

R É S U M É

Orientations du développement des recherches empiriques dans notre science juridique

En considérant que la différenciation des recherches empiriques et non-empiriques dans le domaine du droit se rapproche, généralement, de la division communément admise en recherches théoriques et recherches concrètes, c'est à dire en connaissances théoriques et connaissances concrètes (de droit positif et historico-juridique), l'auteur a donné un aperçu général sur les particularités et le développement de la méthodologie des disciplines juridiques concrètes en Yougoslavie pendant les deux dernières décennies. Après avoir déterminé la notion de cette méthodologie, l'auteur attire l'attention sur les liens qui la rattachent à l'état et au développement de la société yougoslave et surtout à l'édification politique, ainsi qu'à l'état des sciences sociales en général et de la science juridique en particulier. Conséquemment l'influence en a résulté du matérialisme dialectique et historique: d'où se sont ensuivis d'importants avantages et les progrès de la science juridique, d'une part, mais aussi de nombreuses conséquences négatives (le dogmatisme etc.), d'autre part. L'auteur spécifie que le droit est un phénomène très complexe et puis il constate qu'une méthode complexe est indispensable pour son examen (telle est justement la méthode dialectique), ce qui signifie que les voies et les procédés différents de l'étude du droit sont indispensables, la méthode dite juridique ou «le traitement analytico-logique et synthético-systématique des prescriptions juridiques» est en réalité spécifique et indispensable, mais il est illogique de l'utiliser exclusivement, et à plus forte raison lorsqu'elle est accompagnée d'éléments négatifs, tels que: l'orientation positiviste, le dogmatisme juridique, l'empirisme juridique etc. Ensuite, l'auteur attire l'attention en particulier sur la place et le rôle de la description et de la factographie, de la statistique, des expériences, de ce que l'on appelle l'étude sociologique, des approches historiques et de l'observation comparative. Cet exposé est suivi de nombreuses observations critiques et l'auteur exprime son opinion au sujet de la valeur de ces procédés, car il considère qu'il est essentiel pour la science de déterminer les connaissances conformes à la vérité et par conséquent qu'il est inadmissible non seulement d'accorder une confiance rigide aux procédés méthodologiques traditionnels, mais aussi d'accepter sans aucun esprit critique les nouveaux procédés méthodologiques.

ЕМПИРИЈСКА ИСТРАЖИВАЊА У УПОРЕДНИМ СТУДИЈАМА У ОБЛАСТИ ПРАВА*

1. Научно-истраживачки рад у области права дуго времена је карактерисала углавном оријентација на проучавање права сопствене земље, и то претежно позитивног права. Оваква оријентација била је сасвим разумљива и, у почетном периоду развоја савремене правне науке, оправдана. Малобројни правни кадрови; неусавршени методи правних истраживања; потреба да се правни систем сваке поједине земље изгради путем доношења прописа и да се са тим прописима, између осталог и путем теоријске, често

* Реферат поднесен на саветовању „Емпиријска истраживања у друштвеним наукама“ које је одржано у Охриду 5—9 маја 1965.

егзегетске, обраде упознају не само правници него и грађани уопште, тако да садржина тих прописа постане део правне свести; тежња, често претерана, да се изгради своје, национално законодавство и право; схватање да је законодавац (чак и у условима режима формалне демократије, који су током XIX века развија паралелно са изградњом правног система) тај који најбоље зна какав закон треба донети и да отуда тај и такав закон мора бити у свим детаљима поштован и примењиван — све су то елементи који су утицали да пажња правне теорије у то доба буде концентрисана углавном на обраду позитивног права земље у којој су проучавања вршена.

Све ово био је, са ретким изузецима, став континенталне правне теорије не само током XIX века (да не идемо даље у историју), него и првих деценија XX века. Ти ретки изузеци односили су се најпре на спорадичне случајеве проучавања страног права (1), а затим на истраживања социолошке природе (2).

Англосаксонска правна мисао, најпре енглеска, а потом и америчка, имала је знатно друкчија схватања о карактеру и садржини права и о његовом истраживању. Корени тих схватања леже у карактеру *common law-a*, неписаног права које се током времена формира као *opinio communis*, а свој текстуално фиксиран израз налази у облику судских прецедената. Писано право, право у облику законских прописа, је само *addenda et errata common law-a*. Према томе, да би се утврдило шта је право, треба најпре истражити да ли постоји нека ранија судска одлука донета у сличном случају; ако пак такве одлуке нема, судија мора да изнађе какав је правни обичај и примени га, односно да сам, на основу свог познавања садржине и кретања опште правне свести, реши случај; његова одлука донесена на тај начин добија снагу прецедента (3). Одавде проистичу два закључка. Прво, очигледно је да се право формира емпиријским путем: правом се проглашава оно што, кад се први пут појави потреба да једна ситуација или однос буду правно регулисани, у том тренутку судија утврди као право. Друго, кад је у питању теоријска обрада права, неопходно је истраживање судске праксе; теорија се дакле не бави коментарисањем и уопштавањем законских прописа него пре свега судских прецедената. — Међутим, управо ове карактеристике англосаксонског, на првом месту енглеског права условиле су да је оно, специфично и по свом настанку (углавном независно од утицаја римског права који је ово извршило на континентално право) и по свом развоју кроз векове било неподобно за неко упоређивање са правима других земаља, бар у сврху евентуалног коришћења иностраним решењима

(1) Тако је Наполеон, припремајући кодификацију грађанског права, наредио да се на француски преведе, на пр. пруски *Landrecht*, како би био коришћен у припремним радовима за *Code civil*. — Обратно, *Code civil* је био широко копиран у бројним кодификацијама грађанског права током целог XIX века. О његовом утицају на СГЗ в. чланак проф. В. Т. Благојевића: „Утицај француског Грађанског законика на Србијански Законик,“ *Правна мисао*, 11—12/39, с. 477—493 и 1—2/40, с. 43—84.

(2) Познато је на пример да је Валтазар Божић, припремајући свој *Општи имовински законик*, извршио опсежна и студиозна истраживања правила обичајног права која су се у другој половини XIX века примењивала у Црној Гори.

(3) О суштини, изворима и структури енглеског права в. одлично дело Р. Давида *Увод у приватно право Енглеске*, у издању Института за упоредно право, Београд 1960.

и искуствима — што је у развоју упоредног права по правилу била прва корист која се од њега могла очекивати.

Емпиријски настанак права, с једне стране, и у вези с тим, стално истицање неопходности да се прави разликовање између *law in books* и *law in action*, с друге стране, условили су да се у овим земљама, а посебно у САД, последњих деценија — упоредо с развојем социологије и социолошких метода — све већа пажња посвећује емпиријским истраживањима и у области права. Методи ових истраживања се непрестано усавршавају, тако да се путем њих добијају све кориснији подаци о примени права у пракси. Резултати до којих се истраживањима долази омогућују и вршење повратног дејства праксе на право — разуме се у границама у којима то дејство не руши основе на којима правни систем, условљен друштвено-економским уређењем, почива.

Интерес за емпиријска истраживања у праву раширио се последњих деценија широм света. У Европи тим истраживањима се приступа како у буржоаским земљама, тако у последње време и у социјалистичким. То је случај и у нас. Позитивно-правни приступ проблемима све више се допуњује социолошко-политичким, за који неопходну претпоставку чине емпиријска истраживања. Она се, посебно с обзиром на предности ако не увек и неоподност тимског рада, нарочито развијају после оснивања установа као што су Институт друштвених наука, институт за социологију, школе политичких наука, и друге научне установе.

С друге стране, развој правне науке последњих деценија карактерише и све већи интерес за упоредна истраживања у области права. Општу климу за та истраживања стварају разноврсни облици међународне сарадње (који се јављају углавном почев од оснивања Друштва народа, а интензивирају у условима постојања ОУН). Међународни промет је све већи, услед чега расте и интерес за страна права. У низу материја пожељна је унификација правних правила, за коју упоредна истраживања представљају неопходан услов. Многа национална законодавства се у регулисању различитих материја користе решењима страног права. Најзад, сви ови моменти заједно утичу да се и при чисто теоријској обради правних проблема и института у све већој мери користи упоредни метод. — У нас, осим Института за упоредно право, као једине специјализоване установе те врсте, упоредни метод у својим радовима све више примењују и многи научни радници у области права.

2. Пред свако веће и озбиљније истраживање у области права данас се постављају велики захтеви. Дескрипција и позитивно-правна анализа установа једног правног система и данас су корисни и неопходни, али не и довољни. Ако се резултати истраживања сведу само на њих, они ће нужно бити непотпуни. Ма како успешно били дати приказ и анализа правне установе у питању, они сами за себе говоре једино о томе како дати правни систем регулише ту установу и какав став правна теорија дате земље заузима у односу на то регулисање. Дакле, из њих се не види, прво, како се правна установа примењује у пракси, каква је њена реална вредност, и, друго, како се у упоредном праву гледа на ту установу.

Отуда, правна истраживања данас, да би била свестрано успешна, морају бити комплексна. Та комплексност, у смислу теме којом се бави ово саопштење, постиже се спојом три елемента. Први ја већ наведени дескриптивни и позитивно-правни приступ. Други се састоји из примене емпиријских истраживања, чија је сврха да покажу какво је *law in action*, односно да ли се и у којој мери оно разликује од *law in books*. Најзад, трећи је упоредна обрада проблема. Ова, са своје стране, може да буде чисто упоредно-правна, а то је она која се ограничава на упоредно истраживање иностране теорије и законодавства, а може да буде проширена и одређеним социолошко-политичким истраживањима, која за подлогу имају примену емпиријских метода. Од ова два облика упоредних истраживања, несумњиво да је други — мада много тежи, о чему ће ниже бити речи — потпунији и савршенији (4).

Оваква комплексна истраживања пружају двоструку корист. С једне стране, њихов финални продукт у облику одређене правне студије, има знатно већи научни интерес од онога који би иначе имао. С друге стране, таква истраживања разбијају двоструку зачураеност правног система (у односу на примену правних установа у пракси и на решења која пружају други правни системи) и својим резултатима могу да наведу да допуњавање односно реформу постојећег система у смислу његовог усавршавања.

3. Емпиријска истраживања и упоредна истраживања у области права имају, свако за себе посматрано, нешто заједничко, а то је што су и једно и друго истраживање везана за извесно поређење, с тим што је код емпиријских истраживања поређење правне норме и њене примене у пракси основна сврха која се жели постићи коришћењем резултата тих истраживања, док је код упоредних истраживања поређење разних права *садржина* истраживања (док му сврхе могу бити различите — унификација, побољшање сопственог законодавства, чисто теоријска обрада и сл.). — По правилу, међутим, ова два облика истраживања имају и једну другу заједничку карактеристику, а то је што им је полазна тачка, и то код емпиријских истраживања увек, а код упоредних врло често, домаће позитивно право.

4. Но, ова база емпиријских и упоредних истраживања, ма колико била интересантна с једног чисто теоријског становишта, није предмет овог саопштења. Оно се односи на примену емпиријских истраживања у упоредним студијама у области права. Међутим, пре преласка на излагање облика те примене, потребно је указати на извесне тешкоће са којима се среће свако упоредно истраживање, посебно оне тешкоће које се односе на проучавање примене страног права.

Прва, очигледна тешкоћа на којој није потребно посебно инсистирати, састоји се у разликама у језику. Језик који се употребљава у страниј земљи за истраживача увек остаје, без обзира на степен његовог знања, стран језик. С обзиром да специфичности које има сваки језик у односу на оби-

(4) В. Р. Arminjon, В. Nolde, М. Wolff: Упоредно право као помоћно средство, превод другог поглавља дела *Traité de droit comparé у Збирци чланака о упоредном праву*, св. I, с. 101, коју је 1958. издао Институт за упоредно право: „Обавештавање о упоредном праву мора да буде схваћено широко... Они који се посвете упоредном праву погрешкиће ако се ограниче само на писано право, не водећи рачуна о начину на коју се оно примењује, игноришући обичај, навике, пословну праксу“ (— М. Ј.)

чан, говорни језик, само странац који је евентуално студирао правне науке и дуже времена живео у земљи чијим се правом сада бави, могао би да претендује на то да у овом погледу заиста неће имати тешкоћа.

Другу тешкоћу представља потреба познавања правног система у целини, његовог духа и, посебно, правних извора. Када је у питању сопствени правни систем, основана је претпоставка да домаћи правник схвата његову суштину, да има бар један општи, ако не и у детаљима, увид у њега, да увиђа телеолошки смисао појединих правних прописа, да познаје различите међусобне везе и утицаје, да уме добро да се користи правним изворима, знајући њихове хијерархијске односе итд. Уз то, он је по правилу у току свих промена у правном систему и ажурно их прати. Све то је врло тешко остварити у односу на иностране правне системе. Потребан је и врло велики напор и доста времена — кога у савременим условима живота све више недостаје — да се, поред сопственог правног система, добро познаје, у напред наведеном смислу, само још један туђ правни систем, а да и не говоримо о више њих (5).

У вези с тим, стоји даља тешкоћа која се састоји у неопходности познавања опште атмосфере у којој дејствује дати правни систем. Ту атмосферу ствара на првом месту друштвено-економско уређење, а затим традиција, менталитет људи итд. Друштвено-економско уређење у великој мери прожима све институције дате земље; његова начела су присутна у свим областима живота, па и у њиховом правном регулисању. Тешкоће у овом смислу су, разуме се, мање уколико је у питању поређење између земаља са сличним друштвено-економским уређењем (6), а веће кад је реч о земаљама са различитим друштвено-економским уређењем. У овом другом случају посебно треба водити рачуна о правним установама које, носећи исте називе, под овим привидом истоветности или бар сличности, у ствари крију често различиту суштину. Њихово олако поистовећивање може да доведе до сасвим некорисних па и погрешних резултата упоредних истраживања. Јер, примера ради, општина, као основна јединица локалне самоуправе, има знатно различит положај, улогу и функције у једној буржоаској земљи и у Југославији; суштина института наслеђивања је у основи

(5) О овоме в. врло интересантна разматрања Р. Давида у уводном поглављу дела *Traité élémentaire de droit civil comparé*, објављеног у преводу под насловом „Упоредно право и упоредни метод“, у *Збирци чланака о упоредном праву*, св. I, стр. 9 и д., коју је издао Институт за упоредно право 1958.

(6) Међутим, при томе се ствари не смеју упрошћавати схватањем да у оквиру два основна облика друштвено-економског уређења, социјалистичког и буржоаског, не постоје у многим погледу често знатне разлике. Кад су у питању социјалистичке земље, њихова друштвено-економска уређења ниуколико нису униформна. Остављајући по страни случај наше земље, чији је пут у социјализам у знатној мери специфичан, већ узимајући у обзир само остале социјалистичке земље, два примера, узета надхват из две различите области друштвено-економског уређења, биће довољна да поткрепе ову тврдњу. Тако, док је у неким социјалистичким земаљама пољопривредно земљиште у потпуности национализовано, у другима аграрни максимум износи и по више десетина хектара. Или, док је негде уведен чист једнопартијски систем, другде се толерише постојање више политичких партија, итд. Очигледно је да овакве и многе друге разлике сведоче о томе да социјалистичко друштвено-економско уређење представља један генерички појам, у оквиру кога се срећу извесне специфичности које, не дирајући у оно што је опште и заједничко, указују на посебне карактеристике тог уређења у свакој социјалистичкој земљи посебно. Кад су пак у питању буржоаске земље, више је него очигледно да се међу њиховим друштвено-економским уређењима, која као заједничко спаја то што су сва она буржоаска, срећу у многим областима знатне разлике.

различита у буржоаским и социјалистичким земљама; између уговорне одговорности у буржоаским и социјалистичким земљама постоје знатне разлике у карактеру те одговорности и њеним последицама, итд. Ако о свему овоме не би било вођено рачуна, сасвим би се изгубила сврха упоредних истраживања и она свела на утврђивање формалних сличности или разлика. Према томе, врло је важно проникнути у суштину друштвено-економског уређења земље чији се правни систем проучава, а то је истовремено врло тешко (7). Не само због тога што је то уређење комплексно и што о њему треба сазнати много што шта, него и зато што правник, формиран у условима једног друштвено-економског уређења, често нема развијена чула за уочавање и схватање смисла и суштине правних установа пониклих у условима различитог друштвено-економског уређења. Други елемент који сачињава атмосферу у којој функционише правни систем представља традиција. Утицај традиције, као производа историјског развоја, је негде јачи, а негде слабији, али га по правилу готово увек има. Најјачи је свакако у Енглеској, најслабији вероватно у социјалистичким земљама, које су, спроводећи социјалистичку револуцију, раскинуле с многим традицијама. Поједини, спољни, феномени утицаја традиције откривају се и схватају врло лако, али зато има других, скривенијих, а у ствари важнијих, чије уочавање и сазнавање за странца изазива знатне тешкоће. Слично стоји ствар и са менталитетом људи, који је у низу манифестација различит од земље до земље, итд.

Најзад, посебну тешкоћу, и то тешкоћу најтешње повезану са емпиријским истраживањима, представља проблем стицања сазнања о примени правних норми у пракси, проблем какво је *law in action* у земљи чији је правни систем предмет истраживања. Они који се баве империјским истраживањима врло добро знају на какве тешкоће наилазе приликом тих истраживања у сопственој земљи. Те тешкоће се састоје у постављању основа истраживања, њиховом истраживању, њиховом организовању, сређивању резултата и, посебно, извлачењу правилних закључака из њих. Све те тешкоће су, у још већој мери, присутне и приликом емпиријских истраживања у области страног права; међутим, осим њих, појављују се и многе друге везане за напред изнете моменте који отежавају свако проучавање примене страног права. На који начин те тешкоће утичу на реалне могућности спровођења емпиријских истраживања у упоредним студијама биће конкретније изложено у оквиру следеће тачке овог саопштења.

5. Могућност емпиријских истраживања у упоредним студијама у области права изгледа да се могу класификовати у оквиру следеће три групе, и то идући од оптималних ка најмање повољним.

(7) В. Р. Давид (Упоредно право и упоредни метод, с. 15): „У свим земљама право је у блиском односу са свим осталим видовима друштвеног живота. Оно се не може схватити без познавање друштва у коме се примењује и без сазнања облика понашања, мишљења и осећања чланова тог друштва... Да би се упознало једно страно право, потребно је, према томе, упознати страно друштво, друштвену средину у којој се то страно право примењује.“ И даље (с. 20): „За познавање једне земље није довољно, како се то увише често мисли, знати њен језик, што само по себи већ није лако — јер је правнички језик уопште, као технички, у основи различит од обичног говорног језика, потребно је познавати њену историју, климу, социјални чиниш, религију, веровања, политику, управну и судску организацију, економске и трговинске односе, читав скуп података свих врста, за које је, у великом броју случајева, потребно више непосредно посматрање него знање.“

а) Непосредно вршење емпиријских истраживања од стране онога ко предузима упоредне студије. Узмимо један пример. Ако један истраживач изучава упоредно (дакле не само упоредноправно!) рецимо изборне системе или проблем развода брака или било који други проблем у нашој и још некој или неким другим земљама (изабраним по критеријуму значаја за проблем у питању, а уз претпоставку претходног бар релативног савладавања напред поменутих тешкоћа које се јављају приликом сваког упоредног истраживања), идеално је ако он располаже могућношћу емпиријских истраживања на лицу места, дакле не само у нашој земљи него и у иностранству. То, другим речима, захтева боравак одређеног трајања у тим земљама. Један део својих упоредних студија истраживач може да обави у нашој земљи, проучавајући законске текстове и литературу, он може да дође до сазнања о томе какве ставове страна теорија и законодавство (као евентуално и остали извори права, судска пракса и обичаји) заузимају у односу на проблем у питању. Међутим, кад је реч о сазнавању како се право примењује у пракси, идеално је ако истраживач може на лицу места да проучи ту праксу. А то ће постићи управо емпиријским истраживањима, пројектисаним углавном у два смера: прво, проучавањем писаног материјала који му није био приступачан у нашој земљи (разних статистика, записника, извештаја, остале архивске грађе и сл.) и, друго, већ класичним инструментаријумом емпиријских истраживања: вршењем анкета, спровођењем интервјуа, непосредним посматрањем итд. Располажући овом могућношћу сопственог емпиријског истраживања, истраживач — ако се добро припремио за та истраживања — може и за релативно кратко време да дође до вредних резултата (8).

б) Посредно сазнавање резултата емпиријских истраживања путем упитника на које инострани коресподент даје одговоре. Врло често наш истраживач (односно група истраживача) није у стању да непосредно на лицу места, у иностранству, врши емпиријска истраживања односно дође до сазнања о примени страног права у пракси. У том случају он, на основу свог познавања законодавства и литературе о страном праву, с једне стране, припрема упитник који упућује свом иностраном коресподенту (по правилу одговарајућој научној или другој установи), с молбом да одговори на питања садржана у упитнику. Овај инострани коресподент по правилу не приступа неким посебним емпиријским истраживањима (што се од њега, ра-

(8) Аутору овог саопштења нека буде допуштено да наведе један пример ове врсте емпиријских истраживања из сопствене праксе. Године 1959 он је добио задатак да припреми упоредну студију о системима локалне самоуправе у Енглеској, Шведској и Швајцарској, за које системе је у нас постојао и постоји посебан интерес. Стекавши из литературе претходна знања о новим системима, он је у току шестомесечног боравка у трима наведеним земљама настојао да допуни та знања, и то не само проучавањем законодавства и литературе, него управо вршећи одређена емпиријска истраживања, која су се састојала у проучавању на лицу места организације и функционисања локалних власти, упознавању са разним писаним материјалом, интервјуисању одговорних изабраних и професионалних локалних функционера, присуствовању седницама разних локалних тела и сл. Разумљиво, он се борио са свим наведеним тешкоћама везаним за проучавање страног права и несумњиво да није у потпуности успео у њиховом савладавању, али је свакако излагањем резултата ових емпиријских истраживања у извесној мери допринео бољем и ширем упознавању заинтересованих кругова у нас са системима локалне самоуправе у три поменуте земље. Резултате својих проучавања он је саопштио у упоредној студији „Системи локалне самоуправе у Енглеској, Шведској и Швајцарској“, коју је 1963. издала „Савремена администрација“.

зуме се, тешко може тражити!), већ свој одговор даје на основу евентуално спроведених емпиријских истраживања односно података о примени права у пракси. На овај начин, уколико је упитник добро састављен, уз вођење рачуна о разликама између домаћег и страног права и специфичностима једног односно другог, и уколико је инострани кореспондент у стању да добро одговори на питања садржана у упитнику, — резултати могу да буду сасвим задовољавајући. У овом случају дакле до података из праксе не долази се непосредно на основу сопствених истраживања, већ посредно, на основу туђих истраживања, али ти подаци могу да буду потпуно аутентични и врло често исто толико корисни као и они први (9).

в) Опет посредно сазнање резултата емпиријских истраживања, али путем коришћења већ постојећих литерарних извора о извршеним истраживањима. Могућности овог вида емпиријских истраживања у упоредним студијама условљене су тиме да су емпиријска истраживања извршена управо у области која је предмет упоредне студије и да су том приликом узети у обзир мање-више сви релевантни моменти који интересују аутора студије. Но, и уз испуњавање овог услова, јасно је да ће разлике у правним системима, а разуме се и у друштвено-економском уређењу, имати за последицу да резултати емпиријских истраживања, конципираних и спроведених са других полазних позиција и по другим критеријумима, неће моћи готово никад да буду оптимално употребљиви и корисни. Отуда, овај вид коришћења резултата емпиријских истраживања само је палијатив у односу на претходна два, али је у случају немогућности њиховог спровођења и он добро дошао (10).

6. Ако се сада запитамо какве су могућности за коришћење емпиријским истраживањима у упоредним студијама из разних грана права, констатовати да нема ниједне гране права у којој би таква могућност била а priori искључена. Разуме се, ту је неопходно правити извесно разликовање између свих грана позитивног права на једној и осталих на другој страни. Прве су свакако подобније за емпиријска истраживања, а, с обзиром на сврху ових истраживања — утврђивања стања примене права у пракси, резултати до којих се жели доћи важнији; то, међутим, не значи да и у осталим гранама права, почев од теорије и филозофије права, преко историје права, до међународног права, није могућно спроводити одређена емпиријска истраживања и да она нису интересантна и корисна.

После ове констатације, потребно је видети како стоје ствари са могућношћу емпиријских истраживања у упоредним студијама, зависно од сврхе у коју се те студије врше, при чему се појављују извесне разлике

(9) О коришћењу овог начина сазнавања података о примени страног права говори у нас пре свега пракса Института за упоредно право у Београду. У испуњавању своја два основна задатка, проучавања страног односно упоредног права и упознавања иностранства са југословенским правом, Институт за упоредно право често у првом случају шаље упитнике и замолнице, а у другом даје одговоре на упитнике и замолнице добијене из иностранства, у њима су по правилу обухваћена и питања која се односе на примену права, тако да је одговоре могуће дати тек на основу познавања емпирије, ако не и формално спроведених емпиријских истраживања.

(10) Примери коришћења резултата емпиријских истраживања посредством литературе са резултатима већ извршених разноврсних емпиријских истраживања, посебно богате на Западу, су у тој мери добро познати, да нема потребе наводити их.

између појединих грана права. Тако, ако је сврха упоредних истраживања евентуална унификација појединих правних правила, та сврха се може постићи готово једино у области грађанског односно привредног права; она је по природи ствари практично искључена у области уставног, управног или кривичног права (11). При томе је несумњиво да су емпиријска истраживања, која имају за циљ да покажу како се извесна правна правила која долазе у обзир за унификацију примењују у пракси, врло корисна (12). Ако упоредна истраживања имају за сврху прикупљање и обраду материјала о решењима која садржи страно законодавство и о искуствима њихове примене ради коришћења приликом реформе сопственог законодавства — ту нема битне разлике између појединих грана права, јер се евентуално коришћење туђим решењима и искуствима може замислити у свим областима права, разуме се у мери у којој та решења и искуства могу да се уклопе у дати правни систем и друштвено-економско уређење. Оваква сврха упоредних истраживања, собзиром на значај претходне оцене могућности и корисности евентуалног преузимања туђих решења односно угледања на њих, управо истиче неопходност предузимања емпиријских истраживања ради сагледавања искуства у примени тих решења (13). У овом случају нема никакве суштинске разлике између могућности емпиријских истраживања у разним гранама права; она су подједнако потребна и корисна у свима њима. Најзад, ако је сврха упоредних истраживања чисто теоријска обрада појединих проблема, та истраживања се са подједнаким интересом могу предузимати у свим гранама права. При томе, од тога како је конципирана та обрада (искључиво упоредноправо или, шире, и социолошко-политички) зависи и да ли ће, и у којој мери, бити примењена емпиријска истраживања. Но, ако се она већ имају у плану, могуће је применити их у свим гранама права.

Најзад, предмет (објекти) емпиријских истраживања, њихов инструментаријум и техника спровођења, знатно се разликују не само кад су у

(11) Досадашњи случајеви унификације, како билатералне, тако и регионалне и, посебно, универзалне, то јасно потврђују. Унификоване су биле на пример области породичног права (Чехословачка и Пољска), облигационог, привредног, породичног, наследног и процесног права (скандинавске земље), саобраћајног, меничног и чековног, ауторског и сл. права (у универзалним односно квази-универзалним оквирима).

(12) Ову потребу је посебно истакао М. Mateucci, у свом извештају „Les méthodes l'unification du droit“, Roma, Unidroit 1956, р. 17 и 18), разликујући „вертикално изучавање, законодавства са законодавством“ и „хоризонтално изучавање које мора да следи том вертикалном изучавању... и које се састоји у упоређивању између решења усвојених у разним системима и процене узрока који су их изазивали“. Он у таквом изучавању види неопходну претходну етапу сваког покушаја унификације права.

(13) Као што каже Р. Давид („Побољшање домаћег права“, превод трећег поглавља дела „Traité élémentaire de Droit civil comparé“ у поменутој Збирци чланака о упоредној праву, св. II, стр. 46): „Потребно је много обазривости и продубљених истраживања пре него што се у наше право пренесе неки страни закон, пре него што се њему прилагоди нека установа коју не познајемо. Потребно је да се уверимо о стварној начину на који функционише установа у страном праву (подвукао М. Ј.), да се обавестимо о критикама које јој упућују правници, а још више заинтересовани пословни кругови. Потребно је да се схвати њен механизам тако што ће се поставити у укључност правних и економских оквира земље у којој се посматра“ (подвукао М. Ј.). — Слично и Р. Arminjon, В. Nolde, i M. Wolff op. cit., с. 104: „Таква установа која још увек добро функционише у својој земљи порекла, даје каткад врло рђаве резултате у извесним другим. Са установама је као и са биљним и животињским врстама. Пресађивање америчких чокота у Европу донело је са собом филоксеру, а аклиматизација кунџа у Аустралији проузроковала је тамо непроцењиву штету.“

питању истраживања у разним гранама права, него и поједине установе и проблеми у оквиру њих. Тако, јасно је да су објекти, инструменти и техника истраживања други у уставном, а други у грађанском праву, а у оквиру свих грана други кад се истраживање односи рецимо на уставно судство односно на рад општинских органа управе, а опет други кад је предмет истраживања на пример уснова старатељства односно уговор о закупу. Због тога би сваки покушај прављења инвентара и систематизације у овом погледу био лишен сврхе.

7. На крају, уместо закључка, погледајмо какви се задаци у контексту проучавања постављају пред нас приликом истраживања у области права.

Прво, неопходно је да сва истраживања у области права данас — на савременом степену развитка наше правне науке — буду комплексна. То ће рећи да приликом обраде појединих проблема и института домаћег права буде, с једне стране, примењиван упоредни метод, а с друге вршена емпиријска истраживања. Тиме ће ова обрада, која би иначе — ма како сама по себи била успешна — носила изврстан статичан и догматски карактер, добити у ширини и дубини, просторно и временски.

Друго, кад је реч о упоредним истраживањима у оквиру оваквих комплексних правних истраживања, неопходно је да она буду не чисто упоредноправна, већ и социолошко-политичка, дакле таква која ће водити рачуна и о примени страног права, његовом дејствовању у датом друштву, која ће истаћи — исто као кад је у питању домаће право — његов не само статички него и динамички карактер. Ово је захтев који се поставља у свим гранама права, али можда на првом месту у области уставног права. Уставно право је, с обзиром на свој карактер и суштину, најуже повезано не само с политичким наукама, него и с политиком као таквом. Право сигурно не сме да буде слушкиња политике, али оно у сваком случају остаје њена пројекција и средство изражавања. Упоредно проучавати било коју институцију нашег уставног система, без истовременог проучавања политичке мисли и праксе, већ искључиво на основу уставних текстова и чисто теоријских анализа, не би имало праве сврхе. Резултати таквих проучавања били би двоструко дефектни: с једне стране, они нам не би омогућили да проникнемо суштину друштвених и политичких процеса који се збивају у савременом свету, процеса који се базирају на уставним решењима, али једном започети настављају да живе и развијају се самостално, често у знатном раскораку у односу на та решења; с друге стране, на основу таквих вредност наших сопствених уставних решења (14). Вероватно нико у нас не претендује да су та решења идеална и коначна, дата једном за увек. Према томе, неопходно је не само пратити и проучавати њихову примену

(14) У својим врло интересантним излагањима у дискусији организованој поводом преднацрта Устава почетком 1963. на Правном факултету у Београду, Вељко Блаховић је после изношења низа примера којима је поткрепио свој став о потреби управо оваквог како је горе изложено упоредног проучавања нашег новог Устава, закључио: „Навео сам ове примере као илустрацију да бих објаснио жељу да се у методу упоређивања нашег Устава са другим уставима мање иде у прошлост, а више изучава садашњост и сагледају процеси који долазе до изражаја у одређеним друштвено-политичким формацијама и тенденције тих процеса. То би нам умногоме олакшало да боље схватимо многе одредбе новог Устава и задатке наше правне научне мисли и праксе.“

код нас, него и свестрано изучавати туђа искуства у функционисању сличних установа у иностранству — чиме би била постигнуте две међу основним сврхама сваког упоредног проучавања у области права: прво, свестрана теоријска обрада проблема и, друго, могућност коришћења туђим искуствима у евентуалном усавршавању сопственог система.

Треће, нужно је обезбедити сарадњу и координацију у раду свих научних радника у области права. У реализацији истраживачких пројеката који морају да буду комплексни у напред изложеном смислу, треба предвидети одговарајуће место како за емпиријска тако и за упоредна истраживања. То истовремено изазива неопходност тимског рада и адекватне расподеле задатака између чланова тима. Објективни услови за ово данас сигурно постоје, јер располажемо и довољним бројем искусних научних радника и потребном материјалном базом. Основни проблем је у ствари како координирати рад појединих заинтересованих научних установа на остварењу оваквих комплексних истраживачких пројеката. С обзиром на њихов значај, јасно је да се у овом правцу морају учинити одговарајући напори.

Др. Миодраг Јовичић

R É S U M É

Recherches empiriques dans les études comparatives dans le domaine du droit

L'auteur part tout d'abord de la constatation que les recherches dans le domaine du droit ont été pendant longtemps caractérisées dans le fond par deux faits: premièrement, qu'elles se limitaient au droit de la terre appartenant en propre et, deuxièmement, que les approches de ces recherches étaient généralement de droit positif et descriptives. En d'autres termes, à peu d'exceptions près, on ne se servait ni de la méthode comparative ni de la méthode sociologique.

Pendant les dernières décennies, cependant, la situation a changé. D'une part, on s'intéresse de plus en plus pour le droit étranger, pour ses attitudes théoriques et ses résultats pratiques. Les possibilités d'utiliser de la manière la plus variée ces attitudes et solutions — à des fins de l'élaboration purement théorique du problème, de la réforme et de l'amélioration de son propre système juridique, de l'unification du droit partout où elle est possible et souhaitable etc. — ont eu pour résultat l'application de plus en plus grande de la méthode comparative dans les recherches juridiques. D'autre part, l'étude des droits qui réglementent toute une série de rapports sociaux aussi importants ne peut pas se contenter seulement de la description et de l'explication des institutions, sans tenir compte du fait comment ces institutions fonctionnent dans la pratique et quel est le rapport entre la norme juridique et son application. Pour qu'on puisse le connaître il est indispensable de procéder à des recherches empiriques.

Toutes les recherches de plus d'importance dans le domaine du droit doivent être aujourd'hui complexes, dans ce sens qu'en partant des approches normatives et descriptives aux approches juridiques d'un système on n'ose pas s'y arrêter sur elles, mais il est nécessaire d'aller plus loin, premièrement

dans le sens de l'étude des institutions correspondantes dans les autres systèmes et, deuxièmement, dans le sens des recherches de l'application de ces institutions dans la pratique.

En laissant de côté le problème des recherches empiriques de droit yougoslave, l'auteur s'est concentré sur le problème de l'application des recherches empiriques dans les études comparatives dans le domaine du droit, ce qui exige l'application simultanée tant de la méthode comparative que de la méthode sociologique.

Cependant, l'auteur n'insiste pas spécialement sur les difficultés qu'on rencontre à l'occasion de chaque recherche dans le domaine du droit étranger. Il mentionne seulement la plus grande des difficultés qui consiste dans la nécessité, d'une part, de pénétrer tant soit peu dans l'esprit du système juridique étranger, conditionné en premier lieu par l'organisation socio-économique donnée, la tradition etc., et, d'autre part, de tenir compte constamment des différences entre les diverses organisations socio-économiques et leurs spécificités.

Quant aux possibilités des recherches empiriques dans les études comparatives dans le domaine du droit, l'auteur a essayé de les classer en trois groupes.

Premièrement, la poursuite directe des recherches empiriques de la part de celui qui entreprend les études comparatives. Dans ce cas l'investigateur s'établit dans le pays étranger et poursuit sur place les recherches empiriques qui sont analogues à celles qu'il effectue dans son propre pays. Ce procédé est certainement le meilleur, mais pour des raisons diverses il ne peut pas être toujours réalisé.

Deuxièmement, l'investigateur, c'est à dire l'institution investigatrice, envoie à son correspondant étranger un questionnaire avec la prière de lui faire parvenir les données sur les recherches empiriques effectuées dans le pays étranger. De la manière dont le questionnaire est composé et d'après les réponses que l'on donnera et qui seront insérées dans celui-ci, dépendront aussi les résultats de l'application de ce procédé indirect de l'utilisation des recherches empiriques.

Enfin, troisièmement, l'investigateur utilise la littérature étrangère relative aux recherches empiriques dans le domaine qui l'intéresse qui ont été effectuées auparavant. En considération des différences inévitables non seulement dans le caractère de l'institution que l'on observe mais aussi dans les méthodes et la technique des recherches empiriques, le profit que l'on tire d'un tel procédé est incontestablement sujet à caution.

Ensuite, l'auteur expose brièvement les possibilités des recherches empiriques dans les études comparatives tant dans les différents domaines du droit qu'en considération des buts différents dans lesquels on poursuit les recherches empiriques.

Or, quand il est question des recherches empiriques dans les études empiriques dans le domaine du droit effectuées jusqu'à présent en Yougoslavie, on est obligé de constater qu'elles n'ont pas été utilisées dans une mesure suffisante. Exception faite d'une série de circonstances objectives, l'une des causes se trouve dans le discernement insuffisant des avantages qu'on peut tirer de telles recherches.

Le système juridique yougoslave n'est pas parfait, de même son édification n'est pas terminée. D'où il s'ensuit, premièrement, qu'il est indispensable d'observer comment il est appliqué dans la pratique, c'est à dire de faire les recherches empiriques correspondantes et, deuxièmement, étudier les systèmes juridiques étrangers, c'est à dire se servir de la méthode comparative. Pour qu'on puisse tirer un réel profit de ce deuxième procédé, il est nécessaire non seulement d'étudier quelles sont les attitudes prises par la théorie juridique étrangère et comment doivent être formulées les solutions que donnent la législation étrangère, mais aussi d'examiner si cette théorie est en conformité avec la pratique et comment cette législation est appliquée.