
УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

ВЕЛИКИ ПРАВНИ СИСТЕМИ
(УНИВЕРЗАЛНО УПОРЕДНО ПРАВО)

АУТОРИЗОВАНЕ БЕЛЕШКЕ СА ПРЕДАВАЊА
ПРОФ. ДР МИЛАНА ПЕТРОВИЋА

Приредио Милош Прица

Ниш, 2009.

Идеја и значај изучавања страног права

Назив предмета је Велики правни системи, с тим што се може назвати и „Универзално упоредно право“.

На најопштији начин предмет Великих правних система су страна права. И сама околност да је за нашу земљу познавање страних права од све већег значаја, довела је то тога да се овај предмет пажљивије изучава на нашим Правним факултетима. Када сам студирао на последипломским студијама на Правном факултету у Београду, Велики правни системи био је предмет на последипломским студијама, а на редовним студијама није га уопште било. Међутим, када је наша земља почела да се приближава Европској Унији порасло је природно интересовање за овај предмет.

Велики правни системи или Универзално упоредно право може да се посматра на два начина: један је метод и то је неспорно, да је упоредно право један метод изучавања права који је од великог значаја како у законодавству тако и у науци. Рецимо, када се пише какав значајан закон, онда се траже преводи закона који регулишу ту материју у неким другим земљама, нарочито када се ради о земљама које су сродне у правном погледу с нама и под чијим је утицајем наше право раније стајало. Нарочито се има у виду немачко, аустријско, француско и швајцарско право.

Даље, приликом бављења правном науком неопходно је да они који пишу магистарске тезе и докторске дисертације дају осврт и на права поменутих земаља и евентуално англосаксонских земаља.

Међутим, познавање страних права веома је значајно и у пракси, чак је неопходно (међународно приватно право). Међународно приватно право решава питање сукоба закона уколико се ради о правним односима са елементом иностраности. Примера ради, једна мађарска и једна београдска фирма закључе уговор о купопродаји у Паризу. Наша страна као купац осети се оштећеном и поднесе тужбу код нашег суда. Видите те елементе иностраности (Србија, Мађарска, Француска). Да ли ће се применити право Србије, Мађарске или Француске? Суд мора прво утврдити да ли је надлежан у конкретном случају. Отвара се и ново питање сукоба јурисдикција. Међународно приватно право само упућује које право ће се применити у конкретном случају. Ако суд утврди да у конкретном случају мора да се примени француско право, он ће морати да зна француско право. Дакле, ево једног елемента где је неопходно да се познаје страно право. Један пример из породичног права: један Арапин се ожени једном женом у Србији која има наше држављанство. Арапин се бавио трговином, зарадио велике паре и умро. Појави се његова супруга као наследник. Но, он се пре тога оженио у Саудијској Арабији. Тамо важи шеријатско право, где је дозвољено да један мушкарац има четири жене јер је пророк Мухамед имао четири жене. Има доста земаља у којима важи исламско право. Као наследници појаве се и деца. Шта да уради наш судија? У нашем праву дозвољен је моногаман брак (две особе различитог пола могу само да закључе брак). Бигамија, двобрачност је кривично дело. Шта да ради судија? Које право да примени? Ако примени наше право, онда

ће наслеђивати само прва супруга из Саудијске Арабије, она друга неће наслеђивати. Даље, и приликом наслеђивања постоје велике разлике. У нашем праву супруга уколико у браку има и деце наслеђује једнак део заоставштине са сваким појединим дететом. У исламском праву које важи у Саудијској Арабији, супруга наслеђује само 1/8 уколико има деце а уколико нема деце у нашем праву наслеђује 1/2, а у исламском праву уколико нема деце наслеђује 1/4. Остало наслеђују браћа. Сад видите каква је то загонетка за судију. Међународно приватно право само указује које ће се право применити, а шта ће се у конкретном случају применити може одговорити само упоредно право. Имате и следећу ситуацију упућивања: судија дође до закључка да треба применити арапско право а арапско право у својим колизионим нормама упућује на примену нашега права. То вам је тзв. *renvoi*.

Полигамија је општи појам који означава вишебрачност. Полиандрија означава више мушкараца, а полигинија је више жена. Због оваквих случајева у међународном приватном праву у САД се Међународно приватно право и упоредно право изучавају заједно.

Имамо и неке друге случајеве где је неопходно познавање страног права. Ми смо дотакли у излагању питање међународног суда у Стразбуру. То је европски суд за права човека који је основан при Савету Европе. Тај суд штити права човека од повреда које би могле учинити земље чланице и јавља се на неки начин као највиша инстанца, као врховни суд уколико су исцрпљена сва правна средства у земљи. Ево једног примера: мајка једног Чечена се појавила као тужилац против Русије јер су током сукоба у Чеченији руски војници убили њеног сина. Она се прво обратила суду у Чеченији и затим суду у Москви и у оба случаја је изгубила спор. Она се обратила напоскон Суду у Стразбуру и Русија је обвезана да плати велики износ. Међутим, да би суд уопште поступао он мора да познаје руско право јер он руско право не може да игнорише приликом пресуђивања једног таквог спора.

Значај страног права постоји и код уклањања правних празнина. Правна празнина је одсуство регулисања у некој правној норми односно правној установи а сматра се да то регулисање мора да буде присутно. Нарочито се то питање појављивало у Србији и Југославији до 1941. године а после и на други начин. Рецимо грађански законик Србије из 1844. године био је делимично препис Аустријског општег грађанског законика од 1811. године. С тим што су неке ствари биле додате (нпр. задруге) које аустријско право не познаје. Преписивач је приликом преписивања изоставио неке установе аустријског права које је онда судија морао да попуњава тако што је узео оригинални текст аустријског законика и онда видео како је аустријски законодавац регулисао односно материју.

Да наставимо са излагањем о улози страног права код попуњавања правних празнина. Кажем у Краљевини Југославији је мањи проблем био него касније у социјалистичкој Југославији јер је 1946. године био донесен Закон о неважности правних прописа донесених до 1941. године и прописа донесених за време непријатељске окупације од 6. априла 1941. године до завршетка рата односно окупације. Тај закон је, уз сличан закон Совјетске Русије, уникум у светском праву јер је тим законом укинута, аброгирана целокупно право које је дотле важило, осим неких прописа које је донела социјалистичка власт. Тај закон је, међутим, поред те

опште одредбе о аброгацији предвиђао и могућност да се закони донесени до 6. априла 1941. године и друга правна правила могу примењивати али само у својству правних правила. Дакле, не као обавезне норме него једино уколико би државни органи сматрали да та правила могу да се примене тј. да та правила стоје у сагласности са правилима и схватањима социјалистичког права. Судови и државни органи, мислим органи управе, примењивали су нека од тих правних правила. Међутим, показало се да су она недовољна. Нпр. Грађански законик Србије предвиђао је одговорност за накнаду штете једино ако је штета проузрокована скривљено тј. ако је неко проузроковао штету намерно или из непажње. Међутим, нарочити проблем изазивале су тзв. опасне ствари о којима Грађански законик Србије из 1844. године није имао никакве представе. Наиме, појавила су се индустријска постројења и нарочито се појавио аутомобил као једна посебна врста опасне ствари. И онда су наши судови имајући у виду достигнућа страних права која су била модернија од србијанског права, у судској пракси увели одговорност за опасне ствари без кривице. Нпр. ако би возач аутомобила прегазео неко лице, онда по Законику Србије морало се утврдити да ли је возач аутомобила био крив или није? Уколико није био крив, уколико његовој свести није могао да се припише никакав недостатак, онда одговорности не би било. Међутим, сада по новој одговорности која је имала сасвим другачији карактер било је сасвим супротно. Чак и онда када је возач аутомобила савршено исправно возио, када његовој свести није могао да се припише никакав недостатак, када је био изузетно пажљив, онда је ипак одговарао. Нарочито је одговарао власник ствари јер је то била опасна ствар. Та одговорност је касније унета у законодавство, али кажем да су ту празнину коју је оставио Грађански законик прво судови попуњавали.

Даље, проучавање страног права је усавршавање сопственог законодавства. Наиме, и о томе ћемо говорити касније - наше право није сасвим оригинално. Оно стоји у сродству са неким другим правним системима који образују с једне стране велики правни систем – романско–германски и с друге стране, велики правни систем – словенско-руски. Што ће рећи, наш правни систем садржи елементе и једног и другог великог правног система. И у том случају када би се доносио неки закон онда су његови доносиоци били инспирисани неким другим правом које је било меродавније, значајније, старије од нашег права. Ја сам већ поменуо да је Србијански грађански законик био скраћен препис Општег грађанског законика Аустрије. Кривични законик Србије донесен је под утицајем Кривичног законика Пруске као највеће немачке државе. Када је у нас увођена парламентарна демократија, у виду парламентарне монархије, Уставом из 1888. године, тај Устав је био инспирисан државним уређењем Енглеске. Опет после изведене социјалистичке револуције наше право је било под великим утицајем права Совјетског Савеза и тзв. народних демократија. Нарочито Устав из 1946. године био је препис Устава Совјетског Савеза уз одређене модификације, али основ је био Устав Совјетског Савеза из 1936. године. Такође, совјетско законодавство о породици, браку и наслеђивању било је узор нашег законодавства које је касније донесено. Међутим, тај утицај почео је да се смањује од како је код нас уведена социјалистичка робна производња која је представљала супротност од економског система у Совјетском Савезу који је почивао на планској економији, на негацији тржишта и зато за нас постају опет интересантни законици и закони западних

земаља. Тако је наш угледни професор Београдског Правног факултета Михаило Константиновић написао скицу за законик о облигацијама у којој су нарочито били присутни елементи швајцарског права јер се сматрало да управо швајцарски Закон о облигацијама најмодернији и најзгоднији да се унесе у наше право. Напокон, када се Србија после нестанка Југославије почела да приближава ЕУ дошло је до све већег утицаја права ЕУ на наше законодавство. Дакле, ради се о трајном процесу прилагођавања које је последица утицаја страних великих правних система.

Идеја светског права

Међутим, постоји још једна идеја која стоји иза упоредног права и примене упоредног метода, а то идеја светског права. Веома велики број правних научника, али и одређених земаља, као и одређених институција, као што је Римокатоличка црква, стоји на становишту да постоји једно светско право заједничко целом човечанству и да је задатак држава да своја права усагласе тако да у једном тренутку то светско право пређе из латентне фазе у актуелну фазу, да се реализује. Последица тог схватања је најпре стварање Друштва народа 1920. године, а потом и ОУН 1945. године као светских организација чији је први и основни задатак одржавање светског мира, али такође и стварање правних правила која би била заједничка свим земљама. Захваљујући томе закључени су многи међународни уговори који су постали права различитих земаља. Даље, усвојена је од ОУН Декларација о правима човека, која почива на либералној идеји права човека и коју су прихватале као међународну обавезу и потом унеле у своја права земље које нису познавале либерална права човека.

Ја бих се вратио на сам почетак тог процеса идеје светског права. Она је на неки начин била присутна још у старом веку у грчкој филозофској школи стоицизма која превладава старо античко схватање да право има искључиво национални карактер а да странац представља получовека, непријатеља који нема никаква права. Такво схватање имало је и за последицу ропство, које је још у античко време била критиковано јер је доводило до тога да један човек има власт над другим човеком као да је ствар. Римска држава као највећа држава европског света имала је освајачки карактер, имала је робовласнички карактер а са савремене тачке гледишта имала је геноцидни карактер јер многе народе Римљани су истребили тј. уништавали су све оне који су се противили романизацији. Видите, сама идеја романизације имала је за циљ да створи једно јединство, не само да припадници других народа буду третирани као Варвари него да се интегришу у Римско царство. С тим у вези, Римљани су створили једно право које је први пут у историји човечанства имало за циљ стварање једног светског права. Римско право је испочетка имало чисто национални карактер, важило је само за римске грађане – Квириите па се то римско право звало *ius civile* (грађанско право) и *ius quiritium*. Али у римској држави постојали су људи који нису римски грађани, припадници народа које је римска држава насилно интегрисала. Припадници других народа Италије: Гали, Британци, неки германски народи, Илири, Грци, Јевреји, Сиријци, Египћани,

Маури (становници Северне Африке), сви су они су имали своја национална права. Међутим, пошто је римска држава хтела да створи своје универзално право, поставило се питање како решавати правне односе, рецимо између Сиријаца и Египћана, између Илира и Гала и опет самих Римљана са тим другим народима. Зато је једном посебном установом, установом претора перегринуса, претора за странце-перегрине, створено једно право другачије од римског *ius civile*, чији је основ било најпре право других италијанских племена а потом и свих народа. То је тзв. *ius gentium* које се изједначава са *ius naturale*, са природним правом за које се сматрало да важи за све људе. И пошто је *ius gentium* био једноставнији од компликованог *ius civile* и сами Римљани су почели да користе *ius gentium* и тако је дошло до првог настанка концепције светског права. Напокон, идеал старог Рима је био тај да цело човечанство треба да има једну религију. И захваљујући Риму и римском праву настала је та религија – хришћанство. Прво се римска држава одупирала хришћанству а онда су римски цареви схватили да је за јединство римске државе неопходна та религија, да она највише одговара концепту па су је наметала и огњем и мачем, а показало се у одређеној мери и на добробит оних који су прихватили хришћанство. Дакле, за разлику од неких старих царстава која су ишла само за поробљавањем, потчињавањем, као што је били старо Вавилонско царство или старо Асирско царство, која су зато и нестала нетрагом, римска држава нам је баштинила римско право као светско право и хришћанство као светску религију. Римско царство је пропало под најездом различитих, посебно германских племена у периоду сеобе народа. Али, хришћанска црква је опстала и захваљујући хришћанској цркви и римско право јер хришћанска црква га је примењивала и на западу имала привилегију да живи у складу са римским правом. То су јој признали германски владари. *Ex iure romano vivit ecclesia christiana*. (По римском праву живи хришћанска црква.) И то је једно такође фундаментално правило. Но, осим цркве, остали народи нису живили по римском праву, већ по својим обичајним правима. Ипак, када је дошло до стварања јединства Западне Европе, када се римокатоличка црква уздигла изнад појединих владара, када су настале велике националне државе, као што је Немачко царство, Француска, Енглеска и Шпанија, када су градови ојачали и почео економски саобраћај међу њима, почело је најпре у Италији, у Болоњи, да се изучава римско право. И ти научници школовани у Италији, али и из других европских народа, почели су да римско право поново пропагирају у сопственим земљама. И пошто су ти правници били практичари, судије и адвокати, постепено су судови почели да примењују римско право као савршеније право од обичаја који су до тада важили. Тако постепено долази до рецепције римског права, до усвајања римског права у великим западним земљама. С тим што је то опет било веома важно правно правило да се римско право усваја у целини, не поједине норме и не поједини институти као одређене целине, него свеколико римско право или како се говорило *in complexum*. Дакле, одједном је оживљено целокупно римско право. То римско право је заправо била кодификација коју је начинио Византијски цар Јустинијан у VI веку, али уз ту кодификацију су важиле глосе које су различити научници писали уз текст Јустинијанове кодификације при чему је најважнија Акурсијева глоса, која је касније штампана. Разуме се, појава штампарија је изузетно много помогла ширењу римског права.

Ја бих овде поменуо једну веома значајну силу у Европи која није извршила рецепцију римског права – Енглеску. У Енглеској је био веома јак сталеж адвоката и судија који су стварали право и они нису хтели да њихово право које су створили буде потиснуто римским правом. Зато је у Енглеској, за разлику од других европских земаља остало на снази земаљско судско обичајно право, тзв. common law. Занимљиво је да је у Шкотској, која је била самостална држава на северу Британскога острва, извршена рецепција римског права, тако да и дан-данас шкотско грађанско право има веће сличности са француским него са енглеским правом. Али, треба имати у виду да је римско право извршило велики утицај и на енглеско право јер црква у Енглеској је примењивала римско право а црквено право, пошто је тада црква била државна, морало је да утиче и на грађанско право у ширем смислу световног права. Даље, енглески правници су били веома образовани. Они су читали изворе римског права, тако да је без сваке сумње римско право било присутно у енглеском праву. Веома је важно истаћи да су управо англосаксонски народи били ти који су се у новије време залагали за стварање светског права.

Дакле, та концепција светског права је била покретач развоја упоредног права и већ око 1830. године у Француској се оснива Институт за изучавање страних законодавстава. То чине и друге земље. Године 1900. одржан је Конгрес у Паризу, светски конгрес за упоредно право, где су се појавили еминентни научници који су се бавили упоредним правом. Нарочито међу њима заузима место Салеј. Салејев ученик Едуар Ламбер основаће после првог светског рата у Лиону први институт за упоредно право. Један број српских научника били су Ламберови студенти и докторирали су у Лиону на основу примене упоредног метода. Ја бих нарочито истакао професора Миливоја Марковића, који је докторирао на тему злоупотребе права у упоредном праву. Био је професор Правног факултета у Нишу - предавао је Грађанско процесно право. И поред тога, у Краљевини Југославији није постојало интересовање за изучавањем упоредног права. Тек после Другог светског рата, 1955. године донесена је уредба о оснивању Института за упоредно право који је почео са радом 1. 1. 1956. године. Идејни творац Института за упоредно право био је професор Правног факултета у Београду и троструки ректор Београдског универзитета Борислав Благојевић. Поменуо бих да се и у другим земљама, како западним, тако и социјалистичким, оснивају институти за упоредно право.

У Стразбуру један знаменити правни писац и шпански емигрант, који је избегао у време грађанског рата, Де Сола Канитарес оснива Међународни факултет за упоредно право на коме се упоредно право изучава на неки начин као специјализоване последипломске студије.

Прошле године изашла је велика књига на енглеском посвећена упоредном праву. У тој књизи спомиње се крајње штуро Југославија и Бора Благојевић иако је био један од највећих стручњака и промотора упоредног права.

Појам, предмет и метод науке Великих правних система

По једном схватању Упоредно право је само метод упоређивања. Међутим, касније, отприлике после Другог светског рата, нарочито захваљујући радовима француског професора Ренеа Давида, заузет је став у науци да Велики правни системи представљају нешто засебно, нешто другачије од пуког метода поређења. Рене Давид и други правни научници створили су појам Великих правних система који се још називају правним породицама и који обухватају већи број позитивних права. Углавном сви писци се слажу у погледу тога шта улази у Велике правне системе. Једино постоје размимоилажења који су критеријуми по којима се одређени правни поретци сврставају у поједини велики правни систем. Који је, наиме, стил права који опредељује да у велики правни систем један правни поредак улази, односно не улази. По мом мишљењу, пресудна су два критеријума: систем извора права и правна техника као први критеријум и правни принципи који у укупности чине нешто што бисмо могли назвати правном идеологијом. Тако да имамо следеће велике правне системе:

1. Сродни:

- 1.1 Романско-германско-словенски велики правни систем,
- 1.2 Англосаксонски велики правни систем.

2. Несродни:

Муслимански велики правни систем.

3. Мешовити правни системи (представљају додирне тачке између великих правних система), а то су нарочито: хиндуистички, кинески и јапански правни систем.

4. Религиозни правни системи (јеврејско право и хришћанско право) који су некад постојали извршили су велики утицај на развој права.

Сада бисмо дотакли и питање метода који ова наука коју називамо Велики правни системи или Универзално упоредно право примењује. Најпре, примењује правни или егзегетски метод у ужем смислу а то је тачно сазнавање садржине правних норми и правних установа уз употребу традиционалних правних метода тумачења, нарочито језичког, логичког, историјског, систематског и циљног метода тумачења. Даље, тај егзегетски метод неки називају идиографским методом. Поред тог метода постоји номотетички метод чија је сврха утврђивање узрока настанка појединих норми, установа па чак и великих правних система у целини. И најзад, функционални метод који је најприсутнији, најатрактивнији у науци упоредног права, при чему постоје различита схватања функције. По некима функција и узрок

су исто. По другима циљ и функција су исто. И напokon, постоји трећи најновији метод функционалне анализе а то је метод алтернативних функција. Ево ја ћу вам навести један пример функционалне анализе у упоредном праву. У суседским односима постоји могућност да један сусед друге своје суседе оптерећује тзв. имисијама тј. димом, гасом, буком, светлошћу, хладноћом, то је тај појам имисије који је развијен још у римском праву. Суседи су дужни да трпе имисије до једне одређене границе. Кад та граница буде пређена, сусед има право да тражи да се те имисије обуставе. Уколико пак, имитент има административну дозволу за испуштање дотичних имисија, онда погођени сусед може једино да тражи употребу заштитних уређаја или накнаду штете. Дакле, он нема више право да тражи забрану имисија. Полазећи од овог да видимо где је ту функционални метод у примени. Рецимо, у немачком и нашем праву дотичне имисије регулисане су у оквиру стварног права, у оквиру суседског права као дела Стварног права. У француском праву имисије се уређују у вези са одговорношћу за кривицу која предвиђа да онај ко другоме нанесе штету кривицом мора да је надокнади. То је једна сасвим друга област права – Облигационо право. У англосаксонском праву то је тзв. појам nuisance (њусенс). Њусенс је у англосаксонском праву један деликт. Функционални метод би се састојао у томе да видимо чему служе дотичне поједине одредбе. Ако би смо се стриктно држали стварног права или облигационог права или стриктно деликтног права, онда никад не би смо могли да сазнамо суштину дотичне установе а да су заиста и њусенс англосаксонског права и посебан облик одговорности француског права и суседско право имисија заправо исто. То вам је један пример који сам ја, без да сам знао да се ради о функционалној анализи применио у свом магистарском раду. Видео сам да све те установе служе истој сврси и зато сам их упоређивао без обзира на њихова различита места у појединим правним системима.

Однос науке Великих правних система са другим научним дисциплинама

Да сада нешто кажемо о односу науке о Великим правним системима са неки другим научним дисциплинама. Најпре, да нешто кажемо о односу великих правних система и историје права. Наиме, велики правни системи и историја права су јако слични, али постоји једна кључна разлика. Правна историја посматра велике правне системе хронолошки у временском следу тј. посматра њихов развој у времену. Наша наука о великим правним системима посматра сада важеће велике правне системе тј. позитивно право. Ипак, пошто је позитивно право неразумљиво ако се не сагледа његов развој онда је и наука о великим правним системима упућена на тесну сарадњу са правном историјом, тако да ћемо посматрати неке велике правне системе у њиховој прошлости, у њиховим ранијим ступњевима развоја.

Даље, везе великих правних система са социологијом права или правном социологијом. Наиме, када се говори о социологији постоји велико неслагање аутора у погледу тога шта социологија значи. Сваки значајан социолог је социологију поимао на другачији начин. То исто важи и за правну социологију јер колико год да има социолога права толико има правних социологија. Зато све то

наводи на закључак да социологија уопште и социологија права напосе није наука која има самостални предмет, него је један научни метод а то је метод узрочно-последичне анализе. Велики немачки социолог Макс Вебер рекао је да се социологија права састоји у томе што се једна правна норма не тумачи егзегетски, него тако што се посматра њено узрочно дејство на свест људи тј. како једно правно схватање, једна правна свест утиче на свест људи. И у својим радовима он је примењивао једно такво схватање социологије права. Већ смо рекли да је један од метода великих правних система узрочно-последична веза или номотетички метод па због тога постоји велика веза између социологије права и великих правних система.

Могла би се споменути веза између великих правних система и правне философије. Правна философија је утолико субјективна јер је она дело великих правних мислилаца, док велики правни системи представљају једну објективну науку и у томе је разлика између великих правних система и философије права. Међутим, неки велики правни мислиоци извршили су велики утицај на науку великих правних система јер су сматрали да је право у форми светске еволуције, па су с тим у вези да би доказали ту тезу, проучавали различите правне системе (европске, исламске, хиндуистичке) и на неки начин посејали семе из којег ће нићи велики правни системи као наука. И најзад, нешто о односу великих правних система и опште теорије права. Општа теорија права се на правним факултетима изучава у поједностављеном облику који се назива Увод у право. Увод у право представља уводну дисциплину у све друге дисциплине које се изучавају на правним факултетима. Међутим, општа теорија права поједине правне установе и правне појмове изучава крајње апстрактно. Рецимо, када општа теорија права проучава правни акт онда она узима све елементе различитих правних аката који могу да се појаве у позитивном праву, тако да правни акт може да буде закон, може да буде управни акт, може да буде уговор. Велики правни системи имају исти предмет као општа теорија права јер обухватају целокупно право али велики правни системи право проучавају на конкретан начин и тиме представљају подлогу и допуну опште теорије права. Тако да се може рећи да су најближе везе великих правних система са општом теоријом права.

Романско-германско-словенски велики правни систем

Појам и настанак

Зашто употребљавамо израз романско-германско-словенски правни системи. Најпре, зато што је подлога свих тих система реципирано римско право тј. сви ти правни системи који улазе у овај велики правни систем у већој или мањој мери преузели су норме, појмове и установе римског права. При том, те земље преузимале су римско право у своје правне системе на различите начине и у различитој мери. Опет може се рећи да постоје и правни системи који улазе

делимично у породицу романско-германских и делимично у породицу словенских права и ја бих ту дотакао и наше право које у извесној мери може да се посматра као један правни систем који је претежно романско-германски правни систем, али има и елементе словенског правног система. Највише је римско право било преузето у немачко право. Интерес за римско право оживео је у дванаестом и тринаестом веку. У Северној Италији почели су Правни факултети да се баве изучавањем римског права садржаног у Јустинијановој кодификацији. Јустинијанова кодификација била је сачињена на латинском, тако да су се професори и студенти права, мада су долазили из различитих земаља, служили латинским језиком. До деветнаестог века латински језик је био језик ученог света. И зато су они могли мирно да се школују у различитим земљама и после да се врате у своју земљу и преносе своје знање. Нарочито судије и адвокати из Немачке студирали су у Италији право и онда га употребљавали у судској пракси немачких судова. Од посебног значаја је централни суд за цело немачко царство и он почиње да примењује обновљено римско право при чему долази до дуализма. С једне стране се примењује римско право а с друге стране се примењују обичајна права појединих немачких племена и држава. Долази до става да се у Немачкој римско право примењује у целини. Дакле, у Немачкој се не примењују поједине установе римског права. Но, други је елемент да се римско право примењује као опште право - *lex generalis* једино када не постоји нека одредба обичајног права која му противречи. Дакле, обичајно право као *lex specialis* има већу правну снагу од римског права. Ипак, римско право се све више примењује због следећег судског правила. Суд зна римско право тј. важи правило познавања права од стране судија тако да странке не морају да доказују постојање неке одредбе римског права. Насупрот томе, обичајно право мора да се докаже. И тај поступак је веома тежак јер обичајно право постоји тада када постоји дуготрајно вршење одређених радњи, при чему суд је тај који цени да ли је једно понашање довољно дуго да би постало правни обичај. Разуме се, олакшање је било у том што су различита обичајна права била записана, постојале су књиге обичаја и то је олакшавало доказивање обичајног права. У сваком случају, суд није био дужан да зна обичајно право. Тако је римско право, иако слабије правне снаге све више почело да се утемељује не само у науци већ и у судској пракси. У Немачкој се то усвојено, реципирано римско право називало пандектно право. И то пандектно право је уз извесне изузетке важило до 1900. године када је ступио на снагу Немачки грађански законик. У извесној мањој мери римско право је било реципирано у Француској. Француска је била највише централизована држава у Европи, прототип апсолутне монархије. Међутим, до револуције од 1789. године Француска је била подељена на више правних подручја. Постојао је режим римског права у јужној Француској односно јужним француским провинцијама и режим франачког обичајног права у северним провинцијама. Тако да је та граница текла тако да је једна трећина провинција примењивале римско право а две трећине примењивале су обичајно право. Ипак, треба истаћи да је и у земљама тј. провинцијама у којима је важило обичајно право то право било под великим утицајем римског права. Тако да су појмови и установе римског и обичајног права често били исти.

Siete Partidas – Законик седам делова

Шпанија представља један необично занимљив случај рецепције римског права. У XIII веку, краљ Кастиље, центра савремене Шпаније, Алфонсо X звани учени, одлучио је да донесе један законик који ће садржавати углавном римско право. Но, специфичност тог законика је била да је написан на кастиљском језику, на старом шпанском језику а не на латинском. Тај се необични законик, који је имао највеће територијално важење од било ког другог законика звао *Siete Partidas* (Законик седам делова, 1256-1265). Законик је обухватао седам целина у духу развијеног Средњег века. Наиме, обухватао је целокупно право. Он је био ускоро преведен на каталонски и португалски а касније на енглески језик и пошто је Шпанија у то време била највеће царство на свету, имао је најширу примену. Примењивао се не само у Шпанији него и у шпанским поседима у Латинској Америци са изузетком Бразилије која је била португалски посед. Примењивао се и у неким деловима САД који су првобитно припадали Шпанији, као што су Флорида, Луизијана, Тексас и Калифорнија. Извршио је велики утицај на права свих поменутих земаља. Да додам и Филипине, бившу велику азијску колонију Шпаније. Постојала је изрека да у шпанском царству сунце никад не залази јер се протезало на све делове земаљске кугле. Карактеристично је за тај вид рецепције римског права, да се Законик седам делова примењивао као супсидијарно право тј. ако партикуларна права нису предвиђала нешто друго. Дакле, слично немачком праву где се римско право примењивало једино ако неки правни обичај не предвиђа нешто друго. У Шпанији, наиме, поједини градови и покрајине имали су своја посебна права која се се називала *fueros*. Фуеро је реч која долази од латинске речи форум – суд. Дакле, та партикуларна права имала су првенство над Закоником, али пошто су она регулисала само ужи круг питања постојала је широка примена Законика седам делова. Законик је био писан руком и тада се законици нису објављивали у службеном гласилу. Када је почео да ради штампарски занат ствари су се ту промениле.

Први део се односио на Цркву, на свештенике и лаике и ту је заправо преузето канонско право римокатоличке цркве које је било пре тога усвојено на једном великом Екуменском концилу на коме су присуствовали представници безмало целе Латинске цркве. Заправо, тада је римокатоличка црква била на врхунцу јер је Цариград био у рукама Латина, тако да су латински патријарх и латински епископи са истока присуствовали том концилу који је после Алфонсо X пренео у први део свог законика.

Други део је обухватао правни положај краља и витезова. Видите одмах после цркве, која је била на првом месту, у западном Средњем веку долазе владар и витезови и њихови међусобни односи. Примера ради, врло опсежно је уређено питање двобоја. Краљ би када би неко некога оптуживао а тај би се бранио, могао да одреди да у двобоју буде одређено ко је у праву па су се витезови борили на коњима а грађани и сељаци пешке.

Трећи део је свет правника. У том делу регулисано је питање судија, адвоката и судског поступка.

Четврти и пети део, који се називао свет жене, поморства и трговине обухватао је породично право, поморско право и трговачко право. Врло је

занимљива та систематизација која је карактеристична за Средњи век. И нарочито је важно за вас да видите како су у Средњем веку размишљали законодавци. Зашто су породично право, поморско право и трговачко право обухваћени заједно, то је једно занимљиво питање.

Шести и седми део је био свет мртваца и доњи свет. Он уређује наследно право јер наследно право је везано за нечију смрт и уређује ко наслеђује његову имовину. Доњи свет обухвата и криминалце а такође и оне који не припадају хришћанској цркви (јевреје и муслимане). Треба имати у виду да је у току била реконквиста тј. поновно освајање Шпаније од стране хришћана и да су пре тога Шпанију заузели Арапи који су са собом довели и Јевреје. Тако да су у то време у Шпанији измешани живели Римокатолици, Јевреји и Муслимани. И краљ Алфонсо је приликом писања свога законика позвао и стручњаке за јеврејско и муслиманско право.

То што је Јеврејима и Муслиманима била зајемчена слобода да верују није значила да је било дозвољено хришћанима да пређу у јеврејску или муслиманску веру за шта је била предвиђена смртна казна. Врло је занимљиво како је то било формулисано, какав је био језик законика. Само да напоменем да то нису били чланови у савременом смислу. Узмимо једну одредбу из савременог законика - нпр. члан 1382. Грађанског законика Француске, која каже: „ко другоме својом кривицом проузрокује штету дужан је да је надокнади“. Дакле, један крајње апстрактан и технички начин говора. Диспозиција ко другоме нанесе штету, одмах санкција дужан је да је надокнади.

У Шпанском закону формулације су есејестичке (хришћанско размишљање и моралисање). Није се одвајало право од морала. Дакле, то је последица онога што стално напомињем да средњевековни законици нису одвајали право од морала и религије што савремени закони чине и у одређеној мери допуштају моралне корекције чисто правних права и обавеза која по себи немају никакву везу са моралом односно религијом. Заправо та апстрактност излагања је опет једна последица римског права.

ALR – Опште земаљско право Пруске

Пруска је била апсолутна сталешка монархија и имала је племство, грађане и сељаци као трећи сталеж. Била је сталешка протестанска монархија. Протестанство не познаје свештенство. По Мартину Лутеру, сваки је хришћанин свештеник за разлику од римокатолика и православца. Протестантски свештеници су државни службеници (код евангелиста). Племство је имало највеће привилегије али је имало и обавезу да се бори. Грађани су се бавили трговином а сељаци су обрађивали земљу. ALR обухвата све правне гране и има огроман број параграфа, чак 17.000. И то је такође израз средњевековних схватања. Касније се јављају грађански законици који уређују грађанско друштво као основни сегмент државе.

ALR обухвата уставно и управно право, кривично и грађанско право и донесен је 1796. године.

Пошто је у то време избила револуција у Француској, уместо израза законик употребљен је израз право. Творац Општег земаљског права био је Карл Готлиб Сварец, иначе лужничко српскога порекла.

Опште земаљско право није се примењивало на целу Немачку, него само на Пруску. И Немачка се ујединила 1871. године. Улога Пруске као велесиле огледала се у томе што је пруски краљ био уједно и немачки цар. Тада настаје препород немачке државе од аграрне до индустријске државе. Немци су хтели да имају најсавршенији законик на свету. Основ законика било је пандектно право. Донесен је 1896. године и ступио је на снагу 1. 1. 1900. године (почетак новог доба).

Творац Немачког грађанског законика био је Виншајд, један од највећих немачких правника пандектиста.

Француски грађански законик Code civil

Француски грађански законик донесен је 1804. године и представљао је најзначајнији израз француске револуције из 1789. године. Револуцију је припремила једна практична философија, један практичан поглед на свет, а то је просветитељство. У Француској су их називали просто философи. Иначе, њихов најзначајнији подухват била је енциклопедија свих знања до којих је човечанство до тада дошло па се они називају и енциклопедистима. Просветитељство полази од тога да је човек разумно или умно биће, али да га друштвене установе кваре. Нарочито се просветитељство окреће против традиционалне религије, против хришћанства и жели да је замени једном апстрактном вером у врховно биће. Треба додати узгред да се просветитељи повезују са једном тајном организацијом, а то је масонерија, која је такође изузетно присутна у припреми француске револуције. И оно друго што сам рекао, да друштво квари човека, одвраћа га од његове разумности, а то су пре свега обичаји. Зато треба повући један рез између старог и новог и створити једно ново друштво које би било установљено на принципима ума. С тим у вези, веома је значајна школа природног права која је јавља још у старој Грчкој, али има неко друго значење. Различите школе природног права схватају природно право на различит начин. Међутим, ово је школа умног или рационалистичког природног права тј. она верује на постоје неке вечите норме или принципи до којих човек може да дође својим умом, а тај ум мора да буде очишћен од погрешних схватања.

Када је дошло до француске револуције, стицајем историјских околности истиче се Декларација о правима и слободама човека и грађана. Она настаје 1789. године на почетку саме револуције и улази у Устав од 1791. године, а има правну снагу и данас. Она се сматра светим актом француске револуције и нове организације француског народа. Историјске околности које су довеле до револуције, да будем сасвим кратак, јесу слабост апсолутне монархије, која није могла да савлада ситуацију у којој се Француска налазила и одлука краља Луја XVI да сазове сталешку скупштину, која би одредила ванредне порезе. Сталешка скупштина састајала се врло ретко и у њој су била заступљена три сталежа: свештенство, племство и обичан народ. Што се тиче бројчаних односа, трећи сталеж је био многобројнији од племства и свештенства. Када је била сазвана сталешка скупштина избијају, нарочито у општинама, револуционарни покрети. Нарочиту улогу играла је париска општина у револуционарним збивањима.

Симболика те револуције је рушење једне тврђаве у центру Париза - Бастиље, која је служила као политички затвор. Додуше, тада тврђава није још била срушена, али су били ослобођени сви затвореници. Тиме је дошла до изражаја идеја слободе и владавине права као револуционарних принципа. Сталешка скупштина је следила те догађаје и дошло је до њеног претварања у националну скупштину, тиме што су се сва три сталежа ујединила, чиме је скупина народних представника имала апсолутну већину. Тежња је била најпре да се успостави парламентарна монархија где владар не би више био апсолутни господар, већ орган нације заједно са народним представништвом. У међувремену дошло је до рата конзервативних европских држава против Француске и тај рат је још више радикализовао револуцију. Практично цео народ је устао у одбрану државе. Као противници Француске нарочито су се истицали Енглеска, Аустрија и Пруска. Касније ће се у том конзервативном блоку наћи и Русија. Практично, француска револуционарна држава нашла се у сукобу са целом Европом и била је успешна не само у одбрани Француске већ је дошло до ширења револуције ван Француске. Чувена је, с тим у вези била девиза: „Смрт палатама, мир колибама“. Дакле, један антифеудални, антиаристократски принцип, који је имала револуција у свом наступу.

Ја бих прочитао неке изводе из Декларације да видите о чему се ту ради. „Представници француског народа сабрани и конституисани у националној скупштини, сматрајући да незнање, заборав или презир права човека јесу једини узроци јавних несрећа и корупција влада, па су, с тим у вези, репрезентанти одлучили да изложе у једној свечаној декларацији природна права, која су неотуђива и света права човека, да би ова декларација стално присутна међ члановима друштвенога тела, непрестано подсећала чланове на њихова права и њихове дужности“. Сада и члан 1: „Људи се рађају и остају једнаки у правима. Друштвене разлике могу бити засноване само на општој користи. Сврха сваког политичког удружења је очување природних права и незастаривих права човека. Та права су слобода, својина, безбедност и отпор према угњетавању. Слобода се састоји у моћи да се чини све што не шкоди другима. Тако вршење природних права човека нема других граница него оних које обезбеђују другим члановима друштва уживање истих права. Те границе не могу бити утврђене на други начин него законом. Закон је израз опште воље. Сви грађани имају право да учествују лично или преко својих представника у његовом сачињавању. Закон мора да буде једнак за све било да штити или да кажњава“. То су можда најважније одредбе, с тим да декларација садржи нека посебна права и посебне слободе. Важан је и члан 10. који каже: „Нико не може да буде узнемираван због својих схватања, чак и религиозних, под условом да њихово испољавање не омета јавни поредак који је установљен законом“. То су темељни принципи на којима је француска револуција хтела да изгради свој поредак. Међутим, оно што је веома важно, вође револуције су схватиле да декларација није довољна, да мора да се конкретизује специфичним правним нормама које би на неки начин биле темељ грађанског друштва замишљеног декларацијом. Видите у декларацији се стално помиње закон, али закони нису још увек били донети да би представљали израз новог друштва и тог новог схватања. Зато су представници француског народа одлучили да се донесе грађански законик који би био непосредна реализација декларације о правима човека и грађанина.

Ту су Французи били много коренитији од Американаца. Пре француске револуције избила је америчка револуција и тринаест колонија на северној обали Атлантског океана донеле су сличне декларације. Спорно је питање колико су те декларације утицале на француску декларацију, али очигледно је да јесу. Међутим, када су се те колоније конституисале у САД, оне су имале другачији став према праву и одлучиле су да задрже енглеско право што је необично и необјашњено. Ако су се те колоније отцепиле од Енглеске, ако су у рату са Енглеском извојевале независност, зашто усвајају енглеско право? Можда је објашњење у томе, што су САД тада биле једна удаљена, забачена земља и хтели су некако преко енглеског права да уђу у породицу европских земаља. Ми ћемо говорити о праву САД као члану англосаксонских земаља тј. права англосаксонских земаља. Што се тиче Француског грађанског законика, биле су образоване различите комисије које су требале да израде француски грађански законик у складу са принципима декларације о правима и слободома човека и грађанина. Једно време се мислило да философи треба да напишу тај законик а не правници. Међутим, до озбиљног континуираног рада дошло је тек 1799. године када је војним ударом на чело државе дошао Наполеон Бонапарте који је укинуо демократске институције, али је сматрао да је неопходно да би се револуција стабилизовала донети законе који би је овековечили. Дакле, он је имао је једну поштenu намеру да завршавајући револуцију спаси њене тековине. Наполеон је образовао једну комисију која је била састављена искључиво од правника практичара. Председник је био Тронше, председник касационог суда. Ја бих споменуо и Порталиса коментатора грађанског законика. Међутим, Наполеон није само одабрао писце законика него је стално председавао седницама Државног савета, врховног саветодавног органа који је расправљао предлоге комисије. Тако да је увелико законик Наполеоново дело због чега је добио име Code Napoleon (Наполеонов законик). Рад је започео 1800. године а завршен је 1804. године. Симболика је да је те године избио устанак у Србији. Био је написан један увод о природном праву и грађанском законуку. Међутим, типично за Наполеона, избацио је из грађанског законика сваки помен природног права што сведочи о његовом практичном духу, али и схватању да законик не сме да буде сасвим нов, да законик мора да се држи француских правних традиција. Ја сам вам већ рекао да је Француска у Средњем веку била подељена у правном погледу на север и југ. На северу Француске важило је обичајно право франачко-германског порекла које је било сабрано у књигама обичаја. Најзначајније књиге обичаја биле су обичаји Париза и обичаји Орлеана. Југ Француске, једна трећина Француске, била је под владавином римског права које је у Средњем веку било реципирано. Грађански законик узимао је елементе и из обичајног права и из римског права. Доминира обичајно право као извор инспирације грађанског законика, али присутно је и римско право па чак и црквено право које је било потпуно искључено из корпуса револуционарног права. Тако приликом закључења брака и признавања ванбрачне деце било је присутно црквено право као извор инспирације. Законик има око 2300 правила тј. норми које су обједињене у правне институте. Иначе, опет под утицајем римског права тј. институција, грађански законик је подељен на три дела. Наиме, римско право се делило на лица, ствари и тужбе (persones, res и actiones). Римско право је било специфично у томе што је било обухваћено тужбама тако да где није било тужбе није било и права. Тај

принцип је био напуштен у Средњем веку и зато грађански законик нема трећи део *actiones*, него има ове делове: лица, стварно право са облицима својине и трећи део су нарочити начини стицања својине. Законик има и уводни део, где је реч о закону уопште. А пре законика донесен је један специјални закон од велике важности који је прописао да престају да важе све одредбе старог права које регулишу одредбе грађанског законика. Дакле, престају да важе све одредбе старог права које спадају у материју грађанског законика. Тако престају да важе и оне одредбе које су у складу са грађанским закоником а у материји су истог и тиме је остварен револуционарни принцип дисконтинуитета са старим правом.

Ширење Француског грађанског законика и његов утицај у свету

Сада бих рекао нешто о ширењу грађанског законика и његовом утицају. Пре свега нешто о језику. Он је написан изузетно лепим француским језиком. Један француски мислилац и песник из двадесетог века – Пол Валери рекао је да он сваког дана чита француски законик да би се учио француском језику. Када је то рекао један мајстор језика, као што је Пол Валери, онда у сваком случају у томе има доста истине. Формулације су изузетно лепе, могло би се рећи елегантне, али опет може се рећи и непотпуне. Има у грађанском закоником доста празнина и оне су касније дошле до изражаја. Законик се ширио упоредо са Наполеоновим освајањима. Наполеон је освојио највећи део данашње Немачке па је у тим деловима Немачке уведен грађански законик, тако што је преведен на немачки језик. Он је ступио на снагу у Вестфалији, Хамбургу, Бадену и Виртембергу. Даље, Француски грађански законик је уведен у Белгију и Холандију на француском језику. Пошто се примењивао у Италији преведен је на латински језик. Најзад, пошто је Наполеон заузео Пољску, уведен је и тамо грађански законик који је преведен на пољски језик, с тим што је касније преведен на руски и важио је у Пољској све док је Пољска била у саставу царске Русије. Но, и ван Европе грађански законик је имао велику примену. Ту треба пре свега споменути Латинску Америку. Почетак деветнаестог века био је револуционаран у Латинској Америци која је готово у целини била под колонијалном влашћу Шпаније, с тим да је Бразилија била под влашћу Португалије. Када је Шпанија ослабила јер је окупирана од Француске дошло је до револуција у Јужној Америци, ослобађања тих земаља и поставило се питање које право треба тамо увести. У тим земљама шпанска власт била је омражена. Шпанци су изабљивали и угњетавали Латинску Америку и био је став да треба одбацити шпанско право. Што се тиче јавног права уведен је систем сличан систему САД јер су САД подржавале револуционарне покрете. У Латинској Америци готово у свим државама уведен је Француски грађански законик. Занимљиво је да Француски грађански законик, преведен на енглески језик важи у савезној држави Луизијани која је некада била под француском влашћу па је после уступљена САД. Луизијана представља једино одступање од англосаксонског права које важи у САД. Може се рећи да је *Code civil* извршио велики утицај на српске правнике. Међутим, кнез Милош када му је понуђено да преведе Француски грађански законик на српски језик, истакао је да је

он сувише револуционаран па је у Србији преведен нешто конзервативнији Аустријски општи грађански законик из 1811. односно 1812. године.

Карактеристике Француског грађанског законика

Ја сам већ рекао да је Француски грађански законик упркос својој формалној лепоти и складу био доживљен касније, када су се појавили неки нови односи, као недовољан и непотпун. Поставило се питање, шта даље радити? Проблем је био у томе што је Code civil од Француза сматран неком врстом светиње. Један професор је рекао, и то је веома карактеристично, Биње: „Ја не знам грађанско право, ја предајем Наполеонов законик“. На факултетима се предавао Наполеонов законик. Наука га је само коментарисала. И то коментарисање закона са претпоставком да закон решава сва питања, да закон нема празнина назива се школом егзегезе. Школа егзегезе као официјелна школа на Правним факултетима у Француској сматрала је да је законик потпун и савршен и да се тумачењем може доћи увек до правилног значења прописа садржаних у закону. При том, и то је нарочито утицало на назив школе она се држала језичког тумачења тј. дословног тумачења законика. Уколико то није било довољно, школа је узимала у обзир намеру законодавца. Шта је дакле законодавац хтео једном одређеном нормом. Даље, један недостак који се одмах осећао био је тај, да законик није садржао правила о тумачењу својих правила. Школа егзегезе сматрала је да треба применити на тумачење законика одредбе о тумачењу уговора. Ево шта каже у члану 1156. законик о тумачењу споразума: „У споразумима треба истражити каква је општа намера уговорних страна и на томе се треба више задржати него на дословном смислу речи. Када је нека клаузула двосмислена треба узети онај смисао који доноси неко дејство, пре него смисао који доводи до непроизвођења никаквог дејства“. И изрази који су двосмислени треба да буду узети у смислу који највише одговара материји уговора. Види се из овога да је та одредба прилагођена тумачењу уговора и да се мало може постићи њом када се тумачи сам закон. Али кажем нарочито је судска пракса осетила недостатке законика и онда је тежња била да се судско тумачење стави на место законске одредбе. Судови су нарочито имали у виду једну значајну одредбу а то је члан 4: „Судија који ускрати да суди изговарајући се ћутањем, нејасношћу или недовољношћу закона биће гоњен као крив за ускраћивање правде.“ Судови се налазе у следећој ситуацији: законик је недовољан у појединим ситуацијама, али ако одбију да суде или ако кажу да је закон недовољан могу да буду кривично гоњени. Ова одредба је послужила судовима за стварање права. Ја бих навео један пример примене члана 1382. Француског грађанског законика. То је глава која се бави деликтима и квазиделиктима. „Било која радња човека која другоме проузрокује штету обавезују онога путем чије кривице је дошло до штете, да је надокнади“. Из овога се види да законик стоји на становишту субјективне одговорности. Одговорност без кривице законик не признаје. Међутим, врло често су почели да се јављају случајеви да је судија имао пред собом ситуацију да је штета настала без кривице, али да је неправично да одбије надокнаду штете. Ја бих опет поменуо један пример а то су сметње у односима суседства. Наиме, када једно лице добије дозволу за

обављање одређене делатности и обавља ту делатност па сви или неки његови суседи трпе штету од његове делатности, онда строго тумачећи члан 1382. судија би морао да одбије захтев за накнаду штете јер неко прописно врши делатност, нема кривице, нема противправности. Судије су међутим једноставно заузимале став да постоји кривица у датом случају и да постоји обавеза надокнаде штете иако никакве кривице није било. Из овога се види како судије почињу да дају своје тумачење које је супротно слову законика, али ако је то решење правично. При том, треба имати у виду начин образлагања француских судова, где они не наводе тумачење права него једноставно кажу та одредба је таква и тачка. То је довело стотинак година касније, када је слављена стогодишњица Законика до схватања да Законик треба да се мења. Образоване су различите комисије, али законик је и даље на снази, али са многобројним изменама и допунама. Поставља се питање: зашто Французи не мењају грађански законик иако га сматрају застарелим? Ја сам размишљао о томе и пала ми је на памет једна мисао везана за француски језик. Наиме, Французи су својевремено дошли до закључка да је њихов правопис веома тежак што је и чињеница. Можда је француски правопис један од најтежих међ светским језицима. И онда је пошла једна иницијатива да се правопис промени и да се уведе фонетски принцип као у српском језику. Дакле, принцип који је усвојио Вук Караџић. То би у сваком случају много поједноставило језик, али коначно је Француска академија наука одлучила да не треба ништа мењати јер је француски језик светски језик који је због свог правописа познат у целом свету и када би се променио правопис то би могло да утиче на распрострањеност и на употребу француског језика. Зашто то кажем? Зато што је и француски грађански законик једно дело Француске које је присутно у целом свету, било тако што је утицао на доношење законика у другим земљама, било тако што је читан. И сада када би Француска донела нови грађански законик онда би све то пало у заборав. Грађански законик би отишао у историју. И управо због те велике проширености грађанског законика Французи не желе да га укидају, већ он важи данас са великим бројем измена и допуна које је доживео. Узгред буди речено, цело радно право је превазиђено у грађанском законуку. Ја бих додао да је под Наполеоновим руководством донет низ других закона који имају мањи значај, али који су сачинили костур француског правног поретка: Кривични законик, Трговински законик, Законик о грађанском поступку, Законик о кривичној истрази и Законик о кривичном поступку.

Што се тиче принципа на којима почива Француски грађански законик битно је истаћи да је он индивидуалистички, да полази од слободе појединаца и приватне својине. Оно што је опет карактеристично, Француски грађански законик не познаје правна лица. Он познаје само људе, физичка лица као субјекте права и обавеза. Правна лица могу да се оснивају ако држава то дозволи. Тек негде око 1860. године дата је слобода оснивања акционарских друштава као најзначајних правних лица. Идеја је да између државе и појединца не смеју да постоје никакви посредници. Тако да једино држава и други субјекти јавног права као што је општина имају статус правних лица по себи, што значи да могу да имају имовину и могу да учествују у грађанско-правним пословима који се састоје у преношењу имовине. С друге стране, Законик је етатистички јер истиче велику улогу државе. Индивидуализам значи да су сви међу собом једнаки. Етатизам значи да су сви

потчињени држави. Ја бих вам цитирао одредбу о праву својине којом почиње друга глава, то је члан 544. који каже: „Својина је право да се ужива и располаже стварима на начин што је могуће апсолутнији под условом да то није забрањено законима или другим прописима“. Видите једно велико одступање у односу на декларацију о правима човека и грађанина. Декларација каже да је својина једна од најзначајнијих природних права човека. Дакле, права која су урођена које човек има самим својим постојањем, која нису дата од државе и зато су природна права и само закон може да их ограничи. Овде видите израз „прописи“, да право својине може бити ограничено не само законом, него и неким другим прописом. Одатле следи да држава може и подзаконским актима, штавише и актима локалне самоуправе да ограничи приватну својину. То је у сваком случају једно значајно одступање од концепције приватне својине као природног права. Даље, што се тиче породице и породичног права, рекао сам да су француска револуција и грађански законик учинили брак слободним од цркве. Црквени брак је укинут. Брак се закључује пред председником општине. Такође допуштен је и развод брака који римокатоличко црквено право није познавало и допуштало. Међутим, Законик стоји на становишту патријархалне породице. Супруг је глава породице и он одлучује шта остали чланови породице треба да раде. Жена је дужна да иде за мужем и да прати његово пребивалиште. Може да ради само уколико јој муж то допусти. Тако видимо да је Законик једном ногом био у прошлости. Ако себи поставимо питање зашто Законик стоји на становишту патријархалне породице можемо да закључимо да законик путем патријархалне породице жели да унеколико ограничи етанизам тј. власт државе према појединцу. Дакле, имамо три субјекта који су присутни у грађанскоме законнику као градивни субјекти а то су: појединац, патријархална породица и држава.

Аустријски општи грађански законик

Да сада пређемо на један нешто скорији законик, који спада у породицу романско-германских права и који је извршио такође значајан утицај. Додуше, тај утицај се пре свега односи на Балкан, много више него другде у свету. То је Аустријски општи грађански законик. Ја бих ту само поменуо став према немачком законодавству. Оно је имало мањи утицај од француског из простог разлога што је француски светски језик, што цела Латинска Америка познаје француски језик па чак и Северна Америка, док је немачки језик локализован на подручје Средње Европе и знатно је тежи од француског језика. Тако да је то послужило као хендикеп немачких закона. Споменуо бих ту Швајцарски грађански законик и Законик о облигацијама који су извршили велики утицај у свом преводу на француски језик. Рецимо, Турска је усвојила после Првог Светског рата Швајцарски грађански законик, али не у његовој немачкој верзији, већ у француској верзији. И то је један разлог зашто је Општи аустријски грађански законик мање присутан у познавању од стране стручњака за упоредно право широм света, иако због својих квалитета свакако то не заслужује. Прво, Аустријски општи грађански законик је под извесним утицајем француског права и Француског грађанског законика, али се од њега разликује јер је под већим утицајем римског

права. Рекли смо да је Француски грађански законик под већим утицајем старог француског обичајног права. Даље, апстрактнији је. Има знатно мањи број параграфа. Наиме, око 1500 параграфа. Друго, учење природног права је присутније у Аустријском општем грађанском законнику. Видели смо да је Наполеон био практициста и избацио је свако помињање природног права у законнику, док Аустријски општи грађански законик природно право помиње на више места. Помиње код тумачења права где истиче да у случају ћутања закона има да се примени природно право. Такође, и судија правне празнине попуњава у уговорима опет с обзиром на природно право. Законик изричито каже да сваки човек има одређена природна права и у том смислу, што је врло интересантно, Аустријски општи грађански законик ближи је француској декларацији о правима човека и грађанина, него сам Француски грађански законик. Ево ја ћу вам сада прочитати најзначајнија спомињања природног права у Аустријском општем грађанском законнику који се дели на параграфе а не на чланове. Параграф 16. каже овако: „Сваки човек има природњених права која се познају самим разумом и зато се он као особа има сматрати. Ропство или невољништво и извршавање какве власти које се на то односи није допуштено у овим државама“. Дакле, ми имамо један јасан раскид и са ропством и са феудалним везама, што је једна од значајних консеквенци природног права. Даље, што се тумачења закона тиче, ми смо видели да француски законик нема одредаба о тумачењу правних правила него само правила о тумачењу правних послова тј. уговора. У том погледу је аустријски грађански законик комплетнији и он каже у параграфу 6: „Када се закон на шта обраћа није допуштено другачије га тумачити него ли доноси властито значење речи у њиховом савезу и јасна намисао законодавца“. Дакле, мора се најпре држати речи и веза између речи а то је оно што чини срж егзегетског тумачења и додаје јасну намеру законодавца. Другим речима, могу некада речи бити такве да одступају од намере законодавца па сад онај ко тумачи закон мора применити намеру законодавца па чак ако та намера законодавца није јасно изведена речима. Даље, параграф 7: „Ако се правни случај не да пресудити ни по речима, ни по природном смислу закона, у обзир ће се узети слични случајеви (то је примена начела аналогije) који су у законима пресуђени на одређени начин, као и на разлоге с њим сродних закона“. Овде се опет спомиње тумачење систематско с обзиром на цели правни систем. Наиме, ако неки закони у правном систему садрже тумачење које се може употребити за тумачење грађанског законика, оно ће се применити. Напокон у истоме параграфу: „Ако правни случај остане сасвим и тим сумњив, ваља га с обзиром на околности брижљиво сабране и зрело расудити по начелима природног права“. Ето овде имате тај осврт да ће се закон тумачити по начелима природног права.

Желео бих да објасним аналогiju. Наиме, аналогija је веома присутна као средство тумачења у грађанском праву, као и у другим гранама права осим у кривичном праву. У кривичном праву аналогija није допуштена. Једино закони тоталитарних режима предвиђају и аналогiju у кривичном праву. Наводим један случај из праксе да би сте разумели разлику између широког тумачења и аналогije. Наиме, једно лице није плаћало рачун за струју па му је струја била пресечена. То лице опет не намиривши рачун за струју самовољно се привезало за струју. Суд га је осудио за крађу, иако закон говори да се крађа састоји у противправном

одузимању туђе покретне ствари. Кад би се то уско тумачило можда струја и не би дошла под тај појам. Међутим, судови широко тумаче појам покретне ствари па под њим подразумевају и струју. Дакле, то је широко тумачење и оно је дозвољено не само у грађанском и управном него и у кривичном праву. Дакле, ради се о подвођењу једног случаја под правни појам. Закон је донесен пре него што је почела масовна употреба електричне енергије. Законодавац није имао у виду када је рекао покретна ствар, да се та покретна ствар односи и на електричну енергију. Али ето широким тумачењем судија подводи крађу електричне енергије под одузимање туђе покретне ствари. Е сада да видимо аналогију. Гледао сам један документарни филм који се односи на шверц људи и дроге преко граница Мексика и САД. Ту стално покушавају сиромашни људи и трговци дрогом који хоће да раде у САД да тамо пређу. Нормално, гранична полиција САД на сваки начин жели да то спречи, али има и грађана САД који добровољно помажу полицији у хватању тих прелазника границе или како их зову alien, што значи туђинац. Е сада радило се конкретно о једној жени чија се кћерка убила прекоморним узимањем дроге. Она је зато хтела да спречи шверцере дрогом. Рецимо, она дође у сукоб са шверцерима дрогом или другим прелазницима границе и тај случај дође пред суд. Евентуално та жена би могла због лакших и тежих телесних повреда добити судску заштиту, да ти прелазници буду кажњени. Али другачије ствар стоји ако ти прелазници пруже отпор или нанесу повреде полицајцима. Дакле, у једној правној држави нема у кривичном праву аналогије. У једном тоталитарном режиму судија би био овлашћен да каже и грађани су помагали полицији и на њих ће се применити одредба о заштити полиције. То није подвођење под један општи појам, већ под један други појам. Зашто тоталитарни режими допуштају аналогију у кривичном праву? Зато што на тај начин могу да казне кога год хоће. Зато и аналогија, иако је допуштена и пожељна у другим гранама права, у кривичном праву не може да се примени. Иако, дакле, имамо принцип природног права и римског права које је примењено у Аустријском општем грађанском законнику ипак тај Законик није радикално прекинуо са прошлосту. Он није у потпуности укинуо друга правна правила и допустио је да законодавац остави на снази и покрајинске законе и покрајинске обичаје. Даље, Аустрија је била апсолутна монархија и до доношења закона није дошло у следству револуције него просвећености апсолутног монарха који је сматрао да је пожељно да тај закон буде донесен у његовој земљи. Могло би се рећи радило се о револуцији одозго. У време доношења 1811. односно 1812. године када је Законик ступио на снагу, Аустрија је била велика царевина па је домаћај Законика био далеко већи. Ево, шта каже Цесарски патент од 20. новембра 1852: „Важи за краљевину Угарску, Хрватску и Славонију, Војводину Српску и Тамишки Банат, који се за ове круновине, како су називале земље аустријске круне, уводи се више дисциплине и са потоњим установама грађански законик од 1. јуна 1811. и на снагу ставља почев од 1. маја 1853. године“. Неке ствари су се у међувремену промениле, тако када је дошло до одвајања правних поредака Аустрије и Угарске. Тада је дошло до проширења мађарског права и на српску Војводину. У Хрватској и Славонији, иако је била у саставу Угарске, Аустријски општи грађански законик је тамо наставио да важи. Такође, Аустријски општи грађански законик важио је у Далмацији и у Истри. Делимично је био примењен када је Босна и Херцеговина ушла у састав Аустро-Угарске. На овај начин ушао је

Аустријски општи грађански законик и у неке крајеве бивше Југославије и у том погледу имао је будућност. Законик, што је врло занимљиво, у погледу брачног и породичног права усваја право Римокатоличке цркве за разлику од Француског грађанског законика који уводи лаички брак. Међутим, пошто су у Аустрији биле различите вероисповести биле су потребне норме о мешовитим браковима. Нарочито су значајне норме о разводу брака. Аустрија је иначе била римокатоличка велесила. Аустријски цареви настављали су традицију западних римских царева и били покровитељи Римокатоличке цркве. Једна од титула аустријског цара је била његово равноапостолно величанство, дакле, једнак апостолу. Римокатолици су били и већина становника Аустрије и што се тиче њиховог брака важило је следеће правило - да за тај брак важе одредбе црквеног права, да је црквени брак обавезан за римокатолике. Даље, недопуштен је развод брака између римокатолика јер у Библији стоји, у једном Јеванђелу, да Исус Христос допушта под тешким условима развод брака и ту одредбу прихвата Српска православна црква. У једном другом јеванђелу Исус каже да је развод брака уопште недопуштен и то строжије тумачење прихватила је Римокатоличка црква. Штавише, ако је брак закључен између римокатолика и неког другог хришћанина онда римокатолик нема право да тражи развод брака. Уводи се једино установа раставе од стола и постеље тј. ако два римокатолика као два слободна човека не могу да живе заједно, они имају право да се раставе, да живе одвојено, да поделе имовину, да деца буду предана на чување и васпитање једном родитељу, али те две особе су и даље у браку и забрањено им је да закључују нови брак. Уколико је муж протестант а супруга припадница римокатоличке вере па дође до развода брака и деца припадну оцу на чување и васпитање, уколико би се отац поново оженио протестанкињом онда би му деца била одузета због опасности да би њихово римокатоличко васпитање било угрожено. Дакле, на овај начин штићени су посебно римокатолици и римокатоличка вера, да деца из мешовитих бракова остану у римокатоличкој вери. Напокон, брак између хришћана и јевреја био је забрањен. Једино ако би једно лице променило веру па постало јеврејин или безверац онда би такав брак био допуштен. Црквени брак је важио и за припаднике православне вероисповести, Једино је цивилни брак био допуштен за безверце јер у противном случају та лица не би могла да никако закључе брак. Поред тога, извесни остаци феудализма огледају се у установи *fideicommis*-а, која је позната из касног римског права. *Fideicommis* постоји када оставилац, писац завештања нареди да његов наследник не може да отуђи наслеђену имовину па се тиме имовина задржава у оквиру једне породице. Француски грађански законик *fideicommis*-е не познаје јер је *fideicommis* једно ограничење слободног располагања стварима. Што се тиче важења Аустријског општег грађанског законика, ја сам већ рекао, у којим је југословенским земљама он важио. Он је у тим земљама наставио да важи и после уједињења 1918. године. Тако да је Краљевина Југославија била једно правно нејединствено подручје.

Године 1934. била је састављена предоснова грађанског законика за Краљевину Југославију. Краљ Александар Карађорђевић је имао намеру да коначно расцепканост правних система превазиђе и да створи једно јединствено југословенско право. То му је делимично пошло за руком јер је био донесен његовом вољом Кривични законик за Краљевину СХС. Међутим, његова погибија у Марсеју 1934. године спречила га је да то законодавно дело доведе до краја. Тако

да је та предоснова која, по мом мишљењу, јесте веома квалитетна и која се ослања на Аустријски општи грађански законик остала само пројект који није производио никаква правна дејства. Занимљиво је да је веома мали број примерака предоснове постоји и да је она била временом заборављена. Године 1941. дошло је до окупације земље, до револуције и грађанског рата и 1946. године донесен је Закон о неважности правних прописа којим су сви прописи дотле важећи изгубили правну снагу осим ако нису посебним законом или указом остављени да важе и даље. Учињено је нешто слично као у француској револуцији. Цео стари правни поредак је престао да важи. Додао бих да је то применила совјетска власт у Русији која је 1918. године укинула све прописе који су важили у царској Русији. Међутим, писац закона о неважности правних прописа додао је једну одредбу да судови могу да примењују правила раније важећих грађанских закона и других закона уколико нису супротни са начелима новог државног уређења. Тако да је судовима остављена могућност да могу у одређеној мери да примењују и старе законе да не би завладао правни хаос. Ја вам могу рећи да судови у Србији нису уопште примењивали правила грађанског законика Србије или су их примењивали у врло малој мери, док су хрватски судови примењивали Аустријски општи грађански законик и чак наводили параграфе одакле су их преузели. Из овога се види, иако је била успостављена јединствена социјалистичка власт, у појединим републикама поступала је другачије. У Хрватској на један доста конзервативан начин, у Србији на један револуционалан начин. Разуме се, то је трајало док нису донесени нови закони који су на тај начин ликвидирали правну несигурност као што су Закон о браку и породици, Закон о наслеђивању а касније и то 1978. године донесен је Закон о облигационим односима, а 1980. године донесен је и Закон о основним својинскоправним односима. Занимљиво је, и то бих додао, да тиме није у потпуности конзумиран Закон о неважности правних прописа. Закон о облигационим односима није регулисао све уговоре. Примера ради, Закон о облигационим односима није регулисао уговор о поклону. Тако да у погледу поклона могу да се примене правила старог Српског грађанског законика на основу Закона о неважности правних прописа од 1946. године.

Немачки грађански законик

Немачка је карактеристична по томе што је у целој земљи извршена рецепција римскога права које се у својој целини примењивало уколико неки партикуларни прописи или обичаји немачких области или градова нису стојали у супротности са римским правом. Већ смо видели да је Пруска 1794. године усвојила Опште земаљско право које сам назвао последњом средњовековном кодификацијом. Почетком деветнаестог века, Наполеон је извршио инвазију Немачке и осим Аустрије и Пруске припојио Француској све остале немачке земље и створио је тзв. Рајнски савез. За упоредно право и велике правне системе је од значаја да је у тим немачким земљама уведен Француски грађански законик као један резултат француске револуције. На тај начин Немци су дошли у додир са правом Француске и додао бих још и то, Наполеон је заузео и Швајцарску и претворио је у сателитску републику Француске („Република Хелвечија“). После

пораза Наполеона и поновног успостављања Немачког савеза 1815. године који је био једна лабава конфедерација (имала је заједничку скупштину која је одлучивала једино о питањима безбедности немачких држава). Поставило се питање: да ли Немачка у целини треба да има грађански законик? Један професор - Тибо залагао се за такво решење, да Немачка уместо средњовековних обичаја и прописа има један модеран законик који одговара индивидуализму испољеном у Француском грађанском законуку. Десила се једна ствар која је много утицала на немачку кодификацију а то је појава једног научника, једног од највећих немачких и европских правних научника – Карл Фридрих фон Савињија. Савињи је био професор у Берлину. Он је одговорио на Тибоов спис једним чувеним списом „О позиву нашег времена за законодавство и правну науку“. Он је сматрао да је немачки народ још није зрео за грађански законик, да немачки језик не поседује довољно термина да би био сачињен један грађански законик и он је у том спису критиковао Француски грађански законик. Између осталог, пребацивао је писцима француског грађанског законика недовољно познавање римског права. Поента је, међутим, била та што је Савињи био противник француске револуције. Што је веома значајно, тим списом, Савињи је утемељио историјску правну школу. Он је рекао да никакво рационално природно право не постоји, да је право, као и језик плод дуготрајног историјског развоја који је ношен народним духом, који има иррационалан карактер, дакле, одбацивање разума као једног чиниоца у стварању права. Друго, када народни дух постигне одређену зрелост онда треба да се појави правна наука која ће поставке народног духа о праву изразити у правну науку. Одмах може да се види да је на Савињија нарочито утицао немачки романтизам који је такође веровао у народни дух као творца народне књижевности. У време Савињија јављају се браћа Грим који скупљају народне приповетке и бајке. Врло је интересантно да је то учење нарочито утицало на нешега Вука Караџића и обрнуто Вук Караџић је због својих ставова о народном духовном богатству, о народном језику и народној књижевности био јако цењен у Немачкој где је постао почасни доктор наука. Међутим, Вук Караџић за право се није интересовао, нити је у Србији било некога ко би Вукова гледишта претворио у правну теорију, тако да је наш правни развој кренуо другим путем него наша књижевност. Међутим, опет врло је карактеристично за Савињија да није ценио немачко народно право и обичаје који су били неразвијени, него је пошао од римскога права и рекао је да се кроз римско право развио немачки правнички дух. С тога немачка правна наука која се бавила римским правом треба својим радом да створи услове за кодификацију. Тако је дошло до развоја пандектистике и нарочито су Савињијеви следбеници и ученици, као што су Пухта и Виндшајд допринели усавршавању појмова римскога права који су се примењивали у немачком праву. Десио се међутим опет крупан догађај. У Немачком савезу дошло је до конкуренције двеју сила – старе Аустрије и нове Пруске. На чело пруске владе дошао је Ото Бизмарк - отац немачке државе. Карактеристично је било то, да је на скупштини немачких држава једино аустријски посланик пушио цигару а други нису смели да пуше. Симболично је да је први Бизмарк запалио цигару у присуству аустријских посланика. То је овако симболично и указује да би сукоб за превласт између Пруске и Аустрије био неминован. Године 1866. долази и до рата између Аустрије и Пруске, који кратко траје и завршава се аустријском катастрофом. Тиме престаје

да постоји немачки савез и долази до окретања мањих немачких држава ка Прусској. Ускоро долази до великог рата који ће променити историју. Наиме, Француска је у то време била царевина чији је цар био Наполеон трећи, син Наполеона првог који је хтео да од Француске направи велику силу. Године 1870. Француска објављује рат Прусској. Француска је у рату за кратко време доживела тежак пораз, чак је и цар био заробљен. Под утиском тријумфа Пруске, немачке земље се уједињују и тако настаје 1871. године Немачко царство. Немачка је била федерација. Федералне јединице су биле монархије, осим три града-државе који су имали републикански карактер (Бремен, Хамбург, Либек), с тим да је Пруска била убедљиво највећа федерална јединица. Успостављена је хегемонија Пруске у немачкоме царству која се огледала у томе да је пруски краљ био уједно и немачки цар. Под утицајем либерализма створен је немачки парламент као народно представништво – Рајсхтаг. Међутим, важнију улогу играо је дом представника саставних држава и градова-држава, Савезни савет у коме је Пруска имала највише гласова. Наиме, за разлику од Сената САД (све државе чланице саставних држава имају по два представника), овде је ситуација другачија па су зависно од величине федералне јединице имале неједнак број гласова. Ниједан закон није могао да се донесе без сагласности народне скупштине, савезног савета, као представника држава и санкције немачког цара. Међутим, постојала је неравноправност између Рајсхтага и Савезног савета. Равноправни су били у доношењу закона, али Савезни савет као представник држава био је овлашћен да доноси уредбе за извршење савезних закона. Тај систем се даље огледао у томе што није постојала влада, него је постојао канцелар Рајха, који је вршио све функције владе. Мировним споразумом са Француском, Француској су наметнуте тешке обавезе. Обавезе су се састојале у огромној накнади штете која се исплаћивала у злату а од Француске су биле одузете две покрајине чији становници говоре немачки језик (Алзас и Лотарингија или Лорена). Француска је на тај начин била и осиромашена и понижена и то ће бити један од узрока Првог светског рата 1914. године. Међутим, Немачка је од те велике накнаде штете извршила велике инвестиције у економију, тако да се Немачка убрзо после рата са Француском индустријализује и постаје једна од најачих индустријских земаља на свету. Устав Немачког царства могао је лако да се мења и постепено се дошло на идеју да царевина има право да донесе грађански законик. Тако да 1876. године почиње рад на грађанском законик. Основ грађанског законика требала је да буде пандектистика тј. резултати немачке науке на изучавању римског права. Занимљиво да је нешто раније, 1865. године, једна немачка држава донела грађански законик и тај законик ће бити прототип за израду општег немачког грађанског законика. Рађена су три нацрта грађанског законика. Први нацрт само је незнатно био мењан. У првој комисији главну реч водио је Виншајд, тада највећи немачки правни научник. Због старости Виншајд није могао да учествује у другој комисији која је израдила нацрт немачког грађанског законика, али је на његово место дошао један изванредан правник, одличан познавалац римског и црквеног права - Зом, који је био сјајан познавалац немачког правничког језика. Карактеристично је за језик немачког грађанског законика да су све латинске речи преведене на немачки језик. Друго, систем грађанског законика у односу на раније законике био је другачији. Француски грађански законик и Аустријски општи грађански законик имали су систем трипартиције или тзв.

институционални систем римскога права. У немачком грађанском законнику уводи се нов систем - тзв. пандектистички систем који се састоји од једне велике новине у дотадашњем законодавству и науци а то је стварање општег дела грађанског законика. Систем немачког грађанског законика обухватао је: општи део, облигационо право, стварно право, породично право, наследно право, стварно право. На овај начин грађански законик је обухватио опште приватно право. За разлику од њега постојала су посебна приватна права од којих је најважније трговинско право, затим банкарско право, одређена права племићких породица које су тада имала привилегије, војно приватно право. Та посебна приватна права примењивала су се примарно у односу на опште приватно право. Друго, општи грађански законик је ступио на снагу за целу Немачку. Што се тиче јавног права које је одступало од грађанског законика, државе су ту задржале одређена овлашћења. Општи део грађанског права као централни део садржи правни посао. Правни посао примењује се на све правне акте грађанског права, не само на уговоре, него рецимо на завештања и друге изјаве воље. Даље, Немачки грађански законик карактерише то да је он писан за учене правнике. Обичан човек без правничког образовања не може да разуме Немачки грађански законик. Тако да у складу с тим, Немачки грађански законик садржи појмове који нису објашњени. Рецимо сам правни посао није дефинисан; изјава воље није дефинисана. Опет је значајно то да грађански законик нема правила о сопственом тумачењу која рецимо садржи аустријски грађански законик. Он садржи само правила о тумачењу правних послова који одговарају правилима о тумачењу уговора. Касније имајмо у виду пре свега Швајцарски грађански законик из 1912. године, који нема такође општи део, већ предвиђа да се на различите изјаве воље примењују одредбе уговорног права. Додао бих ту да је швајцарску концепцију преузео наш Закон о облигационим односима из 1978. године. Међутим, што се тиче науке, он сматра да је општи део незаобилазан део грађанског права, тако да у нас уведен као предмет Увод у грађанско право који у ствари одговара општем делу немачког грађанског законика.

Постоје различите оцене Немачког грађанског законика. Видели сте да та идеја општег дела грађанског права постоји и у нашој науци. Међутим, постоје писци који сматрају да је Немачки грађански законик најсавршеније дело законописања и правне науке и да треба да буде непревазиђен узор. Један велики немачко-амерички правни писац – Рабел, каже када је неко учени правник онда ће му Немачки грађански законик помоћи да реши сва питања. Дакле, сва решења налазе се у Немачком грађанском законнику, треба само да човек уме да се служи тим закоником. Други критикују његов строги правни карактер и то је имало за последицу да није извршио утицај на страна законодавства. Извршио је мањи утицај од Француског и Швајцарског грађанског законика. Даље, још у време израде првог нацрта немачког грађанског законика поједини истакнути правни писци су га критиковали, додуше са различитих позиција. Тако један од највећих правних писаца - Ото Гирке истицао је да је грађански законик под претераним утицајем римскога права и да не води довољно рачуна о германској правној школи и германској правној традицији. С друге стране, један истакнути правни писац социјалног и социјалистичког усмерења - Антон Менгер истакао је да Немачки грађански законик премало води рачуна о радничкој класи. Он уважава

прединдустријско доба а нема у виду појаву индустријализације и са њом повезане радничке класе, да он концепцијом уговора о раду или уговора о служби уважава посебно поседнике и да не пружа никакву заштиту онима који се налазе у најамном раду. Делимично су те примедбе усвојене. Примера ради, у породичном и наследном праву дошле су до изражаја германске концепције. Међутим, што се тиче имовинског права и тестаментарног наслеђивања у тим областима је остало да важи римско право. Што се тиче Менгерових примедба унеколико је побољшан положај најамног радника, тако да је послодавац дужан да брине о најамном раднику и да га лечи уколико се разболи. У целини узев може се сматрати, како је један правни писац истакао – Густав Бемер „Немачки грађански законик је дете деветнаестог века а не мајка двадесетог века“.

Сада се може рећи да је тај Законик колико год правно био савршен није могао да одговори на низ питања које је поставио двадесети век. И то је решено на следећи начин. У различитим областима биле су предвиђене посебне норме и посебна правна решења имајући у виду промене до којих је дошло у напретку једног развијеног друштва. Ја бих додао још једну значајну карактеристику а то су одређене генералне клаузуле које су добиле примат приликом примене Немачког грађанског законика. Такве је природе једна одредба из облигационог права (параграф 242): „Дужник је дужан је да своју обавезу испуни сходно начелу поштења и савесности, како то захтевају обичаји у промету“. Очигледно писци закона имали су у виду само дужника, с тим да концепција поштења и савесности касније добија све ширу примену и мноштво правних односа судија регулише тако што на њих примењује концепцију поштења и савесности. Догодило се да је цело право дошло под удар начела поштења и савесности. Исто тако код злоупотребе права, предвиђено је да се право мора вршити у складу са добрим обичајима што је облик морализације права.

Какву личност има у виду Немачки грађански законик? Човек кога Законик има у виду је грађанин поседник. Пролетаријат није познат Немачком грађанском законнику. Другим речима, то је homo economicus либералног капитализма. Немачки грађански законик признаје и различита удружења и допушта да та удружења могу имати статус правног лица тј. да могу имати права и обавезе, као и људско биће, с тим да држава може да се успротиви да неко удружење има статус правног лица. Рецимо, раднички синдикати према Немачком грађанском законнику су удружења без статуса правног лица, чиме је учињена дискриминиција према радничкој класи. У области породичног права прописан је обавезан грађански брак. Укинута је црквени брак и допуштено је да супружници у складу са религијом закључе брак, с тим да она нема никаквог правног значаја. Међутим, у том погледу, Законик је имао патријархални карактер тј. муж је глава породице и он располаже заједничком имовином. Повучена је оштра разлика између брачне и ванбрачне деце тј. ванбрачна деца имала су много мања права него брачна. То су тачке које је ново време постепено мењало и напустило концепције грађанског законика. Под утицајем нових идеја створена је нова грана – радно право, које има колективне уговоре у којима је синдикат признат као равноправна страна. Уведен је минимални доходак радника, али и судови су тумачењем параграфа 242. заштитили радника од отказа који је неоправдан и предвидели досуђивање накнаде штете раднику који би био отпуштен противно начелу поштења и савесности. С тим у

вези, уведени су посебни радни судови за суђење спорова између радника и послодаваца. Што се тиче одговорности за накнаду штете, Законик је предвидео да за прозроковану штету одговара само онај који је поступао противправно и који је скривио проузроковање штете. Тај концепт је такође концепт римског права (*lex aquilia*). Међутим, не само у Немачкој, већ и у другим земљама, он је превазиђен појавом опасних ствари. Нарочито послодавац не би одговарао уколико радник претрпи штету од машина на којима ради. Даље, појава железнице а посебно појава аутомобилског саобраћаја. Зато је немачки законодавац донео мноштво прописа о заштити од опасне ствари, тако да би власник опасне ствари одговарао и када не би био крив за прозроковану штету. Томе треба придружити и одговорност за штету од нуклеарних постројења (донесен је посебан закон о одговорности за атомске штете). Велики продор је извршен у области породичног права. Већ 1919. године, када је донесен Устав Немачке Републике, када је срушена монархија, уведена је једнакост између мужа и жене. Такође, пред други светски рат брачна и ванбрачна деца су изједначена и о томе је водио после Другог светског рата Савезни уставни суд. Занимљиво је да је задржан концепт главе породице, али је тај појам економски одређен, тако да је глава породице било муж било жена под условом да више зарађује. Од доношења грађанског законика у време немачког царства, које је било углавном федерација монархија. Године 1918. успостављена је демократска република, 1933. године фашистичка диктатура, 1949. године донесен је Основни закон који важи и сада. Дакле, дошло је до великих промена државног уређења током двадесетог века. И с тим у вези до великих друштвених промена које су довеле до новог законодавства у области грађанског права, али је и даље грађански законик остао на снази, с тим да се у Немачкој уопште не помиње могућност да се он мења. Сматра се да је он у основи добар, а у оним деловима у којима није добар то се регулише посебним законодавством. Занимљиво је радно право које поседује мноштво посебних прописа, али уговор о служби односно уговор о раду из Немачког грађанског законика важи и даље.

Швајцарски грађански законик

Ја бих сада прешао на питање следећег значајног законодавства – Швајцарског грађанског законика који је донесен 1907. године али је почео да се примењује 1911. године. Тај Законик поседује велике особености. Извршио је велики утицај у свету, нарочито код нас после Другог светског рата. Швајцарска има ту особеност да није етнички јединствена земља. Њени становници већином говоре немачки језик, дакле, етнички су Немци. Један број Швајцараца говоре француски. У Тесину се говори италијански и постоји један део у коме се говори једним дијалектом који је произишао из латинског језика (реторомански). Првобитно је био немачки и француски а сада су и италијански и реторомански службени језици, тако да имамо једну малу државу са четири различита службена језика. Иначе, треба напоменути да се закони првобитно доносе на немачком језику па се после преводе на остале језике. Швајцарска има особен геополитички положај. Она се нашла између три велике силе: Француске, Немачке и Аустрије и вољом тих великих сила призната је Швајцарској вечита неутралност, под условом

да она сама ту неутралност не крши. Тако да Швајцарска као земља нема спољну политику јер би тиме прекршила неутралност. Међутим, Швајцарска је веома активна у различитим организацијама ОУН. Када је 1919. године створено Друштво народа имало је седиште у Женеви. Швајцарска је настала тако што су мале покрајине – кантони и градови, почели да се уједињују (најпре немачки а касније и остали) и њихова веза била је лабава веза (заштита од непријатеља). Швајцарску је освојио Наполеон и створио републику Хелветију која је престала да постоји када је дошло до Наполеоновог пораза. Живот у заједничкој држави имао је утицаја јер долази до веза у стварању веза швајцарских кантона и швајцарске државе. У време Наполеона, Швајцарска је претворена у готово унитарну државу (такво стање трајало је до пораза Наполеона). Година 1849. пресудна је за историју Швајцарске јер долази до грађанског рата између оних који су били да Швајцарска остане конфедерација, који би једино у случају ратне опасности ступали у тешње везе у циљу заједничке заштите и оних који су желели да Швајцарска постане федерација, савезна држава. Федералистички кантони су победили, тако да је Швајцарска постала федерација. Ипак, самом конфедерализму се чине уступци, тако да и дан-данас Швајцарска има у свом називу термин конфедерација. Даље, Швајцарска није имала своју самосталну војску, већ су кантони давали контингенте, што је уступак конфедерализму такође. Уставом Швајцарске из 1999. године створена је јединствена швајцарска армија. Види се једна тенденција јачања федералистичких елемената. Ипак, у Уставу од 1999. године стоји одредба да су кантони и градови суверени уколико суверенитет није пренесен на савезне органе. У погледу делегације власти постоји специфичност Швајцарске што она има два дома, као и друге федерације уосталом – Национално веће (бирају сви грађани) и Веће сталеза (чине га представници кантона и градова). Швајцарска нема појединца као шефа државе, нити председника владе, него се бира један посебан орган – Савезно веће чији чланови заједнички представљају владу и уведен је принцип ротације, тако да председник Швајцарске и председник већа буде један члан на годину дана. Сваки члан савезног већа има један департман, на челу је одређеног министарства. Дакле, они су уједно и министри и колегијални шеф државе. То је директоријални систем који је једно време постојао у Француској (када је на челу државе био директоријум). Интересантно је да су комунистичке државе преузеле швајцарски модел тако што су на челу имале президијум или председништво, што је био случај у социјалистичкој Југославији. Циљ је да се избегне да појединац, један јак лидер преузме сувише власти, да не буде моћник који ће тај систем лабаве федерације довести у питање. Највећи непријатељ федерализма је диктатор. Тако да је директоријални систем израз очувања аутентичног федерализма.

Још је једна особеност швајцарског система а то је начин доношења закона. Законе доносе засебно Национално веће и Веће сталеза, тако да закон не може да постане ако не стоји већина како у Националном већу, тако у Већу сталеза. Међутим, постоји једна специфичност, а то је референдум по коме многи називају швајцарски систем референдумска демократија. Прво, референдум је обавезан у одређеним случајевима (када се ради о промени Устава), али када одређени број грађана тражи да се један закон изнесе на референдум, онда тај закон мора бити добити подршку на референдуму. Бирачко тело је трећи дом и многи сматрају да је

то највећа демократија на свету. Кантони су веома мали. У њима је непосредна демократија веома присутна. Тај систем је многе инспирисао, тако да су поједини теоретичари изнели став да уједињена Европа треба бити изграђена по швајцарском моделу. Има и наших теоретичара који сматрају да Србију треба кантонизовати, што по мом мишљењу представља једну антиисторијску тенденцију јер Србија у својој историји никада није била кантонизована. Не треба стварати на силу нешто што нема утемељење у народу и историји. Зато ја мислим да различити модели не могу да се пресађују из једне државе у другу, јер имају различити развојни пут. Опоначање је могуће само у извесној мери. Нпр. државе Јужне Америке које су преузеле Устав САД, али тај устав није никада функционисао као у САД, јер је и традиција и етнички састав и економска снага становништа другачија.

Тамо негде до 1880. године кантони су доносили своје самосталне грађанске законике. Није постојало уставно овлашћење да Швајцарска донесе грађански законик. Сличан је био случај у Немачкој. С тим у вези, треба додати једну особеност: Швајцарци су увек сматрали да грађански законик треба да напише један човек, да комисије које имају више чланова могу да доведу до настајања хетерогених, противречних одредаба. Зато у време док су кантони имали своје грађанске законике, један велики правни писац Каспар Блунчли, који је познат по једном изванредном раду из теорије државе, био је позван од једног кантона да напише грађански законик. Он је то и учинио. Блунчлијев законик био је узор за доношење каснијег Швајцарског грађанског законика. Друго, особеност швајцарског система била је у томе што је првобитно швајцарска федерација била овлашћена да донесе закон о облигацијама. Прво је донесен закон о облигацијама, а касније настаје грађански законик, тако да ту долази до извесног померања. Општег дела нема, а облигационо право је тек касније прикључено грађанском законнику. За писање грађанског законика, савезно веће је одредило једног јединог човека, Еугена Хубера, који је био једна свестрана личност, био је професор права, био је политичар, био је једно време и народни посланик а био је и новинар. Био је присталица једног лежерног, неправничког писања грађанског законика. Швајцарски грађански законик је писан једним лаким језиком са пуно страних речи, чак се не зове грађански законик, већ цивилни законик. Дакле, сам тај термин говори да се ради о једном широком, популарном, да не кажем популистичком схватању грађанског права. Исто видите, ту су Хрвати под утицајем Немаца јер су Немци увек тражили да уместо неке латинске речи измисле неку своју реч. Хрвати следећи Немце облигационо право назвали су обвезно право. Друго, нема појмова неразумљивих лаицима. Сваки лаик може да чита грађански законик. То је последица једне идеје да у кантонима судије нису правници него лаици; слично постоји у САД. Тако да поред судије мора постојати један правни референт који ће му помогати у примени права. То је сасвим различито од нашег система. Друго, има много правних празнина у швајцарском грађанском законнику, што ће рећи да има много места која нису регулисана правом. Немачки грађански законик је хтео да сваку ситуацију у праву регулише на директан или индиректан начин. У Немачком грађанском законнику имате упућивања, што значи да један параграф упућује на неколико других параграфа. Таквих упућивања нема у Швајцарском грађанском законнику. У праву је један од највећих проблема како да се попуни

правна празнина. Тај задатак мора да обави судија. У Француској он мора да се позове на одређени члан грађанског законика. Он чак кад крши грађански законик, мора да се позове на неку законску одредбу. Хубер је то решио на један занимљив начин: судија уколико не зна како да реши један конкретан случај, онда судија треба да се стави у улогу законодавца и да сам смисли правну норму коју ће да примени на конкретан случај. До тога је морало да дође јер је грађански законик пун празнина. Рабел је величао Немачки грађански законик а био је веома критичан према Швајцарском грађанском законуку. Рекао је овако: „Швајцарски грађански законик је као једна луксузна лимузина, али коју мора да вози савезни суд. Са том лимузином можете лако да настрадате и залутате“. Тако да је по њему нужна допуна порозног законика савезни суд где седе врхунски правници и који имају овлашћење да укидају пресуде нижих судова. Предност је Немачког грађанског законика што сваки правник може да га примењује исправно. То вам је једна ружна локомотива која ће вас увек одвести на место где треба (Рабел). Да додам још нешто врло карактеристично: Швајцарски грађански законик није под утицајем римскога права. Хубер је имао у виду стара германска обичајна права а нарочито старе грађанске законике појединих кантона и онај Блунчлијев законик нарочито. Многи Немци рекли су да је то германски законик тако да Немачка треба у целини да усвоји Швајцарски грађански законик. Швајцарски грађански законик извршио је велики утицај у свету. Нарочито је коришћена француска верзија, јер је немачки језик тежак. У Турској царевини после Првог светског рата дошло је до удара који је извео Мустафа Кемал паша, касније назван Ататурк – отац Турака. Кемал је срушио султанат и увео националну републику. Султанат је био једна исламска установа, султан је уједно био и халифа – верски вођа свих муслимана. Вера и држава морају бити одвојене по мишљењу Кемала. Кемал је спровео различите реформе. Писмо је било арапско. Кемал је конструисао латиницу за турске гласове и укинуо је арапско писмо. Уведен је грегоријански календар. Женама је забрањено да носе фереце. Мушкарци су морали да скину фесове и ставе шешире. Ко би прекршио те одредбе плаћао би велику глобу. Нарочито је тај систем заживео у градовима. Нарочито је укинута неравноправност мушкарца и жене, право мушкарца да отера жену. Кемал уводи равноправност мушкарца и жене и дозвољава развод брака а не отпуштање жене. Посебно је интересантно да је Кемал хтео да уведе страна права. Један његов министар се школовао у Швајцарској и то је био један од чинилаца да Турска потпуно усвоји Швајцарски законик. Неке мање измене су допуштене, али извршена је тзв. рецепција Швајцарског грађанског законика (1923, преведен на турски језик). Показало се да је тај законик веома успешан. Међутим, проблем Турске је у томе што је Кемалове реформе прихватило углавном градско становништво. Сеоско становништво је наставило да живи по старом турском исламском праву као обичајном праву. Ту се нарочито јавио проблем код отпуштања жене. Законик, који је Кемал усвојио, предвиђа само развод брака, нема више отпуштања. Турска је на средокраћу пошто поново јача исламски фундаментализам и питање да ли ће те Кемалове реформе остати и даље. У сваком случају постоји велика разлика између Турчина из града и Турчина из полуномадског села.

Словенско-руска породица права

Треба имати у виду да нису сви Словени односно сва словенска права обухваћена овом правном породицом. Ја, пре свега, имам у виду једну особеност, да су Руси као највећи словенски народ, затим Срби, Румуни и Бугари примили хришћанство од Источног римског царства, од Византије. Тај пријем хришћанства утицао је на знатне разлике које постоје између овога правног система и других правних система који спадају у велики романско-германски правни систем. Међутим, постоје и знатне сличности и не види се разлог зашто словенско-руски правни систем не би био један подсистем у оквиру великог романско-германског правног система. Ради се о следећем: Стари Словени као Индоевропљани имали су сличне обичаје и слично обичајно право са Хеленима, Римљанима, Келтима и Германима. Друго, византијско право, које је после реципирано у Русији, Србији, Бугарској и Румунији, ипак се не разликује много од римског права, које је реципирано у Немачкој и Француској, које је дало битна обележја тој правној породици. Наиме, када је дошло до поделе римског царства на источно и западно, та два царства која су имала исто право, истога владара, почела су да еволуирају у различитим правцима. Западно римско царство много је раније изгубило независност. Било је преплављено германским ратничким народима који су на својој територији успоставили своје обичајно право. Међутим, за староседеоце, а нарочито за Цркву важило је римско царство. За Византију римско право наставило је да важи и даље. Византија је у петнаестом веку потпала под власт Турака и нестала на тај начин као правни систем. Постепено у тај правни систем, који је изворно био римски правни систем, ушли су извесни грчки елементи, као и елементи неких других народа, који су у њој живели, нарочито Сиријаца. Временом је дошло до промене језика у Византији, па уместо латинског језика, уведен је као званични језик грчки. Друго, Црква која је преживела распад царства на источни и западни део, постојала је и даље, али је елеменат германских верских схватања почео да преовлађује у римској цркви, док је источна црква углавном задржала изворне елементе хришћанства како је оно успостављено за време Константина и за време великих васељенских сабора. Но, у једанаестом веку дошло је до коначног раздвајања цркава. Остала је римска црква на челу са папом у Риму и на Западу, док је у источном делу империје доминирала Цариградска патријаршија и православна црква. Међутим, раскол између цркава није био ни дефинитиван, ни миран, тако да римска црква на челу са својим поглаварем наставила је да полаже право да управља целокупном црквом. Отуда и назив католичка, што значи свеопшта. Тај елеменат сукоба између источног и западног хришћанства обележио је дубоко судбину тих цивилизација.

Даље је карактеристика: на западу под утицајем римске цркве је настао један феудализам, који има карактеристике ленског система, где владар закључује уговоре са нижим феудалцима и на тај начин долази до ограничења његове власти. У сваком случају, римски папа је подстицао тај ленски феудализам јер му је сметала превелика власт владара. Тако да изворно имамо једну ограничену монархију и политички партикуларизам на западу. На истоку, насупротив томе, цариградски патријарх никада није стекао оне позиције које је имао папа на западу.

Папа је постао владар, који је био равноправан, чак надређен неким владарима. Цариградски патријарх, по старом обичају, био је потчињен византијском цару. Византијски цар је имао право да поставља и смењује патријархе. Једно време то право имали су и немачки краљеви, али у тринаестом веку дефинитивно се одричу тог права и папе бирају кардинали као велодостојници саме цркве у Риму. Дакле, у римској цркви настао је принцип кооптације у виду једне апсолутне изборне монархије, који се огледао у томе што су папе постављале кардинале, бискупе и друге великодостојнике цркве, а опет после смрти папе, новог папу су бирали кардинали. Таква самосталност у Византији није постојала. Друго, феудализам који се развио у Византији није био сличан феудализму на западу јер великодостојници нису имали специјална права која су могли да супроставе цару. У Византији имамо један апсолутизам који има карактеристике оријенталне деспотије.

Таква схватања дошла су изражаја у словенским земљама које су примиле хришћанство од Византије јер је поред Цркве, црквених канона било усвојено ово правно схватање да владар има апсолутну власт, како над поданицима, тако и над патријарсима. Битно је уочити ово: Црква је имала моћан положај и на истоку јер је она била главни ослонац власти. Црква је била главни земљопоседник на истоку. Цар није био само господар Цркве, него је био и бранитељ Цркве. Долази до узаконења преноса црквених правних схватања у позитивно право Византије и оних земаља које су под византијским утицајем. Напомињем: у великој мери то је и даље било римско право, само у другачијој форми. Дакле, оно што је важило за византијског цара у односу према цркви, важило је и за однос руског владара према православној цркви у Русији откада је пре нешто више од 1000 година примила хришћанство. Додуше, феудалци су фактички ограничавали власт владара. Они су некад успевали да сруше владара. То нису били правни односи, то није била правна власт, већ искључиво политички односи снага. У тринаестом веку настаје тзв. „Руска правда“, као један велики зборник закона и руских народних обичаја тј. словенских народних обичаја. Та „руски правда“ еволуира, како се право ширило и мењало. Важно је истаћи да је писани закон важио само за племство и грађанство. Заправо развој градова, долазак странаца у руске градове као трговаца, утиче на то да њихов положај треба да се уреди, да се заштити. Што се тиче сеоског становништва важи обичајно право и правни став да посебно зависни сељаци имају положај робова. После једног периода татарске владавине долази до промене тежишта у руској држави. Прва руска држава била је тзв. „Кијевска Русија“. Када је кијевска држава, услед унутрашњих сукоба пропала, тежиште власти прелази на Москву. Отуда израз „Московска Русија“. Велики кнез Московске Русије успеће да потчини друге мање руске владаре. Посебно је била утицајна Новгородска република, једна градска република по угледу на немачке градске републике. Међутим, судбину руске државе одређује то што је Московска Русија ослободила Русе од Татара, тако да је тиме стекла превласт. У овом периоду нарочито је значајан Иван Грозни, тако је био прозван јер је дефинитивно потукао Татаре и почео да шири Русију у Сибиру. Друго, успео је да превлада феудални партикуларизам и створио централизовану државу, уз један неописив терор. Такође, створио је стајаћу војску, тзв. стрелце. Значајно је и то што Иван Грозни први узима титулу цара. Треба знати малу термилошку разлику. Руси и Бугари царем називају оно што ми називамо краљем. Ако узмете превод Библије, у Старом

завету, видећете да се даје старији смисао. Наиме, Ђура Даничић градске владаре назива царевима. За Русе је цар император.

Следећи значајан корак је појава Петра Великог који од цара постаје император. Петар Велики уводи западне обичаје и право у Русију. Но, то право је важило само за племство и грађанство. Положај зависних сељака се дефинитивно погоршава. Тек 1860. године долази до укидања сеоског кметства и ропства у исто време када у САД долази до укидања ропства црнаца. У девентаестом веку, у првој половини, негде 1830. године долази до појаве једног новог зборника рускога права, који се зове „Свод закона руске империје“. Донекле овај свод подсећа на земаљско право Пруске, с тим да је обимнији. Иако је цар дао налог да се Свод закона сажме, до тога није дошло. Вршено је више редакција, како би се прилагодио савременим условима. У то време Русија је била апсолутна монархија деспотског типа. У Русији почев од Петра Великог, а нарочито у деветнаестом веку, развија се Покрет интелигенције, носиоца просветитељства, који тражи осавремењивање Русије, претварање Русије у модерну државу ограничене монархије. То је странка либерала или конституционалиста. Међутим, постоје и друге странке и покрети. Постоје анархисти и нихилисти који сматрају да треба уништити државу и на њено место увести народну самоуправу. Углед те народне самоуправе је сеоски живот са сеоском општином тзв. миром која је била власник сеоске земље. У миру је постојао комунизам једне врсте. Анархисти и нихилисти су сматрали да је то право уређење за Русију, када се укине та застарела византијска монархија. Једновремено анархисти и нихилисти су били противници Цркве и царског апсолутизма. Постојала је и трећа струја – социјалдемократи, чија идеологија почива на учењима Маркса и Енгелса. Социјалдемократска странка је једна марксистичка странка која хоће да изведе револуцију, да такође сруши монархију, али која се не заноси сеоским миром и неким изворним институцијама, него хоће да заведе диктатуру пролетаријата тј. неограничену власт једне странке. На челу социјалдемократске странке налазили су се Плеханов и Лењин. Та странка се касније поделила на једно реформистичко и једно максималистичко крило. Максималисти су се назвали бољшевицима, онима који имају већину. На челу бољшевика био је Лењин. Иначе, дошло је до једне несреће за руску државу. Године 1905. она је неочекивано изгубила рат са Јапаном. Тај пораз је уздрмао позиције Русије на Тихом океану и био је сигнал за револуцију. У тој револуцији учествују нарочито припадници других дискриминисаних националности у Русији, поред Руса. Нарочито узимају учешће Пољаци и Јевреји. Та револуција дала је карактеристику будућем уређењу јер носиоци власти у револуцији, носиоци револуционарне власти били су совјети - групе револуционарних грађана, нарочито радника, који су се окупљали по нарочитим установама, нарочито фабрикама. Даље, у тој револуцији примењиван је партизански рат који је такође утицао на судбину рускога друштва. Војска је угушила тај устанак, али цар је био принуђен на одређене уступке. Тако је уведен парламент (Дума) као носилац дела законодавне власти. Но, многи говоре да је то био привидан конституционализам. По том схватању цар није био ограничен Думом, јер уколико је био незадовољан њеним радом, могао је распустити и владати без ње. Године 1914. Руска царевина је ушла у Први светски рат на страни Француске и Енглеске, касније Италије, где се нашла и Србија (Антанта). Антанта је водила рат противу централних сила

(Аустро-Угарске, Немачке и Турске). Русија је у том рату, после извесних успеха на почетку, који су помогли спасавању Француске од Немачке, доживела неколико ратних пораза. Дошло је до великог народног незадовољства (глад је почела да угрожава Русију). Обично такве ситуације доводе до револуционисања земље. Због тих војних и економских неуспеха цар је абдицирао и 1917. године Дума формира привремену владу. Међутим, то је врло интересантно, опет се стварају совјети као представници револуционарних организација.

Совјети су нарочито присутни у војсци. Од фебруара 1917. године имамо двовлашће у Русији. Имамо привремену владу и њене органе и војску која је лојална привременој влади, а на другој страни имамо совјете као носиоце власти, који имају своју војну силу јер су они етаблирани у војсци. Тада се појављује једна интересантна личност – немачки Јеврејин Парвус који се обраћа немачком генерелштабу да из Швајцарске пуне у Русију бољшевици који су тамо били у изгнанству. На челу бољшевика био је Лењин. Предлог је био да се бољшевици и финансирају јер ће једино уз помоћ бољшевика доћи до револуције у Русији. По тој идеји на власт у Русији доћи ће бољшевици који ће бити спремни да закључе мир са Немачком. То се и догодило. У једном возу Лењин и његови сарадници, из Швајцарске преко Немачке ишли су у неутралну Шведску. Из Шведске пребацили су се у Финску која је тада била саставни део Русије. Почине бољшевичка агитација која каже да Русија мора сместа да изађе из рата, да мора да закључи сепаратни мир са Немачком, а да се за узврат сељаци који се боре на фронту врате кући и узму земљу од велепоседника. Та пропаганда је имала великих успеха и руски фронт је такорећи пукао јер су сељаци масовно кренули кући да деле земљу. Тиме је ударен темељ бољшевичком преузимању власти: 7. новембра 1917. године почела је тзв. Октобарска револуција (у Русији је био на снази јулијански календар).

Треба указати ипак на разлику руских социјалдемократа – бољшевика који су се касније прозвали комунистима. Од 1918. године руска социјалдемократска партија носи назив руска комунистичка партија бољшевика. Треба указати на разлику између ње, њене идеологије и марксизма. Марксизам такође стоји на становишту пролетерске револуције и национализације индустрије, банкарства и уопште крупног капитала. Али Маркс сматра да радничка класа може да успе у револуцији једино ако се удружи са средњом класом тј. са ситним сопственицима. На неки начин то је изложено у основном идеолошком документу комунизма – комунистичком манифесту. Даље, Маркс је био немачки Јеврејин који је живео највише у Енглеској у изгнанству и који је сматрао да социјалистичка револуција треба да победи у индустријским развијеним земљама запада. Он допушта и могућност победе комунизма у Русији, али сматра да би тај социјализам био периферан у односу на социјализам у западним земљама. Насупрот томе, бољшевици покушавају да изграде социјализам у једној сељачкој земљи која има јаку индустрију, али само у неколико центара (Москва, Кијев, Санкт-Петербург). На највећем делу своје територије Русија нема никакву индустрију, него је чисто аграрна земља. Друго, код бољшевика долази до великог непријатељства према сваком приватном сопственику. Бољшевици ће касније уништити, не само племство и буржоазију, већ и средњу класу, нарочито интелигенцију. Опет једна значајна околност, када је дошло до револуције, када се распала државна власт у

Русији, велики делови Русије прогласили су независност. Русија је тада била вишенационална држава. У саставу Русије биле су централноазијске вазалне државе, даље Финска, већи део Пољске, Естонија, Летонија и Литванија. Даље, Украјина и Белорусија се формирају као засебне нације. Када су бољшевици дошли на власт у Санкт Петербургу (престоница Русије од Петра Великог), Лењин који је био на челу бољшевичке владе, која се ослањала нарочито на војничке совјете, признаје само независност Финске. Што се тиче осталих независних земаља, Лењин њих не признаје, него чека да у тим земљама бољшевици дођу на власт. То се догодило на Кавказу, Украјини, Белорусији и централноазијским републикама. Совјети су водили рат против Пољске и доживели пораз 1921. године, чиме је и Пољска стекла независност. Године 1922. бољшевичка Русија признаје независност Пољске. Они делови Русије где су бољшевици дошли на власт закључили су са Русијом различите уговоре. Нарочито су се потчинили комунистичкој партији Русије и Црвеној армији, а у осталом су били независни.

Но, постојао је план, који се и остварио у периоду од 1922. до 1924. године да се формира Совјетски Савез. Прво је закључен уговор између Русије и осталих република, а онда је донесен Устав Совјетског Савеза 1924. године. Специфичност створеног савеза огледала се у томе што је свака република имала право на отцепљење. Ако погледате грб Совјетског Савеза, видећете срп и чекић, а иза њих земаљску куглу. Тиме се симболизује став бољшевика који су мислили да ће њихова револуција победити у целом свету и да ће онда на територији целе земаљске кугле бити створена једна савезна држава. Такав став бољшевика који је излазио на експортовање револуције, на извоз револуције, довео је од непријатељства са западним земљама. Бољшевици су неуспело хтели да изведу револуцију у Немачкој и Мађарској. У смислу реченог, односи између Совјетског Савеза и његовог окружења били су непријатељски. Међутим, у Совјетском Савезу била је формирана Коминтерна (комунистичка интернационала) у коју се ушлу комунистичке партије других земаља. Ове околности су важне за схватање ситуације у којој се нашао Совјетски Савез. Иначе, власт у Совјетском Савезу била је у целини у рукама комунистичке партије. Устав Совјетског Савеза додуше не говори о власти комунистичке партије, него говори о власти радника и сиромашних сељака. По првом Уставу Совјетског Савеза припадници бивших владајућих класа нису имали ни право гласа, а радници су имали повећан број гласова у односу на сељаке. Даље, укинута је подела власти. Потпуно су уништени судови, војска, полиција. На њихово место дошли су совјети који су се формирали од врха до дна државе. Што се тиче правног система, бољшевици су 1918. године донели један декрет, по коме је целокупно старо право укинута, а судови који су добили назив народних судова судили су по осећању социјалистичке правичности, а не по закону. Дакле, непостојање закона није значило и непостојање права. Судије нису биле професионалци, већ радници и сељаци (често и неписмени људи). Успостављена је хијерархија судова, тако да пресуде првостепених народних судова нису биле коначне. Међутим, нарочити значај заузимају кривична дела против државе. Током 1918. године извршена је национализација целе економије. Целокупна земља проглашена је државном својином, а сељаци су могли да добију у закуп на обрађивање једну одређено земљиште. Ново право нарочито штити државну својину (за крађу њених предмета предвиђена је смртна казна).

Једна важна институција заштите права у Русији, поред судова, била је прокуратура (јавно тужилаштво). Прокуратура се није бавила само гоњењем учинилаца кривичних дела. Класичан западни став, који прихвата и наша земља, је да јавни тужиоци покрећу поступак против починилаца кривичних дела и заступају државни интерес пред судом. У извесним случајевима јавни тужилац може да поднесе захтев за заштиту законитости. Наиме, увек када сматра да је закон повређен, јавни тужилац може да поднесе захтев вишем суду као једно ванредно правно средство. Често се то и дешава. Међутим, прокуратура у Русији није радила само то. Прокуратура је контролисала целокупну државну власт. Сви државни органи, осим врховног совјета Совјетског савеза, владе и комунистичке партије били су потчињени контроли прокуратуре. Прокуратура је могла да тражи да се поништи сваки незаконити акт управних органа и совјета. Тако да би се могло рећи да је прокуратура била један инструмент заштите уставности и законитости у најширем смислу. Међутим, примера ради, прокуратура се разликује од уставних судова у западним земљама, по томе што појединац није имао право да се обрати прокуратури у свом интересу. Совјетски систем је био крајње колективистички у правном смислу речи, тако да је појединац имао веома ограничен круг права. Када се у Русији поставило питање увођења судске контроле управе, заузет је став да појединац не може да изводи државу на суд, да држава не може да одговара појединцу. Прокуратура је била најцентрализованiji орган, ако се изузму војска и полиција. Заправо прокуратура је била допуна војске и полиције. Имала је право инспекције у све правне акте. Припадници прокуратуре носили су униформу. И данас постоји прокуратура у Русији. Значај прокуратуре данас у Русији огледа се у томе што не постоји управни спор а уставно судство бележи своје прве кораке. Прокуратура је постојала и у Царској Русији и имала је сличне функције. Прокуратуру су тада популарно звали цареве очи и уши јер је тиме цар контролисао целокупну државну власт.

Чињеница која је дала нарочити значај прокуратури била су национализована предузећа. Наиме, када је национализација извршена, структура економског живота остала је иста. Предузећа су наставила да раде, али нису имала приватне власнике, већ је власник предузећа била држава. Предузећа су постала државни органи за економско пословање. Веома често долази до могућности утаја, отуђивања, корупције на бази тих средстава. Зато, с једне стране, драконска кривична дела и с друге стране, могућност прокуратуре да врши инспекцију над делатношћу предузећа. Нарочито је значајна саботажа као кривично дело, која се састоји у нарушавању државне имовине, рада у државним предузећима, под условом да је то наносење штете учињено у намери да се нашкоди совјетској власти. Зато је саботажа постала једно од најважнијих кривичних дела (била је предвиђена смртна казна). И када су донети кривични законици у савезним републикама, и када су донети основи кривичног законодавства, којег су се морале придржавати савезне републике, било је предвиђено да судови могу да суде по аналогiji. Та примена аналогije омогућавала је судовима да казне кога су хтели. У нас после Другог светског рата, у периоду између 1945. и 1959. године постојала је аналогija у кривичном праву. У модерном кривичном праву аналогija је строго забрањена. Забрања аналогije у кривичном праву служи заштити оптуженог. Но, у совјетском кривичном праву није била од значаја заштита

појединца, него заштита државе и државног интереса. Да ли би Маркс прихватио систем који је успостављен у Совјетском савезу ? - тешко је рећи. Но, западни марксисти дошли су у жесток сукоб са бољшевицима. Нарочито западне социјалдемократске странке су постале ревизионистичке јер су стале на становиште да је Совјетски Савез једна модернизована оријентална деспотија која не одговара западној култури и западној свести. Грађанско право није постојало у прво време постојања Совјетског Савеза. Међутим, одсуство тржишта, увођење чисто натуралне привреде довело је до економске катастрофе. Полиција је конфисковала намирнице од сељака и тиме снабдевала раднике и грађане у градовима. Пошто сељаци нису пристајали на ту отимачину долазило је до побуна сељака које су крваво гушене. Даље, једна сложена економија без тржишта тешко може да опстане. Зато је Лењин 1929. године прогласио нову економску политику. Напуштен је комунизам. Бољшевици су тврдили да је то био ратни комунизам који они нису хтели, што није тачно. Пошто је та фаза осуђена као ратни комунизам речено је да треба увести тржишну економију, да треба увести приватну својину над индустријским предузећима, да треба позвати и странце да они уложе свој капитал у Русију путем уговора о концесијама. То је значило и то да се од сељака не конфискују вишкови већ да се уведе принцип откупа. Сељаци нису имали својину на земљи, већ само закуп, али покретна добра, као и зграде били су њихова приватна својина. Учињен је велики заокрет да би се враћањем приватне својине земља спасила економске пропасти. Цела Лењина идеја изградње комунизма овим је била претворена у ништа.

Тај мешовити систем уведен новом економском политиком изазвао је много спорова у самом врху комунистичке партије после Лењинове смрти 1924. године. На челу влада један директоријум пошто Лењин није оставио наследника. У свом тестаменту изнео је позитивне и негативне стране својих сарадника, а препустио је будућности да она реши ко ће да заузме његово место. Тако да постоје три личности са својим присталицама које воде главну реч у Совјетском Савезу. Најближи Лењинов сарадник био је Троцки (Бронштајн). Био је руски Јеврејин и био је један од организатора устанка 1917. године и творац Црвене армије. Даље, Бухарин, најачи теоретичар марксистичко-бољшевичке идеологије. На крају, Стаљин који је као генерални секретар комунистичке партије контролисао комунистичку бирократију. Они су имали различите концепције. Троцког није занимао Совјетски савез као такав, већ светска револуција, па је он прозван заговорником перманентне револуције. Бухарин је био за модел равнотеже између града и села и равномерног развоја Русије. Стаљин је заступао тезу о неминовности индустријализације Русије по сваку цену и изградње социјализма у једној земљи, што је ново схватање међ бољшевицима. Напокон, унутарпартијском демократијом Стаљин је победио своје противнике и после тога долази до његове неограничене власти (негде од 1927. године). Стаљин спроводи нову револуцију која се састојала у уништењу средњег и богатог сељака. Такође, у укидању приватне својине на селу стварањем задруга (колхоза) које би издржавале раднике у индустрији. Стаљин је образлагао то чињеницом да Русија неће од запада добити кредите за индустријализацију. Друго, да Русија нема колоније и да је једини начин, сликовито речено, да се изврши унутрашња колонизација. При том је сељак враћен у статус кмета у царској Русији. Био је дужан да ради у задрузи, с тим што му је

остављена приватна својина на кући и на једном делу производа тзв. окућници. Суштина је у томе да је приступ у задругу био добровољан, али са огромним притиском. Друго, богати сељаци, свештеници, сви могући противници режима били су протерани у Сибир или северне делове Русије, а њихова целокупна имовина конфискована. То је била револуција против кулака, јер су своје противнике на селу називали кулацима. На селу је имао остати само онај елеменат који ће подржавати совјетску власт. Занимљиво је да нигде није била дата дефиниција кулака. Кулак је био свако на селу за кога је комунистичка партија сматрала да је њен противник. Тако је створен услов за интезивну индустријализацију Совјетског Савеза. Посебно је нагласак стављен на тешку индустрију, док је лака индустрија која би служила потребама индивидуалне потрошње била потпуно занемарена. Тиме се Совјетски Савез припремао за рат јер је сматрао да ће кад-тад империјалистичке земље да нападну Совјетски Савез. Мислио је да су највећи непријатељи Велика Британија и Јапан, а до рата је дошло са Немачком. Стаљинове злоупотребе власти су осуђене када је на власт после Стаљинове смрти дошао Никита Хрушчов (1955) и то је период дестаљинизације. Битно је рећи да систем који је Стаљин изградио није мењан. Тако да је до пропасти Совјетског Савеза тај систем остао исти.

У погледу извора права, једини извор права био је закон који су доносили врховни совјети република и врховни совјет Совјетског Савеза. Заузет је став да обичајно право не може бити извор права јер је обичај био изједначен са старим правом. Даље, за разлику од западних земаља, ни судска пракса није могла да буде извор права, чак ни у смислу доградње закона јер се полазило од тога да суд мора бити потпуно потчињен закону, да независност судова не постоји и да је кривично дело судије ако одступи од онога што закон прописује. Међутим, и политика комунистичке партије, иако званично није признато, била је извор права. Политичке оцене централног комитета имале су обавезну снагу за све чланове комунистичке партије, а судије су углавном биле чланови комунистичке партије. Даље, била је пракса да у одређеним случајевима централни комитет и влада заједно доносе уредбе, тако да је тај став партије добијао снагу сличну законској. Иначе, веома је значајно за Совјетски Савез да није било много закона. Али, по Уставу Совјетског савеза из 1936. године када врховни совјет, као нека врста совјетског парламента, није заседао, онда је президијум врховног совјета могао да доноси указе са законском снагом. Президијуми су били ужа тела и имали су карактер председника државе. И влада је могла да доноси уредбе под условом да нису супротне законима и указима. И најнижи совјети могли су да доносе нормативне акте под условом да нису у супротности са актима виших органа.

Пре свега, један веома значајан субјект права је сама држава. Држава је била власник целокупне државне својине која је имала огромне размере. Међутим, појавило се и питање предузећа и предузећа су добила статус правних лица. У Стаљиново време уведен је петогодишњи план, који је требао да замени тржиште. Наиме, комунистичка критика капитализма имала је поенту у томе да се у капитализму нужно јављају расипања добара, уништење вишака добара и економске кризе. То је дакако тачно. Опет се поставља питање да ли тај систем има бољу алтернативу. Совјетски комунисти су мислили да има бољу алтернативу јер ће држава сваком предузећу прописивати шта треба да произведе и коме да дозначи

та добра. То је у ствари био систем натуралне привреде који се састоји у некој врсти размена добара. Сматрало се да ако, рецимо, држава пропише колико се имало произвести ципела у оквиру петогодишњег плана, онда неће бити расипања ципела, да ће бити онолико ципела колико је људима потребно. То је био систем задовољавања потреба, а не овладавања тржиштем, чему тежи капитализам. При том, постојала су и планска надлештва у рангу министарства која су доносила планске управне акте у погледу појединих предузећа. Генерални план који се доносио са петогодишњим важењем некада је захтевао корекције. Напокон, сама предузећа била су дужна да извршавају и генерални план и појединачне планске акте. Ипак, дошло се до закључка да је боље да предузећа у одређеној мери закључују међусобне уговоре о испорукама, о куповини и продаји, него да о томе одлучују државни органи. Идеја је била та да се стимулише предузеће да боље ради, а оно ће боље радити ако може да прода своја добра, оствари вишак и онда располаже тим вишком путем премије. Истовремено, плански органи могли су да виде које је предузеће боље, а које горе. У том погледу грађански законик није важио само за приватна лица него и за предузећа. Једина је корекција била у томе што уколико би предузећа дошла у неку спорну ситуацију око уговора између себе, онда за спорове није био надлежан суд него одређене арбитраже као специјализована економско-политичка тела. Ишло се са тим да се дође до споразумног решења, а не до судске принуде над предузећима. Ја бих вам указао на једну значајну разлику између предузећа у приватној западној економији и планској економији. Једно предузеће у чистој приватној економији уколико не извршава своје обавезе иде у стечај тј. распише се поступак продаје његове имовине и задовољавања поверилаца. Штавише, онај који је крив за стечај био је тешко кажњаван (уколико је преварни чин). Стечај је свакако једна од најзначајних мера капиталистичке економије. Насупрот томе, у планској економији предузећа су била органи државе и било би апсурдно да један орган државе иде у стечај зато што је оштетио друге органе државе. Држава ће сама да процени шта ће са њим да ради. Држава може у таквом случају једно предузеће које лоше послује да сама помогне, да га извуче из тешкоћа (то чине и сада владе капиталистичких држава у време економске кризе). Овде се поставило питање имовине предузећа. Наиме, имовина предузећа је у државној својини и ту нема никаквих дилема. Ипак, добра која се налазе у рукама предузећа имају неки приватноправни елемент. Нпр. када предузеће произведе нешто оно може и да прода то, па је прописано да управљање тим добрима представља право оперативног управљања. То није својина, али је ипак неко право без кога наступање на тржишту није могуће. Право оперативног управљања је једно субјективно право предузећа на државној својини. Постојале су различите теорије – шта је то оперативно управљање. Код нас је нарочито била популарна теза једног руског правника, да се у ствари ради о подељеној својини (између државе и предузећа). То је у ствари преношење појмова феудалне својине на совјетску својину. У феудализму су постојале на некренцима атрибути својине државе, феудалца и зависног земљорадника:

Dominium eminens – право својине владара.

Dominium directum – својина ленског феудалца,

Dominium utile – својина зависног сељака.

Углавном доминиум еминенс су најшира права која се мешају са суверенитетом. Доминиум директум је непосредна владавина над некретнином. Доминиум утиле је неко право стицања плодова када се изврше дажбине владару и феудалцу. Та теорија је говорила да доминиум еминенс и доминиум директум представљају својинске атрибуте совјетске државе, а доминиум утиле су својински атрибути предузећа.

До августа 1918. године у Русији је извршена национализација целокупне земље, индустрије, банкарства, осигурања и то је постала државна својина. При том, то је санкционисано у Уставу Совјетског Савеза из 1924. године. Постојала је разлика у то време између државне и социјалистичке својине. Социјалистичку својину чинила је и имовина колхоза као колективних земљорадничких задруга и имовина друштвених организација (синдикат, комунистичка партија и комсомол). Што се тиче предузећа, био је уведен план у погледу производње и расподеле. Међу њима био је допуштен и уговор. Предузећа су имала тзв. право оперативног управљања као једну врсту грађанске својине.

Године 1918. целокупна земља постала је државна својина. Међутим, држава је давала у закуп земљу сељацима и сељаци су били закупци земље а власници онога што се налази на земљи. У Совјетском Савезу су постојале све до 1928. године политичке несугласице шта даље чинити. Онда је дошло до принудне колективизације. Сиромашни и средњи сељаци су примани у задруге, док су кулаци као богатији сељаци протеривани. Задруга је постала власник оних добара које су раније имали сељаци, док је појединачни сељак имао тзв. окућницу. Имао је кућу и десет ари земље око куће. Он је морао да ради за задругу, а у слободно време могао је да ради за своје личне потребе. Сељаку је било забрањено да напушта земљу. Уведени су унутрашњи пасоши. Та везаност сељака за земљу је унеколико одговарала феудалним односима који су раније постојали.

Заузет је став од бољшевика, који су били владајућа странка у Совјетском Савезу, да приватна својина у социјализму не може да постоји. По њиховом виђењу приватна својина карактерише капиталистички систем. Једно социјалистичко друштво не може да се изгради уколико перпетуира капиталистичке односе. Под приватном својином сматрала се својина која доводи до зараде. С друге стране, признавана је лична својина која није постојала у сврху зараде него у сврху потрошње. Покретне ствари сматране су личном својином. У одређеним случајевима лична својина признавана је и на непокретностима, нарочито на становима. Рецимо, свака породица је имала право на 60 м² у својини. Уколико би се породица увећавала могло се тражити увећавање стамбеног простора. Јавио се један парадокс. Грађани нису имали довољно стамбеног простора па је било допуштено да се стан даје у закуп. То је већ било претварање личне својине у приватну јер се стицала зарада.

Породично право регулише односе између брачних другова, родитеља и деце и усвојилаца и усвојеника. Када су комунисти дошли на власт говорили су да брак треба укинути. Говорили су да је брак најкапиталистичкији однос. Нарочито, патријархални црквени брак који је потчињавао жену мужу. Сматрало се да је довољно да мушкарац и жена живе заједно без икаквих формалности. Међутим, показало се да то доводи до великих злоупотреба. Неки мушкарац држи једну жену шест месеци и после је отера. У интересу жене поново је уведен брак као формална

установа. Задржан је принцип да брак има фактички карактер, али постојала је обавеза да се брак региструје код државних органа. Исто тако, по њиховој жељи могао је брак да престане изјавом датом државном органу. Међутим, регистрација је била доказ на основу кога су брачни другови стицали право на алиментацију. Раније право царске Русије правило је разлику између брачне и ванбрачне деце. Комунистичко право потпуно је укинуло ту разлику. Ванбрачна деца имала су сва права као и брачна деца. Једно време (1922-1928) постојала је и приватна својина у оквиру тзв. НЕП-а (нове економске политике). Сматрало се да социјалистичка и приватна својина треба да се такмиче. Наиме, још увек није постојао став да социјализам може да се гради у једној земљи. С тим у вези донесен је грађански законик који је регулисао робноновчане односе и право својине. Значајно је то да породично и радно право нису више обухваћени грађанским законодавством. Овде треба истаћи значајну разлику између приватне својине у капитализму и приватне својине у социјализму. У случајевима када би неко вршио своје право злонамерно и без икаквог интереса за себе, онда би био осуђен на забрану таквог вршења права и на накнаду штете. Совјетски систем је у два правца појачао идеју злоупотребе права. Прво, сматрало се да свако вршење права својине противно њеној друштвеној и економској намени представља злоупотребу. Судови су били ти који су оцењивали да ли је извршена злоупотреба права. Исто се односило и на личну својину. Друго, установљен је принцип неравноправности права својина. Наиме, државна својина имала је примат над личном и приватном својином. Уколико би лична или приватна својина угрожавала државну својину то је сматрано актом злоупотребе права. Та неравноправност својина је карактеристична и за друге земље. Читам вам једну пресуду Врховног суда Србије која верно одржава то схватање својине. Пресуда је донета 5. децембра 1956. године. „Правно правило да власник земље има право да захтева да несавестан градилац уклони грађевину са његовога земљишта, не може се применити када постоји очигледна несразмера у вредности између подигнуте грађевине и земљишта на коме је ова грађевина подигнута“. Примена овога правила могла би да значи злоупотребу права својине. О чему се радило? Земљорадничка задруга је на земљишту сељака подигла подрум. Било је установљено да је задруга несавесна. Дотични власник земље подигао је тужбу. Спор је дошао пред Врховни суд Србије. Врховни суд је заузео овакав став: да то што власник земље тражи да се уклони подрум са његове земље представља злоупотребу права. По западним правним схватањима исход пред судом био би сасвим супротан. Тек је Устав Србије из 1990. године прописао да су сви облици својине равноправни.

У Совјетском Савезу цео систем почео је нагло да се мења 1985. године када је уведена тзв. перестројка. Поред перестројке уведен је принцип гласности и принцип ускорења. Перестројка преведена на српски језик значи преусмерење или преоријентација. Гласност је јавност. Ускорење је убрзање. Перестројка је била један принцип који се претворио у разградњу социјализма јер су све поставке социјализма биле доведене у питање. Доведен је у питање централизам. Поставило се питање права националности јер је Совјетски Савез био вишенационална држава. Друго, убрзо је оживео сепаратизам република које су биле у саставу Совјетског Савеза. Било је доведено у питање централно планирање и сматрало се да предузећа треба да имају потпуну независност у свом пословању. С тим у вези,

поставило се питање поновног увођења приватне својине. И напослетку, доведен је у питање једнопартијски систем тј. диктатура комунистичке партије. Почеле су да се јављају поједине политичке странке. Формирала су се три главна блока: традиционални комунистички блок, демократски блок и национално-патриотски блок. Доиста се може са иронијом рећи да је убрзање довело до тога да је Совјетски Савез доживео слом за неколико година. Тешко је ући у историјске мотиве људи који су били на челу Совјетског Савеза, нарочито Михаила Горбачова који је био генерални секретар комунистичке партије и председник Совјетског Савеза. Чињеница је међутим да су сви они кадрови који су се противили перестројки тј. општем расулу били уклањани. Овде бих указао на један други модел реформе социјализма а то је кинески модел који је заправо враћање на Лењинов НЕП. То значи допуштање и државне и приватне својине. Извршен је преображај у самој економији, али не дира се у структуру власти. Дакле, и даље постоји једнопартијски систем и велика ограничења изражавања критичког мишљења. Може се рећи да је кинески систем репресиван јер највећи број смртних казни које се изрекну у свету отпада на Кину. Међутим, поставља се овде питање да ли ће једна либерална тржишна економија моћи да опстане под једнопартијским командним системом.

Совјетски Савез је дефинитивно престао да постоји 1991. године када је више република чланица прогласило независност. Тада је створен савез независних држава којим је замењен Совјетски Савез. То је уједно био и крај социјализма. Почела је сада трансформација преласка на систем који има претежно капиталистичка обележја. У Русији је нови устав донесен 1993. године. Русија је по том уставу федерација. Има карактер асиметричне савезне државе. Различити делови Русије имају различити статус. Парламент је дводоман. Он се састоји од народног представништва свих Руса. Назива се Дума (мисао). Различити делови Русије имају представништво у Савету федерације. Правни положај Думе је јачи него положај Савета федерације. То је један елемент у корист унитарног карактера Русије. Централно место има председник Руске федерације. Бира се на шест година. Уопште карактеристично је за земље у транзицији да оне имају јаког председника. Председник се бира од народа непосредно и он је носилац извршне власти. Пре свега, он је врховни командант оружаних снага. Он представља Руску федерацију тј. води спољну политику. Он предлаже думи кандидата за председника владе. Влада је одговорна и Думи и председнику. Функција владе је заправо у томе да оно што председник утврди као правац политичког деловања, влада спроводи у дело. Влада је извршни орган извршног органа.

Прокламована је једнакост свих облика својине. Последица је тога приватизација која је извршена у Русији. Многа индустријска предузећа продана су. Међутим, централне и носеће гране економије остале су у државној својини. Нафта, гас, руска банка, железница, бродарство, предузећа која раде за војне потребе и даље су државна својина. Укинута су колхоза. Пољопривредно земљиште није продано и даје се у закуп сељацима. Пољопривредна производња није се развила у Русији јер се у време социјализма много више улагало у индустрију. Државна својина има државно-капиталистички карактер. У чему се огледа разлика између државног социјализма и државног капитализма? У државном социјализму економија је планска и усмерена је на задовољавање

потреба. При том се водило рачуна о томе да се потрошња сувише не развија јер се тежиште стављало на друштвену једнакост. Насупрот томе, у државном капитализму тежи се стицању владања над тржиштем и с тим у вези извлачењем профита. Руска економија заправо служи стицању профита за државу. Држава у државном капитализму се не разликује од сваког приватног произвођача који наступа на тржишту. Једино има у одређеним доменима монопол. Обично је државни капитализам и монополистички капитализам. Дакле, не постоји слободна конкуренција на тржишту. У западним земљама не постоји толики удео државног сектора. Друго, у западним земљама се тежи демонополизацији. Постоје, с тим у вези, картелске службе као специфични органи који могу да нареду разбијање монополистичког предузећа како би опстала слободна конкуренција на тржишту. У праву су они теоретичари који кажу да Русија иде трећим путем. Трећи пут није ни капиталистички у смислу приватне економије, ни социјалистички у смислу планске економије. У погледу правне технике руских закона њихова је правна техника по свему техника западних законодавстава. Тај принцип је задржан и у новим законодавствима.

Специфичности правног система Србије

Године 1844. на прагу ослобођења од Турске био је донесен Србијански грађански законик. Тај грађански законик је био скраћена верзија општег Аустријског општег грађанског законика. Усвојени су принципи либерализма и природног права, приватна својина, слобода уговарања, одговорност за накнаду штете. При чему, одговорност за накнаду штете била је тако конципирана да онај ко проузрокује штету морао је да докаже да штета није настала његовом кривицом, већ кривицом оштећеног лица, услед случаја и више силе. То је тзв. систем претпостављене кривице који је касније узет и у Русији. У западним земљама ствар стоји другачије. Онај који је оштећен мора да докаже да је штетник крив. Кривица се не претпоставља и мора се доказати. Пред крај социјализма, донет је Закон о облигационим односима који такође полази од принципа претпостављене кривице. То је више утицај совјетског права него старог Србијанског грађанског законика. Постојале су одређене особености. У Србији је задржан црквени брак, при чему за лица која припадају православној вероисповести брак се закључивао пред надлежним свештеником а владике су судиле у бракоразводним парницама. Развод брака је био веома отежан јер Црква је само у екстремним случајевима разводила брак. Сличан принцип био је усвојен у Аустријском општем грађанском законнику у коме је нарочито повлашћивана римокатоличка вера. Према Србијанском грађанском законнику за лица других вероисповести важила су по аналогiji правила дотичних религија. Тиме је у грађанско право унет један елемент римско-византијске културе.

Даље, оно што је значајна особеност а то је постојање задруге. Србијански грађански законик је уважио задругу као институцију породичног права, као заједницу добара. Задруга је имала својство правног лица. Задруга је остатак старог словенског права који је у великој мери допринео опстанку српског народа под

вишевековним турским ропством. После рата и револуције од 1941-1945. године донесен је 1946. године Закон о неважности правних прописа. Тиме је аброгиран цео ранији правни систем. Ипак, судовима је било допуштено да раније правне прописе примењују као правна правила уколико та правна правила не стоје у супротности са социјалистичким правним схватањима и прописима које би донели социјалистички органи власти. У Хрватској је примењиван Аустријски општи грађански законик, тако да су хрватски судови наводили поједине параграфе Аустријског општег грађанског законика. Међутим, тај закон о неважности према тумачењу судова примењивао се и на обичајно право. То значи да задруга која је постојала по обичајном праву по одлуци врховног суда престала је да постоји. То је решење од 5. фебруара 1964. године. У решењу стоји: „Негдашња породична задруга као правна заједница са домаћином на челу који *ex lege* правно послује за целу заједницу и за сваког њеног члана неподељено солидарно, не постоји више у правном поретку СФРЈ“. Такав став је логичан за ондашња правна схватања. Социјалистичка идеологија је сматрала да све што је настало пре социјализма да је лоше, да има експлоататорски и неслободарски карактер. Режим који је уставновио Закон о неважности прописа од 1946. године био је у погледу правне сигурности потпунији јер је у Русији 1918. године донесена уредба којом је судовима било забрањено да примењују старо право. Национализација спроведена у Југославији углавном је одговарала национализацији спроведеној у Русији, с тим да је изведена у више фаза. Прва фаза је довела до национализације индустрије, рударства, банкарства, саобраћаја и трговине. Није извршена национализација земље у целини, него је дошло или до конфискација или прописа о колонизацији или о вишковима. Установљено је да је једно домаћинство може поседовати највише 10 хектара земље. Друго, тек 1958. године извршена је национализација вишкова стамбеног простора и пословног простора. Створене су земљорадничке радне задруге по угледу на колхозе у Русији. Постојало је принудно чланство у задругама, али нису примењиване мере конфискације према богатијим сељацима. У наш правни систем није уведена категорија кулака. Земљорадничке задруге убрзо су биле укинуте и земља је враћена првобитним власницима. Задруге су се претвориле у посреднике између државе и сељака.

Било је допуштено и приватно занатство, с тим да је држава вршила притисак на занатлије да уђу у задругу. Створена је уместо државне својине – тзв. друштвена својина. Цело време док је социјализам постојао било је спорно питање правне природе друштвене својине. Предузећима и установама било је признато право коришћења тј. право наступања на тржишту. То право одговарало је совјетском праву оперативног управљања. Уведено је самоуправљање. Посебно се истицало да се путем самоуправљања гради бољи социјализам, него путем монократског директорског система у Совјетском Савезу. Наиме, у Совјетском Савезу директор предузећа имао је целокупну власт у погледу права управљања. У Југославији створени су раднички савети који су одлучивали о делатности предузећа. Они су почели да бирају директора уз сагласност партијских органа. У Уставу из 1963. године и Уставу из 1974. године било је речено да нико не може да присваја друштвену својину. Уврежио се термин несвојина. Међутим, ако погледамо друштвену својину и упоредимо је са државном својином видимо само једну разлику. Састоји се у томе што је у Југославији постепено укинута централно

планирање. После увођења социјалистичког система уведен је петогодишњи план за предузећа. Даље, управним актима планског карактера предузећима је могло да се наређује с ким треба да закључе уговор. Планови су важили у свим социјалистичким земљама. Код нас, међутим, проглашено је да је планирање ствар предузећа. Планови су добили правно необавезни карактер.

Предузеће није могло својим актима да промени фонд друштвене својине. О опстанку предузећа одлучивали су државни органи, нарочито општина. Уколико би предузеће престало да постоји његова имовина би прешла у имовину општине. Постојали су фондови у које је предузеће морало да улаже своја средства. Предузеће није могло да на тајним рачунима води своју имовину. Постојала је врло строга контрола од стране службе друштвеног књиговодства. Држава је могла да интервенише, уколико по формулацији устава, дође до поремећаја права управљања друштвеном својином тј. уколико се нецелисходно користе средства у друштвеној својини. Врло значајан инструмент контроле била су кривична дела противу привреде. На основу свега реченог очигледно је да се друштвена својина није много разликовала од државне својине. Може се и рећи да је укидање централног управљања у Југославији подстакло разградњу Југославије. Процеси разбијања Совјетског Савеза и Југославије били су повезани. Није тачна констатација да се Југославија распала зато што је била вишенационална држава. Много је држава у свету које су вишенационалне државе па се нису распале.

Социјализам је постепено укидан у нашој земљи. Почетак процеса покренут је Уставом из 1990. године, затим променама 2000. године и напоскон Уставом из 2006. године. Устав из 1990. године садржавао је две концепције. Прва је суверенитет Србије а друга да ће Србија бити чланица федеративне Југославије. Србија је конституисана као земља председничког типа тј. председника је бирао народ. За разлику од чистог председничког система, постоји и влада која непосредно води политику републике и стара се о извршавању закона. Постоји тзв. бикефализам извршне власти. Председник предлаже скупштини председника владе и мора да води рачуна о односу снага у Народној скупштини. Мандатар за састав владе има велику власт јер одређује ко ће да буду кандидати за министре. Очигледно уставотворац није хтео да створи чисти председнички систем у Србији.

Проглашена је једнакост свих видова својине а задржана је друштвена својина. Имајући у виду то, ми смо у области економије и даље били социјалистичка држава, а у виду политике имали смо грађански либерализам са вишепартијским системом. Очигледно горуће питање овде је било друштвена својина јер је друштвена својина постојала у једном другачијем систему. Поставило се питање њене трансформације. Сви остали закони били су и даље на снази. Међутим, имали смо је једну правно противречну ситуацију. Друштвена својина најпре је била везана за самоуправљање. Сада више није било никаквог самоуправљања а остала је друштвена својина. Нарочито је повећана власт директора да запошљава и отпушта раднике, што у систему самоуправљања није било могуће. По новом закону о радним односима радник је изгубио сигурност радног места коју је некада имао. Тиме се желело рећи да ће друштвена својина да се развија у правцу капиталистичке приватне својине. Међутим, до 2000. године није ништа учињено да би се то остварило. Штавише, почела је да доминира тзв. сива економија тј. економија која је постојала мимо законских прописа. Године

2000. заузет је став да се друштвена својина ликвидира путем приватизације. Ми сада имамо две врсте приватизације. Једна је економска приватизација као оправдана а друга је политичка приватизација која је на крају крајева саботерска.

Исламско право

Треба разликовати исламско право од права исламских држава. Рецимо, Турска је једна муслиманска држава, у којој већинско становништво чине припадници исламске вероисповести, у којој исламско право не постоји. Исламско право је у Турској постепено укидано почев од 1922. године када је извршена револуција. Дакле, ми имамо муслиманске државе које немају муслиманско право услед различитих околности. Посебно у државама које имају мешовито становништво (исламско и друго), исламско право не важи, поготову у оним случајевима када муслимани представљају мањину. Исламско право је нераскидиво везано за религију ислама. Наиме, срж ислама као религије чини исламско право, што је помало необично онима који живе у другачијим правним културама. Морамо овде указати на једну фундаменталну сличност између хришћанства и ислама, упркос великим разликама. Наиме, и хришћанство и ислам потичу од јеврејске религије. Међутим, док је јеврејска религија остала национална религија Јевреја, она је једна етничка религија, хришћанство и ислам постали су светске религије. Разлог је томе што су хришћанство и ислам мисионарске религије. И оснивач хришћанства – Исус Христос и оснивач ислама – Мухамед, наредили су да религија треба да се шири и да потенцијално обухвати све људе света. Међутим, за хришћанство је карактеристично то што не обухвата правни живот. Хришћанство што се права тиче има канонско право, које представља право цркве и уређује односе свештеника тј. клирика и лаика као припадника цркве. Хришћанство је, наиме, тежило моралном преображају људи, а не правном уређењу и највећи утицај хришћанства долазио је одатле што је хришћанство, односно хришћанска црква прогласила брак светом тајном, па је хришћанска црква настојала да њено схватање брака постане схватање брака државе. Тако да је осим те интервенције мало од хришћанства ушло у правне системе хришћанских држава. Ипак, преко морала (хришћанство је тежило да развије морал) припадника хришћанске религије, хришћанство је донекле ушло у правне системе хришћанских земаља. Зашто је до тога дошло? Хришћанство је настало у оквиру јеврејства као једна верска секта. Јевреји су имали свој правни систем и Мојсијеве законе. Исус каже: „Ја нисам дошао да покварим закон, већ да извршим закон“, и то је схватање јудеохришћанства. Према томе, хришћанство је већ било у једној заједници које је имало своје законе. Даље, када је хришћанство почело да се шири као мисионарска религија после Исусовог одласка и да се проповеда нејеврејима, онда је дошло у контакт са римским правом. Хришћанство је постало религија римске државе која је имала веома развијено право. Римско право је једно од великих чуда човечанства. Хришћанство дошавши у досег римског права веома је мало интервенисало у римском праву. Једини утицај хришћанства на римско право огледао се у увођењу елемената јеврејског права у римско право. Сасвим је

другачија ствар била са исламом. Ислам је настао почетком седмог века у арапским крајевима (није постојала арапска држава). Арапско право је било обичајно право појединих градова и појединих племена. Нарочито су се истицали као градови Мека и Медина. Тако да је задатак Мухамеда био и тај, да створи право и државу. Првобитно да створи арапску државу а после и светску државу. Врло је интересно у прошлости, а важи и данас, да су ислам и хришћанство велики конкуренти. Ислам се ширио у оним крајевима где је постојала хришћанска вера и ислам је успео увелико да потисне хришћанство, нарочито из Азије и Северне Африке. Штавише, исламске војсковође су дошле у Шпанију, заузеле Шпанију и отишле чак у Француску. Но, у одлучној бици између Франака, које је предводио Карло Мартел и Арапа код Поатјеа, Арапи су доживели катастрофалан пораз и били су избачени из Француске. Неколико векова задржали су се у Шпанији, након чега су били потиснути. Тај карактер ислама, да је ислам ратничка религија, следи што Мухамед наређује да муслимани буду ратници и да путем рата шире своју религију. То је тзв. џихад, који је још од Мухамеда установљен и значи борба на Алаховом тј. на божјем путу. Мухамед изрично каже да сви муслимани морају да буду ратници. Само један део муслимана мора да се посвети проучавању светих књига и муслиманског права, а они који се не боре имају један умањен правни положај. Најлошији правни положај имају неверници. Муслимани имају обавезу да их искорене. А Мухамед каже, да они народи који имају свету књигу, а то су религије које су настале пре ислама, посебно јеврејство и хришћанство, имају утолико повлашћен положај што Мухамед обезбеђује правну заштиту Јеврејима и хришћанима уколико плаћају порез. Једино ако Јевреји и хришћани ратују против муслимана, Мухамед каже онда можете да их убијате, да их протерате.

Мухамед је рођен у Меки крајем шестог века и умро је 632. године. Рано је остао без родитеља и као двадесетпетогодишњи младић оженио се једном старијом удовицом која је већ имала децу и био је њен трговачки путник. Године 610. Мухамеду се јавио архангел Гаврило или како га Арапи зову Џибрил и почео да му даје божанске поруке. Те божанске поруке су следиле све до 632. године до Мухамедове смрти. Оне су забележене у свету књигу Куран или Коран како се још назива. Иначе, Куран је подељен у 114 поглавља која се називају суре, а суре се даље деле на ајете као кратке стихове. Мека, у којој је живео Мухамед била је иначе центар арапског ходочашћа јер је тамо пао с неба неки црни камен, за који су они сматрали да га је Бог послао и зато су се клањали том камену. То место се назива каба или ђаба. Меканци (становници Меке) врло су се богатали захваљујући том црном камену и ходочашћу других Арапа тзв. хаџу или хаџилуку. С тим да су други Арапи у ђаби постављали своје идоле, којима су се клањали. Мухамед је проповедао монотеизам у најригорознијем смислу. Говорио је да је само највише арапско божанство - Алах једини бог. Да су други идоли творевине ђавола. Меканци су се уплашили да ће он да растера ходочаснике и туристе, ако нестану други идоли ђабе. И онда природно дошло је до сукоба Мухамеда и његових присталица и мештана Меке. Услед сукоба Мухамед је 622. године побегао из Меке у један други град Медину, и од 622. године рачуна се муслимански календар. У Медини су Мухамеда прихватили и то тако што су га поставили за државног поглавара. Мухамед је у том својству водио ратове са непријатељским племенима. На крају је победио Меку и закључен је 630. године мировни споразум са Меком.

Мухамед се вратио у Меку, што означава почетак велике експанзије ислама (отада хаба је била посвећена само једном богу – Алаху).

Што се тиче јавног права, Мухамеда су наследиле халифе, који су били верски предводници муслимана, а затим и државни поглавари исламске државе, која се нагло ширила. При том је дошло до одређених контроверзи. Наиме, један део муслимана, шиити, а то су нарочито муслимани у Ирану, Ираку, једном делу Индије и Азербејџану, одбили су да признају легитимитет првим трима халифама. Признају само халифу Алија, зато што се Али оженио Мухамедову кћерку. Алија је наследио један ред имама и шиити сматрају да ће се Али поново вратити и у одсудном тренутку извојевати победу над другим верама и народима и успоставити светску заједницу муслиманску. То је довело до тога да одређене делове исламског права, шиити не признају.

У сваком случају, основне одредбе исламског права налазе се у Курану. Међутим, Куран ипак садржи само делимично правне одредбе и оне нису довољне за организацију правног живота. Куран није само правна књига, већ је књига проповеди. То је књига у којој се проклињу неверници и они који не верују у Мухамеда и у којој се верницима обећава вечни живот после смрти, живот у рају. Неверници треба да доживе казну и на овом и на оном свету, они ће отићи у пакао. Дакле, има у том погледу сличности са хришћанством. У ствари, већи број правних одредаба нашао се у тзв. Суни, која на арапском значи начин живота. Суна представља такође божју објаву, која заједно са Кураном сачињава исламско право. Суну сачињавају тзв. хадиси. Суна је укупност хадиса. Хадиси су саопштења како се Мухамед у одређеним ситуацијама понашао и шта је рекао. При том, хадис мора да садржи веродостојне изворе. Сваки хадис има два елемента: текст хадиса који садржи одређено мишљење или заповест и тзв. узрок, а то је навођење извора. Примера ради, једна збирка хадиса, коју је саставио Ел Бухари, коју сам читао овако каже: „Мени је мој отац рекао, да је њему рекао стриц, да је стрицу рекао деда, а деда је познавао једног пријатеља пророка Мухамеда и онда је тај пријатељ пророка Мухамеда то рекао деди“. Услед овога од великог је значаја код муслимана било да ли су хадиси лажни или аутентични. Тако да су само веродостојни хадиси ушли у Суну као део исламског права. Иначе, значајна је одредба која се налази у Суни, а нема је у Курану, и која каже ово: „Сваки човек се рађа као муслиман, а онда га његови родитељи, његова средина учини нечим другим, тј. Јеврејином или хришћанином“. Дакле, обавеза је сваког човека да прихвати ислам јер је то његово природно одређење. Довољно је да неко каже следећу формулу и да постане муслиман. Наиме, да каже: „Алах је један, а Мухамед је његов пророк“. Чим неко изговори ову формулу на арапском језику (арапски језик је свети језик) постаје муслиман и има права и обавезе муслимана. И то је један разлог брзог ширења ислама. Покорени народи веома брзо су прелазили на ислам и постајали војници и ишли даље у ратне походе. Уколико неко погине на алаховом путу и претрпи мучеништво, он не чека васкрсење, крај света, него одмах одлази у рај.

Трећи део исламског права је ицма. Ицма представља сагласност исламских учењака по појединим питањима. Заправо, када муслимански правник примењује право (кадија или кади), он се служи зборницима ицме. Притом, треба имати у виду да сви зборници ицме нису истоветни (разликују се по школама). У оквиру ислама

настале су различите школе које поједина питања посматрају другачије. Постоје четири ортодоксне школе: ханефитска, малекитска, шафеитска и ханбалитска. Шиити имају своју школу, свој засебан правац. Какав је правни положај халифе као верског вође? Он по правилу не може да мења ове одредбе, већ може да доноси само подзаконске одредбе, уредбе којима се прецизирају поједина питања. Особито је важно да нпр. владар може да нареди кадији, судији да примењује правила једне од ових ортодоксних школа. Тако када је Турска заузела Египат у шеснаестом веку, онда је султан наредио египатским кадијама да примењује ханефитски обред. Напокон, сматра се делом исламског права и кијас. Кијас је решавање по аналогiji. Битно је ово, и кијас је ушао у један затворен корпус. То значи да кадија нема овлашћење да мења било шта од овога права, премда може у одређеној мери да примењује аналогiju. Ово је свето право муслимана и оно не може да се примењује на припаднике осталих вероисповести. Исламско право назива се и шеријатским правом. А доктрина која се бави тумачењем, систематизовањем исламског права назива се фикх. Зато је некада у исламским државама, а делом и данас, постојало неколико система права. Основни систем права било је муслиманско право. Јевреји су живели по својим правилима и још је Мухамед у једном случају, када је Јеврејин направио прекршај био питан, које право да се примени, рекао јеврејско право. Тада је заузет став да се исламско право може примењивати само на муслимане. Исто тако, на хришћане се примењује хришћанско право. Из историје знате да је патријарх у Цариграду, иначе Грк, био етнарх православних поданика турске државе. Звали су га на турском „Милети паша“ (господар раје или православног хришћанског народа). Када је Турска заузела арапске земље, онда је турски султан преузео титулу халифе и постао је верски господар свих муслимана. Тако да се ту појављује један значајан правни акт, који није општа правна норма за поступање муслимана у свим приликама у којима се нађе. Тај акт назива се фетва. То је појединачан акт који издају муслимански учењаци или верски старешина да се у појединачном случају нешто учини или не учини. Рецимо, када је вођен Први светски рат између сила Антанте против Централних сила онда је султан издао једну фетву којом је прогласио цихад против непријатеља централних сила. Постоје и исламски вероучењаци који су у ствари стручњаци за исламско право. Исламско право за разлику од хришћанства нема свештенике. Сваки муслиман има непосредан однос са Богом. Он се моли Богу и он добија од Бога награде и казне без ичијег посредовања. Тако да хоће, које можете да видите да носе беле чалме на црвеном фесу, нису свештеници, него су учитељи вере и исламског права. Најзначајнији предводници муслимана називају се великим муфтијама. Муфтије представљају и другостепену инстанцу за одлучивање по жалби на одлуке кадија. Када је 1924. године укинут халифат, он се више није обнављао, па се поставило питање државног уређења исламских држава. Исламске државе су заузеле став да државно уређење није битан део ислама, да исламске земље могу бити и монархије и републике. Међутим, битно је и за један и за други облик владавине повиновање исламском праву. Тако да данас поред старих исламских држава, као што је Саудијска Арабија, која је монархија, има и низ исламских република (Иран, Ирак, Судан, Јемен, Пакистан, Авганистан).

Постоје разлике у примени исламског права. Неке земље имају једино исламско право, а неке имају имају исламско право и служе се и неким другим

изворима права. У Ирану се најдаље отишло у исламизацији државе. Тако поред демократских, односно полудемократских органа, као што је народна скупштина, постоји и вођа исламске револуције, који је имам (стручњак за исламско право) и постоји савет имама који су називају ајатоласи, који прегледају све правне акте које доносе народна скупштина и председник републике, и онда испитују да ли су те норме у сагласности са исламским правом. Уколико нађу да је један правни акт несагласан исламском праву, он губи правну важност. Један такав вид исламизације не постоји у другим земљама. Иначе, данас што се тиче јавноправних односа у исламским државама, поставља се питање односа ислама и других религија, посебно са схватањима западних земаља о правима човека. Наиме, у западним земљама се сматра да се у исламским државама недовољно поштују права човека, посебно што се изричу смртне казне за поступке који не потпадају под кажњавање или се сматрају престрогим. Рецимо, ислам никога не натерује да прихвати ислам. Примање ислама је добровољно. Но, напуштање ислама повлачи смртну казну. Даље, за одређене сексуалне деликте предвиђена је смртна казна (нпр. хомосексуализам). Посебно се данас поставља питање исламског фундаментализма. Исламски фундаментализам последица је тога што је у деветнаестом веку већина исламских држава потпала под колонијализам западних земаља. Западне земље су у исламске уводиле своје правне системе (Енглези у Индији, Французи у северној Африци). Када су те исламске земље стекле независност поставило се питање: да ли се вратити на исламско право или не? Посебно два догађаја била од великог утицаја на оживљавање исламског фундаментализма. То је победа исламске револуције у Ирану (1979. године) када је свргнут један прозападни режим. Наиме, све до 1979. године Иран је био једна краљевина. Краљ се називао по старом персијском називу шах. Шах је спроводио одређене реформе и није приморавао своје житеље да живе по исламском праву. То је довело до великог незадовољства. Прво, тај режим је владао крајње аутократски. Био је заснован на контроли од стране полиције и противници режима били су једноставно ликвидирани. Тако да су се против шаха подигли противници аутократског режима, али су се подигли и муслимани који су сматрали шаха једним отпадником од ислама. Сличан шаховом режиму био је Ататурков режим у Турској. Међутим, Ататурков режим имао је велику подршку у градовима. То је довело до победе једног неисламског режима у Турској. Али поставља се питање да ли ће тај режим данас да опстане? Нарочито због тога што међу сеоским масама постоји тежња ка враћању ислама. Швајцарски грађански законик који је уведен у Турској предвиђа развод брака. Међутим, ислам даје право мужу да отпусти жену. То је значило да сељаци у Турској нису се разводили, већ су отпуштали жене у одређеним случајевима. Па се поставило питање статуса деце: да ли су она брачна или ванбрачна? Тако да су се доносили посебни закони да се узаконе деца која су по строгом правном схватању била ванбрачна. Када муж отпусти жену и са другом женом добије децу по одредбама Швајцарског грађанског законика то су била ванбрачна деца, а по схватању сеоског народа била су брачна. У Ирану је срушен шахов режим. Пошто су САД подржавале шахов режим, нови режим у Ирану био је један антиамерички режим и конфонтација траје и даље. Други значајан догађај који је поспешио исламски фундаментализам била је инвазија СССР на Авганистан која је почела 1979. године. Пошто се Иран и Авганистан граниче, СССР је

очигледно искористио победу антиамеричког режима у Ирану и ушли су у Авганистан својим трупима и успоставили један сателитски просовјетски режим. То је довело до грађанског рата. У овом случају САД су подржавале антисовјетске присталице, нарочито у Пакистану које су се бориле против Совјетског Савеза, тако да је знате као у оној приповетци „Из хиљаду и једној ноћи“, дух који је живео у боци, па када га је рибар пустио из боце. Тако су нешто учиниле САД. Оне су отвориле боцу из које је изашао исламски фундаментализам и оне тог духа, тог ђавола не могу да врате назад.

Право личности, брачно и породично право у исламском праву

По схватању ислама само је човек као физичко лице носилац права и обавеза. Правно лице по исламском правном схватању не постоји. Правно лице је једна заједница људи које представљају њени органи. Радње које органи предузимају сматрају се актима, не њих као физичких лица, већ заједнице коју представљају. Таква правна лица називају се обично установе. Други тип правног лица је задужбина, а то је једна имовина која има своје органе, па се акти које предузимају органи задужбине приписују тој субјективизованој имовини. Правна лица су једна категорија развијеног права. Она почиње тек у римском праву да се развија и у савременим правима добија примену. Међутим, ислам није прихватио ту категорију. Дакле, у исламу ми имамо само физичка лица. Међутим, постоји разлика између слободних људи и робова. Наиме, ислам прихвата ропство као категорију, али у Курану ипак положај робова је ублажен. Мухамед каже: „ако роб има новаца да се откупи, прихватите ту откупнину и ослободите га“. Данас, у исламским земљама нема ропства под утицајем западних права и социјалистичких права која су инсистирала да се ропство укине. Наиме, западне земље су укинуле ропство у деветнаестом веку. Међутим, у исламским земљама тек је у двадесетом веку укинута ропство. Ја сам пре извесног времена наишао на једну информацију да се у афричким муслиманским земљама још увек практикује ропство. Ја сам вам већ споменуо разлику између муслимана и немуслимана. Муслимани имају већа права по исламском праву него немуслиманци. Немуслиманци у исламским државама уживају заштиту под обавезом плаћања пореза и без војне обавезе која је карактеристична за ислам.

Даље, разлика између мушкарца и жене је нарочито изражена у исламу. Наиме, мушкарци и жене имају различита права и обавезе, с тим што су права мушкарца већа од права жене нарочито у погледу јавног права и брачног права. То се огледа и у погледу брачне способности. Муслимани могу да се ожене припадницама религије које имају књигу – Јеврејкама и хришћанкама. Муслиман не сме да се ожени неверницом. С друге стране, муслиманка не сме да се уда за припадника друге вероисповести, осим муслиманске. Од тога се одступа једино у Палестини јер тамо сматрају да муслиманке могу да се удају за Јевреје. Ево из којих разлога: Наиме, муслимани верују у једног Бога (Алаха) и у том погледу њихова вера је слична јеврејској који верују у једног Бога кога називају Јехова (Јхвх; јеврејско писмо нема самогласнике). Међутим, муслимани сматрају да је

хришћанство политеистичка религија. Наиме, хришћанство каже да постоји један бог, али да тај бог има три лица: Бога оца, Бога сина и Бога Духа светог. Насупрот томе, муслимани сматрају да ако бог има три лица, онда није један Бог, већ три Бога. Зато муслимани осуђују хришћанство за једно одступање од чисте религије која је ислам. Да само додам и ово: ислам такође сматра и јеврејске свеце и Исуса пророцима. И Мухамед каже: „они су проповедали чисти ислам а онда су га његови следбеници искривили“. Посебно се истиче разлика у погледу Исусове смрти и васкрсења. Својим васкрсењем Исус је обећао свим верницима васкрсење и вечити живот. Међутим, овако уче муслимани: Исус није разапет, да није умро на крсту и после васкрснуо. Да је то била заблуда. Да је Јуда разапет на крсту, а не Исус. Тако да иако ислам признаје Исуса за пророка, не признаје ову битну компоненту хришћанства. Постоје и брачне сметње које се тичу сродства, али оне су сличне као и у нашем породичном праву.

У исламском праву допуштено је многоженство. Код хришћана и народа који се налазе у културним круговима који се налазе под утицајем етичког схватања хришћанства заступљена је моногамија (брак је заједница мужа и жене). При том, у хришћанству је брак света тајна. Он се закључује тако што га после изјава воља вереника закључује свештеник. То је правило православне цркве. У католичкој цркви брак закључују супружници, али уз посредовање свештеника. Свештеник мора да буде тај који утврђује и благосиља ту везу. Последица тога што је брак света тајна је нераскидивост брака. При том, постоје два казивања Исуса Христа, која су садржана у двама различитим јеванђељима. У Јеванђељу по Матеју брак је нераскидив, само муж може да отпусти жену у случају браколомства. При том, са браколомством се изједначавају неки тежи преступи (попут убиства). Напротив, у Јеванђељу по Марку, брак је нераскидив без икакве могућности развода брака. Православна црква је прихватила схватање развода брака из Јеванђеља по Матеју, док је Католичка црква узела схватање из Јеванђеља по Марку. С тим да уколико је заједнички живот брачних другова постао немогућ онда Католичка црква допушта тзв. раставу од стола и постеље, а сам развод брака није допуштен. Ту је Католичка црква строжија од Православне цркве. У исламу брак није света тајна, није заједница пред богом, него је то уговор мушкарца и жене у циљу рађања деце. Последица је тога да су и имовине мушкарца и жене одвојене. То има утицаја после и на правни положај деце након развода брака. Ислам допушта мушкарцу да има четири жене и неограничени број милосница, конкубина или невенчаних жена. Међутим, у исламским државама преовлађује моногами брак. У појединим муслиманским земљама жени је допуштено да се разведе уколико муж узме другу жену. Међутим, разлози су и економске природе. Наиме, муж је дужан да свакој жени да посебну кућу или стан. Сам Мухамед је имао једанаест жена. Имао је девет жена и две милоснице. И сами исламски богослови нису начисто с тим. Прописао је дозвољеним брак са четири жене, а имао је девет жена. У исламу се ради о истовременој а не о сукцесивној полигамији. У раном хришћанству сви свештеници су могли да се жене, па је апостол Павле рекао да епископ мора бити једне жене муж. За свештенике дозвољен је само један брак. За обичне вернике допуштена су само три брака сукцесивно. Исламски богослови покушавају да објасне да је Мухамед имао девет жена зато што је божја објава стигла касније када је већ био у браку са девет жена. Ислам не одређује старосну

границу за закључење брака, тако да се Мухамед са једном својом супругом (Ајшом) оженио када је имала седам година. И можда сте приметили у Данској је у медијима Мухамед проглашен за скрнавитеља деце што је довело до дипломатских заостравања. Но, касније је уведена нека старосна разлика. Треба имати у виду следеће: Мухамед је своју објаву износио у време обичајног права (орф, адет) и он је побољшао положај жене. До Мухамеда жена је купована. Муж би купио жену од родитеља или старатеља те жене. Тако да се Кураном забрањује продаја жена. И муж и жена могу да имају различиту имовину, да се баве различитим пословима, чак могу и једно друго да туже суду, да воде спорове. Они су у имовинском погледу потпуно независни. Ту се огледа разлика у односу на романско-германски правни систем. Задржан је принцип који је постојао у јеврејском праву да муж може да отпусти жену, с тим да су потребне одређене формалности. Наиме, да то учини пред сведоцима. Неке школе траже да се то учини у писменој форми (тзв. отпусна књига). Неке школе захтевају да кадија буде присутан приликом изрициња отпусне формуле и да он потврди да је отпуст правоваљан. Жена нема право да отпусти мушкарца. Приликом закључења брака мушкарац и жена могу да закључе уговор који ће садржати право жене да отпусти мушкарца. Међутим, иако жена нема право да отпусти мушкарца, она има право на развод брака. Разлози су различити (неиздржавање, злостављање). Најчешће, као и у европском праву, то је неподношљив заједнички живот. Поступак развода брака води се пред кадијом. Неравноправност мушкарца и жене огледа се и у томе што жена мора да следи мужа (ако се муж сели мора и жена да се сели). Он има право да јој ограничи слободу кретања. Има ту и неких необичних одредаба које се у хришћанском свету не примењују. Мухамед је за разлику од других вероучитеља имао једну изражену еколошку свест, љубав према животињама. Мухамед је рекао: „све птице и друге животиње имају своје владаре и на судњи дан оне ће такође да изађу пред свог господара, пред свог Бога“. Дакле, животиње имају бесмртност душе и човеку је наређен један поступак према животињама који није безобзиран. Такав однос према животињама хришћанство нема. Има једна одредба у хадису, ако жена убије мачку, онда се осуђује на доживотну забрану изласка из куће.

Односи родитеља и деце, када се ради о малолетној деци, на исти начин су уређени као у европским земљама. Ту не постоје нарочите специфичности. Међутим, у случају престанка брака (раскинут, разведен или поништен), поставља се питање ко добија децу на издржавање? У европским правима, деца иду оном родитељу који обезбеђује најбоље услове за њихово издржавање и васпитање. У сваком случају по нашем праву орган старатељства испитује током поступка развода брака коме ће припасти деца, с тим да муж и жена који се разводе могу да се договоре око тога ко ће да преузме децу. Исламско право предвиђа другачије. Обавеза је оца да издржава децу и да издржава жену. Зато деца по правилу иду код оца. Различите школе постављају питање на нешто различит начин. Наиме, по неким школама деца до пубертета морају остати код мајке, а после пубертета одлазе код оца. Шиитски закон је још патријархалнији и чим престане дојење, мајка је дужна да преда децу оцу у случају престанка брака.

Неки савремени исламски теолози сматрају да борба на Алаховом путу како се преводи цихад на српски језик, не мора да значи рат, него да је цихад мисионарење, чистота вере, поштење. Ислам садржи такође и строге моралне

прописе. Ипак већина тумачи цихад као свети рат. Ислам је једна мисионарска религија. Задатак је муслимана да придобијају вернике и у том погледу морају да буду веома активни. Брак је и морална обавеза за муслимане. Муслимани су дужни да живе у браку и ванбрачни односи су блуд па подлежу и кривичној одговорности. Тако да је то један начин да се повећава број верника. Хришћанство нема моралну обавезу закључења брака. Хришћанство проповеда о животу посвећеном Богу одакле је настало монаштво, као вишем ступњу религиозности него имати породицу. Апостол Павле је рекао: „лакше је човеку без породице него са породицом“. Дакле један опортунистички став у погледу породице. По схватању Цркве, Исус није имао породицу. Апостоли су имали породице, осим апостола Павла који није имао породицу. Такав став у исламу је незамислив. Ислам је строг према ванбрачним везама. Мухамед је имао децу само у првом браку. Имао је два сина и четири кћери који су поумирали, осим Фатиме која је била удата за Алија. Хришћанство је имало више ратова од ислама. У хришћанству постоји овај став: да из јеврејске религије Црква признаје за обавезне само десет Мојсијевих заповести. Али може да преузме и нешто друго, рецимо свети рат. Код Јевреја постоји свети рат.

Исламско имовинско право

Уговори

За разлику од романско-германско-словенске породице права, у исламском праву не постоји неки општи појам уговора. Такође, исламско право нема општи појам облигације. У исламском праву постоје одредбе о појединачним уговорима. Уговор је иначе сагласност воља двају лица који носе различите називе (уговарачи, уговорници или уговорне стране) који се саглашавају око неке ствари, некога предмета и употребе или преноса те ствари. Дакако, најчешћи је уговор о купопродаји. У исламском праву веома су заступљени уговори о поклону, тако да исламско право највише одредаба познаје када су у питању поменуте две врсте уговора. Иначе, једнострана изјава воља обично не производи правно дејство. Потребно је да се две воље усагласе тј. да се дотакну истога предмета. Код купопродаје потребна је сагласност у погледу предмета и у погледу цене. Једна страна је продавац која располаже једном ствари а друга страна је купац која плаћа одређену цену. Постоје и одређена ограничења у том погледу. Исламско право нарочито забрањује алеаторне уговоре. То су уговори на ризик. У поменуте уговоре спада тзв. зеленашки уговор. Зеленашки уговор добио је назив по томе што купац, обично трговац купује летину од сељака пре него што је та летина сазрела. Обична је цена нижа него што би била када жито сазри. Но, и купац сноси ризик јер може се десити да удари град и уништи жито, тако да он не добија ништа, а сељак задржава новац који је примио. Овакви уговори забрањени су у исламском праву јер оно захтева да и предмет и цена буду извесни. Зеленашки уговори забрањени су из разлога што су често такви уговори неморални којима се заправо искоришћава тешка материјална ситуација једне стране. Даље, исламско право такође не

допушта да се уговор закључи путем преваре или принуде. У том погледу нема разлике између исламског права и других великих правних породица. Постоје и извесне одредбе које су са правног становишта романско-германско-словенске правне породице неприхватљиве. Нпр. када неко каже: продајем ти ову кућу и не тражим никакву цену за кућу. Исламско право каже да је такав правни посао купопродаја. У романско-германској породици права такав правни посао био би квалификован као поклон. Исламско право не допушта могућност слободе квалификације једног уговора од стране судије. Даље, постоје извесни модалитети у погледу услова. Ако се у уговор унесе један услов који је супротан закону тај услов квари цео уговор. Уговор је ништав. Међутим, изузетак постоји код вакуфа. Циљ законодавства јесте да вакуф опстане, тако да ће се недозвољени услов сматрати непостојећим. Даље, што се тиче предмета уговора, предмет уговора мора бити ствар у промету. При томе, ствар мора бити неко материјално добро. Није допуштено да се продају нематеријалне ствари (рецимо дугови). Уговор о купопродаји преноси право својине. Међутим, могу се продавати, и то је изрично предвиђено тзв. стварне службености. Рецимо, неко некоме прода право пута што значи да може да пролази преко његове непокретности. Постоји различити модалитети оваквог уговора (да ли само пешке да пролази, да ли стока може да пролази и да ли може возилом да пролази). Сви поменути модалитети морају се прецизирати у уговору.

И у исламском праву постоје ствари ван промета – *res extra commercium*. Једна ствар ван промета ако се прода тај правни посао је ништав. Наводимо пример: један Американац је дошао у Париз и свидео му се Ајфелов торањ, који је симбол Париза. Једна варалица се ту нашла и рекла да ће му торањ продати. Американци то практикују да купују читаве куће или дворце у Европи онда их демонтирају, бродом пребаце у Америку и поново сазидају. Овај Американац је мислио да може купити Ајфелов торањ. Међутим, грдно се разочарао пошто је сазнао да је дао новац за ствар ван промета. Значајно је и то да су ствари ван промета и оне ствари које вређају верске забране. Рецимо, муслиманима је забрањено да купују и продају свиње и вино. Ако би муслимани међу собом закључили уговор о купопродаји свиња или вина такав уговор био би ништав. Куран забрањује муслиманима да пију вино. Постоји шире тумачење да се та одредба Курана односи на сва алкохолна пића. Међутим, постоји и уже тумачење којим се износи став да Куран муслиманима забрањује само вино, а да могу пити неко друго алкохолно пиће. Опет једна специфичност исламског права је у погледу повериоца. Та заштита се јавља онда када неко закључује уговоре али их не извршава. Рецимо неко прода ствар па неће да је преда. У романско-германско-словенским правима поверилац се штити тако што подноси тужбу суду којом тражи предају ствари. Уколико предаја ствари није могућа, тужбом се тражи повраћај ствари и накнада штете. Суд у таквом случају ако нађе да је тужба основана заплениће ствар и предаће је повериоцу. У исламском праву уколико се једно лице презадужи онда ће кадија као исламски судија да постави тзв. староца имања. Старалац имања ће онда да располаже са стварима несавесног дужника. Када сви повериоци буду намирени, ако нешто преостане вратиће се продавцу. Уколико не преостане цела његова имовина биће подељена повериоцима.

Деликти

Деликт је недозвољена радња или пропуштање којом се другоме лицу наноси штета. Овде исламско право показује знатне особености у односу на права других великих правних породица. У немачком праву да би неко одговарао за штету коју је проузроковао некоме, мора се доказати кривица починиоца штете тј. да је он намерно или непажљиво проузроковао штету. Штавише, да је дотична радња противправна. Дакле, починилац штете штити се у знатној мери. У француском праву тражи се од оштећеног да докаже кривицу штетникову, али се не захтева противправност. Интересантно, Србијански грађански законик пошао је од претпостављене кривице, а починилац штете могао се ослободити обавезе накнаде штете уколико би доказао да је штета наступила случајно или кривицом оштећеног. Такво решење ушло је у совјетско грађанско право, као и у наш Закон о облигационим односима из 1978. године. Исламско право води рачуна о кривици у одређеним случајевима, али не тражи њено постојање као услов за одговорност. Једино штетник може да се ослободи одговорности ако докаже да је штета наступила вишом силом. Рецимо јак ветар ишчупа дрво и усмери ка возу. Гране тог дрвета разбију прозор воза и повреде путнике. То је један пример више силе. Виша сила може да наступи иако је у питању радња државног органа (рецимо забрана да се ствар прода). Исламско право само у случају доказа више силе ослобађа штетника од одговорности. При том, веома је карактеристично да се надокнађује штета и не досуђује никаква приватна казна, осим ако је намерно проузрокована штета. У том случају исламско право дозвољава изрицање строжије казне тј. могућност приватне казне. Тиме се онај које је намерно проузроковао штету додатно кажњава. Међутим, ако је из непажње или случајно оштећена ствар (некоме се запалила кућа па ватра захвати суседну кућу) исламско право дозвољава да власник коме се запалила кућа изгради суседу исту кућу и тиме се он ослободио накнаде штете. Такође, рецимо, неко подигне зграду на туђем земљишту. Лице које подигне зграду на туђем земљишту тзв. узурпатор дужан је да уклони све са туђег земљишта и све доведе у првобитно стање. Овде треба указати да виша сила није нужност. Рецимо, неко умире од глади и дође у туђи воћњак и наједе се. То се не сматра вишом силом те постоји обавеза накнаде штете. Треба рећи и то да нарочито у пустињама владају строга правила. Наиме, бунари представљају драгоценост односно оазе. Припадник неког другог племена не сме да дође и пије воду из тог бунара. Има један одличан филм: „Лоренс од Арабије“, који је снимљен по биографији једног британског обавештајног официра који је у Првом светском рату подигао устанак Арапа против Турака. И он је са једним Арапином водичом јахао у пустињи. Арапин водич је сишао да се напије воде са неког бунара и неко га је убио из пушке. То је био припадник племена коме је припадао дотични бунар и он је збуњеном Енглезу рекао да нико не сме под претњом смрти да пије воду из дотичног бунара ако није из тог племена. Специфични услови доводе до специфичних правних режима. Даље, постоји злоупотреба права у исламском праву у смислу да онај који врши своје право не одговара за штету коју је проузроковао. Но, ако је штету проузроковао злонамерно онда ће он одговарати за накнаду штете. Такође ако је неко прешао границе свога права он ће такође одговарати за накнаду

штете. Има и неких необичних решења у исламском праву у погледу накнаде штете. Примера ради са неке куће се откачио олук, пао на улицу и убио једно лице. По романско-германско-словенском праву власник би одговарао за целу штету. У исламском праву се ствар поставља овако: колико је олук висио над јавним путем? Ако је олук надвисивао јавни пут само једном петином дужине онда ће власник куће на којој је олук имати обавезу да надокнади само 1/5 штете. Између прозроковане штете и радње мора постојати узрочна веза. У исламском праву сматра се да је само последњи узрок онај који има правну важност. Рецимо, неко је ископао јаму на путу и неко које ишао путем упадне у јаму. Будући да није могао да изађе из јаме он у њој умре од глади. Онај који је ископао јаму неће одговарати јер узрок смрти није јама него глад. Међутим, уколико је неко некога гурнуо у јаму у том случају одговараће, при чему се прави разлика да ли је у питању намера или није. Ако је неко намерно ископао јаму знајући да ће неко ко ту пролази упасти у јаму, онда ће тај који је намерно ископао јаму одговарати за штету.

Вакуф

Вакуф је врло карактеристична и распрострањена установа исламског права. Строго узето једнина је вакф, а вакуф је множина, али због лакшег изговора у нас се тако изговара. Вакуф се често утврђује завештањем, али не мора бити утврђен тестаментом. Може бити установљен путем изјаве воље. Међутим, завештање подлеже у исламском праву знатним ограничењима. Дакле, то је један правни акт којим једно лице - завешталац целу или део своје имовине за случај своје смрти оставља неким лицима. Постоје ограничења. Оставилац не може завештањем повредити тзв. нужни део својих наследника. Тај нужни део постоји у романско-германско-словенском правном систему. У англосаксонском праву не постоји нужни део. Ограничења завештења постоје у исламском праву. Завешталац може да располаже само 1/3 своје нето заоставштине и преостали део мора да припадне блиским сродницима, који се увек позивају на наслеђивање. При том, треба имати у виду агнатско сродство које се уважава у исламском праву. То су браћа оставиоца. Некад браћа у неким правним режимима имају већа права од синова. У Саудијској Арабији краља наслеђује најстарији брат, а не син. Рецимо, у оквиру братства се врши крвна освета. Тако се прихвата обавеза у оквиру братства да ће припадник братства убити убицу припадника братства. Што се тиче вакуфа ту нема ограничења и често се прибегава вакуфу да би се избегла законска обавеза нужног дела. Наиме, неко може целу своју имовину да претвори у вакуф односно да увакуфи. Вакуф често служи добротинствима тзв. хаирима. Тада се зове вакуф хаири. Мада се може вакуф установити у интересу приватног лица. Рецимо, имовина се може претворити у вакуф у корист школе, џамије, болнице тј. једна зграда се претвори у болницу и служи лечењу. То су тзв. хаири вакуфи. Постоје у том смислу ограничења. Један муслиман не сме установити вакуф у корист хришћанске цркве и обрнуто хришћанин не може да установи вакуф у корист џамије. Но, када се ради о другим стварима које немају религиозни карактер онда је

то допуштено. Примера ради да претвори вакуф у једну школу. Ми бисмо рекли да је вакуф нешто слично задужбини. Међутим, пошто муслимани немају у свом праву појам правног лица онда се сматра да је Алах власник увакуфљене имовине. То тим пре што сам поменуо да се вакуф често установљује у верске сврхе (у корист гробља, џамије и сакралних објеката). Рекао сам да вакуф служи и избегавању законске обавезе нужнога дела. То има једну негативну економску последицу. Вакуф је наине неотуђив. Вакуф се не може продати тј. једном установљени вакуф може да траје и вечито. Имате и вакуфе који трају одређене време (рецимо на 20 година). Наине, када је једна имовина претворена у вакуф онда се она искључује из правног промета што је супротно савременом праву које се заснива на робноновчаној економији. То значи да је свака ствар у начелу подложна куповини и продаји. У исламском праву имамо огромну имовину која је искључена из правног промета. Тако да је и вакуфска имовина он што су говорили Римљани *res extra commercium*. Вакуфом иначе управљају одређени надзорници. Надзорник може бити један а може их бити и више. Они носе назив назир. То је једна узвишена дужност. Оснивач вакуфа може себе да одреди за управника вакуфа. Може да одреди своје наследнике за управнике. Постоје и ограничења. Управници вакуфа морају савесно да употребљавају вакуф. Управници вакуфа не смеју да угрозе стожер, него само да располажу приходима који долазе од вакуфа. Дакле, управитељ вакуфа је администратор вакуфа. Уколико управитељ вакуфа несавесно управља вакуфом или злоупотребљава управљање, онда онај ко је утврдио вакуф може да га смени. У случају да је установитељ вакуфа умро, судија преузима да надзире управитеље. Имамо велику власт судије. Вакуф може да престане и раније иако је одређено да важи неограничено. Рецимо зграда која је установљена у вакуф може да се сруши, да нестане. Такође, може се десити да једна болница може да престане то да буде јер се крај претворио у пустињу и више нико не долази у болницу. Дакле, вакуф може престати ако престане његова намена. У случају да из тако објективних разлога вакуф престане да постоји, онда се вакуфска имовина враћа оснивачу вакуфа или ако он није жив, враћа се његовим наследницима. Уколико нема наследника вакуф се даје сиротињи. Код муслимана веома је важна обавеза садака. Богати муслимани имају правну обавезу да издржавају сиромашне. Вакуф не може да се прода, али ипак постоје делимичне могућности да он уђе у правни промет тј. да се он да у закуп. То мора да буде воља оснивача. Ако је оснивач изричито наложио да се вакуф не може дати у закуп онда се његова воља мора поштовати. Догађа се да неко у свом завештању каже да се једна зграда претвори у школу али да ће једна особа имати право доживотног становања у вакуфу. Такви моменти, таква права која не доводе до нестанка вакуфа су допуштена.

Англосаксонски велики правни систем

Англосаксонско право има ту особеност да су извори тог права и техника елаборације тог права сасвим различити у односу на друге велике правне породице. У погледу саме садржине то право се не разликује много од романско-германско-словенске породице права јер уставни принципи који важе у англосаксонским правима одговарају оним уставним принципима који важе у целој Европи. То је принцип владавине права и либералне капиталистичке економије. У том погледу англосаксонско право извршило је велики утицај на друге правне системе. Англосаксонско право је и уже и шире од подручја Велике Британије као државе. Најпре, англосаксонско право не важи у Шкотској иако је Шкотска део Велике Британије, већ шкотско право представља један спецификум, ближи романско-германско-словенској породици права. С друге стране, англосаксонско право је шире од Велике Британије, јер англосаксонско право важи у САД и бившим доминионима Велике Британије – Аустралији, Канади и Новом Зеланду. И не само то, англосаксонско право унеколико важи и у Индији, где се оно помешало са изворним индијским правом које је постојало пре енглеског освајања Индије. Тако да је подручје англосаксонског права огромно и по свему представља један велики правни систем. Постоје и други називи за англосаксонско право, али неодговарајући (енглеско право, правна породица *common law*).

Јавноправно уређење Енглеске

Изворно је за нас најзначајније оно јавно право које је настало пошто су Нормани из Француске освојили Енглеску победом над енглеском војском у бици код Хестингса 1066. године. Тада је први нормански краљ Енглеске био Виљем Освајач. Виљем Освајач је установио прву енглеску династију – Плантагенете. Норманско освајање је унело и правну терминологију. Пошто су Нормани говорили један француски дијалект, тај дијалект постао је и правни језик Енглеца, тако да је правна терминологија у целини пореклом из Француске. Само оно што се није развијало под француским утицајем задржало је стари назив. Тако и *common law* представља једну стару енглеску реч. Поменимо *труст* који је такође староенглеска реч. Међутим, све што је ушло и што постоји и у француском праву има латинско порекло. Иначе, када су Нормани дошли у Енглеску то је била земља у којој је постојала мешавина народа из које се формирала енглеска нација. Староседеоци Енглеске били су Келти. Највеће њихово племе били су Брити по којима је Велика Британија добила име. Шкоти, Велшани и Ирци су већином келтског порекла. Народи који су учествовали у стварању енглеске нације јесу Англи, Јути и Саси. Англи и Јути су дошли са подручја које је на граници северне Немачке и Данске. Најбројније племе били су Саси или Саксонци. Најзад, у Енглеску су се доселили и Данци. Дакле, један веома шаролик састав становништва у коме германски елеменат преовлађује. Првобитно Енглеска је била феудална монархија тј. поједини великаши добијали су земљу у лено и стајали су у потчињености владару који је био врховни феудалац. Међутим, испод тих великих феудалаца налазили су се

нижи феудалци. Они су такође имали лена добијана од великих феудалаца. Посебну категорију феудалаца представљали су припадници цркве – свештенство. Напокон, постојало је сеоско и градско становништво. Постојало је и неслободно сеоско становништво. Ми користимо назив кметови, а Енглези користе израз вилени. Високи племићи били су ерлови и барони. Ниско племство назива се центри. Ерлови и барони су постојали и пре норманског освајања Енглеске и били су независни. Виљем Освајач и његови наследници у Енглеску уводе строги централизам, тако да чак и када су племићи били јачи од краља тај централизам није био довођен у питање. Феудализму је сличан сталешки систем, али ипак не мора одговарати феудализму. Он значи просто да поменуте категорије представљају засебне политичке формације и бивају заступљене у сталешкој скупштини поред краља. Феудализам је постојао и у многим другим државама (Византија, Русија, Јапан, Отоманска Турска).

Међутим, оно што постоји само у западној Европи - то је сталешка скупштина, која се у Енглеској назива парламент, одакле је тај термин преузет у друге земље. Сталешке скупштине постоје у свим западноевропским земљама. И у Србији су у Средњем веку били сабори. Сабор није био сталешка скупштина у смислу како је постојао у западној Европи. Прво, сабор није имао регуларан карактер. Он се сазивао изузетно. Друго, сабор није имао власт одлучивања, него је имао само саветодавну функцију. Када је цар Душан донео свој законик, он је сазвао сабор у Скопљу, али тај сабор је свечано потврдио оно што је цар већ одлучио. У сталешком систему, нарочито када се радило о одобравању пореза, морала је сталешка скупштина дати пристанак. Често је сталешка скупштина могла да сруши владара и постави новог владара на његово место. То се често дешавало. Разлог оваквом стању треба тражити у утицају Римокатоличке цркве. У хришћанској Цркви постоји дуализам једнога начелника и једне скупштине. Такво је било митрополитанско уређење Цркве где је поред митрополита постојала и скупштина епископа дотичне митрополије. Скупштина епископа одлучивала је о свим важнијим питањима. Римске папе очигледно су хтеле да наметну такав систем, јер су се плашиле прејаких владара, какав је рецимо постојао у Византији. Рецимо, у Византији или Русији најмоћнији феудалац је могао да буде развлашћен, имовина одузета и он протеран. Међутим, тако нешто у западноевропском сталешком систему није било могуће. Владар је могао феудалца да изведе на суд. То опредељује развој судске власти на западу. Парламент је у Енглеској постепено еволуирао. Он је био сталешко представништво дводомног карактера. У горњи дом улазили су представници црквене и световне властеле, а у доњи дом улазили су представници градова. Са развојем демократије у XIX веку доњи дом остварио је превагу над горњим домом. Данас, горњи дом – дом лордова има саветодавну улогу. Но, дом лордова има и судско веће које је врховни енглески суд. Доњи дом је једно класично народно представништво изашло из општих избора и нема више сталешки карактер. Оно што је особено за Енглеску јесте да је енглеско право право које су претежно створили судови. То су судски прецеденти. Када један енглески судија суди у првом степену, он примењује прецедент који су донели виши судови. То право које су утврдиле судије је заправо common law.

Структура common law-a

Прецедентно право почива на начелу које се назива *stare decisis*, то значи пази на пресуду. То значи да судија мора да води рачуна да ли у једном случају који се налази пред њима постоји нека пресуда. На континенту у романско-германско-словенском праву, право је записано у законским збиркама и судије, адвокати и тужиоци имају једноставнију ситуацију где је потребно пронаћи пропис који се има применити у конкретном случају. У Енглеској ситуација је много компликованија јер постоји велики број прецендената који су садржани у различитим приватним збиркама. Правнички позив у Енглеској је специфичан. Услов за правнички позив није диплома правног факултета, већ то може бити диплома неког другог факултета. Он образовање стиче у пракси код адвоката. Правници су један посебан сталеж. Тек касније правник може да постане адвокат по принципу кооптације. Судије се узимају из редова адвоката. Даље, судије поставља краљ. Постављење је доживотно. При томе, влада је та која поставља судије јер краљ у парламентарној монархији не може да донесе ниједан правни акт ако га није потписао одговорни министар. Краљ може и да опозове судије, али колико знам то је био један једини случај када је судија време проводио у риболову и није долазио у суд. Тај принцип да су правници један сталеж онемогућио је и рецепцију римског права у Енглеској. У Немачкој правни научници су били основни чиниоци рецепције римског права. У Француској то су били краљеви службеници. Међутим, правни сталеж се противио рецепцији римског права јер би то довело до њиховог развлашћења. Међутим, иако рецепција римског права није извршена у Енглеској, римско право је извршило утицај на англосаксонско право. Прво, на Римокатоличку цркву се примењивало канонско право римске цркве које се у знатној мери ослања на римско право. Тако да је канонско право увелико било познато енглеским правницима. Друго, енглеске судије много читају књиге познатих правних теоретичара. Из тих књига они узимају материјал за образовање прецендената. Тај посредан утицај довео је до велике сличности одлука у англосаксонском праву и одлука у правима која су под већим утицајем римског права. Како размишљају судије у Енглеској? Они обично траже неки правни принцип и често по аналогiji решавају неке правне случајеве. Пример: случај *Rylands v. Fletcher* (1868). Једно лице је на свом земљишту имало резервоаре воде, и вода из тих резервоара истицала је у земљу. Испод имања налазио се напуштени рудник. Власник имања није знао да постоји напуштени рудник. Вода је текла, напунила напуштени рудник и поплавила рудник угља тужиоца. Догодио се спор. Дотле је у Енглеској постојала углавном одговорност за кривицу. Постојала је и одговорност без кривице, а наиме када животиња пређе са једног имања на друго имање и нанесе штету. Чувар животиња би у том случају одговарао без кривице. Дом лордова (судско веће) горе описано чињенично стање повезао је са одговорношћу за штету прозроковану од животиња и нашао да онај који је допустио да вода истекне са његовог имања и поплави друго имање, одговара без кривице. Тиме је установљена објективна одговорност тј. одговорност од ствари без кривице по аналогiji са животињама.

Англосаксонски правни систем

Извори права

Карактеристични термини који се употребљавају за изворе англосаксонског права:

Common law, преведено на српски језик значи опште право.

Equity, преведено на српски језик значи правичност или правица.

Statute law, преведено на српски језик значи законско право.

Даље имате оригинарне изворе права, а то је custom и usage. Custom и usage је обичајно право једног ужег права у погледу струке и начина рада. Ја сам измислио један термин – употребно право. Наша терминологија познаје само обичајно право. Међутим, између кастома као обичајног права и јусица као обичајног права постоји одређена разлика.

Common law је право које су створиле судије. При том, постоји обавеза судова да се држе претходно донесених одлука. Дакле, у англосаксонском праву постоје прецеденти. Та обавеза судова да се држе претходно донесених одлука назива се *stare decisis*. При томе, постоји једно сложено правило англосаксонског права што нижи судови нису дужни да се држе пресуда виших судова у целини, већ само суштине одлука. Та суштина назива се *ratio decidendi*. Међутим, судови обично детаљно излажу о принципима, разлозима зашто су донели пресуду. Принципи могу да буду и правни разлози и ти разлози не чине прецедент. Разлози који не чине прецедент називају се *obiter dicta*. Можете и сами да замислите колико је тешко у сваком случају одвојити шта чини *obiter dicta* и *ratio decidendi* и то даје разлог многим парницама. Овде се поставља и следеће питање: како објаснити да судови стварају право? Судије именује краљ, односно краљев савет. Краљ има као овлашћење само егzekутиву односно извршење прописа, па се поставља питање како неко може да има више права од онога ко му је право дао? Ако краљ нема право да ствара право, како то да судови имају право да стварају право? Ја бих на то питање одговорио на следећи начин: енглеско право није много везано логиком, већ га одликује један прагматизам који означава решавање практичних ситуација. Негде у Средњем веку дошло је до сукоба краља и парламента баш поводом права судија да стварају право. То је решено на следећи начин: судови имају право да стварају право, али краљ нема право да их чини зависним од себе, што значи да је једном именовани судија независан. Краљ нема право да се меша у делатност судова. Заправо, у борби краља и парламента која је карактеристична за цели енглески Средњи век, судови су прешли на страну парламента. Самом парламенту је одговарало да судови стварају право. Може се рећи да је право судова да стварају право једно обичајно овлашћење које не проистиче ни из какве одлуке. Иначе, карактеристично је за Енглеску после норманских освајања да долази до централизације судства. Ранији феудални судови постепено губе значај и имају само локални карактер. Пре норманског освајања не постоји енглеско право као такво и постоји само право енглеских покрајина. Зато се common law управо зове опште право које стварају централни судови који се још називају вестминстерски судови. Назив су добили по Вестминстеру, месту у Лондону у коме је стационирано енглеско правосуђе. При том, уколико је постојала потреба ти судови не би судили само у Лондону, већ би путовали и изрицали правду у целој

Енглеској. Постоји један елемент који је карактеристичан за енглеско право, а то је установа пороте. У вестминстерским судовима свако је имао право да тражи пороту. Пороту чине грађани који нису стручњаци за право. Зато је дошло до једне значајне карактеристике доказног поступка. Сведок, наима, нема право пред судом да прича све што зна, све што је видео, какво је иначе правило у романско-германско-словенском праву. У англосаксонском правном систему сведок одговара само на питања која му поставе тужилац и бранилац. Ако нешто каже ван тог питања, то се поништава, не узима се у обзир. Зашто? Због тога да сведок не би сугерисао нешто пороти. Да не би пороту убедио да нешто учини што није у сагласју са правом. До XIX века могло се десити да порота кривично одговара уколико донесе одлуку која није у сагласју с правом. Дакле, порота нема нарочиту самосталност, али има значајно овлашћење да каже да ли је неко крив. Даља карактеристика општег права зове се writ или на латинском breve. Дословно значење је писмено или писмо. Наима, судови општег права никада не би могли да покрену поступак ако тужилац од дворске канцеларије или краљевског канцелара не добије одређени writ. Нико не би могао да оствари неки захтев ако не постоји writ. Тако да је енглеско право за разлику од других права добило изразито процесни карактер и обично се говори да оно што не постоји у процедури не постоји ни у праву. Рани коментатори енглеског права Гленвил и Де Брактон из XII и XIII века у својим збиркама коментара предочили су само ритове да би се судови, адвокати и странке могле упознати са енглеским правом. То је имало за даљу последицу стапање јавног и приватног права. Пошто је краљев канцелар био управни орган и пошто је дозвола вођења спора имала управно-правни карактер, приватно право у Енглеској није се одвојило од јавног права. Тек у XIX веку укида се право канцелара да издаје ритове. Разуме се и у Енглеској постоји разлика између јавног и приватног права, али она нема битан карактер.

Equity

Настанак овог права везан је такође за дворску канцеларију. Наима, све до XVI века тј. када је под Хенријем VIII Англиканска црква постала државна црква Енглеске и тиме римокатолицизам укинут, канцелари као највиши државни службеници били су обично свештеници и духовници, исповедници краља. Common law је био веома тежак, сажет на ритове и често није пружао довољну правну заштиту. Примера ради пред судовима општег права могла се тражити у грађанским парницама само накнада штете а никако повраћај ствари. То је у ствари израз старе идеје талиона и компензације. И шта се догодило? Још у раном Средњем веку, незадовољна страна која није била задовољна накнадом штете, или која није имала уопште неко право по општем праву, обраћала се канцелару и он би тада пресуђивао по правичности. Важно је знати да канцелар није имао право да укида и поништава пресуде суда општег права, него да донесе само одређена наређења. То наређење назива се injunction (инцакшн). Може се превести као наредба или забрана. Опет видимо мешање управног права и судског права. Том забраном није мењана донесена пресуда, али оном ко је неправично добио спор

наређено је да нешто уради. При томе, ипак није се односио на ствар, већ на личност. Примера ради, ако је неко платио дуг, а није узео признаницу да је платио дуг по општем праву могао је опет бити тужен пред судом општег права. Из тога разлога дужник се могао обратити канцелару да нешто предузме. У таквој ситуацији канцелар је притварао лице које је хтело да поново наплати дуг и тиме га терао да повуче тужбу. У XIX веку имали су значајан карактер случајеви са удатим женама. По *common law* неудата жена била је потпуно једнака са мушкарцем. Међутим, удата жена сву своју имовину губила је у корист мужа. Сматрало се да муж издржава жену и с тога његово право да присвоји женину имовину. Изузетак су чиниле њене некретнине. Међутим, муж је могао да оптерети женину имовину хипотеком и тако је посредно лиши и непокретне имовине. Тако су се јављали многи ловци на бракове, разни хохштаплери. Шта се десило? Интервенисао је канцелар тј. суд дворске канцеларије. Канцелар је увео брачни уговор. На основу брачног уговора жена је могла да задржи имовину коју је већ имала у потпуној својини. После су донесени извесни закони, тако да је нешто пре Другог светског рата то законодавство доведено крају. Тиме се дошло до једног режима који је готово истоветан исламском праву - да су имовине мушкарца и жене потпуно одвојене. Дакле, канцелар је покренуо један процес који је довео до сасвим другачијег решења. Поставља се питање: откуда систем правичности у англосаксонском праву. Он је унеколико сличан преторском праву у старом Риму. Наиме, и претори су доносили своје едикте о томе како се имају решити поједини спорови. Тиме је ублажена строгост римског *ius civile*-а. Створене су нове тужбе, а на основу преторских едиката могле су пред римским судовима појавити се и странци. Разлика у односу на англосаксонско право огледала се у томе што претор своје право никада није сматрао правичним, а старо *ius civile* неправичним, него је само прилагођавао римско право новим околностима. Опет је веома интересантна сличност са франачким правом које је настало након пропасти Римског царства и стварања Франачке. Наиме, у франачком праву правила се разлика између народног и краљевског права. Најпре је постојало народно право садржано у обичајима, да би краљ својим одлукама то право мењао и прилагођавао новим условима. Треба овде истаћи да *common law* није никакво народно право, никакво обичајно право, већ право судова централне власти. Тако да је *equity* нешто врло карактеристично за англосаксонско право. Заправо владајуће је мишљење да *equity* представља уношење хришћанског морала у англосаксонско право. То тим пре што су канцелари у почетку били свештеници задужени за то да прибаве важност хришћанском моралу. На основу тога, *equity* представља једно велико достигнуће хришћанске културе.

Statute law – право које ствара парламент - и други извори права

Парламент је у Енглеској највиша власт. Он је суверен. Никаквог призива противу одлука парламента нема. Некада је и парламентарно право схватано као судско право. Закон је схватан као пресуда. Статутарно право је било нека врста јудицијума и то врховног судског права. Видећемо касније да у САД Конгрес доноси законе, али Врховни суд законе може прогласити неуставним. У Енглеској

је таква могућност искључена. Никакав призив, никакав суд не може да контролише парламент, барем од револуције од 1648. године. Дотле у извесним случајевима је суд могао да парламент сузбија тако што ће поједине законе прогласити супротним краљевој прерогативи. Међутим, краљева прерогатива дошла је испод закона после револуције од 1648. године и тиме су судови изгубили право да се мешају у рад парламента. Овде треба истаћи и једну специфичност, а то је тумачење статутарног права од стране судова. Суд тумачи законе у Енглеској језички и логички, евентуално тражећи историјским тумачењем вољу законодавца. Он се држи слова и текста закона. Чак иако је нелогично и неправично применити закон, судија ће се држати слова закона са образложењем ако је закон неправичан нека га сам парламент исправи, а такво овлашћење суд не поседује. Зато не постоји широко тумачење закона, чиме суд допуњује закон што постоји у праву романско-германско-словенске породице права. У Енглеској овакво тумачење је недопустиво. Но, постоји нешто друго. Само законско право бива покривено прецедентима, па ће суд када постоји једна пресуда о закону, применити ту пресуду, а неће применити закон. Тако да постоји тенденција да прецедентно право упије целокупни правни систем. Рецимо, у САД, уставно право САД јесте право прецедената Врховног суда. Нижи судови неће гледати Устав, него ће гледати како је пресудио у датом случају Врховни суд САД. Тако је у Енглеској у погледу закона.

Даље, извор права је и обичајно право – Customary law. Обичајно право је дуже понављање једног понашања након чега је настала свест да је то понашање нужно и да је правно обавезно тј. да се не ради о пукој конвенцији која може увек да се промени. Међутим, када се ради о енглеском праву обичајно право има неке специфичности. Рецимо, код нас и уопште у романско-германско-словенској правној породици један обичај може да укине закон. Примера ради, ако се један закон не примењује он може да престане да важи услед противног обичаја. Најчешће, обичајно право и делује тако као дерогирајући, као укидајући обичај. Веома је редак случај у ери писаног права да обичај има креативни карактер - да ствара нова правила. Ретко се то дешава. То је у сваком случају другачије него што је било пре великих кодификација. Тако, рецимо, када је у Србији донет Грађански законик 1844. године он је безмало ставио је ван снаге целокупно обичајно право које је важило у Србији. За енглеско право то није могуће. Обичајно право никада не може да укине закон. Никада не може да се појави дерогаторни обичај. Судија ће, рецимо, примењивати закон из XIV века уколико тај закон није укинут неким каснијим законом. Исто тако дешава се да се примењују прецеденти из времена Виљема Освајача, из XI века. То за обичајно право не постоји. Даља је карактеристика енглеског обичајног права да обичај има увек локални карактер. Обичајно право примењује се за поједине делове Енглеске и зато се common law назива општим правом и важи за целу Енглеску. Даље, тражи се да обичај буде од памтивека. Да се не зна када је обичај настао. Дакле, да се примењује од незапамћеног времена. Трећа карактеристика обичаја у Енглеској јесте да је обичај разуман. Рационалност обичаја не тражи се у романско-германско-словенској породици права. Може имати правну снагу и обичај који је неразуман. Та рационалност обичаја потиче из канонског права. Потиче из права Римокатоличке цркве. И данас Codex juris canonici допушта обичајно право као извор права, али захтева да обичај буде разуман. Наводим пример: некада је био обичај судског

двобоја. Рецимо, у Шпанском законуку седам делова, краљ је могао да нареди уколико су странке у спору да учествују у двобоју. Странка која победи у двобоју има право, с тим што стране у спору морају припадати истом сталежу. Законик седам делова предвиђао је да уколико су у спору племићи, они ће се борити на коњу, а уколико су странке грађани и сељаци они ће се борити пешке. Један такав обичај данас у англосаксонском праву сматрао би се неразумним. Обичај двобоја између официра, који је важио до двадесетог века, данас се сматра кривичним делом. Двобој је некада сматран изразом части и морало се приступити двобоју ако је неко себе сматрао часним човеком. Ја бих вам поменуо и један неразуман закон. Кнез Милош Обреновић је донео закон по коме су сви мушкарци дужни да пуштају бркове. Мушкарци који би обријали бркове, морали би да плаћају глобу. Сматрало се да је бријање бркова један латински обичај који вређа традиције српског народа. Међутим, тај закон је био изобичајен и пре 1946. године када је предратно право било аброгирано. Сва правила која важе за обичајно право важе и за *usage*. Мишљења сам да би било добро да се употреби израз употребно право како би се направила одређена разлика према обичајном праву. Употребно право у англосаксонском праву важи за различите професије, рецимо, у трговини. Пример употребног права: рецимо да се ауто вози левом страном. То је један облик употребног права.

Постоји и подзаконско право. Наиме, на основу овлашћења парламента може доћи до делегације овлашћења, тако да краљ, комуна или нека професионална скупина доноси прописе. То се назива делегираним законодавством. Делегирано законодавство има снагу закона. Ако нпр. на основу овлашћења парламента, Влада доноси уредбу, онда је та уредба једнако обавезна за суд као и закон. Једино суд испитује да ли је онај коме је овлашћење делегирано остао у границама овлашћења. Уколико је донесен акт изван делегације онда је такав акт ништав. У терминологији енглеских судова поменута ситуација означава се изразом *ultra vires*. Постоји и нешто што се назива краљевом прерогативом. То је остатак изворне краљевске власти из времена апсолутизма. Та прерогатива је знатно сужена актима парламента, али неки њени елементи постоје. Рецимо, право краља да обавља дипломатске односе са другим земљама. Прерогатива такође има снагу закона. Суд једино сме да испитује да ли је дошло до *ultra vires*.

Најзад, долази један специфичан извор права у Енглеској. То је *convention* тј. *convention of Constitution*. За разлику од многих земаља које су кренуле стопама устава САД и устава Француске почев од 1789. године, Велика Британија нема писани устав. Због прагматизма и традиционализма Енглеза остало је стање као у Средњем веку. Постоје одређени закони који улазе у материјални устав Енглеске почев од XII века. Ти закони немају већу правну снагу од других закона. Било који закон парламента може променути неки закон који улази у материјални појам устава. Међутим, постоје и неке уставне конвенције или уставни обичаји који допуњавају законе који представљају уставно право Енглеске. Међутим, карактеристика тих обичаја је да их судови не примењују. Многе институције енглеског устава производ су конвенција. Не постоји никакав закон о влади. Међутим, постоји влада као у другим земљама. Али не постоји никакав закон који уређује владу. Дакле, ако дође до повреде конвенције нико не може да се жали суду. Постоји мишљење да те конвенције и немају правни карактер. Међутим, не

треба право изједначавати само са оним правилима које примењују судови. То право примењује парламент, примењује влада и то је довољно да имају правни карактер, у сваком случају специфичан. Рецимо ако краљ не би поставио владу то би изазвало велике политичке поремећаје, али суд не би могао ништа да учини с тим у вези. Једна од значајних историјских карактеристика је обједињавање судова који су пресуђивали по општем праву и дворске канцеларије. У XIX веку канцелар престаје да издаје бреше (writ) и на тај начин ствара ново право. Друго, под утицајем судске реформе бива укинут суд дворске канцеларије и постаје само једно одељење енглеског судства. Тако да следствено томе судови common law примењују equity и судско одељење правичности примењује common law. Али уобичајено је да се поједине парнице износе пред судско одељење правичности. Иначе, правило је овакво: ако се тужба поднесе једном суду он ће по њој поступати, без обзира што постоје други судови. У основи нема сукоба надлежности. Организациона разлика између common law и equity више не постоји.

Хијерархија извора права

Обично се закон назива акт. После тога долази делегирано законодавство и прерогатива. Делегирано законодавство и прерогатива имају исту правну снагу као и закон али са важењем у једној ужој материји. Парламент може да доноси законе у свим материјама. Нема никаквог ограничења. „Парламент може све, само не може да претвори мушкарца у жену“ (De Lolme). Поред јавних закона постоје и приватни закони. Тим приватним законима неком приватном лицу дају се повластице. Приватни закон заправо је управни акт у законској форми. Обично се у Европи ти акти зову акти владе. У прошлости појављивали су се и следећи случајеви – тзв. Bill of attainder – пресуда у законској форми. Наиме, у време револуције парламент је неке непожељне краљеве службенике осуђивао на смрт својим актом. Bill of attainder је престао да се примењује. У праву САД он је изричито забрањен. Но, у праву САД постоји судска контрола. Дакле, уколико би Конгрес донео Bill of attainder, он би био поништен од стране Врховног суда САД. Међутим, као што сам раније рекао судови кад примењују закон тумаче га дословно, најуже. Због таквог дословног тумачења закон нема широку примену. И друго, свемоћ закона релативисана је и правилом да судови када донесе пресуду испитијући закон, та пресуда има обавезући карактер у наредном случају. Даље, долазе прерогатива и делегирано законодавство који немају универзални значај. Делегирани закон може да се креће само у границама делегације. Примера ради у рату Влада је добијала овлашћење да регулише привредни живот. Добијала је овлашћење да нареди појединим произвођачима да нешто произведу. Ако би се појавило питање спора око уредбе којом се уређује привредни живот, онда би суд испитивао да ли је та уредба у оквиру делегације. Уколико би прекорачила дато овлашћење та уредба би била поништена јер би вређала закон. Исто се ради и о актима који се доносе на основу прерогативе. И ту важи доктрина ultra vires. По правној снази долази обичајно право и употребно право. Пресуда суда, а наравно закон могу дерогирати обичај. Један обичај супротан закону не може да постоји.

Право САД

САД су најпре биле 13 колонија Велике Британије. Крајем XVIII века дошло је до побуне тих колонија и до њиховог отцепљења од Велике Британије. Колоније су створиле сопствену државу, прво у виду конфедерације, а после и федерације. Донесен је Устав САД 1787. године, који уз одређене амандмане важи и данас. Међутим, енглеско право наставило је и даље да важи у тим колонијама. Није дошло до укидања старог англосаксонског права. Штавише, и после независности амерички судови примењивали су прецеденте енглеских судова. Такође, у САД постоји разлика између common law и equity. Међутим, постоји неколико основних разлика између правних система Велике Британије и САД. САД су република. Друго, САД имају писани устав. Даље, захваљујући том уставу постоји подела власти која је уставни принцип, за разлику од поделе власти у Великој Британији до које је дошло обичајним путем. САД су федерација, савезна држава, за разлику од Велике Британије која је унитарна држава са широким аутономијама и децентрализацијом. Федерација значи да су САД држава која је састављена од мноштва мањих држава која имају огромна овлашћења у области грађанског права, кривичног права, трговинског права и управног права. По уставу САД, све оне материје за регулисање које нису уставом стављене у надлежност савезне државе спадају у надлежност федералних држава. Те се федералне државе и називају државама. Оно што даје огромну преоћ САД као целини јесте велика власт председника, који је врховни командант оружаних снага, који води спољну политику и који заједно са Конгресом држи финансије у својим рукама. Како би се могло рећи да је тежиште права на федералним државама, тако је тежиште политике на САД. У САД не постоји један јединствени common law, већ свака федерална јединица има свој common law.

Подела власти у САД

Тај систем поделе власти под великим је утицајем францускога барона из XVIII века Шарла Монтескјеа. Његово главно дело је „О духу закона“. Устав САД има елементе и демократске и недемократске. Циљ поделе власти је да се не дозволи да једна власт не доминира над другом тј. да народ не доминира над Конгресом и Конгрес над народом и сл. Заправо постоје четири власти: законодавна, изборна, управна и судска власт. Монтескје говори о трима властима. Тродеоба власти није сасвим тачна. Устав САД није чиста демократија. Писци истог Устава говоре да је демократија нешто рђаво јер политички живот доводи под диктатуру маса. Творци устава залагали су се за репрезентативни принцип што значи да не влада народ већ представници народа. При том, не постоји минимум оних који ће да бирају парламент као репрезентативни орган. Рецимо, теоријски они који су кандидовани за народно представништво могли би да изађу сами на изборе и да изаберу сами себе. Систем би престао да функционише када нико не би изашао на изборе. Писци Устава САД највише су се плашили демократије. С друге стране, они су се плашили и тираније сваке од појединачне власти. Зато је уведен репрезентативни

систем као одбрана од демократије и принцип поделе власти као одбрана од тираније.

Споменули смо да Устав САД предвиђа поделу власти између Конгреса, као народног представништва и представништва држава у савезу, Председника САД и судске власти.

Конгрес

Конгрес је састављен прво од народног представништва које се зове Дом представника. Њега бирају сви грађани САД без обзира на то у којој се држави налазили. Други дом је представништво држава у савезу и назива се сенат. Некад су Сенат бирала представничка тела држава, а сада их бира непосредно народ у државама. Без обзира на разлику у величини америчких држава, свака од њих бира два сенатора. И пошто САД имају 50 саставних држава, онда је Сенат састављен од 100 сенатора. Што се тиче доношења закона и одлучивања о одговорности председника, ту су равноправни Дом представника и Сенат. Међутим, у неким другим ситуацијама нису једнаки јер Сенат има већу власт. Сенат ратификује међународне уговоре које је закључио председник САД и Сенат даје сагласност на именовање највиших државних службеника од стране председника САД. Дакле, у том погледу Сенат има одређене ингеренције у погледу председничке власти.

Председник САД

Што се тиче председника, његова главна функција је извршавање закона, с тим што председник има одређене ингеренције да се меша у законодавну власт тако што има право ставити вето на изгласани предлог закона или bill како се назива у америчкој правној терминологији. То је тзв. суспензивни вето, што значи ако се двотрећинском већином у Дому представника и Сенату изгласа предлог закона вето бива отклоњен и закон ће ступити на снагу. Председник је репрезентативни орган јер га бира народ, додуше посредно. Творци Устава САД из 1787. године хтели су да што више сузбију демократију и отуда решење да председника народ не бира непосредно. Народ по државама бира изборнике или електоре, па они онда бирају председника. Ево како то изгледа: свака држава има право на онолико изборника колико бира представника у Дому представника и Сенату. Рецимо, једна држава бира 6 народних представника и 2 сенатора, то значи да она има 8 електора. Правило је да онај који је добио највише гласова у једној држави добија све гласове електора. Данас је цео систем избора у рукама политичких странака. То су две велике странке: републиканска и демократска странка. Изборници су било републиканци било демократе и они се заклињу председничком кандидату да ће гласати за њега. Дешавало се због тога да кандидат који добије изборе, који има већи број гласова изборника, има мањину гласова бирача који су гласали. Извршна власт у САД схвата се веома широко јер у њен домен, сем доношења појединачних аката, улази и доношење уредаба. Председник

је врховни командант војних снага. Он води целокупну спољну политику САД. Он је првак странке која је победила на изборима. Наиме, он је једини савезни страначки првак. Странке су организоване према државама у саставу. Не постоји страначка савезна организација. Једино се таква организација формира у време избора. Друго, чланови Конгреса су репрезентанти странака у федералним државама и самим тим упућени у савезна питања, питања која се тичу целине, да се везују за председника, тако да је председник САД вођа народа. Једино ограничење председника јесте то да га Представнички дом оптужи за кршење закона а да га Сенат смени. Услов за доношење такве одлуке је двотрећинска већина што се врло тешко постиже. Председник се бира на четири године и може да још једном буде биран на четири године.

Врховни суд

Веома важну улогу игра Врховни суд. Његова важна улога јесте контрола уставности закона и других правних аката и он може да поништи сваки неуставни закон. Да би се обезбедила његова самосталност судије не могу прећи број 9. Наиме, може бити именовано само девет судија и то доживотно. Њих поставља председник у сагласност Сената. Доживотност је у правом смислу, што значи да не постоји пензија. Судије могу само на лични захтев отићи у пензију. Тиме се обезбеђује њихова самосталност. Напокон, постоје и службеници и њихов број је веома велики. При том, првобитно све службенике савеза постављао је председник САД. Тако да је у САД постојао тзв. систем плена (ротације). Он се везује за једног великог америчког председника Ендру Џексона, који је истакао да службенички послови нису такве природе да их не може обављати сваки грађанин. У складу са таквим системом, председник је из службе отпуштао службенике које је затекао и у службу доводио своје људе. Наравно то су били људи који су нешто платили за победу председника, често у изборној кампањи. Међутим, то је имало за последицу да су САД имале најгори службенички систем на свету. Корупција је била неограничена. Службеници су се више бавили политиком него управом. Гледали су да зараде што више пара како би могли да плате своје наредно именовање. Тај систем потрајао је до краја деветнаестог века. Наиме, један незадовољник, претедент на чиновничко место убио је 1881. године председника Гарфилда и онда из страха да би политичари могли да постану жртве атентата донесен је један закон који је ограничио право председника на именовање. Данас председник именује само највише државне службенике. Сви остали службеници су професионални који на то место долазе на основу конкурса. Тако да је ту уведен принцип конкуренције знања. Кандидати за службенике полажу одређене тестове и најквалитетнији бивају изабрани.

Устав САД је предвидео да сва питања која не улазе у састав уније спадају у надлежност савезних држава. То има за последицу да је готово целокупно грађанско и кривично право у надлежности савезних држава. Даље, централна власт се бави опште политичким питањима и финансијским питањима. Што се тиче савезних закона, они имају већу правну снагу од закона федералних јединица под условом да су ти закони уставни. Врховни суд је ту врховни судија који закон треба

да остане на снази: савезни закон или закони федералних једница? За разлику од низа савезних држава, органи власти у саставним државама немају никакве везе са савезним правом. Зато савезне законе и друге прописе извршавају искључиво савезни органи. На тај начин не може да дође до сукоба надлежности. Међутим, уколико је то потребно органи саставних држава дужни су да пружају правну помоћ савезним органима.

Права човека у праву САД

У погледу права човека, врло су важна права које уводе уставни амандмани из 1791. године јер изворни текст Устава из 1787. године није садржао та права. Битно је ово: поједине саставне државе донеле су повеље о правима човека тако да су та права била присутна у јавном животу САД. Члан 1. амандмана гласи: „Конгрес не може донети никакав закон о установљавању религије или закон којим би се забрањивало слободно исповедање вере, закон који би ограничавао право говора и штампе, или право грађана да се окупљају и да се обрађују влади у погледу отклањања неправди“. Пре свега, ту је слобода религије која је значајан елемент јавноправног система САД. Она је одређена на негативан начин тиме што је недопуштено установљење државне религије. У Великој Британији Англиканска црква проглашена је државном црквом. У САД не постоји државна црква ни на савезном нивоу, ни на нивоу држава чланица. Из тог разлога велики је број религија и верских скупова у САД. Те религије спадају пре свега у категорију протестантских цркава. Значајна последица овога амандмана је да Цркве не могу бити правна лица, док у енглеском праву могу. Ту се примењује *тrust* – да је старшина цркве власник црквене имовине у интересу чланова цркве. Наиме, надаље треба додати слободу говора и штампе, затим слободу окупљања, право на правично суђење које је предвиђено у члану 6 амандмана. Свако има право да му суди непристрасна порота државе или среза у коме се налази. При томе, се усваја један принцип *common law*-а да порота суди у свим процесима који се тичу *common law*. То је пре свега кривично право у целини и један део грађанског права. Када је у питању суђење по *equity*-ју ту порота не постоји је се систем правичности развио из административног поступка. Постоје гаранције у кривичном поступку које предвиђа амандман 5, а то је да нико не може бити двапут подвргнут истом кривичном поступку. То је правило *non bis in idem*. Даље, уставни амандман предвиђа да нико не може бити принуђен да сведочи противу самога себе и свако има право на браниоца. Даље, нико не може бити лишен слободе, живота или имовине без законом прописаног поступка. То су процесуалне гаранције које забрањује *bill of attainder* – да парламент као врховна власт некога осуди. То је у Енглеској могуће, али се више не практикује. У америчком праву то је изричито забрањено. И даље, гаранција имовине. Она не може за јавну употребу бити одузета без правичне накнаде. Зато је експропријација, одузимање приватне имовине за јавне потребе уз правичну накнаду, постала уставни принцип. Устав САД врло се тешко мења. Морају промене усвојити оба дома Конгреса и три четвртине савезних држава. Зато он траје и даље и измењен је само одређеним амандманима.

Треба овде имати у виду једну даљу особеност САД у време када је донесен Устав, а наиме да су те државе које су чиниле савез биле колоније насељеника, поглавито из Енглеске и да су само они имали та права о којима Устав и амандмани говоре. Они који нису улазили у те колонијалне заједнице, као што су Индијанци, нису имали та права која је Устав предвиђао. Та права нису имали ни црнци робови и тек је 1865. године када је завршен грађански рат, дошло до укидања ропства. Тада је на југу укинута расна сегрегација. Што се тиче Индијанаца, они нису били грађани САД, нису имали никаква права. Њихова територија била је саставни део САД, али та територија није имала карактер територије на којој су се налазили досељеници, колонисти. Те територије су чиниле оно што се по терминологији називало *partes adnexae* – то су територије које припадају једној држави, али становници тих територија немају статус поданика или држављана те државе. То је био случај са колонијама или неким другим државама. Тако да су амерички Индијанци добили права човека тек када су смештени у резервате, а америчко држављанство 1927. године. Иначе, некада су САД поред држава у саставу имале и своје територије. То су биле територије које су припадале САД, али где је број досељеника још није био довољно велики. Те територије имале су своја народна представништва, али је врховну власт у њима имао председник САД. И тек кад је број досељеника био довољно велики, онда би они држали уставотворну скупштину на којој би доносили одлуку да желе да се успоставе као држава у саставу САД и да признају устав и законе САД. После те уставне конвенције Конгрес САД би одлучио да се та територија прима у састав САД. Последње две такве територије су биле Аљаска и Хаваји, који немају територијалне везе са САД и нису могле дуго да постану државе у саставу САД јер досељеничко становништво није имало већину. Међутим, променила су се схватања у погледу насељавања и припадници других раса изједначени су у потпуности у том погледу са Англосаксонцима и другим европским становништвом. САД имају још неке мање колоније у Тихом океану и једну државу са посебним статусом, а то је Порторико. Порторико је био шпанска колонија и постао је америчка колонија после рата између Шпаније и САД 1898. године. Порториканци представљају једно мешовито становништво и њима је касније дата могућност да бирају да ли хоће независност, да ли хоће посебан статус. Они су се определили за посебан статус. Порторико се налази у саставу САД, али нема представнике у Конгресу САД, нити његови становници бирају председника САД. С друге стране, Порторико ужива аутономију у погледу законодавне, управне и судске власти, у коју САД не могу да се мешају.

Лично и породично право

Најпре, рекао бих нешто о личном праву у САД и најпре нешто о правној способности. Правно способан је сваки човек. Постоје и неки други субјекти права који могу, али не морају бити правна лица. Што се тиче човека његов правни субјективитет не почиње рођењем него већ зачећем. С тим у вези може се установити заштита нерођеног детета и посебан старатељ *curator ventris*, који брине о правима нерођеног детета. Ситуације где су права нерођеног детета у питању могу да буду нарочито наследноправне. Примера ради, отац нерођеног детета

погине у саобраћајној несрећи. Када правна способност не би била призната од зачећа то дете не би било наследник свог оца. Међутим, ако се дете мртво роди, у том случају сматра се да никад није било рођено и да никаква права није стекло. Што се тиче пословне способности, која обухвата право на закључивање правних послова и предузимања правних радњи, она је другачије уређена у односу на малолетност. Треба имати у виду да је пословној способности слична деликтна способност.

Деликтна способност је способност да се одговара, било у грађанском праву за обавезе које настану из цивилних деликата, било у кривичном праву јер деликтна одговорност у кривичном праву одређује доб лица које може да одговара за почињено кривично дело. Према *common law*, које је на снази у САД, пунолетство наступа са 21 годином живота. Но, поједине савезне државе су предвиделе пунолетство са мањим бројем година и то је углавном 18 година живота. Америчко право не прави никакву разлику статуса мушкарца и жене. Правило је, наиме, да све што стекне малолетник припада његовим родитељима. Родитељи могу да еманципују малолетника, када он ради и зарађује и тада престају њихове обавезе према малолетном детету. Имовина коју он стекне припада њему, а исто тако родитељи више нису дужни да издржавају дете. Еманципација наступа најчешће закључењем брака. Треба споменути да лица која се роде као малоумна тзв. идиоти немају пословну способност. Такође, лица која су се родила психичка здрава, али услед каснијег обољења немају способност да учествују у правном промету они зову *lunatics*. Имају старатеље (обично његови родитељи). Што се тиче деликтне способности, она није установљена у погледу доње границе, већ суд у сваком датом случају испитује да ли је једно лице било способно да учини неки деликт. Наше право фиксира границу на 14 година. Лице млађе од 14 година сматра се дететом и не може бити деликтно одговорно. У Америци лице које има рецимо 6 година може одговарати ако судија установи да је деликтно способно. Пример: Један дечак чији су родитељи Немци (имао је 7 година) примећен је да врши блудне радње над својом полусестром старом 3 године. Америчко право је врло оштро када су у питању сексуални деликти. Судија је наложио да се тај дечак лиши слободе и окује у ланце. Јавно мњење у Немачкој било је згрануто због таквог поступка. Та интервенција Немачке уродила је плодом и САД су допустиле да родитељи тога дечака одведу у Немачку.

Англоамеричко кривично право је много суровије него што је право у земљама романско-германског права. У земљама романско-германског правног система усвојен је принцип *nullum crimen, nulla poena sine lege* што значи да нема кривичног дела и казне ако нису законом прописани. То правило не важи у англосаксонском, ни англоамеричком праву. Тамо у прецедентном праву кривична дела делују ретроактивно. Дакле, лице може бити осуђено иако дело претходно није било прописано. Друго, савезне државе су надлежне за прописивање кривичних дела и врло често ти кривични законици имају по више хиљада чланова. Ту важи обрнуто правило да сваки закон може да предвиди кривично дело: *nulla lex sine poena*. Примера ради, у појединим државама учвршћивање шешира дугачком иглом је кривично дело. Жене су носиле шешире, те ако је игла предугачка то је кривично дело. Пљување по тротоару је кривично дело. Некад је прописивано да пси морају носити панталоне да се морална схватања (због полних органа паса) не

би вређала. Када се као услов за деликтну одговорност тражило да се лице понаша као пажљив управник својих послова, *bonus pater familias* (како су говорили Латини), онда дете није могло бити деликтно одговорно јер није се могло понашати као *bonus pater familias*. Даље треба имати у виду следећу специфичност америчког права. Наиме, родитељи су дужни да издржавају децу, али деца нису дужна да издржавају родитеље. То је један либералан принцип који тежи што већем ослобађању. То је схватање да што је неко у мањој обавези то је боље за то право. У животу, међутим, није баш тако. Врло су јаке породичне везе у САД. Тако да иако не постоји правна обавеза издржавања она се доживљава као морална обавеза.

Што се тиче односа мужа и жене у браку, тај однос је такође еволуирао као у енглеском праву. У САД је принцип да муж и жена имају потпуно одвојену имовину, осим случаја када су нешто заједнички радили (закључили уговор и стекли неку ствар). У случају развода брака она страна која нема средстава за издржавање (у првом реду жена) има право на издржавање, уколико се тога права није изричито одрекла. Муж и жена и пре брака и у току брака могу да закључују уговоре који морају бити сагласни закону и добрим обичајима. Јавља се једна специфична ситуација, ако је то нужно за издржавање породице, муж и жена могу да закључе уговор који оптерећује имовину било једне било друге стране. Рецимо, куповина намирница, плаћање поправке куће у којој живе. Тако један правни посао који би жена закључила на терет имовине мужа је правоваљан и оптерећује имовину мужа и обрнуто.

Иначе, у САД треба разликовати правни положај држављана од странаца. По данашњем праву странац-појединац има сва грађанска права као држављанин САД. Једино странац нема политичка права. Рестрикција постоји у погледу страних правних лица. Страна правна лица не могу да стичу имовину у САД. Треба истаћи да је добрим делом то укинато у државама у саставу, тако да су страна правна лица унеколико изједначена са лицима. Ситуација се мења у току рата. Ако је странац држављанин државе са којом су САД у рату онда он може бити подвргнут различитим ограничењима (нпр. забрана да поседује краткоталасни радио-апарат, а може да буде смештен у концентрациони логор). Нешто слично се догодило са Јапанцима, америчким држављанима у току Другог светског рата. У Калифорнији услед бојазни, након напада на Перл Харбур, да дође до искрцавања Јапанаца, председник САД је наредио да се Јапанци склоне у концентрационе логоре у унутрашњости САД. Када су се поједини Јапанци жалили суду, суд је стао на становиште да је та мера допуштена јер председник САД одговара за безбедност САД. Ти концентрациони логори су се разликовали од логора који су држали Немци. Сад има једна интересантна одредба која се тиче акционарских друштава, а везана је за питање странаца. Наиме, по праву које је знатно различито од права романско-германско-словенске породице права, акционарска друштва нису тајна друштва. У европским земљама можете да поседујете акције друштва а да се не зна да поседујете акције. У САД сваки акционар мора да буде уписан у јавни регистар. Уписивање се врши у тренутку добијања акција. То омогућава да се идентификују друштва која припадају непријатељским странцима. У случају рата таква друштва била би стављана под државни секвестар а управу над њима би вршили повереници које би именовале САД.

Правна лица и друштва у САД

Значајна разлика у односу на римско право јесте да се прави разлика између непокретних и покретних ствари тј. да је њихов правни режим веома различит.

Ја бих вам данас говорио о правним лицима пошто се она надовезују на физичка лица. Правно лице је једна специфична конструкција права. Иначе, правна лица грађанског права у романско-германско-словенској породици права јављају се у два основна вида, а то су: установе као удружења појединаца која имају органе преко којих делују и акти тих органа сматрају се актима правних лица као целине. Поред установа постоје и задужбине, а то је у ствари персонализована имовина. То су одређене ствари које представљају одређену заједницу добара. Та заједница добара има одређене органе. Уколико ти органи нешто предузму та заједница има одређена права и обавезе. Рецимо, може да купује, продаје, да поклања и то увек преко органа. Што се тиче англоамеричког права, оно је у том погледу веома либерално. То значи да права и обавезе могу да имају одређена удружења која немају статус правних лица. Примера ради, раднички синдикати немају статус правних лица, али имају права и обавезе. Могу да имају своју имовину те се употребљава израз непотпуна корпорација. Иначе, правна лица се називају корпорацијама, премда постоје и други термини. САД су седиште највећих корпорација на свету. У том смислу један од најважнијих делова грађанског права је право корпорација. Иначе, од корпорација се разликују грађанско-правна и трговачка друштва која се на енглеском називају *partnership*. Иначе, ми смо некада имали израз ортаклук, који се више не употребљава у пракси. Што се тиче друштва, оно обухвата два или више лица која улажу заједничку имовину ради постизања неког комерцијалног циља. У нашем праву члан друштва може да буде и неко ко улаже само свој рад. У англоамеричком праву не може да буде члан друштва неко ко улаже само свој рад, него он улаже искључиво своју имовину. Партнери су они који улажу своју имовину ради постизања неког заједничког циља. Иначе, они имају и једно посебно добро, а то је њихово име и круг муштерија са којима послује. Име и круг о коме овде говоримо назива се *goodwill*. Значајно је да гудвил може да представља предмет промета, може да буде продан. Правило је да сваки ортак има права на управљање друштвом (менаџмент). Ортак може да преузима различите радње управљања у име целог друштва. Међутим, када се ради о важнијим актима, већим располагањима, онда у том случају морају да одлучују сви заједно. Друштво може да буде разрешено на различите начине. Рецимо, ако сами ортаци одлуче да га ликвидирају. У неким ситуацијама може и суд да распусти друштво. Ако један друг напусти удружење, удружење наставља да постоји са улозима других ортака, с тим да ортак који је напустио удружење одговара за дугове друштва до тренутка до када је био члан друштва. Интересантно је уколико један од ортака умре долази до ликвидације друштва. Када друштво престане да постоји, стечена имовина дели се према учешћу другова. Једна карактеристика овог друштва је да ортаци одговарају за дугове друштва целокупном својом имовином. Може се установити и друштво са ограниченом одговорношћу. То је такво друштво у коме сваки друг одговара ограничено за дугове друштва. Дакле, за разлику од претходног, другови не одговарају својом целокупном имовином.

Акционарска друштва су најважнији облик корпорација. Прво акционарско друштво у овој правној породици била је источноиндијска компанија која је добила статус правног лица 1600. године. Иначе, правно лице акционарско друштво може да настане на више начина. Може да настане на основу *common law*. Може да настане законом. Интересантно је да може да настане застарелошћу. Мали је број правних лица која су настала по *common law*. *Common law* познаје корпорацију која обухвата само једног човека, што је немогуће у романско-германско-словенском правном систему. Таква корпорација у првом реду је круна. Наиме, носилац круне може да се мења, то може да буде краљ и краљица, али круна непрекидно постоји. Таква круна је замена за државу. У Енглеској не постоји појам државе и ти елементи који се односе на државу преносе се на круну. Даље, епископи су такође *corporation sole*. Постоје и корпорације које обухватају више лица и оне се називају *corporation aggregate*. Даље, правно лице може и да настане одлуком одређених лица оснивача и то је најчешћи случај када једно правно лице добија статус корпорације. Наиме, један одређени скуп лица се договори да оснује акционарско друштво и та лица се називају промотори. Ради постизања одређеног имовинског циља, најчешће ради трговине. Ту имовину изражавају у одређеним трговачким папирима. Ти папири у којима је садржана имовина акционарског друштва називају се акције. При томе није потребно да се да сагласност за оснивање акционарског друштва, па чак ни упис у регистар. Код нас не постоји дозвола за оснивање акционарског друштва. Међутим, постоји обавеза да друштво буде уписано у регистар код надлежног трговинског суда. Тако уписивање у регистар у праву САД није неопходно да буде основано акционарско друштво. Постоји само обавеза да буду испуњени само горе наведени услови. Чак ако не постоји неки од наведених услова постоји *de facto* корпорација која може ступити у правни промет и у правном промету функционише као правно лице. Постоје и неке особености. Наиме, правно лице мора да послује у оквиру циља за који је основано. Уколико акционарско друштво прекорачи границе циља, то је тзв. акт *ultra vires*. Такав један акт је недозвољен. Такав акт биће поништен, а може наступити грађанска и кривична одговорност. Међутим, важно је следеће: уколико је одређена делатност везана за основну делатност правног лица, онда та делатност не представља прекорачење, већ је дозвољена. Примера ради, ако је акционарско друштво управља неким рудником оно има право да прави железничке пруге помоћу којих се руда износи из рудника и ставља у саобраћај. Постоји још једна карактеристика америчке акције по којој се разликује од европске акције. Европске акције по правилу морају да садрже одређену своту новца. Рецимо акција носи на себи ознаку да је њена цена 100 динара. Међутим, акције на ефектној берзи, на тржишту акција могу да мењају ту цену и да она испадне мања. Може да буде равна нули. То може некога да доведе у заблуду, да је то номинална цена, да то није стварна цена. У Америци се то избегава тако што акције немају никакву цену. Акција је према томе врло значајан елемент шпекулације у капиталистичком свету. Наиме, да се предвиди пад цена или пораст цена акција. Ту многи зарађују, али и губе. Рецимо када је дошло до велике светске економске кризе 1929. године, дошло је до катастрофалног пада цена акција. И многи људи средње класе су били упропашћени јер су преко акција узимали кредите и плаћали кредите добијајући

дивиденде (новчани износ од акције). Одједном они су морали да врате све дугове а нису имали никакве дивиденде и нису имали никаква права из акција.

Акционарско друштво у САД има другачију структуру управљања него што га има акционарско друштво у романско-германско-словенским правима. Акционарско друштво у романско-германско-словенским правима има скупштину акционара као главни орган управљања, назорни одбор и одбор директора. У САД постоји само скупштина акционара и одбор директора. У једном и другом систему карактеристика акционарског друштва јесте то да управљање није инокосно, већ је колегијално. Такво решење постоји не само ради квалитета управљања, већ и да би се избегле злоупотребе које директори акционарског друштва могу да изврше. Скупштина акционара састављена је од свих акционара и сви имају право управљања акционарским друштвом тј. доношења главних одлука. То су одлуке које се тичу избора одбора директора, потврђивања завршних рачуна, фузије са другим предузећима или акционарским друштвима, делатности којом ће се друштво бавити. Сва се ова питања регулишу статутом друштва који доноси скупштина акционара. Постоји једна важна појединост: иако сви акционари могу учествовати у раду скупштине њихови гласови нису једнаки. Они који имају више акција имају и више гласова. Обично је распрострањен термин контролни пакет акција. Разуме се да онај ко поставља директоре не може да се меша у рад директора који имају мандат. Тек када истекне мандат изабраним директорима постоји могућност да се на скупштини изаберу нови директори. Постоји и државна контрола над акционарским друштвима посебно да би се спречила злоупотреба од стране директора акционарског друштва. Постоји још један значајан облик контроле рада акционарског друштва. У питању је закон који је донесен од Конгреса САД – тзв. Закон Шерман (добрио име по сенатору Шерману). Овај закон спречава монополе на тржишту у појединим делатностима. Циљ овога закона је да се онемогући да у одређеној грани економске делатности настане монопол који би уништио конкуренцију. Тиме се наглашава карактеристика либералне економије, а то је конкуренција.

Trust (труст или траст)

Како је настао труст? Труст је настао у раном Средњем веку. У Средњем веку једно лице које је држало земљу у лену, које је ленски власник и подчињено је феудалном господару, да би избегло феудалне дажбине, да би избегло конфискацију свог лена, да би се заштитио неко ко иде у иностранство, онда би то лице које се зове settlor (установитељ) преносило својину на некој својој ствари субјекту који се назива trustee (повереник). Траст када се преведе на српски језик значи поверење. У овом правном односу постоји и трећа личност која се назива beneficiary (бенефицијар). Наиме, то је особа која има користи од труста тј. којој је повереник даје користи и да ради у њену корист. Може се врло често догодити да су сетлор и бенефицијар исто лице. Има неке сличности траст са фидуцијарним послом у римском праву. Повереник је дужан да буде савестан што значи да иако је формални власник све чини у корист бенефицијара. У XVI веку велики енглески

краљ Хенри VIII, који је увео протестантизам у Енглеску, утицао је да парламент донесе један закон. Тим законом онај који користи ефективно земљу јесте њен власник без обзира које формални власник. То је учинио да се не би избегавале феудалне обавезе. Касније судови правичности предузели су да сеitrust обнови. Наиме, судови су заузели став да се закон Хенрија VIII примењује само када су у питању непокретности и када постоји само један формалан власник. Тиме је заправо заобиђен закон Хенрија VIII. Предмет trustа могу бити све могуће ствари. То могу бити непокретности, покретне ствари, али и потраживања. Примера ради, trust може да се установи на уговору о зајму. Нарочито су данас интересантни trustови који постоје у трговинском праву. Наиме, акционари своје акције пренесу на једно лице, а то је најчешће фирма која се тиме професионално бави. Та фирма управља акцијама, а корист исплаћује акционарима. У тим ситуацијама установитељ и корисник је исто лице. Каква права има бенефицијар? По једном схватању бенефицијар има само потраживање тзв. облигационо право према трастију тј. уколико трасти њему нанесе неку штету бенефицијар може да поднесе тужбу. Друго схватање каже да бенефицијар има не само облигациона права већ и стварна права. Другим речима, ако трасти прода ствар која је предмет trustа онда бенефицијар има право да ту ствар тражи од лица које је купац ствари. Облигација делује само између лица која се налази у правном односу, а стварна права делују и према трећим лицима. Постоје велика овлашћења суда управо због могућности злоупотреба. Суд може у одређеном случају да смени трастија, да постави нове поверенике, да поништи одређене правне послове итд. Ради се о једној посебној врсти ванпарничног поступка. Иначе, иако је он власник тј. повереник, битно је то да у његовој имовини постоје две засебне целине. Његова имовина која није ничим оптерећена и она имовина над којом је установљен trust. Дакле, не може да дође до мешања имовине. Trust је бесплатан и то из разлога што је у питању поверење тј. добротинство. Међутим, правним послом којим се установљује trust може да се предвиди да трасти може да има одређене користи. Ово нарочито важи када је трасти банка.

Траст је у великој употреби у англосаксонском и англоамеричком праву јер путем њега може да се избегне стварање задужбине као правног лица. Код установе уговорног права, уговори да би били ваљани у англоамеричком праву, осим неких изузетака морају да имају тзв. *consideration*. Наиме, уговор мора да има одређену противчинидбу која мора да има корисност новчане природе. Trust, наиме, не мора да подразумева никакву протичинидбу поготову што и уговор некада није потребан за настанак trustа. Рецимо, неко тестаментом предвиди trust. У тој ситуацији када трасти који треба да добије имовину у складу са тестаментом, неће то да прихвати, судија је овлашћен да постави трастија. Тако да се десило да су неке земље неанглосаксонског правног система прихватиле траст (Шкотска, Квебек, Луизијана). Трасти одговара за своје кривице. Уколико је дошло до оштећења ствари која је поверена у његову својину, он мора да се понаша као *diligens pater familias* тј. он мора да се понаша као просечно пажљив човек. У супротном он би имао обавезу да одговара за штету. Трасти одговара из своје посебне имовине. Ако се ради о лицу које професионално врши улогу повереника (рецимо банка) онда је одговорност још строжија. Трасти има право да се обрати суду и да тражи смернице од суда како да поступи у конкретној ситуацији. Уколико постоји више

повереника, сви повереници одговарају солидарно. Солидарна одговорност значи одговорност једног за све и свих за једног. Ако један од повереника повреди своје обавезе онда овлашћено лице може да тужи једног од повереника, а може да их тужи све заједно.

Врсте труста

Постоји приватни и јавни trust. Сложено је питање разлучити јавни од приватног траста и о томе постоји значајна судска пракса која прави дистинкцију у коју се нећемо детаљно упуштати. Зашто је важна разлика између приватног и јавног траста? Код приватног траста он не сме да буде вечит. Неко може да пропише да ће се његов trust примењивати на наследнике бенефицијара и на наследнике наследникових бенефицијара. Међутим, према горе изнетом ограничењу trust може да се примењују само у погледу одређеног круга наследника. Примера ради, ако се trust установи ради одржавања гробнице једног лица, то је приватни trust. Али ако неко остави trust да се подигне споменик неком народном јунаку, то је јавни trust. Такав trust може да траје вечито. Дакле, велике су разлике у погледу правних последица између приватног и јавног trustа. Постоји још једно правило. Правило се зове *su-près*. Рецимо једно лице је оставило имовину да се помогне ослобађање робова. Ради о једном јавном trustу. После извесног времена дошло је до ослобађања робова, па се поставило питање шта ће бити са таквим trustом. У тој ситуацији применило се правило *sipres tј*. дошло се до одлуке да је потребно подићи болницу за црнце. Суд је аналогично проширио да се слични случајеви могу да употребе ради остваривања јавног trustа. Trust може и да престане. Престаје ако је његов предмет постао немогућ или недопуштен. Trust је рецимо посвећен одређеној делатности коју закон касније не допушта приватним лицима. Даље, могућ је и договор корисника, више њих или једног, да више не постоји воља за постојањем trustа. Може trust престати и тако што ће повереник пренети право својине на корисника и у том случају, пошто долази до спајања корисника и повереника, trust такође престаје. Такође, у случају да бенефицијар умре, а не остави наследнике, trust бива окончан. У том случају тражи се сагласност и установитеља trustа. Постоји и тзв. конструктивни trust. То је случај када повереник пренесе ствар на неког другог, онда прелази trust на тог другог који је стекао отуђену ствар. У одређеним случајевима судија може да донесе одлуку да се установљује trust у сличним стварима. Примера ради, ако неко лице прода кућу, а продавац не постане сопственик, онда суд може утврдити да је купац бенефицијар корисник, а продавац трасти и да он сноси одговорност за оне штете коју би купац могао да претрпи у својству бенефицијара. Trust такође постоји и у међународном и у јавном праву. Тако се сматра да се енглеска круна као индивидуална корпорација јавља као трасти Енглеске односно Енглеза. То значи да се она правила која важе за трастија примењују на круну односно на владу.

Наслеђивање

Наслеђивање односно наследно право је један део правног система који уређује прелазак имовине једнога лица које је умрло на његове наследнике. Постоје две врсте наслеђивања: законско и тестаментарно наслеђивање. Законско наслеђивање постоји и у англосаксонском и англоамеричком праву. Кресе их извесне специфичности. Мисли се нарочито на специфичан положај преживелог брачног друга. По англосаксонском и англоамеричком праву брачни друг наслеђују целу имовину до одређене висине. Та имовина се у САД изражава у новцу. Даље, брачни друг има једно специфично право које се зове *dower*. То је право да до краја живота ужива имовину која јој је потребна за издржавање. Дакле, не постаје потпуни власник, него нешто што би се могло назвати плодоуживаоцем. Важно је ово истаћи јер у англосаксонском и англоамеричком праву плодоуживање као лична службеност не постоји. Уколико преживелог брачног друга нема, онда постоји следећи ред наслеђивања: прво наслеђују деца и други наследници узлазне и низлазне линије. Следећи ред наслеђивања чине браћа и сестре. Уколико њих нема долазе стричеви, ујаци и тетке, па онда њихова деца и врло често та права иду веома далеко. Веома далеки рођаци бивају позвани на наслеђивање. Уколико нема наследника имовина припада Круни у Енглеској и држави у САД. У Енглеској је правило да круна то што је наследила даје одређеним добротворним установама. Иста је пракса у САД. Тестаментарно наслеђивање је наслеђивање путем изјаве последње воље. То значи да оставилац може да писменим путем одреди свог наследника или своје наследнике. Тиме се ограничава законско наслеђивање. Међутим, у англосаксонском и англоамеричком праву постоји једна особеност, а наине не постоји установа нужног наслеђивања. Правило нужног наслеђивања значи да постоје одређени наследници којима се мора оставити одређени проценат имовине оставиоца. Дакле, у англосаксонском праву завешталац целокупну своју имовину може да остави коме хоће. То је враћање на принцип потпуне слободе тестирања, који је важио у римском праву.

Романско-германско-словенска права имовину на којој оставилац има право својине гледају као на породичну тековину. То утиче на схватање да својина мора да остане у оквиру породице. Нека права (совјетско право) са извесним неповерењем гледају на слободу тестирања те настоје да јој поставе значајна ограничења. Напротив, у англосаксонском праву важи принцип потпуне покретљивости својине. Сматра се да онај ко оставља својину да је сам стекао својину и зато може њоме да располаже како он хоће. Што се тиче завештања (*will*), он подлеже неким оштрим ограничењима у погледу форме. Наине, за романско-германско-словенска права карактеристичан је тзв. ологографски или својеручни тестамент. То је такав тестамент који саставља тестатор у писаној форми својеручно ако га потпише или стави неки знак (у англосаксонском праву) који служи за идентификацију. У англосаксонском праву тестамент у оваквој форми не важи, већ су потребна најмање два сведока, а у неким државама САД и три сведока. Сведоци потврђују да је уистину тестамент потписао оставилац. Захтева се да сведоци буду поуздани. Тестамент мора да буде нађен у папирима оставиоца. Елеменат налажења тестаментa јако је важан у англосаксонском и

англоамеричком праву. Постоји још једна специфичност: ако се оставилац ожени или уда, онда тестамент аутоматски губи снагу. Закључење брака је једна таква велика промена да законодавац води рачуна о њој. Због тога је јако важно да се наведе датум састављања тестаментa. Без тога тестамент не важи. Постоји и тестамент у нужди односно у невољи. Завешталац у тој ситуацији може пред сведоцима дати изјаву и тиме располагати својом имовином. Важно је рећи да овде постоји опасност злоупотреба. Зато је прописано у англосаксонском праву да тестамент који се да усмено на самрти не сме да пређе једну одређену цену. Тестатор у таквој ситуацији не може такође ништа оставити сведоцима.

Уговорно право у англосаксонском и англоамеричком праву

Ангосаксонско и англоамеричко уговорно право је специфично право у поређењу са пандектним системом. Пандектни систем створен је у Немачкој и представља пирамиду појмова која почиње од правнога посла. Правни посао је свака изјава воље која производи неку правну последицу. Правни посао је не само уговор него и тестамент. Постоје одредбе које важе за све правне послове у погледу њихове ваљаности. Ту идеју прихватила су друга права или науке. Наша наука преузела је ту идеју пандектног права. И поред тога, у нашем праву не постоји општи део грађанског права као израз пандектног система. Пандектни систем у англосаксонском и англоамеричком праву не постоји. Та пандектна пирамида појмова предвиђа и облигацију као један општи правни појам. Облигација као појам важи за све облигационе односе који имају некакав основ. Англосаксонско право не познаје ни облигацију. У англосаксонском и англоамеричком праву у погледу облигација важи подела римског права на контракте, квазиконтракте, квазиделикте и деликте. У англосаксонском и англоамеричком праву деликти и квазиделикти углавном су спојени. Што се тиче римскога права подела на квазиделикте и деликте установљена је зато да би се предвидела одговорност без кривице. Наиме, деликти подразумевају скривљену одговорност, а код квазиделиката кривице не мора бити, тако да се одговара и без кривице. У Енглеској деликти се означавају изразом *torts*.

Уговори

Уговор у англоамеричком и англосаксонском праву има ужи смисао него што имају уговори у романско-германско-словенској породици права. Примера ради, различити уговори између брачних другова називају се *settlement* а не контракт. Контракт је стриктно везан за облигациони однос. Контракт је усмерен на померање имовинских добара. То значи да постоји једна страна – поверилац која може да захтева од друге стране да учини нешто што има економски значај а друга страна се обавезује да то учини. Постоје једностранообавезујући и обостранообавезујући уговори. Код једностранообавезујућих уговора поверилачка

страна нешто прима или добија а друга страна нешто даје. Код обостранообавезујућих уговора једна страна је и дужник и поверилац истовремено. Типичан обостранообавезујући уговор је уговор о купопродаји. И продавац и купац су повериоци и дужници у уговору. Постоје две врсте уговора у англосаксонском и англоамеричком праву. Англосаксонски правници кажу: ако је један уговор закључен у писаној форми то још не значи да је то уговор под печатом и сматрају га усменим уговором. Поступак закључивања уговора под печатом подразумева да се на уговору стави клаузула и то се потврди потписом. Разлика између усмених уговора и уговора под печатом повлачи значајне правне последице. Постоји једна установа – *consideration*. То је протичинидба која може да буде у новцу, стварима и у раду. Уколико је један уговор закључен усмено а не постоји *consideration*, такав уговор нема важности. Обрнуто, ако је уговор под печатом онда *consideration* није потребан. Иначе, најчешће се употребљава уговор под печатом за пренос непокретности. Уговор под печатом даје једну додатну правну снагу облигациономе уговору који је закључен између уговорних страна. Постоји тенденција да се правна фигура *consideration* ублажи. Код тзв. природних облигација, ако је неко извршио застарелу облигацију, онда су судови сматрали да *consideration* не постоји. То схватање је промењено па је узето да и у погледу застарелих облигација *consideration* постоји. Што се тиче заштите уговора, правна средства која се употребљавају код уговора су унеколико слична и код других облигационих односа. *Common law* у случају неизвршавања уговора познаје само једно правно средство а то је захтев за накнаду штете. Међутим, судови правичности увели су и принудно извршење на личности. Принудно извршење на личности назива се *injunction*. Постоје две могућности принудног извршења у натури. Наиме, дужник може да се ослободи обавезе накнаде штете ако преда ствар. И друго, када се ради о тзв. облигацијама *intuitu personae* санкција је другачија. Обавеза *intuitu personae* је обавеза личне природе. Године 1834. догодио се један занимљив случај у Енглеској. Певачица – госпођа Вагнер била је ангажована да пева у познатом лондоском театру. Певачица је прихватила обавезу, али није се појавила у театру. Суд није могао принудити певачицу да пева. Међутим, суд је донео одлуку да певачици Вагнер забрани да пева у свим позориштима у Енглеској. *Consideration* мора бити реалан. Пример: једно лице је закључило уговор са тројицом морнара да они не напуштају брод који превози робу тог лица. Власник робе је хтео да стимулише морнаре плаћајући посебну накнаду како би се осигурао. Суд је донео одлуку да морнари немају право на посебну накнаду јер су већ били у радној обавези да остану на броду. Дакле, у конкретном случају није постојао *consideration*.

Понуда и прихват понуде

Нема уговора без понуде и прихвата понуде. Ако једна страна нешто понуди нпр. да прода неку ствар за 100 фунти а друга страна каже хоћу ствар да купим, али за 50 фунти. У овом случају нема прихвата понуде, већ се ради о противпонуди. Једна страна мора изричито да прихвати понуду. У англосаксонском и англоамеричком праву врло је стриктно постојање понуде и прихвата понуде и има

неких случајева где би у романско-германско-словенским правима уговор био закључен, а у англосаксонском није. У англосаксонском праву могућност конклюдентног прихватања понуде не постоји, осим уколико је уговорна обавеза извршена у целости. Уговори се данас у време динамичног пословног живота закључују и на дистанци. Наиме, два сауговорача не морају уопште да сретну да би уговор био закључен. Могу то да учине писменим путем а данас свакако и путем интернета. Ту важе такође стриктна правила. Огледају се у томе да ако неко писменим путем прихвати понуду онда тренутак предаје писма пошти сматра се тренутком закључења уговора.

У романско-германској породици права сматра се да је прихват понуде извршен тек када је понуђач добио писмо. Прихватилац понуде све док понуда није дошла у руке понуђача може да одустане од уговора. У англосаксонском праву то није могуће. Судови су такође стали на становиште да када неко прихвата понуду па се предомисли и пошаље телеграм, судови сматрају да телеграм нема правни значај, тако да је уговор закључен. Поред чисто облигационих односа постоји један специфичан уговор – уговор о веридби. Ако након закључења уговора о веридби једна страна одустане од закључења брака дужна је да другој страни надокнади штету.

Правила о надокнади штете другачија су у англосаксонском праву него у романско-германско-словенској породици права.

Ништави и рушљиви правни послови

Заблуда, превара и принуда представљају разлоге за поништај уговора. При том, када је реч о заблуди од значаја је само фактичка заблуда тј. једно лице мисли да се ради о новом аутомобилу а ради се о старом аутомобилу. Таква заблуда доводи до права онога ко је дошао у заблуду да тражи раскид уговора. То његово право брзо застарева, осим када је друга страна крива. Ако постоји кривица једне стране, друга страна има право на раскид уговора и накнаду штете. Принуда је такође разлог за поништај уговора. При томе, треба разликовати психичку принуду и физичку принуду. Постоји отклоњива и неотклоњива принуда. Уговори услед мана воље су рушљиви уговори. Енглеско право прави разлику између довођења у заблуду и преваре. Постоји разлика у погледу правне квалификације. Код довођења у заблуду ради се о уговорној одговорности а код преваре ради се о деликту. Странка има право да бира да ли ће тражити накнаду за уговорну или деликтну одговорност.

Важно је истаћи да судије не воде рачуна о економској равнотежи онога што се даје и онога што се прима у уговорима. Ипак, судије ће водити рачуна уколико се лице нашло у тешкој материјалној ситуацији. Уговор не сме бити противан моралу, нити општем добру или јавном поретку. У англосаксонском и англоамеричком праву нарочито се ставља нагласак на сексуални морал. Пример: Једно лице је продало другоме јавну кућу. Друго лице је платило цену, али оно не само што не може тражити извршење уговора, него ни повраћај плаћеног. Судови имају такво схватање да неће уопште да се баве оваквим питањима. У питању је

ништав уговор, али изостаје конфискација цене. Либерализам је осетљив на конфискацију те она изостаје у Енглеској и САД.

Поставља се питање: шта ће се десити ако су једне клаузуле уговора дозвољене а друге су недозвољене. Ту ће се применити правило „плаве оловке“. Наиме, судија ће недопуштене одредбе да избрише, а допуштене ће да остави на снази. Постоје и одређене законске одредбе које уводе забрану одређених уговора. У Енглеској и појединим државама САД забрањени су уговори на срећу и опкладу. Када се ради о јавном поретку уколико би неко закључио уговор са држављинском непријатељске државе, уговор би био стављен ван снаге. То је тзв. забрана обављања трговинске делатности са непријатељским државама. Забрањени су из истог разлога уговори који теже да омету или погоршају положај судова и државних органа. У том смислу забрањени су уговори о лобирању. Лоби иначе значи предсобље. Лоби је добио назив по томе што су лобисти чекали сенаторе и народне представнике у предсобљима њихових кабинета са намером да утичу да се донесу одређени закони. Не може се закључити уговор, по коме ће лобиста или организација којој он припада нешто да плаћа сенатору или народном представнику у Конгресу. Уведена је и кривична одговорност, јер такав уговор се своди на подмићивање чланова Конгреса. Забрањени су уговори између странака и адвоката по којој је странка дужна нешто да плати адвокату. У англоамеричком праву, странка која изгуби спор није дужна да плати адвокату. Адвокати су зато заинтересовани да узимају случајеве где су сигурни да ће добити спор. У том случају адвокати могу да траже процент од добијеног спора. Врло често забрањени су уговори који на неразуман начин ограничавају слободу конкуренције. Рецимо, уговорне стране су уговориле да ће једна страна добијати од друге стране доживотну пензију ако престане да се бави одређеном делатношћу. Таква клаузула је ништава. Уговор је, међутим, правоваљан уколико садржи клаузулу да једно лице у случају престанка радног односа у једној фирми неће смети да ради у конкурентској фирми. Забрањени су такође уговори који ометају слободу штампе. Примера ради, један произвођач добара закључио је уговор са једним новинским предузећем да не сме да га критикује јер је то суштина слободе штампе. Ништави су уговори који ограничавају слободу појединца. Рецимо, једно лице ће оставити тестаментом имовину другоме лицу под условом да се не ожени. Но, уколико се предвиди одложни услов правни посао је правоваљан. Рецимо, завешталац остави имовину једном лицу под условом да се ожени.

Уговор се испуњава извршењем. Карактеристика је англосаксонског и англоамеричког права да пренос својине наступа или простом предајом ствари или простим уговором. Рецимо, ако се два лица споразумеју око продаје куће, само закључење уговора значи да је пренето право својине. Уколико ствари нису одређене, те ствари морају се издвојити и у тренутку издвајања долази до преноса права својине. Код нас, и уопште у романско-германско-словенској породици права примењује се римско правило *iustus titulus* и *modus acquirendi*. Дакле, није довољно само закључење уговора већ и предаја ствари. Штавише, немачко право има правило да предаја ствари представља засебан реалан уговор. У англосаксонском и англоамеричком праву то одвајање није потребно. Виша сила код уговорне одговорности не ослобађа од одговорности. Супротно, виша сила ослобађа од одговорности код деликтне одговорности. Нестанак стања ствари, које су уговорне

стране сматрале битним за закључење уговора, такође је вид немогућности извршења уговора. Године 1903. догодио се занимљив случај. Једно лице унајмило је стан како би могло да гледа крунисање енглеског краља. При томе, није напоменуло да му је стан потребан за два дана. Догодило се да је крунисање краља одложено. Суд је имао решавати питање да ли закуподавац има право на закупнину. Суд је одлучио да је уговор раскинут јер су нестале битне претпоставке због којих је уговор закључен.

Деликти у англосаксонском и англоамеричком праву

У правима романско-германско-словенске породице права, битан елеменат деликта је постојање штете. Англосаксонско право садржи правило да свака повреда права повлачи обавезу да се надокнади штета. При том, постоји тзв. егземпларна надокнада штета где не постоји никаква видљива штета, али судови досуђују накнаду. Постоји схватање да је у питању тзв. приватна казна. Код нас грађанско право одвојено је од кривичног права. Казне могу постојати само у кривичном праву, а у грађанском праву може постојати само надокнада штете. Код Енглеза јавно и приватно право су измешани. То је једна значајна карактеристика која прави разлику између англосаксонског правног система и права других правних породица. Постоји још једна велика специфичност. У англосаксонском и англоамеричком праву постоји мноштво деликата. Иначе, у англосаксонском и англоамеричком праву не постоји један општи принцип. Постоје деликти код којих се не тражи кривица а постоје деликти код којих је услов одговорности кривица. Један од најстаријих деликата је тзв. trespass. То је противправни напад на личност или имовину.

Пример треспаса: једно је лице, да би своје жито заштитило од животиња, склонило га је у суседов амбар. Сусед га је тужио. Судије су рекле: његове намере су добре, али постоји објективна противправност. Он је дакле морао да плати надокнаду. При томе, постоји треспас у погледу лица (једно лице удари друго лице). Ту важи концепција англосаксонског права да су имовина и личност неодвојиви. Та тужба је једна од најстаријих деликтних тужби.

Постоји и једна тужба која има широку примену у стварном праву, а то је trover. Та тужба има за смисао да се једна ствар која се противправно држи врати њеном власнику. Постоји и једна тужба која је врло слична треспасу, а то је тужба nuisance (њусенс). То је тужба којом се тражи заштита од ремећења уживања покретних ствари. Ту постоје нарочите сметње везане за суседске односе. При том, постоје одређени услови да би таква тужба била прихваћена. Суседи су дужни да трпе одређене сметње до одређене висине. Само у случају прекорачења одређене висине суседи могу да траже заштиту. Карактеристично је за ову тужбу да се она може подићи независно од кривице одређеног лица. У XIX веку настаје нова тужба под утицајем француског права. То је тужба negligence. Negligence преведено на српски језик значи непажња. Судови су је дефинисали овако: свако ко својом непажњом другоме проузрокује штету дужан је да је надокнади. Та тужба доживела је велику експанзију. У једном случају из 1837. године, један је фармер на свом земљишту подигао стог сена. Сено је ферментовало и онда се запалило.

Изгореле су две зграде и летине на суседним непокретностима. Власник стога који се запалио био је тужен. Тужени је одлуком суда обавезан да надокнади штету јер је био непажљив. Ту постоји стандард пажљивог човека који обавља одређене послове и мора да показује пажњу према онима који су у његовој близини. Неглиџенс често долази до изражаја као алтернатива уговорној одговорности.

Уговорна одговорност може унапред да се фиксира, рецимо до одређене висине. Насупрот томе, код деликтне одговорности никакве горње границе не могу се установити. Таква клаузула о лимитирању деликтне одговорности била би противправна.

Наиме, латинска теза да онај који пристане на штету нема право да тражи накнаду штете – „*volenti non fit iniuria*“, примењује се у англосаксонском и англоамеричком праву, са одређеним специфичностима. Пример из судске праксе: неко је аутом дошао на оштећени пут. Знао је да је пут у лошем стању, али ипак се возио и претрпео штету. Он је тужио општину која је била дужна да одржава пут. Суд га је одбио. Зашто? Зато што је знао да је пут у лошем стању а ипак је пристао да се вози на једном таквом путу.

Занимљиве су штете које настају у вези са спортом. Рецимо, фудбалери када играју утакмицу па доживе повреду током утакмице, немају право никога да туже. Ту је једино решење осигурање. Дакле, да се осигурају и траже надокнаду штете. Рецимо, приликом игара бејзбола и крикета, где лопта лети, ту ни гледаоци немају право на накнаду штете. Они који пристају на могућност настанка штете немају право да траже надокнаду штете. Интересантно је да су у почетку радници у предузећу били подвргавани правилу *volenti non fit iniuria*. Касније је донет један закон који је нормирао право на накнаду штете радницима.

Постоји тзв. *contributory negligence*. Наиме, ако је и друга страна непажљива утолико се надокнада штете умањује. Потребно је овде указати на нужну одбрану. Када неко од себе или другог отклони опасност онда не одговара за штету која је том приликом проузрокована. Такође, закон може предвидети случајеве када је искључена одговорност за штету (нпр. путем штампе).

За вишу силу Енглези кажу *act of God* (божја радња). Она ослобађа од деликтне одговорности. Да би постојала штета постребна је каузална веза између радње или нечињења и настале штете. Ту су енглески судови поставили један принцип, да суд приликом утврђивања каузалне везе не сме да иде сувише далеко, него да гледа који је узрок последњи. Енглески филозоф Бакон рекао је: „не смеју да се траже узроци узрока и последице последица“. То је тзв. теорија каузе проксиме. Уколико би се између једног узрока и последице која представља деликт уметнуо каузални низ, онда долази до прекидања каузалне везе и онај који је првобитни учинилац неће одговорати. Судови се ипак не држе увек тог принципа, па нема општег правила о узрочности у англосаксонском праву, већ судови у зависности од даног случаја процењују узрочност. Тако је крајем осамнаестог века на једној затвореној тржници неки Шеперд бацио запаљену петарду на једну тезгу, продавац је бацио на другу тезгу а продавац са те тезге бацио је петарду на трећу тезгу, при чему је петарда повредила око продавца који је био за њом. Суд је осудио Шеперда на накнаду штете са образложењем да је он петарду учинио експлозивном и тако штетном.