

Алан Вотсон,
редовни професор Правног факултета
Универзитета у Џорџији

ПРАВО У КЊИГАМА, ЗАКОНУ И СТВАРНОСТИ:
УПОРЕДНОПРАВНИ ПОГЛЕД*

У раду се износе три општа закључка која се односе на развитак права кроз правну науку, законодавство и правне позајмице. Прво, аутор сматра да се државна власт често много не интересује за развој приватног права и да његово стварање углавном препушта ученим појединцима (право у књигама), чија се решења преузимају и настављају да живе вековима после њихових творца, који нису имали својство законодавца. Друго, да законодавци у већем броју случајева не одговарају адекватно на друштвене потребе и доносе нејасне норме, што је често последица неадекватног разумевања туђег права које се преузима (право у законима). Треће, да се у стварности претходна два уобичајена начина кроз које се ствара право, више него што се то обично види, ослањају на правне позајмице, које, опет, неретко зависе од случајности. У закључку аутор указује на то да се при процесу стварања права не треба устезати од правних позајмица које могу задовољити потребе неког друштва и да прихватање правних транспланата само по себи не представља знак инфериорности правног система примаоца.

Кључне речи: *Упоредно право. – Правна наука. – Законодавство. – Правни транспланати.*

Себе сматрам упоредноправним историчарем, који би требало да сагледава ствари шире, изнад времена и простора. Бавим се приватним правом. Следе три међусобно повезана закључка о праву у друштву, који представљају моја општа запажања уобличена током година. Она се не заснивају на апстрактној теорији, већ на стварним историјским дешавањима у различитим друштвима и различитим временима. С обзиром на то да је овај текст изворно имао карактер

* Овај рад у основи представља текст предавања које је Алан Вотсон одржао 26. априла 2007. године на Правном факултету Универзитета у Београду студентима прве године студија. Референце за примере у овом чланку нису дате због тога што их је аутор преузео из својих ранијих радова. Исцрпан списак његових радова, као и један број текстова у целисти, доступни су на адреси www.alanwatson.org.

предавања које сам одржао студентима Правног факултета Универзитета у Београду, у њему ће се користити језик примера који могу довољно упечатљиво да осликају шире процесе правног развоја.

1. ПРАВО У КЊИГАМА

Први закључак: власти нису претерано заинтересоване за развитак права, поготово не приватног. Оне то често препуштају подређеним законописцима којима, међутим, не дају законодавну власт. Тако се кроз књиге појединих стручњака ствара право које ће бити од далекосежног значаја, а да при том они сами нису били законодавци. На пример:

(а) Велики римски правници из периода од II века пре н.е. до око 235. године н.е., којима модерно приватно право толико дугује, били су приватна лица, иако су многи од њих, као што су Јулијан, Паул, Улпијан и Папинијан у одређеном периоду били важни јавни функционери. Други, пак, као што је то био тајанствени правник Гај, познат по својом уџбенику, нису били ни то. Ипак, многи од њихових радова, правних начела и идеја ушли су у састав Јустинијанових *Дигеста* (533. године н.е.) и тако су наставили да живе у савременом свету;

(б) Најзначајније личности у времену ране, а уједно и суштинске рецепције римског права од XI века па надаље, глосатори и постглосатори, као што су Ирнерије, Акурзије, Балдус и најпознатији од свих, Бартолус, били су универзитетски професори. Ни они нису били део власти. Али, њихово дело, које се развијало независно од налога и намера власти, надживело их је вековима, док су они који су тада чинили власт потпуно заборављени.

Из овога се назире још један образац, поред оног да се власт често сувише не интересује за приватно право: наиме, право наставља да живи дуго након смрти свог ствараоца, приватног лица, и то чак и на оним територијама које су веома удаљене од места његовог настанка, као што је то било са рецепцијом римског права. Право наставља да опстаје под веома различитим околностима (па чак и када се понекад погрешно примењује), што се такође дешава. На пример, о дугом преживљавању права које није створила власт него појединац, сведоче *Ordenações Filipinas*. Ордонансе је донео шпански владар Филип II за Португалију под шпанском влашћу, потврдио их је 1643. године Жоао IV, а оне су супсидијерно упућивале на примену давних Бартолусових ставова. *Ordenações* су потом примењиване у португалским колонијама и остале су на снази чак и пошто је Бразил постао независан 1822. године. Тако су Бартолусове књиге вековима надживеле њега самог;

(в) Развој енглеског права, оличен пре свега у раду судија чији је задатак, наводно, био да пронађу право, а не да га стварају, исто тако се не може замислити без *Коментара на законе Енглеске* Вилијама Блекстона (прво издање 1765–1769), сачињеног у време када је он био први винеријански професор на Оксфорду (почев од 1758. године). Дакле, и то незаобилазно дело, које је директно утицало на развој енглеског позитивног права, створио је појединац, у књигама, независно од власти.

Рецепција енглеског права у САД после независности такође се не може замислити без ових *Коментара*. Тамо су, наравно, била заступљена бројна америчка издања са значајним изменама, које се никако не смеју занемарити, али Блекстон је ипак остао Блекстон. Наставио је да живи и у праву новог света.

Приступачна структура Блекстонових *Коментара* била је предмет живахне расправе, али спор како је та структура настала једноставно се решава. Напросто, *Коментари* прате донекле измењену реконструкцију Јустинијанових *Институција*, коју је сачинио Дионисије Готофредус (1549–1622). Готофредус табеларно приказује распоред помоћу повезујућих линија. Блекстон чини баш исто то. Ето још једног примера екстремних позајмица и преживљавања идеје у много каснијим временима. Речју, Готофредусова структура права је преко Блекстона наставила да живи на обе стране Океана.

Можда још речитији пример оваквог начина преживљавања представља прослављени *Увод у енглеско право* Вилијама Гелдарта (прво издање из 1911, најновије издање из 1995. године). Он такође следи структуру Јустинијанових *Институција*, и то тако да обухвата следеће:

Глава 1 – Статутарно (законско) право и *common law*,

Глава 2 – *Common law* и правичност,

Глава 3 – Други извори енглеског права; = *Inst.* 1.1–2,

Глава 4 – Лица и лични односи; = *Inst.* 1.3–26; (крај *Inst.* 1.),

Глава 5 – Имовина = *Inst.* 2.1–25; 3.1–12,

Глава 6 – Уговори = *Inst.* 3.13–29; (крај *Inst.* 3),

Глава 7 – Грађанскоправни деликти = *Inst.* 4.1–5; *Inst.* 4.6–17 о судском поступку немају еквивалент код Гелдарта,

Глава 8 – Кривична дела = *Inst.* 4.18; (крај *Inst.* 4).

Чак и у оквиру појединих поглавља, Гелдартов редослед прати онај из *Институција*. Тако, пето поглавље код Гелдарта почиње излагањем концепције својине, затим следе власништво и државина, а завршава се сукцесијом. Исто тако, *Inst.* 2.1–3.12 почињу поделом ствари и завршавају се сукцесијом.

Укратко, западно право се не може замислити без доприноса научника који нису имали ауторитет власти, али су га остварили кроз њихове радове.

2. ПРАВО У ЗАКОНУ

Други закључак: чак и када право стварају познати законодавци, они често пренебрегавају да у своје законе укључе поједине важне друштвене поруке, а некада занемарују и правну сигурност. То ћемо илустровати следећим примерима:

(а) Мојсије и *Десет заповести*. Мојсије је вођа у озбиљној невољи са властитим народом, који је на ивици побуне. Уз то, његов таст му је управо рекао да се сувише замара решавајући парнице, и да би, уз Божју помоћ, требало да се бави важнијим питањима (*Излазак* 18.13 и сл.). Излаз је у законодавству. Бог долази Мојсију у помоћ и даје му *Десет заповести*, или *Десет речи* (*Излазак* 20.1 и сл.). Сигнификантно је то што Бог инсистира да *Заповести* преда Мојсију лично, далеко од народа (*Излазак* 19.10 и сл.). На сличан начин, према легенди, Аполон је дао законе Ликургу кроз пророчанство у Делфима, Зевс је подарио право Криту, а Хермес Египћанима преко Менеса. Значај свих ових традиција је очигледно био у настојању да се обезбеди лакше прихватање и одржавање одређеног законодавства. Законодавство несумњиво мора прибавити ауторитет, макар он био и верски. Најважнију улогу у законодавству има ауторитет, а не нужно његов квалитет. Законодавство је специфичан начин стварања права, једини у коме власт има непосредну контролу над правом. А основни циљ власти је да се остане на власти.

Мада се *Десет заповести* сматрају најслављенијом збирком прописа у западном свету, његова световна правна правила у су банална до екстрема: забрањује се убиство (*Излазак* 20.13), забрањује се прељуба (*Излазак* 20.14), забрањује се крађа (*Излазак* 20.15). Које би друштво – осим случаја античке Спарте у погледу крађе – пропустило да створи таква правила? А што је још важније за суштину, ови деликти нису довољно дефинисани, јер им недостаје санкција. Која казна одговара убиству, крађи или прељуби, ово законодавство не говори. Извесна прецизност је неопходна, али није дата. Ако није извршено никакво прецизирање ових појмова, у чему је онда смисао забране прељубе или крађе? На крају крајева, и прељуба и крађа су у сваком случају обухваћени последњом заповешћу о „ближњему своме“ – то су најснажнији случајеви жеље за нечим туђим: женом свога ближњег или за било чим што припада ближњем. Важно је, међутим, да је законодавац на овај начин извлачио свој ауторитет из бо-

жанског, док су сама садржина правних норми и друштвене потребе биле мање важни.

Не само да овај, световни део *Заповести*, регулише само неке ноторне односе, а да при том не предвиђа ни санкцију, већ чак и верске заповести остављају толико тога што би било пожељно да буде дефинисано. Нејасноће су и ту очигледне. Забрањено је радити седмог дана у недељи (*Излазак* 20.8 и сл.). Међутим, појам рада није дефинисан. Шта обухвата појам рада? Није нам речено. Не може нас зачудити што су у вези с тим уследиле бескрајне расправе Фарисеја и рабина. *Излазак* (20.8) каже да на Сабат „нећеш радити никакав посао – ни ти, ни твој син, ни твоја кћи, ни твој роб, ни твоја робиња, ни твоја стока, нити странац у граду твоме“. Ту постоји још један веома очигледан пропуст: „твоја жена“. Да ли је, пак, њој дозвољено да ради на Сабат? То би било веома практично! Очигледно, потребан је неко ко би протумачио *Заповести*, али тај задатак никоме није поверен.

(б) Јустинијанова свеобухватна кодификација, *Corpus iuris civilis*. Она има четири дела: *Институције* (529. година) представљају уџбеник за студенте прве године права, који има снагу закона; *Дигеста* (529. година) су опширна збирка одабраних текстова класичних правника; Јустинијанов *Кодекс* (529. година) је збирка царских конституција; *Novellae* представљају збирку закона које је касније доносио Јустинијан.

Најважнији проблем Јустинијановог времена, па и самог Јустинијана, било је питање религије: који облик хришћанства треба прихватити, која су учења јеретичка и како третирати Јевреје. Међутим, у целокупној материји *Институција* и *Дигеста*, нису ниједном споменути ни Исус, ни апостоли, ни свеци, нити црквени оци. Бог се спомиње само једном у *Институцијама*, и то у последњем тексту, *Inst.* 4.18.12. Јустинијан је ту изнео само кратак нацрт јавних оптужби који ће, како он каже, *deo propitio* бити детаљније разрађен у *Дигестама*. Реч „Бог“ спомиње се у *Дигестама* на дванаест места, али ни на једном није извесно да ли се мисли на хришћанског Бога или на стара паганска божанства. Јустинијанов *Кодекс* нешто мало више спомиње хришћанство (и антисемитизам). Међутим, и ту постоји чудесан обрт. *Институције* су биле предмет на првој години студија, *Дигеста* на другој, трећој и четвртој. Јустинијанов *Кодекс* се, као предмет проучавања, појављује само на петој години. А догле су ставови студената већ били чврсто формиран, а уз то је пета година и онако била опциона!

Јустинијан није осавременио законе паганских латинских правника класичног Рима и није успео да их прилагоди духу хришћанских грчких правника из знатно другачијег Цариграда. Тада су економски услови већ знатно били промењени. Да су *Дигеста* била на-

писана на грчком, а не на латинском, и да су одражавала ставове тог времена, никада не би остварила толики утицај на развој права у западној Европи. Тако Јустинијан као законодавац није одговорио захтевима свога времена, али је стицајем околности сачувао класично паганско римско право за хришћане потоњих векова.

Још један од многобројних примера. Древни римски *Закон XII таблица* садржао је следеће правило: *Si aqua pluvia nocet* („ако кишница причини штету“). Ово је био предмет жестоких расправа правника у периоду од II века пре наше ере до III века нове ере, а то је уједно и тема наслова 39.3 у *Дигестама*. Једно је сигурно: није било места тужби када се смањио доток воде на суседно земљиште. Јер, у том случају, није вода причинила штету, већ њен недостатак. Међутим, поставља се питање који су то радови на једном земљишту могли да доведу до поплаве на суседном земљишту и омогуће подизање тужбе за повраћај у *status quo ante*. Међу правницима је владало опште неслагање. Нових законских решења није било, правничке несугласице остале су нерешене чак и за време Јустинијана и то у битно различитим климатским околностима у Византији у односу на Рим из времена *Закон XII таблица*. Па ипак, ово правно начело је преузето много касније и у Француској. У време када су велики француски правници покушавали да генерализују право извлачећи заједничке елементе из партикуларних обичаја и римског права, Роберт Поттије (1699–1722), пренео је то правило у потпуности, не наводећи ниједан други извор у свом објашњењу, а низ питања је остао отворен. Још чудније, никакве корените промене нису начињене све до коначне ревизије нацрта Француског грађанског законика из 1804. године.

Законодавци понекад не воде рачуна о реалним друштвеним околностима, јер су често првенствено руковођени различитим другим потребама које им намеће власт, због чега су прописи неретко нејасни и непотпуни. То је поготово случај када законодавци преузимају прописе из других правних система, некад и са недовољно разумевања.

3. ПРАВО У СТВАРНОСТИ

Трећи закључак: правни транспланти. Позајмљивање је име за правничку игру и оно је најзначајније средство кроз које се спроводе промене у праву. Околност да се то толико често превиђа, може се објаснити екстремним предрасудама које полазе од идеја као што су да је „право народни дух“ или да „право оличава структуру моћи владајуће класе“. Али у претходна два наслова о којима је реч у овом

раду, транспланти су се појављивали скоро у сваком размотреном случају. Ти примери су толико истинити и очигледни да ћу се сада, са нешто више детаља, ограничити још само на следећа два из новијег времена.

Пре него што стигнемо до њих, волео бих да истакнем колико су испреплетани утицаји који обликују право у друштву. Много тога је већ дотакнуто у вези са њиховим прожимањем:

А. незаинтересованост власти за стварање права, нарочито приватног;

Б. пресудна улога споредних законописаца, који немају моћ да стварају позитивно право;

В. дуговечност правних правила у истом или у другачијем окружењу, у истој или у другој држави. (Није ни било потребе да се ово истиче као посебан закључак, јер је то очигледно.)

Најзад долазимо и до два примера правних транспланата који нам још боље осветљавају колико су два основна чиниоца правног развоја – доктринарни утицај и само законодавство – прожети позајмицама.

Када је реч о пруском владару Фридриху Великом, довољно је указати на прве плодове његовог покушаја да изврши кодификацију. *Das Project des Corpus juris Fredericiani, d.h. S.M. in der Vernunft und Landesverfassungen gegründetes Landrecht, worin das Römische Recht in eine natürliche Ordnung und richtiges System nach denen dreien Objects juris gebracht* објављен је у Халеу између 1749. и 1751. године. Сам наслов је упућујућег карактера: „Пројекат за *Corpus juris Fredericiani*, односно Законик који ће важити на територији Његовог Величанства, утемељен на разуму и правном уређењу у којима се римско право доводи у везу са природним поретком у правном систему, а у складу са трипартитном поделом“. То би значило да ова кодификација садржи *ius commune*, као и да је њена систематика једнака оној у Јустинијановим *Институцијама*. Није било никаквих покушаја да се створи ново право које би одговарало баш Пруској. Неки уводни чланови, а нарочито 15, 22, 23. и 28, јасно показују да оно што је подстицало писце пројекта није било незадовољство са *ius commune* као таквим, већ потешкоће које су пратиле покушаје да се протумачи закон, што због незадовољавајуће систематике Јустинијанове кодификације (изузев *Институција*), што захваљујући бројним текстовима правника из каснијег периода. У другом одељку првог дела прве књиге, Фридрих тврди да треба само жалити што немачки владари нису увек вршили систематизацију римског права приликом његове рецепције. Фридрихове намере, барем је то тако схватио његов познати канцелар *Samuel Cocceii*, најбоље се могу от-

крити кроз суштинска начела ове кодификације. То што захваљујући Седмогодишњем рату ова кодификација никада није ступила на снагу, што Франц Виакер сматра за прилично срећну околност, овде није од неког већег значаја. Успех којим су крунисани потоњи покушаји кодификације (са очигледно различитим циљевима) Фридрих дугује новој генерацији правника и филозофа.

Следећи пример је Ататурк, који је на више начина желео да изврши реформу и модернизује живот у Турској, у чему је био веома успешан. Он је 1926. године донео Турски грађански законик (*Türk Kanunnu Medenîsi*), који је садржао две швајцарске кодификације: *Schweizerisches Gesetzbuch* и *Obligationenrecht*. У Турској је исте године донет и Трговински законик, који је представљао компилацију бројних иностраних кодификација. Године 1929. донет је и Поморски законик, који представља превод четврте књиге Немачког трговинског законика (*Handelsgesetzbuch*).

Махмут Есад Бозкурт, тадашњи турски министар правде, објаснио је у Зборнику Правног факултета у Истанбулу, који је био посвећен обележавању петнаестогодишњице Законика, разлоге за његово доношење. Прво, турски правни систем био је назадан и примитиван. На снази су била три верска закона: исламски, хришћански и јеврејски, и за сваки је постојао посебан суд. Само су нека врста закона о облигационим односима (*Mecelle*) и закон о својинскоправним односима били заједнички за све.¹ Друго, тако необичан правни систем, са три врсте закона које примењују три врсте судова, није могао да одговара модерном схватању државе и њеног јединства. Треће и најзначајније, сваки пут када је Турска захтевала од победничких савезника да уклоне капитулационе услове из Првог светског рата, они су је одбили, истичући заосталост турског правног система и његову повезаност са религијом. Када су као резултат мировног уговора у Лозани услови капитулације уклоњени, Турци су преузели обавезу да уреде свој правосудни систем на потпуно нов начин и то са новим правним системом, новим законима и новим судовима. Као што рече Бозкурт, систем је требало да постане, речју, „светски“. Обавезе које су Турци преузели по основу уговора из Лозане морале су се испунити што је брже било могуће. За време Првог светског рата у Истанбулу су већ биле образоване комисије за припрему закона, које су почеле са радом. Резултати су претресани 1924. године. После седам или осам година рада, Турци су употпунили само две стотине члано-

¹ Овде бих убацио коментар: нисам сигуран зашто би било назадно имати одвојена правна правила са одвојеним судовима за одлучивање о питањима из породичног и наследног права. То значи да у пракси поједине породице, иако живе у унитарном систему, имају право да одаберу прописе из оног правног система који одговара њиховим веровањима.

ва Закона о облигационим односима; одељке о наслеђивању, стара-тељству, форми брака и разводу из грађанског законика, као и око осамдесет чланова кривичног законика. Чак је и Закон о промету непокретности представљао само торзо. Због тога ће, након сагледавања различитих система који су постојали у свету, уследити закључак да су поменуте две швајцарске кодификације најпогодније да буду усвојене готово у целости.

Иако су се побуде разликовале од оних из раније рецепције (знатна модернизација друштва, пре него попуњавање правних празнина), турска рецепција у осталом није одударала од других. Како је стварање новог самосталног закона пуно потешкоћа, било је много једноставније позајмити га од већ постојећег, софистициранијег система, који може бити коришћен као узор, нарочито када је тај закон доступан у писаном облику. До тада је, свакако, настало више одличних законика, као што су били веома цењени француски, немачки и швајцарски, који би послужили за узор. Ипак, зашто је одабрано баш швајцарско право? На ово питање било је различитих одговора, али су, по мом мишљењу, три најважнија: швајцарске кодификације су биле најмодерније; Швајцарска је за време рата била неутрална, док је француско право било право бившег непријатеља, а немачко – право пораженог савезника; и, најзад, Бозкурт је студирао право у Швајцарској, тако да је са швајцарским законима био најбоље упознат. Немачки научник Хирш, који је био професор привредног права у Истамбулу и Анкари између 1933. и 1952. године, нарочито наглашава значај последњег фактора, који је, по његовом мишљењу, био преовлађујући. У сваком случају, било би неосновано помислити да је швајцарско право на било који начин боље одговарало него француско или немачко оном моделу друштва коме је Турска стремила.

При том, Турци нису прихватили нека швајцарска правила, док су друга изменили. На пример, у Швајцарској је правни режим за имовину супруга заједничка имовина (члан 178. Швајцарског грађанског законика), док је у Турској то одвојена имовина (члан 170. Турског грађанског законика); у Турској (члан 444. став 2. Турског грађанског законика) удовичко плодоуживање обухвата мањи део него у Швајцарској (члан 462. став 2. Швајцарског грађанског законика); у Швајцарској судско растављање од супруга може бити проглашено на неодређено време (члан 174. став 1. Швајцарског грађанског законика); напуштање супружника као основ за развод у Швајцарској је морало да траје најмање две године (члан 140. Швајцарског грађанског законика), док је у Турској морало трајати најмање три месеца (члан 132. Турског грађанског законика); доња старосна граница за ступање у брак у Швајцарској била је двадесет година за мушкарце и осамнаест година за жене, а у Турској осамнаест за мушкарце, а седамнаест за жене.

Нека правила су случајно била погрешно преведена, што је за коначан резултат имало разлику у односу на систем из кога су презета. Неким правилима је у преводу намерно дат други смисао. С друге стране, нека су остала само мртво слово на папиру, зато што нису била прилагођена турским условима. Турски судови су у оживљавању правила кроз њихово тумачење могли, као што су често, али не увек, и радили, пратити тумачења швајцарских судова. Међутим, многа правила су имала различит друштвени значај у овим двама земљама, као доња старосна граница за ступање у брак или захтев за развод. Коначно, оваква рецепција, брза онолико колико је Ататурк то желео, биће, баш као што је била и рецепција римског права у другим системима, спор процес, а брзина и размере њеног успеха (који никада није потпун) мењаће се у зависности од околности. Пре него што почне да се примењује, сваки нови закон настао из масивне трансплантације морају да науче судије, адвокати и народ. У случају Турске, где се нови правни систем у толикој мери разликовао од претходног и био толико близак европским узорима, једино решење било је да се доведу инострани професори из Немачке и Швајцарске, као што су то били Андреас Б. Шварц (*Andreas B. Schwartz*), и Ернест Е. Хирш (*Ernest E. Hirsch*), који би подучавали новим законима, као и да се млади адвокати и професори шаљу на студије права у Европу. Поред тога, одређени аспекти традиционалног друштвеног живота, на пример, брак, споро су реаговали на притисак новог закона, што је особито било заступљено у провинцијама. Веома је значајно што се у есејима објављеним поводом тринаестогодишњице Турског грађанског законика наглашава размера у којој рецепција није била прихваћена. У другим, објављеним већ поводом његове петнаестогодишњице, рецепција се прихвата, уз истицање њене континуиране природе и чињенице да она није нити ће бити потпуна. Курт Липштајн (*Kurt Lipstein*) је 1956. године описао домашај прихватања обавезности грађанског брака као, у најмању руку, разочарање. Џун Стар (*June Starr*) је 1978. године пренела да у селу које је проучавала, није открила довољно доказа „да су мештани много заинтересовани за добијење дозволе за склапање грађанског брака“.

Успех или барем делимичан успех трансплантовања швајцарских правничких идеја у Турској даје нам добар увид у то шта се дешава када један мање „модеран“ или мање „развијен“ систем дође у снажан контакт са софистицираним савременим системом. Тај увид нас просто заслепи када приметимо да је Еуген Хубер (*Eugen Huber*), који је сам био одговоран за стварање Швајцарског грађанског законика, рекао да „закон из мисли народа мора бити преточен у речи. Разуман човек који га чита, који схвата једно доба и његове потребе, мора увидети да је закон потекао од народа“. Вирцил Росел (*Virgil Rossel*) изјавио је да „нарочито ако би неко рекао за Француски грађански законик да је писани разум, ми намеравамо да се управља-

мо према смислу народног духа, подижући морални ниво нашег права што је више могуће и били бисмо срећни када би се једног дана за Швајцарски грађански законик рекло да он до одређене мере представља писани унутрашњи осећај моралности“. Међутим, исти тај Вирцил Росел био је веома свестан да разлике између закона различитих швајцарских кантона не би могле да се објасне преко религије, економије, језика или „расе“.

Швајцарска кодификација била је намењена онима који су радили на томе да она представља писану моралну свест швајцарског народа. Арбитрерна и разнолика правила кантонских права била су ублажена савезним правом које је прилагођено Швајцарцима. „Швајцарство“ кодификације је наглашено. Међутим, швајцарску кодификацију могла је преузети, скоро у целости, неколико година касније Турска, земља са изражено другачијом историјом, правном традицијом, религијом, културом, економијом, политичким уређењем, и географским и климатским условима. Турска под Ататурком представља врхунски пример не само правних транспланата, већ и револуције у праву. Суштинских промена било је мало и оне нису биле од великог значаја. Али, оно што је упадљиво јесте то да су ова два швајцарска законика њихови творци држали за особито швајцарске кодексе, усклађене са швајцарским духом и моралном свешћу. Ипак, пишући о турском брачном праву, Н. У. Гурпинар (*N. U. Gürpınar*) тврди да је „након револуције у Турској било потребно хитно створити право које би одговарало начелима владе Турске републике. У контексту грађанског права, посреди је Турски грађански законик преузет из Швајцарске.“ Тако, у општијем смислу, после објашњавања потребе за модерним Турским закоником Б. Н. Есен (*B. N. Esen*) пише:

„Такво је било чињенично стање. Швајцарска је увек била и остала *par excellence* земља демократије. Као земља са дугом демократском прошлешћу, Швајцарска се могла сматрати посебно позваном да служи као узор за грађански законик. Турска се ни у једном тренутку није устручавала од тога. И у 1926. години *Schweizerisches Gesetzbuch* и швајцарски *Obligationsrecht* су били преузети са мањим променама као писано право државе. Ако су ови законици страног порекла били употребљивани у Турској четврт века без и најмањих потешкоћа, онда то иде у прилог следећој тврдњи. Управо зато што они тачно одражавају духовну склоност свог друштвеног миљеа, у њима се огледа идеја права и правде места у коме су они тумачени и употребљавани.“

Тако, када је реч о приватном и привредном праву, револуционарни вођа, стремећи демократији у Турској, могао је да пронађе скоро све што му је било потребно у законцима прилагођеним веома различитим условима у Швајцарској. Ја се не слажем у потпунос-

ти са Есеном. Стварање грађанског законика за Турску показало се као веома тешко. Због тога се прибегло позајмљивању узора. Швајцарско право није било лако прихваћено у пракси. Не верујем да је Швајцарски грађански законик представљао тачно оно што је било жељено или потребно. Али, он је одиграо своју улогу.

За мене се пример практичног значаја мојих аргумената налази у утицају који је извршио превод на српски језик моје књиге *Правни транспланти*, Београд, 2000. Ова књига је сада део литературе за обавезни курс „Упоредна правна традиција“ на првој години Правног факултета Универзитета у Београду. Београдски професор права Сима Аврамовић, писао ми је да је на завршном испиту велики број студената добро разумевао и прихватао идеје из ове моје књиге. Садашњи београдски студенти ускоро ће постати врхунске судије и законодавци у Србији, где је до сада било раширено опште осећање да позајмити право из неког другог система представља знак инфериорности, што је за последицу имало уздржавање од позајмљивања. Међутим, сада су студенти постали свесни како је позајмљивање у правом смислу речи универзална појава, која је потпуно прилична и за Србију.

Дакако, неки ће тврдити да је правно позајмљивање веома селективно, и да због тога позајмљено право и даље рефлектује друштво. Ја бих се, наравно, сложио са тим да је позајмљивање селективно. Међутим, та селективност не треба да буде изједначена са потрагом за правилима која најбоље одговарају социјалним, економским и политичким условима државе која их позајмљује. Често право бива позајмљено зато што је ту. Фактори обухватају следеће: (1) наметање права од окупаторске силе, која остаје ту и по завршетку окупације; (2) доступност страног права зато што је оно на језику који се добро разуме или је доступан у употребљивој форми, као што су Гајеве *Институције*, Јустинијанове *Институције* и потоње бројне локалне *Институције*; (3) потрага за легитимитетом неке врсте, било од законодаваца који желе да подупру своју снагу ослањајући се на већ потврђене узоре, било од судија или правника који очајнички желе ауторитет, али им локални ауторитет недостаје; (4) случајност – на пример, када се Србија изборила за своју независност од Турске и стварала нови правни систем, окренула се прво Француском грађанском законнику, али се, пошто се преводилац показао као недовољно компетентан, преусмерила на Аустријски грађански законик.

Заиста, чак и љубав може да направи неред у праву због стицаја околности и случајности. Дајем два примера. Прво, римски сенат је одобрио декрет којим је омогућено да се несрећни император Клаудије ожени ћерком свога брата, Агрипином, али се и даље сматрало за инцест када неко има полни однос са ћерком своје сестре (С. 1.162), и та правила су још увек важила за време Улпијана, кога је

223. године убила преторијанска гарда (*Coll.* 6. 1.). Друго, због великог Јустинијана и његове жеље да се ожени Теодором, која је била глумица или нешто горе, његов ујак Јустин је 530. године издао наредбу која је дозволила да се угледни грађани смеју женити глумицама. Поврх свега, одредба о којој говоримо, *C.* 5. 4. 23, мада је имала за повод један конкретан, социјално прилично проблематичан случај, пуна је верског моралисања. Случајност је чест узрок стварања норми одређеног садржаја.

Надам се да сам показао да је уобичајено разликовање права у књигама, законодавству и права у стварности сувише поједностављено. Разликовање постоји, али право у књигама мора бити рашчлањено. Дobar део права у књигама рефлектује услове, жеље и потребе друштва у коме се примењује. Но, исто тако, много тога је у њима прихваћено зато што је позајмљено, углавном без много размишљања и обично без било какве интервенције власти. А потом, такво право може постати дуговечно. Историја показује да на позајмљено страно право не треба нужно гледати као на право које не може да задовољи потребе неког друштва. Оно може бити једнако задовољавајуће као и право средине. Све често зависи од стицаја околности и случајности.

Због тога, за мене је право мистерија. И да бисмо разумели право, не смемо га брутално лишавати његове мистериозности. Мистерију треба суптилно одгонетнути.

Превод на српски:
Ана Батрићевић
Виктор Милосављевић

Alan Watson

Distinguished Research Professor and Ernest P. Rogers Chair
University of Georgia School of Law

LAW IN BOOKS, LAW AND REALITY: A COMPARATIVE LAW PERSPECTIVE

Summary

I consider myself a comparative legal historian and range widely over time and space. My interest is in private law. My general conclusions, developed over years, on law in society are three and are interconnected and are as follows.

First Conclusion: Governments are not much interested in developing law especially not private law. They generally leave this to subordinate law makers to whom, however, they do not grant power to make law.

Second Conclusion: Even when famous legislators emerge, they are seldom much interested in inserting a particular social message or even certainty into their laws.

Third Conclusion: Borrowing is the name of the legal game and is the most prominent means of legal change. That this is so often overlooked can only be explained by extreme prejudice brought about by notions such as that „Law is the Spirit of the People“ or that „Law reflects the Power Structure of the Ruling Class“. In the previous two main streams of legal development mentioned above (in books and in legislation) legal transplants have appeared in almost every situation discussed.

The commonly-made distinction between law in books and law in action is too simple. The distinction is valid, but law in books must be subdivided. Much law in books reflects the conditions, needs and desires of the society in which it operates. But likewise much is accepted because it was borrowed often without much thought, and often without the intervention of any government. History shows that borrowed law, foreign law, is not necessarily to be regarded as unsatisfactory law. It may be as satisfactory as indigenous law. Law to me is a mystery and to understand law it must not be deprived – brutally – of its mystery. The mystery must be gently unraveled.

Key words: *Comparative law. – Legal doctrine. – Legislation. – Legal transplants.*