ, нација, и сл.). Притом се ове појаве у основи проучавају у размерама — временским и просторним — таквих групација, добијајући на тај начин своја т. зв. „национална“ обележја (1), тј. са могућношћу констатовања управо извесних особина на страни изучаваних појава и предмета који долазе као последица управо специфичних околности — ограничених временски и просторно — које су омогућиле и условиле постојање тих и таквих предмета. А то је појава која се среће код скоро свих т. зв. друштвених или хуманитарних наука уопште (2), долазећи као

(1) Израз „национално“ обележје није најпогоднији да изрази све врсте подлога за просторно делење људских организација, те га зато стављамо под знаке навода. Ипак, у данашње време, с једне стране јачање националне свести код огромних маса људи који су до недавно живели или још и данас живе под јармом колонијалних или полуколонијалних система, а с друге стране на чињеници стварања све већег броја т.зв. „националних држава“, услед чега се ове специфичности управо данас најчешће изучавају у границама народа и држава, дају право да се овај израз употреби као најадекватнији за изражавање ове заједничке појаве.

(2) Међутим не треба сматрати да је ова појава сведена само на т.зв. друштвене и хуманитарне науке а да је она уопште искључена код природних наука. Код ових других, она је много мањег значаја, чак спорадичног. Тако, на пример, залажено је да су извесне особине јелена у резерватима (било које врсте) другачије — или бар посебно истакнуте, оди деформисане — при упоређењу тих особина код јелена у т.зв. слободним широким ловиштима. Отуда могућност и у природним, посебно биолошким наукама, њиховог већег или мањег „националног“ обележја, тј. територијалног везивања предмета њиховог проучавања и — у вези с тим — резултата тих проучавања.

нужна последица саме природе проучаваних предмета и будући израз „научности” ових наука, разуме се под претпоставком да се и њиховој анализи, тј. утврђивању узрока управо тих појава и таквог развоја, односно њихове друштвене функције приступило научним методама.

Оваква појава је карактеристична и за право као облик људске делатности и као израз људске мисли. Везано — по начину свога настанка и по обиму свога дејства — у принципу за одређени простор, право показује специфичне особине које одговарају — по разним основама (3) — друштвеним односима који су постајали или који постоје на томе простору, супротстављајући се одн. једначећи се (у разном степену) са свима или бар са неким правима. Притом се већ врло рано поставило питање да ли се при раду било које врсте у области права (4) може остати у границама одређеним просторном везом права, или је пак корисно па чак и нужно користити „међународну” сарадњу и у области права. А то значи поставило се питање да ли при стварању, примени и теориској обради једног права треба користити, или бар имати у виду и познавати их, и друга права, права других просторних јединица, права других држава. И усто, за случај позитивног одговора на ово питање, који би био најбољи начин за ово.

Затвореност и искључивост појединих права је особина која је позната у историји. Али исто тако је познато да се још код најстаријих права користило искуство стечено код других народа, тако да су се појаве „међународне” сарадње у области права почеле јављати већ врло рано. Истина рудиментарно и спорадично, али и са, у току времена, тенденцијом за њено проширење. Притом се, управо с обзиром на сам карактер права као друштвене појаве, упоредно проучавање права, упоредно право показало, досад, као најбољи облик ове „међународне” сарадње. У свим правима констатовано је, поред низа већих или мањих специфичности, и низ заједничких појава, при чему се та заједничност могла кретати у погледу облика тих појава, у погледу њиховог систематичког места, у погледу њихове садржине, или само у погледу њиховог дејства. Уз ту констатацију заједничности (5) и специфичности, свакако да се показало врло ко-

(3) То у првом реду у погледу саме врсте правних појава и односа, а затим и у погледу, и нарочито у погледу садржине и дејства тих односа, јер се управо ове специфичности права много чешће и више појављују код питања њихове садржине и дејства, него што је то случај код питања саме њихове врсте.

(4) Па било да је то при изради закона, при припреми права или при његовој теориској обради.

(5) Која може или до истоветности, мада то није увек потребно, јер и код идентичности у друштвеним појмовима, по нашем мишљењу, треба разликовати могућност интензитета идентичности, при чему се она одржава све док опште, заједничке особине, које су утврђене као битне за једну појаву, постоје.

рисно и целисходно систематски организовати управо њихово утврђивање, утврђивање онога шта је заједничко а шта је специфично, уз изналагање услова и узрока свега тога. На тај начин постижу се две ствари: с једне стране искуство целокупног правног развоја и моментаног (6) правног уређења свих делова човечанства омогућава да се сагледа оно што је опште, што је заједничко правном развоју и праву као таквом, а с друге стране, уз сазнање одн. и поред сазнања о постојању општег и заједничког (7) и евентуалном коришћењу овог општег, очување и појединачног и специфичног на страни сваког појединог права. А један начин, метод прилажења проучавању проблема, нарочито друштвених проблема, који својом правилном употребом одводи оваквим резултатима претставља свакако добар начин, метод прилажења проблемима (8).

Упоредно право је данас општа појава. Упоредно право је данас (речено то или не, чињено то посебно и под тим називом или не; називало се то тако или којим другим именом; појављивало се то као посебан начин или укључен као саставни део и помоћног карактера у неки општији метод) (9) саставни део скоро сваког рада на праву и правној науци, па било то да се ради о законодавној изградњи права једне државе или о теориској обради неког правног система, па чак, врло често, и само о конкретној (путем суда или других надлежних органа) примени одређеног правног поретка. Користи које се упоредноправним проучавањем могу постићи су многостране. Упоредним проучавањем свакако да се долази до бољег упознавања свога права, јер се тако често долази до одговора на питање како је управо дошло до тога права, на кога се оно угледало, који су његови одједи, каква је његова стварна друштвена

(6) Узимајући у обзир увек моменат посматрања предмета изучавања, што праву даје савременост, а правној науци ажурност. Две особине права и правне науке при упоредном проучавању о којима би требало нарочито водити рачуна, мада то често, с разних објективних и субјективних разлога, није увек случај.

(7) Које две особине не треба изједначавати и поред све њихове сличности и најчешће подударности.

(8) Слична појава се среће при обради низа других области људске мисли. Тако, на пример, данас су већ опште признате дисциплине упоредна књижевност, упоредна граматика, посебно упоредна граматика индо-европских језика, и др. Па се отишло и даље. У нешто другачијем смислу говори се и о упоредној анатомији, упоредној хистологији, упоредној физиологији, или чак и упоредној биологији уопште.

(9) Ми се овде не бисмо могли задржавати на врло значајном проблему односа метода дијалектичког материјализма као општег, чак најопштијег па отуда и најсвеобухватнијег, али и са потребом, као код свега општег, изналагања његових облика коришћења и примене код појединих друштвених појава, што чини да он, задржавајући у основи свој карактер општости, добија карактер посебности, чак конкретности.

вредност (10). Оно омогућава не само правилну примену колизионог права сваке поједине државе, него и пружа материјал законодавцу како би требало да гласе колизионе норме, и — што је нарочито важно — изузеци од њих. Оно припрема материјал за законодавни рад и реформу права појединих држава (11), при чему треба бити врло обазрив јер се не сме пасти ни у имитацију туђег права (његову рецепцију или још горе трансплантацију), а ни у идолопоклонство свога (што води правном шовинизму). Оно припрема потребан — и то не само сиров већ сређен и чак, да се тако изразимо, препарирани материјал о правним порецима и правним системима, па и донекле о праву као целини, тако да је неопходно за даља теоретска уопштавања у области права, за формулисања појмова и система опште теорије права и, још даље, филозофије права (12). Оно припрема материјал, користан и чак нужан, за међународну — универзалну или регионалну — унификацију правних прописа. Оно омогућује утврђивање „општих принципа права признатих од стране цивилизованих нација“, уколико се они, у смислу чл. 38 Статута Међународног суда правде, имају сматрати као извори међународног права. Оно, најзад (13), има и огромну васпитну улогу у циљу међусобног упознавања међу народима, омогућујући формирање критеријума о вредности правних устанаова, о међузависности правног развоја и нарочито данашњег правног живота, па према томе доприноси развоју међународне толеранције која је неопходна (па чак и довољна бар у овој етапи развоја међународне заједнице и регулисања међународних односа) за очување мира у свету.

Упоредно право је данас основни израз начина међународне сарадње у области права. Притом се оно широко користи при обради унутрашњег права сваке поједине државе, јер се данас, при из-

(10) Ту мисао је проф. Нибоаје лепо изразио речима: Упоредно право тежи да на право сваке земље баци индиректну светлост, светлост која долази споља, омогућујући тако боље познавање управо тога права.

(11) Тешко да је потребно овде указивати колико су стари изражаји овакве функције упоредног права. Солон је путовао десетак година да би, код других народа, скупио материјал за своју кодификацију; Ликурт је, у истом циљу, обишао Малу Азију, Грчку и Египат; децемвири су, ради упознавања са грчким правом, ишли у Велику Грчку; Наполеон је дао да се у циљу прикупљања материјала за кодификацију француског права, поведе пруску *Landrecht*; итд.

(12) Јер, у противном, општа теорија државе и права, по нашем мишљењу, постаје правна догматика, правни априоризам, теорија о „природном“ праву, правна метафизика, једном речју један облик ненаучног правног идеализма. — Ближе о овоме в. нашу књигу „Начела приватнога процеснога права“, Београд, 1936, стр. 10—74, посебно стр. 63—68.

(13) Ми смо овде указали само на неколико најважнијих задатака упоредног права, одн. користи које се могу имати, чак које се могу постићи само упоредним проучавањем права. Могу се навести сигурно и много других, мада свакако мање важних.

ради, излагању па чак и примени унутрашњег права све више срећу компарације са одговарајућим установама других држава, уз, разуме се, указивање, код тих установа, на сличности и разлике. Међутим, овај начин обраде је данас постао толико развијен да се он не користи више само као допунски, већ се поједини проблеми третирају на „међународном” плану, а то значи с обзиром на њихово појављивање и регулисање у више правних поредака и државно-правних система (и то најмање два, а по правилу и више), при чему ниједан од њих није основни, већ сваки од њих постаје извор за материјал из кога би се, после констатације онога што је опште и заједничко, као и онога што је специфично у свакоме од њих (или групама њих), могли изводити извесни општи закључци, који би претстављали сада чак извесна уопштавања у правцу формулисања појединих установа „општесветског”, „међународног” (универзалног или регионалног) значаја и појављивања, па чак и евентуално и њихово систематизовање било у уобичајеним оквирима правних система унутар појединих држава било чак и по неком новом, своме предмету адекватном, систему (14). И најзад, у тој проширеној и осамостаљеној употреби овога начина прилажења правним проблемима отишло се данас толико далеко да се већ говори и пише о упоредном грађанском, кривичном, уставном, административном итд. праву, тако да данас већ имамо читаве систематске обраде појединих делова права као таквих, тј. као појава у светским размерама, и управо третираних, са више или мање успеха, као целина, које се чак супротстављају систематској обради истих тих, или бар истоименованих делова и грана права у унутрашњем праву сваке одн. било које државе. А усто је, сасвим разумљиво, кад је већ дошло до овако широке употребе овог начина при обради питања права, морало доћи и до посебних радова (прераслих и до дебелих томова) о самој оправданости овога начина, историји његове употребе, значају који он има и резултатима, одн. користима који се могу постићи његовом употребом, домену примене, па чак и самој методологији употреба овог начина при обради права (15). Најзад, када је већ сам

(14) На пример: осигурање, транспорт, брак, и сл.

(15) Међу најважнијим навешћемо, хронолошки, следећа дела:

Azcarate: *Ensayo de una introduccion al estudio del derecho comparado*, Madrid, 1894; Sausser-Hall: *Fonction et méthode du droit comparé*, Genève, 1913; Ionesco: *Introducere la dreptul civil comparat*, Bucarest, 1925; Martínez Paz: *Introduccion al studio del derecho comparado*, Cordoba, 1934; Mario Sarfatti: *Introduzione allo studio del diritto comparato*, Torino, 1933; Alexandre Otetelisano: *Esquisse d'une théorie générale de la science du droit comparé*, Paris, 1940; Adolf Schnitzer: *Vergleichende Rechtslehre*, Basel, 1945; H. C. Gutteridge: *Comparative Law*, Cambridge, 1946/II ed. 1949; превод на француски: *Le droit comparé*, Paris, 1953; v. i prikaz ove knjige od dr. Vojislava Spaića, Arhiv za pravne i društvene nauke, 1951, br. 2, str. 338—340; Pierre Arminjon — Baron Boris Nolde — Martin Wolff: *Traité de droit comparé*, t. I—III, Paris, 1950—1952; René David: *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris, 1950.

проблем и обим примене овога начина обраде права достигао овакве размере, сасвим је разумљиво да се онда, под утиском тога новог квантитета (који је био очигледан) и уз осећање (засновано врло често на субјективним елементима свакога од правника који су на овај начин прилазили обради права, а усто себи постављали и питање о значају и карактеру самога начина којим се користе) нечет чак и квалитативно новог што се рађало из тако умноженог квантитета, морало поставити питање о природи и карактеру самог овог начина обраде права, о природи и карактеру самог упоредног права као таквог, самог упоредног проучавања права као таквог. Поставило се, дакле, и питање да ли је упоредно право наука, одн. део у систему правних наука, или је оно само метод који се може употребити при обради права да би се добили бољи и свеобухватнији резултати (16).

Код питања о природи и карактеру упоредног права, као што је познато, заузета су досад два основна става, с тим што би се она, по схватању њихових заступника, међусобно искључивала. По једнима (17) упоредно је право самостална наука, одн. део у систему правних наука једнак са осталим деловима, једнак са осталим правним наукама, јер доводи до нових резултата при проучавању права, резултата који се иначе не могу постићи без оваквог прилажења правним проблемима. На, дакле, у основи заједничком становишту (18) о карактеру резултата који се добијају у упоредном праву, заснива се и становиште да је оно наука, јер има и своје специфичности које се не срећу код одговарајућих грана унутрашњег права, чак и када се оне тичу правних односа и правних појава исте врсте (напр. грађанско право, кривично право, и сл.). Овакво гледиште је, временски, приоритетно. Оно је дошло да изрази сву важност и реалност резултата који се постижу упоредним правом, при чему је, као и. по правилу, код сваке новине, било и извесних прецењивања у правцу одређивања значаја упоредног права. А када се усто има у

(16) У вези са тим поставља се и питање имена. Да ли „упоредно право“ или „упоредно проучавање права“, у циљу да и назив одговара природи саме установе коју обележава. То је, свакако, као могућност постављања проблема, тачно и оправдано, но то није ни нужно, ни битно, јер то није једини случај када назив једне правне дисциплине не одговара самој природи дисциплине у питању (такав је, на пример, случај са међународним приватним правом, које није, по скоро опште усвојеном схватању, ни међународно ни приватно, па ипак се тај назив за ову правну дисциплину и даље задржава) већ неким њеним другим особинама. Исти је случај и овде, тако да назив „упоредно право“ може да буде задржан без обзира на решење овог спора о самој правној природи појаве у питању — *Quem penes arbitrium est, et ius et norma loquendis*.

(17) Главни заступници овог мишљења су Edouard Lambert и Raymond Saleilles. У новије време се оно заступа у делу Arminjon-Nolde-Wolff.

(18) Поред свих различитости које иначе постоје у низу појединости код аутора који заступају ово гледиште.

виду с једне стране време кад је овакво гледиште први пут изнето и циљ који се упоредном праву постављао, онда је његова појава и објашњива. Последње деценије деветнаестог века биле су доба релативног мира у свету, бар у Европи. Амбијент за међународну саградњу се био јако развио, тако да су идеје „међународности“ биле врло бројне. То је доба хашких конференција међународног јавног и међународног приватног права; то је доба изграђивања „светског“ права у погледу железничког саобраћаја, поштанског саобраћаја, ауторског права, права индустријске својине; то је доба многих пројеката о међународним организацијама. И у томе раздобљу времена сасвим је разумљиво што се све више говорило о међународној унификацији права. А тај циљ је могао и имао да буде постигнут — или бар припремљен — у највећој мери путем упоредног права. Оно дакле добија извесан међународни значај, значај који по своме карактеру одговара значају међународног јавног и међународног приватног права, па се према томе долази и до закључка да и упоредно право има исту природу као и ове друге две међународне дисциплине, тј. да је и упоредно право самостална наука и да му се такво место има дати у било коме систему правних наука.

Насупрот овоме истиче се друго схватање, које је временски новије (19). Оно сматра да упоредно право није никаква нова ни посебна грана права, па ни какав део у систему правних наука, јер, и поред користи које се од њега имају и поред чак и нових резултата који се у извесним областима права постижу путем упоредног права (20), упоредно право нема свога посебног предмета који би се разликовао од предмета других правних дисциплина. Полазећи, дакле, од, у основи, исправног становишта да је за формулисање правног система одлучујућа чињеница врста друштвених односа који се правом регулишу, и да се, у принципу, као посебне правне дисциплине могу и имају јављати само оне које имају и посебан предмет, заступници оваквог схватања сматрају да то није случај са упоредним правом јер оно само, истина на један специфичан начин, обрађује исте оне друштвене односе који су предмет неке друге гране права. Отуда, по овом схватању, упоредно право није никаква посебна наука, већ само један метод који се користи у обради појединих грана права и правне науке, додајући тим гранама назив „упоредно“ али не мењајући им ипак тиме њихов карактер. Упоредно право је, по овом схватању, један релативно нови метод гледања на ствари, један нови метод обраде правних проблема, тако да би било правилније говорити о упоредном проучавању права а не о упоредном праву као таквом.

(19) Главни заступници овог мишљења су Н. С. Gutteridge и René David.

(20) Односно тачније: путем упоредног проучавања права, како се изражавају заступници овога гледишта.

Ова два мишљења о природи и карактеру упоредног права обично се супротстављају једно другом, јер се и основице њиховог формулисања (новина резултата, одн. посебност и самосталност предмета) супротстављају једна другој од стране досадашњих заступника једног и другог становишта. Међутим, овакво поступање не чини нам се потпуно правилно. Погледајмо најпре проблематику самих основа на којима се заснивају ова два гледишта: да ли су њихове полазне поставке потпуно тачне.

Неоспорно је да је специфичност предмета основни критеријум систематизације наука и у наукама. Сваком посебном предмету, чија је самосталност одређена по једном заједничком критеријуму (21), треба да одговара посебна наука, одн. конкретно (22) за предмет нашег посматрања, посебна грана права и правне науке. Међутим, маколико да је та основна полазна поставка тачна, она је то само у основи и у принципу. Појава извесних специфичности у оквиру једног те истог предмета доводи до издвајања појединих делова у систему права и правних наука, и то делова који — иако стварно изведених — добијају исти значај и положај као и они делови из којих су они изведени (на пример трговачко право у односу на грађанско). То већ претставља изузетак који се, у односу на полазни критеријум, чини при одређивању делова система права и правне науке. Но с друге стране сам начин приступања праву, као таквом или појединим проблемима, може да доведе до таквих нових резултата да се они формирају као посебна целина добијајући посебно и самостално место у систему правних наука (не и позитивног права сваке поједине државе). Такав је, на пример, случај са општом теоријом права и, по нашем мишљењу, са филозофијом права. Ове две, мислимо неспорно правне дисциплине са карактером самосталних правних наука, немају у крајњој линији никакав „свој“, нови и самостални предмет проучавања који не би био већ предмет проучавања неке од постојећих грана права и правне науке. Али начин на који општа теорија права и филозофија права прилазе тим предметима је специфичан, и он је довољан да их учини самосталним правним дисциплинама, да им да посебно и паралелно место поред других грана правне науке. Отуда сам начин, облик прилажења проблемима, нарочито онда ако се он односи на проблеме заједничке већем броју правних грана или на проблеме — макар и у истој грани — заједничке већем броју права разних држава, доводи до такве специфичности у једној области правне

(21) При чему тај критеријум није увек — по својој ширини — исти, тако да се на чињеници његове ширине заснива разрађеност зграде научног система као целине и сваке поједине науке као самосталног дела у оквиру те целине.

(22) Разуме се у односу на целину система наука, али још увек генерално и уопштено у односу на право као самосталан део тога система.

делатности да се та делатност, без обзира на заједничност објекта посматрања и изучавања са неком другом правном дисциплином, потпуно осамостаљује, и, нарочито у вези и на основу самосталних и различитих резултата и закључака до којих се долази управо таквим посматрањем, управо таквим начином рада, постаје и самостална правна дисциплина у систему правних наука. И то би, у односу на полазни критеријум научне систематизације, претстављало, бар у области права а и у области многих других друштвених наука, други изузетак. И то изузетак, по нашем мишљењу, потпуно оправдан (23).

Поставља се питање да ли се овај други изузетак не односи, одн. да ли се он не би бар у извесним случајевима могао да односи и на упоредно право када је у питању одређивање природе и карактера упоредног права. И, по нашем мишљењу, позитиван одговор на ово питање може да се да, но то само у односу на други део овог питања. То значи да упоредно право, одн. упоредно проучавање права није увек (и не може то увек да буде) самостални, нови део правне науке (и он то по правилу није), али да није искључена могућност да он то у неким случајевима и буде. То другим речима значи да је упоредно право у принципу само метод посматрања правних установа које су већ предмет других правних дисциплина, и то метод који својим коришћењем омогућује боље упознавање самог предмета проучавања, његове особине, а нарочито метод који пружа основа за стварање мерила за оцену њихове вредности. И то је у пракси најчешће случај. Квантитет новина, посебно нових закључака до којих се долази, нарочито у оквиру ужих области коришћења упоредног права, није довољан да већ формулисаном и кроз једну грану права обрађиваном предмету да такве нове изгледе, да га прикаже у новој светлости и са других становишта који се не користе у унутрашњем праву, па да би се оно таквим проучавањем права могло, као што је то случај са општом теоријом права и филозофијом права, одвојити као посебна дисциплина. Међутим, то се при систематском упоредном проучавању права може, по нашем мишљењу, и догодити. Али само може, и то ће бити мислимо онда када новина резултата, јачина снопа светлости који се кроз упоредно право баца на већ проучаване предмете права буду такви да они, својим повећањем квантитетом (при чему је, разуме се, од огромне важности и квалитет новина тих резултата, одн. снопа бачене светлости), чине да се и сам квалитет, сама природа проучавања права мења, тако да добија толике нове особине да нужно мора претстављати самосталну дисциплину у оквиру правне науке. Но то, нагласимо још једанпут, не само није увек случај, него то није

(23) О овоме питању в. д-р Јован Ђорђевић: Систем права, Архив за правне и друштвене науке, 1950, св. 1, стр. 7—64.

ни често случај. А тиме се, мислимо, упоредно право, да би се третирало као посебна дисциплина, и разликује од опште теорије права и филозофије права. Док се ове две дисциплине увек третирају као посебни делови система правне науке (24), дотле је такво третирање упоредног права условљено особинама сваког појединог случаја (25), и то особинама које би морале заиста указивати на постојање „новог” — новума (26).

На тај начин, по нашем мишљењу, упоредно право је по правилу и најчешће само метод који се користи у појединим гранама права и који треба све више користити, с обзиром на резултате који се тиме могу постићи. Међутим, оно не мора да буде само то и у извесним случајевима (27) оно и није само то већ добија самостално место у оквиру правне науке, добија место науке у систему правних наука. Све то под претпоставком испуњења услова о којима смо већ говорили, а при оцени којих, разуме се, може бити размиоилажења (28).

С обзиром на ово ми мислимо да се досад два заступана схватања о природи и карактеру упоредног права не морају међусобно искључивати и супротстављати. Она се постављају као две могућности, при чему би се могло рећи да је прво схватање (упоредно право — метод) у пракси правило, а друго (упоредно право — наука) изузетак. Али изузетак који може постојати и који постоји.

Др. Борислав Т. Благојевић

(24) Што у пракси, разуме се, може бити само по називу. Но то зависи од сваког конкретног дела из ове области.

(25) Могло би се алегорично рећи да су врата за улазак упоредног права у систем правне науке уско отворена, и да критеријум за овај улазак може бити врло релативан.

(26) Утолико, и то не у малој мери, упоредно право је мање посебна наука него општа теорија права и филозофија права, које се, у степенастој хијерархији општости правних дисциплина налазе на највишем ступњу, док би упоредно право, онда када је оно посебна правна дисциплина, заузимало у овој скали место непосредно испод њих, служећи у исти мах, у овим случајевима, и као припремни стадијум, данас, по нашем мишљењу, све неопходнији за изградњу и опште теорије права и филозофије права.

(27) Данас доста ретким, а они ће, мислимо, остати увек ретки. — В. одлична излагања о објективним и субјективним условима за рад (и то само рад, док се питање квалитета резултата поставља у још општијој форми) на упоредном праву у делу проф. René David-a: *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris, 1950, str. 7—34.

(28) Но зар нема размимоилажења у оцени научности обраде унутрашњег права, при чему та обрада често има само карактер обичне „правне клинике“ а не науке.