

Фредерик Паркер ВОЛТОН

ИСТОРИЈСКОПРАВНА ШКОЛА
И ТРАНСПЛАНТАЦИЈА ПРАВА¹

превод и увод – Марија Стевић*

Фредерик Паркер Волтон (*Frederick Parker Walton*) рођен је у Енглеској 1858. Као један од пионира упоредног права, каријеру је започео похађањем класичних студија на Оксфорду, током којих је као поета сарађивао са часописом *The Oxford Magazine*. Студије права завршио је у Единбургу и 1886. постао је члан адвокатске коморе.

Држао је предавања из римског права у Глазгову и написао је неколико расправа о брачном праву Шкота. Као свестран научник, радио је на усавршавању свог знања страних језика, а такође се интересовао и за изучавање страних права. На позив канадског универзитета Макгил из Монтреала, 1897. постао је декан правног факултета и уједно предавач римског права. На тој позицији провео је седамнаест година, током којих је објавио велики број књига и чланака, у којима је показао велико интересовање за правни систем Канаде. Након преласка у Африку, у Каиру је добио позицију декана Краљевске школе права (1915-1923). Његово изузетно познавање правне материје, не само у практичном већ и у академском смислу, дошло је до изражаја објављивањем „Египатског закона о облигацио-

1 Изворно објављено као F. P. Walton, “The Historical School of Jurisprudence and Transplantations of Law”, *Journal of Comparative Legislation and International Law*, 1927, Vol. 9, No. 4 (1927), 183-192.

* Ауторка је студенткиња друге године основних академских студија Правног факултета Универзитета у Београду, 14marijastevic@gmail.com.

ном праву” 1920. године (*The Egyptian Law of Obligations*) где је перфектно повукао паралеле не само са енглеским, већ и са немачким правом. Исту методу је користио и у осталим својим радовима. Иако велики модерниста у области правних наука, непоколебљиво је веровао у значај и изучавање римског права.

По повратку у Енглеску, као харизматична личност, окупао је око себе колеге и студенте. Био је секретар клуба у коме су се редовно састављали оксфордски адвокати, где је био и уредник њиховог часописа. Године 1938. преселио се у Единбург, где је и умро 1948. године. „Увод у Француско право” (*The Introduction to French Law*), који је припремао и написао са сер Морисом Амосом (*Sir Maurice Amos*) 1935. године, још дуго ће бити полазна литература енглеским студентима правних наука.

Волтон је на свом излагању Међународне академије упоредног права у први план истакао значај изучавања правне историје. За разумевање права на светском нивоу, Волтон је посебно нагласио важност истраживања којем је био посвећен, а то је откривање реализоване трансплантације целог, или великог дела правног система из једне земље у другу. Анализирајући правни систем или одређену грану права једне земље, примећивао је и упозоравао на утицај који су на тај систем имали већ постојећи закони других земаља, и на тај начин је допринео уобличавању појма „упоредно право”. Тај термин се, иначе, по први пут употребио у контексту правне трансплантације 1802. године у делу „Есеј о утицају времена и места на питања законодавста” (*Essay on the Influence of Time and Place in Matters of Legislation*) Џеремија Бентама (*Jeremy Bentham*, 1748-1832), правника и политичког реформатора. Волтонова изучавања правних трансплантата нису била без одјека. Рад на правним трансплантима Алана Вотсона (*Alan Watson* 1933-2018), цивилисте, романисте, компаративисте и правног историчара – и његова концепција о правним трансплантима као важном начину на који се право развијало кроз историју, садржани су у његовом делу „Правни транспланти – приступ упоредном праву” (*Legal Transplants – An Approach to Comparative Law*).

THE HISTORICAL SCHOOL OF JURISPRUDENCE
AND TRANSPLANTATIONS OF LAW*
[Contributed by F. P. Walton, Esq]

I HAVE lately been reading over again, after an interval of forty years or so, the short but famous work of Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, in which that distinguished writer formulates most clearly the principles of the historical school of jurisprudence.

Savigny's pamphlet-for it is little more-coming out as it did in 1814 when Germany was in a fever of patriotism at being at last free from Napoleon, provoked a controversy which raged for many years.

In a sense this controversy is perpetual. Among lawyers there will always be a school which clings with passionate devotion to legal traditions, and a school which is more willing to reject rules of law, however venerable, in favour of rules which seem to them to be more in accordance with an ideal law. It is not very important whether they call this ideal law the law of nature, as they would have done in Savigny's time, or whether they say in simpler terms that they are prepared to cast away old laws and adopt new ones because the new ones appear to them to be more just.

Since Savigny wrote so much has happened in the legal world that it is interesting to look at his theory afresh, and to see how far it has stood the test of time.

Savigny's Theory.-Let me try to state the theory as simply as possible. In doing so I shall not confine myself to the *Vom Beruf*, but shall refer to passages in the *System des heutigen Römischenrechts*, in which Savigny reaffirmed his theory twenty-five years later. In the preface to the *System*, published in 1839, he says that he has taught his theory for forty years, and has nothing to retract. Savigny's theory is that the law of any country grows up naturally by customary usage and without legislation. It is a product of the peculiar genius of a particular people. It may be compared with a language. The law of a people, like their language, has an organic connexion with their peculiar being and character.

* Address delivered at the meeting of the International Academy of Comparative Law at The Hague, August I, 1927.

ИСТОРИЈСКОПРАВНА ШКОЛА
И ТРАНСПЛАНТАЦИЈА ПРАВА*
(Допринос господина Ф. П. Волтона)

У последње време поново читам, након паузе од четрдесетак година, кратко, али познато Савињијево дело, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, у коме тај истакнути аутор најјасније формулише принципе историјскоправне школе јуриспруденције.

Будући да је изашао 1814, када је Немачка била у јек патриотског заноса јер се коначно ослободила Наполеона, Савињијев памфлет – јер ово дело није много више од тога – изазвао је полемику која је беснела много година.

У одређеном смислу, ова полемика је вечита. Увек ће међу правницима постојати присталице школе мисли која се са страсном приврженошћу држи правних традиција, и присталице школе мисли која је спремна да одбаци правна правила, ма колико била поштована, у корист оних за која јој се чини да су у већем складу са идеалним правом. Није много важно да ли ово идеално право називају природним, као што су то чинили у Савињијево време, или једноставно истичу да су спремни да одбаце старе законе и усвоје нове зато што им се чине праведнијим.

Откако је Савињи писао, толико се тога догодило у свету права, да је занимљиво поново размотрити његову теорију и видети колико је издржала пробу времена.

Савињијева теорија. – Дозволите ми да покушам да што једноставније изнесем његову теорију. Нећу се притом ограничавати на *Vom Beruf*, већ ћу се осврнути на одломке из *System des heutigen Römischenrechts*, у којем је Савињи потврдио своју теорију 25 година касније. У предговору дела *System* објављеном 1839, он каже да је своју теорију предавао четрдесет година и да остаје при њој у целости. Савињијева теорија јесте да се право било које земље развија кроз обичајну употребу и без законодавства. Оно је продукт специфичног духа одређеног народа. Може се упоредити са језиком.

* Обраћање на састанку Међународне академије упоредног права у Хагу, 1. августа 1927.

In its origin law does not depend either upon chance or upon a conscious exercise of will. It grows out of the general consciousness, as a plant grows from a seed. That this is so is clearly seen when we consider the early history of peoples. Far back in the dawn of history we find that every people has a law of its own, which, like its language, bears the stamp of its peculiar national genius. It is in the common consciousness of the people that the positive law resides, and it proceeds from that general spirit which animates all the members of a nation.

In arriving at this theory Savigny owed no doubt a good deal to Hugo. It was from Hugo that he borrowed the idea, to which he returns again and again, that law grows up like language gradually and unconsciously, and that, like language, it reflects the national mind. And it is reasonable to suppose that Savigny was influenced by the views of his great contemporary Hegel, who was teaching at that time that in all history we can trace the workings of a mysterious Spirit.

Customary Law. – There is something very fascinating about this conception of law as consisting of customs which grew up before the dawn of history, and have been handed down by tradition as the cherished heritage of the race. To Savigny they seemed almost a part of the blood and bone of a people. Just as a people clings desperately to its language and feels no oppression so bitter as that of being forced to speak an alien tongue, so, in Savigny's view, a people ought to hold on with tenacity to the laws which have come down to them from their remote ancestors. It is certain that a part of the law in all the countries of Western Europe is of this traditional kind. And when we begin to examine any rule which belongs to this old customary law we find generally, not only that it bears the marks of great antiquity, but also that the same rule, or one slightly different, exists among other peoples of kindred stocks.

Let me give one illustration.

By the law of Scotland until 1855, if a marriage was dissolved by the death of one of the spouses within a year and day after celebration, unless within the year and day a living child had been born which had been heard to cry the provisions which the law made for a surviving spouse could not be claimed.¹

Now, when we find this requirement that the marriage shall have continued for a year and a day in *the Tres Ancienne Coutume de Bretagne* of the beginning of the fourteenth century, in the old laws of West Friesland, Westphalia and Lippe-Schaumburg, when we find the English Glanvill, in the twelfth century, saying that the child must be *clamantem et auditum intra*

1 Fraser, *Husband and Wife*, vol. 2, 963; Walton, *Husband and Wife*, 2nd ed. 235.

Право једног народа, као и његов језик, има органску везу са његовим специфичним бићем и карактером.

У свом настанку, право не зависи ни од случајности, ни од свесног вршења воље. Оно се развија из опште свести, као што биљка ниче из семена. Да је то тако, јасно се види када у обзир узмемо рану историју народа. Далеко у освиту историје, видимо да сваки народ има своје право, које, као и његов језик, носи печат његовог специфичног националног духа. Позитивно право је у заједничкој свести људи, оно произлази из оног општег духа који прожима све припаднике одређене нације.

Свој долазак до ове теорије Савињи без сумње умногоме дугује Хугоу. Од њега је преузео идеју, којој се враћа изнова и изнова, да право као и језик, расте постепено и несвесно и да, као језик, одражава национални ум. Разумно је претпоставити и да је Савињи био под утицајем ставова свог великог савременика Хегела, који је у то време подучавао како у читавој историји можемо пратити деловање мистериозног Духа.

Обичајно право. – Постоји нешто веома фасцинантно у вези са оваквим схватањем права, где се оно посматра као скуп обичаја насталих у освит историје и преношених традицијом као вредно наслеђе човечанства. Савињију су се ти обичаји чинили као део крви и кости једног народа. Као што се народ очајнички држи свог језика када је суочен са насилним наметањем страног језика, тако треба, по Савињију, да се истом силином држи и својих закона, који су до њих дошли од далеких предака. Извесно је да је део законодавстава свих земаља западне Европе оваквог традиционалног карактера. Када почнемо да испитујемо било које правило које припада овом старом обичајном праву, углавном налазимо да је оно не само древно, већ да исто или мало другачије правило постоји и међу другим сродним народима.

Дозволите ми да дам један пример.

По праву Шкотске, све до 1855, уколико би брак престао услед смрти једног од супружника у року од годину и једног дана од венчања, одредбе које су се односиле на преживелог супружника нису се могле применити, осим уколико је у року од годину и један дан рођено дете које су чули да је заплакало.¹

Када прочитамо да услов трајања брака годину и један дан постоји и у *Très Ancienne Coutume de Bretagne*, са почетка 14. века, а затим и у старим законима Западног Фрисланда, Вестфалије и Липешаумбурга, када прочитамо Енглески Гленвил из 12. века, који каже да дете мора бити *clamantem et auditum intra quatuor parites*,² и старе

1 Fraser, *Husband and wife*, vol. 2, 963; Walton, *Husband and Wife*, 2. изд. 235.

2 2 VII, 18, 3

quatuor parietes,² 1 and old German laws saying that the proof that the child was born alive is *wenn es die vier Wcdnde beschrien hat*, which is exactly the four walls of Glanvill, we know that we are in the presence of a bit of very old law.³ And we have a shrewd suspicion that all this points to an earlier stage in the history when it was customary to have a trial marriage, or *Probe-ehe*, for a year, which was dissolved if no child was born in that time.⁴

Origin of German Law. – Now, if all the German law were of this customary kind, we should have little difficulty in accepting Savigny's theory as a good account of its origin, though we might not agree in the practical conclusions which Savigny deduces from his theory.

But, most unfortunately for Savigny's theory, there was, besides this old *Gewohnheitsrecht*, a great deal of German law which had not grown up in this rather mysterious way.

Not only was there plenty of enacted law, but there was also the great body of law—the so-called modern Roman law, or *Pandektenlehre*—of which certainly it could not be said that it grew out of the German consciousness or that it reflected their peculiar national mind and character.

No one could know that better than Savigny, whose life was spent in teaching how the Roman law had found its way through many channels into the various laws of Europe in the Middle Ages, and in expounding the principles of that modern Roman law which was the common law of Germany.

And it is very interesting to see how he struggles to overcome this difficulty.

He says that while the law has its origin in the popular consciousness, a point is soon reached in the history of a nation when a class of professional jurists arises. And when that happens the law begins to develop after a different fashion. Instead of the slow and unconscious growth of custom we have law introduced consciously by legal craftsmen.

Professors write books in which they argue with one another and lay down propositions of law, and judges decide cases, and, in so doing, formulate legal rules of general application. In course of time some, at least, of the propositions laid down in the books and in the judicial decisions come to be generally accepted. We have a new kind of customary law, distinct from that old *Gewohnheitsrecht*—those ancient customs of the tribe or the people of which the origins are lost in antiquity. To a partial extent this answer does meet the difficulty, but only to a partial extent.

2 2 VII, I8, 3.

3 See authorities in article by Brunner H.: *Die Geburt eines lebenden Kindes und das eheliche Verm6gensrecht in Zeitschrift Savigny, Stiftung*, v. 16, 63 (G. A.)

4 See Grimm, *Rechtshaltertimer*, i. 613

немачке законе који говоре да је дете живорођено *wenn es die Wands beschrien hat*, знамо да је у питању веома старо правно правило.³ Постоји сумња да све ово указује на ранији период у историји, када је постојао обичај да се пробни брак, *Probe-ehe*, закључи на годину дана, а престао би уколико се за то време не би родило дете.⁴

Порекло Немачког права. – Када би целокупно немачко право било обичајног карактера, не бисмо имали потешкоћа да прихватимо Савињијеву теорију као добро објашњење његовог порекла, иако се можда не бисмо сложили са практичним закључцима које он изводи из својих теорија.

Али, на велику несрећу по Савињијеву теорију, поред овог старог *Gewohnheitsrecht*, постоји велики део немачког права који није настао на овај прилично мистериозан начин.

Не само да је донето много закона, већ је постојао и велики корпус такозваног модерног римског права, или *Pandektenlehre*, за које се свакако не може рећи да је израсло из немачке свести или да представља специфични национални дух и карактер.

Нико то није могао да зна боље од Савињија, који је провео живот подучавајући о многобројним начинима на које је римско право пронашло свој пут у европска законодавства у средњем веку, и тумачећи принципе тог модерног римског права које је представљало опште право Немачке.

Веома је занимљиво видети на који начин се он бори да превазиђе ову потешкоћу.

Он каже да иако закон има своје корене у народној свести, у неком тренутку у историји долази до настанка класе професионалних правника. Када се то догоди, право почиње да се развија и на други начин. Уместо спорог и несвесног развоја обичаја, имамо законе створене свесном делатношћу правних стручњака.

Професори пишу књиге у којима међусобно расправљају и износе предлоге закона, а судије одлучују о случајевима, и при том формулишу општа правна правила. Временом, барем неки од предлога који су изнети у књигама и судским одлукама постају општеприхваћена правила. Тако имамо нову врсту обичајног права, која се разликује од оног старог *Gewohnheitsrecht-a* – оних древних обичаја племена или народа чији су корени изгубљени у прошлости. У извесној мери, овакав одговор разрешава споменути проблем, али ипак само делимично.

3 Види ауторитете у чланку Brunner H.: *Die Geburt eines lebenden Kindes und das eheliche Vermögenrecht in Zeitschrift Savigny*, Stiftung, v. 16, 63 (G. A.).

4 Види Grimm, *Rechtserlärter*, i. 613.

We may admit what Savigny says, that when lawyer-made law comes into existence the growth of law proceeds in two separate ways. The customary law of the common people still develops itself in its own slow and silent way, but this is no longer the principal manner in which new law is formed. The main development is by changes introduced by the lawyers. And, so long as the lawyers draw their materials from native sources, it may be contended with plausibility that this lawyers' law also grows out of the special legal consciousness of the race, and bears the stamp of the national genius. This has been so in England. The law-nine-tenths of it at least-has been made by lawyers, but it smacks of the soil all the same.

But in the case of Germany the trouble is that the lawyers did not draw on native sources. They went back to the Roman law, and devoted all their energies to introduce a body of laws which had been evolved in a society profoundly different from that of Germany.

Savigny's theory does not grapple with the fatal point that in Germany this later stratum of law is of foreign origin. From the sixteenth century downwards there had been a continual conflict in Germany between Roman law and German law, a conflict in which the home-grown law had a hard struggle to survive at all. Broadly speaking, during that long period the part of the law which was in active development, including the whole law of obligations, was Roman law.

We all remember how that conflict came to a head in 1888, when the first draft of a new German Code was published with five volumes of *Motive* by the Commission of which Windscheid was a prominent member.

After eight years of wrangling a compromise was reached. Much more old German law was retained than had been proposed by the first commission. Without going into details, it is enough to say that in the new Code the family law, the law of succession, the law of immoveable property, the law of partnership and some other less important matters are, speaking roughly, German and not Roman.

Savigny is arguing about German law and the point which I wish to make is that his arguments in favour of keeping inviolate laws which are the heritage of the race, and in which the national character finds its expression, as it does in language, lose much of their force when we face the facts. The truth of the matter is that a very large and important part of the German law did not grow out of the consciousness of the German people, and does not bear the marks of their national genius, but, on the other hand, it grew out of the consciousness of the Roman people, and bears the stamp of the Roman mind.

Можемо прихватити Савињијево гледиште да, када право проистекло из делатности правника настане, његов развој се наставља у два смера. Обичајно право обичног народа наставља да се развија споро и тихо, али то више није главни начин на који настаје ново право, већ се оно превасходно обликује кроз промене које уводе правници. И, докле год се правници у свом раду ослањају на матичне изворе, може се са извесном веродостојношћу тврдити да је ово правничко право израсло из специфичне свести расе и да носи траг националног духа. Тако је било у Енглеској, где је макар 9/10 права створено од стране правника, али је свеједно садржало препознатљиви национални траг.

У случају Немачке, међутим, проблем је што се правници нису ослањали на домаће изворе. Вратили су се римском праву, и усмерили сву своју снагу на увођење низа закона, који су представљали плод једног друштва драстично другачијег од немачког.

Савињијева теорија се не хвата у коштац са кључном чињеницом да је у Немачкој овај каснији слој закона страног порекла. Од 16. века надаље у Немачкој је постојао непрестани сукоб између римског и немачког права, сукоб у коме је домаће право имало потешкоћа да уопште опстане. Уопштено говорећи, током тог дугог периода, део права које се у континуитету развијало, укључујући и цело облигационо право, било је римско право.

Сви се сећамо како је тај сукоб кулминирао 1888. године, када је објављен први нацрт новог Немачког законика, са пет томова *Motive* од стране комисије, чији је истакнути члан био Виндшайд (*Windscheid*).

Након осам година превирања, постигнут је компромис. Задржано је много више старог немачког права него што је прва комисија предложила. Без залажења у детаље, довољно је рећи да су у новом законнику породично право, наследно право, право на непокретностима, компанијско право и друга, мало мање битна питања, грубо речено, немачка, а не римска.

Савињи расправља о немачком праву, и оно што бих посебно желео да истакнем је да његови аргументи у корист задржавања нетакнутих закона који су наслеђе расе, а у којима се манифестује национални дух, као што се манифестује и у језику, доста губе на снази када се суочимо са чињеницама. Истина је да веома велики и важан део немачког права није израстао из свести немачког народа, и да оно не носи обележја њиховог националног духа, али с друге стране јесте потекао из свести римског народа и носи печат римског ума.

Codification. –Savigny’s contention is that codification is highly dangerous because it checks the natural and unconscious growth of law. Instead of the law being changed by a spirit operating silently and almost imperceptibly, we have the violent and capricious act of a lawgiver. He quotes with approval the hard saying of Bacon that codification should not be undertaken except in an age which in civilization and knowledge surpasses that in which the laws were made which it is now proposed to codify (Aph. 64).

As for the French Code, which in Savigny’s time had been adopted in Westphalia, Baden, etc., he considers it as a disease. “It broke into Germany and ate in further and further, like a cancer.”

An Englishman reading Savigny’s thesis may be pardoned for thinking that, as regards this theory, it was a misfortune for Savigny that he was a German and not an Englishman.

For his theory does explain, and explain very well, the origin and the growth of the English law. In it we have no disturbing foreign element. It is essentially a home-grown product. No doubt in the ecclesiastical and in the mercantile law there are traces of Roman law and of other foreign laws, but the foreign elements are slight in comparison with the bulk of the law, and they have, as a rule, been brought in imperceptibly by judicial decisions, and only when they could be fitted into the framework of the law without disharmony.

And I think that the want of enthusiasm in England for codification of the law arises to a large extent from the same feeling as Savigny’s, that codification might interfere with the natural growth of the law in the way in which it has developed for a thousand years or so.

I am far from suggesting that we share Savigny’s horror of legislation. He speaks of the legislator as if he were a kind of wild beast breaking in and destroying out of mere caprice. In our eyes the business of the lawgiver is to make such laws as the people have shown that they want. Sometimes the legislator exceeds his mandate, or acts without a mandate; but if he does so, the day of reckoning soon comes. On the whole, both our statutes and our common law grow out of the popular consciousness.

Savigny’s famous theory did not square at all well with the facts of German law, and his arguments altogether failed to prevent the making of codes, which has gone on merrily since his time.

Legal History.–But we owe to Savigny an enormous debt. It was from the impulse which he gave that the importance of legal history came to be recognized. It was Savigny who first made lawyers realize that to get a sound knowledge of law one must know its history, must have, as he said,

Кодификација. – Савињи тврди да је кодификовање веома опасно, јер ограничава природни и несвесни развој права. Уместо да се право мења деловањем духа који то чини тихо и готово неприметно, имамо насилни и хировити чин законодавца. Он са одобравањем цитира Беконову изреку да кодификацију не треба доносити осим у доба које по степену развијености цивилизације и знању превазилази оно у коме су донети закони који се сада предлажу за кодификовање (Арп 64).

Што се тиче Француског законика, који је у Савињијево време усвојен у Вестфалији, Бадену, итд., он га сматра болешћу. „Провалио је у Немачку, и изједао све више и више, као рак”.

Енглезу који чита Савињијеву тезу могло би се опростити што би помислио да је, у погледу ове теорије, за Савињија била несрећа што је Немац, а не Енглез.

Јер његова теорија добро објашњава порекло и развој енглеског права. У њему не постоји никакав узурпирајући, страни елемент. Оно је, у суштини, производ домаћег узгоја. Нема сумње да у црквеном и трговинском праву има трагова римског и других страних права, али су ти страни чиниоци незнатни у поређењу са главнином правног система, и по правилу су унети незапажено, судским одлукама, и то само када су могли да се уклопе у постојећи законодавни оквир, не реметећи га.

Мислим да недостатак ентузијазма у Енглеској за доношење кодификације у великој мери произлази из истог осећања које је имао Савињи: да би кодификација могла да омета природни развој права, на начин на који се оно развијало хиљадама и више година.

Далеко од тога да предлажем да треба да се сложимо са Савињијевим згражавањем над законодавством. Он говори о законодавцу као о некој врсти дивље звери која проваљује и уништава из пуког хира. По нашем виђењу, посао законодавца је да доноси законе које је народ показао да жели. Понекад законодавац прекорачи своја овлашћења, или поступа без њих; али ако то учини, доћи ће дан када ће бити позван на одговорност. У целини, и наши закони, и наше обичајно право, израстају из народне свести.

Савињијева чувена теорија слабо се поклапа са стварношћу немачког права, а сви његови аргументи нису успели да зауставе процес кодификације, који се срећно одвија од његовог времена, па све до данас.

Правна историја. – Ипак, Савињију дугујемо много. Захваљујући његовом подстреку, дошло је до препознавања значаја правне историје. Управо је Савињи био тај који је наговестио правницима да је за добро познавање права потребно и добро познавање његове ис-

“ the confirmed habit of viewing every notion and every doctrine in its proper historical light.” And he says rather sternly that “a mere slight and gentle- manlike knowledge “-*eine leichte vornehme Kenntniss*-will not do.

Any lawyer who can look back forty-five or fifty years must be struck by the advance in legal history.

Except for the works of Savigny and Maine, whose Ancient Law was published in 1861, the year of Savigny’s death, where are the legal histories of the eighteenth and early nineteenth centuries, not to speak of those of an earlier period? How often are they disturbed in their repose in the libraries? Almost all the legal histories in use to-day have seen the light since I began the study of law.

For the history of English law there was then no Pollock and Maitland, no Jenks, no Vinogradoff, no Ames, no Holdsworth. In France there was no Esmein, no Viollet, no Glasson, no Brissaud. In Italy there was no Calisse, in Germany no Brunner, no Schroeder, no Hübner.

Shall we not say that the historical school is justified by its fruits? But since Savigny’s time certain events have occurred of an entirely novel character which would, I think, have shocked him profoundly.

Transplantation of a Legal System. – We have seen several cases in which a people possessing an ancient customary law, which had grown up ages ago out of their legal consciousness, has deliberately thrown overboard this heritage of the race, and has introduced at one blow a legal system entirely foreign.

This is, so far as I know, a new phenomenon in the legal world, it is not the case of a conqueror imposing his laws on a conquered people. Nor is it the case of one country copying a particular rule or a particular piece of legislation which has been found to work well in another place. This kind of legislative borrowing is much commoner than it used to be, but there is nothing shocking about it. Such laws as Workmen’s Compensation Acts, for example, may be adopted by one country after another without dislocating the legal system.

The cases I have in mind are quite different. They are transplantations of a legal system, or of a large part of a legal system, from one country to another. Such an event would be surprising enough if between the two countries concerned there were close ties of blood, and if their history and development had been similar. In such a case the laws of the two countries would have grown out of legal consciousnesses, which had much in common. They would in all probability not differ from each other more widely than, let us say, the laws of the German States in the sixteenth century.

торије, као и, како је сам рекао, „устаљена навика да се свака појава и свака доктрина посматрају у одговарајућем историјском светлу”. Такође, веома строго каже да „површно и џентлменско знање” – *eine leichete vornehme Kenntniss* – неће бити довољно.

Сваки правник који би се осврнуо 45 до 50 година уназад, остаје запањен напретком у правној историји.

Осим дела Савињија и Мејна, чије је *Анџичко љраво* објављено 1861. године, исте године када је Савињи умро, постоје ли дела правне историје из 18. и с почетка 19. века, а да не говоримо о онима из ранијег периода? Колико често долази до узнемиравања њиховог покоја у библиотекама? Скоро сва дела правне историје која су у употреби данас угледала су светлост дана откако сам почео да проучавам право.

За историју енглеског права, тада није било Полока (*Pollock*), Мејтланда (*Maitland*), Џенкса (*Jenks*), Виноградофа (*Vinogradoff*), нити Ејмса (*Ames*) ни Холдсворта (*Holdsworth*). У Француској није било Есмена (*Esmein*), Виолеа (*Viollet*), Гласона (*Glasson*) ни Брисоа (*Brissaud*). У Италији није било Калисеа (*Calisse*), у Немачкој Брунера (*Brunner*), Шредера (*Schroeder*), Хибнера (*Hübner*).

Није ли историјска школа оправдана кроз своје плодове? Али од Савињијевог времена, појавиле су се одређене новине, које би га, по мом мишљењу, потпуно шокирале.

Трансплантација правног система. – Видели смо неколико случајева када је један народ, који је имао древно, обичајно право, израсло у давној прошлости из њихове правне свести, свесно одбацио све своје наслеђе, и нагло увео потпуно страни правни систем.

Ово је, колико знам, потпуно нови феномен у правном свету. Ово није случај када освајач намеће своје законе покороном народу, нити када једна земља преузима одређену норму или закон, за који се показало да добро функционише на неком другом месту. Ова врста законодавног позајмљивања дешава се далеко чешће него раније, али то није ништа чудно. Закони попут Закона о накнадама за раднике, на пример, могу се усвојити у низу земаља, без ремећења постојећег правног система.

Случајеви које имам на уму су сасвим другачији. Они представљају трансплантације правног система, или великог дела правног система из једне земље у другу. Такве позајмице биле би помало зачуђујуће чак и када би између тих земаља постојала блиска крвна веза, и када би њихове историје и развој били слични. У том случају, закони тих двеју земаља би израсли из правних свести које су имале много

But in each of the cases to which I refer we see an oriental country with a system of law of great antiquity, and, moreover, a system of law which is closely bound up with the national religion, casting all, or a great part, of this old law away, and adopting the law of a Western people, far removed in race, religion, history and culture.

And yet this has happened in our time in Egypt, in Japan and in Turkey.

Egyptian Codes. –It is not necessary for my present purpose to refer to the complications of the legal system of Egypt due to the Capitulations. It is enough to say that when the Civil Code of the Native Tribunals was promulgated in 1883, in the time of Ismail Pasha, the Mohammedan law of property and of obligations was abandoned, and, speaking roughly, the French law was substituted. It is true that here and there fragments of the old Mohamedan law are retained, sometimes in such a way that the two elements are imperfectly harmonized. But these are small matters. Speaking generally, the whole of these important branches of law is revolutionized.

But it is important to remember that these Egyptian Codes do not cover the personal law. Such matters as Marriage, Divorce and Minority are left out. And, as regards them, Mohammedans in Egypt are still governed by their religious law.

The law of property and obligations and some other matters which the new Code dealt with became French, mainly owing to the influence of Nubar Pasha the Khedive's chief adviser. The change was part of the general movement towards westernization, and was made more easy by the fact that French law was already applied in Egypt in the Mixed Courts in cases between Egyptians and foreigners. Notwithstanding this, one might have expected that the introduction of the French law to govern relations between the Egyptians themselves would have been highly unwelcome to people in many matters intensely conservative, who regarded their old law as interwoven with their religion. Some feeling of this kind there must have been, but, so far as I know, it soon died away. The Egyptians at the present time are, I think, as well content with their French law as if it had grown out of their own legal consciousness.

Civil Code of Japan. –Another notable instance of transplantation is the Civil Code of Japan of 1898. I believe that the Japanese had paid hardly any attention to European laws until about 1870. When the westernizing tendency began to prevail, they turned to study first the French, and afterwards the German and the English laws. The Civil Code of 1898 is singularly eclectic; more so, I suppose, than any other civil code. Its technical terms are mainly translated from the German, and the Code as a

тога заједничког. По свој прилици, не би се много разликовали међусобно, не више од, на пример, закона немачких држава из 16. века.

Али, у сваком од ових случајева на које се позивам, видимо оријенталну земљу са системом древног права, и то права које је тесно увезано са националном религијом, како одбацује све, или велики део тог старог права, и усваја право западних народа, удаљених од оријенталних по раси, религији, историји и култури.

А, ипак, ово се догодило у наше време у Египту, Јапану и Турској.

Египатски закони. – За потребе овог рада, није потребно да се осврћем на компликације које су постојале у правном систему Египта због отоманских капитулација. Довољно је рећи да када је 1883. године, у време Исмаил-паше, проглашен Грађански законик народних судова, мухамеданско право својине и облигација било је напуштено, и, грубо речено, замењено француским. Истина је да су се фрагменти старог мухамеданског права понегде задржали, и то тако што су се два елемента несавршено ускладила. Но, то су ситне ствари. Начелно говорећи, целина ових важних грана права је драстично измењена.

Важно је напоменути да ови египатски закони не садрже лично право. Теме попут брака, развода и мањина су изостављене. Што се њиховог регулисања тиче, муслимани у Египту се и даље ослањају на своје верско право.

Право својине и облигација, и нека друга питања којима се бавио нови законик, постали су француски, углавном захваљујући утицају Нубар-паше, главног саветника кедива. Промена је била део општег покрета позападњачења, а била је олакшана чињеницом да је француско право већ било прихваћено у Египту у мешовитим судовима, у случајевима између Египћана и странаца.

Ово на страну, могло се можда очекивати да ће примењивање француског права на односе између Египћана бити дочекано са великим негодовањем у народу, који је у многим стварима био изузетно конзервативан, и који је своје старо право сматрао неодвојивим од своје религије. Такво осећање сигурно мора да је постојало, али је, макар колико ја знам, убрзо нестало. Египћани су, данас, рекао бих, задовољни француским правом као да је оно израсло из њихове правне свести.

Јапански грађански законик. – Још један истакнути пример трансплантације представља Јапански грађански законик из 1898. Верујем да су Јапанци једва обраћали пажњу на европске законе све до 1870. Када је почела да преовладава склоност ка позападњачењу, кренули су да проучавају прво француско, а затим немачко и енглеско право. Грађански законик из 1898. је јединствено еkleктичан;

whole bears many marks of German influence. But it borrows freely from the legislation of Belgium, Holland, Switzerland, England and the United States. In Japan the old traditional family law is in the main preserved, though less completely than in Egypt. We find in the Code rules about the rights and duties of the Head of a House which remind us strongly of those of a Roman *paterfamilias* in early times, except that in Japan a woman may be the Head of a House-rules which bear the stamp of immemorial antiquity. And, side by side with this ancient law, we have rules taken from the modern legislation of the most progressive countries of western civilization.

Turkish Civil Code.-The third instance of transplantation is still more surprising, because it extends to the family law.

Turkey had during the latter part of the nineteenth century promulgated codes mainly based on those of France, but, until quite recently, the Mohammedan family law was retained. Now it has gone too. The new Turkish Civil Code and Code of Obligations, which have just come into force, are nearly identical with the Swiss Codes, except as regards the articles on commercial partnerships. In proposing the new Civil Code to the Assembly, Mahmud Essad Bey, Minister of Justice, said-I quote from *The Times* of February 19, 1926-that the most important part of the Code concerned social organization, and in it the two sexes were treated on a basis of equality. In his opinion the saddest figure in Turkish history, and the most worthy of compassion, was that of the Turkish woman, who had hitherto been treated as a slave, and who would now take the place to which she had a right. By giving the Turkish mother her proper position the new law would give fresh vigour and consistency to Turkish society. The past thirteen centuries would be swept away, a new dawn would arise, and a fruitful era of civilization begin.

Now, however much we may agree that it was desirable to improve the legal status of women in Turkey, this is surely another blow to those who teach the sanctity of customary law. The Mohammedan law had been for centuries regarded with peculiar veneration. It was the Sacred Law, and yet the movement of the age has been too strong for it.

We may venture to doubt whether thirteen centuries can be swept away in this rather summary manner, or whether the Anatolian peasant completely realizes that old things are passed away, and all things are become new.

But, after making all reservations, it is startling enough that such a legislative change should have been possible at all.

претпостављам, више од било ког другог грађанског законика. Његови технички термини су углавном преведени са немачког, и законик у целини има доста немачког утицаја. Позајмљене су, међутим, и норме из законодавства Белгије, Холандије, Швајцарске, Енглеске и Сједињених Држава. У Јапану је углавном очувано старо традиционално породично право, али у мањој мери него у Египту. У законнику налазимо правила о дужностима старешине куће која нас снажно подсећају на оне римског *pater familias* у раним временима, осим што у Јапану жена може бити глава куће – правила која носе траг далеке прошлости. Раме уз раме са овим древним правом, постоје и правила преузета из модерног законодавства најпрогресивнијих земаља западне цивилизације.

Турски грађански законик. – Трећи случај трансплантације додатно изненађује, јер се протеже и на породично право.

Турска је у другој половини 19. века донела многе законе који су се углавном заснивали на законима Француске, али су се доскора и даље држали мухамеданског породичног права. Сада је и то нестало. Нови Турски грађански законик и Законик о облигацијама, који су управо ступили на снагу, скоро да су идентични са швајцарским законцима, осим чланова који су се односили на компанијско право. Предлажући скупштини нови грађански законик, Махмуд Есад Беј, министар правде, рекао је – цитирам из „Тајмса” од 19. фебруара 1926. – да се најважнији део кодификације тицао друштвеног уређења, а у склопу њега, два пола су равноправно третирана. По његовом мишљењу, најтужнија фигура у турској историји, и најдостојнија саосећања, била је турска жена, која је до сада била третирана као робиња, а која ће сад заузети заслужено место. Давањем достојног положаја турској мајци, нови закон би дао би свежу снагу и доследност турском друштву. Претходних тринаест векова били би избрисани, а уследило би ново доба, и започела би нова ера у цивилизацији.

Сад, колико год се можда слажемо да је било пожељно побољшати правни статус жена у Турској, ово је засигурно био још један удар онима који подучавају о неповредивости обичајног права. Мухамеданско право вековима је уживало изузетно поштовање. То је било свето право, али време је ипак утицало на његов опстанак.

Могли бисмо, можда, посумњати у то да се тринаест векова може избрисати на тако једноставан начин, или да је анадолски земљорадник у потпуности схватио да су старе норме нестале, и да је дошло потпуно ново време. Међутим, уз све ове ограде, довољно је запањујуће то што је оваква законодавна промена уопште могућа.

Conclusion. –Paradoxical as it sounds, it is probably true that in such matters the Western countries are more conservative than the East.

The reason of course is that in Eastern countries the leaders of opinion have been captured by the Western spirit. Fired by the ambition of placing their countries on a level with the progressive countries of Europe, they have been able to make tremendous legislative changes and to impose them upon the passive and inarticulate masses.

Legislation of this heroic character is hardly imaginable in such countries as France or England, where the lawyers whose support is essential in legal reform exhibit as a rule extreme conservatism.

But, all the same, if we look at Savigny's theory in the light of what has happened since his time, we are driven to the conclusion that he overestimates the importance of customary law, and the danger of uprooting it. I think it is quite conceivable that in Egypt, in Japan and in Turkey, the foreign law which has been so violently introduced will serve the needs of the people just as well as if it had grown out of their legal consciousness.

Savigny's explanation of the origin of customary law has not lost its interest or value, but the conclusions of a practical kind which he seeks to draw cannot be accepted without much reserve.

He complained that in his day there was no admiration for the past, and that the whole of Europe was actuated by "a blind rage for improvement."

If he were living today he would not, I fancy, see much that would console him.

Закључак. – Колико год парадоскално звучало, вероватно је тачно да су у оваквим стварима западне земље конзервативније од Истока.

Разлог је, наравно тај, што су водећи мислиоци Истока били фасцинирани западним духом. Вођени амбицијом да своје земље ставе у раван са прогресивним земљама Европе, успели су да направе огромне законодавне промене, и да их наметну пасивним и неуким масама.

Законодавство оваквог херојског карактера тешко је замисливо у земљама попут Француске или Енглеске, где правници, чија је подршка неопходна у правној реформи, по правилу испољавају екстремни конзервативизам.

Али, свеједно, ако погледамо Савињијеву теорију у светлу онога што се догодило од његовог времена, долазимо до закључка да он прецењује значај обичајног права и опасност од његовог искорењивања. Мислим да је сасвим замисливо да ће у Египту, Јапану и Турској, страном праву, које је тако насилно уведено, служити потребама људи једнако добро као да је израсло из њихове правне свести.

Савињијево објашњење порекла обичајног права није постало мање интересантно или безвредно, али практични закључци које он настоји да извуче не могу се прихватити без велике резерве.

Жалио се да у његово време није било довољно дивљења према прошлости и да је цела Европа била обузета „слепом помамом за побољшањем”.

Да живи данас, мислим да не би видео много тога што би га утешило.

Рад приспео / Paper received: 29. 6. 2023.

Прихваћен за објављивање / Accepted for publication: 10. 8. 2023.