

Alan Watson:

Legal Transplants. An Approach to Comparative Law
(The University of Georgia Press, Athens and London, 1993)

Др Алан Вотсон, познати професор права из САД (предавао на правним факултетима универзитета у Вирџинији, Луизијани, Калифорнији и на Универзитету у Единбургу, а сада је професор Универзитета у Џорџији – Ернест П. Роџерс), припремајући се за предавања, у зимском семестру 1970. године, на Правном факултету Универзитета у Вирџинији, дошао је до закључка, да до тада владајућа еволуционистичка теорија нема тако чврсте основе како се то најчешће узимало. Прво издање књиге о том проблему, објављено 1974, изазвало је све осим равнодушности – како бујицу покуда, тако и похвала!

Последњих деценија, под утицајем наглог развоја социологије права, као и резултата рада историјскоправне школе и великих ауторитета у правној науци, који су били носиоци ових схватања, изгледало је да непосредна корелација увек постоји: да развој друштва води еволутивном развоју права, односно да разлог постојања позитивног права представља народ, тако да позитивно право живи у заједничкој свести једног народа – ergo, да дух народа ствара позитивно право (како је то поставио још Савињи), и да теза о корелацији развоја друштва и права не може бити доведена у питање.

Професор Вотсон је, међутим, дошао на идеју да је однос права и друштва у коме се једно позитивно право примењује, далеко сложенији и да је један од изузетно значајних и веома честих чинилаца у том односу *позајмљивања*, *транслација* правних установа, решења, па и система. Пошто је разматрао различите системе током дужег временског периода, приметио је константу широког позајмљивања, као и дуговечност тако позитивних правила и институција. Распрострањеност позајмљивања је наговестила, како сам аутор каже, кључни начин помоћу кога би модели и промена права могли да се разумеју, односно: ти системи, међусобно везани низом позајмица, могли би да у својим сличностима и разликама укажу на покретачку силу која је довела до њиховог развоја. Јер, ако је једна правна установа широко позајмљивана са једног сасвим другог места и из сасвим другог времена, дакле, опстала је у својој примени у сасвим другачијим економским, социјалним и политичким условима, тада су веома спорне и теорије које су се заснивале на идеји тесне везе друштва и права.

Аутор, у крајњој линији, указује и инсистира на томе да право, у реалном правном животу, ужива већу аутономију но што се то у упоредноправној теорији узима. За настанак правног пра-

вила или институције, за њихово позајмљивање или промену, неопходна је интервенција званичног акта. Такав акт, пак, доноси суверен или законодавно тело, али иза тога увек стоји за власт прихватљива делатност субординираних стваралаца права, као што су судије, научници и други правници, тако да на одређени приступ праву, увек и свуда, утиче специфична правничка култура таквих субординираних стваралаца права. Део те културе чини и упоредноправна опција, одн. конкретан избор система који је подобан за позајмљивање. Управо се та специфична култура најчешће не узима у обзир, а она је неопходан састојак једначине од које се мора поћи при теоријском разматрању права и друштва у коме се дато право примењује.

Књига *Правни ѿрансиланѿи (Присѿуѿи уѿоредном ѿраву)* обухвата седамнаест поглавља на сто двадесет једној страни, а почиње кратким предговором и завршава се дужим поговором.

Прва глава носи наслов „Упоредно право као академска дисциплина“. У овом делу аутор наводи да упоредно право није само један од метода изучавања права већ и независна академска дисциплина која се бави изучавањем веза између система. Проф. Вотсон стоји на становишту да су у прошлости границе упоредног права биле сувише широко постављене и да би их требало свести на такву област каква је нпр. упоредна лингвистика. Другим речима, те границе би ваљало поставити тако да се наука упоредног права бави сличностима и разликама у контексту њихове историјске повезаности.

У другој глави, „Опасности упоредног права“, аутор налази да је упоредно право ипак дало мали допринос схватању или развоју права. Разлоге за то проф. Вотсон налази у неколико елемената. Упоредно право је, по његовом мишљењу, пре свега, плитко, јер познавање макар и једне гране одређеног правног система, само по себи, довољно је тешко, а познавање историје те гране и њене везе са одговарајућом граном другог правног система готово да је сасвим немогуће. С друге стране, страном право се може погрешно схватити и зато аутор истиче да је правна заблуда вероватно најчешћа управо у упоредном праву. У упоредном праву чак и хомоними представљају замке, јер немају исто значење (нпр. уговор, пребивалиште, јавни бележник, мировни судија као потпуно исте речи у француском и енглеском праву). Упоредно право, даље, тешко може бити систематично. Напротив, оно најчешће носи печат субјективног схватања сваког појединог аутора. То даље значи да системи одабрани за изучавање можда и немају никакву стварну везу. Отуда и једна од највећих опасности упоредног права – жеља да се одређени правни модел, бар у најопштијим цртама, види као заједнички за све или многе различите системе. Коначна

опасност упоредног права састоји се у томе што и у случају када су правне чињенице доказане за један систем, на основу њих се може, можда и сувише лако, доказивати ситуација у другом систему, тако да резултати добијени тим методом не могу бити сасвим поуздани.

„Вредности упоредног права“ назив је треће главе књиге. Аутор налази да је највећа теоријска вредност упоредног права та што оно пружа могућност да се допре до природе самог права и посебно до суштине развоја права. Са практичног становишта, упоредно право је од великог значаја, јер онима који се баве реформом одређеног правног система или неке правне установе омогућава њихово боље разумевање, као и спознају да ли је и у којој мери оправдано позајмљивање, одн. пресађивање решења из других система. Другим речима, правник чији рад има наднационални карактер и који ради на реформи сопственог права, може лакше наћи основ за побољшање решења у домаћем праву. Аутор нарочито инсистира да упоредно право није само изучавање иностраног права. Напротив, упоредно право се мора бавити проучавањем веза између различитих правних система и правних правила која важе у њима. При томе, мора се приметити да онај који користи упоредно право доноси одлуку које ће системе и које правне институције упоређивати, при чему саму одлуку условљавају чиниоци који у први план постављају историјску везу.

Четврта глава је „Увод у правне транспланте“. У овом делу књиге аутор поставља суштину своје тезе. Насупрот схватањима, пре свега немачких ауторитета, о праву које живи у заједничкој свести једног народа и зато представља народно право (*Volksrecht*), тј. право које се ствара у духу једног народа (*Volksgeist*), проф. Вотсон указује да су преношење и пресађивање правила или система из једне у другу земљу или из једног народа у други уобичајени још из времена најраније писане историје. На тај начин аутор, слично истраживачима антрополозима који су дошли до закључка да се и културе највећим делом развијају кроз позајмљивања услед случајног додира, поставља своју главну тезу да су правни транспланте веома значајни у настанку и развоју права, као и да не представљају изузетак, већ правило и то током целе правне историје. Доказујући своју основну тезу, аутор нуди велики број примера (којима иначе обилује књига), од Месопотамије, преко Хамурабија и Мојсија, грчког и римског права, до холандских и шпанских правника. Овај део завршава се закључком да се правни транспланте (дакле, преношење правних система или његових делова у ново окружење) могу сврстати у три основне категорије. Прва је случај када један народ пресељењем на нову територију, на којој нема цивилизације сличне његовој, донесе и своје право. Друга се односи на ситуацију када народ пресељењем на нову територију, на којој постоји цивилизација сродна његовој, унесе и

своје право. Коначно, трећа се тиче случаја када народ прихвати велики део система другог народа или више других народа.

Пета глава – „Римљани и римско право у римском Египту“. После римског освајања Египта, 30. године пре н. е., уведена је и примена римског права и то кроз царске конституције, преторске едикте, *Senatus consulta* и прецедентно право. Ипак, одступања од римског права у Египту била су значајна. Противно римском праву по коме је склапање брака било забрањено сродницима до четвртог степена сродства, у Египту се још готово двеста педесет година примењивало правило да се могу венчавати и рођена браћа и сестре. Римљани у Египту, супротно римском праву у Италији, имали су право да продају своју децу; син је (поред живог патер фамилијаса) имао правну способност; жена је могла бити постављена за старатеља; робови су могли поседовати имовину, итд. У уговорном праву, у римском Египту, грчка форма и терминологија постају уобичајене, а јављају се битне разлике у односу на изворно римско право у области заступништва, форме купопродаје и др.

У шестој глави, „Римска систематика у Шкотској“, на самом почетку аутор констатује да је усвајање римског права у Шкотској био веома спор процес, који чак ни до данас није сасвим окончан. Тај утицај римског права на шкотско право јавља се како у односу на позитивно право тако и у погледу саме правне систематике, којој аутор посвећује посебну пажњу. Нарочито разматра утицај Јустинијанових *Институција*, чију систематику прихватају велики правни ауторитети Шкотске, што се огледа и на плану организовања универзитетске наставе (распоред предмета и садржина уџбеника имају систематику по узору на *Институције*). Систематика *Институција* присутна је и у одређеном броју европских грађанских законика. Разуме се да прихватање одговарајуће систематике има одређене последице и на плану саме садржине правних институција.

Седма глава је логички наставак претходне и гласи: „Усвајање римског права у Шкотској“. У овом делу аутор анализира римски утицај на садржину шкотског права, од извора који датирају са самог почетка XII века, а затим посебну пажњу посвећује најзначајнијој књизи средњовековног шкотског права *Regiam Majestatem*. Ту аутор указује на утицај римског и канонског права, нарочито када је реч о консенсуалним уговорима разних врста, њиховој пуноважности или ништавости и једностраним обећањима, затим о арбитрама и арбитражи, о ослобађању сељака робова, о поклонима између супружника и др., и закључује да је римско право, у тој материји, у Шкотску стигло посредним путем, преко канонског права. У материји парничног поступка такође се налазе трагови утицаја римског права. Знатан део расправе који се односио на тзв. „велику ствар Шкотске“, заправо онај део о праву

наслеђивања престола (крајем XIII века), био је везан управо за римско право. Утицај римског права био је појачан и чињеницом да је велики број шкотских студената одлазио у значајне европске универзитетске центре, где се неговало изучавање римског права. Утицајни шкотски аутор Томас Крејг (крај XVI и почетак XVII века), у свом делу *Jus Feudale*, пише да су сви у Шкотском краљевству обвезани законима Римљана, уколико су ови били у складу са природним законима и здравим разумом. Проф. Вотсон наводи и читава низ примера из којих јасно произлази да се римско право у Шкотској примењивало као опште право. Објављивањем Стаировог дела *Институције права Шкотске* (1681), које се сматра најзначајнијим догађајем у развоју шкотског права, утицај римског права на шкотско право постао је још очигледнији и аутор на једном месту каже да макар било и непризнато као право које обавезује ауторитетом власти, римско право је поштовано због своје правичности. На основу тог опширног излагања, поткрепљеног бројним примерима, проф. Вотсон је извео неколико закључака. Прво, да правни транспланти могу да дугују захвалност и неправним историјско-политичким чиниоцима. Друго, да национализам може да игра значајну улогу када се одлучује о избору система који ће бити извор пресађивања (тако је Шкотска, због своје озлојеђености према Енглеској, прихватила римско право). Треће: пресађивање права показује уједно недостатак снажног домаћег права, као и непостојање система у домаћем праву. Четврто: чак и потпуно погрешно схватање значења пресађеног правила не мора бити кочница за стварање нове доктрине, која, напротив, у домаћем праву може постати ауторитативна и значајна. Пето: изузетно дуг период у којем је римско право вршило утицај на Шкотску, показује да нека земља на другачијем степену развоја може из високо развијеног система права успешно да позајми и прилагоди одговарајуће институте, па чак и значајне делове система права. Шесто: инострано правило може успешно да се интегрише у сасвим другачији систем, па и у грану права изграђену на начелима која су потпуно другачија од домаћих начела.

Наслов осме главе је „Значење и ауторитет“. На самом почетку ове главе аутор подсећа на раније изнет став да је ауторитет система даваоца играо значајну улогу у позајмљивању права. Међутим, такав ауторитет може понекад да доведе до необичних последица. Прихватање римског права у Холандији је, констатује аутор, било далеко потпуније него што је то био случај у Шкотској. У Холандији се, наиме, римско право примењивало увек као опште право, осим када неким посебним прописом (статутом) није било укинута или изашло из употребе. У ствари, до XVII века право у Холандији је било тзв. учено право, јер су највећи ауторитет у праву имали они научници који су боље разумевали римско право.

Холандски правник из XVII века Воут сматрао је да пијанство искључује пуноважност купопродајног уговора, осим ако је намера и даље постојана. Римски извори су у тој материји изузетно скромни, а оних који би се бавили питањем правног дејства закључења уговора под дејством алкохола уопште нема. Да би дао одговарајућу тежину свом ставу, Воут цитира, као ауторитет, три римска извора. Међутим, ни један од ових текстова не говори о било ком уговору који је закључен у стању пијанства. Ту се, дакле, ради о позивању на ауторитет римског права, иако римски текстови о томе не говоре ништа, а само правило да пијанство води ништавости купопродаје није било никаква новина у Холандији тога доба (о томе је писао и Гроцијус). Постоје, с друге стране, и случајеви када се користи ауторитет римског права и то у заблуди. Управо такав случај се односи на део римског закона *Lex Aquilia*. Друга глава овог закона одобравала је да *stipulator* поднесе тужбу против *adstipulator*-а који је ослободио дужника али *stipulator*-у није предао обећано, при чему је та глава била застарела и у римском праву, те је била ван употребе. Око тог текста биле су многобројне спекулације. Утицајни Воут полази од претпоставке да се та глава вероватно односила на моралну корумпираност робова и доказује да она није никада укинута, већ је једноставно изашла из употребе када је уведено боље правно средство: *actio servi corrupti*. На крају закључује да би, чак и у времену у коме он живи, одредбе другог поглавља *Lex Aquilia* могле да се примењују ако би се аналогичном прошириле на корупцију моралних начела синова, монаха, вазала и сл.

Један од најчуднијих случајева који се одиграо у вези са правним трансплантима потиче из VIII века и односи се на *Lex Romana Raetica Curiensis*, намењен римском народу из источне Швајцарске, коришћен и у Тиролу, као и у северној Италији. У ствари, тај *Lex* и није државни пропис. Њега је сачинило приватно лице, и то у циљу објашњења старих римских закона који су се примењивали и у његово време. У књизи 1.4. *Lex*-а изложена су правила познатог римског закона о цитирању из 426. године. Поред погрешно наведених имена римских ауторитета, наведено је да у парничном поступку свака страна мора да обезбеди *присјалице*, и да спор добија она око које се сакупи више *добрих људи*. У науци је, међутим, утврђено да тај текст никако не одговара изворнику и да је то у ствари примитивна немачка форма одбране части заклетвом сведока, која је ту убачена како би јој се ауторитетом римског права ојачала позиција.

Девета глава – *Lo Codi*. После открића Јустинијановог *Corpus iuris civilis*-а, многи коментари су објављени као предавања. Током средњег века објављене су многе збирке глоса (*Summae*...). Једна од најзначајнијих збирки те врсте је *Lo Codi*, написана вероватно 1149.

године у Прованси, у Арлу. Преведена је на неколико језика и извршила значајан утицај на средњовековно право, а посебно на *Livre des Assises des Bourgeois*. Из овога аутор извлачи два закључка. Прво, правна правила из тако значајног дела какав је Јустинијанов *Кодекс*, могу да се прошире преко неког посредног извора који је мање сложен и који више одговара савременим потребама. Друго, пошто *Lo Codi* није био званични акт, изгледа да сам извор трансплантата није у другим срединама имао обавезујућу снагу. Завршавајући ову главу, аутор пореди утицај *Диџестѿа* и *Кодекса* и закључује: пошто многа поколења користе обиман и сложен зборник као што је *Corpus iuris civilis*, свако доба може бити привучено нечим другим, дакле усредсређено на оно што му се чини за њега значајно. Отуда, неки важан извор из кога се врши трансплантација не треба сматрати монолитним.

У десетој глави, „Рано право колоније у Масачусетском заливу“, аутор се бави питањем утицаја *Библије* и енглеског права, у смислу правних трансплантата, на формирање права првих колониста у Масачусетском заливу. Тешкоће настале због правног основа везаног за насељавање, као и права чланова-колониста, условиле су да краљ Чарлс I изда повељу на основу које су се у колонији могли формирати судови и доносити прописи, али да нису у супротности са енглеским правом. Временом су сепаратистичке тежње колониста и специфични услови живота довели до удаљавања од одредаба Повеље (нпр. регулисање висине надница и цена, одређивање неких врста робе за законито средство плаћања, одступање од система наслеђивања који је важио у Енглеској), да би 1648. године био објављен први законик модерног западног света под називом: *Ојшѿѿа ѿрава и слободѿе који се односе на сѿѿановнишѿѿѿво Масачусѿѿѿса*. У складу са пуританским схватањима колониста, *Библија* је била непосредно надахнуће и извор читавом низу кривичноправних одредаба. Од 15 одељака који су се односили на капиталну казну, 14 је било непосредно засновано на Светом писму. Но, ма колико да су се пуритански досељеници држали *Библије*, било је и одређених одступања. С друге стране, енглеско право је вршило утицај преко свог прецедентног система, као и кроз одређене енглеске локалне обичаје, суд правичности и друге правосудне установе, али и писано право (нпр. Закон о занатлијама, Закон о радницима, Закон о сиротињи и др.). Законик *Ојшѿѿа ѿрава и слободѿе...* концептуално и терминолошки потпуно је у складу са енглеским правом. Трговинско право је такође почивало на енглеском прецедентном систему и правилима *lex mercatoria*.

Једанаеста глава има наслов „Енглеско право на Новом Зеланду“. Године 1840. проглашена је британска сувереност над Новим Зеландом. У Закону о прописима енглеског права који је донео парламент Новог Зеланда 1858, било је предвиђено да треба сма-

трати да су енглески прописи, у мери која је применљива на услове те колоније, били на снази од 14. јануара 1840. године. Енглеско право се директно односило на британске досељенике, али је обично имало утицај и на староседеоце Маоре. Иако се енглеско право примењивало у целини, интересантно је да је новозеландски законодавац у многим појединостима чак предњачио у односу на свој узор. Тако је на Новом Зеланду склапање брака са сестром покојне супруге било допуштено Законом из 1880, а у Енглеској је такав пропис донет 1907. године. Слично томе, склапање брака са братом покојног мужа било је допуштено у тој колонији 1900, а у Енглеској 1921. Нови Зеланд је у оквиру Комонвелта био први који је дозволио усвојење још 1881, а енглески Закон о усвојењу донет је 1926. Енглеска је позаконење увела 1926, а Нови Зеланд 1894. године. Законом из 1900. године уведено је овлашћење врховног суда Новог Зеланда да, супротно одредбама завештања, збрине тестваторову супругу, одн. супруга и децу, док је слична одредба унета у енглеско право 38 година касније. Нови Зеланд је био прва земља која је ограничила права хипотекарних поверилаца уочи Првог светског рата, да би је годину дана касније следила и матица. Слично је било и са прописима који су се односили на пренос својине на непокретностима, као и у материји накнаде штете, где Нови Зеланд у самом приступу апсолутно предњачи.

Усвајање енглеског права на Новом Зеланду био је случај када досељеници доносе своја права на територију на којој нема цивилизације упоредиве са њиховом. Најупечатљивија одлика новозеландског права јесте, како задржавање сличности са енглеским правом, тако и узајамни утицај приликом промена у правном режиму. Уочљиво је, такође, да је у праву Новог Зеланда тежња ка социјализацији (морализацији) грађанскоправних установа много већа него што је то случај у Великој Британији.

Дванаеста глава представља нам један аспект римског права: „Римско право у периоду позне републике“. Подразумевајући да је пресађивање правило, аутор сматра да од тог правила постоје изузеци и посвећује пажњу управо једном таквом изузетку. Констатујући да су за развој римског права била значајна два последња века из периода републике (нарочито I век пре н.е.), а то је време у коме је грчки утицај на римски живот био најзначајнији, аутор наводи низ области (историја, песништво, беседништво, уметност, филозофија) у којима се тај утицај увелико осећао. Већина модерних научника отуд сматра да је грчки утицај на римско право у то време био исто тако знатан, па су та два века названа *хеленистичким периодом римске јуриспруденције*. Проф. Вотсон, насупрот томе, сматра да нема довољно доказа да је грчко право утицало на римско, даје неколико примера за то (*actiones iniuriam*, ага – општа систематизација) и закључује да је савршено могуће да се моћан

правни систем развије захваљујући природној надарености, без помоћи транспланта, као и да земља чији су закони углавном настали извођењем из туђег права, може понекад да покаже велику оригиналност. За ово последње узима пример Шкотске, која је у првој половини XV века, када је била под великим утицајем енглеског права, ипак била прва земља у Европи која је увела бесплатну правну помоћ за сиромашне у грађанским парницама. Чини се да је аутор овако постављени изузетак у односу на основе сопствене теорије морао да образложи много шире и утемељеније. По нашем мишљењу ова глава је најрањивији део рада.

„Lex Aquilia: усвајање или неусвајање“ – наслов је тринаесте главе. Римски Lex Aquilia превасходно се односио на штету нанету имовини. Пропис је у време ренесансе био прихваћен у Западној Европи, па и Холандији XVII века. Оно што се, пак, данас назива Аквилијевом тужбом у Јужноафричкој Републици јесте стандардно правно средство за већину деликата који укључују финансијске губитке. Имајући у виду да је расправа о том римском закону била значајна и за касније правнике, чак и у питањима од мање важности, аутор сматра да би се морало прихватити становиште да је он заиста био трансплантиран. На крају поглавља наводи да је Lex Aquilia, нарочито део о непажњи, био значајан и за наредна поколења, али да средњовековни и ренесансни правници нису преузели и његове посебне одлике. Као и у неким другим случајевима, углавном је преузета терминологија, док је садржина права остала већим делом неизмењена, али софистициранија. На основу изложеног, аутор опрезно закључује да треба водити рачуна да се не преувелича значај транспланта.

Четрнаеста глава се бави проблемом који гласи: „Пренос својине и ризика код купопродаје“. Римски купопродајни уговор *emptio venditio*, према аутору, представља можда једини институт римског права који је био најприхватљивији и као такав остао је најмање мењан до данашњих дана. Нарочито је значајно да је идеја о консенсуалним уговорима заиста римско откриће и да је, по свој прилици, први консенсуални уговор био управо *emptio venditio*. Код савремених купопродајних уговора, међутим, постоје разлике у односу на римске. Једна од најзначајнијих разлика односи се на пренос ризика и својине на купца.

Код Римљана је, наиме, ризик од оштећења и пропасти одређене ствари, по правилу, преношен на купца у тренутку закључења уговора. Својина је пак, и у таквом случају, преношена на купца тек када се стекне и *modus acquirendi*, дакле у тренутку када је извршена предаја ствари. У савременим правима код овог питања постоје разлике.

У Француском грађанском закону ризик и својина се истовремено преносе на купца и то у тренутку закључења уговора. У Немачком грађанском закону ризик и својина се преносе на

купца тек у тренутку предаје ствари. Швајцарско право делимично поштује римску традицију: ризик се преноси на купца у тренутку закључења уговора, док се својина преноси у тренутку предаје ствари.

Римско право је о питању предмета уговора било јасно, али зато врло сложено кад је посреди био проблем непажње продавца или проблем доцње код предаје ствари на страни продавца, као и доцње код пријема ствари на страни купца. Имајући у виду да су римска правила о преласку ризика и својине била прихваћена у Француској пре Грађанског законика, а иста правила прихватио је и Пруски законик из 1794, поставило се питање откуд ове новине. Аутор налази одговор у ставу утицајних писаца, нарочито оних из XVII века, припадника школе природног права, нпр. Гроцијуса и Пуфендорфа (који су сматрали да је римско право у том погледу противно природном праву), али и других значајних правника, као нпр. Кујакијеа и Барберака, и закључује да су њихови ставови о преносу својине и ризика код купопродаје били одлучујући за формирање правила садржаног у Француском грађанском законнику. Немачки грађански законик, који је ступио на снагу тек 1900, предвиђа истовремени пренос својине и ризика, али тек по предаји ствари. Индикативно је да швајцарско право (Законик из 1907, и Закон о облигацијама из 1911) ипак усваја римско решење, које прелазак својине и ризика не везује за исти тренутак. Из тога аутор закључује да француско одбацивање римског правила није резултат слабости античког решења или социјалног развоја, већ једноставно гледишта да ће сопствено решење бити прикладније, при чему је случајност играла значајну улогу.

„Поново о ауторитету“ – наслов је петнаесте главе. Ту аутор посебно истиче значај ауторитета за процес трансплантације. Пре свега, подсећа на древне прописе: десет божјих заповести, и спартанске, крићанске, египатске законе који свој ауторитет такође извлаче из „воље“ божанстава. Слично томе, кодификације се веома често стварају за националне хероје, деспоте и војсковође или настају по њиховом захтеву. Примере за то аутор налази од XIX века пре наше ере, па све до XIX века наше ере: краљ Липит-Иштар, Хамураби, Јулије Цезар, Помпеј, Јустинијан, Фридрих Велики, Наполеон. Жеља је сваког националног ауторитета да остане запамћен као мудар и мирољубив човек, јер су право и правда највећа добра мира, те да створи систем који је сам за себе ауторитет, систем у коме се може наћи одговор на свако сложено питање. Ауторитет римског права је, како каже аутор, западном свету „испрао мозак“, јер су све поделе у праву, главни правни институти, граничне линије између њих, практично копиране из тог права, док су многи институти античког грчког права или исламског права игнорисани.

Један од разлога због којих је римско право тако широко прихваћено био је и тај што је *Corpus iuris civilis* био писан на латинском, дакле на језику који су вековима користили сви образовани људи Европе. У том фаворизовању латинског ишло се дотле да предавања на универзитетима нису држана из оних делова *Corpus*-а који су били писани грчким језиком (*Grecis non leguntur*). Други разлог широког прихватања *Corpus*-а, а тиме и римског права, састојао се у томе што је то био готов систем права, подрбан али не гломазан. Римско право је чак и у Америци, после револуције, имало велики број присталица, али су ауторитет и популарност Блекстонових коментара о законима Енглеске пресудно утицали на прихватање енглеског прецедентног права. Нама се чини да би ту требало додати и чињеницу да су се Американци много боље сналазили у енглеском него у латинском језику.

„Нека општа запажања“ – наслов је и предмет излагања шеснаесте главе књиге. У ствари, запажања, како их аутор скромно назива, представљају његове закључке о правним трансплантима:

1. Трансплантација великих делова или појединачних правила неког правног система веома је уобичајена током целокупне правне историје, од антике до данас;

2. Трансплантација је најобимнији извор развоја, јер највећи број промена у већини правних система представља резултат позајмљивања;

3. Право је у запањујућој мери укоренењено у прошлости;

4. Трансплантација права је у социјалном погледу лака, јер се правна правила лако крећу из система у систем, а у крајњој линији, за општу људску срећу није од битног значаја које ће правило бити усвојено;

5. Значајнији трансплант увек укључује и промену у праву која може да настане из различитих разлога, као што су: клима, економски услови, верски погледи или, пак, случајност. Када би неко покушао да у свом праву пронађе „дух народа“, тада не би требало да посматра систем као целину, већ само оне појединости у којима конкретно право одступа од других;

6. Ниједна област приватног права не може да се означи као област изузетно отпорна на промене које настају услед иностраног утицаја. Аутор узима за пример породично право које је, због верске основе, неретко отпорно на спољне утицаје, али зато се понекад догађају изненадне и велике промене, као што је то био случај у Риму у време Августа, у Енглеској 1920-их, или у Турској 1926;

7. Време усвајања често је и време кад се врши реформа права или његово усавршавање, дакле време подробног изучавања одредаба које се мењају;

8. Усвајање права је могућно и лако када се друштво које га усваја налази на нижем материјалном и културном степену развоја, али тада трансплант најчешће води поједностављењима, па чак и варваризацији решења даваоца;

9. Инострано право може да има утицаја чак и ако је погрешно схваћено;

10. Транспланти у ствари пружају увид у изузетан значај улоге коју ауторитет има у праву. Отуда потиче и доктрина прецедента у енглеском праву, затим обичај римских правника да наводе цитате својих колега, а коначно и учесталост транспланта;

11. Нација која је домишљата у погледу права углавном не зависи од прихватања транспланта, чак ни у време кад је инострани утицај врло значајан за друга питања у друштву;

12. Право, као и технологија, представља резултат људског искуства. Мали је број људи и нација смислио значајна правна правила, чија је вредност, кад је откривена, могла одмах да се процени, усвоји и примени од стране других нација;

13. Народи се крећу и развијају својим сопственим правцем и ако у једној области испоље изразит културни напредак и домишљатост, то не значи да ће сличан напредак да остваре и у другим областима. Према аутору Римљани и Енглези су имали суштински значај за развој приватног права, док су италијански, француски, холандски, немачки и други европски правници дали приватном праву допринос у смислу рационализације, усавршавања и прилагођавања правила римског права.

На крају ове главе, имајући у виду изложено, а нарочито лакоћу и једноставност трансплантације, аутор поставља логично питање: да ли је могуће и пожељно да бар цео западни свет има један уједначен правни систем? Закључује да истоветан правни систем ипак није ни могућ ни пожељан, пре свега због психолошког значаја: свако треба да има сопствени правни систем. Заједнички правни систем био би могућ и пожељан само у материји трговинског права.

Последња глава носи назив „Упоредно право и правна историја“.

Аутор има за циљ да покаже до којих се открића у правном развоју може доћи, на основу сазнања о посебним случајевима који се тичу везе између правних система. Многи новији законици налазе се у тесној вези са неким иностраним системом, нпр. грчки са немачким, турски са швајцарским, етиопски са француским. Систем давалац и систем прималац могли су да деле исту правну традицију, али то не мора бити одлучујуће. Могуће је да је систем давалац стекао тај статус због тога што је био први који је коди-

фиковао свој систем и обезбедио такву формулацију која је подобра за лако позајмљивање.

У сваком случају, упоредно право је незамисливо без правне историје, али треба имати у виду да тај однос није једносмеран. Аутор наводи и два интересантна примера: један из грађанског, други из кривичног права. Први пример се односи на Грађански законик Луизијане и ту са математичком прецизношћу изводи утицаје, одн. позајмљивања из француског, шпанског и римског права. Други пример је везан за шкотско кривично право, где је Д. Хјум (прва половина XIX века) оспорио ауторитет римског права у Шкотској: „...чини се да је тачно да у сваком случају постоје врло велике препреке да се кривично право неког народа пренесе другом. Јер, у свакој земљи оквир и карактер тог дела њених прописа увек су у много тешњој зависности од посебних специфичности које се тичу тог народа, него од појединости њених обичаја и прописа у већем делу грађанског права.“ Да ли је то разлог због кога су раније цитирани инострани ауторитети ишчезли из шкотских кривичних случајева? У сваком случају, упоредно право помаже при уобличавању питања, као и при процењивању могућних одговора.

Књига се завршава „Поговором“ у коме аутор резимира своја вишегодишња проучавања упоредног права. Ту пре свега констатује да разматрање различитих система, током дужег временског периода, показује слику непрестаног широког позајмљивања и дуговечности правила и институција. Системи везани међусобно низом позајмица, могли би да укажу на покретачку силу која је довела до њиховог настанка и развоја. И управо чињенице позајмљивања и дуговечности транспланата, увериле су аутора да између друштва и његовог права не постоји једноставна веза, а та веза би се најмање могла објаснити „духом народа“. Дакле, теорије које су се заснивале на идеји тесне везе између друштва и права веома су спорне. Овај став аутор илуструје примером из брачног имовинског режима и објашњава позајмљивање које је ишло од Визигота, преко Шпаније, до Калифорније и одатле до других држава у западном делу САД.

Аутор истиче да ни у теорији не постоји ниједна једноставна корелација између друштва и његовог права, као што су нпр. многи тврдили за еквивалент „невидљиве руке“ економије. У ствари, на приступ стваралаца права увек и свуда утиче њихова специфична правничка култура, а део те културе је и избор система који је прикладан за позајмљивање. Аутор то илуструје кроз три примера.

Први се односи на Блекстонове коментаре о законима Енглеске, који су обезбедили матици, а затим и САД, корисно и врло значајно систематско разврставање. Главни, пак, извор Блекстоно-

вог надахнућа био је покушај Швајцарца Годфроа (1549–1622) да објасни структуру *Инсџиџиџија* цара Јустинијана из 533. Дакле, енглеском неструктурираном праву дата је римска структура, а структурисање система има дубок, како аутор каже, често скривен, утицај на садржину.

Други пример се односи на материју колизије закона, одн. права у САД. С разлогом би се очекивало да једно тако значајно питање узајамних односа 50 права савезних држава у САД мора бити уређено неким федералним прописом. Ипак, до тога није дошло. Сукоб права се у САД развио на основу три аксиома из *Praelectiones Iuris Civilis et Hodierni* холандског писца Хубера (1635–1694). Хубер је постао такав ауторитет у Енглеској због утицаја лорда Менсфилда, који је пак свој углед стекао тако што је у Дому лордова подносио шкотске жалбе на разматрање. Иначе, Шкоти су у великом броју студирали право у Холандији, те су донели Хуберова објављена предавања, тако да су његови ставови постали приступачни шкотској правничкој јавности. Дакле, Шкоти су усвојили Хуберове ставове о сукобу права, Енглези преузели од Шкота, а преко енглеског *common law*-а прихватиле их САД. Аутор наводи и један куриозитет. Када је, наиме, Џозеф Стори погрешно схватио трећи Хуберов аксиом и када је његова погрешна верзија сукоба права била прихваћена у САД, такве се верзије држала и Енглеска!

Трећи пример односи се на директни утицај римског права у материји одговорности за штету по основу деликта и квазиделикта који је евидентан у чл. 1382–1386 Француског грађанског законика.

Изнети примери, по аутору, указују да је разумевање правног позајмљивања *једини* кључ разрешавања специфичних питања која се тичу правне промене.

Поред већ изнетих „Општих запажања“ (поглавље XVI), аутор разматра и могућност додатних закључака.

Једно од питања које поставља јесте да ли обим позајмљивања одсликава на изванредан начин самоувереност правничке елите у смислу: више самопоуздања, мање позајмљивања. Аутор, ипак, закључује, имајући посебно римско право у виду, да ту није нашао адекватну корелацију.

Друго питање је степен селективности: да ли постоји одлучно трагање за најбољим решењем; да ли се системи бирају на основу заједничких друштвених, политичких и економских вредности и услова? Аутор констатује да није нашао потврђан одговор на ова питања. Напротив, уочава да је основни критеријум селективности једноставно – приступачност. Приступачност пак постоји када је инострани систем изнет у писаном облику, када је у форми коју је лако открити и разумети, када је одмах доступан.

Аутор на крају посебно напомиње да се упоредно право као академска дисциплина може најбоље разматрати кроз изучавање веза између система права, а такво изучавање, нарочито када везе проистичу из позајмљивања, представљају главну компоненту предмета проучавања. Познавање одређеног броја система омогућава, сматра аутор, да изведемо неколико општих закључака:

- 1) Владе често показују мало интересовања за стварање права;
- 2) Обимно законодавство, као што је кодификација, не садржи никакву специфичну друштвену поруку која одговара конкретном друштву;
- 3) Стварање права је у знатној мери препуштено субординираној правничкој елити;
- 4) Субординирани ствараоци права теже да стварају такво право какво одговара правничкој култури коју они стварају за себе.

Конечно, ако позајмљивање представља главни начин развоја права, и ако је правничка елита везана својом правничком културом, и ако је та култура ограничена оним што елита познаје (односно не познаје) – тада произлази да квалитет правничког образовања, укључујући и сусретање са упоредним правом, игра врло значајну улогу у реформи права.

Књига проф. Алана Вотсона *Правни трансплантације (Присилуј упоредном праву)* изузетно је интересантно виђење стварања и развоја права. У ствари, и пре Вотсона било је аутора који су обрађивали идеју правних позајмљивања, тј. трансплантације – нпр. Ф. П. Волтон (Walton) већ двадесетих година овог века – али је проф. Вотсон први који је дао целовиту теорију правних трансплантација. Његова теорија, изнета у овој књизи, обилује примерима, аргументима и противаргументима. Аутор се понекад смело одлучује на одређене закључке, а понекад уздржано наговештава свој став, који ће у каснијем тексту појачати. Рад је научно фундиран са око 450 фуснота, а садржи и бројне директне наводе у тексту. Савладана је огромна литература из упоредног права и правне историје. Иако говори у извесној мери и о јавном праву, ипак се главна аргументација и најубедљивији примери односе на приватно право, и можда би, по нашем мишљењу, прикладнији наслов био: *Правни трансплантације у приватном праву*. На тај начин аутор би избегао и део значајних приговора које му упућују критичари, а његова би теорија, чини се, била знатно конзистентнија. Ипак је много лакше доказати да власт није нарочито заинтересована за стварање норми које уређују област грађанског, приватног права, него то исто тврдити за област нпр. уставног, кривичног или управног права. Тиме би се у знатној мери потврдили и други ауторови ставови, нарочито о препуштању стварања права субординираној правничкој елити, непосредном утицају правничке културе на избор правца развоја и реформе права.

Књига је написана лаким стилем, чита се готово у једном даху и представља сигурно озбиљан допринос науци упоредног права, а са друге стране, нарочито методолошки, и историји права. Сваки образовани правник наћи ће у овом делу читаву једну нову димензију права, која му је, изгледа, била ту при руци и чекала прилику да буде откривена. Та се прилика не сме пропустити. Да закључимо: књигу не само да препоручујемо, она се једноставно мора прочитати.

Оливер Антић

Душан Мрђеновић (приређивач):

Темељи нове демократије. Избор декларација и њихових о људским правима (1215–1989)

(„Нова књига“, Београд, 1989, 238 стр.)

После више година игнорисања или маргинализовања проблема људских права и слобода у Југославији је Савез удружења правника Југославије, у додатку часописа *Архив за правне и друштвене науке* бр. 4/1968, на преко 200 страница објавио најважније до тада познате националне и међународне документе о људским правима, закључно с међународним пактовима о људским правима (1966) и Техеранском прокламацијом (1968).¹ Пошто је тиме обележавана Међународна година људских права (1968), чему су посебно обележје дали студентски немири у многим земљама, укључујући Југославију, поменути документи су објављени у облику посебне збирке и дељени су учесницима свечане академије поводом Дана људских права која је 9. децембра 1968. одржана на Коларчевом народном универзитету у Београду. Несумњиво је да је каснији развој у области људских права, који се огледао како у усвајању многих докумената тако и у постепеном мењању оцене ранијих докумената и уопште става о људским правима налагао потребу за новим, потпунијим и нешто другачијим збиркама основних текстова из ове области. То сазнање је сазрело како у међународним организацијама² тако и у појединим државама.

1 До тада су поједини документи објављивани у часописима. Тако су, на пример, у *Југословенској ревији за међународно право* објављени Свеопшта декларација о људским правима (бр. 3/1958) и међународни пактови о људским правима (1–3/1967) у преводу професора др Милана Марковића. Таква пракса је настављена и касније.

2 Нарочито у Уједињеним нацијама и Европском савету који су објавили више издања таквих збирки.