

## ИЗВОРНИ НАУЧНИ ЧЛАНЦИ

УДК 340.142:341.932(410)"17"

Алан Вотсон

### „ЛОРД МЕНСФИЛД – СУДИЈСКИ ИНТЕГРИТЕТ ИЛИ ЊЕГОВО ПОМАЊКАЊЕ: СЛУЧАЈ *СОМЕРСЕТ*“

*Аутор је на примеру можда најпознатијег енглеског случаја показао сву сложеност проблема пред којим се у XVIII веку нашао лорд Менсфилд пресуђујући га. Случај се тичао сукоба закона. Могао је бити решен ослањањем на Хуберове аксиоме, чиме би се римско право, преко холандског и шкотског, нашло као поштора једне одлуке енглеског права. То је био стор који је могао имати далекосежне последице на читаву Енглеску. Међутим, значај овог случаја је можда пре свега у интелектуалном и једноставном решењу које је дао лорд Менсфилд, који се, уместио да решава један по један проблеме који су се постављали пред њим, у својој одлуци ограничио само на *habeas corpus*.*

Кључне речи: Сукоб закона. – Примена старог права. – Лорд Менсфилд. – *Сомерсет против Стјуарта*.

Пишем ово пошто сам поново прочитао дело *Though the Heavens May Fall (Макар се небеса обрушила)* Стивена М. Вајса (Wise).<sup>1</sup> Моја аргументација, уколико буде убедљива, подрива основе ове књиге.

Вероватно најпознатија судска одлука у енглеском праву је она коју је донео лорд Менсфилд (Mansfield) у спору *Сомерсет против Стјуарта (Somerset vs. Stewart)* из 1772. године. Она је веома сажета и веома драматична. Заиста, она је толико реторична да је много тога суштинског пренебрегнуто. А и хтело се да таква буде.

Сомерсет је био Стјуартов роб у Вирџинији и власник га је повео са собом у Енглеску. Сомерсет је путовао непрестано у служби свог господара; на пример у Бристол и Единбург. Међутим, две године након што су напустили Америку, Сомерсет је напустио

---

1 Wise M. Steven, *Though the Heavens May Fall*, Cambridge, Mass. 2005.

Стјуарта. Стјуарт је био разјарен Сомерсетовом незахвалношћу и расписао је потерницу за њим. Ловци на робове ухватили су Сомерсета и, по Стјуартовом налогу, он је смештен на брод *Ен и Мери*, који је пловио за Јамајку. Практично – смртна пресуда. На захтев Сомерсетових пријатеља, лорд Менсфилд је издао *writ of habeas corpus* бродском капетану<sup>2</sup>, и Сомерсет је пребачен са брода и предат у надлежност Суда Краљевске клупе (Court of King's Bench). Случај *Сомерсеј њојив Сџуарџа* изложен је у Суду Краљевске клупе, пред судијом лордом Менсфилдом 14. маја 1772. године.

Менсфилд почиње своју пресуду речима: „Питање је, да ли власнику припада право да притвори роба да би га послао на Јамајку где ће бити продат“. Овако постављен, проблем је био врло поједностављен. На темељу тога, није се постављало питање да ли је Сомерсет слободан или није. Још мање је то био проглас да у Енглеској не може бити робова. Као што је Вајс рекао: „*Сомерсеј* је био најмање израз Менсфилдовога антиробовласничког става“.<sup>3</sup> Његова пресуда тумачена је тако да, према његовом схватању, у Енглеској није могло да буде робова. Међутим, у каснијој преписци лорд Менсфилд пише: „Ништа више није утврђено тада, осим да господар нема право да на силу узме роба и одведе га ван земље“. Он је још једном нагласио да није отишао даље „од тога да просуди да господар нема право да присили роба да оде у страну земљу“.<sup>4</sup>

Верујем да је ова преписка – замагљена као што јесте – потврдила његов истински став о овом случају. Менсфилд *крије лойџу*. Као што мора! Уводна тврдња тужбе на почетку случаја гласи: *Позивајући се на habeas corpus, захтева се од кайеџана Ноулза (Knowles) да покаже основ хајшења и задржавања ојџуженоџ Сомерсејџа, црница* – то је изгледа био читав случај. У другој реченици Менсфилдове пресуде читамо: „У пет од шест случајева ове природе, познат сам по томе, успевао сам да убедим стране да се договоре: чим је овај случај доспео до мене, снажно сам то препоручивао“. И заиста јесте. У овом случају он је, такође, наложио пет засебних рочишта и непрестано је настојао да случај оконча Сомерсетовим ослобађањем.<sup>5</sup>

2 Већ од XIII века, у Енглеској се у судском поступку користио тзв. *Writ of Habeas Corpus*. То је била нека врста наредбе државном службенику (шерифу) на основу које он туженика мора физички да доведе пред суд: отуд назив *habeas corpus*, према почетним речима *writ* формуле, са буквалним значењем *мораи њело* (*лише*) – подразумева се *привести*. У то време постојало је неколико облика ове наредбе, а онај који је преживео до данас носио је име *Habeas corpus ad subjiciendum* – *мораи њело сџавиџи на расџолаџање (суду)*. – Прим. прев.

3 Wise, *op. cit.*, 211.

4 За изворе видети – Wise, *op. cit.*, 209.

5 Видети – Wiecek W. M., „*Somerset: Lord Mansfield and Legitimacy of Slavery in the Anglo-American World*“, *University of Chicago Law Review*, 42, 1976, 86ff и 102.

Али зашто? Менсфилд наставља: „Уколико странке ипак истрају на томе, ми морамо дати наше мишљење. Саосећање неће, на једној, нити непријатност, на другој страни, водити одлуци; него право: које носи ту потешкоћу што ће бити поглавито непријатно за обе стране“. Да је Менсфилд прогласио Сомерсета слободним, главна непријатност била би финансијски губитак робовласника. „Пуштање на слободу 14 или 15 хиљада људи одједном, ослобођених на основу формалног става је веома непријатно имајући у виду последице које прете“. Процене броја робова у Енглеској не морају бити сасвим тачне, али то су Менсфилдове процене и то је оно што је овде битно. Њему се чини да 50 фунти по робу не би била висока цена и да губици власника не би прелазили 700.000 фунти. „А ово“, додаје он, „не укључује даље губитке власника кроз тужбе за робовске наднице или оне за насилничко понашање господара“. Он наставља: „Господин Стјуарт може окончати овај случај, одустанком од тужбе или давањем слободе црнци“. Ако не, као што је Менсфилд претходно истакао: „Уколико странке желе пресуду, *fiat iustitia, ruat coelum*“<sup>6</sup>, нека правда буде задовољена без обзира на последице.

Менсфилд не жели да пресуди случај, веома му је мрско да то учини, али ће на то бити принуђен ако Стјуарт не одступи; и последица је – иако то није оно што ће стајати у пресуди – да ће сви робови у Енглеској бити слободни. Како је Менсфилд раније истакао у својој краткој пресуди: „Готово је неизводљиво прихватити неки однос, а да се при томе не пристане и на све последице тог прихвата; а опет, многе од тих последица су у потпуној супротности са законима Енглеске“.

Менсфилдови аргументи за тај став убедили су тада људе, а касније и научнике. Он је морао да пронађе решење за Сомерсета у том уском оквиру, мада је знао да ће последица бити крај ропства, што ће произвести финансијски крах многих у Енглеској. А, као што је често указивано, многи од оних који би пропали, били су Менсфилдови пријатељи.

Менсфилдов проблем није онакав каквим се чини. Његово узвишено ораторско умеће – а оно је било изванредно – скривало је оно што се одвијало у његовој глави. Ипак, парадоксално, оно је, у исто време, откривало да све није онако као што изгледа. Менсфилд је жалио што ће економске последице његове одлуке бити погубне. Али он им је ускликнуо: „Нека се небеса обруше“. Случај је, наравно, привукао велику пажњу јавности, али Менсфилд је био тај који је предочио последице које су могле – понављам, само могле – другачије срочене умногоме да прођу неопажено. И, као што смо видели, он се касније ограђује од

6 Нека правда буде извршена, макар се небеса обрушила.

последица. Његова одлука, као што сам каже, била је штурa. Менсфилд је, заправо, био у неприлици.

Осим тога, сусрећемо се са још једним истовременим проблемом у Менсфилдовој пресуди. Он не наводи ниједан прецедент, закон или правно начело за своју одлуку.<sup>7</sup> По ком правном основу је власнику могло бити забрањено да одведе Сомерсета из Енглеске? Не знам ни за један такав. Ово одсуство ма каквог правног утемељења Менсфилдове пресуде изузетно је и захтева појашњење.

Према Менсфилдовом сопственом приступу праву, Сомерсет јесте, а и даље је требало да то остане – роб. О томе не може бити никакве сумње. Овај проблем, никад изречен, али очигледан, био је у суштини сукоб закона. То је била област у којој је Менсфилд имао широко искуство.

То је поглавито био случај конфликта закона. Основни проблем у сукобу закона је шта ваља чинити када правно питање укључује права више од једне државе – у овом случају, Вирџиније и Енглеске – и одговор зависи од тога чије ће право бити примењено. Римско право ништа није регулисало у вези са тим, али, за тадашње научнике, када се одговор морао изнаћи у одсуству позитивноправне регулативе, наложен је у римском праву. А римско право, да би било од користи у овом случају, морало је бити исконструисано. Једна од теорија, обично занемаривана, али у овом случају суштинска, била је теорија холандског правника, Фрижанина, Урлиха Хубера (Ulrich Huber) (1634–1694).

Чињенично стање у овом случају било је да је Стјуарт прибавио роба Сомерсета у Вирџинији. Вирџинија је била робовласничка држава, и према законима Вирџиније, Сомерсет је био у Стјуартовом власништву. Међутим, Сомерсет је био у Енглеској, тужба је поднета у Енглеској. Који закон, онај из Вирџиније или онај из Енглеске је требало применити? Било је много приступа овом питању, али који од њих је требало изабрати. Чудно, запањујуће, ово питање није се поставило у том случају, чак ни од стране правних заступника. Али оно је морало бити присутно. А Менсфилд је умногоме изградио своју каријеру на овом питању сукоба закона. И његов став у овом предмету био је сасвим јасан. Он је знао у чему је проблем и знао је одговор.

Менсфилд је усвојио Хуберову теорију. Хуберови ставови по питању сукоба закона нису били општепознати – они су, у ствари, представљали само једно гледиште међу многим по овом питању. Наравно, били су познати у Холандској републици, као и многи други.

---

<sup>7</sup> У забележеним случајевима у Шкотској тог времена, судије су ретко образлагале своје одлуке. Али ово није био шкотски случај.

Али били су прихваћени у Шкотској. Правничко образовање није се практично могло стећи у Шкотској XVII века, а како су енглески универзитети били затворени за Шкоте, амбициозни млади Шкотланђани похрлили су у пријатељску калвинистичку државу каква је била Холандска република, и њене универзитете, посебно на Лајденски и Утрехтски. Природно, студенти су, враћајући се, носили са собом купљене уџбенике, па је Шкотска – насупрот Енглеској – поседовала велики број холандских правничких књига из XVII века. Међу њима нашла се и Хуберова *Praelectiones iuris romani et hodierni* (*Предавања о римском и савременом праву*) у три тома, издата 1689. године.<sup>8</sup>

Енглеска, услед неједнаке надлежности различитих судова, није имала теорије о сукобу закона, али за Шкотску то је била *џорућа* тема. Било је неколико спорних питања, али се једно издвајало – а и даље је врућа тема – брак.

У тадашњој Шкотској жена је могла да се уда са 12 година, без неопходне сагласности родитеља. У Енглеској, доба за удају било је 16 година, а очев благослов био је неопходан све док девојка не напуни 21 годину. Правни сценарио произашао из таквог стања је очигледан. Шкотски луталица заводи младу Енглескињу наследницу; бежи са њом у Шкотску и тамо се венчава на првом могућем месту, ковачкој радионици у Гретна Грину. (Никакав црквени ритуал није био неопходан за ваљан брак у Шкотској). Да ли је такав брак био важећи у Енглеској?

Сада је час да представимо Хуберов приступ сукобу закона који се, наравно, по природи ствари, морао заснивати на римском праву. Није било ничег другог што би се сматрало прикладним. Али није било ничег о томе у римском праву, тако да су римски извори морали да буду прилагођени, као што су и били често у бројним контекстима. Хуберово решење било је, као што се и дало очекивати, бриљантно.<sup>9</sup>

Хубер је био Фрижанин и током своје предавачке каријере – био је судија три године у Фризији – остао је веран професор Универзитета у Френекеру, два пута је одбио професуру на Лајдену. Његова репутација била је огромна и превазилазила је Фризију, јер је привукао многе студенте из других средина, посебно из Холандије, Немачке и Шкотске. Његова главна разрада питања конфликта закона изнета је на неколико страница у другом тому његовог дела *Praelectiones iuris romani et hodierni* (2.1.3), који је, као и први том, вероватно написао док је био професор на Френекеру.

---

<sup>8</sup> Видети: Watson A., *Joseph Story and the Comity of Errors*, Athens 1992, pp. 1 ff.

<sup>9</sup> Оно што следи о Хуберу скраћена је и донекле прилагођена верзија мог рада *Joseph Story...*, pp. 3–13.

Први том био је посвећен Јустинијановим *Инсџиџиџијама*, а у другом тому окренуо се *Диџесџама*. Тако се његово тумачење сукоба закона у 2.1.3. нашло на самом почетку коментара *Диџесџа*. Врло уочљиво и приступачно. Биће добро познато студентима који користе уџбенике.

Хубер је тврдио у првој глави тог рада да римско право не говори о сукобу закона, али да ипак најважнија правила на којима би требало засновати овај систем морају бити тражена у римском праву, при чему се то више тицало *ius gentium*-а него ли *ius civile*-а. Ова два израза имала су више од једног значења у римским правним изворима, али Хубер их користи у овом контексту, у смислу пронађеном у Јустинијановим *Инсџиџиџијама* 1.2.1.. *Ius civile* је право које сваки народ установљава само за себе. *Ius gentium* је, каже се на том месту у *Инсџиџиџијама*, право установљено разумом међу свим људима и једнако поштовано од стране свих народа. Заправо, да би неки институт био окарактерисан у овом смислу, као припадајући *ius gentium*-у, чини се да је било довољно да буде прихваћен у Риму и другим државама. *Ius gentium* у овом контексту је великим делом део римског приватног права. Ваља напоменути да Хубер овде не користи *ius gentium* у смислу *права које усџановљавају народи*, једном речју, међународног права. Иако је то било једно од значења у Хуберово време, појам *ius gentium* није се тако често сусретао у римском праву. Хубер наставља: „С намером да појаснимо сву истанчаност овог замршеног питања, ми ћемо поставити три аксиома који ће, пошто буду прихваћени, а они то несумњиво морају бити, изгледа директно прокрчити пут до преосталих нерешених питања“. На почетку првог тома својих *Praelectioniones*, Хубер је појаснио шта подразумева под аксиомима. Будеус (Budaeus), тврдио је, није узалуд говорио да су правна начела настала из *axiomata* или *positiones*, израза за које је рекао да су позајмљени из речника математичара. *Јер, аксиоми нису ниџиџа груџо до џврдње које не захџевају доказивање*. Њихова исправност је сама по себи очигледна. У складу са тим, сукоб закона као систем постоји, према Хуберу, само уколико прихватимо, а он осећа и каже да морамо, његова три аксиома (које он дајући им на значају штампа италиком у одељку 2). Као аксиоми они не подразумевају никакво доказивање. Прва два брзо и разложно – у складу са приступом из његовог времена – заснива на римском праву, првенствено на основу *Диџесџа* 2. 1. 20. и 48. 22. 7. 10.

Први аксиом гласи: *Закони ма коџ сувереноџ ауџориџиџиџа имају своју снаџу унуџар џраница своје државе, и обавезују све своје субјекџиџе, али не и оне изван њених џраница*. Други налаже: *Људи коџи се морају џодврџнутиџи сувереном ауџориџиџиџу су они коџи се налазе унуџар његових џраница, било да су џу сџјално или џрив-*

ремено. Трећи аксиом се не односи на такав ауторитет, већ је Хуберов самосталан допринос. Он мора, према Хуберу, бити третиран као и претходна два, као обавезујуће правило, да би се тиме створила систематска основа за сукоб закона. Он гласи: *Владари држава услед непредусрејљивости и тако делују да права сваког народа исказана унутар сојствених граница задржавају своју снагу свуда, све док не доведу у питање снагу права друге државе или њених грађана.*

Одсуство утврђеног ауторитета за трећи аксиом не значи да Хубер није имао покриће за њега. И заиста, он је већ утврдио да полазна начела везана за ово питање ваља изнаћи у римском праву. Његово полазиште за трећи аксиом је да он делом припада *ius gentium*-у – зато што га прихватају сви народи – тако да он не мора изричито да буде смештен у неко одређено право – римско, на пример – да би важио у њему. Заправо, као што ћемо видети, Хубер иде још даље тврдећи у истом одељку свог рада да у погледу важења трећег аксиома никада није било сумње. (Ово није истина, осим у неком искривљеном смислу, с обзиром да је Хубер изгледа био архитекта домашаја трећег аксиома). И мада трећи аксиом Хубер није установио на нормативан начин, за њега је то правно начело и као такво је нормативно. То је права природа овог аксиома.

Такав начин размишљања у потпуности је прикладан за Хубера. Он настоји да постави принципе на којима ће почивати одређена грана права, названа сукоб закона. За тако нешто њему су потребни веродостојни извори. У свим државама континенталне Европе сматрало се да римско право може да обезбеди правни ауторитет уопште. Његов статус варирао је од државе до државе, а познато је да је рецепција римског права била далеко присутнија у Фризији него у ма ком другом делу Уједињених (низоземских) провинција. Али Хубер овде није посебно заокупљен правом Фризије. Он се заправо труди да постави принципе које ће све државе бити обавезне да поштују при решавању конфликтних ситуација. Једина начела која могу бити обавезујућа, не за једну територију него свуда, морају бити извучена из римског права. Једноставно, није било ниједног другог прикладног правног система. За Римљане је *ius gentium* право које је било прихваћено свуда, било *ipso facto* део римског права. Сходно томе, ако се ваљаност трећег аксиома не доводи у сумњу (као што је тврдио Хубер), оно је било део римског приватног права; и онда је римско право ауторитет који га покрива. Хубер не одступа од осталих научника у овом приступу. На потпуно идентичан начин, када је Бартол (Bartolus) раније покушао да изгради систем сукоба закона, он је темељио (или подразумевао као основ) своја становишта на римском праву.

Хуберов трећи аксиом, наравно, није утемељен на римском праву. Нити су то, наравно, били први и други аксиом сукоба закона, али они су се тицали надлежности. Хубер је био тога свестан и није крио ту чињеницу, будући да је у истој глави рекао да је употреба римског права ради стварања неког новог права, непознатог Римљанима, представљала уобичајену правничку праксу. И заиста, у одсуству каквог другог ауторитета, то је било неопходно да би право могло да се развија. Важно је одредити прецизно значење трећег аксиома према Хуберу. Оно је у потпуном сагласју са овим чиме он наставља: „Из овога јасно произлази да се овај аксиом не открива у неусклађеном цивилном праву (*ius civile*-у), већ у добробити пређутне сагласности народа: зато што право једног народа не може имати директне снаге међу осталим, тако да ништа не може бити неприкладније него да оно што је важеће у праву једног места буде учињено неважећим у праву другог места. Ово је разлог да о трећем аксиому до сада није могло бити сумње“.

Да Хубер сагледава примену страног права као обавезујућу, постаје још јасније када узмемо у обзир његов ранији осврт на ову тему у другом издању његовог дела *De jure civitatis* (*О државном праву*), издатом 1684. године у 3. 10. 1: „Међу стварима које различити народи реципрочном дугују једни другима је и долично узимање у обзир закона других држава у другим просторима. Чак и када нису повезани међусобним споразумом или неопходношћу потчињавања, ништа мање од тога, разлог заједничког општења међу народима захтева међусобну попустљивост у овој области“. Према *ius gentium*-у, у његовом другом, неримском, значењу *међународног права* – а то значење је такође релевантно за овај цитат – једна држава је обавезна да размотри право друге, прво, ако јој је потчињена, друго, ако постоји споразум о томе. То је општепознато. Осим тога, према Хуберу, једна држава је подједнако обавезна да узме у разматрање право друге државе из још једног даљег разлога, а то је предусретљивост. Предусретљивост обавезује.

Таква примена трећег аксиома као обавезујућег правног начела даје приватном праву транснационалну снагу. Закони једне државе не примењују се аутоматски изван њене територије, али владари других држава морају их применити *ишио предусрећљивије*, чак и када су њихова сопствена правила другачија.

У свему овоме крије се дивљења достојна илузионистичка вештина. Хуберов трећи аксиом не постоји у римском праву. И то он признаје, иако цео свој систем заснива на претпостављеном римском праву. Али, онда он тврди да његов трећи аксиом никада није био довођен у питање и да је део *ius gentium*-а, прихваћеног свуда. У једном обрнутом смислу, први део његове тврдње је пот-



пуно тачан. Трећи аксиом никада није био изречен раније и баш због тога није ни могао бити довођен у питање! Остали низоземски правници, попут Паула Фоета (Voet), имали су потпуно другачије поимање *предусрећљивосћ*. Хубер не пружа ниједан доказ да је *предусрећљивосћ* у значењу које му он придаје део *ius gentium*-а прихваћеног свуда. Наравно, он и не може да пружи такав доказ, јер његово гледиште је новина. Али он није ни обавезан да пружи такав доказ, јер излаже сопствени правни предлог у виду аксиома, а по дефиницији, аксиом је правило које не захтева доказивање, јер је само по себи очигледно.

Хуберов циљ био је да пружи правну основу сукобу закона. Трећи аксиом одређује када и да ли држава може истаћи приговор против признавања права друге државе. Не би требало допустити да појединачни судови буду у могућности да одбију страног право, зато што га они сматрају неприхватљивим или зато што им се више свиђају домаће норме.

Хубер не допушта произвољност у примени страног права. На почетку следећег, трећег одељка, он пише, поново у италици:

*„Овај предлог произлази из следећег: Све трансакције и сва чињења било на суду или мимо њега, било за случај смрти или међу живима, правилно извршена сагласно праву одређеног места, су јуноважна чак и тамо где преовлађује друго право, па и тамо где би, да су извршена тако како су извршена, била неваљана“. С друге стране, трансакције и чињења извршена на неком месту супротно праву тог места, с обзиром да су неваљана од самог почетка, не могу бити ваљана било где другде.*

Страног право је обавезујуће. Наравно, с обзиром да је оно индиректно обавезујуће, док је домаће право непосредно обавезујуће, страног право неће превладати тамо где је изричито искључено домаћим правом, изреком у закону. Ово Хубер није рекао, али то имплицитно проистиче из његовог подвајања прва два аксиома с једне, и трећег аксиома, с друге стране.

Ово неопходно признавање страног права је, разуме се, предмет изузетка од трећег аксиома: трансакције и чињења другде су призната *докле дод она не одривају снагу права државе или њених држављана*. Настојећи да очува сажетост аксиома, практично значење изузетка захтева додатно тумачење. Хубер напомиње нешто касније у трећем одељку: „Али ово је подвргнуто изузетку: ако би владари других народа тиме били озбиљно погођени, они не би били обавезни да признају важност таквим чињењима и трансакцијама, у складу са ограничењима трећег аксиома“. Ово заслужује појашњење примерима. Примери које даје овде и у другом делу, *Савремено право (Heedensdaegse Rechtsgeleertheit)* из 1686. године, најбоље разјашњавају Хуберово становиште. Ситуације помену

као оне које остављају места примени изузетка могу се уденути у веома мали број посебних категорија.

Основно правило за Хубера је да ваљаност уговора и обавезе проистекле из њих зависе од места где је уговор закључен. Штавише, уколико је брак пуноважан у држави у којој је закључен и свечано проглашен, он ће бити важећи свугде (подложен свим изузецима трећег аксиома). Али, то зависи, као што Хуберт примећује у десетом одељку, од фикције римског права изложене у *Диџестима* 44. 7. 21: *Смајра се да је неко уговор закључио на оном месту на ком се обавезао да ће обавезе испуниши*. Тако, за брак, на пример, место брачног уговора није оно где је уговор састављен, већ где стране намеравају да живе, што ће обично бити пребивалиште брачног пара. Овај случај, свакако, има значајног одраза на заједничку имовину и друге имовинске односе брачних другова, али ове последице не следе изузетак трећег аксиома.

Прва категорија у погледу овог изузетка јесте када лица подвргнута једном праву намерно одлазе са те територије да би избегла примену тог права. Већина примера би се подвела под *fraus legis*. Следећи моменти су везани за Хубера. Будући да је био Фрижанин, коме је законом било забрањено да се ожени својом нећаком, он је са њом својевољно отишао у Брабант и оженио је; а тај брак није био признат у Фризији. (С друге стране, када се неко из Брабанта ожени не поштујући папску забрану везану за степене сродства и брачни другови се доселе у Фризију, брак који је био важећи у Брабанту, остаће у снази). Када малолетна лица под старатељством из Западне Фризије оду у Источну Фризију да склопе брак, где сагласност старатеља није неопходна, и потом се одмах врате у Западну Фризију, брак је ништав због изигравања закона. Опет, ако је роба продата на једном месту, а треба да се испоручи у месту где је забрањена, купац није везан правом тог другог места због изузетка.

Друга категорија у погледу изузетка такође је ограниченог домаћаја. Уколико су два или више уговора закључени у различитим државама и права поверилаца варирају у тим различитим државама, сходно првенству или вредности приписаној сваком од њих, суверен не треба, нити заиста може да прошири право стране територије на штету својих сопствених поданика. На пример, неке државе признају важност залагања имовине без предаје ствари као пуноважну хипотеку. Ако држава А не захтева предају, а залагање је извршено тамо без предаје, а проблем се некако појави пред судом државе Б, она ће у нормалној ситуацији признати ваљаност хипотеке, зато што је она важећа у држави А. Али, уколико је иста хипотека настала у држави А, а друга хипотека, са предајом ствари, у држави Б, у корист њеног држављанина, и спор се води пред

судом ове друге, суд мора одлучивати о питању првенства по сопственом праву, јер у случају директног сукоба интереса, суд не може да прошири страну право на штету својих грађана. У случају таквог сукоба, разумније је, каже Хубер, применити своје него туђе право.

Ограничен домет ове категорије мора бити истакнут. Он се јавља само у случају постојања најмање два уговора, који су закључени на различитим територијама, са различитим правима, када се они морају супротставити један другоме и када је једна страна држављанин државе пред којом се води спор. Ваља напоменути да се ни у таквом случају Хубер не изјашњава против ваљаности уговора склопљеног у другој држави. Тај уговор је важећи, али је његово право првенства померено или смештено иза уговора склопљеног на домаћем тлу. Хубер даје још један пример. Брачни уговор у Холандији може да садржи приватну клаузулу, важећу у Холандији, да жена неће бити одговорна за дугове које накнадно направи њен муж мимо ње. Такав споразум, да је сачињен у Фризији, одразио би се на потоње повериоце мужа само уколико би био обнародован, или уколико би се могло очекивати да повериоци имају сазнања о њему. Ако би се муж накнадно задужио у Фризији, и жена била утужена за половину дуга, а потом она, бранећи се, посегне за брачним уговором, њена одбрана била би одбијена у Фризији. Ако би се то исто дешавало у Холандији, њен приговор био би усвојен. Ова категорија у склопу изузетка јавља се само у случају постојања уговора са различитим утемељењима – мада су овога пута уговори истовремено издвојени из основног акта, приватни споразум из брачног уговора – и право првенства мора бити додељено једном од њих.

Последња група – која, као што ћемо видети, теоријски гледано није без изузетка – има посебан значај у контексту овог рада. Није њен једини значај за нас у томе што је Хубер украшава само једним примером, у осмом одељку: „Брак такође припада овим правилима. Ако је пуноважан у месту где је закључен и свечано проглашен он је ваљан и производи дејства свуда, подвргнут овом изузетку, то значи да не штети другима; чему неко може додати, уколико то није неукусан пример. Рецимо, уколико брак у другом степену, инцестан према правима народа, буде ма где допуштен. Што ће тешко игде бити случај“. Већ смо размотрили шта се подразумева под *ишџејом за друге*. Сада се морамо позабавити непризнавањем страног права с образложењем да је *неукусно и непримерено*. Судаћи према Хуберовим речима у наведеном примеру, ово је дозвољено само када је страни закон супротан праву народа (*law of the nations*). Штавише, по Хуберу, то ће тешко бити случај. У складу са тим, веома ретко ће држава бити овлашћена да не призна неко право на темељу *неукуса и неморалности*, и тада ће до непризнавања тог права доћи уз образложење да је та норма у супротности са правом народа. С обзиром на то да је трећи

аксиом део права народа, и обавезујући по том основу, чинидба или трансакција ваљана према месту настанка, али неважећа према *ius gentium*-у, према том истом *ius gentium*-у неће се признати у неком другом праву у коме би и иначе била неважећа да је тамо извршена. Мора се подвући да неваљаност не произлази из изузетка трећег аксиома, већ из самог правног основа тог аксиома.

Морамо указати на веома ограничен дOMET правих изузетака Хуберовог трећег аксиома. Аксиом је правно начело подвргнуто изузетима. Али унутар самог аксиома, изузеци су исказани толико широко да могу прогутати само начело. Ово не може бити Хуберова намера, јер је он одлучан у томе да аксиом садржи обавезујуће правило. Он је такође уверен да спектар његових изузетака може бити објашњен помоћу примера. Можда би требало да откријемо у Хуберовој језичкој ширини истанчаност која указује да је, као што ћемо видети, његов поглед на посредно обавезујућу природу правила признавања страног права ужи него онај његових савременика. Оно што из његових примера најпре треба истаћи јесте да, из предусретљивости, судови немају дискреционо право у одлучивању да ли да признају страно право или не: то питање одређено је чињеницама случаја. Да су горе наведене групе једине у којима се јавља изузетак, најјасније се види из контекста целокупне анализе Хуберовог *Савременог права*, I. 3.

Да се вратимо сада на брак у Шкотској који би закључила Енглескиња која није напунила 21 годину, без пристанка њеног оца. Брак би био важећи чак и у Енглеској, осим у случају постојања *fraus legis* у Хуберовом тумачењу, тј. када је пар намеравао да се врати и живи у Енглеској.

Хуберово становиште усвојио је Менсфилд. Прво позивање на Хубера у енглеским изворима је оно лорда Менсфилда из 1750. године у случају *Робинсон против Бленда* (*Robinson vs. Bland*). Ипак, могуће је претпоставити да је Хубер цитиран у енглеским изворима и пре тога. Он је био навођен у шкотским случајевима са позивом на предусретљивост од случаја *Годар против сер Џона Свинтона* (*Goddart vs. sir John Swynnton*), из 1713. године, шест година након уједињења са Енглеском. Тај случај тада је доспео по жалби до Горњег дома (House of Lords) и мада то извори не помињу, врло је могуће да су Хубер и а Санд (à Sande) већ били познати судским поднесцима. Штавише, између 1736–56, забележено је да је у Горњем дому расправљано пет случајева из Шкотске који су укључивали сукоб закона, а Менсфилд (који ће постати врховни судија каснијих година) појављује се као правни заступник у сваком од њих.<sup>10</sup> Менсфилдово опредељење за Хубера у овој области једна је од тема овог рада.

<sup>10</sup> Видети: Anton A. E., *The Introduction into English Practice of Continental Theories on the Conflicts of Laws, International and Comparative Law Quarterly*, 5, 1956, 538 и 543ff.

*Случај Сомерсет*, како је подвукао Менсфилд, био је пресуђен на основу ограниченог оквира налога *habeas corpus*, али у својој пресуди он јасно истиче да верује да ће последица бити ослобађање свих робова у Енглеској, а да је то оно што је он желео да избегне.

Менсфилдова дилема је огромна. Ако се проблем сведе на то да ли је Сомерсет слободан или је роб, следећи Хубера, он ће пресудити да је Сомерсет роб. Право које ће Менсфилд, на трагу Хубера, применити, биће право Вирџиније. Оно извире, застрашујуће јасно, из енглеског случаја *Холман њројив Џонсона (Holman v. Johnson)*<sup>11</sup>, три године касније, 1775. године. Менсфилдов приступ у овом случају још је драстичнији, с обзиром да се све дешава недуго после Бостонске чајанке, 1773. године. Менсфилд је цитирао Хубера и прихватио његов предлог закона. Рекао је: „У потпуности се слажем са њим“. Релевантан део код Хубера налази се у *Praelectiones* 2. 1. 3. 5, у коме читамо: „Оно што смо рекли за тестаменте такође се може применити на послове међу живима. Подразумевајући да су уговори склопљени у сагласју са правом места у коме су закључени, они ће бити подржани свуда, у суду или ван њега, чак и тамо, где тако склопљени не би важили. На пример: у неком месту, промет одређене робе је недозвољен. Уколико је продата тамо, уговор је неважећи. Али, уколико се та иста роба прода негде другде где не подлеже забрани, а тужба везана за овај уговор се поднесе у месту у коме је промет ове робе забрањен, прибавилац ће бити осуђен; зато што би (*другачија одлука – њрим. њрев.*) била супротна праву и интересима земље у којој постоји забрана, у складу са ограничењима трећег аксиома. С друге стране, ако је роба била тајно продата у месту у коме важи забрана, купопродаја би била неважећа од самог почетка, и не би давала ма какво право тужби, у ма ком месту да се она подноси, којом би се издејствовала испорука: јер, уколико роба буде испоручена, а купац одбије да плати цену на коју се обавезао, он би био дужан да то учини, али не на основу уговора, већ због чињенице да је роба испоручена, па се он обогатио на рачун туђег губитка“.

Суштина спора *Холман њројив Џонсона* сводила се на чињеницу да у Енглеској продаја нецарињеног чаја није била дозвољена. Менсфилд цитира Хуберов општи случај у *Praelectiones* 2. 1. 3. 5 и даје превод прилагођен конкретном случају: „У Енглеској, чај, за који није плаћена царина, је забрањен; и ако буде продат тамо уговор је ништав и неважећи. Али уколико буде продат и испоручен у место у коме није забрањен, као на пример, у Данкерку, а тужба везана за цену буде поднета у Енглеској, купац ће бити принуђен да плати цену; јер је оригинални уговор био ваљан и

11 1 Cowp. R. 341.

допуштен... Али ако је требало испоручити робу у Енглеску где је она забрањена; уговор је ништав и купац не би био одговоран по тужби за исплату цене, јер би то било недопустиво и штетно по Државу уколико би таква тужба била уважена“.

И он је сматрао да је небитно то што је поента трансакција била кријумчарење чаја у Енглеску. Случај је пресуђен у великој мери у складу са Хуберовим трећим аксиомом и његовим изузетком.

Ову последњу напомену ваља појаснити. Осврћући се на свој изузетак, Хубер је рекао: „Ако би тиме владари других народа били веома погођени, они не би били дужни да признају дејства таквим чинидбама и трансакцијама“. Ово је, као што смо видели, он стриктно тумачио. И Менсфилд, такође. Владари Енглеске би *били веома погођени* уколико царина на чај не би била плаћена. А намерно избегавање плаћања царине на чај био је циљ трансакције. Али за Хубера, као и за Менсфилда, уговор је пуноважан. Ништа боље не одсликава Менсфилдову доследну приврженост Хуберовом ставу о *иредусрејљивосџи*. Тако, да се у *случају Сомерсеџи* пред судом поставило питање да ли је Сомерсет роб, Менсфилд, доследан себи, морао би да остане при томе да је Сомерсет роб.

На крају, ваља приметити још нешто. Ни заступник тужиоца, ни заступник одбране нису поменули ништа о сукобу закона. Да ли су били свесни те димензије случаја? Уколико је одговор Да, морамо се упитати зашто су ћутали. Уколико је одговор Не, онда се мора поставити питање зашто је Менсфилд ћутао. Менсфилдова стратегија била је толико успешна да је чак и последњи коментатор овог случаја Стивен М. Вајз пропустио да уочи Менсфилдову дилему, и његово умишљајно – а то мора бити – заобилажење суштинског питања сукоба закона.

превео са енглеског Војислав Станимировић

Alan Watson

## JUDICIAL AUTHORITY OR ITS LACK

### *Summary*

The author has analyzed perhaps the most famous english case, and presented the problem which lord Mansfield had to solve in all its complexity. The case was about the conflict of laws. It could be solved by applying Huber's axioms, which would ground one verdict of english law in roman law, by way of dutch and scottish law. That was the case which could have

far-reaching consequences in all England. Maybe the most important issue here is the lord Mansfield's solution, intelligent and simple - he limited himself only to *habeas corpus*, instead of solving many problems that arose before him one by one.

Key words: *Conflict of laws. – Application of foreign law. – Lord Mansfield. – Sommerset vs. Stewart.*