

УДК 340.134:347(497.11)“1844“ ; 340.136:347(497.11)“18“

Др Сима Аврамовић*

СРПСКИ ГРАЂАНСКИ ЗАКОНИК (1844) И ПРАВНИ ТРАНСПЛАНТИ – КОПИЈА АУСТРИЈСКОГ УЗОРА ИЛИ ВИШЕ ОД ТОГА?

Српски грађански законик (СГЗ) из 1844. године се у литератури најчешће препише као скраћена верзија аустријске кодификације из 1811. године, а његов творца Јован Хаџић се у најбољу руку квалификује као учени комиталајор или чак „којиста“. Уз то, приговара му се што је својом кодификацијом допринео распадању породичне заједнице, ускратио наследно право ћеркама, женама ограничио пословну способност, итд. Циљ овог рада је да се објасни како и зашто су настали ти стереотипни ставови и да се барем донекле таква априорна претпоставка преиспитају. У раду се анализира више специфичних карактеристика СГЗ-а, које су од значаја за потврђивање или оповргавање поменутог виђења.

У раду се сагледавају обим законика (који је за време краћи од аустријског), његове уводне одредбе (које су и по броју и по садржини добрим делом различите од аустријског модела), снажан ослонац на обичајно право, неспорно присуство елемената других правних система (непосредне рецепције римског права, утицаја Француског грађанског законика, црквеног права, па чак и шеријатског османског права), као и специфичности његовог језика и терминологије. На основу свих тих показатеља и поређења с аустријском грађанском кодификацијом, закључује се да су оцене СГЗ-а као лоше скраћеног аустријског узора великим делом преишране. Анализа показује да је Хаџић био веома образован, вешт и интелигентан правник, који је умео да модел законика на који се уледао у великој мери и у веома важним аспектима прилагоди потребама српске средине, због чега СГЗ има много више оригиналних обележја него што се до сада исцрпљено.

Кључне речи: Српски грађански законик. – Аустријски грађански законик. – Code civil. – Обичајно право. – Упоредна правна традиција. – Правни трансплантација.

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, sima@ius.bg.ac.rs

1. РОЂЕЊЕ И ОСПОРАВАЊЕ ЗАКОНИКА

Српски грађански законик (СГЗ) донет је 25. марта 1844. године као једна од првих модерних дуговечних европских кодификација насталих у XIX веку.¹ Већ је то, само по себи, веома вредно достигнуће малене Србије која је тек стасавала као држава, поготово када се има на уму да се наредних 100 година СГЗ задржао као важећа кодификација у земљи чији је општи развитак далеко превазишао време у коме је она настала. Но, укупан став наше правничке јавности према овој творевини Јована Хацића је углавном био и остао не претерано позитиван, а често и прилично омаловажавајући. Већ у време доношења СГЗ је дочекан уз много критика и оспоравања. Потом је крајем XIX и у првој половини XX века био изложен и артиљеријској и снајперској паљби из пера веома угледних српских правника (у погледу начелних питања и у појединостима). Друга половина XX века била је обележена углавном незаинтересованим и некритичким прихватањем већ изграђених клишеа о манама СГЗ-а, практично без значајнијих новијих истраживања, са изузетком неколико текстова у два зборника посвећена 150-годишњици његовог настанка.² Ти

1 Могло би се рећи да СГЗ представља четврти значајни, модерни европски грађански законик у првој половини XIX века. После прва два кодификаторска ремек-дела у тој грани права – француског *Code civil* (CC, 1804) и аустријског *Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie* (ABGB, 1811), од дуготрајнијих и утицајнијих је пре српског донет још само Холандски грађански законик (*Burgerlijk Wetboek*, BW, 1838). Тај законик био је под снажним утицајем француске грађанске кодификације, али ипак с довољно одступања да се може сматрати прилично оригиналним. Доживео је махом техничке корекције 1947. године, а тек 1992. године је озбиљно реформисан, вид. детаљније Gerrit Meijer, Sjoerd Y. Th. Meijer, „The Influence of the Code Civil in the Netherlands“, *European Journal of Law and Economics*, 14, 3/2008, 232. Сва ова четири законика из XIX века су дуго остала у примени, за разлику од неколико ранијих кодификаторских покушаја. Међу њима се нарочито истиче *Галицијски законик* из 1797. године, који В. Браунедер често промовише као први европски грађански законик, Wilhelm Braunerder, „Europas erste Privatrechtskodifikation: Das Galizische bürgerliche Gesetzbuch“, *Naturrecht und Privatrechtskodifikation* (Hrsg. Н. Barta, R. Palme, W. Ingenhaeft), Wien 1999, 303–320. Ипак, то је био само „пробни законик“ у припреми аустријског, а сам Браунедер каже да је АГЗ у ствари био „друго издање Грађанског законика за аустријску провинцију Галицију у Пољској“, „The ‘first’ European Codification of Private Law: the ABGB“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 63, 5-6/2013, 1019–1026.

Поред та четири, у првој половини XIX века донето је још неколико грађанских законика који су представљали скоро дословно преузимање француског узора (што се десило и с првим грађанским законима у више држава на америчком континенту), али су ови европски убрзо нестали са историјске позорнице заједно са државицама на југу Италије које су их донеле (нпр. Грађански законик Краљевства Сицилије). Овде не убрајамо ни оне државе или територије које су у потпуности или скоро у целости прихватиле француски законик (Белгија, Луксембург, Холандија, док су били под Наполеоновом влашћу, а касније и неки швајцарски кантони, као ни *Баденски законик* из 1810. године, јер већ у самом његовом називу стоји да је то *Code Napoléon* који се примењује као *Landrecht für das Großherzogthum Baden*). Из сличних разлога међу четири значајна и дуготрајна законика из прве половине XIX века не убрајамо ни кодификације појединих швајцарских кантона (Берн, Луцерн, итд.) и територија под влашћу Хабзбуршке монархије који су практично преузели АГЗ.

2 *Сто ђедесет ђ година од доношења Српског грађанског законика 1844–1994*, САНУ, Београд 1996 (у даљем тексту: *150 ђ година САНУ*) и *Сто ђедесет ђ година од доношења Српског грађанског законика 1844–1994*, Правни факултет Нишу, Ниш 1995 (даље: *150 ђ година Ниш*).

стереотипи се сведе на неколико тврђњи које су ушле и у велики број уџбеника српске правне историје: да је СГЗ скраћени превод Аустријског грађанског законика (АГЗ), да је Хаѿић разорио породичну задругу и занемарио обичајно право, да је установио неповољан правни положај жена, итд. Циљ овог рада је да се, уз ослонац на истраживања обављена у оквиру пројекта Макс Планк Института за европску правну историју у Франкфурту,³ првенствено покуша утврдити да ли је Хаѿић заиста био само преводилац и компилатор АГЗ-а, тј. да ли је СГЗ заиста само обичан трансплант, такорећи копија АГЗ-а (као што су многе касније грађанске кодификације у XIX веку то заиста биле, скоро потпуно преузимајући француски СС) или ипак представља нешто више од тога.

У овом тексту се неће ближе залазити у необичне путеве кроз које је пролазила рана идеја о настанку грађанске кодификације у време кнеза Милоша Обреновића, о томе како је коначно избор пао на АГЗ као узор за српски законик, а не на француску кодификацију, о разним домаћим и страним утицајима на такву Милошеву одлуку, па ни о томе ко су све били несудођени писци – преводиоци нашег првог (и јединог) грађанског кодекса. Пут је водио од недовољно вичног Георгија Захаријадеса, преко Вука Караѿића који се после извесног времена лукаво извукао од деликатног задатка да преведе СС на српски језик,⁴ неуспеха Законоправителне комисије, док најзад избор није пао на Јована Хаѿића. Остаје по страни и однос кнеза Милоша и Хаѿића, а потом, после Милошевог одласка из Србије, и неслагање Хаѿића, кнеза Александра Карађорђевића и нарочито Државног савета у погледу појединих важних питања која се регулишу у кодификацији. Доста тога се рефлектовало на коначан изглед СГЗ-а, али истраживање свих тих и низа других питања мора се анализирати много свестраније него што би то овде простор дозвољавао.⁵ Овде ће се првенствено сагледавати шта се Хаѿићу понајвише приговарало у вези с његовим кодификаторским подухватом и у којој мери су ти приговори били оправдани.

Прве оптужбе и жестоке критике Хаѿића и његовог дела јавиле су се већ прве године по доношењу Законика из пера младог српског правника из Мађарске Павла Шероглића.⁶ Он најпре оспорава Хаѿићев рад због начина на који је преузимао АГЗ и свој текст започиње речима:

3 Sima Avramović, „The Serbian Civil Code of 1844: a Battleground of Legal Traditions“, *Konflikt und Koexistenz. Die Rechtsordnungen im 19. und 20. Jahrhundert*, Bd. II – Serbien und Bosnien-Herzegowina, Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Mein 2015 (im Druck).

4 Задатак који му је дао Милош био је само да преведе СС „од ријечи до ријечи, само да се разуме“, па би после комисија „изабрала шта је за Србе“, Алекса С. Јовановић, „Рад на ‘торжественим законима’“, *Архив за ѿравне и друшћивене науке*, 8, 4/1909, 17. Ипак је то очигледно био претежак задатак и за Вука, с обзиром на специфичност правне терминологије. Није сасвим јасно коме је од ове двојице тај задатак прво био поверен, али се чини да су га обојица добила у приближно исто време.

5 Тим и још неким другим важним темама је посвећено више пажње у монографском тексту овог аутора на енглеском језику наведеном у фн. 3.

6 Павел Шероглић, „Преглед Законика Грађанског за Књажевство Србију, 25. марта 1844. обнародованог“, *Нови Сад, Бачка вила* 4/1845, 114–187.

„Који преузме да Законик Грађанскиј за Књажевство Србију сравни са Законима Грађанским за Аустријске Немачке наслједствене земље; тај ће наћи, да су не само поједини §§, него и читаве Главе из књиге Закона Грађански Аустријски преведене и узете у Законик Грађанскиј за Србију“. Али, Шероглић не замера само то, већ одмах указује и на поједина решења у СГЗ која сматра погрешним, а потом наставља: „Није пак опростити, што је узевши Законе Аустријске по већој части у Законик Грађанскиј за Србију, ред у Књизи Грађански Аустријски Закона набљудавани, у Србском Законику с тим поквиарен: што су више њи Параграфа (§§) Аустриски у *један сабијени* 1); поједини *иак на више њи разцејљени* 2); што су неки §§ Аустриски *скраћени* 3); неки пак у слогу и природном смислу своје *иокварени* 4); неки особито важни прескочени и сасвим изостављени. Овако прекројен из Аустријски Грађански Закона није могао Законик Грађанскиј за Србију другојачије испасти, него скушен и недостаточан“.⁷

Хаџић је кратко одговорио на ове оптужбе, више успут, уз свој одговор Вуку Караџићу у њиховим лингвистичким размирицама, одређујући Шероглићев текст као „ђачки“ (очигледно алудирајући на његово правничко неискуство).⁸ Изгледало је као да је Хаџић лако преживео овај први удар, али су се касније многи критичари позивали баш на Шероглићеве осуде, коликогод оне биле не баш сасвим утемељене.

Међутим, следећи рани критичар који је пољуљао ауторитет Хаџића и његовог дела био је угледни професор права Димитрије Матић. Ипак, његове замјерке се мање тичу Хаџићевог односа према АГЗ-у. У свом чувеном (и једином) коментару СГЗ-а, Матић му, напротив, много више оспорава то што је, насупрот аустријском изворнику, унео решења која ограничавају наследно право ћерки и уопште због решења којим се уводи неравноправност полова, јер то нарушава „природну правицу“, што „ниједан Законик иоле изобрааженог света не чини“.⁹ Он не приговора Хаџићу ни због тога што је породичној задрузи посветио посебну главу (XV), напротив. И поред романтичарског ла-

7 П. Шероглић, 114–116.

8 Јован Хаџић, *Уџук III језикословни. О језику и њавојису србском*, Нови Сад, Бачка вила 5/1846, 64–68. Издавач је од Шероглића тражио одговор на Хаџићеве опаске, али оне нису никад објављене, јер следећи бројеви тог кратковечног часописа нису више излазили. Шероглић због тога издаје књижицу са даљим осудама Хаџића у погледу појединих решења (од чега су бројне примедбе само поновљене), тврдећи да су многе норме у СГЗ-у неадекватне. Ипак, у основи прихвата став да АГЗ треба да буде узор српском законнику. Павле Шероглић, *Рейлика на одјовор јосјодина Милоша Цвџића у Уџуку III језикословном или Прејлед II Законика грађанској за Србију*, Нови Сад 1847 (репринт Београд 2004).

9 Димитрије Матић, *Објасненија Градјанској законика за Књажевство Србско*, I–III, Београд 1850–51, 540–543. Његов пледоаје за једнакост мушких и женских потомака као да је више био упућен српској јавности, јер показује колико је Матић свестан да је било тешко унети у законик решења која би била супротна доминантном осећају у народу и обичајима. Уосталом, о чему ће касније још бити речи, сам Хаџић се и те како залагао за равноправност полова у Законику, али је у коначној редакцији превагнуло мишљење Државног савета да је прерано уносити тако корените промене у српско друштво.

ментирања о томе како је задруга лепа и корисна правна установа,¹⁰ он не напада Хаџића ни због одредби о подели задруге. Ни Шероглић пре Матића није износио примедбе због могућег утицаја СГЗ-а на процес распадања задруге, због чега ће касније Хаџић трпети најжешће оптужбе.

Други важан вал оспоравања је наступио у другој половини XIX века, понајвише подигнут од Николе Крстића.¹¹ Он је, најпре, при објављивању „Протокола шабачког магистрата“, у Предговору прилично оштро писао да је „грешно, јако грешно, што се код нас усвојише закони са стране без икаква обзирања на народне појмове, обичаје и потребе“.¹² Том приликом је међу првима истицао да је потребно донети нови грађански законик за Србију, припремио своје примедбе (које за живота није објавио),¹³ и тиме добрим делом утицао на то да је 1872. године Министарство правде покренуло поступак за ревизију СГЗ-а. Тада је Министарство сачинило и детаљну анкету међу судијама окружних судова, у настојању да утврди који су најзначајнији пропусти важеће кодификације.¹⁴ Крстић је са своје стране 1873. године сачинио нацрт новог грађанског законика,¹⁵ али је и сам истицао да је пре ревизије потребно претходно на политичком нивоу решити нека важна питања (да ли изједначавати мушку и женску децу, да ли „неговати“ породичну задругу, да ли увести баштинске књиге, итд.). На крају је пресудио Државни савет, који је стао на становиште да СГЗ још не треба темељно мењати кроз ревизију, већ да су довољне измене и допуне које су већ биле донете, којима би се и убудуће могло прибегавати. Тако је СГЗ преживео први озбиљан удар који му је угрозио опстанак.

Трећи и најжешћи талас критике је оставио најдубљи траг на данашње убичајено, претежно критички настројено, клишеирано сагледавање Хаџићевог доприноса и особина СГЗ-а. Тај налет је уследио крајем XIX и у првој половини XX века и то из пера најеминентнијих српских правника. На пример, неприкосновени цивилиста на прелому два века Андра Ђорђевић сматра да је СГЗ „само лош извод Аустријског законика“, углавном се позивајући на Шероглићеву критику и аргументе.¹⁶

10 „Кад погледамо како живи наш народ по свим српским земљама, где га год има, милина нас нека обузима, кад га видимо понајвише у задрузи, кад видимо домове, у којима породица од двадесет и више глава у заједини и тврдој свези живи...“, Д. Матић, II 679–680.

11 Међу узгредним, али не жестокиим критичарима се нешто касније нашао и Глигорије-Гига Гершић, „Природа државине и основа њене правне заштите са критичким погледом на наш Грађански законик“, *Гласник Српској ученој друштва*, 64/1885, 100–105, који је истакао да је СГЗ „страна биљка која је механички накалемљена на наш народни правни живот, па му не одговара.“

12 *Протокол шабачкој магистратуи 1808–1812*, *Гласник Српској ученој друштва*, Београд 1868.

13 Објавио их је тек Гојко Никетић у *Др Никола Крстић, Споменица издана приликом скупљања у живој задужбини њокојникове*, СКА, Београд 1908.

14 Томица Никчевић, *Посланик и њокушај њреде Грађанској законика Кнежевине Србије*, Споменик САНУ, Београд 1971, 33–100.

15 Т. Никчевић, 100–120.

16 Андра Ђорђевић, *Систем њривајноја (грађанскоја) њрава Краљевине Србије у вези с међународним њривајним њравом*, Београд 1893 (1910), 40.

Потом на сцену ступа професор Драгољуб Аранђеловић, један од највећих тадашњих ауторитета у области приватног права и преводилац АГЗ-а на српски језик. Он не пропушта прилику да свој предговор преводу аустријског Законика започне екстензивним цитирањем Шероглићевог критичког текста о СГЗ-у (који је овде већ наведен) и то *ad verbum*, уз набрајање свих Шероглићевих замерки у погледу појединих законских решења. Аранђеловић је исписао и најубитачније реченице о српској грађанској кодификацији, које као да су представљале *coup de grâces* од кога више опоравка тешко да је могло бити. У једном свом тексту о праву представљања у наследном праву, који је био објављен у *Гласу љрава судсџва и администџрације* 1903. године, али потом пренет и у његове утицајне *Расџраве из љривајноџ љрава* 1913. године, он каже дословце: „Наш грађански законик правнички је уникум првог реда. Мучно да би се могао нађи још који редактор закона, код кога би се толико испољила неспособност за састав законика, као што је то код редактора нашега законика. Без јасних правних појмова, без система, оскудицом прецизних израза и недовољним регулисањем најважнијих правних института, наш је законик права срамота за правнички свет у Србији“.¹⁷ Уз то у *Расџрави*, на другом месту, није пропустио да подвуче се „наш грађански законик од 1844. године наслања готово у свему на аустријски“,¹⁸ а све то на линији његовог начелног става да СГЗ није уважавао обичаје и потребе српског народа.

Све своје незадовољство, па рекло би се и нетрпељивост, Аранђеловић исказује не баш претерано бираним речима на још једном месту: „Јер наш грађански законик најгори је од свију законика, који су икад у ослобођеној Србији донесени, а односи који се њиме регулишу, тако важни и толико угрожени законском нејасношћу и многобројним празнинама, да нам је један добар грађански законик насушна потреба“. Потом додаје и ауторитет Богишића који цитира реченицу једног судије Касационог суда у Србији „да смо у многим случајевима поред закона без закона, јер људи, па често и саме власти не разумеју закон“. Своју критику наставља увелико познатом поентом о неприлагођености законика потребама српског народа: „А како је друкчије и могуће, кад је већина његових уредаба установљена или без икаквог обзира на свакидашње одношаје живота српског народа или у смеру њима управо противну“. Најзад поентира, залажући се здрушно за стварање новог законика: „Према оваквом стању ствари јасно је, да наш законик из основа не ваља, и да не може постати бољим ни коренимом ревизијом појединих његових одредаба, јер кад основа не ваља, онда не помаже поправљање и измењивање појединих делова. За то је управо боље говорити не о ревизији грађанског законика, већ о кодификацији нашег приватног права, о потпуном укидању садашњег грађанског законика и доношењу другога, бољега“.¹⁹ Јер, сматра он, Србија не

17 Драгољуб Аранђеловић, *Расџраве из љривајноџ љрава*, Београд 1913, 145 фн. 10 (изворно објављено у *Глас љрава судсџва и администџрације* 15/1903).

18 Д. Аранђеловић, *Расџраве из љривајноџ љрава*, 116.

19 Драгољуб Аранђеловић, „О измени нашег грађанског законика“, *Бранич* 10, 1/1904, 450–451.

би смела да се и поред толиких својих школованих правника „и даље мучи са једним наказним грађанским закоником“.²⁰

Моћном хору оних који су били незадовољни Хаџићевом творевином придружило се још једно велико правничко име и, чини се, дефинитивно определило неколико кључних примедби СГЗ-у, које се провлаче до наших дана. У једном свом утицајном чланку објављеном у *Архиву*, али и у низу других текстова, ауторитативни Живојин Перић каже да је СГЗ представљао „један јак атак на устројство Србије“, јер његов оригинал, АГЗ, није познавао ни задругу ни задружни живот. Одмах затим додаје да је СГЗ „у принципу, скраћени превод АГЗ“, што остаје до данас најчешће одређење за СГЗ. „Разуме се да, тако преведен и тако израђен, он није био ни издалека какво савршено дело: то је један законик пун непотпуности и нејасности“. Потом се и Перић залаже за ревизију, или боље, нову кодификацију.²¹

Најзад, на све то, и Слободан Јовановић, који ипак има више разумевања за Хаџића (поготово у погледу оптужбе да је „разорио задругу“), истиче да је СГЗ „скраћено издање“ аустријског законика²² и ту квалификацију већина савремених аутора сматра коначном. Хаџић је тако постао симбол човека који је извршио удар на традиционалне народне институције,²³ парадигма лошег законодавца, преписивача и неуспешног компилатора, а сам СГЗ се доживљавао као један мање-више лош и скраћен превод аустријског изворника.

Континуитет таквог стереотипног гледања на писца српске грађанске кодификације и на његово дело је скоро потпун до наших дана међу савременим српским правницима, па и правним историчарима.²⁴ Негативне оцене су се

20 *Ibid.*, 456. У овој реченици као да је сублимирано не само Аранђеловићево незадовољство СГЗ-ом, него се назире и главни разлог за то – чињеницу да је СГЗ био умногоме превазиђен после шест деценија (што не значи да је за своје време био толико лош). Штавише, главне примедбе због начина на који се регулише породична задруга и због наводног непоштовања обичајног права, нису уопште биле тако гласне непосредно по његовом доношењу. Напротив, једна од најважнијих критика савременика се односила на прихватање традиционалног гледишта о неједнакости полова. А да СГЗ није био ни баш толико неподношљив за касније, промењене друштвене односе говори и околност да је преживео и био успешно примењиван, уз мање измене, још четири деценије после овог Аранђеловићевог текста. Додуше, преживљавању СГЗ-а је допринело избијање Првог светског рата, а потом стварање нове, вишенационалне заједничке државе, у којој није било лако постићи консензус о многим стварима, па ни о новом грађанском законнику који би важио у целој земљи. О томе више у раду наведеном у фн. 3.

21 Живојин Перић, „Један нов рад на кодификацији приватног права“, *Архив за њавне и друштвене науке*, 10, 6/1911, 409–423.

22 Слободан Јовановић, „Јован Хаџић“, *Из наше историје и књижевности*, Београд 1931, 45.

23 Тако су га доживљавали и неправници. Чак је и Скерлић у кратком енциклопедијском тексту о Хаџићу сматрао важним да помене став Слободана Јовановића, да „као год што је у питању правописа војевао противу народног говора, тако је у области законодавства војевао противу обичајног права“, Јован Скерлић, *Историја нове српске књижевности*, Београд (1914) 2009, 153.

24 Занимљиво је питање због чега су критике биле тако снажне и зашто су се тако упорно одржале до данас. У монографији поменутој у фн. 3, анализирају се могући разлози. У првом таласу је непопуларност Хаџића због сукоба с Вуком око језичких питања (па и

углавном понављале и приликом обележавања 150 година од његовог доношења, мада су се могла назрети и прва настојања да се таква слика бар мало коригује у појединостима.²⁵

Нема сумње да су многе од наведених примедби које су се износиле на рачун СГЗ-а оправдане. Појединачне позитивне оцене извесних аспеката Хаџићевог дела су биле тек спорадичне. Ипак, чини се да су многе од замерки биле претеране, макар долазиле од великана српске правне науке. То се поготово односи на општеприхваћену примедбу да је Хаџић само превео и скратио АГЗ, са изузетком одредби о породичној задрузи, наследном праву ћерки, правном положају жена, итд. Чини се да је коначно дошло време да се бројне преоштре и претеране оцене преиспитују. Овде ће се само скицирати који су све разлози који би могли говорити против генералног, скоро аподиктичног става да је Хаџић био само „добро школовани копииста“ и да „није показао у законодавству конструктиван дух“.²⁶ Више момената указују на то да је СГЗ многим својим елементима био битно другачији од изворника, а умногоме и прилично оригиналан кодификаторски подухват.

2. ОБИМ ЗАКОНИКА

Сама чињеница да аустријски изворник има 1502 члана, а српска грађанска кодификација свега 950 односно да је за трећину мања, на први поглед потврђује запажање да је СГЗ скраћена верзија АГЗ-а. Већ и сам такав захват подразумева приличну креативност, велико знање, интелигенцију и приличну слободу онога ко се тог посла латио. Скраћивање при том углавном није било механичко нити лако мислено. Био је неопходан велики интелектуални

његово пречанско порекло, што Шероглић неувијено наводи у *Рејлици* из 1847) могла допринети априорном негативном ставу и према његовом делу. Главни разлог за други талас критика који је нанео понајвише штете СГЗ-у и Хаџићу је скоро сасвим јасан – после 60 и више година СГЗ је већ једним својим делом био превасиђен динамичним развојем друштва, али и новим грађанским кодификацијама које су се у међувремену појавиле у свету (пре свега немачким и швајцарским). Због тога је било разумљиво што су водећи српски цивилисти заступали становиште о ревизији СГЗ-а, па и његовој потпуној замени новим закоником, а сами очигледно нису имали снаге да то изведу. А у другој половини XX века, у комунистичкој држави, интересовање за СГЗ је сасвим спласнуло, тако да се наслеђени клише о СГЗ-у некритички само даље преносио с генерације на генерацију.

- 25 Међу ретким ауторима који су покушали да макар делимично коригују постојеће клишее у литератури су Андрија Гамс, „Значај Српског грађанског законика“, *150 година САНУ*, 18; Владимир Водинелић, „Сто педесет година касније: шта је још живо у Српском грађанском законнику?“, *150 година САНУ*, 395; Мирјана Стефановски, „Кодификаторски рад Валтазара Божића и Јована Хаџића“, *150 година САНУ*, 126, 133; Љубомирка Кркљуш, „Породичне задруте у СГЗ и у законодавству Војне границе“, *150 година САНУ*, 349. Постојало је још неколико ретких текстова с повољнијим оценама Хаџића и СГЗ-а, међу којима се истичу Владимир Капор, „Јован Хаџић као писац закона у Србији“, *Зборник Мајшице српске за друштвене науке* 1/1974, 10–22; Јожеф Салма, „Српски грађански законик и облигационо право“, *Зборник Правној факултету у Новом Саду* (даље у тексту: *Зборник ПФНС*), XXX-VIII, 2/2004, 315.
- 26 С. Јовановић, 45. Детаљнија аргументација којом се поткрепљују ставови који следе садржана је у поменутој монографији овог аутора.

напор, правничка ширина, па и инвентивност да се за једну слабије развијену средину сачини законик који се угледа на „старијег брата“, али који мора бити прилагођен потребама и општем нивоу средине којој је намењен.²⁷ При том се не сме заборавити да је Хаџић имао недвосмислен налог кнеза Милоша да сачини јасан, разумљив и кратак законик, а по угледу на аустријски,²⁸ који ће између осталог одражавати и народну обичајну традицију. Ова „немогућа мисија“ се могла успешно окончати само тако што би се изоставиле високо развијене правне установе и крајње детаљно регулисање појединих институција, али и сажимањем оних одредби које су се могле свести у један члан законика. А то је, само по себи, већ велики интелектуални и стручни изазов. Шта изоставити, шта и како повезати и спојити, одлуке су које нису само техничке природе, већ захтевају дубоко промишљање, одлично познавање права, као и потреба средине за које се законик саставља, а тиме свакако и одређени степен професионалне храбрости, одважности и одговорности. Све то несумњиво даје извештан степен оригиналности овом подухвату. У нашој литератури није довољно истакнута ни чињеница да СГЗ спада међу најкраће грађанске кодификације, поготово у односу на СС који је имао 2.281 члан или Холандски од 2.030 чланова, који су једини од значајнијих законика претходили његовом доношењу (наравно, поред АГЗ-а).²⁹

- 27 Овде се по ко зна који пут отвара питање правних трансплантата из високо развијених држава и правних система у оне које су на неупоредиво нижем степену општег развитка. Вотсон је на то питање дао одличан одговор – да је при том процесу од кључног значаја приступ ствараоца права, који ће ипак уважавати специфичну правну културу државе примаоца, као и избор система који је прикладан за позајмљивање, А. Вотсон, *Правни франсиланџи*, Београд 2000, 163. Један од важних услова за успех транспланта је, према његовом мишљењу, и степен селективности. У томе је Хаџић био прилично успешан јер је, и као правник практичар – адвокат у Новом Саду, добро познавао све корисне особине и мане АГЗ-а.
- 28 Тај Милошев захтев је разумљив, поготово с обзиром на дебакл с претходним покушајем превођења Француског грађанског законика. Детаљан помен карикатуралних терминолошких дилема које су се тада појављивале, које је у форми анегдоте касније помињао и Слободан Јовановић, Хаџић детаљно описује у својим мемоарима, преносећи речи Лазара Зубана: „Па смо се чудили кад смо наишли у грађанском законуку на *servitut*, јер смо по граматичном смислу држали да је то ропство. Бавећи се око тога ропства, позовемо једнога Пољака, који се десио онде у Крагујевцу, и кога смо држали да је човек вешт у законима, те га запитамо да нам протолкује шта је то код Француза *servitut*? А он нам одговори: „Зар Ви то не знате? И Ви бисте желели да пишете законе? *Servitut* је покорност, а покорност је *servitut*. Збогом!“ – Па се окрене и оде. Тако смо, вели, са свима странама речма, које нису биле немачке, пролазили. Тако кад наиђосмо, вели, на реч '*hypotheca*' мучили смо се доста око ње, док се, вели, ја нисам досетио да то мора бити типографска погрешка место апотека. О овој *хийотхеки* и *ајотхеки* тако ми је већ пре тога једном приповедао Вук Стеф. Караџић у Бечу да се тако догодило“, Јован Хаџић, „Спомени из мојега дневника“, *Огледало српско за језик, џовесницу, и смесу књижевну од дра Јована Хаџића у књижевству названоја Милоша Свејића*, I/1864, приредила Љиљана Суботић (у штампи).
- 29 Веома би било занимљиво детаљније сагледати извесне паралеле које се уочавају на први поглед у вези с доношењем холандске и српске грађанске кодификације, насталим у приближно исто време. Мада се за Холандски грађански законик такође обично говори да је углавном скраћена верзија Наполеоновог СС, савремени аутори указују на озбиљна одступања и сматрају да је такво гледање на холандски *Burgerlijk Wetboek* из 1838. године

Али, упоредо са скраћивањем, Хаџић је и додавао не мало важних новина. То се пре свега односи на неопходност детаљног регулисања породичне задруге, чему се морало посветити доста простора (чак више од 20 чланова, чл. 507–529). Осим тога, Хаџић у своју кодификацију уноси и значајне начелне, рекло би се теоријске доприносе у односу на АГЗ. Он то чини када на самом почетку уводи члан у коме наводи да се норме овога законика заснивају на „правди и правци“ (чл. 2), а потом и читав одељак Б) под називом „Основне црте правде и правце у законима грађанским“ (чему посвећује 20 чланова, чл. 15–35), о чему у изворнику нема ни помена. Тако је Хаџић, само у ова два случаја, обогатио СГЗ за више десетина нових норми, учинивши свој грађански законик, макар у том делу, сасвим другачијим од његових савременика.³⁰ О другим важним особеностима тек ће бити речи.

Све у свему, већ на основу тога би се могло закључити да је Хаџић пред себе ставио знатно амбициознији задатак од пуког превођења и скраћивања АГЗ-а. Мада се не може спорити да у добром делу СГЗ представља кондензовани АГЗ, модификације које је уносио Хаџић дају српској кодификацији значајну дозу оригиналности. Због тога је исувише грубо и нетачно сматрати Хаџића само за обичног „кописту“ или кројача који је механички секао, па потом избацивао или спајао делове изворника.

3. УВОД ЗАКОНИКА

Следећи крупан разлог који говори против поменуте предрасуде о Хаџићу појављује се на самом почетку српске кодификације. Њене уводне одредбе се битно разликују од аустријског узора. Оне нису скраћене или сведене на мању меру, како би се могло очекивати, већ напротив. Док АГЗ има 14 уводних параграфа, СГЗ започиње чак са 35 чланова. При том, дужина и карактер уводног дела грађанских кодификација имају веома важан правно-политички значај за одређивање укупног профила једног законика.³¹

Уводне одредбе СГЗ-а се умногоме разликују од развијенијег и старијег рођака. Оне нису само детаљније, него су и садржински различите. Док АГЗ углавном говори о општим правним питањима, обухвату законика, непостојању ретроактивности, тумачењу норми, трајању закона, итд., дотле је увод СГЗ-а знатно комплекснији и екстензивнији.

прилично упрошћено и неадекватно, Gerrit Meijer, Sjoerd Y. Th. Meijer, „The Influence of the Code Civil in the Netherlands“, *European Journal of Law and Economics*, 14, 3/2008, 232.

30 Таквих случајева при регулисању појединих правних института има више. Примера ради, АГЗ стицању својине на дивљим животињама посвећује свега два параграфа (383 и 384), док је Хаџић то питање разрадио знатно детаљније у чл. 235–241, пошто је очигледно проценио да је оно од већег пратктивног значаја за тадашњу српску средину. Вид. ниже део о утицају римског права на СГЗ. Или, приликом дефинисања уговора о закупу, Хаџић веома детаљно и казуистички регулише честе случајеве закупа појединих ствари од значаја за руралну средину (волова, оваца, казана) у чл. 690–695, док АГЗ о томе не говори.

31 Ту чињеницу нарочито подвлачи Thomas Simon, „Inhalt und rechtspolitische Bedeutung der ‘Einleitung’ des ABGB im Kontext der Kodifikationsgesetzgebung des frühen 19. Jahrhunderts“, *200 Jahre ABGB (1811–2011). Die österreichische Kodifikation im internationalen Kontext* (ed. B. Dölemeyer, H. Mohnhaupt), Frankfurt am Main 2012, 41–69.

У основи, уводни део СГЗ-а састоји се од две целине. Прва група одредби (чл. 1–14, означена као одељак А), у приличној мери се подудару с уводним одредбама АГЗ-а, али и француског СС. Међутим, други део увода, означен као одељак Б (чл. 15–35) сасвим је изузетан и говори, као што је већ поменуто, о „праву и правди“. Тако се на први поглед примећује још једна значајна формална дистинкција – уводни део АГЗ-а био је кратак и монолитан, док је српски знатно дужи и сегментиран у два одељка.

Међутим, разлике између СГЗ-а и АГЗ-а могу се уочити и у првом одељку. Тако чл. 1 српске кодификације гласи: „Књаз у сагласију са Саветом, оснивајући се на Уставу земаљском, издаје овај Грађански законик за правац свима житељима и судовима Србије“. Може се наслутити да је Хаџић оваквом формулацијом нарочито желео да подвуче уставно утемељење законика, с обзиром на то колику је политичку важност у време писања законика имала чињеница да је Србија већ тада имала свој устав – најпре краткотрајни, либерални Сретењски из 1835,³² а потом тзв. Турски из 1838. године. Осим тога, по наглашавању односа органа власти који доносе законик, овај члан је на познат начин ближи првом ставу првог члана СС, у коме се подвлачи да га проглашава први конзул (Наполеон).³³ Насупрот томе, аустријска кодификација у првом члану сасвим неутрално дефинише појам грађанског права, а потом у чл. 2 прокламује начело да непознавање права шкоди.³⁴ Међутим, разлике између Фон Цајлера и Хаџића долазе до изражаја и на терену дефинисања самог грађанског права. Док је Цајлерова дефиниција грађанског права сасвим позитивистичка, докле Хаџић у чл. 2 при дефинисању ове гране права наглашава „право и правду“, односно идеју правде, схваћену у духу природног права.³⁵

Када уследи анализа од члана до члана, непоклапања се још више умножавају. Она су видљива, ако не увек у погледу садржине, оно скоро увек у начину формулисања норми, који је ближи језику обичног човека него професионалног правника, као и при истицању различитих елемената или приступа у сродним нормама. Нарочито важно одступање се јавља при поређењу чланова који регулишу питање обичаја као извора права. Док чл. 10 АГЗ-а каже: „На обичаје може се имати обзир само у случајевима, у којима се закон на њих позива“, дакле изузетно, докле СГЗ у чл. 10 прихвата обичаје као секундарни,

32 О политичком значају Сретењског устава и улози кнеза Милоша при његовом доношењу, у новијој литератури вид. више Сима Аврамовић, „Сретењски устав – 175 година после“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2010, 36–65.

33 „Les lois sont exécutoires dans tout le territoire français, en vertu de la promulgation qui en est faite par le PREMIER CONSUL“.

34 Michael Reiner, „Franz von Zeiller und der Code Civil Napoleons“, *Mélanges Fritz Sturm* (ed. J-F. Gerkens *et alia*), I, Liege 1999, 873 стоји на становишту да овај други члан АГЗ-а представља рецепцију из француског СС.

35 Могуће објашњење за такав Хаџићев приступ у поменутом члану нуди Антун Маленица, „Римска правна традиција у српском праву“, *Зборник ПФНС* 38, 2/2004, 129–131. О Хаџићевој посвећености природном праву вид. Александар Молнар, „Социјална мисао у позадини кодификација Јована Хаџића и Валтазара Богишића“, *150 година САНУ*, Београд 1996, 148; М. Стефановски, 132. Додуше, и АГЗ у чл. 7 придаје одговарајући значај природном праву, сматрајући га за допунски извор права.

супсидијарни извор права приликом попуњавања правних празнина, после аналогije: „Ако би се случај какви на суду појавио, за који нарочитог законом прописа не би било, онда ће се исти по општим у овом Закону постављеним основама, или општепознатом досадашњем обичају разумно и савесно решавати, никако не испуштајући из вида законе прописе за подобне случајеве“.³⁶ На страну што су упадљиво другачији стил и начин формулисања: док је у АГЗ норма кратка, сведена и концизна, докле Хаџић прибегава дескриптивном, скоро литерарном опису, с очигледном намером да пропис буде што јаснији просечном, не много образованом Србину.

Још драстичније разлике између АГЗ-а и СГЗ-а се огледају у другом одељку српског увода, који је атипичан за све тадашње грађанске законике, укључујући и француски СС, као и холандски. У поднаслову „Основне црте правде и правце у законима грађанским“ (чл. 15–35) задире се у мноштво различитих питања. Посматран у целини, могло би се рећи да тај одељак има чак нека обележја својеврсне декларације о правима и слободама, јер прокламује већи број принципа с политичким пуњењем. Због тога се може наслућивати да је овај део СГЗ-а Хаџић искористио као неку врсту супститута за главу 11 („Обштенародна права Србина“) кратковечног Сретењског устава из 1835. године, који је добрим делом управо због модерних ставова о правима и слободама, као сувише револуционаран, био замењен Турским уставом у коме таквих одредби више није било. Упадљиво је да се, прилично неуобичајено, кроз једну грађанску кодификацију, афирмишу либерална политичка начела и вредности.³⁷ На тај начин овај одељак СГЗ-а, мада је насловљен тако да упућује првенствено на грађанско право, у основи крије и извесне елементе конституционалног карактера односно на неки начин надомешћује уставне норме којих више није било у „Турском уставу“ из 1838. године. Но, без обзира на то да ли је ово запажање о малој српској прокријумчареној декларацији о правима оправдано или не, несумњиво је да је тим одељком, писаним разумљивим народским језиком и стилем, СГЗ вршио и важну образовну улогу, приближавајући обичном човеку велике савремене правно-политичке принципе и нов начин мишљења. Тако се становништво коме је СГЗ био упућен уводило у ново време и припремало за напуштање османског наслеђа. Ако је то била Хаџићева намера, а по свему судећи јесте, онда је он уистину направио озбиљан искорак у односу на друге грађанске кодификације које су му претходиле.

36 Детаљније о овом питању вид. ниже, у поглављу 7. о СГЗ-у и обичајном праву.

37 Чл. 15 – неповредивост приватне својине (укључујући и странце), чл. 16 – право на одговарајући судски поступак за заштиту повређених права („due process of law“), чл. 17 – неприкосновеност природних права („која се ником не укидају“), чл. 18 – забрана ropства, чл. 19 – принцип правне једнакости („сви су пред законом и судом равни“), чл. 20 – ограничавање експропријације, уз право на накнаду („само у случају нужде или особите опште народне потребе“, формулисан слично члану 17. Декларације о правима човека и грађанина). Затим следе бројни принципи махом из области приватног права, од којих многи имају и шири политички значај у условима трансформисања Србије из феудалне у модерну државу.

Макар само захваљујући оваквом уводном делу, СГЗ заиста представља „правни уникум“ у упоредној правној историји, али у позитивном смислу. То је вероватно једини увод у грађанску кодификацију такве врсте, који садржи и извесне елементе уставног карактера, снажно рефлектујући специфичне политичке и правне потребе свог времена и народа. Већ само због тога Хаџић не заслужује епитет простог преписивача, мада су правне позајмице из АГЗ бројне и свеprisутне. Зато је Слободан Јовановић био у праву када је, после свих критика, рекао да „он можда није био дубок политичар ни велики законодавац, али је знао вредност закона, добрих судова и уређене администрације“.³⁸ Ипак, уз све то би се, имајући на уму начин на који је Хаџић конципирао предговор СГЗ-а, морало додати да је он био интелигентан, добро образовани правник, у доброј мери чак и оригиналан, можда сувише слободан, и у изразу и у решењима, који је вешто тражио пут између налога да састави кратку и јасну кодификацију приступачну обичном грађанину и настојања да у Србију унесе дух модерних правних система.

4. КОМПОЗИЦИЈА И СИСТЕМ ЗАКОНИКА

Српски грађански законик у потпуности прихвата институционални систем поделе грађанског права, као и АГЗ и СС. Отуд он у општој структури и композицији верно прати свој изворник, али и ту има изузетака. На пример, Хаџић не користи наслове код одељака „друге чести“, који су у АГЗ-у одражавали поделу на тзв. стварна права на ствари и лична права на ствари. Вероватно да би избегао сувише компликоване правне концепте који би могли изазвати конфузију међу људима којима је Законик био намењен, а и због неразвијене српске правне терминологије, он се одлучио да те наслове једноставно избегне.³⁹ Хаџић такође, за разлику од § 859 АГЗ-а, не даје дефиницију облигација, јер је такву дефиницију вероватно из сличних разлога сматрао непотребном, а можда и контрапродуктивном.

Хаџић вишеструко преуређује други део СГЗ-а. Тако у глави о „Стварима и правима на ствари“ знатно упрошћује поделу ствари из АГЗ-а, опис појединих врста ствари поједностављује, а у неким случајевима наводи нешто другачије примере за поједине врсте ствари, како би били што разумљивији српском сељаку. Одредбе које говоре о тестаменту и питањима везаним за тестаментарно наслеђивање смешта у више глава (за разлику од АГЗ-а који се тестаментом бави у једној глави), а у оквиру одредби о наслеђивању убацује главу у којој уређује односе у задрузи. Надаље, глава XVII почиње дефиницијом уговора и одмах потом, у прилично упрошћеном облику, прелази на закључење уговора (укључујући и одредбу о закључивању уговора са задругом), не пратећи финесе које у том делу регулише АГЗ. Низ разлика се може уочити у регулисању појединих уговора у СГЗ-у и АГЗ-у, о чему у нашој лите-

38 С. Јовановић, 78.

39 Самир Аличић, „Систематика одредби о облигационим односима у Српском грађанском законик у светлу систематике Јустинијанових *Институција*“, *Зборник ПФНС*, 38/2004, 387 у томе види непосредан утицај римског права.

ратури већ постоји један веома исцрпан и илустративан рад.⁴⁰ На овом месту су само примера ради наведени поједини случајеви, али би детаљна анализа вероватно изнедрила још убедљивије резултате.

Дакле, мада није баш толико иновативан као приликом састављања уводног дела, код компоновања српске кодификације Хаџић је такође одступао од изворника, а поготово су бројна одступања у појединостима. Најчешће су она мотивисана настојањем да се норме поједноставе, али често и да се распореде на другачији начин него у АГЗ-у, што је приметно у многим деловима српске кодификације. Отуд се СГЗ и по распореду и по спољном изгледу прилично одваја од АГЗ-а, јер је редослед норми често другачији, мада је њихова садржина често идентична или веома слична. То су додатни разлози због којих се Хаџић не би смео сматрати слепим пратиоцем аустријског узора, а још мање механичким преносиоцем (преводиоцем) чланова законика из развијенијег правног система у српски. Његов ауторски додир је и у том погледу веома приметан, мада то, наравно, не значи да су његова решења боља, али су често прихватљивија правно неуком народу за који је законик писан.

5. УТИЦАЈ ФРАНЦУСКОГ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА

Одавно је примећено да АГЗ није био једини Хаџићев узор, већ да је очигледно добро познавао СС и да је поједина решења преузимао одатле. То, међутим, није била последица чињенице што је Србија прво била окренута француском законуку као свом могућем узору или због првобитне наклоности кнеза Милоша ка његовој рецепцији. Напротив. Због дебакла с покушајем да се сачини законик по узору на француски уз ослонац на превод Героргија Захаријадеса, недовољно вичног учитеља кнежевог сина, који није био правник, нити је знао француски, па га је преводио с немачког,⁴¹ као и неуспелих покушаја Законоправителне комисије, СС је убрзо био жртвован. Већ у првом писму које су Хаџић и Лазаревић послали Милошу, када их је позвао да раде на кодификацији српског права, они су истакли да француско право и *Code Napoleon* нису адекватан узор, али још увек нису имали храбрости да му изричито предложе АГЗ.⁴² Но, када је сазрела одлука да АГЗ постане модел за српску кодификацију, Хаџић није априорно одбацио све што је одатле долазило. Одлично образован и ваљано информисан, свестан значаја, утицаја и домета француског законика, Хаџића је приликом састављања српске кодификације ипак сасвим извесно загледао и у тада веома престижни СС.

40 *Ibid.*

41 И поред пропасти тог настојања са Захаријадесом, који је можда престрого маркиран у нашој литератури скоро као карикатурална фигура, од француског узора се није одмах одустало. Остаје отворено питање ко се у ствари залагао за СС као модел и на то наводио кнеза Милоша. То би могао бити његов секретар Димитрије Давидовић (који је Српски устав припремао под француским утицајем), што слуги и С. Јовановић, „Српски законписац“, *Живот и рад др Јована Хаџића Свејшћа – у спомен његовој слави од стогодишњице рођења његова*, Нови Сад 1899, 27. Ипак, због недостатка доказа то питање остаје недовољно јасно.

42 Ово писмо из јула 1837. године у целости наводи Алекса Јовановић, „Рад на ‘торжественим законима‘“, *Архив за њравне и друшћивене науке* XI, 1/1911, 18–25.

Тако се десило да је један број одредби из француског законика ипак доспео и до СГЗ-а. О томе је детаљно писао наш угледни цивилиста Борислав Т. Благојевић, најпре уочи Другог светског рата на српском,⁴³ а потом и на француском језику у познатом међународном правном часопису.⁴⁴ Поред тога, Благојевић је сачинио детаљну упоредну анализу појединих одредби СС, АГЗ и СГЗ и показао да је у одређеним случајевима француско решење ушло у Србију преко аустријског изворника.⁴⁵ Када је Благојевић постављао та питања, она још нису било довољно храбро постављена ни у светској литератури. Тек последњих деценија расте интересовање за однос АГЗ-а према Наполеоновом законнику. Због тога се, мада је то питање још увек недовољно разјашњено и контроверзно, данас ипак не спори да је СС у одређеној мери утицао на АГЗ. Сада засигурно знамо да је Фон Цајлер прихватио поједина француска решења, мада је његово укупно мишљење о СС било негативно.⁴⁶

До које се мере Наполеонова кодификација користила у узаврелим расправама о правном положају жена и једнакости полова у Србији немамо много података.⁴⁷ Међутим, извесно је да је двадесетак година касније СГЗ

43 Борислав Т. Благојевић, „Утицај француског Грађанског законика на србијански Грађански законик“, *Правна мисао*, Часопис за право и социологију, 1940, 477–534.

44 Borislav T. Blagojevic, „L'influence du Code civil sur l'elaboration du Code civil serbe“, *Revue internationale de droit comparé*, 6, 4/1954, 733–743.

45	CC	ABGB	SCC
	8 (orig.)	28	44
	212	90	108
	545	365	20, 217
	559	412	266
	560–561	407	262
	768	760	570
	1717	1098	684
	1850	1191	738
	1869	1212	757
	1892	983	593
	2220	1502	950
	2223	1501	949
	2235	1493	941.

46 О утицају француског законика на аустријски вид, детаљније Michael Reiner, „Franz von Zeiller und der Code Civil Napoleons“, *Mélanges Fritz Sturm* (ed. J-F. Gerkens et alia), I, Liege 1999, 867–879; Helmut Heiss, „Der Einfluß des Code Civil auf die österreichische Privatrechtskodifikation“, *Naturrecht und Privatrechtskodifikation* (ed. H. Barta, R. Palme, W. Ingenhaeff), Wien 1999, 515–542; Franz-Stefan Meissel, „Le Code civil autrichien, contre-partie du Code civil français“, *Le Code civil français dans le droit européen* (ed. Jean-Philippe Dunand, Benedict Winiger), Bruxelles 2005, 119–139; Jean-Louis Halpérin, „La codification autrichienne comparé aux 'cinq codes' français“, *200 Jahre ABGB (1811–2011). Die österreichische Kodifikation im internationalen Kontext* (ed. B. Dölemeyer, H. Mohnhaupt), Frankfurt am Main 2012, 277–290. Више о СС и његовом укупном утицају вид. и Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen 1952, 212–216.

47 Код Т. Никчевића, 18 се може назрети наговештај те могућности, на основу сведочења Јоакима Вујића који је присуствовао читању нацрта прве верзије грађанског законика засноване на француском узору.

доживео сасвим директан и јасан утицај француског права, приликом доношења амандмана из 1864. године. Под утицајем Рајка Лешјанина, тадашњег министра правде, који је студирао права и у Паризу, а у садејству с другим младим правницима „Паризлијама“, већина промена које су тада биле уведене, преузете су из француске кодификације.⁴⁸

Дакле, мада је СГЗ несумњиво у свом највећем делу ослоњен на аустријску правну традицију и АГЗ, у њему се ипак примећивао и утицај СС, што такође доприноси оцени да СГЗ није тек прост изданак аустријског пелцера.

6. РЕЦЕПЦИЈА РИМСКОГ ПРАВА У ЗАКониКУ

У време другог таласа критика које су се из разноврсних разлога упућивале Хаџићу и његовој творевини, Алекса С. Јовановић им је придодео замерке због екстензивне рецепције римског права, које је потпуно „страно народном духу“.⁴⁹ На фону историјскоправне школе тада су биле омиљене примедбе да је Хаџић запоставио народне обичаје, па се кривица за то сваљивала и на претерани ослонац на римско право. А. Јовановић се није изјашњавао о томе да ли је утицај римског права био непосредан или је дошао преко АГЗ, што уопште није неважна тема. Свој суд о томе је међу првима дао професор Римског права Живко Милосављевић на прелому два века. Он је писао да је Хаџић увео римско право у Србију преко АГЗ-а,⁵⁰ и то је мишљење углавном преовладало. Међутим, с обзиром на околност да је средњовековно српско право било чврсто утемељено на римско-византијској традицији, која је потом у вековима отоманске окупације живела и кроз црквено право, право питање није да ли је СГЗ био под утицајем римског права, него много више којим је путевима римско право у њега доспело? Услед недостатка извора није лако открити када је у питању био индиректни (преко АГЗ-а), а када директни утицај римског права. Због незахвалности таквог подухвата, о томе се скоро није ни писало у нашој литератури.⁵¹

Тек је 150-годишњица од доношења СГЗ озбиљније отворила ову тему. Дотле се само наглашавало да је римско право знатно утицало на СГЗ, али се тек од тада то питање почело потпуније да сагледава.⁵² О појединим примерима када је римско право непосредно реципирано у СГЗ-у нарочито детаљно и уверљиво је писала Јелена Даниловић, наводећи десетине таквих случајева, пр-

48 О томе детаљно вид. Б. Т. Благојевић, 507.

49 Алекса С. Јовановић, „Задруга по прописима нашег Грађанског законика“, *Гласник Српској ученој друштва* 36/1872, 220–271.

50 Живко Милосављевић, *Римско приватно право*, I–III, Београд 1899–1900, I, 5.

51 Исто питање би се могло поставити у вези с Холандским грађанским закоником, јер су и француска и холандска правна традиција чврсто биле утемељене на римском праву. Ипак, Gerrit Meijer, Sjoerd Y. Th. Meijer, 234 не уочавају непосредан утицај римског права на холандског законодавца.

52 Јелена Даниловић, „Српски грађански законик и римско право“, *150 година САНУ*, Београд 1996, 49–66; Драгана Кнежић-Поповић, „Удео изворног римског права у српском грађанском законик“, *150 година САНУ*, Београд 1996, 67–78.

венствено у области облигационог права, поготово код установе поклона и значаја *animus donandi*, насупрот аустријском изворнику.⁵³ Драгана Кнежић-Поповић је такође упутила на велики број случајева где се уочава непосредни утицај римског права на СГЗ.⁵⁴ Повећано интересовање је коначно сазрело у последњих десетак година, тако да данас постоји један број врло озбиљних доприноса који потврђују тезу да је Хаџић римско право у СГЗ уносио не само преко АГЗ, него и непосредним ослоном на тај древни правни систем.⁵⁵

Низ препрека стоје на путу таквим истраживањима, пре свега због непотпуних путоказа. Хаџићева документација која се чувала у Архиву Србије је изгубљена, па је немогуће са сигурношћу реконструисати његове мотиве и размишљања, за разлику од нпр. Холандског грађанског законика из 1838. године, о чијем је доношењу остала обимна грађа и сведочење секретара законодавне комисије.⁵⁶ А у случају СГЗ-а тешко се може утврдити не само када је у питању рецепција изворног римског права, већ и када је она наступила под утицајем модификованог, средњовековног римско-византијског права, које је вековима било чврсто укоренено у Србији.⁵⁷ И норма о проглашењу несталога лица за умрло јасно показује његово одступање од изворника, мада није сигурно да ли је и до тога дошло под утицајем римско-византијског права.⁵⁸ Уосталом, и питање рецепције римског права у АГЗ-у је још увек предмет

53 Ј. Даниловић, 51–63.

54 Д. Кнежић-Поповић, 70–75.

55 Антун Маленица, „Римска правна традиција у српском праву“, *Зборник ПФНС* 38, 2/2004, 117–139; Самир Аличић, „Систематика одредби о облигационим односима у Српском грађанском законнику у светлу систематике Јустинијанових *Инстиниција*“, *Зборник ПФНС* 38/2004, 383–414; Samir Aličić, „Un esempio di recezione diretta del diritto romano nel Codice civile serbo (1844)“, *Revista de Stiințe Juridice*, 4/2007, 81–89. Веома користан рад је недавно објавила и Милена Полојац, „Српски грађански законик и одредбе о присвајању дивљих животиња: рецепција изворног римског права“, *Анали Правној факултету у Београду* 2/2012, 117–134. Овај рад је драгоцен и као методолошки путоказ за будућа истраживања непосредног утицаја римског права на СГЗ.

56 Carel Asser, *Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek – Vergeleken met het Wetboek Napoleon*, Amsterdam 1838. Дело је написано како би се олакшала примена новог Законика, поготово указивањем на одступања од француског изворника. За овај податак аутор дугује захвалност ас. Миљани Тодоровић са Правног факултета Универзитета у Нишу и докторанду Правног факултета Универзитета у Београду.

57 На пример, Чедомил Митровић, *Црквено право*, Београд 1929, 152 сматра да су разлози за развод брака у СГЗ пренети из византијског права. Михаило Константиновић, „Југословенски грађански законик“, *Анали Правној факултету у Београду* 3–4/1982, 384–396 (прештампано из *Правни зборник* I, 2–3/1933), 387 п. 1 мисли да су чл. 235–240 о стицању својине на дивљим животињама рецепција из *Notos georgikos*-а, до које је дошло преко тзв. Јустинијановог закона – српске компилације византијских световних прописа, у којој су преузете норме из Земољорадничког закона, Василика, Прохирона и Еклога (који није имао везе са Јустинијановом кодификацијом из VI века и поред асоцирајућег назива). Уз све то, римско-византијско право је још дубље било укоренено у *Законојравиљу* – *Номоканону (Крмцији) св. Саве*, који се вековима употребљава у српској цркви као извор права.

58 По чл. 51 СГЗ-а нестало лице које је било у „самртној опасности“ се проглашава мртвим после 10 година од његовог одсуствовања, а према § 24 АГЗ-а после три године.

стручних расправа, поготово у којој мери је до ње дошло непосредно, а колико под утицајем СС.⁵⁹

Ипак, оно што се зна са сигурношћу јесте да је Хаџић имао одлично класично образовање као ученик Класичне гимназије у Сремским Карловцима, где се „латински језик учио у свим разредима и то до ситница“.⁶⁰ Осим тога, из самог СГЗ-а јасно се читава да је његов творац изванредно познавао римско право. То и није неочекивано, јер је Хаџић дипломирао права у Бечу 1824. године, а потом докторирао на Универзитету у Пешти 1826. године, при чему је на оба универзитета римско право било темељ правничког образовања. Непобитна је и чињеница да је Хаџић у свој Законик уносио велики број латинских назива за поједине правне институте упоредо или као еквивалент с домаћим називима и тако их практично увео у српску правну терминологију.⁶¹ Може се слободно рећи да је управо он романизовао српски грађанскоправни речник за сва будућа времена, да су пре њега Србима многи римски појмови били потпуно страни (нпр. легат, кодицил, фидеикомис) и да их је он одомаћио.

Све то говори у прилог претпоставке да је Хаџић био спреман да одступа од изворника када је у римском праву проналазио решења која су могла бити прихватљивија за неразвијену српску средину, поготово у случајевима када су неке аустријске норме биле исувише модерне. Наравно, још увек остаје отворен велики простор за даља истраживања у погледу појединих института код којих се Хаџић ослањао на изворно римско право. Уколико она уследе, то би могло изродити додатне аргументе у прилог оцени да Хаџић није био само компилатор или пуки преводилац аустријске грађанске кодификације.

7. СРПСКА ГРАЂАНСКА КОДИФИКАЦИЈА И ОБИЧАЈНО ПРАВО

Хаџићев однос према народним обичајима био је омиљени лајтмотив његових критичара, почев од Шероглића и Матића, коју су му снажно замерали што је занемарио традицију и прерано хтео да модернизује српски правни систем.⁶² После доношења Богишићевог Општег имовинског законика за Црну Гору из 1888. године, који је на таласу историјскоправног размишљања своју

59 Вид. нарочито А. Steinwerter, „Der Einfluss des römischen Rechtes auf die Kodifikation des bürgerlichen Recht in Österreichs“, *L'Europa e il diritto romano, Studi in memoria di Paolo Koschaker*, I, Milano 1954, 405; Artur Völkl, „Die österreichische Kodifikation und das römische Recht“, *Naturrecht und Privatrechtskodifikation* (Hrsg. Heinz Barta, Rudolf Palme, Wolfgang Ingenhaeff), Wien 1999, 277–302; М. Reiner, 867, итд. Peter Stein, *Roman Law in European History*, Cambridge 2003⁷, 113–114 сматра да је Цајлер правио компромис између римског права и државних потреба.

60 Мираш Кићовић, *Јован Хаџић (Милош Свејић)*, Нови Сад 1930, 7.

61 Вид. више у поглављу 10. о језику и терминологији Законика, које следи.

62 Занимљиво је да му је Шероглић у исто време приговарао и то што је прихватио старе, конзервативне „средњовековне обичаје из Душановог законика“ који дискриминишу ћерке при наслеђивању и жене уопште. Ту своју недоследност прокоментарисао је ставом да „старо не треба да буде уништено ако је добро, а што је лоше треба уклонити мада је старо“, П. Шероглић, (1845), 38–39.

кодификацију тесно везао за обичајно право, СГЗ је још снажније жигосан. Такав став је постао скоро опште место и у потоњој литератури кроз цео наредни, XX век.⁶³

Међутим, извесно је да је кнез Милош наложио Хаџићу да састави кодификацију која ће се заснивати на обичајним правилима. То показује и његова преписка са Хаџићем и Лазаревићем, у којој Хаџић (у већ поменутом писму Милошу из 1837. године) обећава да ће обичајно право представљати основ нове кодификације, а не неодговарајући СС.⁶⁴ Природноправно оријентисани Хаџић, мада је уважавао значај обичајног права, поготово с обзиром на степен (не)развијености права у тадашњој Србији, ипак није сасвим одустајао од идеје да у Законик треба унети и модерније правне концепте. То му је вероватно постало лакше после смене династија, доласком кнеза Александра Карађорђевића, након Милошевог одласка са власти. Али, у најделикатнијим питањима, попут пословне способности жена и наследног права ћерки, наишао је на отпор и код новог кнеза и Државног савета. Штавише, управо је то био разлог за његова најдубља неслагања с водећим политичким факторима у држави. Наиме, Хаџић је искрено настојао да уведе једнак наследни део ћерки на очево имање после његове смрти, као и изједначен правни положај жена. Због тога се претходно сучељавао и с кнезом Милошем. Тим поводом кнез је организовао чувену анкету која је дала јасан, конзервативни, дискриминаторни одговор српских старешина.⁶⁵ Па ипак, Хаџић је до краја остао упоран и у свој финални нацрт кодификације уградио је модерну концепцију. Али, супротно његовој вољи и жељи, кнез и Државни савет преламају да коначно решење тог питања мора бити у складу са старом обичајном, устаљеном праксом. Ипак, сав одијум због неједнакости полова у Законику сасвим неоправдано пада на Хаџића, не само у научним расправама, него су га због тога београдске жене „псовале и клеле где год се скупе“.⁶⁶

Колико је то питање било усијано говори и чињеница да је само две године после доношења СГЗ-а Државни савет покренуо поступак за промену спорне одредбе о неједнаком наслеђивању ћерки. Мада је посебна Комисија која је тим поводом била оформљена закључила да су чл. 396 и 397 у колизији са чл. 395 који каже да „наследство по закону припада најближим сродницима по крви“, у које несумњиво спадају и ћерке, до промене СГЗ-а у том делу

63 То се снажно рефлектује и у радовима који су објављени у зборнику САНУ поводом 150-годишњице доношења СГЗ, вид. нпр. Ђурица Крстић, „Српски грађански законик и обичајно право“, 150 година САНУ, 79–83; А. Молнар, 145–157; Новица Војновић, „Српски грађански законик и обичајно право“ 150 година Ниш, 30–34. Тај став се наводио и у појединим уџбеницима националне правне историје.

64 Алекса С. Јовановић, „Рад на ‘торжественим законима‘“, *Архив за његове и друштвене науке* 8, 4/1909, 19.

65 Анкета је показала „да народ неће да ћери наслеђују код синова, и чак већина им претпоставља синовце“. Алекса С. Јовановић, *Историјски развитак српске задруге, са годатком приноса за историју сјајне српске њиве*, Београд 1896, 31.

66 Ово Хаџићево писмо од 11. јануара 1847. које је упутио првом српском књижевнику Глигорију Возаревићу преноси Панта Срећковић, *Из архиве Исидора Стојановића, Споменик СКА* 30/1896, а помиње га и С. Јовановић, (1931), 44,

није дошло. А у погледу неједнаког правног положаја жена, велики Хаџићев критичар Ж. Перић тридесетих година наредног века, пише да би „био један велики успех *Женскога Покрећа* у Југославији, ако би се у Србији жене изједначиле са мушкима бар у Приватном Праву“.⁶⁷ Када је то питање и даље било друштвено проблематично скоро 85 година после доношења СГЗ-а, није умесно приговарати Хаџићу што је вољом неког другог, а у складу с доминантним друштвеним ставом, у српску грађанску кодификацију ушло поменуто традиционално решење. Без обзира на све то, Хаџић је остао до наших дана громобран за сва незадовољства СГЗ-ом, поготово у погледу поменутих норми за које није ни најмање одговоран. Тако се дошло до апсурдне ситуације да је Хаџић с једне стране оптуживан због занемаривања обичајног права, а с друге стране је истовремено трпео критике због законских решења која проистичу из тих истих обичаја. Хаџић се, за разлику од Богишића, свесно и храбро упустио у покушај балансирања традиционалног и модерног регулисања правног положаја жена и других осетљивих питања, у која је Богишић избегао да улази начелним опредељењем да у кодификацију имовинског права не уврсти брачно, породично и наследно право.

Хаџић је, показујући изузетну одговорност, решио да се упусти и у осињак регулисања породичне задруге, посвећујући тој установи целу једну главу, и то на веома опрезан начин. И поред свих критика да је није разумео и да је дух задруге сагледавао кроз аустријске наочаре, Слободан Јовановић признаје да Хаџић није желео распад задруге, због чега је касније хорски оптуживан.⁶⁸ Многи су га прогласили кривим због распадања породичних задруга, разарања њиховог колективног духа, осиромашења народа, због опадања српске економије и уношења друштвене несигурности, итд.⁶⁹ Али, и велики Хаџићеви критичари почетком XX века избегавају да се изјасне о томе како би тада, после више од пола века, требало законски регулисати питања везана за поделу породичне задруге и сматрају да на то питање претходни одговор треба да да политика. Хаџић је, међутим, поставио решење које се може критиковати из различитих углова, мада оно није умногоме одступало од већ постојеће праксе. Напротив, оно се добрим делом поклапало с одлукама из судских пресуда

67 Живојин Перић, „Жена у Српском грађанском законнику“, *Архив за њравне и друштвене науке* 16, 1/1928, 8.

68 С. Јовановић, (1931), 46. Јовановић на том месту набраја шта се све ставља Хаџићу на душу, али ипак није јасно да ли се и он придружује свим тим замеркама, јер га само екскулира од намере да разори задругу. Као да и сам није био уверен да су све те критике Хаџића биле оправдане. Осим тога, занимљиво је да ни Шероглић ни Матић нису критиковали Хаџића због начина на који је регулисао задругу, већ прве озбиљније критике на ту тему долазе од Милана Ђ. Милићевића, „Преглед задружног стања Срба сељака“, *Гласник Друштва српске словесности*, IX, Београд 1857, 145–162, а после тога постају један од лајтмотива Хаџићевих критичара.

69 Нпр. Алекса Јовановић, „Задруга по прописима нашег Грађанског законика“, *Гласник Српској ученој друштва* 36/1872, 240–241; А. Јовановић, 1896, 62, 101; Живојин Перић, *Задружно наследно њраво њо Грађанском законнику Краљевине Србије*, Београд 1912, 188; Живојин Перић *Задружно њраво њо Грађанском законнику Краљевине Србије*, Београд 1924, 73–74; Слободан Јовановић, (1931), 48–51; Бранислав Недељковић, „Породица и наследство“, *Архив за њравне и друштвене науке* 1/1940, 16 и многи други.

из времена пре писаних закона, па се Хаџићу пре може упутити примедба да се, „узаконујући обичај, определио за архаичну солуцију“.⁷⁰ Уосталом, потпуно је извесно да је процес распадања задруге имао сопствени ток, на који Законик није претерано утицао.⁷¹

Уз све то, како је већ поменуто, Хаџић је различито од АГЗ дефинисао обичајно право као супсидијарни извор права (не само у случајевима када је то законом прописано, као у АГЗ-у) и тиме омогућио његов живот кроз судску праксу при попуњавању правних празнина.⁷² На то указује и Перић, који у том контексту признаје да је СГЗ ипак местимице одступао од свог изворника и чини се има разумевања за овакво Хаџићево одређење обичаја као извора права.⁷³

Речју, сви напади на Хаџића као законодавца који је игнорисао обичајно право или га није разумео, морали би бити озбиљно простудирани. То би скоро сигурно водило ка ревидирању тврдог становишта да Хаџић није много марио за обичаје и традицију, што сувише дуго преовлађује у нашој науци и општој перцепцији.

8. ЗАКОНИК И УДЕО ЦРКВЕНОГ ПРАВА

Црквено право је више векова, после пропасти средњовековне српске државности, функционисало као један независни, живи правни систем све време османске власти. Јурисдикција црквеног права над Србима у брачним односима се заснивала на привилегијама које је бератом дао православним хришћанима, тј. Васељенској патријаршији, још Мехмед II Освајач пошто је освојио Цариград 1453. године, а њих су касније султани скоро дословце потврђивали у односу на поједине православне цркве, па и Пећку патријаршију почев од

70 М. Стефановски, 126, 133.

71 Чак и Хаџићев критичар А. Јовановић, (1896), 39 признаје да је процес распада задруге осведочен већ у првим деценијама XIX века. Због тога су и Карађорђе и кнез Милош покушавали да забране осипање задруга. Ипак, још 18. јула 1839. године донет је Указ који је формално омогућио процес развргавања породичне заједнице, додуше уз посебну одлуку Министарства унутрашњих дела, која се морала обезбедити у сваком појединачном случају, С. Јовановић 49–51. Вид. и Владимир Капор, 18.

72 У литератури се водила расправа о томе да ли су се обичај и аналогија примењивали као подједнако важни извор права приликом примене права, вид. Радмила Васић, *Правна обавезност обичаја*, докторска дисертација, Београд 1989, 240, 297. У пракси је, међутим, аналогија извесно имала превагу над обичајем, Г. Никетић, *Грађански законик Краљевине Србије, Пројумачен одлукама Одељења и Ошине седнице Касационог суда*, Београд 1909, 5.

73 Живојин Перић, „О обичајном праву у нашој држави“, *Бранич* 17, 1/1932, 1–13. При том истиче постојање неколико система у свету: француски СС који уопште не сматра обичаје извором права, Немачки грађански законик који обичаје признаје као извор и Аустријски грађански законик који проналази средњи пут и обичаје признаје као извор права само у оним случајевима за које је то у Законику изричито наведено. У погледу решења у СГЗ-у он истиче да обичај представља извор права, али само при попуњавању правних празнина, мада не и код тумачења законских прописа. И он недвосмислено стоји на становишту да се обичају може прибегавати само уколико се правна празнина не може претходно попунити аналогијом.

1557. године.⁷⁴ Повластице које су добијале православне цркве одређивале су њихову унутрашњу организацију, обавезе према Порти, али и њихову јурисдикцију, која је првенствено обухватала област брачног и породичног права. Српска црква је своје право заснивала на *Законојравиљу – Номоканону св. Саве* из 1219. године, на који се изричито позива и Хаџић у чл. 93 када говори о брачним забранама и сметњама, а преузима га и у чл. 94 при дефинисању бракоразводних узрока. Одредбе црквеног права су негде сасвим експлицитно, а на другим местима без нарочитог наглашавања, скоро у потпуности пренете у српску грађанску кодификацију. На тај начин се у сфери брачног и породичног права у СГЗ световно и црквено право потпуно сажимају.⁷⁵

Из тих разлога су одступања СГЗ-а од аустријске кодификације у овој области знатна. Тако чл. 44 АГЗ-а каже да се брак закључује као уговор заснован на сагласности воља странака, док чл. 60 СГЗ-а наглашава црквени карактер брака. Брак се „између два лица разнога пола закључује и венчањем чрез свештеника по пропису православне цркве свршује, почем се она пред два или три сведока изјасне, да желе неразлучно живети, заветујући се уједно на вековечиту љубав и ненарушиву верност“. У сличном облику се ова норма понавља и у чл. 91, где се црква одређује као место на коме се мора закључити брак, осим „по нужди“, у ком случају се венчање изван цркве може „свршити на другом пристојном месту“.⁷⁶

У чл. 61 и 62 СГЗ-а предвиђају се веридба и међусобни предбрачни дарови, који „истина немају никаква следства на брак, ако се не би закључио; но овако даривани не могу с другим лицем у преговоре брачне упустити се, док примљени дар одступајућа страна не врати“.⁷⁷ АГЗ у чл. 45 такође познаје веридбу, али не и узајамне дарове. Одмах потом СГЗ у чл. 63 и 64 предвиђа тзв. предбрачни испит који се обавља пред свештеником. Ова установа још снажније ограничава странке у забрањивању других брачних преговора, јер онога ко то жели да учини свештеник најпре мора да разреши од предбрачног испита, чега нема у АГЗ-у.

Нарочито су занимљиве и две одредбе којих такође нема у АГЗ-у, јер оне поново представљају један специфични институт који је заостао из дубље

74 Васа Чубриловић, „Српска православна црква под Турцима од XV до XIX века“, *Зборник Филозофској факултету* 5, 1/1960; Мирко Мирковић, *Правни положај и карактер Српске цркве под турском влашћу (1459–1776)*, Београд 1964, 44; Ladislav Hadrovics, *L'eglise serbe sous la domination turque*, Paris 1947, 48–52.

75 Више о упливу црквеног права у брачно право СГЗ вид. Душица Палачковић, „Црквено право и Српски грађански законик“, *150 година Ниш*, 35–44; Олга Цвејић-Јанчић, „Родитељско право у Србији према Српском грађанском законнику из 1844. г.“, *Зборник Правној факултету* у Новом Саду XXXVIII, 2/2004, 361–381.

76 Чињеница да у две норме Хаџић потенцира да се брак закључује у цркви, пред два или три сведока, „сходно правилима и обредима православне цркве“ наводе на помисао или да је Хаџић то учинио из немара (што је мање вероватно, мада му се често приговарају и такве грешке) или да је имао намеру да што снажније истакне надлежност и важност црквеног права у овим животним ситуацијама.

77 Вид. више Војислав Станимировић, *Брак и брачна давања у историји*, Београд 2006, 215.

прошлости и обичајног права. У чл. 148 СГЗ предвиђа да се, сходно правилима о усвојењу, на основу уговора два лица могу „побратити или посестрити“, а у чл. 149 се јасно регулише и правни статус кумства: „по Богу отац, по Богу мајка, по Богу брат, по Богу сестра, само једну свезу љубави и благодарности оснивају, а у кругу права грађанских никакве промене не чине“. То нису једине норме које рефлектују важност старинских моралних скрупула и начела на које се ослања законодавац, а која добрим делом проистичу и из верских осећања. Тако се, на пример, у чл. 108 предвиђа само диспозиција без световне, правне санкције, која супружницима само налаже да су дужни „љубавно међу собом и нераздечно живети, дужности брачне извршивати, једно другом верни бити, пристојно једно друго предусретати, и у сваком случају у помоћи бити“. Све то је страно аустријској кодификацији.

Јурисдикција цркве се не завршава само на овоме, већ је у чл. 98 СГЗ-а предвиђено да се у случају развода брака супружници морају обратити својим свештенику који ће бити „дужан њих примиривати, а ако у томе не успе, протојереју оног окружја упутити“. Такав покушај мирења се мора понављати три пута у одређеном временском размаку, а потом се цео поступак завршава на духовном суду, који ће такође покушати с мирењем, па тек потом „о разводу судити“, док АГЗ у тим случајевима предвиђа надлежност редовног суда (§ 105).

Хаџић је врло добро знао колико је код Срба дубоко укоренено црквено право у области брачних и породичних односа, поготово јер је његова докторска дисертација коју је одбранио у Пешти 1826. године била посвећена управо бракоразводним узроцима у православној цркви.⁷⁸ Због тога је он приликом писања Законика без оклевања прихватио идеју коју је промовисао и у својој дисертацији, да надлежност у области ових грана права мора бити у рукама световне власти, али да световно право треба да у том делу буде у сагласју с принципима црквеног права.⁷⁹ Све у свему, сасвим је недвосмислено да је утицај црквеног права био пресудан за профилисање норми о брачном и породичном праву у СГЗ-у, што га чини битно различитим од аустријског изворника и у том погледу.

78 Јован Хаџић, *De causis matrimonium dissociantibus, juxta disciplinam Orthodoxae Ecclesiae Christi orientalis* – О узроцима развода брака, према учењу Источне православне цркве Христове (двојезично издање, ур. Душан Николић), Нови Сад 2010.

79 У дисертацији Хаџић наводи речи цара Константина да не може да донесе „ниједну законску одлуку другачије него онако како је Исус Христос утврдио“. Потом наставља, у време када још није могао ни слутирати да ће њему припасти улога српског законодавца, речима: „Очигледно да су исто то пред очима имали и најновији законодавци; шта наиме значи онај израз додат у *Грађански законик за Аустрију* § 115. који утврђује сметње за брак хришћана некатолика, будући да су сагласне са начелима њихове вере, него да законодавац нипошто себи не дозвољава да одступи од верских начела“, *ibid.* 55–57. Вид. и Гордана Ковачек-Станић, „О докторској дисертацији Јована Хаџића“, разговор поменути књиге, *ibid.* 145–163.

9. ТРАГОВИ ШЕРИЈАТСКОГ ОСМАНСКОГ ПРАВА У ЗАКониКУ

Векови проведени под османским царством и шеријатско окружење нужно су оставили трага и на српској грађанској кодификацији. Они се огледају у задржавању појединих правних института, а још више у правној терминологији, тј. у очувању једног броја појмова који су наслеђени из отоманског права.

Најзначајнији османски остатак, по коме се СГЗ и правни систем који је по њему функционисао разликује од аустријског модела, везан је за стицање својине на непокретностима. Мада је чл. 292 СГЗ-а предвидео постојање баштинских књига, с њиховим увођењем се започело тек после скоро једног века, 1930. године.⁸⁰ У међувремену су се за регистровање непокретности користила два начина: тапијски систем за стицање и доказивање права својине и интабулационе књиге за регистровање заложних права, а пре свега хипотеке.⁸¹ Тапија је током векова постала сасвим уобичајена у српском окружењу и на њу се народ сасвим привикао. Због тога је тапија поменута и у СГЗ-у (чл. 946), мада узгредно, јер је законодавац имао намеру да Србија пређе на нови, до тада непознат систем евидентирања стварних права на непокретностима. Ипак, изгледа да је Хацићу било јасно да ће бити потребно доста времена док се успоставе баштинске књиге, што се показало тачним.⁸² Прелазак на нови систем био је неопходан, јер је тапијски систем у Србији био прилично несигуран, нерегулисан, доста флексибилан у погледу форме, па чак и језика на коме се тапија састављала (паралелно су важиле тапије састављене на српском и турском језику). Осим тога, суд који је издавао тапију није тиме конституисао право својине, већ само потврђивао документ, тако да тапија није била апсолутни доказ о својини на непокретности. Ипак, обичајноправна и психолошка вредност тапије као својинског документа била је дубоко укореењена, чак толико да су се многи купци задовољавали тиме што би узимали тапију од продавца, чак и без потврде у суду, како сведочи Перић.⁸³ Тако је османска установа тапије (мада с низом другачијих карактеристика), постала појас за спасавање српског правног система више деценија после доношења СГЗ-а, готово од када је Законодавним решењем од 13. јула 1850. године и формално

80 Миодраг Орлић, „Правна вредност Српског грађанског законика“, 150 година САНУ, Београд 1996, 383. Он с правом указује да се та мањкавост не може стављати на душу творцу Законика.

81 Миодраг Орлић, „Увођење и обнављање земљишних књига“, *Анали Правној факултету у Београду* 1–6/2000, 6–58. Паралелно постојање два система је доводило до озбиљних проблема у потоњој пракси, вид. Живојин Перић, „О првенству између интабулације (хипотеке) и тапије (убаштињења), *Архив за правне и друштвене науке* 10, 1/1910, 1–19. Од новијих радова о интабулационим књигама пре доношења СГЗ-а, вид. Миљана Тодоровић, „Уредба о интабулацији из 1839. године“, *Усклађивање права Србије са правом ЕУ: шемајски зборник радова*, Ниш 2014, 487–502.

82 О тапијском систему у Србији и правном значају тапије у пракси исцрпно је писао Лазар Марковић, *Грађанско право, I, Ојштин гео и стварно право*, Београд 1927², 389–403.

83 Ж. Перић, 1910, 3.

било предвиђено да, до установљивања баштинских књига, тапија потврђена у суду има исту правну важност као и упис у баштинске књиге.

Друга значајна установа својинског права која вуче корене из отоманског лингвистичког и правног наслеђа је миљак (миљк, од шеријатског мулк).⁸⁴ СГЗ често помиње овај институт као један тип приватне својине на непокретностима.⁸⁵ И поред приличне нејасноће и недоследности у дефинисању миљка у чл. 475 СГЗ-а, поготово приликом набрајања ствари које представљају миљак, а које баштину,⁸⁶ ипак је сасвим извесно да је миљак део османске правне традиције који је ушао у српско обичајно право, а потом и у српску кодификацију. Није још увек довољно јасно у коликој је мери миљак, осим у етимолошком погледу, произлазио из поменуте установе шеријатског права.⁸⁷ Но, у сваком случају, раширеност појма и институције миљка свакако представља крупну разлику у односу на АГЗ у коме дакако нема таквих примеса.

Постоји још неколико појмова и институција који се јављају у СГЗ-у, а за које се може рећи да представљају трагове шеријатског права. Терзијев је тридесетих година прошлог века истицао да право прече куповине предвиђено у чл. 670 СГЗ-а вуче корене из турског права. Он указује да је право прече куповине, које је распрострањено и у другим модерним кодификацијама, тамо обавеза уговорног типа, док је у појединим случајевима СГЗ то право предвидео императивном нормом, као обавезу која произлази из закона, тако да је уговорне странке не могу мењати.⁸⁸ Он сматра да је српски законодавац свесно одступио од модерне праксе и прилагодио се постојећим правним обичаји-

84 *Речник српскохрватској књижевној и народној језика*, књ. 12, САНУ, Београд 1984, 561 миљак дефинише као „имање, имовина у приватној својини, земљишни посед, земљиште на коме се налази кућа, окућница“. Више о установи мулк (милк) у османском праву и Србији, вид. Миљана Тодоровић, „Хатишерифи из 1830. и 1833. године и земљишна својина у Србији“, *Зборник радова Правној факултету у Нишу*, 62/2012, 463–478.

85 Миљак се помиње у чл. 475, 670, 678, 683, 701 (у последња три случаја као „пољски миљак“), 724, 798, 929, 932.

86 Чл. 475 прилично неспретно покушава да објасни ове појмове, и то у оквиру норме која говори о тестаментарном наслеђивању:

„Ствар, коју завешталац оставља, ваља тачно у оном смислу узети, у ком је завешталац узети морао.

Тако ако остави све миљкове своје коме, разумеју се сва непокретна његова добра по природи, као кућа, стаје, воденице поточњаче, које нису на сплавовима (осим дунавске, савске, моравске и дринске), дућани (без еспапа), башче, виногради, воћњаци, њиве, ливаде, празна места за куће и дућане, и свака друга земља.

Под баштином разумеће се њива, ливада, воћњак, башча (која није с кућом скопчана), виноград и све ограде и зграде овима припадајуће.“

87 Мехмед Беговић, „Утицај шеријатског права на правне обичаје у Југославији“, *Годишњак Правној факултету у Сарајеву* 22/1974, 375–381.

88 Чл. 670: „Што се непокретних добара тиче, као миљкова и баштина, закон даје неким лицима право, да имају првенство на куповину. Таква лица су смесници или заједничари, родбина најближа, која би право наследства у продатим добрима имала, која би по закону наследила, и суседи први и комшије“. Вид. К. Х. Терзијев, „Шефилук (право прече куповине). Трагови турског законодавства у Српском грађанском законик“, *Архив за њавне и друштвене науке*, 21 (38), 1–2/1930, 87–100.

ма, за које је тврдио да потичу из турског права и установе „шефилук“, која се регулише и у турској кодификацији Мецеле.⁸⁹

За разлику од претходног налаза који није озбиљније оспорен у литератури, нешто више неслагања изазива хипотеза коју је такође лансирао Терзијев, да је у чл. 669. регулисан специфичан облик „факултативне продаје“, коју познаје турско право.⁹⁰ Осим тога, на трагове турског права у СГЗ-у указује и Мехмед Беговић, првенствено у погледу установе „аманет“. Он сматра да је у СГЗ-у дошло не само до преузимања самог термина који је био уобичајен у народу, него и да је аманет представљао и специфичан облик депозита, који подразумева висок степен поверења и одговорности депозитара, регулисан у чл. 575 српске кодификације.⁹¹ Знатан је и број термилолошких позајмица из турског језика, попут хасна за камату (чл. 500, 601а, 693), кесим (за закуп стада, чл. 693, 694), кирија (за закуп непокретности, у много чланова), еспап (трговачка роба, на више места), итд.

Све у свему, и извесне примесе османског права, које су приметне у српском Законику, одвајају СГЗ од аустријског калуца. То додатно потврђује Хаџићеву спремност да се не држи слепо аустријског права, већ да у српски правни систем уводи и установе из других правних традиција, дајући својој кодификацији, макар у одређеној мери, оригинални карактер.

10. ЈЕЗИК И ТЕРМИНОЛОГИЈА ЗАКОНИКА

Хаџића су многи и често оптуживали за неадекватну, непрецизну и погрешну терминологију коју је користио у српској кодификацији. Док га је Шероглић оптуживао да су језик и стил АГЗ-а и СС-а били ближи обичном човеку него у случају СГЗ-а, други су сматрали да је језик српског Законика сувише упрошћен и недовољно акуратан. Критике на рачун језика се протежу све до новијих аутора.⁹² Нема сумње да је Хаџић могао да неке установе потпуније и

89 Живојин Перић, *Специјални гео грађанској права II, Облигационо право*, Београд 1922, 203 такође то тумачи као „оригинални производ нашег законодавца“ и сматра да потиче из обичајног права (не наводећи да ли види његово порекло у османском или неком другом, још старијем правном слоју).

90 К. Х. Терзијев, „Продаја из чл. 669 СГЗ – трагови турског законодавства“, *Архив за правне и друштвене науке*, 22 (39), 1/1931, 34–38. Свој став заснива на чињеници да у чл. 669 српски законодавац каже: „Ко покретну ствар за одређену цену другоме *преда*, с тим изјашњењем, да овај за неко одређено време њему цену одређену исплати, или ствар врати; онда онај пре одређенога рока нема права од овога ствар натраг искати; али и овај мора на уречено време или цену платити, или ствар натраг вратити“. Пошто је овде употребљена реч „преда“, а не „прода“, Терзијев сматра да се ту не ради о класичној продаји, већ условној, одложној, факултативној продаји, продаји на почек (*vade ile satis*) каква се среће у турском праву.

91 У том смислу указује да се и у Општем имовинском законику за Црну Гору јасно разликују две врсте депозита – аманет и остава, слично као што и Мецеле, разликују аманет и „ведију“, М. Беговић, 376–377.

92 Нпр. Јожеф Салма, „Српски грађански законик и облигационо право“, *Зборник ПФНС*, 38, 2/2004, 311–335. Мада је био жестоки критичар СГЗ-а, Живојин Перић, *О језику у законима. Поводом кодификације нашеј права*, Београд 1915, 8–11 цени Хаџићеве напоре да Законик

прецизније дефинише, да је било нејасноћа, па и да у неким случајевима терминологија Законика отвара могућност различитог тумачења.⁹³

Диспозиција се у СГЗ-у не дефинише увек хипотетички, неутрално у трећем лицу једнине, како је то било уобичајено почев од најстаријих кодификација („ако неко...“ и сл., чега се није клонио ни АГЗ). Хаџић често користи заменицу за друго лице једнине „ти“, па и на тај начин покушава да што једноставније објасни и приближи становништву компликоване правне појмове.⁹⁴ Знајући да су поједини правни појмови и институти тешко разумљиви српском становништву с недостатном правничком културом, он је избегавао буквално превођење компликованих немачких језичких конструкција и тражио је разне начине како да Законик буде што приступачнији народу. Често је прибегавао (као и у случају државине) коришћењу синонима и дублета, како би ти појмови били што јаснији читаоцу. То чини чак и код назива појединих одељака Законика, нпр. „О тестаменту или завештању“; „О остави или аманету“; „О наручи или послузи“; „О уговорима одважним или на срећу“. На тај начин је Хаџић привикавао народ на правну терминологију које није било у обичајном праву и у основи обогаћивао је српски правни речник.

буде што разумљивији и приступачнији народу, али ипак заступа елитистичку концепцију: „Ако хоћемо да закон има ауторитета... он не сме бити тако нешто просто, тако нешто обично, да га сваки, и школован и нешколован, и писмен и неписмен човек, може потпуно схватити... Законници и закони треба да буду једна врста религиозних књига у које се више верује него што се разумеју“, 22–23. Све у свему, чак и оно што свакако јесте врлина СГЗ-а с обзиром на време када је настао – његов једноставан и разумљив стил – Перић ипак сагледава као његово ограничење.

93 Међу најдрастичнијим случајевима је норма којом се регулише институт (објективне) одговорности, која до данас изазива озбиљне размирице у науци, вид. Д. Поповић, „Објективна одговорност за штету по СГЗ“, *150 година САНУ*, Београд 1996, 307–314. Велику расправу о Хаџићевој терминологији је изазвала и чињеница да у СГЗ користи два појма за означавање државине (државина и притежање), чиме је наводно унео забуну у српско право. Међутим, друга школа мишљења тврди да Хаџић није побркао та два феномена, већ да је употребио та два појма као дублет, синоним за исти феномен – државину, вид. Владимир Водинелић, *150 година САНУ*, 429–430. Насупрот томе Михајло Константиновић, „Југословенски грађански законик“, *Анали Правног факултета у Београду* 3–4/1982, 388, фн. 1 (прештампано из *Правни зборник* 1, 2–3/1933) сматрао је да Хаџић није разумео државину, поготово њену заштиту, па је уместо 42 члана у АГЗ-у државину сажео и посветио јој свега 13 чланова. Занимљиво је приметити да су то управо они чланови у којима Хаџић често користи директни говор са читаоцем Закона. То указује да је Хаџић био свестан да је прерано понудити концепт државине са свим финесама српском неуком читаоцу, који најпре треба да кроз примену права схвати концепт државине и почне да је разликује од својине. Вид. и Радмила Ковачевић-Куштримовић, „Државина према Српском грађанском законик“, *150 година САНУ*, 243–253.

94 Томе нарочито прибегава када треба објаснити у народу недовољно познате правне институте, попут државине (чл. 198–210): „кад једну ствар држиш, и воље имаш задржати је за себе, и то згодним знакомзначиш и покажеш, ти си држалац или притежатељ те ствари“. Очигледна је жеља да се кроз такав, дескриптивни начин формулисања правне норме, постигне и одговарајући правно-образовни циљ. Вид. и низ других примера које наводи Ж. Перић у малопре поменутом тексту.

Радо је прибегавао и језику примера, много чешће него што је то чинио АГЗ.⁹⁵ Волео је и казуистички приступ, како би што више приближио норму онеме коме је упућена. Леп пример за то налазимо у чл. 256: „Овца моја, коју ти од вука отмеш, није твоја, но моја, ако ти труд наплатим и штету, коју си претрпео, накнадим; које не може више изнети од вредности овце“. Исто тако, радо се испомагао терминима из обичајног права, поново како би био што ближи корисницима Законика.⁹⁶ Али, није се устезао да, кад је било неопходно, прибегне и употреби латинских термина упоредо с домаћим.⁹⁷

На тај начин је Хаџић у суштини моделирао и модернизовао српску правну терминологију. Очигледно је настојао да привикава народ на нове правне установе које ће колико-толико боље разумевати захваљујући његовом настојању да их правнички просвећује. На тај начин је формирао српску цивилистичку терминологију и приближавао српско грађанско право европској правној традицији. Мада је то био ризичан подухват, у коме је сигурно морало бити извесних пропуста и промашаја,⁹⁸ у целини посматрано, Хаџић је учинио велики искорак у развиту српског цивилног права, прилагођавајући Законик постојећој српској правној култури.

Његова склоност да користи казуистичан и дескриптивни приступ, наравно, умногоме одступа од језика и стила којим се користио АГЗ. То је још једна међу многим разликама због којих се не може одсечно тврдити да је СГЗ само скраћена верзија АГЗ-а. Хаџић је био далековиди законописац, који је снажно утицао на развитак националне правне културе, укључујући и развој правне терминологије, након много векова живота под османским системом. Утицај који је извршио на даљи развој српског грађанског права, уз све могуће појединачне мане и недоследности, указују на то да Хаџић пре заслужује похвале и дивљење, него куђење и омаловажавање.

11. ЕПИЛОГ

Непримерена лавина критика која се сручила на Хаџића и његово дело пренебрегава низ чињеница. Најпре, често се не узима у обзир околност да је СГЗ пратио релативно мали број амандманских прилагођавања током наред-

95 Узмимо за пример, међу многим другим случајевима, чл. 184 којим покушава да објасни прилично апстрактан појам бестелесних ствари: „Ако такве ствари у очи и остала чула падају, зову се телесне, као што је земља, кућа, виноград, воћњак, алат, плод, одело и др., ако ли под чула не спадају, зову се бестелесне, као н. пр. право ловачко, право риболова и др.“ Стиче се утисак као да Хаџић истовремено жели да понуди и уџбеник права за почетнике.

96 За појам „крчевина“ вид. Ђурица Крстић, „Српски грађански законик и обичајно право“, 150 година САНУ, 81.

97 В. Водинелић, 150 година САНУ, 390.

98 О томе је аргументовано писао Владимир Капор, 19, указујући да је до пропуста долазило због настојања да сажима и скраћује АГЗ, укључује француска и римска решења, али сматра да је томе понајвише допринео недостатак времена (све у свему, Хаџић је на СГЗ-у у основи ефективно радио две године). Али, Капор се не слаже с Хаџићевим критичарима и сматра да је ипак добро то што је језик Законика близак обичном човеку.

них стотинак година његове примене. Кривица за све мане СГЗ-а које су временом почеле да се испољавају често се неправедно приписивала само Хаџићу, а не и неспремности наредних генерација политичара и правника да прилагоде Законик новим потребама, променама у друштву и развоју српске теорије грађанског права, нарочито после доношења Немачког и Швајцарског грађанског законика. Док се АГЗ, као и СС, поготово почетком XX века, усавршавао кроз бројне и обимне ревизије (*face lifting*, како их је назвао један писац),⁹⁹ СГЗ је доживео тек мањи број усклађивања. Прве значајније, али малобројне измене су уведене 1862. године (њих четири), а прва већа интервенција је учињена 1864. године, добрим делом под француским утицајем, у време када је Рајко Лешјанин био министар правде (24 измене и допуне). Потом је 1872. године глава IV првог дела, која је говорила о старатељству, била замењена Законом о старатељству (што није битно утицало на целину СГЗ-а и основне правне установе). Када је 1908. године Министарство правде формирало Комисију за састављање новог Законика, циљ је био да се на нов начин регулишу општи део, својина и облигације, а да се, по угледу на црногорски Општи имовински законик, изостави породично и наследно право. Но, уместо радикалног захвата, 1911. године су се појавиле само измене које су се односиле на установу тестаментна.

Први светски рат је спречио доношење новог Законика, што је продужило живот СГЗ-а. Потом је настанак нове државе 1918. године изродио низ тешкоћа у погледу уједначавања грађанског права у разједињеном правном простору.¹⁰⁰ Комисија која је формирана 1930. године ради унификације грађанског права је била суочена са низом стручних и политичких проблема, али је после много лутања превладала одлука да узор за нову кодификацију поново треба да буде аустријски Законик. Када је коначно 1934. настала „Предоснова Грађанског законика за Краљевину Југославију“, она је изазвала велику јавну расправу и бројне критике,¹⁰¹ па до избијања Другог светског рата није дошло до озбиљнијег помака. Тако је живот СГЗ-а још једном био продужен, све док коначно, након сто година од његовог настанка, није стављен ван снаге

99 Werner Ogris, „Das erste ‘face lifting’“ 175 Jahre ABGB. Eine Bilderfolge in fünfzehn „Hauptstücken“, Wien 1986/87, 45; Barbara Dölemeyer, „Die Teilnovellen zum ABGB“, *Kodifikation als Mittel der Politik* (Hg. H. Hofmeister), Wien-Graz-Köln 1986, 49–57; Wilhelm Brauneder, „Der historische Charakter des österreichischen ABGB und seine Weiterentwicklung“ (Hg. Gabor Hamza), *Studien zum römischen Recht*, I, Budapest 1992, 220.

100 Од бројних радова о том питању вид. Vesna Radović, „Pokušaj kodifikacije građanskog prava u staroj Jugoslaviji – Predosnova građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju“, *Institut za hrvatsku povijest, Radovi* 7, Zagreb 1975; Душан Николић, „Два века грађанског права у обновљеној Србији 1804–2004“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, XXXVIII, 2/2004, 277–309.

101 Вид. Bertold Eisner, Mladen Pliverić, *Mišljenje o Predosnovi Građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju*, Zagreb 1937; Живојин Перић, *Образложење §§ 1–319. Предоснове Грађанског законика за Краљевину Југославију*, Београд 1939; Божидар Марковић, *Реформа нашега грађанског законодавства*, Београд 1939; Чедомир Марковић, „Предоснова Грађанског законика“, *Архив* 24, 2/1936, 49–58; Михаило Константиновић, „Југословенски грађански законик“, *Правни зборник* 1, 2–3/1933 је сматрао да је погрешно узети АГЗ као основу за нови Законик и залагао се да он треба да се заснива на моделу црногорског Законика.

доласком новог, комунистичког поретка, кроз Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941.¹⁰²

Поред лоше репутације коју је СГЗ стекао у првој половини XX века, углавном због његове застарелости, за шта, наравно, није могао бити одговоран Хаџић, постоји још један спољни разлог отпора према СГЗ-у који потиче из XIX века и који се везује баш за њега. Наиме, Хаџић је у време настанка Законика, па и касније, био прилично непопуларна личност, поготово због супротстављања језичким реформама Вука Караџића, али и због низа других конфликта у које је ушао када се укључио у српска политичка превирања. Антипатије појединих кругова му је доносило и његово „пречанско“ порекло, што није била ретка појава у оновременој Србији када се прилично неповољно гледало на „немачкаре“, који су узимали посао „отачаственим синовима“. Оптуживали су га за наклоност, па и сарадњу с Аустријом, оговарали због велике надокнаде коју је добио за свој законодавни рад, а понајвише му се замерало што је напрасно желео да модернизује Србију.¹⁰³ Тако се део одијума према творцу Законика пренео и на његово дело. Потпуно апсурдно, у супротности с раширеним критикама због уношења модерног европског духа и права у Србију, Шероглићеве и Матићеве најоштрије стреле су скоро непрестано пратиле СГЗ и Хаџића због дискриминаторног правног положаја жена и због ускраћивања наследног права ћеркама, а да се при том игнорисала чињеница да се сâм Хаџић томе супротстављао и да није могао утицати на коначну одлуку кнеза и Државног савета. Приговор да није познавао или да је занемарио обичајно право је скоро подједнако неоснован, поготово оптужба због наводног „уништавања“ породичне задруге, што такође до данас представља лајтмотив хорских напада на СГЗ и његовог творца.

Све ово, наравно, не значи да СГЗ није имао и бројне мањкавости. Уосталом, није могуће сажети законик-узор за једну трећину, а да при том законик-прималац не претрпи одређене недостатке. Један број правних празнина био је неизбежан, неке норме су остале недоречене, а није искључено (мада није ни доказано) да је нетачно разумео нека аустријска решења. Свакако је било случајева када је Хаџић погрешно приликом преузимања (па се и утолико понегде СГЗ разликује од АГЗ) и да је начинио један број омашки. Ипак, не можемо у свим тим случајевима, на које је већ указала наша правна наука, баш

102 Ипак, пошто је тим законом остављена могућност да се правна правила садржана у ранијим прописима примењују у случајевима правних празнина, уколико нису у супротности с прописима и начелима новог режима, у пракси је СГЗ још за једно време додатно, додуше делимично продужио свој живот.

103 Када је Хаџић привео крају рад на СГЗ-у, радећи на њему углавном у Новом Саду, уставобранитељи га 1844. године позивају у Београд да се и даље бави уређењем правног система, уз изузетно велику накнаду од 3.000 талира годишње. Међутим, због сукоба с Вучићем, који је међу осталима критиковао Хаџића да је донео законе који нису за народ, а у суштини је био противник уређеног правног система, у марту 1846. године је уговор с Хаџићем раскинут, С. Јовановић, 75. Приликом тог последњег боравка у Србији, Хаџић је припремио и Нацрт Законика о грађанском поступку, који није сачуван, али га је могуће реконструисати у приличној мери, понајвише на основу записника комисије за преглед Нацрта, вид. Урош Станковић, „Нацрт Законика о грађанском поступку Јована Хаџића (1845)“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2013, 495–513.

увек бити сигурни да ли је посреди била грешка у превођењу, грешка у разумевању или можда понекад и намера да се неко питање или финеса другачије регулишу. Хаџић је очигледно настојао да сачини релативно оригиналан текст, па се чак стиче утисак да је у појединим случајевима одступао од узора и кад то није било неопходно, ако ништа друго, оно у погледу начина формулисања појединих одредби. Ипак, после 170 година, потребно је пажљивије избалансирати ограничења и врлине српског Законика. До сада су Хаџићеви пропусти били пренаглашавани, тако да се у академској и уопште правничкој јавности, СГЗ често сагледава првенствено кроз његове мане.

Ако оставимо по страни несумњиву чињеницу да је СГЗ један од првих модерних грађанских кодекса у Европи у XIX веку, због чега нема само локални и национални значај, његову важну врлину представља и то што спада међу прве законике у свету тог времена који се не своди на потпуно преузимање или превођење француске или аустријске грађанске кодификације. Он би се у извесној мери могао поредити с Холандским закоником из 1838. године, који је за свој узор имао СС, али који такође није безусловни француски трансплант. Рекло би се да је српски Законик у већој мери особен од холандског, почев од обима, уводног дела, структуре, па све до бројнијих утицаја других правних традиција. Пре свега, поред доминантног аустријског права, у њему се и те како осећа „дух народа“ и слој обичајног правног наслеђа, поготово у породичном и наследном праву. СГЗ је одличан пример успелог правног транспланта, и поред веома изражене некомпатибилности степена друштвеног, економског, културног развоја друштва даваоца и средине примаоца. Такође, могао би бити занимљив као могућа потврда да понекад избор система-даваоца донекле зависи и од случајности, поготово с обзиром на чврсту почетну опредељеност политичке елите да се као узор узме француска кодификација. Тек је сплет неповољних околности (несрећне епизоде са француским преводом, недостатак правника који би боље познавали тај правни систем, политички утицаји, итд.) довео до промене такве одлуке и увео српско право у другу континенталноправну породицу.

Ово истраживање је показало да Хаџић није једноставно преводио и некритички позајмљивао аустријски Законик. У СГЗ-у се могу открити примесе француских решења, непосредног преузимања установа римског права, утицај црквеног права, остаци шеријатског права, што би све заједно могло водити ка закључку да СГЗ представља један особени „мулти-трансплант“, особену иновативну компилацију разнородних правних зачина. Та мешавина правних традиција могла би се сматрати претечом онога што се данас назива *mixed legal system*, наравно уз апсолутну превагу аустријског правног система. Ипак, број одступања од модел-кодификације је свакако довољан да СГЗ не треба безрезервно сматрати аустријском репликом или клоном.

Хаџићева изванредна правна ерудиција и несумњива интелигенција омогућиле су брз напредак српског грађанског права, и у пракси и у теорији. Могло би се рећи да је његов креативни дух знатно допринео формирању модерне српске цивилистике, да је убрзао разумевање и прихватање савремених правних установа међу релативно неуким становништвом оптерећеним обичајним

и османским наслеђем, као и да је знатно допринео модернизацији српске правне терминологије. Српска кодификација је плод великог интелектуалног труда из кога се родио један креативни правни трансплант, који се у великој мери прилагођавао потребама средине и времена, са израженим правно-просветитељским амбицијама. На крају крајева, не треба заборавити да је Српски грађански законик у основи дело једног човека, сачињено за релативно кратко време, а не плод дуготрајног промишљања вишечланих комисија.

Због свега тога, чини се да је време за преиспитивање прејаких, понекад површних, а често и априорних оцена о Хаџићу као преписивачу аустријске кодификације, које се провлаче до данас. Српски грађански законик се свакако не уклапа у клише да је он тек „скраћено издање аустријског узора“, а Хаџић је свакако много више од „добро школованог кописте“.

Dr. Sima Avramović
Full Professor
University of Belgrade Faculty of Law

SERBIAN CIVIL CODE (1844) AND LEGAL TRANSPLANTS – A COPY OF ABGB OR SOMETHING MORE?

Summary

The Serbian Civil Code (SCC) of 1844 was one of the first modern European civil codifications in the 19th century, which was curiously issued so early in comparative legal history, in a small, undeveloped country like Serbia, after many centuries of Ottoman occupation. Serbian scholars usually treat it like a kind of abbreviated version of the Austrian Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie (ABGB) of 1811, and its compiler Jovan Hadžić was often regarded at best as “a well educated copyist”. Other chief objections to his work were that the SCC contributed to dissolution of “zadruga” (a specific type of patriarchal joint family), that it deprived daughters of their share in inheritance, that the Code limited the legal capacity of women, etc. This paper tends to reconsider accustomed negative perception of the Serbian codification and to explore the main causes of unfavorable prevailing attitudes. The author picks out specific features of the SCC, relevant for a necessary reassessment, pointing to many distinctive elements in the two codes.

Firstly, the SCC is for about one third smaller in volume than the ABGB (950 articles v. 1502), having been one of the shortest civil codes in comparative legal history. The introductory part of the Serbian Code was also unique, both in its substance and quantity (with many more articles than the ABGB – 35 v. 14), having a specific character of a small, hidden “declaration of rights”, quite extraordinary for a civil codification. The SCC has a significant customary law loading, although Hadžić was often blamed without a valid reason for neglecting traditional legal

practice. Therefore the Serbian codification differs strongly in that part from the Austrian one. Elements of other legal traditions are very present in the Serbian Code as well. It is influenced by Roman law not only through the Austrian Code, but also due to a direct reception of some Roman law rules. Also, the presence of French Code civil norms is visible in many cases, contrary to the Austrian codification. Influence of Church law was very strong in family law and inheritance, making those branches of law very dissimilar to the Austrian pattern. Sharia and Ottoman law also left their stamp upon the Serbian civil codification, distinctly than in the ABGB. In addition, the language of the code and some casuistic formulations were often adapted to an uneducated population, frequently combining traditional and modern legal terminology, in a different way than in the ABGB.

Therefore common qualifications of the Serbian civil codification as an unsuccessful shortened translation of the Austrian model seem like undeserved exaggeration. The analysis shows that Hadžić was an intelligent, skilled, well educated lawyer who found a way how to adapt the developed Austrian code to the immature Serbian society, modernizing an undeveloped legal system, but with many peculiarities in comparison with the Austrian example. Shortly, it shows that the Serbian civil codification of 1844 was a much more original piece of work than it was usually declared.

Key words: *Serbian Civil Code of 1844. – Austrian Civil Code. – Code Napoleon. – Comparative Legal Traditions. – Customary Law. – Legal Transplants.*