

др Радмила Васић,
доцент Правног факултета у Београду

ИСТОРИЈСКА ШКОЛА ПРАВА

Идеја историзма у објашњењу друштва, државе и права освајала је духовни простор у различитим временским периодима, да би почетком XIX века, када се променио однос према схватању историје позитивног права, омогућила оснивање једне нове, историјске школе права. Настала је у Немачкој, у време после француске буржоаске револуције, када се поставило питање да ли и у Немачкој треба кодификовати правна правила. Као одговор на Тибоово залагање за кодификацију, појављује се Савињијева књига „Vom Beruf unser Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“, која је утицала готово пресудно на одлагање усвајања законика. Идеје и аргументација изнете у овом делу представљају окосницу историјске школе права. Народни дух (Volkgeist) као заједничко, опште уверење, рађа, одређује право народа као и његов језик. Право зачето у народном духу развија се споро и еволутивно и, намењајући духом „дату“ суштину, пролази кроз три стадијума у развоју: несвесно и неразвијено обичајно право, научно право и законодавство. Из оваквих претпоставки произашао је закључак да би кодификација немачког приватног права била узалудна јер се немачко право још налази у стадијуму обичаја. Ове идеје имале су одјека и с друге стране Роне, у франкофонским земљама, где су чиниле, бар за извесно време, значајну противтежу схватањима доминантне школе егзегезе.

Кључне речи: *Право. – Народни дух – Историјски развој.*

Идеја историзма у разумевању и објашњењу друштва, државе и права служила је, специфично интерпретирана, као основ значајним општефилозофским и филозофскоправним системима.

Када се почетком XIX века променио однос према схватању историје позитивног права, које је од мишљења, до тада владајућег, да се право мења вољом законодавчевом, еволуирало у схватање да промене позитивног права не зависе од људске воље, па ни воље законодавчеве, већ од „самониклог развојка“ – настала је једна нова, историјска школа права. Теорију историјске школе права, коју најзначајније представљају Савињи (Savigny), Хуго (Hugo) и Пухта (Puchta), битно обележавају три момента: супротстављеност идеји природног права, друштвено – историјске околности у којима је настала и практични правно – политички циљеви које је требало подржати и оправдати.

Настала је у Немачкој у време после француске буржоаске револуције, у критичном моменту историје немачких држава које тада још нису биле уједињене. Неким деловима Немачке Наполеон је наметнуо Code civil (Code Napoléon/1804) док је у другим деловима био мање или више добровољно прихваћен. После Наполеоновог пораза код Ватерлоа 1815. године појавиле су се тежње за задржавањем француског Грађанског законика, па је он и остао

на снази у неким деловима све до 1900. године, док је у другим деловима важио аустријски Грађански законик од 1811. године. Тако се у то време у овој земљи поставио проблем, с обзиром на то да је обичај још увек био основни извор права, да ли треба, следећи пример Француске, кодификовати правна правила, или их треба оставити да као обичајна пракса уређују друштвени и државни живот⁽¹⁾. У време тих расправа, као нов подухват, појављују се идеје професора Тибоа (Thibaut) који се залагао за припремање и усвајање јединственог грађанског зборника за целу Немачку⁽²⁾. Као одговор на овакав захтев и као инструмент борбе против „Тибоове филозофске школе”, појављује се Савињијева мала, али чувена књига „Vom Beruf unser Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft”⁽³⁾. Ова књига, есеј, која представља „прави манифест историјске школе” утицала је готово пресудно на одлагање усвајања законика у Немачкој.⁽⁴⁾ Идеје и аргументација изнете у овом делу представљају окосницу историјске школе права у целини.

Народни дух (Volksgeist), као заједничко, опште уверење, производи, рађа или одређује право народа као и његов језик. „Право средиште права је свест која је својствена народу... Право узима замах у исто време као и народ, заједно са њим се формира, и умире чим народ изгуби свој особени карактер”⁽⁵⁾. Још у најранијим временима право задобија карактер посебан за тај народ који као такав траје кроз историју. У том давном добу све друштвене творевине као што су закони, обичаји, навике, језик, оно што чини „политичко устројство једног народа”, неодвојиво су повезане и уједињене свешћу о унутрашњем нужном пореклу, изражавајући тим јединством посебне способности и склоности народа⁽⁶⁾. Најзначајнији чинилац друштвених процеса је језик који припаднике народа повезује у заједницу, па се, по аналогiji са језиком, формира и схватање о пореклу и развоју права⁽⁷⁾.

(1) Савињи је замерао творцима Code civil — а апстрактност, непотпуност, рационалност, захваљујући којима је француско право одбачено од својих корена: обичаја и *ratio scripta*, одн. римског права и „затворено у закон (J. Poumarède, *Défense et illustration de la coutume au temps de l'Exégèse — Les débuts de l'école française du droit historique*, La coutume et la loi — Etudes d'un conflit, Lyon, 1985, стр. 95). Оваква оцена је неправедна имајући у виду став твораца Законика и прве генерације коментатора. Према речима Порталиса (Portalis), једног од чланова „славне четворке”, током израде Законика водило се рачуна да се направи „споразум између писаног права и обичаја кад год је то било могуће” и да се саобразе један другом „без кидања јединства система и без узнемиравања јавног мњења” (*ibid.*, стр. 95, 96). Ауторитет обичаја који нису нашли место у Законнику одржава се њиховом подобношћу за тумачење законских одредби и попуњавање правних празнина. „Ако нам недостаје закон, треба консултовати обичаје”, каже Порталис (G. Teboul, *La coutume, source formelle de droit en droit administratif*, „Droits”, 1985(6)/3, стр. 105). Увиђајући да је био преоштар, у другом издању своје књиге Савињи је исправио првобитан суд.

(2) Упореди: E. W. Patterson, *Jurisprudence — Men and Ideas of the Law*, New York, 1953, стр. 410; M. Réglade, *La coutume en droit public interne*, Bordeaux, 1919, стр. 9; L. Ferry, *op. cit.* стр. 85.

(3) Ова књига, која је на себи имала печат „огорчене франкофобије” карактеристичне за то време, преведена је 1831. год. на енглески језик као *Of the Vocation of our Age for Legislation and Jurisprudence* (E. W. Patterson, *op. cit.* стр. 410).

(4) L. Ferry, *Droit, coutume et histoire, Remarques sur Hegel et Savigny*, La coutume et la loi — Etudes d'un conflit, Lyon, 1986, стр. 85. Законик је усвојен 1896. год., а ступио је на снагу 1900. године.

(5) *Vom Beruf...*, стр. 15. Наведено код: L. Ferry, *op. cit.*, стр. 87.

(6) E. W. Patterson, *op. cit.*, стр. 411.

(7) Упореди: *ibid.*, стр. 16.

Језик и право су тако везани за природу народа да помоћу њих „народи само постају индивидуе”⁽⁸⁾.

Народни дух је темељ свег каснијег националног правног развитка. Народни дух се исказује кроз разне симболичне поступке и чинове којима се правни односи свечано обављају и објављују. У раним правима сусрећу се различити церемонијали код различитих народа, с тим што њихово порекло није ни случајно, ни произвољно.

Свестан немогућности да народном духу припише својство искључивог ствараоца сложених система права у савременој цивилизацији, Савињи је допунио, а Пухта продубио схватање о праву као народном духу тврђом да су правници било које професије – научници, професори, судије, од момента када постану специјалисти, стручњаци, представници заједничког духа и да су, према томе, „опуномоћени” да даље настављају развијање права у његовом језичком погледу⁽⁹⁾. „Право се формира кроз језик, узима научну оријентацију и, иако је некада живело у свести целог народа, данас пада на свест правника који представљају народ у тој функцији”⁽¹⁰⁾. Зато правници морају представљати народ, „схваћен у романтичном смислу живе свеукупности, а не заменити место са њим”⁽¹¹⁾. Право тако стиче двоструку егзистенцију: као збирни, скупни, нагомилани живот заједнице и као јасна, издвојена област правничког знања.

Право зачето у народном духу развија се споро и еволутивно, не мењајући духом „дату” суштину и пролази кроз три стадијума у развоју: несвесно и неразвијено обичајно право, научно право и законодавство⁽¹²⁾. У раним фазама народног развитка право је израз заједничког уверења о правима. У другом стадијуму, када стручњаци преузимају технички развој права, поставља се као нужан захтев за очување унутрашњом нужношћу насталих карактеристика првобитних закона. У противном, народ ће изгубити своја посебна својства, што са становишта ове школе значи одумрети. И следећи стадијум развоја права почива на истом принципу: слободна воља законодавца не може учинити створено право истинским, па зато законодавство може бити само средство разјашњавања и објављивања већ постојећих правила⁽¹³⁾.

Задатак правне науке, посебно правне историје, је да успостави и не занемари везу између изворног, па тако и најбољег дела духовног живота народа и његовог садашњег стања.

Из оваквих претпоставки произишао је закључак да би кодификација немачког приватног права у том тренутку била „узалудна, јалова или неразвијена” јер се немачко право још налази у стадијуму обичаја⁽¹⁴⁾. Кодификација је бескорисна све док народна свест у том смислу не покаже „одређену и препоручљиву склоност”⁽¹⁵⁾. Преурањена кодификација чини од правног регулусања „политички” производ⁽¹⁶⁾. Техничка претпоставка за стварање

(8) *Vom Beruf...*, стр. 8. Наведено код: L. Fetу, *op. cit.* стр. 87.

(9) Види: E. W. Patterson, *op. cit.*, стр. 411, 412; И. Крбек, *Управно право*, књ. I, Загреб, 1929, стр. 126, 127.

(10) *Vom Beruf...*, стр. 12. Наведено код: L. Fetу, *op. cit.*, стр. 88.

(11) L. Fetу, *op. cit.* стр. 88; У истом смислу: Ђ. Тасић, *Обичајно право*, Правни зборник, 1933/4, стр. 151.

(12) Упореди: Р. Лукић, *Увод у право*, Београд, 1975, стр. 95, 96.

(13) Упореди: E. W. Patterson, *op. cit.*, стр. 16.

(14) *Ibid.*, стр. 412; У истом смислу: Р. Лукић, *Увод...*, стр. 96.

(15) E. W. Patterson, *op. cit.*, стр. 412.

(16) *Ibid.*

кодекса јесте велика професионална способност, таленат неговог састављача, јер се једино таквим знањем може постићи да кодекс буде онакав какав треба да буде – разумљив и без празнина. Таквих техничко – оперативних талената у Немачкој тога доба није било⁽¹⁷⁾.

Кодекси XVIII века су за своју исходнишну тачку имали претпоставку да се здравим разумом може створити непротивречан, потпун систем закона који би успешно важио за све људе, без обзира на простор и време. Насупрот томе, Савињијева теорија народног духа по својим елементарним поставкама готово је праволинијски супротстављена универзалном природном праву које је исто за све народе. У разрачунавању са природним правом, „које се због немачког контекста расправе идентификује са рационалним”, Савињи замења природноправној традицији ненаучну визију историје која у догађајима види „илустрацију вечитих филозофских поставки”⁽¹⁸⁾. Насупрот јединству историјске школе права, коју обележава доминација историје, природноправно учење представља јединство само као супротност овој школи, и зато, у „недостатку других епитета”, уместо најразличитијих облика у којима се појављује и термина којима се обележава, треба усвојити назив неисторијска школа права⁽¹⁹⁾.

Као и за Хегела и за Савињија је закон номос, производ историје, форма права, погодан само да олакша поступак примене и да забележи постојеће обичајно право⁽²⁰⁾. Закони су понекад потребни из „техничких” или „политичких” разлога, али једина законодавна активност којој Савињи признаје легитимност је она која „долази у помоћ обичају, која одбацује оно што је сумњиво и неодређено и фаворизује дотеривање правног права, права воље народа...”⁽²¹⁾. Свако право се „рађа на начин који се у обичном, свакодневном језику назива, мало неадекватно, обичајно право. То значи да је најпре укључено веровањима и понашањем народа, а затим правном науком, дакле у сваком случају унутрашњом снагом која тихо делује, а не самовласном вољом неког законодавца”⁽²²⁾. То значи исто тако да не само закон, него и обичај као фактичко вршење, представља само облик у којем се право манифестује.

Оснивач школе, Хуго, своје учење означава као „филозофију позитивног права”⁽²³⁾. Оно се својеврсним критичким тоном супротстављало сазнавању права а priori и апстрактно – спекулативним закључивањем. Темељне истине права нису урођене, разуму дате, опште и нужне, већ су временом и местом одређене, дакле историјски и просторно различите, па се зато могу једино искуствено проучавати и а постериори сазнавати⁽²⁴⁾. Право, према његовом мишљењу, свакако није уговорног порекла. Оно настаје и мења се у зависности од „спољашњих” услова историје сваког народа⁽²⁵⁾. При том се развој права одвија углавном и пре свега помоћу обичаја, а не законодавства

(17) Види: *ibid.*

(18) L. Ferry, *op. cit.*, стр. 86.

(19) *Ibid.*

(20) Упреди: *ibid.*, стр. 83.

(21) *Vom Beruf...*, стр. 17. Наведено код: L. Ferry, *op. cit.*, стр. 88.

(22) *Ibid.*, стр. 14. Наведено код: L. Ferry, *op. cit.*, стр. 87, 88.

(23) Упореди: Љ. Тадић, *Филозофија права*, Загреб, 1983, стр. 208. Настављајући се на Лајбницево (Leibniz) схватање задатака историје права, Хугоово теоријско правно обраћање историји означава се као издвојено и претходно у односу на историјску школу, а не као њен саставни део (упореди: Ф. Тарановски, *Енциклопедија права*, Београд, 1923, стр. 298).

(24) Упореди: Љ. Тадић, *op. cit.*, стр. 208.

(25) Ф. Тарановски, *op. cit.*, стр. 298.

па је, према томе, обичај, а не закон, најважнији и највреднији облик живота права.

Пухта, Савињијев следбеник, унео је много више мистицизма у учење историјске школе права⁽²⁶⁾. Право за њега представља било који облик заједничког, општег убеђења људи који припадају одређеној (правно) конституисаној заједници⁽²⁷⁾. Прихватајући основни захтев за историјско изучавање права, он из немачке филозофске традиције преузима и даље развија поставку о природи ствари као „мисаоном облику бар у приватном праву“⁽²⁸⁾. Овакво опредељење у окриљу историјске школе права не изненађује ако се зна да се проблематизовањем и садржинским одређењем појма природе ствари омогућава основана критика схватања да је норма искључиво производ воље законодавчеве, да је закон најважнији извор права и да је правна наука догматска, а не емпиријска; речју, омогућава се научно ваљана борба против правног формализма и волунтаризма.

Идеје ове школе, према којима сазнавање прошлости представља оруђе разумевања садашњости и будућности, настале под непосредним утицајем Шелингове (Schelling) позитивне филозофије, наишле су на одобравање различитих друштвених група, слојева и професија. Професори су били задовољни што им је отворена могућност да развијају право као правну ученост и што ће судије усвајати њихова стручно – научна достигнућа. Судије су биле благонаклоне јер нису биле у обавези да механички примењују законе, већ су дискреционим одлучивањем остваривале право у основи одређено научним изворима. Супротстављањем „слепог бесу за напретком“, односно политичком или реформистичком законодавству, ова теорија је задовољавала потребе и интересе властодржаца⁽²⁹⁾. Демократски оријентисане струје имале су у овој теорији потврду да право „долази“ од народа, а не од владара⁽³⁰⁾.

Идеје историјске школе права имале су присталице и с друге стране Роне, у франкофонским земљама. Иако је правна наука била углавном надахнута идејама рационализма и природног права, још у току израде Законика и у време прве генерације коментатора испољено је разумевање за обичај, његову помоћну улогу извора права уз закон који тумачи или допуњује, омогућено разумним ставом да закон није извор целокупног права. „Период сто цветова“ трајао је кратко, до појаве егзегетичке школе која је неговала култ закона, идеју да је право законска творевина⁽³¹⁾. Неприкосновена владавина ове школе попушта у време Рестаурације и Јулске монархије, када у новој духовној клими романтизма отпочиње деловање и развија се француска историјска школа⁽³²⁾.

Један од њених најзначајнијих представника, Климра (Klimrath), негујући у основи идеју, у Монтескјеовом (Montesquieu) смислу, о релативности права које је производ „задатака и друштвене неопходности“, обазрив је према Савињијевој „доктрини Volksgeist – а, односно органском карактеру

(26) Упореди: E. W. Patterson, *op. cit.*, стр. 411.

(27) Види: П. дел Ђудиче, *Енциклопедија права*, Београд, 1901, стр. 17.

(28) Ј. Тадић, *op. cit.*, стр. 200.

(29) Види: E. W. Patterson, *op. cit.*, стр. 413.

(30) Упореди: *ibid.*, стр. 414.

(31) Види: J. Poumarède, *op. cit.*, стр. 96, 97.

(32) За расцветавње идеја историјске школе и оживљавање проучавања обичајног права заслужни су нарочито стручни часописи, најпре „Themis“, а затим „Revue de législation et de jurisprudence“. Њихови сарадници чинили су „прво језгро француске школе историје права“ (*ibid.*, стр. 99)

генезе права” условљене заједничком свешћу народа, за разлику од Лабулеја (Laboulaye) који је показао више привржености теорији народног права⁽³³⁾. Проучавајући право као друштвено – историјски производ, Климра у обичају види активан извор права. Иако се настанком државе јавна власт писано право и закон „комплетирају” и „сужавају опсег” обичаја, он задржава своју виталну снагу, неисцрпну способност да допуњује закон⁽³⁴⁾. Обичај може и укинути закон, штавише, он је „прави извор закона”⁽³⁵⁾. Интересовање за обичајно право не значи „посвећивање прошлости, већ и садашњости, јер обичај није само мртав део старог права, већ још увек жив део у садашњем праву”⁽³⁶⁾. Али за разлику од Пухте и Савињија, Климра не креће у рат против Наполеоновог законика, већ напротив, показујући велику храброст у односу на школу егзегезе, оцењује га „као прост историјски документ, а не као узвишени закон”⁽³⁷⁾.

Повратак историји у Франуској није имао исте учинке као у Немачкој зато што, је обраћање историјском методу било у функцији критике идеја доминантне школе тумачења. Због својих склоности представници историјске школе у Франуској остаће „посвећени јеретици”, признати у званичним научним институцијама, али који својим идејама нису успели да продру у „свето место правника” – на Париски правни факултет⁽³⁸⁾. За утеху и за разлику од Савињија, нису били изложени ни нападу хегеловаца ни Марксовом (Магх) сарказму.

О „теорији народног духа” може се без сумње закључити да је била прилагођена потребама простора и времена у којима је настала⁽³⁹⁾. Све друго, о недостацима и позитивним учинцима, наука је већ одавно рекла. Истицање захтева за историјским истраживањима права, показивање процеса успостављања и мењања права, добро су дошли у теоријску правну науку као противтежа статичкој теорији природног права, с једне стране, а истицање разлике између права и закона као противтежа државном позитивизму и догматизму⁽⁴⁰⁾. Ако се Савињијева теза о историчности схвати на прави начин, без предрасуда, не као величање прошлости пре свега, обнављање превaziђене традиције, романтично фаворизовање првобитних правних институција, спречавање промена у праву и томе сл, уочиће се његово одбијање асимилације правних наука од стране историје, у вези с чим се одређује да задатак историчара права није да сачува традицију по сваку цену, већ да одреди и изложи оно што је у њој „поредак живота”⁽⁴¹⁾. Добро у правној материји није све историјско, већ само оно што је у историји живо. Тако живот, више него историја постаје критеријум за праведно и неправедно. Схватајући право на овај начин, Савињи заправо превладава противречје између природног права и историје јер је „историјско право” у исто време и природно јер одговара норми народа који историјски постоји и позитивно, јер је конкретно у при-

(33) *Ibid.*, стр. 101, 102.

(34) *Ibid.*, стр. 103.

(35) *Ibid.*

(36) *Ibid.*, стр. 106.

(37) *Ibid.*, стр. 104.

(38) *Ibid.*, стр. 100.

(39) У том смислу добро је послужила као теоријско оправдање обимним студијама правне историје које су настале у XIX веку.

(40) У том смислу: J. Poumarède, *op. cit.*, стр. 100, 101.

(41) L. Ferry, *op. cit.*, стр. 89.

мени у датом историјском моменту и свешћу народа изражено као ваљано⁽⁴²⁾.

(Примљено 27. 11. 1990)

Dr Radmila Vasić,
Assistant Professor of the Faculty of Law in Belgrade

HISTORICAL SCHOOL OF LAW

Summary

The idea of historicism in explaining society, state and law was dominant in spiritual activities in many periods. After, at the beginning of XIX century, the attitude was changed toward the conception of the history of positive law, it was possible to establish a new - historical school of law. It originated in Germany after the French bourgeois revolution when the issue arose as to whether it was necessary to codify legal rules in that country. As an answer to Tibault's support for codification, Savigny has published his *Vom Berufunser Zeit Für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* - a book which had a decisive influence in postponing the adoption of the Code. The ideas and arguments in this book are the mainstream of the historical school of law. The spirit of people (*Volksgeist*) as a common and general conviction gives rise to and determines the law of the people, just as its language.

The law which originates in the spirit of people is developing rather slowly and in an evolutionary way and, while not changing the substance given by that spirit, undergoes through three stages of its development, namely: unconscious and undeveloped customary law, scientific law, and legislation. On the ground of such premises, one may conclude that the codification of German private law would be in vain, since German law of the period was still in the stage of customs. These ideas were accepted also on the other side of the river Rhone, namely in the francophone countries, where they become, at least for some time, a significant counterweight to the conceptions of the dominant exegetic school.

Key words: Law. - Spirit of people. - Historical development.

Radmila Vasić
Chargé de cours à la Faculté de droit de Belgrade

L'ECOLE HISTORIQUE DU DROIT

Résumé

L'idée de l'historicisme dans l'explication de la société, de l'Etat et du droit se propageait dans les espaces spirituels dans diverses périodes pour permettre au début du XIX siècle, lors du changement du rapport envers le concept de l'histoire du droit positif, la création d'une nouvelle école de droit, l'école historique. Elle a été créée en Allemagne après la Revolution bourgeoise française, au moment où la question s'est posée de savoir si les règles juridiques en Allemagne devaient être codifiées. En guise de réponse à l'engage-

(42) *Ibid.*

ment de Thibaudeau en faveur de la condification, apparaît l'oeuvre de Savigny, „*Vom Beruf unser Zeit Fur Gesetzgebung und Richtswissenschaft*” qui a eu une influence presque décisive sur l'ajournement pour plus tard de l'adoption du code. Les idées et les argumentations contenues dans cette oeuvre représentent la base de l'école historique du droit. L'esprit du peuple (*Volksgeist*) en tant que conviction commune, générale, donne naissance au droit du peuple et à sa langue et les définit. Le droit conçu dans l'esprit populaire se développe lentement et de manière évolutive et, sans changer l'essence „imprimée” par l'esprit, il traverse trois stades dans l'évolution: le droit de coutume inconscient et peu développé, le droit scientifique et la législation. Ces suppositions ont donné lieu à la conclusion que la codification du droit privé serait vaine, car le droit allemand se trouve toujours au stade de coutume. Ces idées ont trouvé leur écho de l'autre rive du Rhône, aussi, dans les pays francophones, dans lesquels elles ont constitué, pendant un certain temps au moins, un contrepoids au concept de l'école dominante d'exégèse.

Mots clés: *Droit. - Esprit du peuple. - Développement historique.*