Biblioteka
PRAVNA MISAO

- Rodoljub Etinski
  TUMAČENJE MEĐUNARODNIH UGOVORA: PRAVILA I PRAKSA
- Emir Ćorović
  OSNOVI PREKRŠAJNOG PRAVA CRNE GORE
- Stanko Bejatović
  POSEBNI I POMOĆNI KRIVIČNI POSTUPCI
- Budimir P. Košutić
  Mladen M. Vukčević
  UVOD U JURISPRUDENCIJU — II izdanje
- Andrej Diligenski
  UPRAVA I ZAŠTITA LIČNIH PODATAKA U CRNOJ GORI — EVROPSKI STANDARDI I REGIONALNI KONTEKST
- Mladen Vukčević
  Danilo Ćupić
  UVOD U LJUDSKA PRAVA

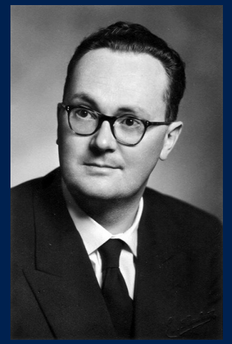
ISBN 978-9940-560-18-8

STVARANJE PRAVA
SUDIJE, ZAKONODAVCI I PROFESORI

Raul van Kanegem

Raul van Kanegem

STVARANJE PRAVA SUDIJE, ZAKONODAVCI I PROFESORI



Raul van Kanegem [Raoul Charles van Caenegem, 1927–2018] je belgijski istoričar, profesor srednjovekovne istorije i pravne istorije na Univerzitetu u Gentu. Belgijsku „Francqui" nagradu za humanističke nauke u oblasti istorije srednjeg veka dobio je 1974. godine. Proučavao je istoriju kontinentalnog i engleskog *common law* i zašto su se tako naglo razišli. Otkrio je značaj borbe za vlast između sudija, zakonodavaca i profesora prava. Pisao je na holandskom i engleskom, a neka od njegovih najznačajnijih dela prevedena su i na druge evropske jezike. Kanegem je 1977. godine izabran za člana Kraljevske holandske akademije umetnosti i nauke, a 1995. godine dodeljena mu je titulu barona. Prvo izdanje knjige *Sudije, zakonodavci i profesori prava*, u izdanju Cambridge University Press, pojavilo se 1987. godine i doživelo brojna kasnija izdanja. Osim toga, objavio je i *Rađenje engleskog common law* (1973), *Istorijski uvod u privatno pravo* (1992), *Istorijski uvod u Zapadno ustavno pravo* (1995) i dr.

Powered by
Arizona State University

Raul van Kanegem

STVARANJE PRAVA
SUDIJE, ZAKONODAVCI I PROFESORI

Izdavač
Fakultet pravnih nauka
Univerzitet Donja Gorica, Podgorica

Biblioteka
PRAVNA MISAO

Urednik
Zoran Stojanović

Za izdavača
Milica Kovač-Orlandić

Raul van Kanegem

STVARANJE PRAVA
SUDIJE, ZAKONODAVCI I PROFESORI

Preveo s engleskog
STEVAN LILIĆ

Powered by
Arizona State University

FAKULTET PRAVNIH NAUKA

Podgorica, 2024.

Naslov originala

Raoul van Caenegem
Judges, Lawmakers and Professors
Chapters in European Legal History

© 2024.
Sva prava zadržana. Nijedan dio ovog udžbenika ne može biti reprodukovan u bilo kom vidu i putem bilo kog medija, u djelovima ili cjelini bez saglasnosti izdavača, odnosno autora priloga.

PREDGOVOR

Magistro Sociisque Domus Sancti Petri
in Acidemia Cantabrigiensi

Ova mala knjiga zasnovana je na predavanjima koja su održana školske 1984/85. godine na Kembridžu, gde sam bio angažovan kao profesor Zadužbine Gudhart [Goodhart]. Bila su namenjena studentima koji su završili studije prava, a koji su sada na master studijama na Pravnom fakultetu. Pošto je zasnovana na predavanjima za studente, za ovu knjigu se ne može reći da je rezultat posebnog istraživanja. S druge strane, zahvaljujući okolnosti da su studenti bili diplomirani pravnici, mogla su se obrađivati i određena složena pitanja evropske pravne istorije koja u stručnoj literaturi do sada nisu bila dublje proučavana. To je takođe značilo da sam mogao pretpostaviti da studenti imaju određena saznanja o pravnoj istoriji, na osnovu čega sam predavanja mogao da pretvorim u diskusiju, pa su se mnoge teme koje u ovoj knjizi obrađujem prvobitno pojavile u vidu studentskih pitanja. Pošto su slušaoci bili sa evropskog kontinenta, kao i iz Velike Britanije i Sjedinjenih Američkih Država, ponekad sam morao da objašnjavam neke prilično poznate aspekte iz istorije civilnog prava onima koji su se obrazovali u *common law* sistemu, ali i *vice versa*. Nadamo se da će čitaoci pokazati razumevanje: kurs o istoriji evropskog prava, koji obuhvata Englesku, ali i evropski kontinent, po svojoj

prirodi, mora uzeti u obzir sve komunikacijske probleme između ova dva velika pravna sistema. Nadam se da čitaoci neće biti zbunjeni kada povremeno dotaknemo i pravna pitanja koja se tiču Sjedinjenih Američkih Država: iako su Engleska i Amerika odvojene okeanom, činjenica da one u osnovi dele isti pravne institute prirodno usmerava interesovanje istoričara engleskog prava ka američkom „transplantu".

Bio sam inspirisan da svoje beleške sa predavanja pretvorim u knjigu zaslugom nekoliko mojih kolega sa Kembridža, posebno vođen primerom jednog od mojih prethodnika na Gudhart programu, Džona N. Hazarda [John N. Hazard], koji je svoja predavanja na temu *Upravljanje promenama u SSSR-u* [*Managing Change in the USSR*] predao Zadužbini Gudhart „kao podsticaj onim istraživačima koji će posle njega doći sa ciljem da napišu neku svoju knjigu", kao i saznanjem da je A. L. Gudhart želeo da profesori u okviru njegovog programa objavljuju publikacije o svojim predavanjima.

Zadužbina Gudhart za pravne nauke ustanovljena je na Univerzitetu u Kembridžu u čast Artura Lemana Gudharta [Arthur Lehman Goodhart, 1891–1978], koji je ceo svoj život posvetio proučavanju prava. Iako je bio američki državljanin, u Engleskoj je napravio briljantnu akademsku karijeru, gde je nakon studija na Kembridžu postao jedan od vodećih pravnih pisaca i profesora prava u 20. veku. On je, između ostalog, bio profesor pravne nauke (jurisprudencije) na Univerzitetu u Oksfordu i više decenija urednik *Law Quarterly Review*. Nadam se da nije previše odvažno izraziti uverenje da bi mu stranice uporednoistorijskog teksta koje slede, a koje se kreću između Amerike, Britanskih ostrva i kontinentalne Evrope, bile zanimljive i da bi mu se svidele.

O KNJIZI I AUTORU

U knjizi *Sudije, zakonodavci i profesori prava* jedan od najistaknutijih svetskih istoričara prava pokazuje kako i zašto se kontinentalno pravo i *common law* tako oštro razilaze. Koristeći deset konkretnih primera, on istražuje razvoj evropskog prava, ne kao ispoljavanje određenih ideoloških i intelektualnih trendova, već prvenstveno kao rezultat borbe za moć između sudstva, zakonodavstva i pravne nauke, od kojih svaka formacija ima svoje političke i društvene ciljeve. Knjiga pruža istorijski uvod u kontinentalno pravo koji je sada dostupan čitaocima koji su upoznati sa tradicijom *common law*, ali i obrnuto.

„U knjizi *Sudije, zakonodavci i profesori prava*, profesor Raul van Kanegem, belgijski naučnik koji je dugi niz godina svojim znanjem iz evropske pravne istorije uspeo da reši mnoge dileme ranog *common law*-a, iznosi brojne primere odvajanja engleskog prava od mejnstrima zapadne pravne kulture (...). Van Kanegem vidi razlike kao rezultat suštinskih političkih zbivanja koja su uticala na to da u kritičnom trenutku pravne istorije neke zemlje, kada se formirao nacionalni pravni sistem, u tom procesu presudno bude ili sudstvo, ili zakonodavstvo, ili pravna nauka." (*Times* – Dodatak za visoko obrazovanje).

„Ova knjiga donosi fascinantne uvide u oblast prava o kojoj se često pisalo. Njegov jasan i lucidan stil čini knjigu užitkom za čitanje (...), koja se definitivno

preporučuje svima koji su zainteresovani za pravnu istoriju, uporedno pravo ili pravni sistem uopšte." (*Malayan Law Review*)

Raul van Kanegem je profesor srednjovekovne istorije i pravne istorije na Univerzitetu u Gentu. Od ranijih radova objavio je *Rođenje engleskog common law* (Kembridž, 1973, drugo izdanje 1988) i *Istorijski uvod u privatno pravo* (izdanje na engleskom jeziku, Kembridž, 1992).

BELEŠKA O PREVODIOCU

Prof. dr Stevan Lilić (www.slilic.com), redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu (1997–2014) i Fakulteta pravnih nauka Univerziteta Donja Gorica (od 2009) i međunarodni ekspert za upravno pravo i upravno procesno pravo, evropsko upravno pravo, ekološko pravo, javnu upravu i pravnu informatiku. Objavio preko 350 naučnih i stručnih radova, monografija, studija i eseja, udžbenika, komentara zakona i priručnika iz oblasti upravnog postupka i upravnog spora, reforme javne uprave, ustavnog prava, ljudskih prava i ekološkog prava, između ostalog, *Administrative Law in Serbia*, *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku*, *Upravno pravo Crne Gore*, *Ekološko pravo* i dr. Osnivač i član Komiteta pravnika za ljudska prava (Yucom), Evropskog pokreta u Srbiji (Epus), udruženja Pravnici za Demokratiju (LawDem). Član Znanstvenog savjeta Instituta za javnu upravu Hrvatske (2021).

Predavač po pozivu i gostujući istraživač na univerzitetima u SAD (Pitsburg, Kalifornija – Berkli, Minesota), Italiji (Rim, Udine, Parma), Švedskoj (Orebro); Norveškoj (Oslo); Rusiji (Novosibirsk), Budimpešti (Centralnoevropski Univerzitet), Diplomatska akademija (MSP) i dr. Bio je predavač po pozivu na Pravnom fakultetu Univerziteta Alma Mater Studiorum u Bolonji (osnovan 1088). Organizovao i učestvovao na brojnim svetskim kongresima, međunarodnim,

regionalnim i domaćim konferencijama i stručnim skupovima (Pariz, Madrid, Rim, Ženeva, London, Atina, Bon, Bukurešt, Peking, Tokio, San Francisko, Čikago, Pitsburg, Melburn, Meksiko).

Rukovodio i učestvovao kao ekspert u naučnim i istraživačkim projektima većeg obima, između ostalih „Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije" (od 2010, objavljeno 10 godišnjih zbornika radova na 4000 stranica, sa preko 250 objavljenih priloga); „Pravni kapaciteti za evropske integracije Srbije" (2005–2009), „Crna Gora u XXI stoljeću" (CANU, 2010) i dr. Organizovao i sprovodio kurseve inovacije znanja o upravnom postupku za državne službenike i lokalnu samopravu uz podršku Evropske unije, Saveta Evrope, OEBS-a, švajcarske i holandske vlade (Srbija, Bosna i Hercegovina).

Generalni sekretar Udruženja pravnika Jugoslavije (1992–2000), inicirao i organizovao „Budvanske pravničke dane". U okviru projekta „Dobra parlamentarna praksa" u organizaciji East West Instituta (Albanija, Srbija, Crna Gora, BJR Makedonija, Bosna i Hercegovina), bio na čelu delegacije iz Srbije. Narodni poslanik i rukovodilac Odbora za ustavna pitanja Skupštine Srbije i Skupštinske komisije za izradu novog ustava Srbije (2001–2003). Kao nezavisni ekspert, član Odbora za ustavna pitanja Autonomne pokrajine Vojvodine (2013–2016).

Rođen u Beogradu, osnovno i srednje obrazovanje stekao je u Beogradu, Njujorku i Kopenhagenu. Diplomirao 1972. godine kao student generacije na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu. Magistarski rad „Teorijske osnove pravnih informacionih sistema" nagrađen Oktobarskom nagradom Grada Beograda. Naučnoistraživački rad na doktorskoj disertaciji obavljao na Boalt Hall School of Law University of California

(Berkli) i na Columbia University Law School (Njujork). Naučni stepen doktora pravnih nauka stekao je 1981. godine odbranom, summa cum laude, disertacije: „Odnos uprave i građana. Govori engleski, španski i danski, služi se italijanskim, francuskim i nemačkim jezikom.

SADRŽAJ

Predgovor 5

Napomena prevodioca 9

1. *COMMON LAW* JE DRUGAČIJE: DESET ILUSTRACIJA 11
   1.1. Dvosmislenost pojma „pravo” 12
   1.2. Žalba: novija tekovina 15
   1.3. Englesko pravo kao „mreža bez šavova” 18
   1.4. Pravilo strogog tumačenja 30
   1.5. Zemlja bez ustava 35
   1.6. Posledice parlamentarnog apsolutizma 42
   1.7. Nesistematičan razvoj krivičnog prava 48
   1.8. Postupak i presuda u krivičnim stvarima 51
   1.9. Nekodifikovano pravo 58
   1.10. Pravnici nisu neophodni 74

2. KO STVARA PRAVO: SUDIJE, ZAKONODAVAC ILI PROFESORI PRAVA 89
   2.1. Neke važne činjenice 89
   2.2. Prva hipoteza: „duh naroda”. 94
   2.3. Druga hipoteza: autoritarno rimsko pravo i demokratska Engleska 96
   2.4. Treća hipoteza: „politička istorija” 109

3. ODVOJENI PUTEVI *COMMON LAW* I CIVILNOG PRAVA 143
   3.1. Common law i civilno pravo se razilaze 144
   3.2. Putevi ostaju razdvojeni 149
   3.3. Koje se pravo odvojilo 156

4. KOJE JE PRAVO BOLJE: SUDSKO, ZAKONSKO ILI PRAVO PRAVNE NAUKE 161
   4.1. Sudije – laici i profesionalci 166
   4.2. Sudovi i njihovi tvorci 185

4.3. Kodifikacija kao oružje protiv sudija 193
4.4. Profesori prava služe onima na vlasti 197
4.5. Osam kriterijuma dobrog prava 200

Registar imena 215

O knjizi i autoru 221

Beleška o prevodiocu 223