

Схватање да је узимање интереса на позајмљени новац порок, аргументи канонске теорије о стерилности новца, о ризику, све је то напуштено чак и од саме цркве. Ипак неки далеки потомци канонске доктрине о узурпи постоје. То су: максимиране каматне стопе и зеленашки уговори.

Обрад Станојевић

## RÉSUMÉ

### *La doctrine canonique de l'usure*

Jusqu'au milieu du XIX siècle l'Église interdisait le prêt à intérêt. La même attitude a été prise par les souverains, entre autres raisons, à cause du gain qu'apportaient les persécutions des usuriers, surtout des Juifs. Au commencement la condamnation a eu le caractère dogmatique. Mais quand le développement de la circulation des biens a rendu le crédit indispensable, l'autorité de la Bible n'a pas été suffisante. Les canonistes cherchent à placer la doctrine de l'usure sur le terrain rationnel, en ajoutant de nouveaux arguments à ceux d'Aristote.

Certains penseurs de l'Église (Albertus Magnus, S. Bonaventura, Innocent IV) et quelques commentateurs se rendaient compte de la nécessité du prêt à intérêt. Ils ont écrit que le „mutuum“ doit être gratuit; quand l'intérêt est stipulé, ce n'est pas le mutuum, c'est un „contractus innominatus“, car „pecunia in usu vertitur non consumitu nec deterioratur“. Ces derniers mots montrent qu'ils ont bien compris la différence fondamentale entre le prêt consommable et le prêt productif.

Après cette période de la tolérance relative, l'Église a de nouveau condamné rigoureusement le prêt à intérêt. La condamnation de l'usure prend de plus en plus un caractère politique et devient un fragment de la lutte générale contre la civilisation bourgeoise.

L'interdiction de l'intérêt n'était point efficace. Les hommes d'affaires ont inventé des manières différentes pour la détourner. D'autre part, une à une, les législations ont commencé à tolérer le prêt à intérêt. Finalement, en 1836, l'Église a abandonné la doctrine d'illicéité de l'intérêt.

D'abord l'attitude canonique a eu sa justification dans le caractère consommable, dans les conséquences terribles du prêt à intérêt à intérêt. Plus tard elle est devenue un obstacle du développement commercial et social.

## COMMON LAW У САВРЕМЕНОМ СВЕТУ\*

Увод. — За посетиоца као што сам ја Југославија је земља која пружа и инспирацију и гостољубље. Њен народ показује веру у будућност, која се јасно види у њеном развоју и новим идејама које се манифестују у многим областима живота. За мене је част што сам позван да на Београдском универзитету одржим предавање, коме председава тако уважен професор уставног права као што је Декан вашег Правног факултета, и у присуству

\* Предавање одржано на Правном факултету у Београду на дан 26 маја 1962.

вашег Ректора, чији је рад на пољу упоредног права широко познат и свуда цењен: У друштву тако увиђавних и истакнутих научника, а и зато што су научници међусобно повезани у сталној борби за веће разумевање међу људима, ја узимам слободу да као предмет свог предавања узмем *common law* у савременом свету. Овај наслов скоро објашњава саму тему. То је у ствари да *common law* још има да врши корисну функцију у савременом друштву, без обзира на правни систем који је друштво усвојило.

Слeдећи општи пут прилажења овом предмету од општег ка појединачном, можемо одмах приметити да је један од наших сталних задатака да размотримо оно што је слично и оно што је различито у нашим установама у свим областима људске мисли и живота. Било да је реч о философији, уметности, раси, политици, религији, технологији или ма којој другој области науке, свуда ћемо наћи стручњаке који упоређују сличности и разлике. Основни, мада понекад несвесан, циљ овог упоређивања је да се одреди шта је најважније: сличности или разлике. Вечерас можемо размотрити *common law* у том погледу, нарочито његов однос према континенталном праву и његову улогу у савременом свету. Иако ћу покушати да вам изложим чињенице на објективан начин, морам одмах признати да сам по природи склон да тражим сличности пре него различности. Та склоност се заснива на мојој вери у јединствено порекло света. Упоређивање је већ научило многе од нас да су разлике између континенталног права и *common law*-а мање важне него сличности међу њима.

Хтео бих да размотрим за тренутак потребу права у друштвеном животу. Ако посматрамо право у најширем смислу као обавезна правила понашања људских бића, из тога свакако излази да право нема само исте просторне границе као и друштво, него да је оно битни кохезиони фактор који омогућава постојање друштва. Другим речима, то значи да без права у елементарном смислу, који сам изложио горе, не може постојати ни само друштво. У том смислу право је елемент у саставу друштва исто тако као што је кисеоник елемент у саставу воде, и та чињеница има важне последице за тезу сличности различитих правних система, коју желим да вам изложим. Та последица је управо проширење сличности свих чланова људске расе и основне истоветности њихових битних потреба, које су условљене заједничким наслеђем човечанства: рађањем, опстанком, размножавањем и смрћу. Та потреба за обавезним правилима понашања ради устројства друштвеног живота постоји како на националном тако и на међународном плану. Неоспорно је да оно постоји као чињеница. Њен обим, нарочито у међународном праву, споран је због личног интереса држава чланица међународног друштва да се што мање подвргну обавезним правилима међународних односа. Ипак и на националном и на међународном плану ову тезу поткрепљују не само наше искуство него и чињенице које су утврдили психолози, који нам кажу да је људски ум природно предодређен за ред а не за хаос, и за живот у друштву а не за изолован живот. Иако можемо бити поносни што смо високо развили и усавршили правне системе у данашњим друштвеним заједницама, потребно је подсетити с времена на време на темеље на којима они почивају и на битне сличности и њихово заједничко порекло.

Нико није тако спреман као што су наше енглеске колеге да нас подсети на потребу санкција ради постојања права. Та традиција великог енглеског правника Џона Остина (John Austin) има својих недостатака као и вредности, као што су то показале послератне правне студије у Енглеској. Ипак то тврђење се може пробијати у погледу изложеног аргумента о фактору права у свим фазама друштва. Право не губи своје својство обавезног правила понашања само услед недостатка организованог начина извршења у раном друштву, или услед историске чињенице неразвијеног кодекс понашања који се састоји од правних правила и правила мање императивне природе. Правна санкција као систем почива углавном на психолошкој склоности људског ума ка реду а не ка неред, и нарочито на разумном уверењу сваког мисаоног људског бића да је правни систем потребан за његов лични опстанак као и за опстанак друштва чији је он део. То у ствари нема никакве везе са тим да ли неко одобрава или не одобрава поједина правна правила, а неке може чак чинити задовољство да их прекрши. Али разумно уверење да је организован систем права потребан, постоји подједнако и у свести онога који крши закон, и онога који му се повинује. Ја нећу да кажем да је потреба, то уверење у потребу права, једина санкција која утиче на људски ум, али се бар може тврдити да је међу разним санкцијама то најважнија.

У посебном смислу постоји и други аспект ове потребе, који се нарочито односи на развој и технику *common law-a* и свих оних система којима је, бар у извесној мери, заједнички тај аспект. Управо потреба је била једно од великих снага у стварању *common law-a*; једноставна али хитна потреба судије да реши одређене спорове који су покренути пред њим чак и кад не постоје правна правила која ће га руководити у решавању. У извесном смислу судија *common law-a* је суочен са хитном потребом акције и доношења одлуке исто тако као што хирург мора да ради одлучно кад се нађе пред потребом хитне операције. Али то нису усамљени случајеви; то су само карике једног дугог ланца, а притисак судских предмета, или другим речима притисак потребе за постизањем ефикасних резултата, је најважнији фактор у стварању права прецедента (*case law*).

Главна разлика између система *common-law-a* и континенталног система није у томе што судије стварају прецеденте само у земљама *common law-a* а не и у земљама континенталног система, него у томе што се прецеденти у систему *common law-a* отворено признају и примењују, док се у многим земљама континенталног система, које су можда сувише под утицајем апстрактних теорија поделе власти, уставом забрањује судији да ствара право и његова основна делатност у том погледу компликована је разним фикцијама. Тако у многим модерним законима наилазимо, по узроку на Наполеонов законик од 1804, на упутство судији да примењује закон а не да ствара закон, изузев кад законик не садржи потребне одредбе, као што то дозвољава чувени чл. 4 Швајцарског грађанског законика. Довољно је погледати на одличну збирку правних правила које су створиле судије у Француској, а која се односе на међународно приватно право или одговорност за нехат у друмском саобраћају, да би се видело колико се у пракси сматра управо неопходним да судије преузму улогу творца закона,

без обзира како се по уставу та делатност може правилно објаснити. Ја не желим да овде инстистирам на овом аргументу али се надам да ћете ми дозволити да се на њега вратим на крају овог предавања.

Не би било умесно да сад покушам да потпуно изложим ширење *common law-a* почев од XVI века, у многим деловима света. Исто тако не би било умесно излагати како се упоредо с тим ширио и енглески језик којим се *common law* изражавао у току последња три века. Међутим, у овом послератном периоду кад се мења карактер Британске заједнице, узимам слободу да поменем једину ствар од ванредног значаја за моју тему. Наиме један од парадокса искуства нашег времена јесте што је *common law* остао у важности гдегод је био уведен упркос томе што су земље у које је он пренет постале независне од домовине. Заиста, можемо се вратити у XVIII век и видети како је Америка сачувала *common law* и после независности америчких колонија; али тај парадокс је најупадљивији баш у наше доба. Па ипак, можда то и није стварно парадокс него само природна последица извесних унутрашњих својстава *common law-a*. Све веће друштвене формације Британске заједнице народа су сада независне државе у међународном погледу. Неке од њих су републике, али све су оне, чак и оне земље *common law-a* које су као Ирска напустиле Заједницу, сачувале *common law* и начин живота који му одговара. То су везе разумевања које су јаче од независности у политичком смислу. То су историјске чињенице које нам указују на могућност шире примене неких аспеката *common law-a*. Ми не можемо искључити могућност да *common law* може имати вредности свуда где су у питању људски односи.

*Шта је common law?* — Само за неколико тренутака користим вашу пажњу да објасним смисао *common law-a* јер сам сигуран да ви сви то разумете. Али потребно је и важно да се подсетимо на три главна смисла или аспекта у којима се *common law* јавља. Прво, као што је познато, то је систем правила. То је правни систем у смислу збирке појмова, принципа, стандарда и правила заснованих на заједничким обичајима Енглеске, онако како су их прибележили и примењивали судије Хенрија II и његових наследника у Средњем веку. То је, наравно, нешто много више него само регистровање обичаја. То су правна правила која су створиле судије кроз судску праксу ради расправљања случајева онако како су се они јављали. То је систем права који се састоји од потребних решења хитних проблема да би се задовољиле нове и све веће потребе појединаца и друштва у раном периоду енглеске историје. Њега су, истина, употпуњавали закони, али закони су играли мању улогу и у то време нису били најважнији облик права.

Друго, *common law* је метод правног мишљења и правног резонувања, нарочито кад се развио кроз судове и помоћу доктрине прецедента. У овом смислу развило се индуктивно прилажење, које је у великој мери омогућило формулисање општих правних правила на основу појединих одлука о одређеним чињеницама које су изношене пред суд на решавање. Тако утврђивање правила, идући од појединачног ка општем, управо је супротно методу правног резонувања на који су навикли правници континенталних земаља, где се поступком дедукције примењују општи принципи на

поједине случајеве. Као што знамо, поступак дедукције примењује се такође у земљама *common law-a* кад се једном утврде општи принципи. Значај индуктивног поступка резонувања лежи у методу утврђивања општих принципа који, уколико се тичу прецедентног права, потичу из одлука о појединим случајевима.

Овај аспект *common law-a* обухвата још две карактеристике резонувања. Прва је давно уведена пракса судија да своје одлуке поткрепљују разлозима, поступак који не само захтева дужно разматрање аргумената одбране него пружа основ за нападање пресуде жалбом. Значај таквог резонувања лежи првенствено у разумним основама правила *common law-a* која се не само излажу него и објашњавају на овај начин. Друга карактеристика је традиционално одбијање судија *common law-a* да решавају о околности која није спорна или о хипотетичним ситуацијама. Ако у неком спору има три релевантне појединости, а могуће је решити случај само на основу једне, суд ће се по правилу ограничити на ту појединост. Исто тако, пошто се *common law* заснива на посебним стварним ситуацијама, судија неће решавати хипотетичне случајеве. Емпиричко прилажење *common law-a* је у томе да се прво ситуација појави и да се онда она расправи у светлости свих чињеница.

Поред та два смисла или аспекта *common law-a* постоји и трећи који је можда најважнији. У том смислу *common law* представља начин живота појединаца и заједнице у којој он живи. Тај трећи смисао се нарочито односи на јавно право и на односе међу разним уставним органима и њихове односе према грађанима. Можемо баш поћи од положаја Круне који се никад није стварно изменио од времена кад је Брактон (Bracton) објаснио у XIII веку да краљ није зависан од човека него од Бога и закона јер закон чини краља. То признање надмоћности *common law-a* имало је одлучан уобличавајући утицај на историју енглеског живота, како јавног тако и приватног. Оно је настало пре Реформације у 1532 и ојачало се неприхватањем римског права као система у време кад је остали део Европе тражио узор у римском праву.

Средњовековне судије су се у ствари учили на римском праву, а уколико су били свештена лица, као неки од њих, они су били упознати и са доктринама црквеног права. Они се нису устручавали да примењују принципе римског права кад су их сматрали погодним. У раних писаца, као што је Брактон, може се видети одраз Јустинијанових излагања, на пример у дефиницији правосуђа. Али изграђивање адекватног и еластичног система *common law-a* судском одлуком признатог ауторитета, који је постепено допуњаван развојем енглеског права *equity*, учинило је непотребним веће позајмице из римског права; а у рукама енглеских судија *common law* није скренуо са свог општег правца развоја. Позајмице из римског права биле су позајмице појединих правила. То су биле позајмице права само у првом смислу *common law-a* који сам изложио, а важно је истаћи да то нису биле позајмице метода.

Судије су уобличиле ово право својом влашћу да стварају право судским одлукама, а из разлога које сам поменуо дали су му као целини особине рационалног система. Била је општа пракса судија да се састају

у одређеним роковима да би размотрили своје предмете и одлуке и настојали да постигну разумну једнообразност *common law*-а. Не треба се чудити што је разумност употребљавана као мерило за одређивање правног односа грађана. Мерило понашања у многим областима *common law*-а, а нарочито у кривичном праву, било је мерило разумног човека. Тај разумни човек био је апстрактно отеловљење особина дванаест поротника који су кроз више векова одлучивали о чињеничним питањима у системима *common law*-а. Парламентарни систем који је поникао из таквог схватања односа између закона и краља и односа између законодавног тела и судија јесте једно од великих достигнућа *common law*-а. Он је, наравно, резултат уставних борби јер се није родио без болова. Он је, као што се могло очекивати, компромис јер друштво не може увек да живи под владавином апсолутизма. Он представља практичан резултат равнотеже снага која је постигнута вековним искуством.

Услед те свеобухватне природе *common law*-а, као и његовог карактера неписаног права, било је не само лако и природно енглеским исељеницима да га пренесу у разне прекоморске делове света које су насељавали од XVI до XIX века него је у ствари било веома тешко оставити тај систем за собом. Одбацити тај систем значило би одбацити животне навике и оквири мишљења и живота, како јавног тако и приватног, у којима су настале те навике. Судове су изгледа доследно одлучили у споровима Бланкард-Галди (*Blankard v. Galdy*) и Камбел-Хол (*Campbell v. Hall*) да насељеници или колонисти могу у нову земљу пренети онолико енглеског *common law*-а колико је одговарало њиховој новој ситуацији. То је био еластичан и релативан принцип, принцип који је идеално одговарао *common law*-у. У раној фази ширења у Новој Енглеској у XVII веку, *common law* је ишао напореда са религиозним индивидуализмом протестантске вере, а индивидуа у *common law*-у новог света одговарала је разумном човеку из природног права европске политичке теорије XVIII века.

Ширење *common law*-а под утицајем принципа изложеног у спору Камбел-Хол створио је многе интересантне ситуације у којима правила *common law*-а постоје заједно са локалним законодавством и обичајима домородаца. Не изненађује нас што у деловима света у које је пренет *common law* наилазимо на доктрину прецедента и парламентарне установе енглеског типа. У вези с тим можда је вредно нарочито поменути два аспекта овог прилагођавања. Први аспект је примена *common law*-а у земљама са федеративним системом управе. *Common law* у разним аспектима био је нарочито користан у великим федеративним системима Сједињених Држава, Канаде и Аустралије. Он се показао нарочито прилагодљивим повећаним компликацијама федеративног система и писаном уставу. Ја бих рекао да је изванредна вредност *common law*-а у федеративним системима у томе што ни један устав не може бити потпун. Земље са писаним уставом морају такође имати неписани устав да би писани устав функционисао; а баш неписано право *common law*-а, са својим принципима, и стандардима, у првом реду стандардном разумности, омогућило је писаним уставима у земљама *common law*-а, као што су Сједињене Државе и Аустралија, да функционишу ефикасно кроз низ друштвених промена.

Примена *common law*-а у посебној ситуацији Сједињених Држава је интересантна по томе што је један од главних проблема Сједињених Држава да уједине у једну нацију народе и расе који су из многих крајева света отишли тамо да отпочну нов живот. Они долазе у Сједињене Државе са најразноврснијим наслеђем права, језика и културе, па ипак за врло кратко време они се укључују у народни живот и сами помажу да се он уобличи. У правном и уставном погледу овог процеса, *common law* обавља задатак од ванредне важности. Само његови неписани принципи омогућили су да се један писани устав из XVIII века успешно примењује и на индустријску и трговачку заједницу XX века.

Други аспект *common law*-а у ширем географском обиму на који бих желео да вам обратим пажњу јесте његово ширење у виду уставних конвенција и узора јавног понашања у многим деловима света у којима основни правни систем није *common law*. Појмове *common law*-а можемо најјасније и најближе наћи у парламентарним установама и доктрини прецедента нашег суседа у Уједињеном Краљевству, Шкотској, у којој се примењује континентално право. Али ако погледамо на шпанско право Британске Гвијане, римско-холандско право Јужне Африке и Цејлона, или на француско право у Квибеку и на Маурицијусу, можемо у већој или мањој мери видети дејство обичаја *common law*-а у јавном праву. Онима који се баве упоредним правом можда би проучавање утицаја француског права на Маурицијусу у вези са доктрином прецедента у *common law*-у пружило најинтересантније практично знање. Свакако да сви ови примери показују са каквим успехом се методе *common law*-а могу применити на правне системе који се не заснивају на *common law*-у.

Тешкоће доктрине *common law*-а се понекад преувеличавају и погрешно разумеју услед тога што се не прави разлика између разних аспеката у којима се овај појам употребљава. Са гледишта нове земље која жели да усвоји западни систем права, као најупадљивија и скоро заслепљујућа разлика између *common law*-а и континенталног система јавља се неписано и писано право. Очеvidно је да се у том ужем смислу писани систем права може далеко лакше преузети него неписани систем. Тај основ разликовања доминирао је дебатама о прихватању западног правног система које су у XIX и почетком XX века вођене у Кини и Јапану. У оквиру тог узаног круга размишљања обе ове земље су сасвим разумљиво изабрале кодификовани систем заснован на континенталном праву, а њихов избор био је сасвим оправдан заслугама немачког права. Исто тако кад је председник Кемал Ататурк наредио да се у Турској уведе западно право, што је учињено 1926, било је мало изгледа да ће се прихватити *common law*, и реформатори су сасвим разумљиво потражили законике разних европских земаља, трговачки закон Немачке, грађански закон Швајцарске и кривични закон Италије. Међутим, у свим тим случајевима тражење новог правног система било је идентификовано са тражењем нове збирке правила, иако је јасно да је при прихватању правног система у питању нешто много више него што је сама збирка правила. Искуство ширења *common law*-а у деловима Британске Заједнице који имају континентални систем показује да ако постоје нови односи између судске и законодавне власти, сама

садржина континенталне збирке прописа не спречава прихватање система *common law*-а. Стога је могуће применити методе *common law*-а на правила континенталног система и прихвати *common law* у другом и трећем смислу које сам изложио.

У вези са овим процесом треба да имамо у виду у којој мери механизам свакодневног живота утиче на наше доктрине. Ја мислим нарочито на дејство објављивања судских одлука на развој доктрине прецедента *common law*-а. У Енглеској снага доктрине прецедента, тј. да појединачна одлука суда представља опште правно правило, расла је са техничком ефикасношћу објављивања судских одлука. Заиста тешко је видети како одлука може да има утицаја ако је нико не зна, и како се доктрина *common law*-а може развијати у заједници која се стално шири и повећава ако нема широког публицијетета у оних који су позвани да знају важне судске одлуке. Значај овог техничког процеса показује се првенствено у континенталним системима а не у систему *common law*-а. Јер искуство је показало да су судске одлуке стварале право у свим континенталним системима у којима се оне објављују, упркос свих уставних забрана, можда насупрот жеља и намера самих судија, и да судске одлуке добијају све већи ауторитет према томе колико је објављивање одлука ефикасно и колико су одлуке образложене. У том смислу, дспадало нам се то или не, право прецедента постаје не само извор него и форма права у многим земљама које по традицији не би дозволиле судовима да стварају право.

Још има много простора за ширење *common law*-а у савременом свету, било као система правила или усвајањем његових метода и смисла. Ипак треба се подсетити да је Енглеска земља увозница као што је и земља извозник. Њен правни систем је не само прент у велики део света него је она преузимала и сада преузима правне установе из страних система, нарочито из континенталних система, кадгод их је сматрала погодним и корисним. Иако се живот *common law*-а, било то правило или не, врло често развијао независно од стремљења у Западној Европи, било би можда на месту да вас у вези с тим подсетим на један или два случаја у којима се *common law* користио усвајањем идеја континенталног права. Године 1236 Мертонско веће одбацило је идеју озакоњења детета каснијим браком родитеља, одбијајући да измени законе Енглеске у том погледу и да тиме створи неизвесност о идентитету наследника феудалног добра. И тако је то остало све до 1926, кад је Парламент прихватио ову идеју континенталног права у Закону о озакоњењу деце који је донет те године. Исте године Законом о усвојењу појам законског усвојења из римског права постао је део енглеског права, а у најскорије време Законом о усвојењу од 1959 из континенталног права је унет у *common law* појам путативног брака, који иако неважећи, даје деци статус законитости. *Common law* је одавно увидео вредност широког међународног хоризонта, а што је он тако ретко усвајао стране правне установе то не значи негирање тог широког хоризонта. И у наше доба се све више увиђа колико један правни систем може да научи од другог, не само континентално право и *common law* међу собом него и многе поједине врсте у оквиру тих система међу собом. Јер ми се све више сусрећемо са проблемима који су нам постали заједнички услед стандар-



дизовања живота и олакшања комуникација свих врста. Да су континентални систем увидели да се и сами могу користити усвајањем неких идеја и установа *common law*-а и енглеског права *equity*, види се из обима у коме су неке стране земље, нарочито у Јужној Америци, усвојиле енглески појам *trust*.

*Common law* и упоредно право. Због атмосфере упоредног права у којој смо се састали било би не само на месту него скоро неопходно да кажем нешто о *common law*-у и упоредном праву. Мислим да постоји природна привлачност да се упоређују правни системи који су упадљиво различити. У том погледу упоређивање *common law*-а и континенталног права има очевидну и елементарну привлачност коју бисмо могли назвати вековном, мада су разлике умногоме, преувеличане. У XV веку сер Џон Фортискју (John Fortescue) извршио је ово упоређивање у *De Laudibus Legum Angliae* углавном на штету континенталног права, са намером да престолонаследнику покаже колико је *common law* бољи од континенталног система Европе. У XVIII веку Монтескије (Montesquieu) је упоређивао јавно право у свом делу *Esprit des Lois* и настојао да објасни британски устав својим суграђанима. У овом веку, Леви-Илман (Lévy-Ullmann), велики француски компаратист, пружио нам је нарочито корисно схватање енглеског правног система (1). Није мање изврстан ни рад његовог наследника, проф. Рене Давида (René David) (2).

На другој страни налазе се дела пок. проф. Х. Ц. Гатерица (Gutteridge) и проф. Ф. Х. Лосона (Lawson), чија су упоређивања *common law*-а и континенталног права била од највеће помоћи правницима васпитаним у систему *common law*-а (3). У најскорије време добили смо савремени одговор Фортискјуовом *De Laudibus Legum Angliae* у делу проф. Т. Б. Смита (Smit) који је упоредио шкотско и енглеско право под насловом: *British Justice – The Scottish Contribution* (4).

Али мада су таква упоређења различитих система интересантна, веће задовољство пружа тражење сличности и упоређивања у оквиру једног система права. Ширење Наполеоновог законика или Немачког грађанског законика у континенталним системима је занимљива прича о томе како се и само законодавство може прилагодити различитим локалним условима. У историском смислу продирање идеја континенталног права из Француске преко Египта у турско право у току XIX века, што је коначно довело до општег усвајања система кодификованог права 1926; исто тако је занимљиво путовање кроз унутрашњу историју континенталног права и француског права. Тамо где су право и религија једно, изгледа да има мало места за упоредно проучавање. Па ипак има места, што лепо показују доктрине и јеврејског и исламског права. Четири главне секте у исламском праву и локалне варијације примене права чине упоређивање методом који има и практичну и академску вредност у овом систему. Као пример сировине за упоређивање ја ћу само поменути процес оспособљавања земаља у којима су право и религија сједињени да се ослободе стера те за-

(1) L'Oeuvre Juridique de Lévy-Ullmann, Paris, 1955.

(2) Види пишчев приказ у „International Comparative Law Quarterly“, vol. 10.

(3) Види нарочито A Common Lawyer Looks at the Civil Law i Approach to French Law, „Indiana Law Journal“, vol. 34, (1959), p. 531.

(4) Приказао писац 1961 у „Law Quarterly Review“, vol. 78, (1962), p. 286.

једнице у којој измена закона може бити исто такво богохулство као и промена вере. Заиста, практичан савремени проблем од највећег значаја јесте размотрити како земље исламске вере могу, сагласно са том вером, да се развију у друштвеном и економском погледу да би заузеле своје место у општем склопу западне цивилизације. Са тим проблемом суочила се Турска двадесетих година овог века и Индија после 1947, а у широким областима Средњег и Далеког Истока он је само делимично решен, док у Израелу представља сталан проблем. То је област у којој упоредно право има да обави велики задатак, задатак у коме је *common law* пружио допринос у многим деловима Истока.

Стога би можда било умесно размотрити *common law* у његовом најширем смислу и видети да ли унутрашња упоређења у оквиру тог система могу корисно послужити.

Због особина *common law*-а које смо изложили, због његовог еволутивног карактера у току скоро једног миленијума, због његовог обима који се простире од уставних односа и парламентарних установа до индуктивних судских одлука о појединим чињеницама, сматрам за потребно да се упоређење у оквиру система *common law*-а врши у једном или више од три главна правца истраживања. Прво и најважније, ми морамо вршити упоређивање у простору између истовремених правних система који су постојали на разним територијама. Друга, ми не смемо занемарити релевантна упоређења у временским димензијама, не смемо пропустити да размотримо еволуцију правила и принципа правног система који се могу разумети само кроз њихову историју. И треће, објашњење нам често пружа упоређење у дубину, под којим можемо разумети упоређење основних принципа правног система са свакодневном применом тих принципа на практичне проблеме који се сваког дана појављују пред судовима. Тај филозофски и функционални поступак упоређења се често занемарује али од тога само губи истраживање. Ти методи поређења у *common law*-у не морају бити алтернативни или искључиви. Сви су они средства за дубље разумевање и корисније упоређивање *common law*-а у извршењу његових задатака широм света. Тим средствима ми можемо размотрити *common law* у односу према специфичним проблемима који се налазе у широким областима простора сигурно, а понекад и времена. Мислимо на проблеме злочина малолетника, смртне казне, положаја жена, усвајање деце, заштите мањина, опорезивања, станова, проблеме личне слободе и организовања индустрије. Ти разни проблеми могу се лакше решити ако се разматрају упоредно.

Није могуће детаљно проучити многе проблеме за које су разни системи *common law*-а пружили разна решења. За такво проучавање био би потребан широко постављен програм који би се спроводио у току дугог периода, као што је Програм правних проучавања Комонвелт-Америка. Можда је довољно поменути један скорашињи пример да се види вредност колективног и упоредног прилажења — историју Конвенције о форми тестаменталних одредаба, која је потписана у Хагу по завршетку Девете конференције међународног приватног права октобра 1960. Предлог за закључење конвенције поднела је делегација Уједињене Краљевине на Осмој конференцији у Хагу 1956, и он је био повољно примљен. У међувремену овај

предмет је упоредно проучио Комитет за међународно приватно право лорда канцелара и његов извештај (5) је поднет земљама чланицама Британске Заједнице ради давања примедба и предлога. На крају, конвенција од 1960 представљала је не само споразумно и драгоцено изједначење правила о формалној важности тестаментa многих система *common law*-а у Британској Заједници, него се заснивала такође на нацрту америчког јединственог закона о форми тестаментa и на канадском закону (6), а кад буде ратификована она ће представљати јединствен закон који се простире далеко изван система *common law*-а и обухвата системе великог дела европског континента.

Овај допринос *common law*-а у области међународног приватног права наводи на питање да ли он може пружити и више него што је пружио у међународном јавном праву. У данашње време кад се говори о подизању мостова преко Ламанша, можда би и *common law* могао подићи мост међународног споразумевања између позитивистичких правних система континенталних земаља и својстава природног права која су тако упадљива одлика послератног међународног права. Главно оруђе за подизање тог моста може лако бити појам разумног човека у *common law*-у. Понекад се говори да правници земаља *common law*-а треба више да познају међународно право при обављању својих функција у међународним организацијама и на међународним конференцијама. Можда је то тачно, али такође је тачно, мада се то ређе увиђа, да би стручњацима за међународно право могла много користити свесна примена духа *common law*-а у њиховом раду и односима. Ти односи би се веома побољшали ако би се они могли надахнути духом *common law*-а јер је то дух потискивања љутње и дух компромиса приликом неслагања. То је дух добровољног пристања да спорове решава суд; то је дух слободе од угњетавања и дискриминације, дух за који мала држава није ништа мања личност пред законом него што је то велика сила. То је на првом месту дух поштовања самог закона, дух поверења у унутрашњу вредност права као нужног квалитета друштвеног живота, било на националном или међународном плану; а то схватање изражено је сажето у познатом изразу *владавина закона*. Такво поштовање и ојачање потребно је баш у области међународног права. Не треба сматрати да *common law* и правници *common law*-а имају монопол ових врлина, или да се они увек придржавају њих. Ја само кажем да би признање и активна примена тих врлина од стране правника *common law*-а у међународним односима било од огромне користи за међународне односе и међународно право у наше време.

Има, свакако, одличних установа у континенталним системима које би биле потпуно способне да спроводе такве планове о узајамном усавршавању њиховог права. Високо место међу њима заузима Институт за упоредно право у Београду којим руководи ваш ректор. Могућност сигурно постоји да се путем узајамног упознавања и поштовања разних установа континенталног права и *common law*-а, повезаних у међународним организацијама као што су Међународно удружење за правне науке и Међуна-

(5) Cmnd. 491.

(6) Амерички и канадски закони су приложени уз Четврти извештај Комитета за међународно приватно право.

родна академија упоредног права, постигне споразум између ових система ради њивохе заједничке користи и обостраног усавршавања права у његовом задатку да решава друштвене проблеме данашњице. Једна од поука не само *common law*-а него права уопште, јесте да постоји нешто заједничко што нас спаја и што је много важније од разлика које нас раздвајају али нас не деле. Можда ћете се сложити са мном да у подељеном свету треба још више да гајимо оно што нас још спаја.

Ако можемо извући поуку из овог кратког прегледа, ја предлажем да то буде ова: *common law* није неки далеки и нејасан систем који постоји на једном маглном обавијеном острву на Северном мору. То је врста права које се природно развијало да задовољи потребе народа који је заједно са вама члан људске расе. То је народно право, оно није наметнуто одозго него је поникло одоздо из обичаја, потреба и навика једног народа. Његове детаљне одредбе могу се ускладити са посебним локалним потребама, али његови принципи разумности, *equity*, једнакости и слободе су наслеђе целог човечанства. Ми смо видели утицај *common law*-а у његова два шира смисла у вези са континенталним системима на четири континента света — у Шкотској, Квибеку, Јужној Африци, Маурициусу и Цејлону. — Ја сам дошао код вас као уважени гост и обичај је да такав гост донесе поклон. Да ли бих вам могао понудити скупоценији поклон него што је *common law*? Он је неполитички. Он не кошта ништа. То је поклон народа народу, који су били савезници у рату и пријатељи у миру. Ниједна земља која је добила тај поклон није никад пожелела да га врати. Нудећи вам овај поклон ја се једино двоумим да ли га можда ви већ немате.

Р. Х. Грејвсон (R. H. Graveson)

## SUMMARY

### *The common law in the modern world*

Making a comparative analyses between the civil law and the common law, the author in his introduction emphasizes that this comparison indicates that the differences are less important than their similarities.

He further point out that since the sixteen century there was a spread of the common law to many parts of the world. One of the paradoxes of our time is the survival of the common law despite the independence from the mother country of the countries to which it was taken.

In describing the common law, the author underlines its three main characteristics. First of all it is a system of rules. In the second sense the common law is a method of legal thinking and legal reasoning. The third sese, which is, perhaps, the most important of them all, is related to public law and the relationships of various organs of the constitution between themselves and in respect of the individual citizens.

It is not surprising to find the doctrine of precedent and parliamentary institutions of the English model in those parts of the world to which the common law itself has gone. Two aspects of this adaptation are worthy of particular mention. The first is the application of the common law in countries with a federal system of government (the USA, Canada, Australia). The other aspect of the common law in its wider geographical scope is its spread in the

sense of constitutional conventions and the pattern of public behaviour to many parts of the world where the basic legal system is not the common law. The Spanish law of British Guiana, the Roman-Dutch law of South Africa and Ceylon, the French law in Quebec and Mauritius are very much influenced by the common law concepts.

It is a fact, the author point out, that the experience in many civil law systems in which judicial decisions have been reported that despite all constitutional prohibitions, despite perhaps the desires and intentions of the judges themselves, judicial decisions by the mere fact of being reported have made law and are achieving growing authority.

Finally, the author indicates the importance of the comparative law in study of the common law and civil law in various parts of the world and in caparison between the common law and the civil law. This latter comparison has had an obvious and elementary appeal that might well be called age-old, though the differences have been much exaggerated.