

Була Ерши (Gyula Eörsi),
професор Правног факултета у Будимпешти

О РЕЦЕПЦИЈИ ПРАВА (*)

I

Рецепција је општа појава у култури, и настаје као последица узамјамних утицаја културних сфера у рату и у миру. Једно одређено друштво најпре позајмљује а затим и асимилује туђе културне моделе. На тај начин они културни модели који важе као развијенији постају феномен тзв. акултурације. До тога може доћи спонтано, на пример када се од непријатеља заплене усавршенија оружја или предмети домаћинства или када се у наше време (да употребимо савременији израз), прибавља know-how. Рецепција може уследити и као резултат смишљене активности када специфичне потребе убрзавају рецепцију.

Ови процеси су психолошки могући у простору и у времену зато, што су као што је рекао Levy-Strauss, облици људског менталитета, у суштини исти било да је реч о ранијем или модерном, примитивном или цивилизованом менталитету. Могло би се додати још и то да на рецепцију често утичу и неодољиви инстинкт имитације а понекад и то можда још и више, жеља за освајањем.

II

1. Рецепција. Појам рецепције је тешко одредити јер је граница између свесне и спонтане рецепције недовољно јасна као што је то случај и са разграничењем између рецепције и унификације права или између прихватања појединачног страног правила и рецепције итд. Отуда се мој задатак не састоји у томе да дефинишем рецепције. Ипак, чини ми се да су покушаји да се из овира рецепције искључе појаве када се туђе право силом намеће или када се уводи добром вољом владара, сувише уски. Унутар рецепције као ширег појма се оно, намеће права свакако треба посматрати засебно, али се оно, појмовно, не може супротстављати рецепцији. Под рецепцијом треба подразумевати

(*) Ово је текст предавања које је професор Була Ерши (Gyula Eörsi) ректор Универзитета „Етвеш Лоранд“ у Будимпешти, одржао на Правном факултету у Београду у уторак 24. априла 1984. године.

и оне случајеве када влада једне земље налаже страним правницима да припреме нацрте појединих закона; овакви нацрти увек укључују у мањој или већој мери право земље из које страни стручњак долази чак и у случају када држава прималац права прихвата, „оригиналан” нацрт, урађен у складу са њеним захтевима.

Такође сматрам да појмом рецепције треба обухватити и мање или више спонтано инфилтрирање права у другу земљу у току правног развоја из чега се може закључити да је моје поимање рецепције, као полуге правног развоја, веома широко и функционално. У сваком случају да би се могло говорити о рецепцији потребно је да се појава продирања једног права у друго право одвија у једној релативно широкој области а не да је реч о усамљеном и случајном примеру. Исто тако сам склон да као један од савремених облика рецепције посматрам и унификацију права, када се она примењује не само у међународним односима него постаје и норма у унутрашњим правним односима земље која је озаконила унификовано право. У овом случају држава, доносећи закон прихвата туђу творевину без обзира што ту није реч о праву неке одређене земље него о вештачкој правној творевини која је унета у међународну конвенцију.

2. Разлози. На питање када и у којим ситуацијама долази до рецепције, тешко је дати тачан и уопштен одговор. Инак битни елементи овог појма могу се утврдити ако се пређе од становишта да се разлози који доводе до рецепције најчешће јављају не усамљено него делују као скуп, те тако рецепција настаје као последица дејства више разлога истовремено.

а) Основни разлог за преузимање туђег права најчешће је то што је постојећи правни систем исцрпео све могућности прилагођавања променама у друштвеним односима. Ова појава се најчешће запажа онда када долази до смењивања епоха и када важеће право није више способно да одговори новим захтевима. Сүтон обичајног племенског права почео је у оном тренутку када је уместо разноврсних облика заједничке обраде земљишта све више почела да прдире до тада непозната институција права својине на земљишту. Потреба за рецепцијом настаје у оном тренутку када се, да употребимо један савременији израз, појављују огромне пукотине у праву. Тако се европска рецепција Римског права, на пример, може објаснити бар једним делом, тиме што је способност прилагођавања ондашњих обичајних права била исцрпена.

б) Друга, околност која значајно утиче на рецепцију права јесте политичко или економско освајање туђег територија што омогућава продирање правних система у друге, независне земље или у бивше колоније. Као илустрација могу послужити примери када су моћне компаније уводиле право својих земаља у друге земље понашајући се као да имају суверену власт. Нарочито су карактеристични случајеви Британско-источноиндијске компаније која је увела Common Law на Индијски потконтинент и Холандске уједињене источноиндијске компаније која је увела Римско-Холандско право (Roman-Dutch Law) и примењивала га на острву Јави (Батавија) и доцније, после заузимања рта Добре Наде (1652) у Јужној Африци.

Ова потоња компанија понашала се тако као да је њена власт у колонијама изнад самих холандских закона. Наиме, у колонијама су се

могли примењивати само они холандски закони чију је примену одобрила Холандска уједињена источноиндијска компанија.

в) До рецепције понекад може доћи и под утицајем правника у земљи која се одлучила да прихвати страно право, као и под утицајем метода правничког образовања. Вероватно је претерано тврђење (али управо то показује да у њему има и нешто истине) да до рецепције Римског права у Енглеској није дошло зато што је то својим постојањем спречавала снажна и чврсто организована правничка професија (The Inns of Court) а да је, насупрот томе, у Немачкој извршена тако широка рецепција Римског права зато што је право изучавано на универзитетима (а тамо је преовлађивало Римско и Пандектно право).

У сваком случају овакав или онакав облик правничког образовања може имати значајну улогу у избору оног права које ће бити реципирано. Група турских правника која је студирала у Лозани итекако је утицала на то да Турска изабере Швајцарско Грађанско право. Исто тако повезаност румунских правника са француским правницима утицала је својевремено на избор Француског права (приликом кодификације из 1864. године).

г) Поједине околности техничке природе могу такође играти одређену улогу и избору права за рецепцију. Покушај Сједињених Америчких Држава да рецепирају Француско право (до кога је дошло услед снажног Антиенглеског осећања, које је преовлађивало у САД после стварања државе), није успео између осталог и због тога што су постојале тешкоће око превоза. На другој страни, опште је познато да земље у развоју наилазе на бројне тешкоће када треба увести правила о стварним правима на непокретним стварима или брачно право из простог разлога што недостају адекватни јавни регистри или што влада неписменост.

3. Рецепција и прилагођавање. Очигледно је да рецепција ни изда лека не представља хомогену појаву, и отуда можемо говорити о бројним облицима рецепције међу којима помињемо особито ове: наметнута и вољна рецепција са низом суптилних прелазних облика; законодавна и судска (или научнопредложена), као и мешовита рецепција (ових двају облика); свесна и спонтана рецепција и међуоблици, итд.

Са становишта правног развоја, међутим, од битне је важности разликовати органску и неорганску рецепцију. Ова подела је повезана са осталима: неорганска рецепција не може никако бити спонтана, а ретко кад може да буде судска. За њено увођење потребан је законодавни акт. Органска рецепција је у највећем броју случајева вољна, неорганска у највећем броју случајева принудна, али то не мора бити. Белгијска рецепција Француског Грађанског законика је била принудна али ипак има обележја органске рецепције. Рецепција Грађанског законика чији је нацрт за Етиопију док је још била царевина, израдио професор Рене Давид, имала је вољни карактер али је ипак била неорганска.

Органска рецепција је рецепција која омогућава прилагођавање. Путем рецепције друштво одговара на захтеве који се постављају у промењеним околностима, и то или вољним путем или под принудом. У друштву се омогућава прилагођавање новим условима не тиме што би

се даље развијало сопствено право, него тиме што се инкорпорише страном праву. Реципирано право постаје сопствено право, мењајући оно које је дотле постојало и преображавајући се тако и само. Отуда, рецепција постиже прилагођавање права, прилагођавајући се и сама постојећим околностима. У томе су могућа два облика ове појаве. Први облик постоји када се прилагођавајућа рецепција укључује у један „оригиналан“ правни систем, који упркос рецепцији успева да сачува сопствена обележја. Најбољи примери за ово су стварање Немачког или Француског права чији је развој у знатној мери био потпомогнут утицајем Римског права, или рецепција међународног трговачког права у Мајтландово време. У другом случају, земља о којој је реч, задовољава своје сопствене захтеве за развојем путем рецепције (или наметања) и мада се овако увезено право и само мења у новој средини, оно ипак утискује своја обележја реципираном праву. Као пример за ово може се навести примена Француског Грађанског законика у Белгији. Разлика између наведена два начина је у ствари квантитативна, јер се не може говорити о рецепцији ако она не утиче на мање или веће промене у реципираном праву. Исто тако не постоји нека оштрија подела која би раздвајала појаву неизбежног прилагођавања реципираног права у земљи која такво право прима на једној страни и појаве модификација које имају такав домаћај да уствари означавају нову садржину оригиналног права државе примаоца на другој страни. Овакве модификације могу бити садржане у новим решењима и огледати се у појави изолованих случајева али могу бити карактеристичне и за цео систем. У овом потоњем случају органска рецепције се претвара у „оригиналан“ правни систем. То се може догодити под утицајем разних катализатора, као што је настанак новог друштвеног система (Француско или Немачко право) или као што је религија која настоји да обухвати све области живота (Исламско право).

Свакако, одговор на неорганску рецепцију може се састојати у против-прилагођавању од стране примаоца, чак и у случајевима када би овакав процес водио ка развијенијем друштвеном систему, (ако то представља „прилагођавање“ за онај друштвени слој у земљи примаоцу који је из политичких или економских разлога заинтересован за повећање снаге страних правила). Тада реципирано право представља страном тело у друштву и често изазива реакције које су сличне биолошким реакцијама у случајевима имунитета тако да на крају бива одбачено из друштва (као што је био случај са Грађанским закоником који је René David био написао за царску Етиопију). У неким другим случајевима домаћај реципираног права је ограничен на узак друштвени слој (колонијално право у ранијим афричким колонијама) или се оно и само претвара у арсенал, разливен изван сопствених корена, и почиње да служи потпуно другачијим циљевима него у земљама из којих је потекло (Латинска Америка). У овом потоњем случају, могло би се такође говорити о прилагођавању али у потпуно другачијем значењу, него када је реч о органској рецепцији. У случају органске рецепције реципирано право ступа на место страног права чија је способност прилагођавања исцрпена и уноси свежу крв у правни организам, док у случају неорганске рецепције долази до дегенерације реципираног права које се и само уклапа у услове стагнације.

4. Селективна рецепција. Како рецепција значи пресађивање једне врсте права на друго право, она представља и један вид законодавства који поседује одређена особена обележја. У овом случају, проблем прилагођавања остаје, и даље, што се иначе не јавља у ситуацији када је реч о мање или више оригиналној кодификацији.

Наиме, туђе, наметнуто право не може бити у свему усклађено са потребама друштва које га прихвата (или са владајућом класом у том друштву). Из тога разлога долази до тзв. селективности у рецепцији. Отуда, уместо да прихвати целину законодавац почиње да „одабира“ делове који му одговарају избацујући из рецепције све оно што, у ситуацији када би био у ситуацији да ствара „оригинално“ право, не би прихватио као правило, када је реч о примени права колонизатора у колонијама законодавац не уводи једно од основних начела у правима западних земаља, начело формалне једнакости у односима између колонизатора и становништва у колонијама). Овај поступак се остварује на два начина: на једној страни законодавац избацује поједина правила из реципираног права, (или их прихвата из одређене измене) или на другој страни дозвољава понашање које одступа од реципираног права или од појединих његових одредаба.

Овај други метод употребљавале су британске колонијалне власти, тако што су енглеско право уводиле у оној мери у којој је то било омогућено стањем у појединим колонијама, или уз одређене измене које су такође биле диктиране овим околностима. То је пружало могућност судијама и чиновницима да енглеско право примењују селективно, што је заједно са овлашћењем да се одступи од обичајног права, представљало основу за пуну аутократску владавину, и у знатној мери умањило заштиту коју је иначе пружало енглеско право. Селективност је била изражена на необичан начин у Индонезији у којој су се примењивали само они холандски закони које је увела приватна компанија.

5. Период после рецепције А. В. Schwarz упоређује рецепцију са пресађивањем дрвећа: ако не постоје повољни климатски и биолошки услови неминовно долази до атрофије. Професор Carbonnier сматра да се под утицајем рецепције садржина правних начела и институција увек преображава. Отуда се може рећи да рецепција производи три врсте последица: а) реципирано право пушта корене и земљи примаоцу (Француски Грађански закон у Белгији) б) реципирано право се преображава у новим околностима (Латинска Америка), и в) друштво одбацује реципирано право, исто се испољава као једна врста имунобиолошке реакције (царска Етиопија).

Разумљиво је да реципирано право одступа од права из којег је преузето (права-мајке), као што се то догађа и са једнообразним правом када ратификацијом буде претворено у национално право. После рецепције, реципирано право почиње да живи својим сопственим животом. Најважнији разлог је у томе што право није само штампана реч, него друштвени производ и фактор који остварује своје функције у друштву организованом као држава и то у мноштву особених узајамних дејстава. Оно се не може изоловати од бројних друштвено-економских

односа, од владајуће идеологије у земљи која прима страно право, као ни од осталих делова правног система. Рецепција се догађа у једном датом периоду и то је истовремено и период разилажења двају права: од тога тренутка измене у праву земље одакле је право примљено (право-мајке) не утиче на право земље у којој је рецепција извршена и обрнуто. Судска пракса у овим двома земљама не мора се неизбежно сусретати са истим проблемима, нити ће их неизоставно решавати на исти начин, јер сада већ свако од ових права остварује активну функцију прилагођавања у сопственој земљи. То је случај са познатом белгијском применом Француског Грађанског законика.

Процес одступања и стицања националног идентитета у овој области може бити дужи или краћи. Са чисто правног становишта, рецепција се може догодити тренутно, али може представљати и друштвени процес који се одвија упоредо са одступањем и друштвеним развојем. Да би реципирано право почело да важи у друштву у које је пресађено, потребно је једно одређено време и као што каже Карбоније, потребна је правна акултурација.

6. У току процеса може се догодити да реципирано право претрпи мање или веће измене, или чак да изгуби своје особености.

а) Врста рецепције зависи од правне области о којој је реч. У том погледу могли бисмо разликовати три групе: најпре у високоспецијализованим и техничким областима које имају велики међународни значај (на пример, правни промет, меница, чек) знатно је мања потреба да се реципирано право прилагођава праву одређене земље — прихватиоца и у овим областима се ретко дешавају случајеви „имунобиолошке реакције“, друго у областима „које се налазе у близини аутопута“, најчешће у области уговорног права, изгледа да рецепција успе су релативно добри, мада не треба да представља изненађење ако се појаве остаци старог права, и најзад у областима „које су удаљене од аутопута“ као што су на пример: породично право, наследно право, правни режим непокретних ствари итд. изгледа за неорганску рецепцију су неповољни и „имунобиолошке реакције“ се могу врло лако појавити.

б) Судбина реципираног права зависи такође од његове сопствене прилагодљивости, то јест, од тога у којој мери је право круто, и специфично, и колико је његов систем затворен. Ако је право гипко и прилагодљиво као што је случај са Common Law-ом или Швајцарским правом, оно ће се моћи много брже и лакше прилагођавати околностима у другој земљи, омогућаваће доцније измене и „одступања“. Рецепција оваквог права неће бити ни вештачка ни формална.

в) Судбина реципираног права зависи и од тога да ли је рецепција органска, као и од дубине и обухватности разлика које раздвајају друштвени, економски, културни и институционални развој земље „даваоца“ и земље која реципира страно право. Уколико су разлике веће, утолико је судбина реципираног права неизвеснија, над њим се надвија питање да ли ће право уопште бити прихваћено, да ли ће остати изоловано и да ли ће његове институције имати исту или другачију улогу од оне коју су имале у земљи даваоцу.

7. Одавде је само један корак до једне ородне појаве: миграције правних система. Konrad Zweigert ју је назвао „временски променљива релативност“. После Другог Светског рата јапанско право, које је до тада било инспирирано немачким правом, као и римско-холандско право које је важило у Шри Ланки и у Јужноафричкој Републици америка низовали су се и без отворене рецепције. Али то би већ могла бити тема за неко друго предавање.

(Превео са енглеског М. Орлић)

SUMMARY

On the Reception of Law

Reception in a general phenomenon of culture, a consequence of the intercourse between cultural spheres in peace and war. A given community borrows and then assimilates alien cultural patterns. Cultural patterns recognised as more developed are phenomena of the co-called *acculturation*. Law as a cultural phenomenon could be studied as a subject of reception, too. There are various reasons for it. The basic reason for reception may be the *exhaustion of the adaptational energies of the existing law*. This happens mostly in a period of an era-change when the law in force is no longer suited to live up to the new expectations. Another one is the political and economic conquest, an overt forcing of an alien law on another country or on a former colony. Reception might also be influenced by the jurists of the recipient country, and by their training methods, as well as by some technical factors (language, adequate registers etc.). Reception is by far not a homogeneous phenomenon, and we can consider many forms of reception among which: imposed and voluntary reception and subtle intermediate positions; legislative and judicial (science-promoted) reception, and the mixture of the two; conscious and spontaneous reception and their mixtures, and last not least organic and non organic one. Finally it should be said that reception may have three kinds of consequences: (a) the received law takes roots, (b) the received law gets transformed in the new environment, and (c) the received law is rejected by the society.

RESUMÉ

DE LA RECEPTION DU DROIT

La réception est un phénomène culturel de premier ordre. C'est une conséquence de l'interaction entre deux sphères culturelles aussi bien en temps paix qu'en temps de guerre. Une société emprunte et assimile ensuite les modèles culturels étrangers. Ainsi les modèles les plus raffinés deviennent le fait d'une acculturation (selon les dires de Carbonnier). Le droit en temps

que phénomène culturel peut être aussi l'objet de la réception. Il y a plusieurs raisons à cela. La raison fondamentale consiste dans le fait que l'énergie d'adaptation d'un système juridique est épuisée. C'est surtout vrai lorsque l'on passe d'une époque à une autre, lorsque le droit positif n'est plus en mesure de répondre aux nouvelles exigences. Une autre cause se retrouve dans la conquête politique ou économique d'un territoire étranger. La réception peut être l'ouvrage des juristes formés dans un système juridique étranger et ainsi de suite.

La réception ne se manifeste pas du tout d'une façon homogène et c'est pourquoi on pourrait en distinguer plusieurs espèces: réception imposée et volontaire, consciente ou spontanée, organique et non organique. Finalement, on peut dire qu'elle peut produire trois effets différents: a) le droit transplanté prend ses racines dans la société b) il se transforme dans le nouveau milieu et c) il est rejeté par la société.