

Napomene o uporednom pravu

Husein Kavazović

Reisu-l-ulema islamske zajednice u Bosni i Hercegovini

Sažetak

Od druge polovine XIX stoljeća ne prestaju diskusije o uporednom pravu. Ta diskusija se posebno razvila među pravnim metodičarima i historičarima prava, i na istoku i na zapadu. Šta je uporedno pravo: naučna disciplina ili tek pravna metoda? Ovaj rad nema ambiciju da presuđuje u korist jedne ili druge strane. Namjera nam je iznijeti nekoliko napomena o uporednom pravu, koje mogu biti od koristi onima koji se bave uporedno-pravnom historijom. Srednjovjekovni muslimanski pravници poput Ibn Rušda su dali svoj doprinos razvoju uporednog prava i vjerovatno uticali na evropske pravnike da i sami pristupe proučavanju različitih pravnih tradicija. Korist od proučavanja uporednog prava je ono što nije sporno kod pravnika. Polemika oko toga da li se radi o naučnoj disciplini ili pravnoj metodi i dalje će ostati prisutna. No, ova rasprava ne šteti, jer važni su nam rezultati do kojih dolazimo putem uporedno-pravnih istraživanja. **Ključne riječi:** uporedno pravo, uporedno-pravna metoda, historija prava, pravna evolucija, pravni translati.

Uvod

Uporedno ili komparativno pravo (engl. *Comparative law*) naziv je koji se koristi u pravnoj znanosti da bi se njime označio proces poređenja pravnih normi koje dolaze iz dvaju ili više pravnih sistema. Putem poređenja se stiče uvid u postojanje sličnosti i razlika, te postojanje ili nepostojanje veza među pravnim sistemima, kao i ono što povezuje ili odvaja te sisteme jedne od drugih.

O tome šta je uporedno pravo kod pravnika postoje različita mišljenja od samog početka. Dok jedni negiraju postojanje uporednog prava kao posebne naučne discipline, svodeći proces poređenja tek na uporednu metodu, istraživanja unutar pravne znanosti, poput svake druge metode koju pravna znanost koristi na putu saznavanja prava, drugi ističu da uporedno pravo ima svoj odijeljen predmet i svoju metodologiju kojim se bavi i koju upotrebljava.

Među onima koji osporavaju postojanje uporednog prava kao zasebne pravne discipline, svodeći ga na uporednu metodu, ističe se H. C. Gutteridge, koji je svoj stav iznio u djelu *Comparative Law: An introduction to the Comparative Method of Legal Study* (1946.). On smatra da ne postoji niti jedna zasebna “uporedna” grana prava u smislu da za svoj predmet proučavanja ima neovisan predmet, poput recimo porodičnog ili procesnog prava.

Nasuprot njega stoji grupa pravnika, poput E. Lambert, sa svojim djelom *Introduction la Fonction du Droit Civil Comparé* (1903.), Aḥmad-paša as-Sanhūrī, sa svojim djelom *Maṣādir al-Ḥaqq fī al-Fiqh al-Islamī* (1954.); J. H. Wigmore, sa svojim djelom *A Panorama of the World's Legal System* (1928.), koji smatraju da je uporedno pravo naučna disciplina koja ima svoje područje naučnog istraživanja i koja se koristi čitavim nizom naučnih metoda (poput analitičke i uporedne metode), pomoću kojih dolazi do naučnih saznanja, od kojih je metoda poređenja (iako najvažnija) jedna od njih.

Ipak, čini se da s vremenom stvar postaje jasnija. Sve je više onih koji smatraju da je uporedno pravo zasebna naučna disciplina, koja za svoj predmet izučavanja bira više pravnih sistema koji počivaju na različitim izvorima, kulturnim ili tradicijskim osnovama, koji se primjenjuju u različitim državnim okvirima i na različitim geografskim područjima. Pravna nauka (*al-fiqh*), bavi se proučavanjem jednog pravnog sistema, njegovih izvora, pojedinih područja, grana ili instituta kao skupine

pravnih normi, te njihovog međusobnog odnosa i promjena koje vremenom nastaju. Uparedno pravo nastoji utvrditi sličnosti i razlike koje ovi pravni sistemi nose u sebi i koje ispoljavaju.

Cilj uporednog prava je višestran. Između ostalog, želi se pokazati postojanje sličnosti i razlika kod više pravnih sistema ili grana prava, davaoca i primaoca pravnih normi; utvrditi postojanje utjecaja jednog pravnog sistema (davaoca) na drugi pravni sistem (primaoca) putem pozajmljivanja manjeg ili većeg broja pravnih normi i njihovog razvoja unutar pravnog sistema primaoca; bolje upoznavanje s prednostima i manjkavostima pravnih sistema koji se porede, te eventualnu pripremu za djelimičnu ili obuhvatniju reformu pravnog sistema neke zemlje...

Posebnu pažnju među teoretičarima prava izazvala je teorija Alan Wotsona o pravnim transplantima *Legal Transplants: An Approach to Comparative law* (1974.),¹ u kojoj je on iznio svoju teoriju prožimanja pravnih sistema putem čestih pozajmljivanja cijelih područja, grana ili pravnih instituta iz jednog pravnog sistema u drugi. Iako je svoju teoriju bazirao na pozajmljivanjima iz rimskog prava u pravne sisteme kontinentalnog i *common law* prava, on je svoju teoriju potkrijepio i postojanjem transplata još iz antičkog doba u Mezopotamiji i drevnom Egiptu.

1. Historija razvoja uporednog prava

Nakon donošenja *Francuskog građanskog zakonika* (Napoleonov zakonik) 1804. godine, XIX stoljeće je bilo u znaku razvoja pravne nauke i njenih disciplina. U kontinentalnoj Evropi, ali i na Britanskom ostrvu, dolazi do novih razmišljanja i pristupa. Nastaju novi smjerovi i nove znanosti, novi pravci i metodologije u proučavanju pravnih disciplina i sve to će baciti više svjetla na narastajuće društvene promjene koje su sa sobom donijele francuska i američka revolucija. Pod uticajem Napoleonovih osvajanja u Evropi i Africi, Osmanlijska carevina pristupa reformama, koje je inicirao sultan Selim III još 1808. godine, a koje će biti i ozvaničene 1839. godine, donošenjem poznatog dekreta *Hatti šerifa od Gulhane*. Razvoj pravne nauke u XIX stoljeću obilježila je kodifikacija građanskih zakonika od strane države (Francuska, Austrija, Španija, Portugal, Osmanlijska carevina i dr.). Uporedo s donošenjem

¹ Pogledaj prijevod na srpski jezik. Alan Wotson, *Pravni transplant: Pristup uporednom pravu*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2010.

građanskih zakonika i na polju pravne nauke dolazi do razvoja novih tendencija koje se mogu sublimirati kroz nastanak pravno-povijesne škole u Njemačkoj i škole uporednog prava u Engleskoj.

Njemačka pravno-povijesna škola formirala se na temelju polemike o potrebi, spremnosti i mogućnostima kodifikacije njemačke pravne tradicije, po uzoru na francusku pravnu tradiciju i njenu kodifikaciju. Ova rasprava iz 1814. godine proizvest će u Njemačkoj novi metodološki pristup, koji će utjecati na razvoj čitavog spektra društvenih znanosti u području prava: pravne historije, uporednog prava, pravne filozofije i sociologije prava. Osnova na kojoj je počivala historijska škola bilo je njeno oponiranje do tada vladajućoj teoriji prirodnog prava, njenoj apstraktnosti i univerzalnosti, koja je stajala u pozadini na kojoj je izvršena kodifikacija Francuskog građanskog zakonika iz 1804. godine. Pravno-povijesna škola Njemačke je za osnovu svoje teorijske postavke o razvoju prava uzimala narodni duh germanskog naroda *Volksgeist* i na taj način odstupila od univerzalnog pristupa u razvoju prava, kojeg su zagovarali engleski teoretičari. Pripadnici ove škole su pravo poistovijetili s jezikom i njegovim razvojem unutar jednog naroda, koji je vezan za narodni duh i njegovu osobenost.

Na čelu povijesno-pravne škole bio je Friedrich Carl von Savigny (1781–1854.) i njegov nasljednik na katedri u Berlinu G. Friedrich Puchta (1798–1846.),² koji su pravo dovodili u vezu s jezikom i njegovim tihim i postepenim razvojem. Oni su smatrali da se pravo u narodu razvijalo kao što je to bio slučaj i sa narodnim jezikom, iz etape u etapu. Taj razvoj, po njima, tekao je u tri etape ili stadija. Prvi je stadij prirodnog prava koji se rasprostro kroz cijeli narod. Drugi je stadij naučnog prava koje se formiralo unutar naučnih krugova koji su putem naučnih metoda preoblikovali pravo koje se razvijalo unutar narodne svijesti. Treći je stadij kodifikacije u kojem pravo dostiže svoju zrelost i koja predstavlja cjelovitu obradu i sistematizaciju narodnog prava.³

Odjeci ideja povijesno-pravne i uporedno-pravne škole naći će i na jugoistoku Evrope svoje zagovornike i protagoniste. Među njima se posebno isticao Baltazar Bogišić (1834–1908.), koji je u najvećoj mjeri

² Antonio Padoa-Schioppa, *A History of Law in Europe: From the Early Middle Ages to the Twentieth*, Cambridge: Cambridge University press, 2017, str. 527.

³ Dalibor Čepulo, "Baltazar Bogišić i engleska škola povijesne i poredbene jurisprudencije", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Zagreb, 1995: Godina 45, str. 318.

prihvatao postavke povijesno-pravne škole, ali je svoju metodologiju gradio i na osnovu uporedno-pravne škole, tako da njegov rad na neki način predstavlja sintezu ovih dviju škola.

Za razliku od Savignya, koji je naglasak stavljao na znanstvenu obradu prava, Baltazar Bogišić je zahtijevao više istraživanja u sferi običajnog prava kod slavenskih naroda, kako onog iz daleke prošlosti, tako i onog iz njegova vremena. Prema njegovom shvatanju, običajno pravo čuva najstarije pravne odredbe, te je svoj rad utemeljio na istraživanjima *porodične zadruge*, kao posebne ustanove koja se razvila kod južnoslavenskih naroda.⁴ Svoj rad je krunisao kodifikacijom crnogorskih narodnih običaja, koji su vezani za imovinsko pravo u *Općem imovinskom zakoniku za Crnu Goru*, koji je rađen po kriterijima Savignyeve povijesno-pravne škole.⁵ Za njegov rad bili su zainteresirani i predstavnici uporedno-pravne škole, prije svih Henry Sumner Maine (1822–1888.) i njegov nasljednik Frederick Pollock (1845–1937.), koji su se njime i koristili.

Uporedo s razvojem povijesno-pravne škole, na čelu sa Savignyem razvija se i škola uporedne jurisprudencije koja za osnovu uzima univerzalni pristup pravu preko filozofske škole G. W. Leibniza (1646–1716.), Ch. S. Montesquieua (1689–1755.), te G. W. F. Hegela (1770–1831.), čiju će osnovicu još više pojačati istraživanja u oblasti prirodnih znanosti i otkrića primitivnih naroda i njihovih tradicija.

Nova filozofska učenja i prirodno-naučna otkrića reflektirat će se na autore povijesne i uporedne pravne nauke, prije svega u Engleskoj. Začetnik ovog pravca bio je Henry Sumner Maine, sa svojim djelom *Ancient Law* (1861). Djelo je predstavljalo osnovu za razvoj povijesne i uporedne pravne nauke, kako na Ostrvu tako i šire. Za razliku od Savignya, koji je razvoj prava uporedio sa razvojem jezika u okviru jednog naroda, ograničivši ga na razvoj narodnog duha,⁶ Henry Sumner Maine je smatrao da je pravo produkt povijesnog razvoja čovječanstva, poput evolucijskog razvoja živih vrsta u prirodi.⁷ Na ovaj način je napustio do

⁴ Vidi o tome više kod: Valtazar Bogišić, *Pravni običaji u Slovena*, Zagreb: Štamparija Dragutina Albrechta, 1867.; Valtazar Bogišić, *O obliku ikonoština u seoskoj porodici Srba i Hrvata*, Beograd: Štamparija Napredne stranke, 1884.

⁵ Dalibor Čepulo, "Baltazar Bogišić i engleska škola povijesne i poredbene jurisprudencije" *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, str. 320.

⁶ Valtazar Bogišić, *Pravni običaji u Slovena*, str. 1.

⁷ Henry Sumner Maine, "Introduction" u: *Ancient Law*, London: John Murray, Albemarle Street, W., 1908., str. v.

tada vladajuću teoriju apovijesnog i utilitarnog razvoja prava, koju su zagovarali Jeremy Bentham (1748–1832.) i John Austin (1790–1859.). Henry Maine je na primjeru institucija grčkog, rimskog, hindu i *common law* prava pokazao kako je moguće da različiti pravni sistemi dođu do sličnih rješenja, uprkos njihovom razvoju u različitim sredinama i vremenskim periodima. Za razliku od Jeremy Benthama (u njegovom *Fragment of Government*) i John Austina (u njegovom *Province of Jurisprudence Determined*), koji su na pravo gledali kao na *zapovijed* zakonodavca, u čemu se, po njima, nalazi osnovni element prava, za Henry Sumner Maina pravo je prije ponašanje (*habit*), koje je ukorijenjeno u običaju naroda, nego što je *zapovijed* zakonodavca.⁸

Na Henry Maina je bez sumnje utjecalo njegovo dugogodišnje proučavanje *manu prava* u Indiji. On je dugim proučavanjem institucija starogrčkog, rimskog i *manu prava* uočio sličnosti i razlike među njima i stvorio osobno uvjerenje o praktičnoj koristi uporedne metode u proučavanju prava općenito. Istraživanja do kojih je došao Valtazar Bogišić, proučavajući običajno pravo južnoslavenskih naroda, a koja je Hanry Sumner Maine imao na uvid, samo su ga učvrstila u njegovom uvjerenju. Njegova istraživanja produbit će njegovi nasljednici, poput F. Polocka i P. Vinogradoffa.⁹

Muslimanske zemlje su se suočile s opadanjem svoje političke, ekonomske i vojne moći, s jedne strane, i usponom evropskih država na svim područjima moći, tokom XVIII i XIX st., s druge strane. Analiza stanja koju su poduzele političke i intelektualne elite muslimanskog svijeta ukazivala je na to da su se zapadne sile oslanjale na naučna istraživanja, u području prirodnih i društvenih znanosti, što je dovelo do ubrzanog razvoja, proizvodnje i potrošnje proizvoda i potražnje za novim tržištima i prilikama. Donošenje *Francuskog građanskog zakonika*, koji se u to vrijeme smatrao vrhuncem pravne nauke, uzburkao je duhove, kako u Evropi tako i van nje. Njegov odjek je izazvao interesovanje kod muslimanskih političkih i intelektualnih elita. Postojala je želja i u Osmanlijskoj carevini i u Egiptu da se izvrši recepcija francuskih zakonika od strane njihovih državnika i jednog kruga intelektualaca. Među njima su prednjačili Ismā'īl-paša (1830–1895.) u Egiptu i Maḥmad

⁸ Henry Sumner Maine, *Ancient law*, str. 7–8.

⁹ Dalibor Čepulo, "Baltazar Bogišić i engleska škola povijesne i poredbene jurisprudencije", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, str. 325.

Amīn Ālī-paša (1815–1871.) u Osmanlijskoj carevini (1801–1873.), egipatski intelektualac Rifā ‘ah Ṭaḥṭāvwī, svršenic Al-Azharā i francuski student. No, uporedo s ovim željama rastao je i strah od moguće reakcije konzervativne uleme i feudalaca. Prevođenje francuskih zakonika na arapski jezik, koje je poduzeo Rifā ‘ah Ṭaḥṭāvwī, imalo je za cilj da se muslimanski pravници, ali i drugi intelektualci i političari, upoznaju sa sadržajem ovih zakonika. Ovakav pristup omogućit će brzo upoznavanje muslimanskih pravnikā s evropskim pravnim tradicijama, dok će slanjem studenata na evropske univerzitetē taj proces biti još više ubrzan.

Potreba za reformom pravnog sistema i njegova uspostava po uzoru na evropske bila je osnovni poticaj u nastanku škole uporednog prava kod muslimana. U početku, ona se oslanjala na analizu i poređenje francuskih zakonika (građanskog, trgovačkog i krivičnog) s odredbama šerijatskog prava, predstavljenog kroz malikijsku i hanefijsku pravnu doktrinu.

Škola uporednog prava kod muslimana je posebno napredovala u Egiptu. U njenom razvoju izražene su dvije faze. Prva faza predstavljala je analizu i poređenje francuskih kodifikacija s odredbama malikijske i hanefijske pravne doktrine, u čemu su se istakli Maḥlūf Muḥammad al-Minyāwī (1820–1878.), Muḥammad Qadrī-paša (1821–1886.) i ‘Abdullah ‘Alī Ḥusayn (1889–1960.), dok se u drugoj fazi težište prenijelo na analizu i poređenje evropskih pravnih sistema i šerijatskog prava općenito, u čemu se istakao Aḥmad-paša as-Sanhūrī (1895–1971.).

Odjeci škole uporednog prava, koju su formirali muslimanski pravници u Egiptu i na našim prostorima, naći će svoje pobornike. U tome se kod nas posebno istakao dr. Alija Silajdžić. On je u svom djelu *Testamenat u šerijatskom pravu* (1941) uporedio institute oporuke u rimskom pravu, običajnom pravu Arapa i *common law* pravu, s institutima oporuke u šerijatskom pravu. On je utvrdio postojanje sličnih pravnih rješenja među institutima oporučnog prava ovih pravnih sistema, iako su se oni razvijali u različitim vremenskim periodima i društvenim prilikama. Tako on ističe da je staro *common law* pravo iz XII stoljeća dozvoljavalo oporuku (testament) u visini do 1/3 i to traje sve do XVII stoljeća od kada *common law* usvaja punu slobodu oporuke kao i kod drugih evropskih prava.¹⁰

¹⁰ Alija Silajdžić, *Testamenat u šerijatskom pravu*, Sarajevo: Državna tiskara u Sarajevu, 1941., str. 63.

Uporedno pravo i danas ima veoma važnu ulogu u proučavanju pojedinih instituta prava u svrhu praćenja njegova razvoja u pojedinim pravnim sistemima preko kojih se mogu izvlačiti zaključci o stepenu razvijenosti prava kod različitih naroda i država. Na njegov značaj za šerijatsko-pravnu nauku ukazao je i Aḥmad-paša as-Sanhūrī u svojim radovima, a posebno u svom djelu *Fiqh al-Hilāfah*. On je smatrao da se šerijatsko-pravna nauka mora podvrgnuti uporednom proučavanju svojih instituta s evropskim pravima, kako bi se ono oporavilo i razvilo vlastite sposobnosti da služi muslimanskim društvima.

1.1. Cilj i funkcija uporednog prava

Poput svakog pravca u nauci, i uporedno pravo ima cilj da pravnu nauku opskrbi potrebnim i provjerenim znanjem u svrhu potpunijeg razumijevanja pravnih odnosa u različitim društvima i vremenskim epohama. Kao i svaka druga naučna disciplina, i uporedno pravo je tokom svog postojanja pred sebe postavljalo ciljeve koje je trebalo postići; od nekih je tokom vremena odustajala, neke dodavala, a neke zadržala. Još od vremena Henry Sumner Maina, kako to primjećuje F. Pollock, cilj uporednog prava bio je da se otkriju najstarije pravne ideje koje su se pojavile kod različitih naroda i zajednica, te da ih se dovede u vezu sa savremenim pravnim mišljenjima.¹¹ Kasnije se, kako ističe dr. Fikret Karčić, od ovog cilja odustalo u korist izučavanja pravnih tradicija u njihovom interkulturnom okruženju, radi njihovog boljeg razumijevanja i utvrđivanja općih tendencija u razvoju prava.¹² Prema mišljenju F. Pollocka, pravne ideje i pravni instituti imaju posve realan pravac razvoja, tako da u svakom stadiju razvoja oni pokazuju svoje posebne karakteristike. Primarni cilj uporednog prava, kako to ističu Konrad Zweigert (1911–1996.) i Hein Kötz (r. 1935.), jeste proširenje osnovice znanja o pravu i njegovom boljem razumijevanju tokom njegova nastanka i razvoja. Uporedno pravo, kao posebna disciplina, omogućilo je akademskim krugovima da pređu nacionalne granice i na taj način otvore vrata za upoznavanjem s pravima koja su dolazila iz vanjskog svijeta, drugačijih civilizacijskih krugova i kulturološkog okruženja. Prilikom proučavanja različitih pravnih ideja i instituta prava, neophodno je u svakoj etapi

¹¹ Frederick Pollock, *Introduction and Notes to Sir Henry Maine's "Ancient Law"*, London: John Murray, Albemarle Street, W., 1914., str. vii.

¹² Fikret Karčić, *Komparativna pravna historija*, Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2012., str. 15.

istraživanja prići im pažljivo, kako bi se izbjegla generalizacija, jer svaka etapa razvoja prava unutar različitih zajednica i naroda u sebi nosi specifičnosti, koje su vezane samo za njih. Tokom XIX i XX stoljeća, pod utjecajem darvinizma, inaugurirana je teorija evolutivnog razvoja ljudskog društva, poput razvoja živih vrsta. Smatralo se da su se različite ljudske zajednice i narodi zatekli na različitim razinama razvoja. Njihov razvoj se kretao evolutivnim putem, a tako i njihovo pravo. Postojanje uporednog prava, kao posebne naučne discipline, ima za cilj otkrivanje tog evolutivnog procesa u razvoju društva i društvenih odnosa, koji se reguliraju pravnim normama.

Pored otkrivanja postepenog razvoja prava u različitim zajednicama i narodima, pravni teoretičari općenito, a teoretičari uporednog prava posebno, ističu u prvi plan jedan posebno važan funkcionalan cilj, koji se želi postići proučavanjem uporednog prava. Radi se o tome da je zadatak uporednog prava da doprinese reformi prava na nacionalnoj, regionalnoj, pa i internacionalnoj razini. Razvoj ekonomskih odnosa, brže povezivanje udaljenih društava i država, intenzivnija privredna razmjena dr., utječu na društvene odnose. Takav razvoj odnosa zahtijeva harmonizaciju prava, na što je ukazao Robert H. Jackson (1892–1954.), sudija na Vrhovnom sudu (*Supreme Court*) Sjedinjenih Američkih Država, kada je pozvao na izučavanje šerijatskog prava, s obzirom na povećanje trgovinskih i političkih odnosa između muslimanskih i zapadnih zemalja.¹³

Muslimanski pravni teoretičari, poput njihovih kolega iz drugih pravnih tradicija, nastojali su odrediti ciljeve uporednog prava, kako bi poslužili šerijatsko-pravnoj nauci i njenim ciljevima. Osnovni cilj kojeg su oni postavili bilo je proširenje osnovice znanja i bolje razumijevanje šerijatsko-pravnih doktrina koje su nastale na različitim geografskim širinama prostrane muslimanske države, kao što se to vidi iz Ibn Rušdovog (1126–1198.) djela *Bidāyatu al-Muġtahid wa Nihāyatu al-Muqtaṣid*. Jedan od ciljeva bila je i reforma šerijatskog prava i njegova harmonizacija na nacionalnoj i internacionalnoj razini za koju su se zalagale političke i akademske elite tokom XIX i XX stoljeća.

Cilj uporedne šerijatsko-pravne nauke (*fiqh al-muqārin*), kako to ističe Ibn Rušd, jeste bolje poznavanje šerijatsko-pravnih propisa, kako onih oko kojih su se pravници složili, tako i onih oko kojih su se razišli,

¹³Abdullah ‘Alī Ḥusayn, *Al-Muqāranāt at-Taṣrī‘iyyah*, Cairo: Dār as-Salām, 2001., str. 9.

od vremena ashaba pa sve do ulaska šerijatsko-pravne nauke u period stagnacije – *taqlīda*. Pored toga, po njemu, cilj uporedne šerijatsko-pravne nauke jeste i poznavanje načina na koji su izvedeni šerijatski propisi, te poznavanje vrsta šerijatskih propisa i uzroka zbog kojih je došlo do razilaženja među pravnicima.¹⁴ Kako vidimo, uzrok koji je pokrenuo muslimanski um k uporedno-pravnoj teoriji šerijatskog prava bile su razlike koje su se ispoljile među šerijatskim pravnicima kod tumačenja izvora šerijatskog prava. Teoretičari uporednog prava među muslimanima sav svoj napor usmjerili su ka pokušaju da objasne prirodu razilaženja među šerijatsko-pravnim školama. U ovom duhu i imam ‘Abdulwahhāb aš-Ša‘rānī (1492–1565.) napisao je svoje djelo *Kitāb al-Mīzān* u kojem je iznio poređenje stavova pravnika četiriju sunijskih škola s aspekta njihove krutosti i elastičnosti, odnosno tvrđeg i blažeg stava o nekom šerijatskom pitanju, s obzirom na stanje (snagu i slabost) pravnog obaveznika.¹⁵

Nekoliko stoljeća nakon Ibn Rušdovog zahtjeva za uspostavljanje uporedne šerijatsko-pravne nauke, a potaknut novim izazovima pred kojima se našao muslimanski svijet, sličan zahtjev uputio je i Aḥmad-paša as-Sanhūrī. On je pred muslimanske pravnike i uporedno pravo postavio novi zahtjev kojim je proširio područje pravnog poređenja, tako što je iskoračio iz okvira šerijatskog prava u pravcu drugih pravnih tradicija, koje je želio uporediti sa šerijatskim pravom. Ovim proširenjem osnove za poređenje, Aḥmad-paša as-Sanhūrī je želio postići dva preostala cilja koja su postavili i evropski pravnici: reforma šerijatskog prava putem kodifikacije i harmonizacija njegovih propisa s propisima drugih pravnih tradicija na temeljima koji ne ugrožavaju prirodu šerijatskog prava.¹⁶

Međutim, Aḥmad-paša as-Sanhūrī u izučavanju uporednog prava nije vidio samo priliku za uporedno istraživanje unutar šerijatskog prava i koristi koje bi to istraživanje donijelo šerijatsko-pravnoj nauci, već i priliku da se i drugi pravni sistemi okoriste rezultatima do kojih

¹⁴ Ibn Rušd, *Bidāyatu al-Muġtahid wa Nihāyatu al-Muqtašid*, Cairo: Dār al-Hadīth, 2004., str. 9.

¹⁵ Abdulwahhāb aš-Ša ‘rānī, *Kitāb al-Mīzān*, Beirut: ‘Ālam al-Kutub, 1989., str. 62–68.

¹⁶ Muḥammad ‘Imārah, *Islāmiyyāt as-Sanhūrī bāšā: Islāmiyyatu ad-Dawlah wa al-Madaniyyati wa al-Umrāni*, Cairo: Dār as-Salām, 2010., Vol. I., str. 162–163.

je došla šerijatsko-pravna nauka tokom stoljeća.¹⁷

Na ovaj način, šerijatsko pravo bi ponovo zadobilo svoju osnovnu funkciju: da koristi muslimanskom društvu tako što bi bilo sposobno regulirati društvene odnose unutar muslimanskih država i saobraziti ga s modernim vremenima i ostatkom svijeta. Ukoliko bi se pred uporedno pravo postavili spomenuti ciljevi i organizirala nastava i istraživanja na univerzitetima i institutima širom muslimanskog svijeta, to bi neminovno dovelo do krajnjeg cilja: obnove šerijatsko-pravne nauke i njenog zamaha kojem smo svjedočili u zlatnim vremenima njena nastanka i razvoja.

1.2. Okvir za uporedno pravo

S obzirom na to da za određeni broj pravnih teoretičara uporedno pravo predstavlja zasebnu pravnu disciplinu u odnosu na nacionalno pravo, neophodno je odrediti okvir za njegovo izučavanje, odnosno predmet njegova interesiranja. Sama činjenica da se radi o uporednom pravu, kod kojega dominantnu ulogu ima uporedna metoda, govori da predmet izučavanja ove discipline nije neko određeno nacionalno ili religijsko pravo već više njih, koja su predmet interesovanja nekog pravnika ili historičara prava. Predmetom izučavanja uporednog prava mogu biti pojedine odredbe pravnih sistema ili čitavi instituti pogodni za poređenje ili pak cijela sistematika nekoliko pravnih sistema.

Šerijatsko pravo, za razliku od drugih pravnih sistema, po ovom pitanju nalazi se u veoma specifičnoj situaciji. To je stoga što se u njegovom okviru nalazi čitav niz podsistema (pravne škole), koji su tokom vremena razvili slične, ali i različite metodologije izvođenja pravnih zaključaka iz izvora šerijatskog prava. Spomenute metodologije su se etablirale kao relevantne u okviru različitih pravnih doktrina šerijatskog prava.

S obzirom na to da se šerijatsko pravo razvijalo multi-doktrinarno, šerijatski pravници su morali razviti unutarnje uporedno pravo s

¹⁷ Aḥmad-paša as-Sanhūrī posebno ističe šerijatsko-pravni institut zabrane zloupotrebe prava do kojeg je došla šerijatsko-pravna nauka. Također, on smatra da kod uporednog proučavanja šerijatskog prava i drugih pravnih sistema treba u obzir uzeti sve rezultate do kojih su došli pravници u prošlosti kao i novija istraživanja, poput Muḥammada Qadrī-paše, bilo da se radi o muslimanskim pravnicima ili orijentalistima. Vidi: Muḥammad 'Imārah, *Islāmiyyāt as-Sanhūrī bāšā: Islāmiyyatu ad-Dawlah wa al-Madaniyyati wa al-'Umrāni*, Vol. I., str. 163.; Aḥmad paša as-Sanhūrī, *Mašādir al-Ḥaqqi fī al-Fiqh al-Islāmī* (Beirut: Manšūrāt al-Ḥalabī al-Ḥuqūqiyyah, 1998.), Vol. I., str. 6.

pogledom na vlastitu pravnu tradiciju i njenu razuđenost. U isto vrijeme, s obzirom na to da je šerijatsko pravo prepoznato kao zaseban pravni sistem na internacionalnom nivou, šerijatski pravници su bili primorani da poređenju odredbi ili instituta šerijatskog prava s odredbama ili institutima drugih pravnih sistema priđu iz više pravaca. Pojedini šerijatski pravници odredili su predmet svoga poređenja, odnosno okvir za poređenje izborom odredbi ili instituta pojedine pravne škole. Primjer za ovakav pristup nalazimo kod ranih autora, poput Maḥlūf Muḥammada al-Minyāwīa i ‘Abdullah ‘Alī Ḥusayna, koji su izabrali odredbe i institute malikijskog mezheba, s jedne strane, i francuskih zakona s druge strane.¹⁸ Također, slično je postupio i Muḥammad Qadrī-paša¹⁹ koji je za poređenje izabrao Egipatski građanski (nacionalni) zakonik i odredbe šerijatskog prava prema hanefijskoj pravnoj doktrini. Pristup kojeg su izabrali raniji muslimanski pravници XIX i početka XX st., govori nam da je njihov cilj bio dvostruk: a) utvrditi stepen sličnosti i razlika kod pojedinih odredbi iz dvaju odvojenih pravnih sistema; b) ukazati na mogućnost prihvatanja ili recepcije odredbi koje bi bile transplantirane u pravni sistem muslimanskih zemalja.

Na drugoj strani, Aḥmad-paša as-Sanhūrī je razvio drugačiji okvir, tako što je u svom djelu *Maṣādir al-Ḥaqq fī al-Fiqh al-Islāmī: Dirāsah Muqāranah bi al-Fiqh al-Ġarbī* sam postavio okvir za istraživanje. Njegov pristup je bio institucionalne, a ne partikularne naravi, kako su to činili njegovi prethodnici. Tema koju je odabrao za svoje poređenje bile su odredbe i instituti stvarnog i obligacionog prava, onako kako su one uspostavljene unutar šerijatskog prava i njegovih škola i zapadnog prava.

Ako ostavimo po strani raspravu o tome da li postoji uporedno pravo ili se radi samo o jednoj pravnoj metodi, kako se o tome raspravlja među naučnicima, i jedno i drugo stajalište ima svoje pobornike: poput H. C. Gutteridge i R. Davida, s jedne strane, i E. Lamberta²⁰ i R. Saleillesa, s

¹⁸ Maḥlūf Muḥammad al-Minyāwī i ‘Abdullah ‘Alī Ḥusayn napisali su svoja djela pod naslovom *Al-Muqāranāt at-Tašrī ‘iyyah*.

¹⁹ Muḥammad Qadrī-paša je napisao svoje djelo uporednog prava u kome je izvršio poređenje odredbi Egipatskog građanskog zakonika s odredbama hanefijskog mezheba, pod naslovom: *Tatbīq ma Wuġida fī al-Qānūn al-Madanī Muwāfiqan li Maḥab Abī Ḥanīfah*. Djelo je još uvijek u rukopisu, a nalazi se u Egipatskoj nacionalnoj biblioteci u Kairu.

²⁰ E. Lambert je smatrao da uporedno pravo jeste samostalna pravna disciplina koja prevazilazi okvire jedne pravne metode. On je u svrhu odbrane svoga stajališta upo-

druge strane. Međutim, cilj uporednog prava jeste promatranje dviju ili više pravnih odredbi, instituta ili sistema prava i *razumijevanje* na koji način pravo tretira pojedine društvene odnose u različitom okruženju i kulturnom kontekstu. Pravna nauka uvijek svoj pogled usmjerava na pravnog subjekta, bilo da se radi o fizičkom ili pravnom licu, bilo da je u pitanju čovjek, udruženje ili država, jer je njen zadatak da dadne objektivno i smisaono tumačenje njihovog ponašanja u skladu sa sadržajem pravnih odredbi, koje bi trebalo da važe u zajednici. Pravo se bavi konkretnim proučavanjem i iznalaženjem logički ispravnih i *objektivnih* sadržaja ponašanja pravnih subjekata, koji važe kao društveno pravilo koje je primjenjivo na sve članove društva. Svaka naučna disciplina, pa tako i uporedno pravo, pored ciljeva koji se pred nju postavljaju, mora imati specifične alate pomoću kojih može ispuniti svoju zadaću i ostvariti ciljeve. Pošto je primarni cilj uporednog prava sticanje novih saznanja o pravu i njegovo bolje razumijevanje, te razvoj i harmonizacija pravnih odredbi u različitim pravnim sistemima, postavlja se pitanje koja metoda naučnog proučavanja, ili više njih, jeste prikladna da se ostvare postavljeni ciljevi.

Na značaj uporedne metode u društvenim naukama ukazao je Max Weber (1864–1920.) u svom najznačajnijem djelu *Economy and Society*. On je smatrao da uporedna metoda u istraživanjima društvenih nauka treba da se zasniva na dvjema strategijama: na uočavanju uvjeta pod kojima nastaju novi oblici društvenih odnosa u odnosu na stare oblike, te u uočavanju razloga koji dovode do razlika među njima. Prema njemu, uporedna metoda koristi nekoliko instrumenata za poređenje, putem kojih utvrđuje: a) sličnosti kod predmeta poređenja, kao prvi korak kod uzročnog objašnjenja pojava; b) razlike među pojavama, vršeći negativno poređenje; c) ilustrativnu analogiju; d) metafizičku analogiju.²¹

Kao i svaka druga naučna disciplina, i uporedno pravo se koristi metodama koje su razvile druge, srodne nauke, poput prava, historije, sociologije i drugih naučnih disciplina, dok uporedo nastoji razviti i vlastitu metodologiju, po kojoj će biti prepoznatljivo. Za uporedno

redno pravo podijelio na tri vrste: deskriptivno uporedno pravo; uporednu pravnu historiju i uporedno zakonodavstvo. Vidi: Sima Avramović, Vojislav Stanimirović, *Uporedna pravna tradicija*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2010., str. 17.

²¹ Max Weber, *Economy and Society*, Berkeley, Los Angeles, London: University of California press, 1978., str. XXXVIII-XXXIX.

istraživanje u području pravne znanosti nije dovoljna samo analitička metoda iz razloga što pravo samo po sebi predstavlja veoma složen predmet koji je nastao pod veoma specifičnim društvenim uvjetima na određenom geografskom području, kod određenog naroda, koji je bio izložen različitim religijskim, tradicijskim i kulturnim utjecajima.

Za razumijevanje složenosti prava neophodno je ukazati na historijski razvoj pojedine pravne ideje, od njenog jednostavnijeg oblika do veoma složenog pravnog instituta, poput instituta svojine kod različitih pravnih sistema.

Pravnici se slažu da se pravo može saznavati putem promatranja različitih pravnih institucija i njihovim poređenjem. Uporedno pravo, da bi ostvarilo svoj cilj, mora biti u tijesnoj vezi s historijom prava, kako je to pokazao Henry S. Maine u svom djelu *Ancient Law*, koja proučava pravne institucije neke zemlje. Uporedno pravo je, prema nekim teoretičarima, samo nastavak proučavanja pravnih institucija s one tačke na kojoj ih je pravna historija ostavila. I uporedno pravo, kao i pravna historija, proučava i analizira veze koje postoje između pravnih instituta i političkih, ekonomskih i društvenih organizacija u različitim državama, od njihova pojavljivanja do danas.²² Tako, naprimjer, nije moguće razumjeti razvoj trgovačkog prava, a da ne poznamo kakav su društveni položaj zauzimali trgovci u društvu i koliki je njihov utjecaj bio na nacionalnoj ili internacionalnoj razini.

Kao i pravna historija, i uporedno pravo će svoje proučavanje početi s pravnim institutima. Istraživač će posmatrati odnose koji su vladali u državnim institucijama s obzirom na uvjete u kojima su se razvijale; promjene koje su prolazile u svakoj zemlji, osvrćući se na sličnosti i razlike, te utjecaje koje su ispoljile u svom radu. Rezultati do kojih istraživač dođe bit će upoređivani i ocjenjivani. Ovim putem poređenja postaje jasnije: da li postoji i koliki stepen imaju identična pravna rješenja kod različitih pravnih instituta iz različitih pravnih sistema koji su predmet poređenja, te kolike su razlike među njima, kao produkt različitih faktora koji su utjecali na društvo.

Prema onome kako vidi profesor uporednog prava Mark Van Hoecke, uporedno-pravna metoda je širok i preslobodan pojam koji se može uporediti sa turistom koji posjećuje neki grad u kojem primjećuje

²² Alexandre Alvarez, "Methods for Scientific Codifikation" u: *Science of Legal Method*, Boston: The Boston Book Company, 1917., str. 458.

i sličnosti i razlike s mjestom iz kojeg dolazi. Po povratku kući, on svoja zapažanja iznosi svojim članovima porodice i prijateljima. Da bi se otклонila svaka subjektivnost i površnost, on smatra da uporedno-pravna metoda mora precizirati oblike uporedno-pravnog istraživanja koji su sastavni dio uporednog metoda. U svom radu *Methodology of Comparative Legal Research* on je ukazao na šest mogućih oblika uporedno-pravnog istraživanja. Svaki od ovih oblika sadrži različit pristup istraživanju koji nas može dovesti do cilja kojem teži uporedno-pravna metoda. Njegovo je mišljenje da se ta metoda treba koristiti oblicima funkcionalnog, strukturalnog, analitičkog, pravno-kontekstualnog, historijskog i poređenjem zajedničke jezgre različitih pravnih sistema (*common-core*) kod uporedno-pravnih istraživanja.²³ Svaki od ovih oblika uporedne metode pokriva jedno područje uporedno-pravnog istraživanja.

- a) Funkcionalni način uporedno-pravnog istraživanja polazi sa stanovišta da većina pravnih sistema pravna pitanja, u konačnici, rješava na sličan način, iako su im pravna pravila i pravni koncepti različiti. Problemi koji se javljaju u društvu, poput incidentata, ubistava, porodičnih svađa, korupcije i sl., zajednički su svim društvima, bez razlike na kojem stepenu društvenog razvoja bili. Svaki pravni sistem sadrži pravne norme kojima se reguliraju ovi problemi, mada pravni koncepti, pravila i procedure mogu biti različiti. Također, rješenja do kojih je zakonodavac došao mogu biti slična ili u potpunosti identična. Funkcionalni način uporednog istraživanja se fokusira na mikroplan, tako da za svoj predmet poređenja uzima pojedinačne pravne institute ili pojedine odredbe pravnih sistema u svrhu poređenja njihova sadržaja s aspekta rješenja do kojih su došli, te daje ocjenu njihove podudarnosti i razlika.²⁴
- b) Strukturalni način uporedno-pravnog istraživanja se razlikuje od funkcionalnog po tome što se fokusira na cjelinu pravnog sistema, njegovu strukturu, a ne na pojedine institute ili odred-

²³ Marck Van Hoecke, "Methodology of Comparative Legal Research" u: *Law and Method*, www.bjutijtschriften.nl, posjećena 08. 04. 2020.

²⁴ Vidi široku raspravu o funkcionalnoj metodi kod: Ralf Christian Michaels, "The Functional Method of Comparative Law", Duke Law School, Research Paper No. 87, November 2005. www.researchgate.net, posjećena 08.04. 2020.

be sistema. Pravnici uporednog prava ovaj način koriste kod razvrstavanja i klasifikacije pravnih sistema i njihovog grupisanja po srodnosti ili familijarnosti u tzv., *pravne porodice*. Razlike koje među njima postoje na mikrorazini postaju irelevantne, s obzirom na širu sliku strukturalne srodnosti koju pokazuju. Tako anglo-saksonsko i rimsko-germansko pravo spadaju u porodicu sekularnih, zapadnih prava, dok, recimo, šerijatsko, jevrejsko, kanonsko i hindu pravo spadaju u porodicu teokratskih, istočnih prava.²⁵ Također, postoji i porodica socijalističkih prava (SSSR, SFRJ, NR Kina i druge zemlje). Strukturalna analiza više pravnih sistema može biti poduzeta na mnogo različitih načina, koji uključuju različite kriterije. Rezultati do kojih će istraživač doći ovise i o kriterijima koje je istraživač uzeo u obzir prilikom strukturalne analize pravnih sistema koje je poredio.

- c) Pored funkcionalnog i strukturalnog načina poređenja instituta prava i pravnih sistema, postoji i *historijski način* uporedno-pravnog istraživanja, kojeg je ustanovio još Henry S. Maine i njegovi nasljednici. Ovaj način poređenja je, po Mark Van Hoeckeu, dio šireg pravno-kontekstualnog načina uporedno-pravnog istraživanja. Historijsko poređenje pravnih institucija daje nam širu sociološku i ekonomsku sliku društva, nastanka i razvoja prava kod različitih naroda i govori nam kakvo je pravo nekada važno kod različitih naroda u odnosu na ono kakvo je ono danas. Također, historijskim načinom proučavanja prava kod različitih naroda možemo pratiti šta se događalo s pravom u određenom vremenu. Ovakav način uporednog proučavanja može nam otkriti i nivo recepcije, pozajmljivanja, koje su pojedini pravni sistemi poduzimali iz drugih pravnih sistema.
- d) Pored tri spomenuta načina poređenja, kojom se koristi uporedno-pravna metoda, ovdje ćemo spomenuti još i poređenje zajedničke jezgre pravnih sistema, tzv., *common-core* način poređenja, zbog njegovog prisustva u proučavanju posebno evropskih prava. Tragove ovog načina poređenja možemo

²⁵ Max Weber, "Formal and Substantive Rationalization of Law" u: *Economy and Society*, str. 809–831.

naći još krajem XIX i početkom XX st., kada su pravници nastojali iznaći pravne koncepte koji bi bili zajednički svim narodima. S obzirom na to da se radilo o idealistički postavljenom cilju, ubrzo su svoju želju reducirali na tzv., *civilizirani svijet*. Povratak ovom načinu poređenja različitih prava potaknuo je integrativni proces među evropskim zemljama i njihovo udruživanje u ekonomsku uniju, a potom i u Evropsku uniju, kao uniju suverenih zemalja. Proučavanje zajedničke jezgre, kao oblika uporednog prava, u velikoj mjeri se bazira na funkcionalnom i pravno-kontekstualnom načinu poređenja. Ovaj način traga za zajedničkom jezgrom s pogledom na moguću harmonizaciju različitih pravnih sistema koji važe u državama, članicama Evropske unije. Pored toga, ovaj način uporednog prava treba dati i odgovor na koji način evropska pravila mogu biti uključena u različite pravne sisteme tako da najbolje odgovaraju različitim pravnim tradicijama, common law i kontinentalnog prava.

2. Uporedno pravo kod muslimanskih pravnika

Muslimanski učenjaci su veoma rano prepoznali veliku vrijednost uporedne metode i koristili se njome kod proučavanja i uspostavljanja različitih disciplina: poput teologije, prava, lingvistike, filozofije i drugih disciplina. Kako to primjećuje dr. Fikret Karčić, pojedine discipline koje su uspostavili muslimani koristile su uporednu metodu kao glavnu u svojim istraživanjima. Tako je nastala disciplina poznata kao *Al-Firaq* (sljedbe), koja je uporednom metodom proučavala teološku doktrinu među različitim muslimanskim sljedbama, a također i disciplina poznata kao uporedne religije *Al-Milal wa an-Niḥal* (*Narodi i vjerovanja*), koja je proučavala različita religijska učenja. Potom su tokom historije muslimani razvili čitav niz disciplina u oblasti pravnih znanosti, poput *‘ilm al-ḥilāf* (nauka o razilaženju), potom disciplina *Al-Fiqh al-Muqārin* (uporedni fiqh), koja je proučavala šerijatsko-pravne doktrine, potom disciplina *Al-Muqāranāt at-Tašrī ‘iyyah* (uporedna zakonodavstva) koja je proučavala različita strana zakonodavstva u poređenju sa šerijatskim pravom i sl. Muslimanski autori, pogotovo šerijatski pravници, nakon poređenja različitih mišljenja, pravnih zaključaka, sudova i teorija vršili

su ocjenjivanje građe i davali prednost jednom mišljenju u odnosu na drugo – *at-tarjīh*.²⁶

U najkraćem, kako to definira dr. Fikret Karčić, uporedna (komparativna) metoda predstavlja “izučavanje dvije ili više pojava radi utvrđivanja njihovih sličnosti i razlika, njihovog objašnjenja, klasifikacije i, eventualno, ocjene”.²⁷

Ova pravna metoda, zajedno s drugima, može pružiti iznimno veliku pomoć u sagledavanju zrelosti šerijatsko-pravne doktrine unutar samog šerijatskog prava, ali i obogatiti šerijatsko-pravnu nauku rezultatima do kojih je došla pravna nauka drugih pravnih sistema. Uporedno pravo je iznimno važna disciplina za svaki pravni sistem, njegovu sadašnjost i budućnost.

2.1. Pravna divergencija i pravna dijalektika (*‘ilm al-‘ilāf wa ‘ilm al-ġadal*) kod ranih muslimanskih pravnika (Abū Hāmida al-Ġazālija, Abū Zayda ad-Dabūsija i Faḥr al-Islāma al-Bazdawīja)

Naglo širenje muslimanske države u prvom stoljeću po Hidžri (7–8. n. e.) bilo je obilježeno velikim promjenama na vojnom, političkom, ekonomskom i kulturnom planu na prostoru velikog dijela Mediterana i Male Azije. Na prostoru od Hindukuša na istoku, do Atlasa i Pirineja na zapadu i sjeverozapadu, nastajali su novi gradovi i zajednice, a obnavljali su se stari gradovi i uspostavljala trgovina, dok je kultura ponovo zadobila svoj značaj potaknuta jednim sasvim novim pogledom na svijet kojeg je donijela islamska civilizacija. Jednom riječju, svijet je ponovo dobio šansu. Društveni odnosi koji su ušli u novu fazu razvoja zahtijevali su novu regulaciju u području bračnog i statusnog prava, imovinskog prava, krivičnog prava i međunarodnog prava. U području pravne znanosti razvijaju se nove discipline i teorije prava, ali i nova naučna metodologija koja ima zadaću da posluži ciljevima nauke za koju je vezana. Šerijatsko-pravna nauka (*al-fiqh*), pored analitičke metode, koja joj je svojstvena, razvija i druge metode i pomoćne discipline koje imaju zadaću da joj pruže pomoć u što boljem razumijevanju prava. Među prvim pravnim metodama pojavila se metoda pravne divergencije (*‘ilm*

²⁶ Fikret Karčić, *Metodi istraživanja u islamskim naukama*, Sarajevo: El-Kalem, 2013., str. 68–69.

²⁷ Isto, str. 65.

al-ḥilāf) na koju je ukazao i Ibn Ḥaldūn u svojoj *Muqaddimi*, ocijenivši je kao korisnu metodu koja doprinosi boljem poznavanju šerijatskog prava (*al-fiqh*) u cjelini. Pored ove metode on spominje i metodu pravne dijalektike (*‘ilm al-ḡadal*) koju pripisuje metodologiji šerijatskog prava (*uṣūl al-fiqh*).²⁸ Što se tiče metode pravne divergencije ili razilaženja (*‘ilm al-ḥilāf*), Ibn Ḥaldūn skreće pažnju da se ova metoda bavila pravnim propisima s obzirom na postojanje razlika u shvatanju i pogledima na pravna pitanja kod samostalnih pravnika. Te razlike u shvatanjima bile su široke od pravnika do pravnika, tako da su ljudi mogli izabrati neko od mišljenja koje su sami odredili, sve dok se to nije ograničilo na četiri pravne škole koje su postale poznate kod pripadnika sunijskog islama. Između ovih pravnih škola se odvijala živa naučna polemika u nastojanju pravnika da pokažu snagu argumentacije koju je iznijela njihova pravna škola u odnosu na argumente drugih škola. Veoma rano nastaju djela u ovoj oblasti koja ukazuju na razlike u shvatanju i pristupu izvorima šerijatskog prava. Smatra se da je prvo napisano djelo na ovu temu djelo imama Abū Ḥanīfah, pod naslovom *Iḥtilāf as-Sahābah*, a potom i djelo hanefijskog pravnika Abū Yūsufa, učenika Abū Ḥanīfah, koji je napisao djelo o razlikama u shvatanju pravnih pitanja između Abū Ḥanīfah i Ibn Abī Laylā pod nazivom *Iḥtilāf Abī Ḥanīfah wa Ibn Abī Laylā*.

Metodološki gledano, pravници su kod metode pravne divergencije (*‘ilm al-ḥilāf*) prvo iznosili mišljenje svoje pravne škole, ili pak svoje mišljenje, a potom i mišljenje drugih pravnih škola s kojima su vodili polemiku, da bi na kraju ukazivali na to u čemu se sastoji snaga njihove argumentacije, a u čemu slabost druge strane.²⁹ Ibn Ḥaldūn ukazuje na razliku između čisto analitičke (pravne) metode i metode pravne divergencije, napominjući da je zadatak prve da se pomoću nje dođe do pravnih odredbi koje sadrže pravne norme za ponašanje pravnih obaveznika, dok se metodom pravne divergencije nastoji ojačati vlastita pravna argumentacija u odnosu na konkurentsko pravno mišljenje (ono koje dolazi iz druge pravne škole), tako što će se ukazati na njegovu slabost.³⁰ Metodu pravne divergencije, kao i pravne dijalektike, nije

²⁸ Vidi: Ibn Haldun, *Muqaddima*, Sarajevo: El-Kalem, 2007., Vol. II., str. 772–774.

²⁹ Uporedi djelo od: Abū Yūsuf, *Iḥtilāf Abī Ḥanīfah wa Ibn Abī Laylā*, Haydarābād: Laḡnah Iḥya al-Ma ‘ārif an-Nu ‘māniyyah, 1358. AH.

³⁰ Ibn Haldun, *Muqaddima*, Vol. II., str. 772–773.

zanimala društvena stvarnost koliko to da se osnaži argumentacija pravne škole koja je stajala iza pravnog zaključka kao takvog. Za razliku od njih, uporedna metoda je na prvom mjestu nastojala ukazati na pravno rješenje i njegovu kompatibilnost s društvenom stvarnošću koju zaključak pravne škole tretira. Prema Ibn Ḥaldūnu, napisano je više djela koja su koristila divergentnu i dijalektičku pravnu metodu, a neka od njih su napisali priznati autoriteti islamskih nauka, poput imama Abū Ġāfara aṭ-Ṭahāwīa (sa svojim djelom *Iḥtilāf al-'Ulamā*), Abū Ḥāmida Muḥammad al-Ġazālīa (djelo *Taḥṣīn al-Ma'āhid*), Abū Zayd ad-Dabūsī (sa svojim djelom *Ta'sīs an-Nazr*),³¹ Abū al-Ḥasan'Alī bin 'Umar ibn al-Qaṣṣār (djelo *'Uyūn al-Adillah*).³²

Za dijalektičku pravnu metodu (*'ilm al-ğadal*) važi sve ono što važi i za divergentnu pravnu metodu (*'ilm al-ḥilāf*), s tom razlikom što se ona veže za metodologiju šerijatskog prava (*uṣūl al-fiqh*) na način da se izlaže jedno po jedno pitanje, uz navođenje svih mišljenja, tako da se pravnik osvrće na svako od njih i pobija ih argumentacijom u korist svoje pravne škole ili vlastitog stava.³³ U iznošenju svojih stavova svaki diskutant je slobodan da koristi sve naučne činjenice kod navođenja svojih argumenata. Ova metoda je postavila pravila u okviru kojih se odvija polemika. Prema Ibn Ḥaldūnu, postojale su dvije dijalektičko-pravne metode: a) metoda koju je ustanovio pravnik Faḥr al-Islām'Alī ibn Muḥammad al-Bazdawī, koji je ograničen isključivo na dokaze iz teksta, opću saglasnost i dedukciju (*al-istidlāl*) i b) metoda koju je upotrijebio Sayfuddīn al-Āmidī, koji obuhvata sve dokaze kojima se može dokazivati iz bilo koje nauke. Imam Al-Bazdawī je napisao svoje djelo *Kanz al-Wuṣūl ilā Ma 'rifah al-Uṣūl*, poznato kao *Uṣūl al-Bazdawī*; malikijski pravnik Abū al-Qāsim Muḥammad bin Aḥmad al-Kalbī al-Ġarnātī napisao je svoje djelo *Taqrīb al-Wuṣūl ilā 'ilm al-Uṣūl*; dok Ibn Ḥaldūn spominje Al-Āmidījevo djelo *Al-Irṣād*.³⁴

³¹ Moguće je da je Ibn Ḥaldūn pogriješio kada je Abū Zaydu ad-Dabūsīu pripisao djelo *Kitāb at-Ta 'līqah* od Abū Muḥammada al-Ḥusayna al-Marwarrūdīa, šafijskog pravnika iz Horosana (u. 462 AH). Njegovo djelo je, također, pisano metodom pravne divergencije (*'ilm al-ḥilāf*). Vidi izdanje Makkah: Maktabah Nazzār Muṣṭafā al-Bāz.

³² Ibn Haldun, *Muqaddima*, Vol. II., str. 773.

³³ 'Abdulmağīd at-Turkī, "Muqaddimah" u: Abū al-Walīd al-Bāğī, *Kitāb al-Minhāj fī Tartīb al-Ḥiğāq*, Beirut: Dār al-Ġarb al-Islāmī, 2001., str. 8.

³⁴ Navodi Ibn Ḥaldūn u *Muqaddimi* Al-Āmidījevo djelo *Al-Irṣād*, iako nije poznato da postoji djelo s ovim naslovom koje se može pripisati Al-Āmidīu. Međutim, postoji

Ove dvije metode, divergentna i dijalektička pravna metoda, koje su koristili šerijatski pravници, proizvele su obilje materijala koji je mogao poslužiti i uporedno-pravnoj metodi (*'ilm al-muqāranah*) koja se počela razvijati nešto kasnije.

2.2. Uporedno-pravna metoda kod ranih muslimanskih pravnika (Ibn Rušda i 'Abdulwahhāba aš-Ša'rānīa)

Nakon što su muslimanski pravници ovladali analitičkom, divergentnom i dijalektičkom pravnom metodom od VIII do X stoljeća i nakon što su proizveli dovoljno pravnog materijala iz kojeg su mogle biti bolje uočene tačke oko kojih su se pravnici razilazili, kao i argumenti koje su navodili u odbranu svojih stajališta, moglo se početi koristiti novom, naprednijom pravnom metodom, metodom uporedne jurisprudencije, odnosno prava. Metoda uporednog prava je proširila predmet poređenja, koji je u divergentnoj pravnoj metodi bio sveden na naglašavanje razlika i odbranu vlastite pravne argumentacije, te osporavanja protivničke argumentacije s aspekta njene slabosti. To proširenje se proteglo na proučavanja onih tački oko kojih su se pravnici saglasili, uključivši navođenje uzroka koji su doveli do različitih gledanja na određeno pravno pitanje. Uporedno-pravna metoda imala je zadatak da ukaže na zajedničko jezgro (*common-core*) šerijatskog prava, nakon što su divergentna i dijalektička metoda isuviše naglasile razlike u njemu, što je često dovodilo do verbalnih sukobljavanja među ulemom. Uporedna metoda, za razliku od divergentne i dijalektičke, istražuje sve argumente i vrši njihovo vrednovanje s aspekta njihove blizine s društvenom stvarnošću, ne obazirući se na mišljenje pravnih škola. Njen zadatak nije bio odbrana pravne argumentacije koju je ponudila određena pravna škola, već ukazivanje na ono mišljenje koje je bliže društvenoj stvarnosti.

Posljedice do kojih su ove prethodne metode dovele, i na pozitivnoj i na negativnoj strani, rezultat su cilja koji se njima želio postići: odbrana mezhebskog mišljenja i rušenje argumenata suparničke škole.³⁵

Netrpeljivost kojoj je doprinijela prenaplašena upotreba divergentne pravne metode u šerijatskom pravu dovest će do potrebe da se

djelo *Al-Iḥkām fī Uṣūl al-Aḥkām* od Al-Āmidīa u kojem se autor koristio dijalektičkom pravnom metodom. Isto djelo je autor skratio i nazvao ga *Muntahā as-Sūl fī 'ilm al-Uṣūl*.

³⁵ Kao primjer do čega može dovesti isticanje razlika među mezhebskim učenjima jeste rasprava o tome da li je valjan brak između pripadnika različitih mezheba, kako unutar sunijske provinijencije tako i šiijske.

racionalnije pristupi proučavanju šerijatskog prava, s uglom gledanja kako na razlike među mezhebiga tako i na suglasja oko glavnih pravnih pitanja (*ummaḥāt al-masāil*). U ovome su se posebno istakli pravници koji su zadržali kritički stav u odnosu na teorije koje su razvijane u pravnim školama, pa i u odnosu na pravnu školu kojoj su pripadali. Oni su isticali da nisu samo razlike to što odlikuje šerijatsko-pravna mišljenja do kojih su došli pravnici, već i visoki stepen saglasnosti među njima. Na ovom planu posebno su se istakli Abū al-Walīd Muḥammad ibn Aḥmad ibn Rušd al-Ḥafīd iz Kordobe i ‘Abdulwahhāb aš-Ša ‘rānī iz Egipta (Kairo).³⁶

I jedan i drugi su nastojali ukazati na sličnosti i razlike u pravnim mišljenjima iza kojih su stajali pravnici, često navodeći razloge koji su doveli do razilaženja ili su ukazivali na ono u čemu su se složili. Njihova polazišta su bila različita. Ibn Rušd se više posvetio analizi dokaza koje su pravnici iznosili s aspekta jezika, vrijednosti predaje suneta, običaja, analogije i sl. ‘Abdulwahhāb aš-Ša ‘rānī je za polazište svoje uporedno-pravne metode uzeo vaganje (*mizan*) pravnog stajališta, s obzirom na težinu ili lahkoću primjene po pravnog obaveznika. Ibn Rušd je na prvom mjestu iznosio ono o čemu se muslimanski pravnici četiriju sunijskih škola slažu, a potom bi navodio ono u čemu su se razišli, uz analizu uzroka razilaženja u određenom broju pravnih pitanja jednog pravnog instituta. Uvidom u njihovo razilaženje, da se primijetiti da razlike koje se pojavljuju uglavnom se odnose na različita gledanja kod primjene određenih partikularija, dok postoji opća saglasnost oko glavnih, magistralnih pitanja, kako unutar pojedinog pravnog instituta, tako i u šerijatskom pravu u cjelini. Ibn Rušd najčešće ne presuđuje nakon što je ukazao na uzroke razilaženja pravnika, ostavljajući čitaocu da sam donese zaključak. U slučajevima kada to čini i kada iznosi svoj sud, nakon navođenja uzroka razilaženja među pravnicima i nakon detaljne analize njihovih argumenata, on se ne libi dati ocjenu, ukoliko tradicionalni argumenti nisu zadovoljili njegovo viđenje. On se kod iznošenja svoga suda ne libi uvesti i nove argumente iz prirodnih nauka i medicine, ukoliko to više odgovara pravnom rješenju. Nakon duge rasprave o onečišćenju vode među pravnicima i navođenja različitih, oprečnih hadisa koji govore o tome koja količina nečistoće u vodi se

³⁶ Imam Abū Ġafar aṭ-Ṭaḥāwī je napisao svoje djelo *Mu ‘īn al-Ummaḥ ‘alā Ma ‘rifah al-Wifāq wa al-Iḥtilāf bayna al-Aimāh*. U njemu je naveo mišljenja pravnika, ne upuštajući se u navođenje uzroka i davanje ocjene njihovim razlikama ili saglasnostima.

može tolerirati, te njihovog vrednovanja na način koji su hadisi vjerodostojni a koji manje vjerodostojni, odnosno slabi, on zaključuje da je upotreba onečišćene vode kod čišćenja ipak pokuđena, pa tako kaže: “Ukoliko čovjek osjeća odvratnost da tu vodu pije, trebalo bi da izbjegava i njenu upotrebu kod čišćenja, kojim se želi približiti Bogu; tj., treba da osjeća odvratnost da se ona nađe na spoljašnjoj strani njegova tijela, kao što osjeća odvratnost da se ona nađe u njegovoj unutrašnjosti.”³⁷ Na ovaj način on intuitivno, a na osnovu svojih saznanja iz medicine, donosi zaključak da zagađena voda (nečista) ne može nikako biti dobra za tijelo, svejedno da li se našla unutar njega ili na njegovoj spoljašnjosti. Na drugoj strani, ‘Abdulwahhāb aš-Ša ‘rānī u svom djelu *Al-Mizān* također je pristupio uporedno-pravnoj metodi s aspekta *vaganja* pravnih mišljenja, s obzirom na uvjete pod kojima se neka pravna norma treba primijeniti i s obzirom na stanje pravnog obaveznika (*mukallafa*). I on, poput Ibn Rušda, navodi na početku analize svakog pravnog instituta ona pitanja oko kojih se ulema složila. Nakon toga, izlaže ona pitanja i mišljenja oko kojih su se pravnici razišli, ali ne analizira dokaze na osnovu kojih su zauzeli stav o spomenutom pravnom pitanju, kao što to čini Ibn Rušd. Nakon što iznese različite stavove pravnika, podijeljene u dva ili više tabora, on izriče svoj sud tako što prvo mišljenje karakterizira kao lakše za primjenu, a drugo teže, sugerirajući da se to pitanje vraća na tasove vage, odnosno procjenu. Tako, npr., on u svom djelu *Al-Mizān* u III tomu, u Knjizi o obaveznom izdržavanju članova porodice (*an-nafaqāt*) navodi da se pravnici slažu oko toga da je obavezno izdržavanje roditelja, supruge i maloljetne djece, kao i da supruga koja je neposlušna mužu (koja napušta mjesto boravka bez njegova dopuštenja) ne zaslužuje izdržavanje...³⁸

Nakon toga ‘Abdulwahhāb aš-Ša ‘rānī navodi razilaženje pravnika u pitanju ukoliko supruga zatraži više od jednog sluga da li je muž dužan ispuniti njen zahtjev. U ovom slučaju Abū Ḥanīfah, Idrīs aš-Šāfi i Aḥmad ibn Ḥanbal smatraju da to ne obavezuje muža, dok imami Mālik smatra da ga to obavezuje. On zaključuje da je prvo mišljenje lakše za primjenu mužu, dok je drugo teže.³⁹

³⁷ Ibn Rušd, *Bidāyatu al-Miġtahid wa Nihāyatu al-Muqtašid*, Vol. I, str. 32.

³⁸ ‘Abdulwahhāb aš-Ša ‘rānī, *Kitāb al-Mizān*, Vol. III, str. 269.

³⁹ Isto, Vol. III, str. 270.

Mada su oba pravnika do ovih rezultata došli uporednom metodom, za prvi način poređenja (Ibn Rušd) bismo mogli kazati da se odvijao na analitičan način, deskriptivno, navođenjem svakog pravnog mišljenja, pravnog dokaza i uzroka razilaženja, dok za drugi način možemo kazati da se odvijao implicitno, uz navođenje pravnih mišljenja bez navođenja pravnih dokaza i uzroka koji su doveli do razilaženja među pravnicima. Prvu metodu bismo mogli nazvati uporedno-analitičkom metodom šerijatskog prava, a drugu formalno-psihološkom metodom poređenja prava, iz razloga što je proces poređenja kod nje više formalne naravi, povezan s psihološkim stavom autora oko toga kako bi se to pravo moglo odraziti na konzumenta prava u njegovoj primjeni. Muslimani u srednjem vijeku nisu pokazivali interes da izučavaju šerijatsko pravo u poređenju s drugim pravnim sistemima. Pravo koje su zatekli na novoosvojenim teritorijama smatrali su običajnim pravom i dozvoljavali su njegovu upotrebu sve dok ga ne bi zamijenili šerijatskim. Interes za izučavanje stranih pravnih sistema javit će se kasnije, tokom XIX st.

2.3. Uporedno-pravna metoda muslimanskih pravnik XIX i XX stoljeća

Pravna metodologija koju su razvili muslimanski pravnici tokom formativnog perioda razvoja šerijatskog prava i perioda taqlīda, a koja se sastojala od analitičke, divergentne, dijalektičke i uporedne metode, poslužit će i kasnijim pravnicima u njihovom poređenju šerijatskog prava sa stranim pravnim sistemima, prije svega evropskim. Početak razvoja uporedne metode u XIX stoljeću kod muslimanskih pravnik povezan je s namjerom države (Osmanlijska carevina, Egipat) da reformira svoj pravni sistem. Prvi koraci vežu se za Rifā 'ah Ṭaḥṭāwīa. Iako on iza sebe nije ostavio djelo iz uporednog prava, svojim je prijevodom francuskih zakona na arapski jezik otvorio vrata drugim pravnicima za uporedno-pravno istraživanje. Uzroci koji su doveli do nastanka uporedno-pravne škole u Egiptu u XIX st., bili su političke naravi koja se ogledala u namjeri egipatskog hediva Ismail-paše da ojača egipatsku autonomiju. Egipat je tokom druge polovine XIX st., svoj pravni sistem, koji se temeljio na šerijatskom pravu i osmanlijskim kanunima, zamijenio zakonima koji su dolazili iz evropskog pravnog sistema, uglavnom francuskim. Godine 1876. u sudski sistem uveden je *Mješoviti građanski zakonik*, čije odredbe su bile mješavina odredbi francuskih zakona, šerijatskog prava

i običajnog prava Egipta. Pripreme za njegovo donošenje počele su prevođenjem francuskog građanskog i krivičnog zakonika na arapski jezik, na zahtjev egipatskog hediva Ismā'īl-paše, a drugi korak na tom putu bila je uporedna studija koju su izradili Maḥlūf bin Muḥammad al-Badawī al-Minyāwī (u.1878) i Muḥammad Qadrī paša (1821–1886.) na nagovor Ismā'īl-paše.

Maḥlūf bin Muḥammad al-Badawī je bio šerijatski sudija u gradu Al-Minyā u Egiptu, svršeni Al-Azhara i vrstan poznavalac malikij-skog mezheba kojem je pripadao. Poređenje francuskog građanskog i krivičnog zakonika s odredbama malikijskog mezheba iz područja obligacionog i krivičnog prava (*mu 'āmalāt wa 'Uqūbāt*) bilo je prvo takve vrste. Rezultate do kojih je došao izložio je u rukopisu *Taṭbīq al-Qānūn al-Madanī wa al-Ġināī 'alā Maḍhab al-Imām Mālik bin Anas*, koje je kasnije štampano pod naslovom *Al-Muqāranāt at-Tašrī 'iyyah: Taṭbīq al-Qānūn al-Madanī wa al-Ġināī 'alā Maḍhab al-Imām Mālik*.⁴⁰

Djelo sa sličnim sadržajem, pod naslovom *Bayān al-Masāil aš-Šar 'iyyah allatī Wuġidat fī al-Qānūn al-Madanī: Munāsabatan aw Muwāfaqatan li Maḍhab al-Imām al-A'zam Abī Ḥanīfah an-Nu 'mān* napisao je Muḥammad Qadrī-paša koji je obavljao mnoge funkcije na sudovima i u ministarstvima u Egiptu u vrijeme vladavine hediva Ismā'īl-paše i Tawfiq-paše. Razlika u pristupu između ova dva djela ne postoji. I jedan i drugi autor su vršili poređenja odredbi francuskih zakona s odredbama malikijskog odnosno hanefijskog mezheba.⁴¹ Autori su u svom poređenju naglašavali podudarnost (*al-muwāfaqah*) i srodnost (*al-munāsabah*) između odredbi malikijskog odnosno hanefijskog mezheba i odredbi evropskog (francuskog) zakona, kako se izrazio kadija Maḥlūf

⁴⁰ Djelo je štampala u Kairu u dva toma izdavačka kuća Dār as-Salām 1999. godine.

⁴¹ Tvrdnja koju su iznijeli dr.'Alī Ġum'ah Muḥammad i Muḥammad Aḥmad Sirāġ o tome da je djelo Muḥammad Qadrī-paše nastalo poređenjem Egipatskog nacionalnog zakonika s odredbama šerijatskog prava prema hanefijskoj pravnoj doktrini čini se da ne stoji. Ta tvrdnja se može opovrgnuti uvidom u rukopis djela Muhammad Qadri-paše *Bayān al-Masāil aš-Šar'iyyah...*, koji se nalazi u Egipatskoj narodnoj biblioteci u Kairu (Dār al-Kutub al-Qawmiyyah), pod oznakom i brojem Y/9914. Postoji vjerovatnoća da su i kadija Maḥlūf bin Muḥammad al-Badawī i Muḥammad Qadrī-paša dobili isti zadatak da izvrše poređenje odredbi francuskih zakona s odredbama malikijske i hanefijske pravne škole. Hanefijska pravna škola je bila zvanična u Egiptu u to vrijeme. Možda je odabir pravnik malikijske pravne škole za poređenje odredbi te pravne doktrine s francuskim zakonima mogao biti pokrenut i nekim drugim namjerama hediva Ismā'īl-paše.

bin Muḥammad al-Badawī u uvodu svog djela ili Muḥammad Qadrī-paša u samom naslovu.⁴² Uporedna metoda koju su koristili bazirala se na poređenju pojedinačnih odredbi francuskih zakonika i odredbi šerijatskog prava prema učenju hanefijske i malikijske pravne doktrine. Nakon navođenja teksta francuskog zakonika autori su navodili pravna mišljenja islamskih pravnika u ova dva mezheba, koji su se u cjelosti ili djelimično mogli dovesti u vezu s odredbom francuskog zakonika. Često su se autori pozivali na priznata djela u ove dvije pravne škole, poput malikijskog djela *Ḥāšiyah ad-Dusūqī* i hanefijskog djela *Ḥāšiya Rad al-Muḥtār*. Međutim, među njima je postojala i manja razlika u poređenju. Maḥlūf bin Muḥammad al-Badawī je često navodio i kur'anske ajete i hadise kod poređenja, dok se Muḥammad Qadrī-paša ograničio na izlaganje mišljenja hanefijske pravne škole bez navođenja šerijatskih izvora.⁴³ Karakteristika uporedne metode kojom su se služili ova dva pravnika iz XIX st., je u tome što su vršili detaljna poređenja pravnih odredbi francuskih zakona i odredbi šerijatskog prava predstavljenih u hanefijskoj i malikijskoj pravnoj doktrini.

Metode poređenja spomenutih pravnika iz XIX st., koje su se bazirale na parcijalnim poređenjima pojedinih odredbi francuskih zakona s odredbama pojedine šerijatsko-pravne škole, u kojima su se tražile sličnosti ili podudarnosti u svrhu isticanja kompatibilnosti pravnih rješenja bile su u funkciji otklanjanja sumnji da vlast želi nametnuti strano pravo. Njihovi radovi trebali su pokazati da politička vlast vrši modernizaciju pravnog sistema koji se u osnovi ne razlikuje od šerijata i njegovih odredbi.

Za razliku od prethodnih poređenja iz XIX st., koja su bila u funkciji djelimične recepcije stranog prava, tokom XX st., pokrenuta je rasprava o reformi pravnog sistema u arapskim zemljama iz vremena strane okupacije. Dilema koja se pojavila bila je: na kojim temeljima bi se ta reforma trebalo da odvija. U Egiptu, koji je slovio za najrazvijeniju arapsku zemlju, javno mnijenje je bilo podijeljeno oko toga kojim pravcem treba krenuti. Jedna grupa pravnika, koju je predvodio 'Abdullah 'Alī

⁴² Vidi: Maḥlūf bin Muḥammad al-Badawī al-Minyāwī, *Al-Muqāranāt at-Tašī'iyyah*, Cairo: Dār as-Salām, 1999., Vol. I, str. 43.; Muḥammad Qadrī paša, *Bayān al-Masā'il aš-Šar'iyyah*, rukopis: Dār al-Kutub al-Qawmiyyah, Y/9914.

⁴³ Vidi opširnije kod: Maḥlūf bin Muḥammad al-Badawī al-Minyāwī, *Al-Muqāranāt at-Tašī'iyyah*, Vol. I, str. 48–50.; Muḥammad Qadrī paša, *Bayān al-Masā'il aš-Šar'iyyah*, rukopis: Dār al-Kutub al-Qawmiyyah, Y/9914.

Ḥusayn (1889–1960.), svršenic Al-Azhara i Pravnog fakulteta u Lionu u Francuskoj, zalagala se za reformu na osnovama šerijatskog prava i običajnog prava kao glavnog izvora prava na čijim temeljima treba provesti reformu. Druga grupa pravnika, koju je predvodio Aḥmad-paša as-Sanhūrī (1895–1971.), smatrala je da šerijatsko pravo nije u potpunosti spremno da posluži kao jedini izvor za pravnu reformu koju treba poduzeti, iz razloga što se ono još uvijek nalazi u stanju mirovanja – *taqlīda*. Prema njima, šerijatsko pravo i samo zahtijeva novo naučno vrednovanje i kritičko sagledavanje pravnih teorija i pojedinačnih pravnih rješenja koja su nastala u formativnom periodu njegovog razvoja, kao i onih iz vremena stagnacije – *taqlīda*. Oni su smatrali da je neophodno da šerijatsko pravo prođe sličan put koji su prošla zapadna prava, prije nego što su dosegla savremenu formu u svom razvoju.

‘Abdullah ‘Alī Ḥusayn je bio veliki protivnik pristupa kojeg je zagovarao Aḥmad-paša as-Sanhūrī po pitanju reforme pravnog sistema u Egiptu. Svoje stavove iznosio je javno, smatrajući da reformu treba osloniti na šerijatsko pravo, koje je bogato pravnim teorijama i rješenjima, i da je kao takvo spremno da zamijeni strano pravo koje je pod okupacijom uneseno u muslimanske zemlje. Napisao je nekoliko djela, a najpoznatije je ono iz uporednog prava, u kojem je poredio glavne institute *Francuskog građanskog zakonika* s institutima malikijske pravne doktrine u oblasti porodičnog, statusnog i imovinskog prava, pod naslovom *Al-Muqāranāt aš-Šar‘iyyah*. Njegov cilj nije bio da ukaže na sličnosti između ovih dvaju prava, već da ukaže na to da je *Francuski građanski zakonik* i sam preuzeo mnoge pravne institute iz malikijske pravne doktrine, koji su se kroz dugi vremenski period postepeno transplantirali u francuski pravni sistem iz Andaluzije, Sicilije i Sjeverne Afrike, te putem razmjene koja se odvijala između Osmanlijskog carstva i Francuske.

‘Abdullah ‘Alī Ḥusayn je unaprijedio pravnu metodu u odnosu na onu kojom su se služili Maḥlūf bin Muḥammad i Muḥammad Qadrī-paša. On je tematski pristupio poređenju, prateći *Francuski građanski zakonik* i upoređujući pravne pojmove i pravne teorije koje on sadrži, a koje su, po njegovom mišljenju, unesene pod utjecajem malikijske pravne doktrine.

Također, ‘Abdullah ‘Alī Ḥusayn je na temelju pojedinačnih pravnih rješenja malikijske škole izvodio zaključke o nastanku šerijatskih pravnih instituta do kojih su muslimanski pravници kasnije došli poput pojma pravnog lica koje se prema njegovom mišljenju u šerijatskom pravu

razvilo iz teorije o državnoj blagajni (*bayt al-māl*) i zadužbine (*al-waqf*). Na kraju poređenja svakog od instituta 'Abdullah 'Alī Ḥusayn je ukazivao na one tačke francuskog zakonika koje su u saglasnosti s malikijskom pravnom doktrinom, kao i na tačke u kojima se ova dva prava razlikuju. On je smatrao da je Francuski građanski zakonik za svoju osnovu imao rimsko pravo, germansko običajno pravo i šerijatsko pravo, koje je bilo predstavljeno u verziji doktrine malikijske pravne škole. Svoju postavku je bazirao na činjenici da Francuski građanski zakonik sadrži pravna rješenja koja ne sadrži niti rimsko pravo niti germanski pravni običaji, već su ona unijeta iz muslimanskog prava tokom vremena, kao što je to bio slučaj i s drugim naučnim disciplinama. Prema 'Abdullah 'Alī Ḥusaynu, nije bilo prirodno da je taj utjecaj bio isključivo u području filozofije, prirodnih nauka i umjetnosti, a da je šerijatsko pravo iz toga bilo izuzeto.⁴⁴

Kao jedan od mnogih dokaza koji su trebali da potkrijepe njegov stav, bilo je pravilo zabrane raspolaganja predmetom licu koje nije bilo vlasnik predmeta. On smatra da ovo pravilo nije nastalo Francuskom revolucijom, kako se smatralo, već da je ono preuzeto iz šerijatskog prava koje je bilo na snazi u Španiji i Francuskoj punih sedam stoljeća.⁴⁵

Druga grupa pravnika je smatrala da šerijatsko pravo iz formativnog perioda i perioda *taqlīda* nije pogodno za primjenu u zemlji koja teži da sustigne razvijene zemlje, iz razloga što je ono ipak zaostalo u razvoju u mnogim segmentima, te da je neophodno poduzeti dodatna istraživanja u različitim područjima šerijatsko-pravne doktrine. Na čelu ove grupe nalazio se Aḥmad-paša as-Sanhūrī, koji je 1936. godine imenovan za predsjednika odbora za izradu nacrtu novog egipatskog građanskog zakonika kojim je trebalo da se objedini sudski sistem u Egiptu. Do tada je pravni sistem u Egiptu bio podijeljen na dva dijela: dio koji se odnosio na strance za koje je važio *Mješoviti građanski zakonik Egipta* iz 1875. godine, i dio koji se odnosio na Egipćane za koje je važio *Egipatski nacionalni zakonik* iz 1883. godine.

Nakon rada na nacrtu koji je trajao više od decenije došlo se do prijedloga *Egipatskog građanskog zakonika*, koji je usvojen 1949. godine. Ovaj zakonik je sadržavao veliki broj šerijatsko-pravnih teorija i pojedinačnih

⁴⁴ Vidi: 'Abdullah 'Alī Ḥusayn, *Al-Muqāranāt at-Tašrī'iyyah*, Cairo: Dār as-Salām, 2001., str. 22.

⁴⁵ Isto, str. 18.

pravnih rješenja, ali mu je i dalje osnova bio *Francuski građanski zakonik*. Ono što je bila njegova odlika je to da je šerijatsko pravo proglašeno jednim od pomoćnih izvora na koji se sudija može pozvati ukoliko u *Egipatskom građanskom zakoniku* ne postoji tekst na koji to može učiniti, što je bio napredak u odnosu na ranija dva zakonika (*Mješoviti* i *Nacionalni zakonik*) koji su bili na snazi do 1949. godine.

Aḥmad-paša as-Sanhūrī je u mnogo navrata ponovio da je neophodno da se šerijatsko pravo podvrgne naučnoj kritici putem uporednog prava, kako unutar šerijatsko-pravnih škola i njihovih pravnih doktrina tako i njegovim poređenjem sa stranim pravnim sistemima. Tek kada ono dostigne određeni stepen naučnog vrednovanja, shodno zahtjevima savremene pravne znanosti, moguće je da u potpunosti zamijeni odredbe koje su recipirane iz drugih pravnih sistema.⁴⁶

On je iza sebe ostavio nekoliko radova na temu uporednog prava, u kojima je izvršio poređenje šerijatskog prava sa stranim pravnim sistemima. Njegovo najpoznatije djelo iz područja uporednog prava jeste *Maṣādir al-Ḥaqq*. U njemu je obuhvaćeno poređenje šerijatsko-pravne doktrine četiriju pravnih škola (hanefijske, malikijske, šafijske i hanbelijske) s pravnom doktrinom zapadnih zemalja u području imovinskog prava. Ono što ga razlikuje od djela ‘Abdullaha ‘Alī Ḥusayna jeste to da se on nije ograničio na *Francuski građanski zakonik* niti pak na određenu pravnu školu. Isti pristup je imao i kod izrade Egipatskog građanskog zakonika iz 1949. godine.

Djelo je koncipirano tako da je u njemu zastupljena dvostruka uporedna metoda. Prva je ona koju je uspostavio Ibn Rušd prije, poredeći pravne doktrine četiriju šerijatsko-pravnih škola, s tim da je Aḥmad-paša as-Sanhūrī navodio stavove pravnika ne ograničavajući se samo na pravnike iz formativnog perioda. Također, on za razliku od Ibn Rušda nije navodio šerijatske izvore na kojima su pravници temeljili svoja mišljenja.

Uporedno-pravna metoda koju je razvio Aḥmad-paša as-Sanhūrī je sinteza između Ibn Rušdove uporedne metode i uporedne metode Muḥammada Qadrī-paše. Također, on je vršio poređenje arapskih građanskih zakonika (egipatskog, sirijskog, libanonskog, libijskog i iračkog) i zapadnog pravnog sistema (kontinentalnog prava) sa šerijatskim

⁴⁶ Vidi: Aḥmad paša as-Sanhūrī, “Al-Qānūn al-Madanī al-‘Arabī” u: Muḥammad ‘Ammārah, *Islāmiyyāt as-Sanhūrī bāšā*, Cairo: Dār al-Wafā’, 2006., Vol. II, str. 554.

pravom, ukazujući na sličnosti i razlike, te mogućnosti u kojem pravcu bi muslimanski pravници mogli ići u razvoju savremene šerijatsko-pravne doktrine.

Drugim riječima, Aḥmad-paša as-Sanhūrī je vršio poređenje pravnih sistema, a ne pojedinih zakonika s nekom od šerijatsko-pravnih doktrina koju je razvila neka šerijatsko-pravna škola.

Metodologija uporednog prava, koju su razvili pravници poput Ibn Rušda, Muḥammada Qadrī-paše i Aḥmad-paše as-Sanhūrīa, dobra je osnova za dalje usavršavanje ove uporedno-pravne metode šerijatskog prava, koju treba nastaviti razvijati na fakultetima i institutima islamskih nauka i fakultetima šerijatskog prava.

3. Uporedno pravo kod evropskih pravnikā XIX i XX stoljeća

Sve do druge polovine XIX st., u Evropi je vladala teorija J. Austina, po kome je pravo *naredba suverena* obezbijedena sankcijom za one koji je ne poštuju. Pojavljivanje Darwinove teorije o evoluciji životinjskih vrsta, od jednostavnijih ka složenijim, promijenit će ugao gledanja na društvene pojave i razvoj društvenih institucija i prava. Darwinova teorija izvršit će utjecaj na mnoge nauke i doprinijeti razvoju naučne metodologije i nastanku novih disciplina.

Historijska nauka je počela na društvo gledati drugačijim očima, uočavajući zakonitosti u razvoju društava, ali i postojanje zajedničkih elemenata kod različitih ljudskih zajednica, bez obzira na njihovu vremensku i teritorijalnu udaljenost. To će doprinijeti nastanku nove, uporedne metode u naukama općenito, pa i u samoj pravnoj nauci.

Također, pojavit će se nove pravne discipline, poput pravne historije i uporednog prava, koje će imati zadatak da proučavaju razvoj pravnih sistema i institucija putem historijske i uporedne metode. Tokom XIX st., u Engleskoj će se pojaviti historijska škola prava i škola uporedne jurisprudencije. Na čelu ove škole naći će se Henry Sumner Main, Frederick Pollock i Paul Gavrilovitch Vinogradoff, čije će ideje preći granice Engleske i proširiti se na ostatak svijeta, posebno na kontinentalnu Evropu i Sjevernu Ameriku.

3.1. Teorija historijskog razvoja prava Henry S. Maina

Iako je Henry Maine pisao kao historičar, njegovo djelo *Ancient law* (Drevno pravo) iz 1861. godine doživljava se kao rad koji je posvećen

pravnoj historiji. Glavni cilj djela bio je da se ukaže na neke od najstarijih ideja ljudskog roda, onako kako su se one pojavile u drevnim pravima, te da se one dovedu u relaciju s modernim vremenima. U ovom djelu prikazan je nastanak i razvoj prava od najstarijih vremena do savremenog doba. Henry Maine je pokazao da pravne ideje i institucije imaju realan pravac razvoja, onako kako to imaju i živa bića, te da u svakom stadiju razvoja pravo i institucije pokazuju svoj karakter. Iz tih razloga, smatrao je on, pravu se ne može prilaziti kao incidentu, koji se dogodio u historiji ljudskog društva.⁴⁷

Kao što ističe Frederick Pollock, Henry Maine nas je poučio da pravo ima vlastitu historiju, te da ona nije ograničena samo na politički i konstitucionalni aspekt. On je ukazao na široko područje koje pravo zahvata, te mogućnost njegovog proučavanja putem historijske i uporedne metode.⁴⁸ Po njemu, postoje razdoblja u razvoju svakog pravnog sistema koja se pojavljuju u vremenskim intervalima između statičnog i aktivnog stanja. U prvih pet poglavlja svoje knjige *Ancient law* on izlaže razdoblja za koja je smatrao da označavaju razvoj pravnih sistema. Tako, početak razvoja svakog prava počinje pojavom pisanog prava koje on označava kao razdoblje drevnih zakonika (*ancient code*). Prvo razdoblje drevnih zakonika počinje takozvanim herojskim dobom u kome dominantnu ulogu imaju presude kraljeva i drugih autoriteta. Pravne odredbe su svoju snagu crpile iz pozivanja na božanske prerogative ili na psihološke elemente povezane s hrabrošću i mudrošću herojske ličnosti.⁴⁹ Kada bi kralj riješio neki spor među članovima zajednice, to bi se smatralo nadahnućem direktne božanske inspiracije.

Nakon herojskog doba, smatra Henry Maine, ojačala aristokracija polahko stvari preuzima u svoje ruke, bilo da se radi o vojnoj ili vjerskoj oligarhiji. Ove oligarhije se više ne oslanjaju na izvansvjetovne prerogative ili nadahnuća, već na skup pravila koje su one uspostavile. Tokom vremena pravnička oligarhija uspijeva monopolizirati pravo na tumačenje pravila i prigrabiti ekskluzivitet u rješavanju sporova,

⁴⁷ Frederick Pollock, "Introduction" u: Henry S. Maine, *Ancient Law*, London: John Murray, Albemarle Street. W., 1912., str. xvi.

⁴⁸ Isto.

⁴⁹ Henry Maine, *Ancient Law*, str. 8.

uvodeći elemente običajnog prava, kao izvor pravnih propisa.⁵⁰ Običajno pravo od sada postoji u obliku substativnog (stvarnog) elementa prava u zajednici kojeg nadzire aristokratska klasa.

Potom se iz razdoblja običajnog prava prešlo u razdoblje zakonika, od kojih su najpoznatiji *Hamurabijev zakonik*, *Mojsijev zakonik* i *Rimski zakonik XII ploča*. Ovi zakonici, prema Henry Mainu, pojavili su se svuda, u smislu njihovih relevantnih propisa, iako se vremenski vežu za različita razdoblja. Kod skoro svih drevnih naroda pronađene su ugravirane ploče na kojima je zapisano njihovo običajno pravo. Vrijednost ovih zakonika nije bila isključivo u njihovom jeziku, niti sadržaju ili formi, već u transparentnosti, odnosno mogućnosti da budu svima dostupni, tako da je svako znao šta mu je dopušteno činiti, a šta nije. Ovi zakonici, koji su se pojavili i na Istoku i na Zapadu, pokazuju izmiješanost vjerskih, svjetovnih i moralnih normi, bez ikakvih razlikovanja u njihovom suštinskom karakteru. Do njihovog odvajanja jednih od drugih doći će kasnije.⁵¹

Iza donošenja zakonika na Zapadu stajala je pretežno politička i vojna oligarhija, dok je na Istoku vjerska oligarhija imala glavnu ulogu, smatra Henry Maine. Takav slučaj je s *rimskim zakonikom XII ploča* i *Hinduističkim zakonikom* (manu prava), za kojeg se smatra da su ga sačinili hinduistički svećenici, brahmani.⁵² Naravno, tu su i mnogi drugi zakonici, stariji ili mlađi po svom nastanku, poput *Mojsijevog* (Musaovog, a. s.) *zakonika*, *Hamurabijevog zakonika*, *Solonovog zakonika* i sl.

Novo razdoblje u historijskom razvoju prava, prema Henry Mainu, nastupilo je s pojavom pisanih zakonika što se najbolje može pratiti od pojave *rimskog zakonika XII ploča*. Nakon donošenja ovog zakonika u 451–450. p. n. e., rimsko pravo će se razvijati dalje putem statuta, edikata i sudskih presuda, ali će i običajno pravo, doduše u manjem obimu, zadržati svoj značaj u njegovom razvoju. Henry Maine je upozorio da rimsko pravo treba razumjeti u širem kontekstu, od Austinove analitičke teorije, po kojoj je pravo *naredba suverena ojačana sankcijom za neposluh*. U razdoblju pisanog prava prema Henry Mainu pisano pravo je prošlo tri faze koje su bile odgovorne za njegov razvoj i modifikaciju: a) faza stvaranja pravnih fikcija (*legal fictions*); b) faza pravičnosti (*equity*) i c)

⁵⁰ Isto, str. 10–11.

⁵¹ Isto, str. 14.

⁵² Isto, str. 15.

faza zakonodavstva, odnosno donošenja zakona (*legislation*). Ponekada dvije od ovih faza djeluju skupa, smatra on, a postoje i pravni sistemi koji su izbjegli utjecaj neke od njih.⁵³

a) Pravne fikcije

Novo razdoblje u razvoju prava počelo je pojavom zakonika, smatrao je Henry Maine. Nakon njihovog pojavljivanja, moguće je pratiti promjene i modifikacije u pravu koje su se mogle pripisati potrebi za razvojem društva u odnosu na raniji period. Prema njemu, cilj pravne fikcije je bio da putem nje dođe do promjene prava, a da se i dalje misli da je ono ostalo onakvim kakvim je uvijek bilo. Nije teško razumjeti, smatra on, zbog čega su fikcije u svim svojim oblicima bile srodne u ranom stadiju razvoja društva. One su zadovoljavale potrebu za promjenom, koja nije bila baš uvijek poželjna, iz dogmatskih razloga, a u isto vrijeme ona je obezbjeđivala neku vrstu izlaza iz situacije, kako se ne bi povrijedilo suvjerje naroda (o nepromjenjivosti starog prava), koji nije volio promjenu prava za koje je vjerovao da je nepromjenjiv i da oduvijek postoji. Bez pravnih fikcija bilo bi teško razumjeti, smatrao je Henry Maine, kako bi društvo ikada moglo izaći iz djetinjstva (pelena) i učiniti prve korake ka civilizaciji.⁵⁴

b) Prirodno pravo ili pravo jednakosti i pravičnosti za sve (*equity*)

Pored pravnih fikcija koje su bile važan institut u modeliranju prava tokom povijesti njegova razvoja, Henry Maine smatra da i institut kojeg je on nazvao *law of nature and equity* ili samo *equity* ima istu ulogu. On je smatrao da se principi koje sadrži institut *equity* nalaze u svakom pravnom sistemu koji postoji i za koji se zna. Pod ovim principima on misli na pravila koja postoje uz važeće građansko (civilno) pravo i koji važe kod svih naroda. Ovi pravni principi su zbog svoje valjanosti veoma rano stekli veliki ugled u rimskom i engleskom pravu. Rimljani su držali da je njihov pravni sistem sastavljen od dva elementa: građanskog prava, koga su oni nazivali *ius civile* i internacionalnog prava, koga su nazivali pravom naroda ili *ius gentium*. Civilno pravo se sastojalo od zakona i običaja, a pravo naroda (*ius gentium*) bilo je utemeljeno na zajedničkim

⁵³ Isto, str. 29.

⁵⁴ Isto, str. 31.

principima, ustanovljenim od strane razuma koga su svi primjenjivali i priznavali.⁵⁵

Dio prava “kojeg je prirodni razum izabrao za sve ljude” ediktom pretora je bio unesen u rimsko pravo. Henry Maine je pokušao otkriti zajednički sadržaj i osnovu termina: pravo narodā (*ius gentium*), prirodno pravo (*ius naturale*) i pravo jednakosti (*equity*), te odrediti kako su koncepcije koje su ovi termini sadržavali u sebi utjecale jedna na drugu.⁵⁶

Pravo naroda (*ius gentium*) ustvari je bio skup zajedničkih običaja italskih plemena koje su Rimljani poznavali. Kada god bi Rimljani primijetili da je neki običaj bio prakticiran od strane većeg broja različitih plemena, oni bi to prepoznavali kao pravo naroda - *ius gentium*. Tako je pravo naroda bilo prepoznato kao skup pravila i principa ustanovljenih putem promatranja zajedničkih instituta koji su preovladali kod različitih italskih plemena.⁵⁷ Prema učenju rimskih pravnika (Gaius), prirodno pravo (*ius naturale*) i pravo naroda (*ius gentium*) jesu isto pravo (*ius nations*) viđeno u svjetlu iste teorije. Razlika je samo historijske prirode, dok esencijalnih razlika među njima nije bilo.⁵⁸ Henry Maine je smatrao da je dodirna tačka između prava naroda (*ius gentium*) i prirodnog prava (*law of nature*) pojam *æquitas*, odnosno *equity* (pravičnost) u njegovom originalnom značenju proporcionalne distribucije.⁵⁹

Također, Henry Maine je ukazao na sličnosti i razlike između rimskog pojma *æquitas* i engleskog pojma *equity*. On smatra da i jedan i drugi pojam imaju zajedničku osnovu i da su ustanovili institut prava koji počiva na moralnim osnovama. Prema Henry Mainu, svaki narod prolazi moralne krize, ali i revolucije. To se dogodilo i s Rimljanima i Englezima za vrijeme vladavine Alexander Severusa (208–235.) u Rimu i kancelara Lorda Eldona (1751–1838.) u Engleskoj.⁶⁰

Rimski pravници su smatrali da je stari *ius gentium* samo izgubljeno prirodno pravo, te da pretor kod sastavljanja edikta na osnovu *ius gentiuma* samo obnavlja ono što se iskvarilo. On je imao zadatak da dovede u vezu civilno pravo što je više moguće s prirodnim ili pravom naroda.

⁵⁵ Isto, str. 49.

⁵⁶ Isto, str. 50.

⁵⁷ Isto, str. 53.

⁵⁸ Isto, str. 55.

⁵⁹ Isto, str. 51.

⁶⁰ Isto, str. 70.

Instituti koje je stvorilo pretorsko pravo (putem edikta) potiskivali su staro pravo, jer su oni više odgovarali potrebama društva.

c) *Zakonodavstvo*

Donošenje zakona, bez obzira na to kojim putem to bilo (od strane vladara ili narodne skupštine), jeste posljednji instrument u modificiranju prava, smatra Henry Maine. Zakonodavstvo je samo po sebi različito od pravnih fikcija i principa jednakosti i pravednosti (*equity*), čija snaga i potreba za promjenom dolaze iznutra, dok se zakonodavstvo nameće od strane vanjskog tijela, čija obligatorna snaga počiva na autoritetu, neovisno od principa koje donosi. Zakonodavni organ, ma kakvo bilo njegovo ograničenje, ovlašten je da nameće obavezu članovima društva i ne postoji ništa što bi ga moglo spriječiti u tome. Zakonodavni organ može biti vođen principima na kojima počiva institut *equity*, ukoliko ovaj pojam uzmemo u značenju standarda za nešto što je ispravno ili pogrešno, ali i tada donošenje zakona ovisi o tijelu koje ga donosi, a ne o principu na kojem je zakon nastao. Za razliku od zakona, principi na kojima počiva institut *equity* su snaga sami po sebi i oni nalaze put do primjene na sudovima i bez autoriteta vladara ili skupštine, dok kod zakona to nije slučaj.⁶¹

Zakonodavstvo je u historiji odigralo važnu ulogu u mijenjanju prava. Ako pogledamo rimsko pravo i ulogu narodnih skupština, vidjet ćemo da su one donijele veliki broj zakona. Naravno, ovi zakoni su bili jednostavni i često su tretirali samo jedno uže pitanje. To je proizlazilo i iz praktične potrebe, koja se nametala, kako bi se zakoni mogli lakše zapamtiti.⁶²

Henry Main je smatrao da su ova tri instituta: pravne fikcije (*legal fictions*), pravo jednakosti ili pravičnosti (*equity*) i zakonodavstvo (*legislation*) instrumenti za stvaranje prava (*law-making*). Razlika među njima je samo u načinu na koji je neki propis donesen.

U petom poglavlju svoje knjige *Ancient law*, kojeg je naslovio "Primitivno društvo i drevno pravo" Henry Maine je ukazao na razvoj određenih instituta porodičnog prava kod starih naroda i njihovih prava. On je stavio naglasak na istraživanje instituta *patria potestas* (očeva vlast) kod Rimljana u poređenju s drevnim pravom Germana,

⁶¹ Isto, str. 33–34.

⁶² Ante Romac, *Rimsko pravo*, Zagreb: Narodne novine, 1987., str. 24.

Jevreja, Hindusa i drugih naroda. On je nastojao pokazati kako se ovaj institut prava razvijao u različitim pravnim sistemima i faze kroz koje je prolazio. U početku je očeva vlast bila vrlo snažna i imala je široka ovlaštenja nad članovima domaćinstva (život, smrt, imovina), u koje su se ubrajali: supruga, djeca i robovi. Ipak, kako su se mijenjale društvene prilike i očeva vlast se sužavala, na što ukazuje Henry Maine. On na kraju poglavlja zaključuje da se ovaj institut (*patria potestas*) razvijao od statusa ka ugovoru (*from Status to Contract*).

Henry Sumner Maine je svojom knjigom *Ancient law* unio promjenu u proučavanje prava. Njegova historijska metoda, koja je u sebe uključivala i elemente uporedne metode, otvorila je novi pristup proučavanju prava, proširujući vidike pravicima. Pravni materijal koji je nastao u različitim pravnim sistemima, kod različitih naroda, postao je predmetom proučavanja. Za društvene nauke, a posebno za pravnu nauku, upotreba uporedne i historijske metode obogatit će znanje o različitim svjetovima, kulturama i tradicijama. Uporedno pravo će omogućiti uvid u razvoj prava kod različitih naroda i u različitim vremenima. Ono će pokazati kako su različiti narodi reagirali na društvene promjene i koja su bila njihova rješenja. U čemu su sličnosti, a u čemu razlike? I uporedna i historijska metoda će biti usavršavane tokom vremena, kao metode koje će poslužiti različitim naučnim disciplinama, u čemu je njihova posebna vrijednost.

3.1. Teorija evolucije prava John Henry Wigmore

John Henry Wigmore spada u red znanstvenika čiji rad je bio posvećen proučavanju pravnih sistema i pravnih institucija. Iza sebe je ostavio nekoliko djela, koja je napisao ili priredio s drugim autorima, u kojima su objavljeni značajni radovi o uporednom pravu s kraja XIX i početka XX st. Njegov integralni tekst o evoluciji prava kojeg je objavio u *Virginia Law Review* januara 1917. godine, pod naslovom "Problems of The Law's Evolution"⁶³, daje nam važne informacije o njegovom pogledu

⁶³ Isti tekst je objavljen u nekoliko dijelova u seriji pod nazivom *Evolution of Law: Formative Influences of Legal Development*, koja se sastoji iz tri toma, a koju je John H. Wigmore priredio zajedno s Albertom Kocourekom u izdanju Little Brown and Company 1918. Također, isti tekst se nalazi u knjizi pod nazivom *Problems of Law* tri predavanja u izdanju New York: Charles Scribner's Sons, 1920., od kojih prvo poglavlje nosi naslov *Problems of The Law's Evolution*. Pogledaj na: www.archive.org, pristupljeno 12. 04. 2020.

na evoluciju prava i na uporedno pravo. On smatra da se pojam prava koristi u dvostrukom značenju: da označi ponašanje grupe ili ljudi općenito i da označi ponašanje grupe ljudi koji žive u političkoj zajednici, državi. Ovo posljednje ponašanje, smatra on, predmet je proučavanja pravne znanosti. Po njemu, pravo u sebe uključuje četiri elementa od kojih je substantivno ili stvarno ljudsko ponašanje primarno i koje postoji i bez postojanja prava u formalnom obliku, ali je ono u isti mah važno i za postojanje prava, dok pravo u formalnom smislu sadrži preostala tri elementa prava od kojih su: a) usklađenost s voljnim i valjanim načinom ponašanja; b) ponašanje pod prisilom (objektivnom ili subjektivnom ili u oba slučaja) u poređenju sa čisto voljnim ponašanjem; c) ponašanje uz prijetnju državne prinude kojoj je data moć prisiljavanja na određeno ponašanje u poređenju s društvenim javnim mnijenjem.

Svaki od ovih elemenata prava djeluje na ljudsko ponašanje na određeni način, tako da element saglasnosti i usklađenosti u odnosu na promjenljivi slijed djelanja znači da jedna ili više činjenica igraju presudnu ulogu za pravo. U slučaju kada postoji bilo koji usklađeni element prava s ljudskim ponašanjem, rezultat je jasan (za ubistvo slijedi sankcija, nakon sklapanja ugovora slijedi primopredaja predmeta i plaćanje cijene).

Kod elementa *prinude* općenito, kako smatra John Henry Wigmore, razlika se pojavljuje između voljnog ponašanja i prinudnog ponašanja. Prinuda ne mora biti aktuelna (objektivna) već može biti i potencijalna (subjektivna), poput straha od moguće primjene sile. U ovom slučaju osoba putem discipline i samoprinuđavanja kontrolira svoje ponašanje subjektivnim putem.

No, kada je u pitanju element *državne prinude*, kao rezultat političke moći, bez obzira na to o kakvoj se vrsti države radi, nije važno koju vrstu moći i prisile će država upotrijebiti. Ona može upotrijebiti bilo koju mjeru egzekucije ili ekskomunikacije ili vojne sile. Ovdje je u pitanju aktuelna ili objektivna prinuda. Kod elemenata državne prinude tek uočavamo razliku između nezvaničnih snaga prinude neorganiziranog društva i sistemskih snaga organiziranog društva.⁶⁴

John H. Wigmore je smatrao da se pravo sastoji od substantivnog ili postojanog elementa prava kao i formalnog elementa prava.

⁶⁴ John Henry Wigmore, "Problem of The Law's Evolution", u: *Virginia Law Review*, Vol. IV, january 1917., No. 4: str. 248–249.

Substantivni elementi prava, po njemu, nalaze se u neograničenom broju i obliku. Ovaj element prava uključuje bezbroj ljudskih radnji, bilo da se radi o muškarcu, ženi ili djetetu. Na ovaj način ljudska bića proizvode neograničen broj materijala kod kojeg se pravo pojavljuje. On smatra da je sadržaj ljudskog ponašanja ono na što se referira pravo, ali da život ljudi u zajednici obezbjeđuje taj materijal neovisno od prava kao takvog. Na ovaj materijal (aktivnosti) nastao putem ljudskog ponašanja pravo primjenjuje formalne elemente, ili na neke od njih ili pak na sve. Kao što je istaknuo John H. Wigmore, substantivni element uključuje čitav spektar radnji koje se odvijaju svakog trenutka u životu pojedinca ili u njegovoj interakciji s drugim članovima zajednice. Ljudi obavljaju različite poslove: obrađuju zemlju, love, kupuju, prodaju, pozajmljuju predmete, daju imovinu pod zakup i sl., čak i onda kada ne postoji pravo u formalnom smislu riječi. Ipak, svi ovi poslovi će imati svoju pravosnažnost putem običaja ili konvencije i onda kada ne postoji formalni element prava. Pravo kao takvo ne kreira varijacije ljudskog ponašanja, jer ljudsko ponašanje ne sadrži niti jedan formalni element prava, pravo samo primjenjuje formalne elemente na gotovo ponašanje ljudi.

Međutim, smatra John H. Wigmore, ostaje pitanje koji faktori utječu na to da pravo izabere da primijeni određena pravila i sankcije. Po njemu, da bi se evolucija prava mogla pratiti iz jedne faze u drugu, neophodno je uočiti društvene faktore koji uzrokuju promjenu prava. Tek kada budemo u stanju uočiti te faktore znat ćemo koji formalni element prava, različit od običaja, treba da uzme predmet ljudskog ponašanja u svoje ruke, te koliko će se propis kojeg pravo primjenjuje podudariti s običajem ili biti različit od njega.

Prva stvar koju primjećujemo kod John H. Wigmorea jeste postojanje razlike između substantivnog (stvarnog) elementa prava i njegovog formalnog elementa. Prema njegovom shvatanju, substantivni elementi ljudskog ponašanja su: a) porodični odnosi (roditelji, djeca, rodbina); b) stvarnopravni odnosi (vlasništvo, služnosti i sl.); c) obavezni odnosi (ugovori, građanski delikti i sl.); dok formalni elementi prava odražavaju način na koji su ti odnosi pogođeni u odnosu na propise poput: a) usklađenosti ponašanja lica u odnosu na propis; b) postojanje (subjektivne) prinude u odnosu na voljno ponašanje; c) postojanje (objektivne) državne prisile u odnosu na javno mijenje. Prema John H. Wigmoreu, kod substantivnih elemenata mi se suočavamo s faktima društvene nauke,

striktno govoreći da tu nema evolucije prava kao takvog. Radi se, ustvari, o evoluciji društvenih nauka i institucija. U ovom slučaju, pravo može, a i ne mora, biti primijenjeno na date navike ponašanja i institucije. Kod nekih ljudskih ponašanja pravo ne uzima riječ, poput nošenja vjenčanog prstena, recimo. Međutim, kada je u pitanju sklapanje braka, izjava volje, dob, status, svjedoci i dr., to dobija sasvim drugačiji odnos. No, i ovdje postoji pitanje kada će i kako pravo izabrati određene elemente substantivnog ponašanja i donijeti pravila za njih. Odgovor na ovo pitanje zahtijeva poznavanje ljudskog ponašanja i društvenih faktora koji na njega utiču. Međutim, čak ni tada nećemo biti u mogućnosti u potpunosti razumjeti evolutivni dio prava u odnosu na društvene faktore koji utječu na njega. To znači da je evolucija substantivnog elementa prava virtualna, neodvojiva od evolucije društvenih nauka.⁶⁵

Prema John H. Wigmoreu, evolucija prava je rezultat sukoba određenih snaga u društvu. Kako bismo mogli razumjeti evoluciju pravnih pravila, smatra on, neophodno je analizirati društvene snage koje se nalaze u konfliktu prije nego što su pravna pravila stupila na snagu. On smatra da u društvenom odnosu vlada isti zakon kao i u fizici. On uzima u obzir *Treći Njutnov zakon*, po kome je sili akcije jednaka sila reakcije, njihov pravac je isti, ali im se smjerovi razlikuju. Sila akcije i reakcije uvijek idu u paru. Tako, isti zakon važi i u materijalnom i u društvenom svijetu.⁶⁶

Prema John H. Wigmoreu, evolucija prava nije samo proizvod puke historije. Ona ima svoj progresivni pravac kretanja. On u svom radu ukazuje na 28 trendova koje je iznio De la Grasserie o evoluciji prava. Neki od ovih trendova su:

- od običaja do uredbe i do sudske presude;
- od usmenog do pisanog prava i do kodifikacije;
- od prirodnog prava do pozitivnog prava i pravičnosti;
- od lokalnog do međunarodnog prava;
- od materijalnog do nematerijalnog prava;
- od teokratskog do sekularnog;
- od krivičnog do civilnog;

⁶⁵ Isto, str. 253.

⁶⁶ Isto, str. 254.

- od civilnog do trgovačkog i do industrijskog;
- od etničkog do teritorijalnog;
- od stvarnog do obligacionog i sl.⁶⁷

Veoma je važno kakvo značenje evoluciji pravnih ideja daju teoretičari prava. Tako John H. Wigmore navodi da bi se o historiji sklapanja braka mogli napisati tomovi knjiga, dok bi o evoluciji sklapanja braka sve moglo stati na nekoliko stranica papira. Evolucija prava koju pokušavamo otkriti ne podrazumijeva progres, niti moralni, niti neki drugi, već samo kretanje prava u povijesti. Radi se o kretanju apstraktnih elemenata u historiji pravnog ponašanja, tako da bi se posljedice uzroka koji djeluju i njihovi efekti mogli otkriti. Društveni procesi i fizički procesi nisu identični, ističe John H. Wigmore. Recimo da će se atom nekog elementa uvijek isto ponašati u istim uvjetima na svakom mjestu i u svakom vremenu. Međutim, društvene institucije u različitim društvima u isto vrijeme različito reaguju. Nikakva urođena fiksna srodnost u ponašanju društvenih institucija ne postoji. Ono što stvarno ostavlja traga u evoluciji pravnih institucija i na što one reaguju jeste promjena uvjeta čiji nosioci uglavnom dolaze spolja, van samog prava. Drugim riječima, jedina konstantnost, ako ona uopće postoji u evoluciji prava, jeste konstantnost uzroka i njihovih efekata, a ne nikakvo postojanje urođene prirode koja postoji kod pravnih ideja.⁶⁸

Jedno od pitanja koje se pred nas postavlja jeste: da li postoji univerzalna forma evolucije prava, ista za sve pravne ideje, polazeći od široke osnove porodičnih, imovinskih, proceduralnih i drugih oblika prava, pita se J. H. Wigmore. On nastoji dati odgovor na ovo pitanje, uzimajući u obzir generalizaciju De la Grusseire koja pokazuje kretanje u pravcu evolucije i istovjetnu nit na koju su sve pravne institucije osjetljive. Međutim, J. H. Wigmore upozorava da to ne znači da su sve te niti evolucije iste i podjednako istinite, ne samo u glavnim idejama već i u svim slučajevima.

Ostala su još pitanja na koja je J. H. Wigmore ukazao i na koja je pokušao naći odgovor:

- a) koje su moguće generalne formule evolucije prava;

⁶⁷ Isto, str. 255–256.

⁶⁸ Isto, str. 258.

b) koja je to studijska metoda koja bi bila upotrebljiva u traganju za evolucijom prava.⁶⁹

Evolucija pravnih ideja je pogodila veliki broj zajednica (ljudi), većih ili manjih, na različitim mjestima, u različitim područjima prava, i u različitim vremenima, smatra J. H. Wigmore. Teoretičari nemaju jasan zajednički stav o tome kako je evolucija prava tekla i kako će inače teći. Postoji nekoliko različitih teorija: od onih koji smatraju da se radilo o jednosmjernom amplitudnom kretanju, do onih koji zagovaraju kružno ciklično kretanje, pa sve do onih koji zagovaraju ideju spiralnog rasta, odnosno spiralne evolucije prava.

Ukoliko bismo za primjer uzeli oblike ljudskih seksualno-bračnih zajednica, koji su se pojavili tokom historije: promiskuitet – poligamija – monogamija, postavlja se pitanje na koji način bismo mogli objasniti evoluciju prava, krećući se od jednostavnih ka složenim oblicima. Čak kada bismo i prihvatili ideju spiralnog rasta, koja podrazumijeva da je rast bio konstantan, ali da je svaka forma prolazila kroz drugu i zadržavala se u njoj u određenoj mjeri, to bi bilo teško. Također, mi nemamo nikakav pouzdan dokaz da zajednice možda nisu nekada u prošlosti prošle sve ove faze i ponovo se vratile na početak, kao ni to od kojeg su oblika krenule. Da li je početak možda bilo od monogamije ka poligamiji, pa onda ka promiskuitetu, ne znamo. Dovođenje u analogni odnos fizičkog svijeta s društvenim oblicima života nije adekvatan za poređenje ili izvlačenje zaključaka. Stoga je veoma teško optirati za neku generalnu formulu iz koje bismo mogli razjasniti kako i na koji način je tekla evolucija u pravnim idejama.⁷⁰

Drugo važno pitanje koje je J. H. Wigmore postavio jeste pitanje adekvatnog metoda u proučavanju evolucije prava. On smatra da, ukoliko su postignuti bilo kakvi rezultati u proučavanju evolucije prava, oni su postignuti strogo naučnom metodom. Tendencija je bila da se ispituju zajednički oblici prava u različitim pravnim sistemima nakon što se prikupi neophodan materijal za proučavanje iz različitih razdoblja i država. Neki teoretičari uporednog prava, poput pravnika Del Vacchio (1878–1970.), smatrali su da su određene ideje prava zajedničko nasljeđe svih ljudi u svim epohama. Ipak, J. H. Wigmore smatra da metoda evolucije prava govori samo o tome da su slične forme prava postojale u

⁶⁹ Isto, str. 259.

⁷⁰ Isto, str. 260.

različitim narodima i mjestima, ali to ne dokazuje da su imale urođeni ili nužni razvoj, kao ideja prava koja je zajednička svima, ili da postoji nužna evolucija bilo koje pravne ideje u svim vremenima i na svim mjestima na kojima se pojavila.⁷¹

Prema J. H. Wigmoreu, bilo koji strogo naučni rezultat do kojeg bismo došli metodom evolucije prava morao bi se zasnivati na sljedećim elementima: a) na dva ili više uzastopnih razdoblja kod istih društava; b) kod dva ili više društava u razdobljima koja slijede jedno poslije drugog; c) da se pravne institucije u istim društvima i razdobljima pokažu u smislu njihovog postojanja; d) da u istim društvima i razdobljima postoje glavne društvene snage koje donose zakone; e) to se sve mora odvijati na spontan način.⁷²

John H. Wigmore je pokušao objasniti evoluciju prava i pravnih institucija u tabeli u kojoj je pokazao kako se pravo razvijalo kod različitih naroda u različitim razdobljima, putem donošenja formalnih propisa od strane organa koji su na određeni način uzeli učešća u donošenju propisa.

TABELA

Ilustracija metode za proučavanje podataka pravne evolucije⁷³

NARODI	RAZDOBLJE	FORMA PRAVA	ORGAN KOJI JE IZDAO PRAVO
JEVREJI RIMLJANI SKANDINAVCI ANGLO-NORMANI	1200. p.n.e. 1800. n.e.	a) sudske presude b) običaji (usmeni i pisani) c) zakoni	a) kralj b) oligarhija (svećenička i politička) c) demokratija (klasa pravnika i parlament)
JEVREJI	1200. p.n.e.	a) sudske presude	c) klasa pravnika
-/-	900. p.n.e. 700. p.n.e.	b) usmeni običaji b) pisani običaji	b) politička oligarhija b) svećenička oligarhija
-/-	400. p.n.e.	c) zakoni	b) svećenička oligarhija
-/-	300. p.n.e.	a) sudske presude	c) klasa pravnika
-/-	500. p.n.e.	a) sudske presude	c) klasa pravnika

⁷¹ Isto, str. 267.

⁷² Isto, str. 267.

⁷³ Isto, str. 268.

RIMLJANI	700. p.n.e.	a) sudske presude	a) kralj
-//-	500. p.n.e. 400. p.n.e.	b) usmeni običaji b) pisani običaji	b) svećenička oligarhija b) politička oligarhija
-//-	200. p.n.e.	a) sudske presude	c) klasa pravника
-//-	200-600. n.e.	c) zakoni	a) kralj
SKANDINAVCI	500. n.e.	a) sudske presude	c) klasa pravника
-//-	1100. n.e.	b) usmeni običaji b) pisani običaji	c) klasa pravника c) parlament
-//-	1200. n.e.		b) politička oligarhija a) kralj
ANGLO-NORMANI	1100. n.e.	a) sudske presude	a) kralj
-//-	1500. n.e.	a) sudske presude	c) klasa pravника
-//-	1800. n.e.	c) zakoni	c) parlament

Ono na što on ukazuje putem ove tabele jeste to da dvije ili više vrsta formalnog prava mogu biti prisutne u isto vrijeme, ali će jedna od njih biti dominantna, poput, recimo, odnosa sudskih presuda i zakona. Iz poređenja ova četiri pravna sistema (hebrejskog, rimskog, skandinavskog i anglo-normanskog), prema J. H. Wigmoreu, zaključuje se da skandinavsko pravo ima najčišći oblik, što podrazumijeva dosta neovisan razvoj prava, dok je anglo-normansko pravo imalo dosta mješovitu formu prava, koja se kretala između sudskih presuda i zakona. Kod rimskog prava primjećujemo prekid koji nastaje između 400. p. n. e. i 200. n. e., tako što se između perioda dominacije običaji i zakona ponovo pojavljuje period u kome dominiraju sudske presude od 200. p. n. e. do 200. n. e. Međutim, kod hebrejskog prava vidimo da ono započinje i završava sa sudskim presudama, kod kojeg je glavnu ulogu imala klasa pravника, te da su običaji i zakoni bili u sredini evolutivnog procesa, gdje je glavnu ulogu imala svećenička i politička oligarhija.⁷⁴

Ono što je vidljivo iz studije J. H. Wigmore, i što bismo mogli naučiti, jeste to da evolucija u pravu može postojati samo usred postojanja uzroka i njihovih efekata, posljedica. On smatra da uzroci koji djeluju na evoluciju prava dolaze spolja, a ne iznutra samog prava. Poznavanje razvoja prava unutar jednog pravnog sistema je od velike važnosti i za uporedno pravo, jer bez dobrog poznavanja razvoja prava, prema strogim naučnim pravilima, njegove historije i evolucije nije moguće doći do pouzdanih rezultata, niti u uporednom (analitičkom) pravu, uporednoj pravnoj filozofiji i uporednoj pravnoj historiji.

⁷⁴ Isto, str. 269–270.

3.2. Teorija pravnih transplata Alan Wotsona

Kao odgovor na negiranje postojanja discipline uporednog prava od strane jednog dijela pravnika, okupljenih oko H. C. Gutteridgea, koji smatraju da termin uporedno pravo predstavlja samo jedan "isprazan termin", kojim se pokušava potvrditi veza s ostalim oblicima saznanja u drugoj polovini XX st., Alan Wotson piše svoje djelo *Pravni trasplati (Legal Transplants)*, kojim staje u odbranu uporednog prava. On podsjeća da među pravnicima postoje razlike u prihvatanju termina uporedno pravo. Te razlike se kreću od onih koji odbijaju bilo kakvu pomisao o njegovom postojanju, do onih koji prihvataju uporednu metodu koja se može koristiti u različite naučne svrhe, ali odbijaju postojanje posebne pravne discipline koju bismo mogli nazvati uporedno pravo.⁷⁵

Alan Wotson se priklonio onoj skupini pravnih teoretičara koji zagovaraju postojanje discipline uporednog prava, ali smatra da je predmet njenog proučavanja postavljen preširoko. On ističe da su još vrsni komparativisti E. Lambert i J. H. Wigmore zagovarali stav da uporedno pravo u sebi sadrži više planova istraživanja koji se mogu smatrati zasebnim disciplinama, kao što su: deskriptivno uporedno pravo; uporedna historija; uporedno zakonodavstvo kod E. Lamberta i uporedna nomoskopija (opis pravnih sistema); uporedna nomotetika (analiza pravnih sistema); uporedna nomogenetika (razvoj pravnih ideja).⁷⁶

Po njemu, veoma je važno, zbog postojanja različitih mišljenja o postojanju uporednog prava, kao i izražene zapitanosti da li se tu radi o uporednom pravu ili samo o uporednoj metodi, utvrditi šta uporedno pravo sigurno nije. Uporedno pravo ne znači samo puko izučavanje nekog stranog sistema prava ili jednog njegovog dijela, kao što to nije ni opis više pravnih sistema ili samo poređenje u kome se fokus stavlja na poređenje razvoja društvenog problema, dok se pravu u ovom slučaju daje sekundarni značaj. On se osvrće na mišljenje H. C. Gutteridgea da se izučavanje srodnih sistema ne može nazvati uporednim pravom, sugerirajući da uporedno pravo kao samostalna disciplina ne treba da se razvija u pravcu izučavanja stranog pravnog sistema, s osvrtom na domaći pravni sistem, te da bi takav pristup bio pogrešan.⁷⁷

⁷⁵ Alan Wotson, *Pravni trasplati*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2010., str. 31.

⁷⁶ Isto, str. 31–32.

⁷⁷ Isto, str. 34–35.

Kako on smatra, pravi zadatak uporednog prava jeste izučavanje postojanja veze jednog pravnog sistema i njegovih pravila s drugim pravnim sistemom, dok je postojanje takve veze moguće uočiti samo proučavanjem historije pravnih sistema. Pored izučavanja postojanja historijske veze između dvaju pravnih sistema, neophodno je još utvrditi da li postoji i unutarnja veza, koja povezuje dva pravna sistema. Kao primjer historijske veze navodi se odnos rimskog i germanskog prava, francuskog i egipatskog, a kao primjer unutarnje veze odnos germanskog i anglosaksonskog, šerijatskog i egipatskog prava i sl.⁷⁸

Neka pitanja, po njemu, traže odgovore, poput pitanja kako to da neka prava koja svoje postojanje izvode iz zajedničkog izvora imaju različita pravila za slične pravne probleme? Po njemu, postoje razlozi zbog kojih su pravni sistemi s istim korijenima odgovorili različito, te da se upravo zbog toga uporedno pravo treba baviti prirodom pravnog razvoja različitih pravnih sistema.⁷⁹

Prema Alanu Watsonu, predmet izučavanja uporednog prava treba ograničiti na dvije teme i to: na ono čime se utvrđuje postojanje historijske veze između različitih pravnih sistema i onoga čime se utvrđuje unutarnja (duhovna) veza između više pravnih sistema. Po njemu, istraživanje u području uporednog prava ima dvostruku vrijednost, obrazovnu i praktičnu. Praktična vrijednost uporednog prava vidi se u pokušaju nekog pravnog sistema da se reformira tragajući za drugačijim pravnim rješenjima u odnosu na već postojeća koja su postala tijesna.⁸⁰

No, prof. Alan Watson nije zanemario ni, kako on kaže, manjkavosti i opasnosti koje u sebi krije uporedno pravo. On, prije svega, ukazuje na plitkoću uporednog prava i površnost koju uporedni pravnik neminovno ispoljava, iz razloga što je pravo složena materija, obimna i veoma razučena, tako da poznavanje i jedne pravne grane nekog sistema zahtijeva veliki trud i ogromno znanje, a da se ne govori o poznavanju veze te grane s nekom granom drugog sistema, što je, po Alanu Watsonu, skoro nemoguća misija.⁸¹

Proučavanje inostranog prava u sebi pored atraktivnosti i površnosti nosi i drugu opasnost: pogrešno razumijevanje koje je proizvod

⁷⁸ Isto, str. 36–37.

⁷⁹ Isto, str. 35.

⁸⁰ Isto, str. 38.

⁸¹ Isto, str. 39.

nedovoljnog poznavanja jezika, tako da homonimi predstavljaju zamku i veliki problem pogrešnog zaključivanja.⁸²

Također, ono na što on upozorava, a na što su upozoravali i drugi pravници, jeste nemogućnost da uporedno pravo uspostavi sistemsko proučavanje prava. Takva nemogućnost dovodi do određenog stepena proizvoljnosti prilikom odabira tema za poređenje tako da taj izbor biva prepušten subjektivnom pristupu istraživača. To dalje dovodi do još ozbiljnije opasnosti, tako da odabrani sistemi za poređenje ne moraju imati nikakvu stvarnu vezu, niti historijsku, niti unutarnju (duhovnu), tako da i rezultati poređenja mogu biti neadekvatni i sumnjivi.⁸³

Također, tu je i opasnost da se određenom modelu da opće važenje i da se on postavi kao zajednički za različite pravne sisteme. Ta zamka generalizacije može pravnik odvesti na pogrešan put. Postojanje sličnosti u nekim aspektima kod različitih pravnih sistema ne bi trebalo da nas navede na razmišljanje da je moguće uspostaviti teoriju općeg pravnog razvoja.⁸⁴ Također, ta opasnost postoji čak i onda kada se pokaže da su pravne činjenice potkrijepljene argumentima i kada ih se upotrebljava u dokazivanju sličnih rješenja u drugom pravnom sistemu. To proizlazi iz toga što tako dobiveni rezultati ne mogu biti apsolutno pouzdani da bi se na osnovu njih izveo apsolutni zaključak, koji bi u svemu bio pouzdan da se isto dogodilo i s drugim pravnim sistemom.⁸⁵

Uprkos svim izazovima koji stoje na putu uporednog prava, Alan Watson je ipak bio mišljenja da ono donosi veću korist pravnoj nauci od opasnosti i površnosti koje vrebaju. On, prije svega, misli na to da uporedno pravo može pomoći da se bolje razumije priroda prava i njegov historijski razvoj. Poznavanje inostranog prava doprinosi da se bolje razumije vlastiti pravni sistem. Također, studij uporednog prava može pomoći pri reformi nekog sistema. Benefiti koje pruža uporedno pravo su veliki i iz razloga što nam ono omogućuje da pratimo prenošenje nekog pravnog rješenja iz jednog pravnog sistema u drugi putem transplantacije i njegovo ponašanje u novoj sredini sa različitim političkim, ekonomskim i kulturnim osobenostima.⁸⁶

⁸² Isto, str. 40.

⁸³ Isto, str. 40–41.

⁸⁴ Isto, str. 42.

⁸⁵ Isto, str. 45–46.

⁸⁶ Isto, str. 47–51.

Alan Watson u svojoj knjizi *Pravni transplati* izlaže novu teoriju uporednog prava, po kojoj pravo, iako je u najvećoj mjeri produkt narodnog duha, nije imuno na pozajmljivanja iz drugih pravnih sistema, te da se taj proces može pratiti još od najstarijih vremena pa sve do danas. Do pozajmljivanja je dolazilo u obliku pojedinačnih pravnih odredbi, pravnih instituta, grana prava, pa sve do pravnih područja i cijelog pravnog sistema. On smatra da pravo nastaje u okviru naroda koji razvija posebne političke, ekonomske i kulturne modele, međutim, ipak se ne može govoriti o čistom pravu, već je ispravnije govoriti o prožimanju ili prenošenju, transplantaciji pravnih ideja, instituta i odredbi iz jednog pravnog sistema u drugi. On ističe činjenicu da većina prava zapadnog svijeta potiče iz rimskog ili engleskog precedentnog prava (*common law*) sistema.⁸⁷

Teoriju o pravnim transplatima on potkrepljuje primjerima iz najstarijih vremena i time ovoj pojavi obezbjeđuje vremensku prisutnost još iz antičkog svijeta. Kao primjer te stare transplantacije on uzima jednu odredbu iz Mesopotamije, nastalu vjerovatno u gradu Ešnununu, koja je kasnije prenesena i u Hamurabijev zakonik, a potom svoje mjesto našla i u *Drugoj knjizi Mojsijevoj*, a to je slučaj kada vo probode čovjeka ili kada probode drugog vola. U oba ova slučaja predviđena je sankcija koja je identična u sva tri zakonika, uprkos njihovoj višestoljetnoj vremenskoj distanci.⁸⁸

Prema mišljenju Alana Watsona, do transplantacije prava iz jednog sistema u drugi dolazi usljed migracija naroda s jednog područja na drugo. To se događa u nekoliko slučajeva. U prvom slučaju je kada jedan narod naseli područje na kojem ne postoji razvijena civilizacija, a u drugom slučaju to se dešava kada narod naseli područje na kojem postoji razvijenija civilizacija koja je slična civilizaciji naroda u migraciji. Postoji i treći slučaj, kada jedan narod prihvati jedan dio pravnog sistema drugog naroda ili više njih.

Do prenošenja pravnih normi iz jednog pravnog sistema u drugi može doći i putem nametanja, postepenim usvajanjem, prožimanjem dvaju pravnih sistema ili putem recepcije prilikom reforme nekog pravnog sistema.⁸⁹

⁸⁷ Isto, str. 54.

⁸⁸ Isto, str. 55–56.

⁸⁹ Isto, str. 63.

Alan Watson je svoje izlaganje o pravnim transplatima uglavnom potkrijepio primjerima vezanim za zapadnu pravnu tradiciju, kontinentalno i precedentno pravo, dovodeći u vezu rimsko pravo s ostalim pravnim sistemima evropskih naroda. Teorija pravnih transplata pobudit će interesiranje kod mnogih pravnika. U vremenu nakon pojavljivanja teorije pravnih transplata, pojavit će se mnogi radovi koji će nastojati potvrditi ovu teoriju, koja nam govori da pravo koliko god je proizvod narodnog duha ono je u isti mah i proizvod povijesnih pozajmljivanja iz jednog naprednijeg pravnog sistema u sistem prava u razvoju. Na ovu činjenicu je ukazao i John A. Makdisi (r. 1949.) u svom radu *The Islamic Origins of the Common law*.

Zaključak

Uporedno pravo i njegova uporedno-pravna metoda ostvarili su veliki utjecaj na razvoj pravne nauke općenito. Nastalo kao pravna metoda tokom druge polovine XIX st., uporedno pravo je prevalilo dug put i iza sebe ostavilo mnoge rasprave o tome šta je njegov predmet i u čemu se ogleda njegova suština. Uporedno pravo nikada nije prestalo biti predmetom sporenja među pravnim teoretičarima. Rasprava se vodila oko toga da li se radi samo o metodi kojom pravnici i pravni historičari proučavaju različite pravne sisteme ili o posebnoj disciplini, ili čak više njih, koje imaju svoj predmet kojima se bave. No, bez obzira na to kakav stav su zauzimali pojedini pravni teoretičari tokom vremena, uporedno-pravnoj metodi se nisu mogli osporiti rezultati koje je ona postigla na polju proučavanja različitih pravnih sistema.

Prigovori koji se upućuje rezultatima od strane pojedinih kritičara, da su oni skromni i često površni, ne stoje. Dokaz za to jeste i to da, kako vrijeme prolazi, potreba za uporednim izučavanjem prava se povećava usljed razvoja društvenih odnosa, integralističkih težnji i razvoja međunarodne trgovine. Potreba za uporednim pravom posebno se pokazuje kod nastojanja da se harmoniziraju propisi unutar pravnih sistema koji imaju zajedničku osnovu (kontinentalno pravo), ili pak kod nastojanja neke od zemalja da svoj pravni sistem reformira.

Svijet u kojem živimo poznaje nekoliko velikih, živih pravnih sistema, poput šerijatskog prava, kontinentalnog prava, *common law* prava, mješovitog pravnog sistema, socijalističkog prava i sl. Svi ovi veliki pravni sistemi u sebi sadrže mnogo podsistema, koji, iako imaju

zajedničke osnove, ipak se u velikoj mjeri razlikuju i u sistematici i u pojedinačnim pravnim rješenjima.

Tako nailazimo na sličnosti i razlike između prava u Velikoj Britaniji, Sjedinjenim Američkim Državama, Kanadi, Australiji i Novom Zelandu, iako im je osnova engleski *common law* pravni sistem. Slično je i s kontinentalnim pravom u Evropi, koji za osnovu ima rimsko pravo i običajno pravo, posebno germansko običajno pravo. Pravni sistemi Francuske, Njemačke, Švajcarske, Austrije i Poljske, Brazila, Argentine, Japana, Turske i dr., iako imaju zajedničku osnovu, u mnogo čemu se i razlikuju. Slično je i sa šerijatskim pravom i pravnim doktrinama koje su se razvijale unutar različitih pravnih škola. Sve one imaju zajedničku jezgru i izvore na kojima su utemeljile svoju doktrinu, no uprkos tome među njima postoje razlike, kako u pravnim teorijama koje su razvile tako i u pojedinačnim odredbama. Slično je i kod mješovitih pravnih sistema u Južnoj Africi ili u Škotskoj, ali i socijalistička prava su pokazivala sličnu tendenciju u prošlosti, što je i danas slučaj s Kinom i Sjevernom Korejom.

Pravo je vezano za društvo i njegov razvoj, bilo da je nastalo u vjerskoj zajednici ili u sekularnoj državnoj organizaciji. Kao takvo, ono je podložno promjenama, pa čak i onda kada mu se pokušava dati vječno, nepromjenjivo svojstvo. I za šerijatsko pravo važi isto pravilo kao i za ostala prava: promjenjivost pravnih propisa je jedina konstanta koju zapažamo u kontinuitetu, od formativnog perioda njegova razvoja, pa sve do danas. Šerijatsko pravo u sebi sadrži norme obrednog prava, koje su trajnog karaktera, i norme koje se odnose na različite oblasti društvenih odnosa, podložne čestim promjenama usljed promjene društvenih, ekonomskih i političkih prilika.

Različitim oblicima pravnih doskočica i tumačenjima pravnih propisa pravni sistemi su prilagođavani zahtjevima vremena, kako bi udovoljili potrebama zajednice. Uporednim proučavanjem elemenata različitih pravnih sistema dolazi se do otkrića zajedničkih elemenata koji su svojstveni svim pravima. Pored uporedne, pravници su razvijali i druge pravne metode, poput analitičke, divergentne, dijaloške ili metode pravne preferencije (*at-tarğīh*). Razuđenost pravnih mišljenja u okviru iste pravne škole, kao što je slučaj s hanefijskom pravnom školom, ponekad zahtijeva uporedno proučavanje mišljenja koja su nastala u okviru hanefijskih kružoka u Bagdadu, Semerkandu, Balhu ili Istanbulu, kako bismo mogli ocijeniti koja od ovih mišljenja više odgovaraju potrebama vremena.

U našim prilikama u Bosni i Hercegovini izučavanje uporednog prava (šerijatskog i pozitivnog) na pravnim fakultetima i fakultetima islamskih nauka bilo bi od izuzetne važnosti i obostrane koristi i za šerijatsko pravo, ali i za bosanskohercegovačko pozitivno pravo. Na ovaj način bosanskohercegovačka pravna nauka bi oživjela dio svoje povijesno-pravne tradicije i stekla saznanja do kojeg nivoa je stiglo šerijatsko pravo u svom razvoju.

Remarks on the Comparative Law

Abstract

Since the second half of the 19th century, there are ceaseless discussions about comparative law. They were particularly present among the legal methodologists and historicists, both on the East and the West. What is the comparative law: scientific discipline or a legal method? This work does not hold the ambition to judge neither of the opposed sides. Our aim is to present several remarks on the comparative law, that could be beneficial to those delving in comparative legal history. Medieval Muslim legal experts such as Ibn Rush left their contribution in the development of the comparative law and have likely influenced European legal experts to explore different legal traditions themselves. The benefit in researching the comparative law is not disputed by experts. The discussion centered around whether this is a scientific discipline or legal method will remain present. However, this discussion is not harmful, because the results we obtain from comparative legal research are important.

Key words: comparative law, comparative legal method, the history of law, legal revolution, legal transplants