

Др Анђун Маленица, редовни професор  
Правног факултета у Новом Саду

## Римска правна традиција у српском праву

**Сажетак:** Српско право припада породици права која је утемељена на римској правној традицији. Та породица је настала вишевековним ширењем римског права на простору континенталне Европе и потоњим утицајем европског права на права великог броја ваневропских земаља. Рецепција римског права, када је реч о Србији, започела је одмах по насељавању српских племена на византијску територију и трајала је, захваљујући бројним везама српског становништва и државе са Византијом и далматинским градовима, од настанка до краја средњевековне државе. Процес рецепције је прекинут доласком Турака, а настављен је након ослобађања од Турске власти, упоредо са стварањем права у буржоаској држави. Улазак римског правног модела у савремено српско право иде преко грађанског законика из 1844. године. Наиме, *Законик грађански за Књажевство Србију* настао је прерадом Аустријског грађанског законика из 1811. године, уз усвајање неких решења из Француског грађанског законика из 1804., а темељи тих законика се налазе у римском праву. Дубља анализа СГЗ-а показује, међутим, да су нека његова решења, како системска тако и на плану појединачних института, последица Хаџићевог непосредног угледања на *Corpus iuris civilis*, тако да се може говорити о непосредној рецепцији римског права не само у средњевековном већ и у модерном српском праву.

**Кључне речи:** Српско право, средњи век, модерно доба, Српски грађански законик, римско право, византијско право, рецепција.

### Увод

Желимо одмах да нагласимо да историјски поглед на однос римског и било ког националног права подразумева с једне стране анализу путева уласка римског права у национално право, а с друге анализу присуства римских правних концепата и института у том праву. Осветљавање проблематике уласка римског права нужно за собом носи осврт на општа обележја друштва које прихвата римско право, на прилике у појединим фазама његовог развоја, тј. друшт-

вене и политичке односе, привреду, идеологију владајућег слоја, религију, правну доктрину и др. Када је реч о плодовима рецепције може се истраживати да ли је било усвојено римско схватање о томе шта је право и каква је његова улога, а могу се посматрати и поједини правни појмови и институти. У овом другом случају закључци о ширини рецепције могу варирати по подручјима права, посебно ако анализа обухвата више историјских периода. Речено вреди и када се посматра само једна област права или поједини правни институти и појмови. Дакле, проблематика рецепције римског права једна је од сложенијих у области историјско-правних истраживања.

Детаљнија историјска слика о односу римског и српског права изискивала би, због поменуте сложености проблематике, више томова текста. У једном чланку могу се назначити само неке најопштије ствари везане за путеве уласка римског права и могу се само примера ради навести неки резултати рецепције. У тексту који следи желимо да подвучемо две ствари: 1) да је римска правна матрица била прихваћена још у средњовековној српској држави и да је задржана до модерног доба и 2) да у модерној рецепцији римског права која је извршена у *Српском грађанском законнику* постоје неки елементи непосредне рецепције који до сада у историјско-правној литератури нису били назначени.

## **1. Рецепција римског права у српској средњовековној држави**

### **1. 1. Путеви уласка римског права**

Насељавањем на византијску територију српска племена се сусрећу с високо развијеном римско-византијском правном културом. То је била сретна околност за развој српског средњовековног права јер су српска племена почетком VI века живела по обичајном праву а преко трговачких односа с византијским становништвом и сусрета с царским управним апаратом почињу да се упознају с концептима развијеног византијског јавног и приватног права.

Са опадањем византијске моћи почиње процес стварања српске државе. Правни извори говоре да изградња сопствене државе није прекинула процес рецепције римско-византијског права. Шта више, у држави Немањића, тј. од почетка XII до XV века, рецепција је очигледна и има два пута: један иде преко Истока, тј. преко Византије и римско-византијског права, а други преко Запада, посредством далматинских градова и тадашњег *ius-a commune romanum*.

До ширења римског права у српској средњовековној држави дошло је услед низа околности. С јачањем државе у њене границе је укључен један део грчке територије с градовима, а тиме је практично био преузет тамо затечени правни поредак. Природно, прикључењем те територије ојачала је трговина с грчким становништвом, а из закључених уговора стално су провејавали утица-

ји на српско приватно право. Ситуација се није променила ни у времену највеће снаге српске државе. Цар Душан је имао империјалне амбиције а империјални концепт подразумева, као што је добро познато, суживот и толеранцију различитих култура, о чему у осталом сведочи и историја римске империје. То се одразило и на Душаново законодавство. У члану 176 свог законика, Душан формулише одредбу: *Градове сви по земљи царства ми да су на законе о всем како су били у њрвих цар.*<sup>1</sup> Израз у *њрвих цар* (пређашњи цареви) очигледно се односи на византијске владаре. Цар Душан наведеном одредбом, дакле, гарантује неповредивост правног поретка у грчким градовима, или, другим речима, примену целокупног у њима постојећег права.<sup>2</sup>

Други носилац римско-византијског правног утицаја била је Хришћанска црква са својим институцијама и клером. *Закономправило* које је Свети Сава сачинио (1219. год.?) за потребе Српске цркве садржало је поред црквених прописа и избор из Јустинијанових новела и цео *Прохеирон* који је у Србији добио назив *Закон градски*. Номоканони су имали обавезујућу снагу од *Жичке хрисовуље* Стефана Првовенчаног, а црквени судови су у српској држави имали широку надлежност, што је било потврђено и у *Душановом законнику* у члановима 4., 11., 12. и 33. Судили су свом становништву за црквене преступе, клеру у свим стварима, а имали су, у складу с принципима феудалног друштва, пуну јурисдикцију над потчињеним слојевима на црквеним поседима. Доносећи бројне пресуде и црквени судови су чували и ширили римску правну традицију.

Када је реч о доприносу цркве и њеног клера рецепцији римско-византијског права треба подвући и то да на двору српских владара нису постојали професионални правници као, на пример, на француском двору током XIII века (*légistes*) тако да су правни послови били у рукама свештеника.<sup>3</sup> Не треба посебно доказивати да су преко њихове активности стизали утицаји римско-византијског права.

Посебна заштита коју су владари пружали манастирима, *кшииџорство*, такође је водила ширењу римско-византијског права. Ктитор је био оснивач, дародавац или заштитник манастира, а српски владари су постали ктитори и као наследници византијских царева. Наслеђујући положај ктитора они су потврђивали затечене правне односе. На пример, краљ Милутин 1300. године ди-

<sup>1</sup> Одредбе Законика су наведене према: С. Новаковић, *Законик Стефана Душана цара српског, 1349 и 1354*, Београд 1898.

<sup>2</sup> Царева воља да градовима осигура посебан положај видљива је и у неким другим одредбама *Законика*. Према чл. 124 грчки градови задржавају права која су имали пре доношења *Законика*, а у члану 137. стоји да им једанпут дате привилегије нико не може оспорити, чак ни сам цар. Ј. Даниловић у Душановој законодавној политици према градовима види настојање да се Србија претвори у за оно доба модерну правну државу. Она указује да су два једино сачувана статута српских приморских градова, Будве и Котора, управо из Душановог времена, што показује да је цар поклањао велику пажњу и приморским градовима. Види: Ј. Даниловић, *Историјско правне студије, (Дио други, Српско средњовековно право, Закон града Новог Брда)*, Подгорица 2002, с. 227.

<sup>3</sup> Тако: Т. Тарановски, *Историја српског права у немањичкој држави, I део, Историја државног права*, Београд 1931, (Даље: *Историја, I*), с. 146.

пломом потврђује манастиру Светог Ђорђа (близу Скопља) све оно што је било записано у разним дипломама почев од првог преко свих каснијих светих царева, потврђује, дакле, она права која су установили византијски цареви.

Најзад, трећи пут уласка римско-византијског права везан је и за нормативну активност владара, пре свега Душанову. Учвршћење царске власти морало је бити праћено и стварањем права и на том плану избор није био велик. Постојеће српско право је било неразвијено, обичајно, дакле незаписано, док је византијско већ било изграђено и записано, а уз то је већ важило на делу освојене територије. У тој ситуацији опредељивање за ово друго је разумљиво. За време Душанове владавине сачињена је једна компилација, *Закон цара Јустинијана*, којом су били уређени аграрни односи. Она је садржала норме преузете из закона и зборника права византијских царева, највише из *Nómos gheorghikós*. Око 1348. године прерађена је за потребе судске праксе *Синѡаѓма* Матије Властара. Српски компилатори су из ње узели норме кривичног и грађанског права, а од црквених оне које се односе на брачно право. Тако је настала *Скраћена синѡаѓма* путем које су у Србију ушли и неки битни концепти римског имовинског права. Она је садржала 14 одредби о купопродаји<sup>4</sup>, 9 о зајму и залози<sup>5</sup>, 4 о закупу<sup>6</sup>, 2 о остави<sup>7</sup> и 5 о поклону<sup>8</sup>. У *Скраћеној синѡаѓми* налазимо и одредбе о тестаментарном наслеђивању, појмове тестамент, нужни део итд.<sup>9</sup>

Рецепција римског права присутна је и у *Душановом законнику* (1349. и 1354. год.).<sup>10</sup> У *Законнику* који садржи 201 члан и који је донет ради јачања царске власти, тј. учвршћивања феудалних односа, око 60 чланова је преузето из *Василика* Лава VI Мудрог. Коришћена је и Властарева *Синѡаѓма* која је у време почетка рада на *Законнику* већ уживала велики углед, била је у примени једанаест или дванаест година. Писци законика нису користили *Хексабиблос*, што се може разумети ако се узме у обзир да је тај зборник био сачињен 1345. године, само годину дана пре почетка рада на *Законнику*, и да је као кодификација права био компликован, па је тако био сувише далеко од Душановог законодавног пројекта.

До сада је било речи о рецепцији римско-византијског права. Погледајмо сада којим путем је ишла рецепција римског права западне провенијенције, тј. како је у Србију улазило *ius commune romanum*.

Србија је одржавала трговачке односе с далматинским градовима, Котором, Будвом и Дубровником, што је такође водило обогаћењу српског средње-вековног права. Котор и Будва су били унутар граница српске државе али су

---

<sup>4</sup> Поглавље *О куљени и ѡродани*, *Закон градски*.

<sup>5</sup> Д – 2, *О зајемницех и заиме и залозех*.

<sup>6</sup> М – 12.

<sup>7</sup> П – 1, *О ѡокладе*.

<sup>8</sup> Д – 11, *О даровех*.

<sup>9</sup> Д – 4 и К – 12

<sup>10</sup> Као што је добро познато, 1349. године је проглашен законик који је имао 135 чланова, а 1354. године су додати чланови 136 до 201.

уживали аутономију и имали су сопствено право. У књигама которског нотаријата наилазимо на бројне податке о трговини драгоценима металима, бакром и оловом који су увозени из Србије.<sup>11</sup> Бројна су такође сведочанства о односима српске државе и Дубровника као и њихових становника. На пример, у члану 1. уговора из 1186. велики жупан Стефан Немања признаје Дубровчанима право својине на земљи и покретним стварима у Србији.<sup>12</sup> Душанова диплома из 1334. гарантује Дубровчанима неповредивост права својине по угледу на гаранцију коју су имали српски феудалци. Уговор из 1387. потврђује да дубровачки трговци имају слободу тестирања у Србији.

Поменути и други акти владара не само да потврђују да је највећи део српске трговине ишао преко дубровачких трговаца већ и да су српски владари подстицали развој трговине. Захваљујући таквој политици многи трговци су се настањивали у Србији и уживали су привилегију да живе по праву својих градова. Тако су Дубровчани могли располагати својим добрима у Србији путем тестаментна, поклона или цесије на начин као да те послове обављају у Дубровнику. Треба подвући да од друге половине XIII века Дубровник има у Србији генералног конзула а касније и једног посебно именованог за трговачке послове. Оба су пресуђивала грађанске спорове Дубровчана, јер је њима још од доношења градског статута 1272. године било забрањено да се парнице пред локалним српским судом.<sup>13</sup> И статуту Котора и Будве су имали исту одредбу када су били у питању њихови грађани. Нема сумње да су закључивања уговора, пресуђивања и на крају крајева заједнички живот Срба и дошљака са далматинске обале водили јачању правне свести и ширењу римске правне матрице у Србији. Прихватани су правни појмови које су користили Дубровчани, Которани и становници Будве, прихватани су, дакле, појмови који припадају општем римском праву.

Када је реч о ширењу дубровачког *ius-a commune* треба поменути још једну ствар. Срби и Дубровчани су имали и заједнички суд, *сџанак* (лат. *stanicum*). Суд је настао обичајним путем и заседао је на граници Србије и Дубровника. Састављен од службених представника Србије и Дубровника (*stanicum magnum*), или од посебно именованих судија (*stanicum parvum*), пресуђивао је не само међудржавне спорове већ и оне међу приватним лицима. Надлежност малог станка (*stanicum parvum*) била је уговорна. Решавање међудржавних спорова путем станка било је прихваћено врло рано. Станак налазимо у уговору Стефана Немање с Дубровником из 1215. године.<sup>14</sup> За владавине краља Милутина, уговором из 1301. године<sup>15</sup>, мали станак је био замењен мешовитим судом који

<sup>11</sup> Н. Богојевић – Глушћевић, *Уговор о купопродаји у Кошору у XIV вијеку*, Подгорица 1996, с. 131.

<sup>12</sup> *Ut omnia mala, que retro tempore acta fuerint inter Raguseos et Slavos pro lite de vineis, galeis, sagiteis, hominum, animallum, et omnium rerum ex utraque parte usque ad diem istum, in pace remaneant, et nunquam remorentur omni tempore, salva tamen hereditate Raguseorum, quam antequam possederunt.*

<sup>13</sup> Т. Тарановски, *Историја српског права у немањичкој држави, III и IV део, Историја грађанског права и историја судског уређења и процесуика*, Београд 1935 (Даље: *Историја, III и IV*), с. 148

<sup>14</sup> Т. Тарановски, *Историја, III и IV*, стр. 150-151.

<sup>15</sup> Т. Тарановски, *Историја, III и IV*, с. 152.

је заседао на српској територији. Био је састављен од двојице судија. Једног су именовале српске власти, а другог локална заједница Дубровчана. Најзад, цар Душан је у *Законику* предвидео мешовиту пороту за парнице Срба са иноверцима и трговцима, састављену од једнаког броја поротника (члан 153). Под трговцима је *Законик* подразумевао дубровачке трговце.<sup>16</sup> Напред изнето показује да је у српској средњовековној држави уз редовне судове стално судио суд на коме су била примењивана и правна правила градова са јадранске обале. Из таквог судовања нужно се рађало обичајно судско право, дакле незаписано право, из кога су се ширили утицаји на српско право.

## 1. 2. Плодови рецепције

Када је реч о резултатима рецепције, српско средњовековно право можемо анализирати на два нивоа. Можемо посматрати правне институте и истраживати који међу њима су преузети из римског, односно византијског права а потом да ли су у Србији имали изворни облик или су били вулгаризовани. Идући тим путем долазимо, на пример, до закључка да је пословна способност по првобитном обичајном праву признавана онима који су достигли брачну зрелост, тј. између 15 и 17 година, а да је после рецепције римско-византијског правила то било промењено. Наиме, према члану 1 *Јустинијановог закона*, пунолетство се стиче с 25 година. У *Власћаревој Синишаџми* се малолетни деле на *младе*, жене млађе од 12 и мушкарци млађи од 14 година и *недорасише*, лица старија од 12 односно 14, а млађа од 25 година, што су све старосне границе утврђене у римском праву. Наравно, поменута решења су била уклопљена у тадашње норме јавног права због чега се не може говорити о пуној рецепцији римских правних правила. Пословна способност различитих друштвених слојева није била иста, а разликовала се и од ситуације до ситуације. Способност себара није била једнака оној коју су имали феудалци, а доношени су и посебни прописи за неке категорије становништва. Тако Арханђеловска повеља издата између 1348. и 1353. године, забрањује монасима да послују с житом и вином, те да уговарају зајам с каматом.<sup>17</sup>

Да је анализа српског средњовековног права на напред описаном нивоу неопходна и значајна нема никакве сумње јер се и тим путем осветљава историја националног права. Чини нам се ипак да је један други ниво посматрања ствари много важнији и да се у овом кратком раду на њему треба задржати. Реч је о томе да треба утврдити да ли је било прихваћено, пре свега од стране оних који су имали власт у својим рукама, римско схватање о томе шта је право и каква је његова улога.

---

<sup>16</sup> Тако С. Новаковић, у коментару уз чл. 153., *op. cit.*, с. 238.

<sup>17</sup> Бројни су институти и појмови који говоре о рецепцији римског права. Код неких је већ на први поглед јасно да им извор није обичајно право већ да су тековина правне науке, на пример: лична и земљишна службеност (у српском праву: становање, *ужитиак*, *напошише*, *прогон*, *паша*); тестамент (*завей*, *завешћаније*), кодицил, нужни део и искључење из наслеђа.

Одмах на почетку желимо да нагласимо да је у средњевековној Србији била прихваћена римска правна матрица, схватање да је право основни инструмент уређивања односа међу људима и да је оно творевина људског разума. Идеја о владавини закона на разне начине је подвучена у правним изворима. *Скраћена синџаџма* Матије Властара садржи ону дефиницију закона преузету из *Ејанаџоџа* која је настала прерадом Папинијановог и Марцијановог текста. Преузети су и Модестинов текст о дometу закона, Помпонијев и Целзов у којима се говори да се закони не доносе за појединачне случајеве већ у стварима које се често догађају, затим један Паулов који каже да се стари закони претежу и на оне касније, што све налазимо у трећем поглављу Прве књиге *Диџес-џа*.<sup>18</sup> У средњевековном српском правном речнику постоји, дакле, реч *закон* која на појмовном плану одговара латинској речи *lex*. Она се, наравно, и у српским правним изворима појављује у различитим значењима као што је то био случај и у римском праву.<sup>19</sup> Уз реч *закон* постоји и реч *законик*, у значењу „закон” али и у значењу „зборник права”, дакле у оном истом који је имала и латинска реч *codex*. Цар Душан је на неколико места користи када говори о својој кодификацији<sup>20</sup> и *Закономправи* Светог Саве.<sup>21</sup>

Детаља који указују на то да је у Србији био прихваћен римски концепт о кључној улози права има много. Још током церемоније крунисања за краља, 1331. године, Душан је, пише његов биограф, молио Бога да му помогне да донесе *бољим законима и савршеним усјави*, тј. боље лаичке законе и оне који се односе на Православну цркву. То показује да је Душан прихватио римску доктрину да *arma et leges* треба да буду инструменти власти. Он је, дакле, схватао своју власт на исти начин на који ју је схватао и Јустинијан у конституцији *Deo auctore: (pr.) ... nostros animos ad dei omnipotentis erigimus.... (1.) Cum itaque nihil tam studiosum in omnibus rebus invenitur quam legum auctoritas, quae et divinas et humanas res bene disponit et omnem iniuriam expellit...*

У већ поменутој *Арханђеловској хрисовуљи* Душан је *цар и самодржавниј всех србских и поморских и грчких земаљ*.<sup>22</sup> Реч *цар* долази највероватније од латинског *caesar*, а *самодржавниј* је превод грчког. Термини којима Душан означава своју личност показују да он има сву власт у својим рукама. Поставља се питање у којој мери је у таквом облику организације власти била прихваћена римска идеја о праву као основном инструменту уређења односа у друштву јер је она била уобличена у амбијенту римске републике и била је израз политичког организовања слободних и равноправних римских грађана. Најбољи одговор на то питање даје сам *Душанов законик*, најважнији извор права у српској средњевековној држави.

<sup>18</sup> Тако: С. Шаркић, *Средњевековно српско право*, Нови Сад 1995, стр. 7-20.

<sup>19</sup> Више о томе види код С. Чаркић, *Закон у глагољским и ћирилским правним синоменицима (од XII до XVIII века)*, Нови Сад 1994, (Даље: *Закон*), с. 39 и даље.

<sup>20</sup> На пример у члану 159., 171. и 172. *Законика*, али и на другим местима у различитим препи-сима, као и другим изворима. Више о томе види: С. Шаркић, *Закон*, стр. 135-137.

<sup>21</sup> Члан 6. *Законика*.

<sup>22</sup> Т. Тарановски, *Историја, И*, с. 128.

Оно што је из нашег угла посматрања ствари најважније када је реч о *Законику*, који цар несумњиво доноси да би учврстио своју власт и градио царство, јесте чињеница да цар ставља у оквире закона како овлашћења својих поданика тако и сопствену власт. Цар не може никоме узети баштину силом, нити власника натерати да баштину прода или замени (чл. 43). Властелин не може наложити меропсу ништа мимо закона (чл. 139). Меропах може покренути парницу против свакога који му натури незаконите намете, против господара, цара, царице, цркве или властеле (чл. 139). Став да закони морају бити поштовани доследно је примењен и у одредбама о судској власти и судовању. Закон је изнад царева појединачне одлуке изражене писмом (чл. 105 и 171). Судије треба да суде (у споровима у којима је странка цар) по закону а не „*по стѡраху царсѡва ми*” (чл. 172).<sup>23</sup> Судија мора да суди по закону и када спор воде странке које припадају различитим друштвеним слојевима (чл. 139). Странке морају поштовати утврђену месну надлежност судија (чл. 182). Ономе који се супростави судској власти плени се сва имовина (чл. 107), а онај који не поступи по судијиној одлуци треба да буде кажњен (чл. 148). Наведене одредбе, а и неке друге, на пример оне које налажу судији да чува један примерак своје одлуке (чл. 163) а приставу да се у поступку извршења строго придржава писане судијине наредбе (чл. 162), говоре да је Душан не само начелно прихватио римско схватање о значају права, већ га је и оживотворио уводећи у *Законик* начело законитости. Околност да *Законик* садржи одредбе које и цара обавезују да поштује закон изузетно је значајна, даје посебан квалитет целом *Законику* и говори да је у Србији у време кодификовања права заиста присутна свест о праву као битном чиниоцу добро организованог друштва.

Није лако речи које су све околности довеле до настанка такве свести. Могле су то бити унутрашње прилике, што би значило да је формула о доследној примени закона изражавала тадашњи однос снага, једино је она била прихватљива за сву властелу. Формула је могла бити израз и далековиде царева политике која је узимала у обзир не само унутрашње прилике већ и пројекат стварања великог царства. У сваком случају остаје непобитна чињеница да инсистирање на томе да је и цар подложен закону одудара од официјелне доктрине у позној римској империји<sup>24</sup>, у Византији, па и од оне у Душановом времену. Ово задње је видљиво у позновизантијском зборнику који је сачинио Харменопулос. У *Хексабиблос*, наиме, налазимо одредбу да принцепс није дужан да се покорава закону.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> Члан 172 гласи: *Всаке судије да суде ѡо законику, ѡраво, како ѡише у законику а да не суде ѡо стѡраху царсѡва ми*. С. Новаковић лепо запажа да је уношењем ове одредбе приликом допуне *Законика* не само разрађен постојећи члан 105., већ је и потврђена законодавчева воља да се обезбеди независност судства, односно, савременим речником исказано, изражено је настојање да се одвоји управна од судске власти. Види Новаковићев коментар уз члан 172., *op. cit.*, с. 250.

<sup>24</sup> О посткласичној доктрини о праву и разлици у односу на класичну доктрину види: С. Шаркић, А. Маленица, *Правне ѡеорије и инсѡишѡуције анѡишке, Део II Рим*, Нови Сад 2004, стр. 209 – 218.



Напред изнето дозвољава један уопштен али значајан закључак када је реч о рецепцији римско-грчког права у средњовековној Србији. Резултати рецепције су у основи истоветни онима у другим европским државама тога времена. Створена је свест о праву, а важеће право је делом било изворно, обичајно, а делом вулгаризовано римско. Римско право сакупљено у Јустинијановој кодификацији, које је у Европи наставило да живи у измењеном облику, као византијско право и као западноевропско *ius commune*, било је плод високо развијене правне науке. Највећи број његових норми регулисао је односе међу слободним и формалноправно равноправним грађанима, а када је реч о имовинском праву, у његовој основи је била робноовчана привреда. Због таквог карактера, многи појмови и институти тог права нису ни могли бити реципирани у изворном а понекад ни у вулгаризованом облику српској држави у којој је у амбијенту феудалних односа доминирала натурална привреда а правна наука је била неразвијена. Резултати рецепције су ипак били толики да се без икакве дилеме може речи да српско средњовековно право припада породици европских права утемељених на римском праву.

## 2. Непосредна рецепција римског права у Српском грађанском законнику

Долазак Турака и губитак независности зауставља процес рецепције. Од битке на Косову 1389. до пада Смедерева 1459. Србија је у вазалном положају, а након 1459. потпуно губи независност. С губитком суверенитета престаје и стварање сопственог права али се не прекида у потпуности и правни континуитет, па Срби и даље примењују онај део свог права за чије укидање турска држава није била заинтересована. Чувар правне традиције била је, као и на грчком простору, пре свега Православна црква. Она је уживала одређену аутономију (од 1557. до 1766.) и право да на својим судовима пресуђује не само духовне ствари већ и грађанске спорове међу хришћанима, посебно у материји породичног и наследног права. Локалне јединице, кнежине и села, такође су уживале извесну управну и судску аутономију. Све то је доприносило очувању српског обичајног права али и правних правила римско-византијског порекла. Неки правни термини које данас користимо потврђују да је и под турском влашћу постојао одређени правни континуитет. Данашњи парничари су *џарици* средњовековног српског права, преступ долази од старог *џресџуџленије*, имовина од *иманије*, завештати долази од *завешџианије*, термин *залога* је остао непроме-

<sup>25</sup> *Hexabiblos*, 1. 1. 39. *Princeps legibus non subiacet, sed Augusta subiacet: verum ei princeps sua ipsius largiatur privilegia*. То је Улпијанова мисао из тринаесте књиге о Јулијевом и Папијевом закону, Д. 1. 3. 31. Према *Hexabiblos*, 1. 1. 30. *Rescriptum principis legi adversus valeat, yuatenus alium non laedit, aut si criminis largiatur veniam*.

њен, итд. И први закон устаничке Србије из 1804. године, који доноси прота Матеја Ненадовић, говори о свести образованих људи да се корени српског права налазе у средњовековном праву. Прота је, као што је добро познато, свој невелики закон написао полазећи од *Крмчије*.

Дисконтинуитет државне власти и у стварању сопственог права настао доласком Турака трајао је, међутим, сувише дуго да би се у изградњи права у новој српској држави, након ослобађања од турске власти, могло поћи од сопствене правне традиције. Због тога српски законодавац тражи моделе за своје законе у законима развијенијих држава. Преко једног од тих модела, оног који је настао у Аустрији, долази до друге, модерне, рецепције римског права у Србији.

*Законик грађански за Књажесџво србско*<sup>26</sup> из 1844. године настао је преградом аустријског *Опшћнег грађанског законика (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch)* из 1811. године, уз нека угледања на француски *Code civil* из 1804. године<sup>27</sup>, српско обичајно право, а има трагова и турског права. Број одредби које не потичу из *ABGB*-а неупоредиво је, ипак, мањи од оних насталих његовом прерадом. Како је *ABGB*-а утемељен на римском праву<sup>28</sup>, плод је касне природно-правне школе, а Јован Хаџић је поштовао његову систематику и преузимао његова решења, коначни резултат је тај да СГЗ припада породици савремених европских права утемељених на римској правној традицији. У разматрањима која следе желимо, међутим, да укажемо на решења која је писац *Законика* директно преузео из Јустинијанове кодификације, да би показали да је СГЗ плод

<sup>26</sup> Према називу прве стране издања одштампаног у Београду, у Књигопечатњи Књажества Србскога. У истом издању у наслову садржаја стоји *Садржаније србскога законика грађанскога*, а на почетку текста законика стоји *Законик грађански*. У даљем раду користимо уобичајену скраћеницу СГЗ, или просто *Законик*.

<sup>27</sup> О решењима преузетим из француског законика види: Б. Т. Благојевић, *Ушћицај француског Грађанског законика на србијански Грађански законик*, Штампарија „Раденковић”, Београд 1940 (Текст прештампан из Правне мисли, часописа за Право и Социологију, Београд 1940). Као пример преузимања француског законика у грађанскоправној литератури се редовно наводи § 13 СГЗ-а у коме је формулисано начело слободe уговарања: *Воља и наредба човечија засџујуа закон, а закон накнађа вољу и наредбу човечију. Но у ономе, шћио се шћиче јавног јорейка и благонаравија, не може се нишћија изменишћи вољом или уговором. АБГБ не садржи прокламацију о слободи уговарања*. Друга реченица поменутог § у СГЗ-у је формулисана под утицајем члана 6 француског законика: *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs*. Тако Б. Т. Благојевић, *op. cit.*, стр. 484-485. Исти аутор с разлогом указује да приликом разматрања односа СГЗ-а и Француског законика треба имати у виду чињеницу да је Хаџић имао у рукама први пројект законика који је, полазећи од *Code civile*-а, сачинила и предала кнезу Милошу 1834. године „Законодателна комисија” у саставу Вук Ст. Караџић, Сима Слома, Стефан Радичевић и Лазар Зубан (као секретар), *op. cit.*, стр. 478-482. Иначе, нека решења француског законодавца су ушла у *ABGB*, а из овог у СГЗ, али то није предмет наших разматрања. Преглед тих одредби даје Благојевић, *op. cit.*, стр. 483-484.

<sup>28</sup> Не у свим одредбама јер је *Franz von Zeiller*, аутор текста законика, направио компромис између римског права, као израза непроменљивих начела заснованих на разуму, и посебних државних потреба. Тако: П. Стеин, *Roman law in European history*, 7<sup>th</sup> print., Cambridge 2003, стр. 113-114. Више о улози римског права у раним кодификацијама у Немачкој и Аустрији види у *op. cit.*, стр. 111 и даље.

не само посредне већ и непосредне рецепције римског права. Реч је решењима на која историјско-правна литература до сада није скретала пажњу.<sup>29</sup>

## 2. 1. Римски институционални модел у СГЗ-у

Српски законик има увод (§§ 1 – 35) који, као и у Аустријском законнику, садржи одредбе које говоре о *Законику* као извору грађанског права. Затим следи први део (*Часић*<sup>30</sup> прва §§ 36 – 181), под називом *О њравима личним*, који садржи статусно и породично право, што је према римској терминологији *ius quod ad personas pertinet*. Подељен је на четири главе: *О лицима и њравима личним по сојственим својствима*; *О њравима и дужностима суђружника*; *О њравима и дужностима родитеља и деце*; *Туђорство и сипаритељство*. Оваквом поделом материје СГЗ следи систематику *ABGB*-а. Други део (*Часић* друга §§ 182 – 826), под називом *О њравима сипварним*, садржи имовинско право, односно према римској терминологији *ius quod ad res pertinet* и, као и *ABGB*, у првом одељку говори о стварима, државини, стварним правима и наследном праву, а у другом о уговорима. Најзад, у трећем, последњем, делу (*Часић* трећа §§ 827 – 950), под називом *О њредљења оишћиа за њрава лична или сипварна*, изложена су правила која се једнако примењују на оба подручја грађанског права, како на *ius quod ad personas pertinet*, тако и на *ius quod ad res pertinet*. СГЗ и овде следи *ABGB*.

Наведена систематика говори да је у СГЗ-у примењен институционални модел излагања грађанског права који подразумева уводни део иза ког најпре следе норме о лицима, па о имовинском праву, да би на крају била дата општа

<sup>29</sup> На присуство римског права у СГЗ-у, оног које је Хаџић унео не угледајући се на законодавство других земаља, указала је Ј. Даниловић: *Српски грађански закон и римско њраво*, Зборник радова *Сћо њедесет година од доношења Српског грађанског законика (1844 – 1994)*, САНУ, Научни скупови, књ. LXXXI, Одељење друштвених наука, књ. 18, Београд 1996 (даље: Зборник САНУ Сто педесет година СГЗ-а), стр. 49-66. Анализирајући материју облигационих уговора, главе XVIII-XXIX *Законика*, дошла је до закључка да се Хаџић током рада на *Законику* угледао и на римско право, што је и наше мишљење. Један део понуђене аргументације у прилогу ове тезе је прихватљив, а о неким аргументима би се могло дискутовати. Истицање *animus-a donandi* при одређивању појма поклона и пребацивања поклона за случај смрти у наследноправну материју, што је разлика у односу на *ABGB*, и по нама је последица угледања на римско право. За разлику од изнетог, одредба о *depositum-у miserabile* из § 579. СГЗ-а: *Сћвари из њожара, рушења каквог здања, њохаре или ућојљења лађе, или другог њподобног несрећног случаја сћасене, и коме њредане, смайрају се као и други аманет, који је сваки њрималац дужан чувати и најбраг вратићи ономе, чије су сћвари.*, које нема у *ABGB*-и, вероватно је угледање на члан 1949 *CC*-а: *Le dépôt nécessaire est celui qui a été forcé par uelque accident, tel qu'un incendie, une ruine, un pillage, un naufrage ou autre événement imprévu.* Више о становиштима Ј. Даниловић види у *op. cit.*, с. 51 и даље.

<sup>30</sup> *Часић* је у каснијим издањима *Законика*, постала *чест*. Развој језика је довео и до других несуштинских разлика у односу на изворни текст. Тако у издању *Законика* из 1939., које је приредио И. Д. Петковић, секретар Касац, суда у Београду, уместо изворног *О њравама личним* и *О њравима сипварним* стоји *О њравима личним* и *О њравима сипварним* и сл. У каснијим издањима долазило је, међутим, до неких измена које могу бити од значаја при финијој анализи текста. Касније ћемо говорити о једној везаној за промену места наслова. Ми ћемо ради лакше разумљивости нашег текста користити новију језичку варијанту.

правила која се примењују и на једно и на друго подручје. Овај последњи део на систематском плану одговара завршном поглављу Јустинијанових Дигеста *О различитим правилима стипароџ права (De diversis regulis iuris antiqui)*.

Институционални модел је у основи био постављен у римском праву. Настао је као израз тежње правне науке да право уобличи као систематизовано знање<sup>31</sup> и настојања да се право на систематичан начин преноси на ученике који га изучавају.<sup>32</sup> Налазимо га и у Гајевим Институцијама, једином сачуваном уџбенику права из класичног периода. Институције почињу уводним напоменама о позитивном приватном праву (*ius civile, ius gentium*), о његовим изворима (*lex, plebiscitum, senatus consultum, constitutio principis, edictum, responsa prudentium*) и поделама права, а након тога следи излагање грађанског права према трипартитној подели: *personae, res, actiones*.

Исти модел излагања права срећемо и у Јустинијановим Институцијама. Јустинијанови компилатори су пратили Гајев модел, али не слепо, већ су га обогатили и делом изменили, тако да њихово дело представља другу етапу у изградњи институционалног модела. Они су сродне материје боље повезали, а унели су и делове који се односе на апстрактне појмове, којих делова код Гаја нема. На пример, у Јустинијановом моделу, за разлику од Гајевог, добро је систематизована грађа о земљишним и личним службеностима. Или, у Гајевом моделу се са наследног права непосредно прелази на поделу облигација и приказ појединих облигационих односа, док су Јустинијанови компилатори на почетак излагања о облигацијама ставили дефиницију према којој је облигација правна веза, *iuris vinculum*.

Много векова после Јустинијановог кодификаторског подухвата институционалисти су дали заокружену обраду стварних права и општег дела облигационог права, полазећи баш од Јустинијанових Институција и у њима садржаних побољшања. Међу делима написаним по институционалном моделу посебан углед су у Западној Европи у XVIII веку уживале Хајнецијусове Институције. Биле су преведене готово у свим европским земљама, а одатле су пренете и у Латинску Америку, па су на оба континента извршиле велики утицај на правно образовање и законодавство. Историјски посматрано, дело професора који су право излагали полазећи од Јустинијанових Институција представља трећу етапу у изградњи институционалног модела обраде грађанског права. Она је изузетно значајна јер је припремила терен за велике европске кодификације, па и Аустријски грађански законик којим се послужио српски законодавац.

Погледајмо сада да ли је Јован Хаџић пишући српски законик доследно пренео систематику *ABGB*-а или је институционални модел у понечем изменио.

---

<sup>31</sup> Гелије саопштава (*Gell.*, I. 22) да је Цицерон написао трактат *De iure civili in artem redigendo*, у ком је образлагао неопходност научне елаборације *ius-a civile*, а сам Цицерон у спису *De oratore* (I § 142; § 191) каже да је *ius civile* разбацано и несређено (*diffusum et dissipatum*) и да мора бити сведено на одређени број родова и науку која ће бити приступачна (*in certa genera et ad artem facilem reducere*).

<sup>32</sup> Квинт Муције Сцевола, који живи у последњем веку старе ере, је написао осамнаест књига о *ius-u civile* и у њима је право изложио по родовима (*generatim*).

Хаџић је у уводу *Законика* учинио једну врло интересантну измену. Насупрот *ABGB*-у у коме је уводни део дат као једна целина под насловом *О законима грађанским уопште*<sup>33</sup>, у *СГЗ*-у је он подељен. Постоји одељак *А. О грађанским законима у опште*, посвећен изворима права и одељак *Б. Основне црте правде и правде у законима грађанским*. Први одељак је последица угледања на увод *ABGB*-а, а други је плод непосредног угледања на прва поглавља Јустинијанових Институција и Дигеста која имају наслов *De iustitia et iure*. Треба посебно подвући да Хаџић у назив одељка *В.* не уноси само правду него и правичност, што треба довести у везу с првим фрагментом Дигеста и чувеном Целзовом дефиницијом: *ius est ars boni et aequi*.<sup>34</sup>

Наведеном изменом на систематском плану Хаџић је испољио самосталност и креативност јер се не ради само о механичкој подели поглавља, већ о захвату на концептуалном плану. На супрот правном позитивизму аустријског законодавца, Хаџић се вратио римском поимању права у чијој основи стоји идеја правичности. Да се ради о Хаџићевом одбијању позитивистичког приступа праву постаје јасно када се упореде § 1 *ABGB*-а и § 2 *СГЗ*-а у којима два законодавца дају појам грађанског законика, односно грађанског права. У § 1 *ABGB*-а читамо: *Скуи закона, који усјановљавају посебничка права* (приватна права – М. В.) *и дужности сјановника државе међу собом, чини право грађанско у истој држави*. За разлику од изнетог, у одговарајућем § 2 *СГЗ*-а налазимо следећи текст: *У законнику овом прописани су закони грађански као јосјојана правила ради правде и правде* (подвукао А. М.), *која се од свакога Србина, према браћу свом Србину у узајамним својим посебним правима и дужностима изискује*. Разлика у схватању природе грађанског законика и, рекли бисмо права уопште, је очигледна. Док је за аустријског законодавца грађански законик само скуп прописа који уређује права и обавезе међу грађанима у односима приватноправног карактера, за српског је то скуп прописа којима се остварује правда и правичност која треба да постоји у свим приватноправним односима међу онима на које се *Законик* примењује.<sup>35</sup>

Где су корени оваквог Хаџићевог поимања грађанског права? Хаџић је био врло образован човек. Говорио је грчки и латински. Студирао је филозофију а потом и право на Универзитету у Пешти. Две године је похађао специјалистички курс у Бечу, а докторирао је у Пешти. Био је, дакле, човек широке културе с филозофским и одличним правним образовањем. Његов поглед на право је зато широк. Он у праву не види само правну норму већ друштвену појаву, што подразумева како њено вредновање тако и одређење циља. Уз изнето, на његову мисао морале су вршити утицај и прилике у којима је делао. Након ослобађања од отоманске власти и рушења феудалног поретка, биле су у Србији снажне идеје о слободи, једнакости и правичности. У таквом амби-

<sup>33</sup> Текст *ABGB*-а дајемо према М. Вуковић, *Правила грађанских законика*, Загреб 1961. У заградама, с ознаком: М. В. (М. Вуковић), дате су исправке погрешног превођења немачког текста у некада важећем службеном преводу на хрватски.

<sup>34</sup> Д. 1. 1. 1 пр., Улп. 1 инст.

јенту добро су прихваћене и идеје слободе, једнакости и правде које је промовисала француска револуција. Није случај што су први кораци ка кодификовању грађанског права у Србији ишли преко превођења *Code civile*-а на српски. Све се то морало одразити и на Хаџићев рад на кодификацији. Како је био добар познавалац римског права, био је то *condicio sine qua non* да би се у његовом времену стекао докторат права, сасвим се да лако разумети да је био потакнут да у увод *Законика* угради посебан одељак *В.* у коме ће подвући значај правде и правичности, те да му да исти наслов који су Јустинијанови компилатори дали првим поглављима Институција и Дигеста у којима се говори о појму права.<sup>36</sup>

Да је једна од идеја водиља у Хаџићевом раду на *Законику* била да су грађански закони, правда и правичност тесно повезане ствари говори и садржина увода српског законика. Хаџић је увод проширио и за разлику од увода *ABGB*-а који садржи 14 параграфа у СГЗ-у их има 35. Које одредбе је уметнуо? У одељак *В.* је ставио § 18 који забрањује ропство: *Ропство у овој земљи нема, ѡ јест ѡ човека не може човека у ѡвакој власности имати да с њим самопроизводно као са стварима ѡпостијати и располађати може.* У *ABGB*-у је забрана ропства дата у оквиру регулативе о статусу људи и одговарајући § 16 забрана изводи из човекових природних права.<sup>37</sup> Смештајући ову одредбу у одељак посвећен правди и правичности Хаџић исказује своје схватање да је ропство једна од нај-

<sup>35</sup> Доследно том схватању Хаџић уноси правичност као једно од полазишта при тумачењу закона. Док §§ 6 и 7 *ABGB*-а гласе: (6) *Кад се закон на ѡто ѡрављава (обраћа)* (примењује – М. В.), *није доушћено иначе ѡумачити га* (дати му други смисао – М. В.) *него ли доноси властито значење ријечи у њихову савезу и јасна намисао законодавца.* (7) *Ако се ѡравни случај не да ѡресуди ни по ријечима ни по смислу наравскому закона, имати ће се обзир на ѡдобне случајеве, који су у законима сѡановијо ѡресуђени, као и на разлоге друђих с ѡиме сродних закона.* *Ако ѡравни случај ѡстане са свим ѡим двојбен, ваља га с обзиром на околности бриђљиво сабрране и зрело расуђене ѡресуди по начелима ѡрава наравскога.*, у § 8 СГЗ-а стоји: *Смисао закона нико да не изврђе, и криво да не ѡумачи. Сваки да ѡзи на речи, и њихово ѡраво значење, ѡа ако му се не би ѡако разумети дало, онда нека ѡгледа на друђе овде изложене ѡдобне законе, и нека истина намеру законодавца, ѡа сравнивши га с овима нека га ѡако ѡрѡумачи, како да се са основима здравог разума и природне правце (подвукао А. М.) слаже.* Хаџић, дакле, допуњава аустријског законодавца, који у својој редакцији текста, полазећи од учења природноправне школе, тежиште ставља на разум, па подвлачи значај правде која се налази у основи права и његов је циљ. Л. Марковић добро уочава суштину Хаџићеве редакције текста. Он каже да позивање на здрав разум и природну правцу у § 8 *Законика* „има тај значај да се тумачењем не сме добити такво решење, које би стајало у противности са суштином права и његовим основним елементом: идејом правичности. Види: Л. Марковић, *Грађански законик Краљевине Србије са крајким објашњењима*, Београд 1921, с. 6. Вл. В. Водинелић сматра, по свој прилици полазећи од текста *ABGB*-а, а у уверењу да је Хаџић само прихватио доктрину аустријског законодавца, да је Хаџић употребио термин *ѡравица* у §§ 2 и 8 СГЗ-а које анализирамо у значењу *ѡраво* (једнако као и у § 6). Види ауторов чланак: *Сѡо ѡедесет година касније: ѡтѡа је још живо у Српском грађанском законнику?*, Зборник САНУ Сто педесет година СГЗ-а, с. 389. Видимо одређене тешкоће у интерпретацији да реч *ѡравица* значи *ѡраво* јер је тешко прихватљиво да је Хаџић у § 2 хтео да каже да су **правна правила** у *Законик* унета ради **правде и права**, а не ради **правде и правичности**. Анализа текста у § 6 (*И сам иностранац у ѡсловима са српским житиљима, или са иностранцем у Србији наћи ће ѡравицу по овим законима...*) и у наведеном § 8 показује да нема разлога да се узима да реч *ѡравица* значи *ѡраво*. Вук у свом *Рјечнику* код речи *ѡравда* упућује на реч *ѡравица*, а код речи *ѡравичан*, *justus*, упућује на реч *ѡраведан*. Види: *Рјечник иѡумачен њемачкијем и латинскијем ријечима*, Београд 1935, с. 580. Дакле, у време писања *Законика* реч *ѡравица* има оно значење које данас има реч *ѡравичности*.

неправичнијих ствари. У питању је разумљиво резоновање правника који пише законик у земљи која је недавно стекла слободу.

Хаџић је у одељак *B.* унео и друге одредбе које упућују читаоца *Законика* на закључак да право уређује ствари на правичан начин и да доприноси правди. Тако у § 23 налазимо одредбу: *Које право, оное и све ползе ошуда проистичуће припадају*, а одмах иза ње, у § 24 читамо: *Ко право какво ужива, мора и бремене с њим скојчано носити*. Стављене једна уз другу, ове две одредбе несумњиво снажно изражавају идеју правде. У одељку *B.* налазимо и § 29: *Што ко сам нема, оно не може ни другом дати; и тако нико не може другоме више права усвојити, него колико сам има, као ни љуђе*. И овде је реч о правном правилу чије остваривање води елементарној правди.

Поставља се питање да ли је Хаџић наведене одредбе формулисао полазећи од *ABGB*-а или је пошао од римског права? Чини нам се да је овде реч о непосредној рецепцији римског права, односно да је Хаџић идеје добијао прелиставајући поглавље *XVII De diversis regulis iuris antiqui* педесете књиге Дигеста. То поглавље су Јустинијанови компилатори додали на крају рада на Дигестама. Унели су у њега један број правних правила, објашњења и дефиниција да би студентима, којима су Дигеста пре свега била намењена, приближили проблематику права. То поглавље се посебно изучавало током студија права у средњем и новом веку, па и у Хаџићево време, тако да је и њему било добро познато. У њему налазимо Паулов фрагмент: *Secundum naturam est commoda cuiusque rei eum sequi, quiet sequuntur incommoda*<sup>36</sup>, што је у § 24 СГЗ-а, како смо већ навели, текст: *Ко право какво ужива, мора и бремене с њим скојчано носити*. У истом поглављу Дигеста су и фрагменти који одговарају § 29 СГЗ-а. Првом делу реченице тог параграфа: *Што ко сам нема, оно не може ни другом дати* одговара Папинијанов фрагмент: *Non videntur rem amittere, quibus propria non fuit*.<sup>37</sup> Остатку реченице: *и тако нико не може другоме више права усвојити, него колико сам има, као ни љуђе* одговара Улпијанов текст *Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*.<sup>38, 41</sup>

Друга Хаџићева интервенција системског карактера, која је по нашем мишљењу такође последица угледања на римски институционални модел,

<sup>36</sup> И уџбеници приватног права које су писали институционалисти, *Institutiones juris Romani privati*, из којих је Хаџић учио, почињали су поглављем о односу права, правичности и правде (*De jure et iustitia*).

<sup>37</sup> Сваки човек има природених права, која се познају самим разумом, и зајмо се он као особа има сматрати. Ровство или невольништво и извршивање какве власти, која се на то односи, није допуштено у овим државама.

<sup>38</sup> Д. 50. 17. 10.

<sup>39</sup> Д. 50. 17. 83, Пап. 2 деф.

<sup>40</sup> Д. 50. 17. 54, Улп. 46 ад ед.

<sup>41</sup> И неке друге одредбе које је Хаџић ставио у увод показују да је желео да учини очигледним да је право чврсто повезано с правичношћу. Тако у § 25 налазимо правило да ничија ствар припада ономе који је први узме, а у § 31 правило да онај који другоме причини штету има обавезу обештећења. Прво правило се налази у § 381 *ABGB*-а, у поглављу које говори о прибављању својине присвајањем, а друго у § 1295, у поглављу *О накнади штете*.

везана је за *Часћи дружу*, што је и у *ABGB*-у други део законика. Аустријски законодавац је том делу законика дао назив *О праву на ствари* и поставио га је тако што је најпре ставио одредбе које објашњавају појам ствари и поделе<sup>42</sup>, а затим је у првом разделу *О стварним правима* дао стварно и наследно право, а у другом разделу *О особним правима на ствари* облигационо право. Задржавајући исти редослед материја Хаџић је одредбе о стварима сместио у први одељак. Оне, дакле, у *Законику*, по угледу на Институције, нису одвојене од остале стварноправне материје. Даље, Хаџић је два одељка *Часћи друже* оставио без икаквих наслова, па се и ту опет приближио Институцијама, јер ни у њима стварноправна и облигационоправна материја немају посебне наслове.

Да су изнета одступања од аустријског изворника последица угледања на Јустинијанове Институције чини нам се врло вероватним, јер брисање наслова није могло бити резултат настојања да се текст *Законика* учини краћим и обичном грађанину разумљивијим, што је, иначе, била Хаџићева идеја водиља у многим одступањима од *ABGB*-а. Изгледа да су и неке друге ситније интервенције у овом делу законика последица угледања на римско право. На пример, када је у питању својина писац аустријског законика у првом разделу другом дела даје појам својине, а потом говори о њеном стицању окупацијом, прираштајем и предајом и при том у насловима поглавља увек подвлачи да је реч о стицању својине (*власности*).<sup>43</sup> За разлику од тога Хаџић трећој глави првог одељка *Часћи друже* даје наслов: *О својини њ. ј. праву сојствености, нарочито праву башићинском*, али у наредним поглављима у којима говори о прибављању својине у насловима не употребљава термин *својина* већ термин *ствар*.<sup>44</sup> То је угледање на римске текстове. Наиме, римски правници су радије говорили да је неко пренео или прибавио ствар, да ствар некоме припада или не припада, дакле нису често користили термин *својина*. Бројни су примери таквог начина изражавања у Институцијама у поглављу *О подели ствари*. И у Дигестама, у поглављу о прибављању својине, Јустинијанови компилатори не пропуштају да нагласе да се ради о прибављању права на ствари.<sup>45</sup>

## 2. 2. Непосредна рецепција римског права у регулативи о лицима

Погледајмо сада има ли примера непосредне рецепције римског права и у првом делу *Законика* који говори о лицима. Већ смо напоменули да СГЗ у

<sup>42</sup> Овакав увод у материју имовинског права припада институционалном моделу јер се и у првом и другом поглављу друге књиге Јустинијанових Институција најпре говори о врстама ствари (*De rerum divisione; De rebus incorporalibus*) а потом следе излагања о стварним и другим имовинским правима.

<sup>43</sup> Поглавље II. *О праву власности*, III. *О стичењу власности присвојењем*, IV. *О стичењу власности прираштајем*, V. *О стичењу власности предајом*.

<sup>44</sup> Поглавље IV. *О прибављању ствари*, V. *Прибављање ствари прираштајем и прираштајком*, VI. *О прибављању ствари предајом*.

<sup>45</sup> Д. 41. 1. *De acquirendo rerum dominio*.



овом делу следи *ABGB*. Уређујући материју која спада у римско *ius quod ad personas pertinet*, српски кодекс садржи одредбе о лицима, брачном и породичном праву. Задржаћемо се у нашој анализи само на једном, али важном, питању. Упоредићемо правну елаборацију појма *лице* у ова два законика.

У Аустријском законнику је суштина појма *лице* дата у три параграфа, у 16., 22. и 26. У § 16 пише: *Сваки човек има природњених права, која се познају самим разумом, и зато се он као особа има сматрати. У § 22: И сама нерођена деца имају од часа, кад су се зачела, право на заштитну закона. Уколико се ради о њиховим властитим правима, а не о правима пређега, сматрају се она као рођена; дијете пак рођено мртво држи се, гледе права, која су му приуздрана за случај живота као да нигда није било зачето. Најзад, § 26 каже: Права чланова које доушћеног друштва међу собом установљавају се погодном или сврхом и особитим прописима, који ошитоје за ња друштва. Према другим особама уживају доушћена друштва редовито жу правилуж иста права, која жива поједина особа. Друштва недоушћена као ипаква немају никаква права ни према члановима ни према другима и нису способна стићи права. А друштва недоушћена јесу она, која су по законима поличним посебно забрањена, или која се очито оштуру сигурности, јавном реду или добрим обичајима.*

Српски законик, напротив, даје основне појмове о лицима у два параграфа, у 36. и 43. § 36: *Под именом лица (особе) узима закон свако човечије створење, било оно тек зачето, или рођено, мало или велико, било разумно или безумно. И сам збор и свезу више лица јединствених у призрењу права, која она у заједници имају, сматра закон као једно лице морално, као што је родбина, задруга, оштина. У § 43 пише: Деце зачето али још нерођено, сматра се у призрењу права као да је и рођено, ипак да ако се живо роди, добија сва припадајућа права, и по на другој пренаши; ако ли се мртво роди, сматра се да никад ни зачето било није. Рођено држи се свагда за живо; ко сумња и противно наводи, доказати мора.*

Упоредујући одредбе два законика видимо: 1. Оба законика познају појам *лице*. 2. Оба под тај општи појам подводе три ствари: човека, зачето дете и правно лице. Дакле, српски законик у основи следи аустријски. Постоје, међутим, неке разлике у правнотехничкој елаборацији одредби из којих произлазе и неке разлике на појмовном плану.

Аустријски законик у § 16 најпре говори о *човеку*, одређујући га као *лице*. У суштини ту налазимо исказ, произишао из схватања природноправне школе, да је сваки човек *лице* захваљујући својим природним правима. Законик затим у § 22 говори о *зачетој а још нерођеној деци* не проглашавајући их изричито за *лица*, али утврђује да зачетак ужива заштиту закона. Најзад, у § 26, говорећи о правима моралних особа, потврђује да дозвољена удружења по правилу уживају иста права као и појединци, али у тој одредби не даје појам моралног, тј. правног лица.

У поређењу с изнетим из текста српског законика провејавају нешто друкчији концепти. Пре свега, српски законик у § 36 одређује појам правног

лица. Како аустријски то не чини, то значи, ово желимо да подвучемо, да је поменуто одредбу стилизовао сам Хаџић, па сва значења која она носи треба приписати његовом начину посматрања ствари.

Будући да је Хаџић највећи број параграфа у *Законику* написао сажимајући одговарајуће одредбе *ABGB-a*, могло би се очекивати да ће његова начелна норма о лицима садржати констатацију да се под *лицем* подразумевају три ствари, човек, зачетак и морално, тј. правно лице. Тога, међутим, нема. Хаџић очигледно није желео да следи логику *ABGB-a*, па је у свом тексту уместо аустријског *човек* и *нерођено дете* ставио *свако човечије створење*. Уводећи тај појам Хаџић је избрисао разлику и било какву супротстављеност између рођеног и тек зачетог детета. И једно и друго су схваћени као биће, тако да тренутак рођења у овом погледу нема значаја. То јасно показује стилизација параграфа. Лицем се сматра *свако човечије створење, било оно тек зачето или рођено, мало или велико, разумно или безумно*. Рођење је према овој формулацији једна од оних природних чињеница која прати човеков живот, једнако као и зрелост и разум, па околност да до рођења још није дошло не доводи у питање став да је и зачето дете човечије створење, односно субјект права.

Да је заиста у питању такво резоновање говори и Хаџићева терминологија. Он у § 43 говори о зачетом а још нерођеном детету (*дете зачето али још нерођено*). Израз *зачето дете* много јасније изражава идеју да је у питању човек у односу на могућу употребу речи *зачетак*. Хаџић такође не користи аустријску формулу према којој нерођена деца *имају право на заштитиу закона*, већ записује да се зачето а нерођено дете, када је реч о његовим правима, *сматра као да је и рођено*. И ова формулација недвосмислено говори да је нерођено дете субјект права. Наведене формулације по нашем мишљењу нису производ случаја, већ свесног удаљавања од аустријске формуле. На такав закључак упућује чињеница да у § 42 СГЗ-а, везано за правна лица, Хаџић није нашао за потребно да одступи од аустријске формуле према којој разне врсте правних лица *имају особито право на заштитиу закона*.

Следећа ствар која у Хаџићевој елаборацији појма *лице* заслужује пажњу везана је за одређење појма *правно лице*. Аустријски законик у § 26 не дефинише правно лице. Он говори о томе на који начин оно настаје, *погодбом, сврхом или особитим прописима* и у први план ставља права, како чланова правног лица у међусобним односима тако и она самог правног лица према трећим особама, да би на крају дао појам *недоушћених друштва*. Хаџић иде другим путем. Он даје дефиницију правног лица: § 36. *И сам збор и свеза више лица јединствених у призрењу права, која она у заједници имају, сматра закон као једно лице морално, као што је родбина, задруга, оштина*. Хаџић у правном лицу види пре свега групу људи, а не субјект права који је сасвим различит од његових чланова. Како Хаџић у истом параграфу говори о човеку и о правном лицу, а при одређењу овог другог полази од човека као појединца, правно лице је *збор и свеза више лица*, може се речи да Хаџић на правно-филозофском плану укида сваку супротстављеност међу појмовима *човек* и *правно лице*. Правно лице је по српском законик у врло једноставан и конкретан појам, чине га људи који су се удружили.

Ова једноставност и конкретност у промишљању појма *правно лице* постаје очигледна када се чита § 507 *Законика* у коме је дата дефиниција породичне задруге. Задруга је у време писања *Законика* остатак патријархалног друштва и институт обичајног права. Она је заједница више десетина сродника који заједно живе у истој кући и на заједничком имању. У свом пуном облику она је, дакле, заједница живота, рада и имовине.<sup>46</sup> Због те чињенице у овом облику породице агнатска веза је важнија од крвне, што се лепо види у наследноправној регулативи.<sup>47</sup> Природно, *ABGB* не садржи одредбе о задрузи па је Хаџићева дефиниција задруге изворна и показује његов приступ у дефинисању овог правног лица. Хаџић то чини на следећи начин: § 507. ст. 1. *Задружа је онде, где је смеша заједничког живота и имања свезом сродства или усвојењем по природи основана и ушврћена.* ст. 2. *Задружа се зове и кућа или кућа задружна за разлику од инокосне.* Анализа овог текста показује да смо у присуству врло конкретног правног појма. *Задружа* као правно лице није дефинисана на апстрактан начин. Она није субјект права потпуно различит од људи који је чине, већ је то заједница људи, сродника, а Хаџић је описује је речима које се срећу у свакодневном говору: сродство, живот, заједничка имовина, кућа.

Горња анализа показује да се у укупном Хаџићевом одређењу појма *лице* у средишту увек налази човек, онај који је већ рођен, онај чије се рађање очекује, или онај који удружен с другим људима чини правно лице. Одакле долази такво Хаџићево схватање, та конкретност, једноставност и стално окретање ка човеку, откуда сва та удаљавања од аустријског законика?

Чини нам се да су две ствари у питању. Најпре, Хаџић је био свестан да мора сачинити не много обиман законик, написан на најједноставнији могући начин. Он је добро знао да ће га читати државни чиновници, судије и грађани који само по изузетку имају правно образовање. Он лично је био позван да дође у Србију и сачини нацрт законика због тога што у земљи није било квалификованих правника способних да то ураде. Каква је ситуација у том погледу била најбоље говори податак да је кнез Милош, пре него што је позвао Хаџића, започео рад на грађанском законнику путем шесточлане комисије у којој нико није био правник по струци. Хаџић зато у свом пројекту законика многе параграфе *ABGB*-а скраћује а цео текст пише једноставним језиком, да би био разумљив што ширем кругу људи. Отуда он говори о *човечијем створењу* и о *збору и свези више лица*.

<sup>46</sup> То произлази из § 57 *Законика*: *Под задрузом или задружном кућом разумева се више лица иунолејних самих или са својим ипоимством у заједници живећих. Они су у одношају међусобном здружени. Где ијаква зајединскога живоћа нема, зову се инокосни.* Задруга је у време писања *Законика* установа која нема будућност. Увиђајући то Хаџић је еластично поставља. *Законик* у § 511 допушта могућност да задругар живи одвојено од осталих чланова (на пример живи у граду), али то је изузетак од општег правила. Више о томе види код Ж. М. Перић, *Задружно право по Грађанском законнику Краљевине Србије (коментар главе XV другог дела Грађ. законика, односно §§ 507. и 529.)*, Део први, Београд 1924, стр. 95-103.

<sup>47</sup> § 528. *Сродство у задрузи при наслеђивању има првенство над сродством изван задруге, ма ово било у ближем степену...* Детаљан коментар ове одредбе види код Ж. М. Перић, *op. cit.* стр. 231 и даље.

С друге стране, Хаџић се угледа на решења и појмове које је сретао у Јустинијановој кодификацији. Будући да је био правник, сигурно је схватио да аустријски законодавац говори о човеку и правном лицу у одвојеним параграфима зато што се ради о различитим појмовима, али он те појмове ипак даје заједно, у истом параграфу. Можемо с разлогом да претпоставимо да су га инспирисале Институције и Дигеста у којима нема посебних поглавља о правним лицима. У њима се увек говори само о човеку, *De statu hominum* (Д. 1. 5) и *De iure personarum* (I. 1. 3).<sup>48</sup>

Даље, када у § 36 Хаџић формулише: *Под именом лица (особе) узима закон свако човечије створење, било оно шек зачећо, или рођено*, он очигледно следи мисао римских правника и својим речима изражава оно што налазимо у Јулијановом фрагменту у Дигестама: *qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse*.<sup>49</sup> Када Јулијан констатује да зачето дете *in rerum natura esse* он подвлачи да оно постоји, да је део природе која нас окружује, тј. да је особа а не само део мајке. У суштини исто каже и Хаџић када записује у *Законику* да се лицем сматра свако човечије биће, било да је зачето, било да је рођено.

И нека решења у материји задруге као да су инспирисана римским правом. На пример, задруга има имовину и све што задругари прибаве постаје задружно<sup>50</sup>, али када се чланови задруге задужују без сагласности осталих, задужују само свој део.<sup>51</sup> Или, задруга има старешину који управља задругом, али за акте располагања имовином тражи се сагласност свих пунолетних и ожењених мушких глава.<sup>52</sup> Дакле, иако је задруга према § 36 *Законика* правно лице она је, како је добро запазио Гамс, постављена као „смеса имовине самосталних правних субјеката чију самосталну имовину чини њихов удео у задрузи.”<sup>53</sup> Оваква природа задруге као правног лица припада римској правној матрици која не познаје потпуно одвајање субјективитета правног лица од субјективитета његових чланова.<sup>54</sup>

На крају желимо да учинимо још једну напомену. Хаџићева регулатива о задрузи је јако критикована у нашој литератури као правно недоследна. Нама се напротив чини да је Хаџић на том питању показао да је добар законодавац, јер је дао решења која су одговарала тадашњим приликама на селу. Могло би се чак речи да су она, посматрана из данашње перспективе, и врло модерна. Наиме, за разлику од некада владајуће доктрине, данас превладава схватање да постоје широка лепеза правних лица, од оних који имају пуни правни субјекти-

<sup>48</sup> Термин и појам *правно лице* плод је апстракције модерних правних школа и, како су показала новија романистичка истраживања, не треба га повезивати с римским појмовима *homo* и *persona* који су имали конкретна, а понекад и истоветна, значења. Види: П. Цаталано, *Diritto e persone (studi su origine e attualità del sistema romano)* I, Торино 1990, посебно стр. 167-182.

<sup>49</sup> Д. 1. 5. 26, Иул. 69 диг.

<sup>50</sup> § 508. *Што је год имања и добара у задрузи, није једнога но свију; и што год који у задрузи прибави, није себи но свима је прибавио.*

<sup>51</sup> § 515. *Задругар у смеси живећи само свој део задужити може...*

<sup>52</sup> § 510. *...И сам старешина само може управљати чељад домаћу, и за кућу поради радње и живања наредбе чинити, али ошћућити што или задужити сам својевољно не може...*

витет одељен од физичких лица до других с непотпуним субјективитетом различитог степена и интересом који се разликује од интереса појединих физичких лица која га чине<sup>55</sup>, а Хаџићева регулатива о задрузи је управо таква, врло еластична, прилагођена друштвеним и економским приликама у време писања *Законика*.

Горња анализа систематике уводног дела *Српског грађанског законика* и његових основних одредби о лицима говори да „римску основу” овог извора права, тако значајног за развој права и правне свести у модерној српској држави<sup>56</sup>, чине и решења која су последица непосредне рецепције римског права. У *Законику* се, дакле, као и у великим европским грађанским кодексима, налазе тековине римске правне науке, али је пут њиховог уласка различит. Римско право је у велике европске кодификације ушло преко средњовековног *ius-a rotamit commune* и правних елаборација насталих у оквиру природноправне и историјске школе, а у СГЗ преко преузимања одредби из постојећих кодекса, а у неким случајевима и непосредним угледањем писца *Законика* Јована Хаџића на *Corpus iuris civilis*.

<sup>53</sup> А. Гамс, *Значај Српског грађанског законика за Србију у XIX веку*, Зборник САНУ Сто педесет година СГЗ-а, с. 20. Гамс у таквој регулативи види правни механизам којим је задруга укидана: „Правни механизам којим је СГЗ укидао задруге био је став да задруга *није правни субјект* суи *генерис базиран на колективној својини*, као што је то било у Општем имовинском законнику, или Хрватском закону о задругама, *него нарочитија врста имовинске смесе, сусвојине и заједнице рада у којој је свачији део одређен*. Задруга се узима као добровољно удруживање у коме сусвојину слободно удружених чланова заступа старешина задруге, али не по сопственом праву, као старешина, рецимо у Општем имовинском законнику, него по претпостављеном одобрењу свих пунолетних мушких чланова задруге, с тим што задругар може закључити правни посао ‘међу живима’ и располагати својим уделом за случај смрти. Задругар се у сваком моменту може издвојити из задруге (види на пример §§ 57, 521, 522, 527). По § 58, задруга се сматра правним лицем ‘у призрењу спољњих одношаја’, тј. у правном промету, али задругари задржавају своју имовинскоправну самосталност („права инокосности” – чл. 58), што није случај у традиционалној задрузи, где задругар стиче за заједницу. Тиме је још јасније изражено да Грађански законик задругу сматра смесом имовине самосталних правних субјеката чију самосталну имовину чини њихов удео у задрузи.” *Ibid.*

<sup>54</sup> Римљани, наимае, нису имали општи термин и појам еквивалентан модерном „правно лице” који би означавао субјекта права који је различит од физичког лица, али су у бројним ситуацијама допуштали групама људи да се јављају као страна у правним односима. Више о томе види код: М. Talamanca, *Elementi di diritto privato romano*, Giufr\_ ed., Милано 2001, стр. 95-100.

<sup>55</sup> М. Таламанца, *op. cit.*, с. 96.

Antun Malenica, Ph.D., Full professor  
Novi Sad School of Law

## ROMAN LEGAL TRADITION IN SERBIAN LAW

### *Abstract*

Serbian law belongs to the family of laws founded on Roman legal tradition. The family arose after many centuries of expansion of Roman law over the continental Europe and the subsequent influence made on non-European countries by the European law. Adoption of Roman law begun, as far as Serbia is concerned, immediately upon settlement of Serbian tribes upon the Byzantine territory, and it lasted from the dawn of the medieval state until its end, due to numerous ties that Serbian people and state had with Byzantium and Dalmatian cities. The adoption process was interrupted when the Turks came, and it was continued upon liberation from the Turkish power, taking place simultaneously with creation of law within the bourgeois states. The Roman legal model penetrated the contemporary Serbian law through the civil code of 1844. Namely, *The Civil Code for the Principdom of Serbia* was a version of the Austrian civil code of 1811, which adopted some solutions envisaged by the French *Code Civile* of 1804, while both of the codes had their roots in the Roman law. A deeper analysis of the Serbian Civil Code shows, however, that some of its solutions, in terms of both organization and individual issues, were in fact the result of Had-i's direct application of the solutions contained in *Corpus Iuris Civilis*.

---

<sup>56</sup> Данас су правни писци сагласни да је кодификовање грађанског права, уз све недостатке *Законика*, било од изузетног значаја за развој српског права. Види на пример: А. Гамс, *Значај Српског грађанског законика за Србију у XIX веку*; М. Орлић, *Правна вредност Српског грађанског законика*, Вл. В. Водинелић, *Сто педесет година касније: шта је још живо у Српском грађанском законнику?*, све у Зборник САНУ „Сто педесет година СГЗ-а. Нећемо понављати шта све стоји иза такве оцене, али желимо да подвучемо да је међу аргументима и тај да су почеци правне науке у Србији везани за *Законик* (коментари В. Чероглића из 1845. и 1847., четири свеске објашњења Д. Матића из 1850/51, анализа М. Ђ. Милићевића о задрузи из 1857., коментар Ђ. Павловића о хипотекарном праву из 1867). Т. Никчевић је сасвим у праву када каже: *Појава и ѡримјена Грађанског законика имала је у Србији скоро ѡресудан значај за развој и карактер ѡравне књижевности и могло би се рећи ѡравне мисли ѡишће. Скоро се може рећи да је са његовом ѡјавом везан и био условљен настајак и развој чврсте и научне ѡравне лиѡературе, која с обзиром на ѡолиѡичке и кулѡурне ѡриликe у Србији није ни могла раније настајати*. Види: Т. Никчевић, *Постајак и ѡокушај ѡреде Грађанског законика Кнежевине Србије*, САНУ, Споменик СХИХ, Одељење друштвених наука, Нова серија 21, Београд 1971, с. 2. Чини нам се да с тим у вези није на одмет напоменути и следеће. Законници су по правилу плодови развијене правне науке, али у одређеним историјским околностима настају и тамо где правне науке још нема и у таквим случајевима могу снажно подстаћи њен развој. На овакав однос законика и правне науке указао је још Помпоније поводом доношења Закона XII таблица: (Д. 1. 2. 2. 5, Помп. либ. синг. енци.) *С овим донетим законима почело је да бива нужно ѡумачење на суду (као што сунце ѡприродно излази, ѡако је ѡумачење захтевало ауѡориѡет ѡчених ѡравника)*. Могло би се речи да је доношење СГЗ-а, када је у питању развој правне науке, имало у Србији онај значај који је у Риму имало доношење Закона XII таблица.

Therefore, one may speak about a direct adoption of the Roman law by not only the medieval, but also by the contemporary Serbian law.

Поштовани,  
уколико имате примедбе или сугестије у вези припреме за штампу  
Вашег рада, молим Вас позовите ме на број 011/550-685 или 063/581-502  
с пошотвањем, Анка Дошен-Срећковић