

NEMAČKI GRAĐANSKI ZAKONIK Od pravnog partikularizma do kodifikacije građanskog prava

Apstrakt

Nemački rajh, u istoriji nazivan i Drugim nemačkim carstvom, formiran je 1871. godine. Uprkos skoro hiljadugodišnjem postojanju, prethodno Sveto rimsko carstvo, nikada nije imalo čvrstu i jasnu konturu koja bi odgovarala savremenom pojmu države. Nemački rajh se zato označava kao prva moderna država nemačkog naroda, iako se Nemačka (organizovana kao Nemački rajh) u poređenju sa zapadnoevropskim nacionalnim državama smatra „zakasnelom državom“, a nemački narod „zakasnelom nacijom“ [die verspätete Nation]². Nasleđe proisteklo iz viševjekovnog usitnjavanja nemačkih državica [Kleinstaaterei] konačno okupljenih u jednu državu bilo je pravni partikularizam. Iz nacionalnog jedinstva nemačkog naroda proisteklo je političko jedinstvo Nemačke, a iz političkog jedinstva moralo se stoga uspostaviti i jedinstvo prava. Cilj ovog rada jeste pokušaj da se osvetli proces kodifikacije nemačkog građanskog prava, kako s pravnog tako i s političkog stanovišta. Analizom je obuhvaćen rad stručnih komisija (s posebnim osvrtom na značaj Bernharda Vindšajda) zaduženih za pisanje nemačkog građanskog zakonika [Bürgerliches Gesetzbuch- BGB], kao i uopšte razvitak ideje o potrebi kodifikacije građanskog prava u Nemačkoj, s početka XIX veka. Najzad, rad se bavi i pitanjem uticaja već postojećih evropskih kodifikacija, u prvom redu francuskog građanskog zakonika [Code civil].

Ključne reči: Nemački rajh, Nemački građanski zakonik, pravni partikularizam, kodifikacija, pravni transplant, Vindšajd.

¹ Student master studija (LL.M.) na Univerzitetu u Kelnu. e-mail: lazar.glisovic@hotmail.com

² Tvorac ove poznate kovanice je nemački filozof i sociolog Helmut Plesner.

1. Promene pravno političkog okvira kao preduslov kodifikacije

U pogledu zakonodavne nadležnosti, Ustav Nemačkog rajha (Deutsches Kaiserreich) iz 1871. godine, poznatiji kao Bizmarkov ustav, određivao je u članu 4, tačka 13 nadležnost Rajha u oblasti obligacionog prava, krivičnog prava, trgovinskog prava i sudskih postupaka³. Relativno uski okvir zakonodavne nadležnosti može se objasniti činjenicom da je Nemački rajh (1871-1919), po uređenju savezna ustavna monarhija, bio sačinjen od dvadeset pet federalnih jedinica. Uprkos težnji ujedinjenja svih nemačkih država, na planu nadležnosti i uopšte organizacije savezne države, isprvasem aloradilo. Kao najžešći protivnici proširenja zakonodavne nadležnosti savezne države stajali su Saksonija, Bavarska i Virtemberg⁴.

Poimanje kodifikacije građanskog prava kao temelja državnosti, ali s njom i nacije nije predstavljalo dovoljno čvrst argument u prilog njenoj izradi. Nevoljnost odricanja nadležnosti od strane federalne jedinice u korist savezne države, kao usud stvaranja svake federalne države i u slučaju Nemačkog rajha bila je jedna od glavnih prepreka na putu ka kodifikaciji građanskog prava. Konstelaciju političkih snaga uslovljavao je jak položaj teritorijalnih kneževa u odnosu na Rajh, koji bi u slučaju prenošenja nadležnosti na Rajh bio u velikoj meri oslabljen. Otuda i ne čudi što su kneževine u svom otporu istrajale sve do 1874. godine, kada su najzad morale da se odreknu nadležnosti u oblasti privatnog prava.

Zbog atipičnih ustavnih ovlašćenja, i složenosti raspodele zakonodavne nadležnosti organa Rajha, pažnju zavređuje, barem u kratkim crtama, zakonodavni postupak u Rajhu. U pogledu ovlašćenja, zamišljen kao centralni politički organ, bio je Bundesrat (Gornji dom), sastavljen od suverenih kneževa, koji je delom predstavljao i upravnu i zakonodavnu vlast. Iako Ustav nije predvideo vladu kao organ izvršne vlasti, na čelu Bundesrata je stajao kancelar Rajha, a tu je funkciju, od 1871. do 1890, u godinama odlučujućim za nastanak kodifikacije, obavljao Oto fon Bizmark, istovremeno kancelar Pruske⁵. Rajhstag (Donji dom) sačinjen od 397 poslanika⁶, odlučivao je o predlozima zakona proisteklih iz Bundesrata.

³ Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 16. April 1871:

<http://dhm.de/lemo/html/dokumente/verfassungskai/index.html>, 29.04.2014.

⁴ W. Schubert, *Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB*, Walter de Gruyter, Berlin- New York, 1978., 28.

⁵ Time je i formalno potvrđena "hegemonija Pruske" u novostvorenom Nemačkom Rajhu"

⁶ Upor. M. Schmoekkel, *Auf der Suche nach der verlorenen Ordnung*, Böhlau Verlag, Köln-Weimar-Wien, 2005., 379 i dalje.

Prvi korak ka kodifikaciji predstavljao je predlog dvojice poslanika Nacionalno liberalne partije (Nationalliberale Partei), po broju mandata najveće partije prvog saziva Rajhstaga, o proširenju zakonodavne nadležnosti Rajha⁷. Predlog je prvi put razmatran na sastanku Odbora za ustavna pitanja i pravosuđe Bundesrata 9. decembra 1871. godine. O težini dobijanja saglasnosti svih federalnih jedinica i mukotrpnom procesu koji mu je prethodio govori podatak da je od pomenutog sastanka pa do odluke Gornjeg doma od 4. decembra 1873. godine, na kojoj je potvrđeno formiranje “Pretkomisije” za izradu građanskog zakonika prošlo skoro pune dve godine⁸. Formalnoppravno, ovlašćenje za rad na kodifikaciji građanskog prava, federalna država stekla je izmenama Ustava decembra 1873. godine. Ove izmene poznate su kao “Lex Miquel/Lasker”⁹.

Rukovođenje radom na kodifikaciji povereno je Odboru Bundesrata za ustavna pitanja i pravosuđe. Kasnije će tu ulogu preuzeti Pravna služba Rajha (Reichsjustizamt), čijem će radu i uticaju, kasnije u radu biti posvećeno više pažnje.

2. O zakonodavnoj politici Nemačkog rajha

Nemački rajh je, poput mnogih mladih (federalnih) država XIX i s početka XX veka¹⁰ bio suočen s problemom pravnog partikularizma. Od svog formiranja pa sve do izmene Ustava iz 1873. godine, nije se radilo na ujednačavanju prava u oblastima u kojima je to bilo moguće, izuzev krivičnog prava. Ovu tvrdnju potkrepljuje činjenica da u tom periodu nije donet nijedan zakon koji je za cilj imao unifikaciju privatnog prava. S druge strane, to vreme obeležila su politička previranja koja će za ishod imati izmenu Ustava, kojom bivaju otvorena vrata kodifikaciji prava.

Na širem zakonodavnom planu, dakle, van građanskog (civilnog) prava, učinjeno je dosta u pogledu ujednačavanja prava. Tako je Krivični zakonik, koji zahvaljujući brojnim izmenama i danas važi u SR Nemačkoj (kada je donet nosio je naziv Reichsstrafgesetzbuch, a danas bez prefiksa carski, samo Strafgesetzbuch) donet već 15. maja 1871. godine, a stupio

⁷ Upor. W.Schubert, 27.

⁸ V.W. Schubert 28, kao i T.Vormbaum, *Sozialdemokratie und Zivilrechtskodifikation*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1977., XXIX

⁹ Naziv potiče od imena dvojice poslanika Nacionalno liberalne partije: Johannes Miquel i Eduard Lasker. Pre izmene Ustava, član 4, tačka 13: glasio je: „zajedničko zakonodavstvo u oblasti obligacionog prava, krivičnog prava, trgovačkog i meničnog prava kao i procesnog prava“; nakon izmene, pak, isti član glasi: „zajedničko zakonodavstvo u oblasti celokupnog (podvukao L.G.) građanskog prava, krivičnog prava i procesnog prava” (RGBl. str. 379).

¹⁰ Poput Kraljevine SHS, kasnije i Kraljevine Jugoslavije.

na snagu 1. januara 1872. Nešto kasnije, 1. februara 1877. donet je Zakonik o krivičnom postupku (Reichsstrafprozessordnung) koji se počeo primenjivati 1. oktobra 1879. godine.

Treći značajan zakonik koji je važio na čitavoj teritoriji Carstva bio je Opšti nemački trgovački zakonik. Isti Zakonik, donet još u okviru Nemačkog saveza (Deutscher Bund), „unet“ je u pravni poredak novog Rajha, ipak sa suženom primenom samo na oblasti meničnog i obligacionog prava¹¹.

Ovaj Zakon(ik) će se primenjivati sve do donošenja novog Trgovačkog zakonika koji je stupio na snagu zajedno s Nemačkim građanskim zakonikom 1. januara 1900. godine. Baš kao i Krivični zakonik, Zakonik o krivičnom postupku i Trgovački zakonik zajedno s Građanskim zakonikom i danas su na snazi u SR Nemačkoj. Uprkos kritici, pre svega Građanskog zakonika koja će dalje u tekstu biti analizirana, teško je odupreti se divljenju da četiri velike nemačke kodifikacije, među kojima i Građanski zakonik, donete pre više od sto godina i danas predstavljaju izvor pozitivnog prava.

Na polju ostalih grana prava, a pre svega građanskog, i dalje je vladao pravni partikularizam (nem. Rechtszersplitterung). Nepostojanje kodifikovanog prava nadomešćeno je običajnim pravom - recipiranim rimskim (kanonskim) pravom sadržanim u *Corpus iuris* - prožetim germanskim običajima, koje se kao takvo razvijalo u XVI i XVII veku. U istorijskopravnoj literaturi govori se o “carskom pravu” ili “gemeines Recht” (lat. *Ius commune*)¹², koje predstavlja pravne norme koje su nastale, bile primenjivane i razvijane za vreme trajanja Svetog rimskog carstva nemačkog naroda.

Iako je u pojedinim državama Nemačkog carstva, izvršena kodifikacija prava, zasnovana na dotadašnjem običajnom pravu, ona nije doprinela istovremeno i ujednačavanju prava. Naprotiv, kodifikacija prava čija se mesna nadležnost proteže samo na teritoriji, u ovom slučaju kneževina, ni u kojoj meri nije koristila kasnijoj težnji ka ujednačavanju prava na celokupnoj teritoriji Nemačkog carstva. Tako je Bavarska imala svoj “Maksimilijanov građanski bavarski zakonik” [Codex Maximilianeus bavaricus civilis“ - CMBC (1756)], Pruska “Opštezemaljski zakonik” [AllgLandR für die Preußischen Staaten” (1794)], Baden “Zemaljski zakon” [Landesgesetz (1809)], stvoren na osnovama Code civil¹³ itd.

¹¹ Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Band 7, München, 2013., 2 (autor glave Hartwig Sprau).

¹² Palandt, 2.

¹³ Prema tvrdnjama nekih autora „prepisan Code civil”: Sergio Fernandes Fortunato, Vom Römisch-gemeinen Recht zum Bürgerlichen Gesetzbuch“, *ZJS* 4/2009., 328.

Francuski građanski zakonik naročito je, pak neujednačeno, primenjivan u oblastima Carstva istočno od Rajne¹⁴. I dok se tokom prve decenije XIX veka činilo da će kodifikacija biti izvršena upravo na osnovama ili barem po ugledu na Code civil, porazi francuske vojske tokom 1812. i 1813. godine doprineli su slabljenju uticaja Francuskog građanskog zakonika. Pravnopolitički zahtev za stvaranje jednog nemačkog građanskog prava karakteristao je naglašen nacionalni patos, „vreme nacionalnog romantičarskog buđenja nemačkog naroda, tako da je reakcija u odnosu na francuski uticaj i školu prirodnog prava bila neminovna“¹⁵.

Code civil kao simbol „jedne i nedeljive nacije“¹⁶ za konzervativne i nacioanlističke snage u Nemačkoj nije bio prihvatljiv. Takav stav jasno je izložen 1814. godine u delu Avgusta Vilhelma Reberga [August Wilhelm Rehberg] „O Napoleonovom zakoniku i njegovom sprovođenju u Nemačkoj“ u kome se protivi poređenju Francuskog građanskog zakonika s Justinijanovim kodeksom¹⁷, ujedno pozivajući na borbu protiv „filosofskih sanjara“ (philosophische Schwärmer) koji se zalažu za sprovođenje potpune slobode i jednakosti među ljudima¹⁸. Od buđenja ideje za potrebom jedinstvenog građanskog zakonika, preko perioda njegovog stvaranja, pa čak i nakon što je stupio na snagu Zakonik je uvek u izvesnoj meri učvršćivao, često uzdrmani, nacionalni identitet Nemaca. Otuda i ne čudi sledeća rečenica prvog posleratnog saveznog ministra pravde SR Nemačke, izgovorena na svečanosti povodom 50 godina Zakonika, 1. februara 1950. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Kelnu: „Jedinstveno građansko pravo je obruč i telo celog Nemačkog naroda“¹⁹.

3. Rasprava o kodifikaciji iz 1814. godine. Tibo vs. Savinji

Prethodno Rebergovo delo moglo bi se uzeti za polaznu tačku diskusije o potrebi kodifikacije građanskog prava u Nemačkoj. Odmah nakon Rebergovog, usledilo je delo Antona Fridriha Justusa Tiboja [Anton Friedrich Justus Thibaut] „O potrebi Nemačke za opštim građanskim zakonikom“. Zastupajući tezu o neophodnosti kodifikacije građanskog

¹⁴ Upor. Palandt, 2.

¹⁵ S.Avramović, V.Stanimirović, *Uporedna pravna tradicija*, 8. izdanje, Beograd 2012., 23.

¹⁶ M.Schmoekkel, J.Rüchert, R. Zimmerman, *Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB*, tom I, 2003., uvod 4. pasus (autor uvoda R. Zimmerman).

¹⁷ A.W.Rehberg, *Über den Code Napoleon und seine Einführung in Deutschland*, Gebrüder Hahn, Hannover 1814., 10

¹⁸ A.W.Rehberg, IV.

¹⁹ Obraćanje ministra pravde dr. Thomasa Dehlera, zabeleženo u: *Hans Carl Nipperdey, Fünfzigjahrfeier des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches*, Verlag J.C.B.Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1950., 11.

prava u Nemačkoj, Tibo iako s kritičkim pogledom na Code civil nije, za razliku od Reberga, smatrao da se kodifikacija može i mora izvršiti uz potpuno zanemarivanje uticaja i značaja Francuskog graškanskog zakonika. Tako je u recenziji Rebergovog dela, njemu prebacio jednostranu i nejasnu argumentaciju²⁰. Naročito se protivio stavu Reberga da bi u slučaju nepostojanja drugog rešenja, pre trebalo zadržati pravni partikularizam nego što bi trebalo dopustiti važenje francuskog prava²¹. Prilikom kodifikacije nemačkog građanskog prava, smatra Tibo, trebalo bi uzeti u obzir iskustva Code civil, naročito njegove recepcije u Pruskom i Austrijskom građanskom zakoniku²².

Postojanje pomenutih kodifikacija Tibo je tumačio kao olakšanje budućim tvorcima opšte nemačke kodifikacije. Primećuje, premda pomalo naivno, da bi oslanjanje na dosadašnja iskustva nekih nemačkih država, kodifikacija mogla biti izvršena za svega dve, tri do četiri godine²³. U pogledu sadržaja, budući građanski zakonik trebalo bi da karakteriše preglednost propisa odgovarajući time ujedno na potrebe modernog građanskog društva²⁴. Pravni partikularizam, kao i veliki broj, na latinskom jeziku korišćenih, pravnih izvora označavao je kao prepreku povezivanja pravne teorije i pravne prakse, čija bi sprega u mnogome bila od značaja prilikom stvaranja buduće kodifikacije²⁵. Iste godine, osvanulo je novo, tada već treće po redu delo zahvaljujući kome se 1814. godina može s pravom nazvati „godinom rasprave o kodifikaciji“. Ako su prva dva rada, Rebergov i Tiboov zagovarali potrebu kodifikacije Nemačkog građanskog prava, to svakako nije bio slučaj s trećim. Udarivši „knjigom na knjigu“ Fridrih Karl fon Savinji [Friedrich Carl von Savigny] predstavio je svoje „protivkodifikaciono političkopravno opredeljenje“²⁶, oličeno u delu pod naslovom „O izazovu našeg vremena zakonodavstvu i pravnoj nauci“. Misaona nit koja prožima delo Savinjija karakteriše stav da nemačka pravna nauka, a posebno nemački zakonodavac, nisu u stanju da iznedre zakonik kako ga je zamislio i kakav je zagovarao Tibo. Za razliku od Tibo koji je smatrao da će dotad već ostvarene pruska, austrijska i posebno francuska kodifikacija biti od koristi zakonodavcu prilikom donošenja sveopšteg nemačkog kodeksa, Savinji je upravo na nedostacima pomenutih gradio tvrdnju da bi na temelju tih kodifikacija

²⁰ Fortunato, 328, fn.18.

²¹ Upor. A.W.Rehberg, 34.

²² A.F.J.Thibaut, *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen Bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Mohr & Zimmer, Heidelberg, 1814., 12.

²³ A.F.J.Thibaut, 34-35, 65.

²⁴ A.F.J.Thibaut, 24 i dalje.

²⁵ Upor. Fortunato, 329.

²⁶ G.Wesenberg, G.Wesener, *Neuere Privatrechtsgeschichte*, Böhlau, Wien, 2. Auflage, 1985., 172.

sačinjavanje nemačke kodifikacije bilo praćeno brojnim nedostacima i stoga unapred osuđeno na neuspeh. Činjenicu da su Pruska i Austrija već ostvarile kodifikaciju za njega je samo bio argument u prilog tome da bi ih se one teško odrekle u korist jedne sveopšte nemačke kodifikacije privatnoga prava²⁷ (Austriju navodi smatrajući da je i njoj mesto u budućoj državi nemačkog naroda). Sačinjavanje kodifikacije ne zavisi (samo) od zakonodavca, već pre svega, od „pravne misli i razvijenosti pravne nauke jednog naroda“, ili kako je sâm Savinji tridesetak godina kasnije formulisao, pravo je odraz „narodnog duha“ (*Volksgeist*)²⁸, te tako „izvor prava jesu najpre običaji i verovanje naroda, a tek potom jurisprudencija....dakle kroz unutrašnju, tiho delujuću snagu, a ne samovoljom zakonodavca“²⁹.

Pravo svake države je, dakle, plod „narodnog duha“. Ono što je, pak zajedničko svim državama, tačnije pravu (ili pravima) svih država, jesu nužne etape razvoja kroz koje pravo nužno prolazi u svom nastajanju. Prva faza je nastanak običajnog prava kod svakog naroda ili zajednice. Druga etapa predstavlja dugotrajno pravničko preispitivanje običajnog prava. I na kraju, tek kada pravna pravila prođu vekovima dugo i uporno pravničko „sito“, one norme koje izdrže probu vremena i one koje pravnici modifikuju bivaju kodifikovane³⁰. Na prvi pogled, predstavljena evolucija pravnog poretka jednog naroda - od običaja do kodifikacije -, ostavlja utisak prihvatljive teze. No, ipak, previđa se jedan nedostatak - do kraja nerazjašnjen pojam “običajnog prava” -, jer pojam “običajno pravo” onako kako je predstavljen u delu “O izazovu našeg vremena zakonodavstvu i pravnoj nauci” navodi na zaključak da se radi o pravu proisteklom iz običaja. Tek će Georg Fridrih Puhta [Georg Friedrich Puchta], istaknuti pandektista i tvorac “pojmovne jurisprudencije” na pravi način obikovati pojam običajnog prava, jer će njegovo viđenje u delu “Običajno pravo (1828)” kasnije preuzeti i sâm Savinji u svoj osmotomni “Sistem današnjeg rimskog prava” (1840-1849). Ovaj momenat najbolje beleži Jakobs: “Poput crvene niti provlači se kroz ovu knjigu [,Običajno pravo”- istakao L.G.] viđenje da se u običaju uverenje naroda prepoznaje; običaj je tako samo način, put kojim se pravo kroz običaj ispoljava, te stoga običaj nije konstitutivan element nastanka prava”³¹.

²⁷ F.C. von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Hildelsheim (1814) reprint 1967., 161.

²⁸ F.C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Band I, Berlin 1840., 14.

²⁹ F.C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, 79.

³⁰ Viđenje istorijskopravne škole o fazama nastanka prava preuzeto iz: S.Avranić, V. Stanimirović, 23.

³¹ H.H. Jakobs, *Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht*, Ferdinand Schöningh, Paderborn-München-Wien-Zürich, 1983., 64-65.

Svoj ugled Savinji je najpre stekao delom „Pravo državine“ (1803), u kome na nov način analizira jedan pravni institut, ne vodeći se samo istorijskim tumačenjem razvoja instituta, već sagledavanjem njegovog cilja, dakle teleološki, u datom pravnom poretku. Dâ se zapaziti da srednjovekovnu recepciju rimskog prava, zahvaljujući kojoj su brojni rimski pravni insituti ušli u primenu, ocenjuje kao manjkavu, te stoga teži da dopre do čistog izvornog rimskog prava³². Dostupne izvore recipiranog prava sagledava kroz prizmu savremenih potreba ne želeći da se bavi istraživanjem pojedinačnih pravnih pravila klasičnih pravnika, već pokušava da osvetli njihovu metodu stvaranja prava, kako bi se ta pravila mogla oploditi u svom vremenu³³. Savinjijeva metoda izučavanja prava postavljena je na dva koloseka, kako na istorijski tako i na sistematski. Na tragu tog pristupa on iznosi još jednu važnu tvrdnju kojom osporava mogućnost kodifikacije nemačkog prava u tom periodu. Smatra, naime, da pravo još uvek nije među Nemce istorijski prodrlo, te da stoga ne postoji onaj za zakonik potrebni snažni i izvorni jezik, kakav su posedovali rimski pravnici.

4. Istoriskopravna škola i dve struje unutar nje - dva pravca ka istome cilju

Vođena idejom da u osnovi svakog nacionalnog prava leži običaj, istoriskopravna škola biće suočena s podelom, zahvaljujući različitim viđenjem o tome koje to tačno običajno pravo odgovara duhu nemačkoga naroda. Klica podela zametnuta je još 1815. godine u “Časopisu za istorijsku pravnu nauku”³⁴, koji je predstavljao plod zajedničkog uređivanja s jedne strane Savinjija kao romaniste i s njim ili spram njega, profesora istorije ustavnog prava i nemačkog privatnog prava, Karla Fridriha Ajhorna [Karl Friedrich Eichhorn]³⁵. Razlika se ogledala u tome što je romanistička grana bila posvećena izučavanju rimskih pravnih izvora, dok se germanistička grana koncentrisala na srednjovekovne, izvorno nemačke, izvore prava. Naizgled, konačan raskol škola je doživela četrdesetih godina XIX veka, zahvaljujući pre svega delom Karla Geoga Kristofa Bezelera [Carl Georg Christoph Beseler] “Narodno pravo i pravničko pravo”, koji zastupa stav da bi na recepciju rimskog prava trebalo gledati kao na “nacionalnu nesreću”³⁶. Premda po broju

³² Upor. Fortunato, str 330.

³³ Fortunato, 330. fn. 46.

³⁴ „Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft“ čiji je pravni sledbenik „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte.

³⁵ V. Fortunato, 331.

³⁶ G.Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht*, Weidman, Leipzig, 1843., 42 i dalje.

predstavnik manja, germanistička grana delovala je organizovano. Prvi skup germanista održan je u Frankfurtu na Majni 1846. godine, s Jakobom Grimmom [Jacob Grimm] kao predsedavajućim. Među gostima našli su se najugledniji profesori nemačkog jezika, prava i istorije. Drugi, ujedno i poslednji, put germanisti su se obreli u Libeku 1847. godine. Ovog puta pozvani su bili i predstavnici romanista³⁷. Iako se činilo da je jaz između dve grane isuviše dubok, protekom vremena rasprava je izgubila na oštini. Kao moguće objašnjenje Volfgangag Zelert [Wolfgang Sellert] nudi sledeću konstrukciju. Kako je rasprava potrajala skoro dvadeset godina, teško je odrediti ko je kojoj grani zaista i pripadao, budući da su se stavovi vremenom menjali. Naročito važno čini se zapažanje da su ipak svi pravници toga vremena svoje osnovno pravničko obrazovanje sticali na temelju rimskog prava³⁸. Paradoksalno je, ističe Zelert, da su se mnogi od onih koje bismo mogli svrstati među germaniste zapravo bavili rimskim pravom, poput Karla Jozefa Antona Mitermajera [Carl Joseph Anton Mittermaier], profesora rimskog prava³⁹. Da odstuje od svojih udaljenih stavova i krenu putem kompromisa, na istaknute nemačke pravnike svako je delovala, pravna praksa. Proces industrijalizacije društva, a kao njegova posledica pojava novih i složenijih društvenih i privrednih odnosa, teško je mogla imati koristi od podele istorijskopravne škole na germanističko “narodno pravo” i rimsko “naučeno pravo”.

5. Pretkomisija, Prva komisija i Prvi nacrt

Izmenama Ustava krajem 1873. godine, poznatijim kao Lex Miquel-Lasker, omogućena je šira zakonodavna nadležnost Nemačkog rajha. Usvojivši predlog izmene Ustava, Bundesrat je istovremeno zadužio Odbor za pravosuđe da oformi komisiju zaduženu za izradu zakonika. Kako, međutim, nisu bili poznati niti metod izrade, niti broj članova komisije⁴⁰, Odbor je došao do zaključka da bi stvaranje okvira postupka kodifikovanja građanskog prava valjalo poveriti “pretkomisiji”. Odlukom donetom na sastanku februara 1874. godine, oformljena je petočlana

³⁷ Na primedbu da skupu u Frankfurtu ne prisustvuju predstavnici romanista, profesor Mitermajer je odgovorio da su pozvani svi oni koji se interesuju za nemačko pravo, navodeći time na zaključak da romaniste ionako ne interesuje nemačko već rimsko pravo. W.Sellert, 93.

³⁸ W. Sellert, *Der Beitrag der Germanisten zur Kodifikation des Zivilrechts: 1814- 1849, Der Kodifikationsgedanke und das Modell des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB)*, Vandenhoeck & Ruprecht in Göttingen, 2000., 83.

³⁹ W.Sellert, 83.

⁴⁰ V. W.Schubert, 27.

komisija⁴¹. Rezultat rada⁴² ove Komisije bio je izveštaj podnesen Odboru za pravosuđe. Pretkomisija je uspela da utaba stazu kojom će se kasnije kretati Komisija za sačinjavanje nacрта BGB-a. Glavna odlika bilo je usmerenje da se istraže sve u okviru Nemačkog rajha važeće pravne norme, a koje su deo materije građanskog prava (s izuzetkom trgovinskog prava) i da buduća komisija nužno bude sačinjena kako od teoretičara prava tako i od pravnih praktičara. Ideja da se sprovede istraživanje svih važećih normi građanskoga prava, nije, pak, za cilj imala stvaranje jedne kompilacije pravnih pravila, kao što je to bio slučaj s „Pruskim opštezemaljskim zakonikom“, već dalji razvoj postećeg prava izborom najprikladnijih rešenja kako bi se na taj način ispunio osnovni cilj donošenja kodifikacije, naime prevazilaženje pravnog partikularizma. Stvorena za “jednokratnu upotrebu”, jer s usvajanjem izveštaja biva raspuštena, Pretkomisija daje veliki doprinos budućoj kodifikaciji.

Komisija koja suštinski počinje rad na kodifikaciji s ciljem stvaranja nacрта, a koja je brojala 11 članova⁴³ ustrojena je na predlog Bundesrata 17.9.1874. godine, a predsedavanje biva povereno tadašnjem Predsedniku Višeg trgovinskog suda Rajha, Hajnrihu Eduardu fon Papeu [Heinrich Eduard von Pape]⁴⁴. Jezgro grupe predstavljali su redaktori kojima je shodno instrukciji Komisije bio poveren zadatak da na redovnim sastancima raspravljaju o formi i sadržaju rada u svojim oblastima, i da težeći iscrpnim obrađivanjem materije dođu do konačnih, usaglašenih rešenja⁴⁵. Redaktora je ukupno bilo pet, što je odgovaralo petodelnoj pandektnoj podeli prava. Tako je za opšti deo bio zadužen Gebhard [Gebhard], za obligaciono pravo fon Kibel [von Kübel]⁴⁶, za stvarno pravo Johov [Johow], za porodično pravo Plank [Planck] i za nasledno pravo Šmit [Schmitt]. S političke tačke gledišta posmatrano, Komisija je predstavljala svojevrsan kompromis federalnih jedinica. Naime, imajući u vidu već pomenutu „prusku hegemoniju“ u novostvorenom Nemačkom rajhu, ostale članice federacije strahovale

⁴¹ Članovi pretkomisije bili su: Levin Goldschmidt, Franz Kübel, Ludvig von Neumayr i Herrmann Schelling i Anton von Weber. Biografije članova pretkomisije, ali i potonjih komisija zaduženih za izradu BGB-a sadržane su u spisu „*Kurzbiographien der Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuchs*“ Rosemarie Jahnel, objavljenom u W. Schubert, *Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB*, Walter de Gruyter, Berlin- New York, 1978., 69-124.

⁴² W.Schubert, 170-183.

⁴³ Pored Papea, Komisija je brojala još 10 članova: Gustav Derscheid, Albert Gebhard, Reinhold Johow, Franz von Kübel, Karl Kurlbaum, Gottlieb Planck, Paul von Roth, Wilhelm von Rümer (od 1888. kada zamenjuje Antona von Webera), Gottfried von Schmitt, Anton von Weber i Bernhard Winscheid. O biografijama članova Prve komisije v. Schubert, 72-87.

⁴⁴ V. W.Schubert.40.

⁴⁵ V. W.Schubert, 41.

⁴⁶ Nakon smrti 1884. zamenjuje ga Gustav von Mandry.

su od „prusifikacije“⁴⁷, pravnog poretka Carstva, a time i svojih sopstvenih pravnih poredaka. Tako su ostali članovi Komisije pored Vinšajda [Windscheid]⁴⁸ koji će 1883. godine napustiti Komisiju, i Papea kao predstavnika nauke, bili predstavnici prakse ili državne uprave, među kojima je od devet članova bilo tri predstavnika Pruske čime je osigurano da Pruska ipak bude „u manjini“⁴⁹. Krajem 1885. privedeni su kraju pojedinačni nacrti Zakonika, tačnije njegovih poglavlja. Tako je nakon usaglašavanja mišljena članova Komisije došlo do sačinjavanja objedinjenog Nacrta zakonika koji je brojao 2164 člana i koji je kao takav od strane predsedavajućeg Papea prikazan kancelaru Bizmarku 27. decembra 1887. godine, da bi početkom 1888. Nacrt stigao u Bundesrat⁵⁰.

Time Nacrt biva dostupan široj (i) stručnoj javnosti. Ovakva formulacija prosiće iz saznanja da je rad Komisije bio pretežno tajan. Tajnost rada Komisije, kao što će se videti u poglavlju koje predstoji, bila je samo jedna osnova oštre kritike kojoj je bio izložen prvi Nacrt nemačkog građanskog zakonika kao plod, sada već skoro trinaestogodišnjeg rada (ako se izuzme učinak Pretkomisije).

5.1. Bernhard Vindšajd kao najistaknutiji član Prve komisije

Bernhard Vindšajd [Bernhard Windscheid] bio je član Prve komisije od njenog formiranja sve do 1883. godine, kada napušta rad na kodifikaciji dakle, punih devet godina. Pre analize njegove uloge i doprinosa nastanku BGB-a, važno je razjasniti jednu, često spominjanu, nedoumicu. Iako postoje glasine da je razlog Vindšajdovog napuštanja Komisije neslaganje s njenim radom ili sukob s nekim od saradnika, to čini se, nije tačno⁵¹. Pravi razlog je, po svojoj prilici, njegova želja da se, kako je već zašao u pozne godine života (66 prilikom istupanja iz Komisije) vrati profesuri na Univerzitetu u Lajpcigu, na kome je počeo predavati 1874. godine⁵² i na kome je i njegova karijera okončana, smrću 1892. godine.

⁴⁷ Zapažanje o „prusifikaciji“ preuzeto iz: H.Schulte-Nöltke, *Die schwere Geburt des Bürgerlichen Gesetzbuchs NJW*, 1996., 1705.

⁴⁸ Bernhard Vinšajd kao vrsni poznavalac rimskog pandektnog prava, uživao je daleko najveći uticaj u Komisiji. Njegovo usmerenje u pogledu nastanka kodifikacije najbolje opisuju sledeća misao: „Možemo se opredeliti ili za prečišćeno rimsko pravo ili za neprečišćeno rimsko pravo. Da li želimo ili ne želimo rimsko pravo, to nije pitanje izbora. Zadatak je pravnika da prečiste rimsko pravo, to je naučna delatnost.“ F.Wieacker, *C. Wollschläger, Jherings Erbe*, Göttingen, 1970., 228.

⁴⁹ H.Schulte-Nöltke, 1705. i Fernandes Fortunato 335.

⁵⁰ Uporedi: Fortunato, 336, W.Schubert, 49.

⁵¹ Upor. G. Planck, *Windscheid als Mitarbeiter am Bürgerlichen Gesetzbuche*, *Deutsche Juristen-Zeitung*, Nr. 15/16, 1909, 953.

⁵² Pre Lajpciga Vindšajd je predavao na Univerzitetima u: Bonu, Bazelu, Grajfsvaldu, Minhenu i Hajdelbergu. V. F. Wieacker, *Gründer und Bewahrer*, *Vandenhoeck & Ruprecht*, Göttingen, 1958. 181-182.

Ako se zna da je Komisija formirana iste godine kada je Vindšajd stekao profesuru u Lajpcigu, onda je jasno da ga je boravak u Berlinu sprečavao da obavlja svoj poziv. No, to što je iz Komisije izašao pre okončanja njenog rada, samim tim i pre nego što je bio izrađen Nacrt, ne umanjuje njegov značaj u donošenju Zakonika. Naprotiv, kao najcenjeniji član Komisije, Vindšajd je uživao izuzetan ugled. Otuda i ne čudi što je na pomen Komisije BGB-a, prva asocijacija upravo Vindšajd, a ne, recimo, predsedavajući Pape. Njegov uticaj proizilazi iz vrhunskog poznavanja pandektnog prava, iskazanog, u trotomnom udžbeniku pandektnog prava kome je posvetio skoro 30 godina života, objavljujući ga u 7. izdanja⁵³. Ovaj udžbenik nije bio namenjen samo studentima. Daleko značajnije ovo delo je koristilo praksi, sudijama, advokatima i tužiocu u vremenu kada Nemačka još uvek nije imala svoj građanski zakonik. Zbog svoje izvanredne sistematike, odabira najprikladnijih insituta rimskog prava i njihove obrade kojom su bili prilagođeni potrebi prakse, ova je knjiga kako to lepo opisuje Franc Vieker [Franz Wieacker] u isto vreme bila zakon, komentar zakona i najzad, udžbenik⁵⁴. Pandektna podela prava koja je uočljiva u BGB-u najbolji je dokaz Vindšajdovog uticaja. S druge strane iznenađuje njegova spremnost da sasluša i prihvati tuđe mišljenje. Tako Plank navodi da je u raspravama oko Opšteg dela Vindšajd insistirao da se njegov udžbenik ostavi po strani, jer je smatrao da ni pola od onoga što je u njemu napisano nije od značaja za budući Zakonik⁵⁵. Ne sme se prevideti da je Vindšajd ujedno bio i sjajan poznavalac francuskog prava. Uostalom, kako u Diseldorfu, gde je rođen, tako i u Bonu gde je studirao i doktorirao, Code civil je predstavljao izvor pozitivnog prava. Najzad, prilikom govora na jednom skupu 1889. godine u Frankfurtu na Majni, šest godina nakon istupanja iz Komisije i godinu dana nakon što je Nacrt BGB-a objavljen, Vindšajd kaže „Nije cilj usaglasiti sva mišljenja. Svako se mora delom odreći svog, kako bi najzad bio stvoren BGB. Jedinствeno građansko pravo za jedinstveni nemački narod!“⁵⁶. Ovaj stav potvrđuje dve činjenice. Prvu da je Vindšajd bio čovek kompromisa, prilagodljiv različitim stavovima iznesenim u Komisiji. Drugu, da ipak postoji mogućnost da nisu baš svi članovi Komisije bili prilagodljivi poput njega, te da to, uz navedenu želju da se vrati profesuri, može predstavljati ipak najvažniji razlog zašto Vindšajd kao najznačajniji tvorac temelja BGB-a, nije želeo da dalje učestvuje u njegovoj izgradnji.

⁵³ U originalu delo glasi “Lehrbuch des Pandektenrechts“.

⁵⁴ F. Wieacker, 185.

⁵⁵ G. Planck, 953

⁵⁶ Zapis govora objavljen je u *Deutsche Juristen-Zeitung*, Nr. 15/16, 1909, 954.

6. Kritika Prvog nacrt, rad Druge komisije i Drugi nacrt

Nakon što je predstavljen, nacrt biva izložen snažnoj kritici. O spoznaji razmere i intenziteta kritike može poslužiti sledeći „pogled sa strane“ Britanca Frederika Viliama Mejtanda [Frederic William Maitland]:

(...) „pokazalo se da narod može itekako biti zainteresovan za svoj pravni sistem. Nastao je tornado. Umesto kiše, padale su knjige i pamfleti. U to vreme, imao sam naviku da proveravam nedeljne liste objavljenih knjiga u Nemačkoj; iznenadilo me je da nijedan Nemačkinac nije pisao ni o čemu drugom, do o Nacrtu zakonika... činilo se da se cela nacija pretvorila u veliki debatan klub u kome se, međutim, govorilo u glas”⁵⁷. Vieker navodi podatak da se o Nacrtu izjasnilo skoro šest stotina pojedinaca, pre svega praktičara, teoretičara i poslanika, kao i nemali broj različitih udruženja i saveza⁵⁸. U odbranu Nacrta stali su mahom predstavnici vlasti kao i pravnici praktičari, koji su po svaku cenu želeli kodifikaciju, Spram njih, stajala je grupa teoretičara koju je predvodio Oto fon Girke Otto von Gierke], a koga su podržali Franc fon List Franz von Liszt] i Anton Menger Anton Menger]. Svoje kritičko viđenje Girke je izneo aprila 1889. godine u Beču, obraćajući se Austrijskom udruženju pravnika, s ciljem da skrene pažnju Austrijanaca na nedostatke Nacrta, kao i da zatraži njihovu pomoć u borbi za jedan „socijalno“ pravedniji zakonik⁵⁹. Poput ostalih kritičara, Girke je napadao jezik Nacrta, odnosno nemogućnost prosečnog građanina da ga tumači, kao i složenu tehniku upućivanja na propise.⁶⁰ Kao zakleti germanista, bunio se i protiv preterane zasnovanosti nacrt na rimskom pravu. Ipak, ono što ga je izdvajalo u odnosu na ostale kritičare bila je tvrdnja da su pravni odnosi unutar Nacrta tako uređeni da služe zaštiti bogatih i krupnog kapitala. Kvintesencija njegovog referata u Beču je zahtev da se „naše [nemačko – istakao L.G.] privatno pravo mora podmazati kaplju socijalističkog ulja”⁶¹. Šprau [Hartwig Sprau] s vremenske distance Nacrt (ali i usvojeni tekst Zakonika) ocenjuje kao: doktrinarnan, otuđen, nedovoljno nemački, jezički neelegantan i pre svega nedovoljno socijalan⁶².

⁵⁷ M. John, *Politics and the Law in Late Nineteenth-Century Germany*, Oxford, 1989., 105.

⁵⁸ F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen, 1952, 280.

⁵⁹ O. von Gierke, *Die Soziale Aufgabe des Privatrechts*, Frankfurt am Main, (1889) reprint 1943., 2.

⁶⁰ I danas brojni pravnici osporavaju arhaični jezik kojim je BGB pisan.

⁶¹ O.von Gierke, 10.

⁶² Palandt, 2.

Nakon pretežno lošeg prijema Nacrta u javnosti, došlo je do zastoja u radu na kodifikaciji. Razlog stagnacije bile su političke prilike, pre svega smrt cara Viljema I (1888.), te autoritarno mešanje novoosnovane „Pravne službe Rajha“ (Reichsjustizamt)⁶³ u zakonodavni proces. Tek će odlaskom Bizmarka 1890. biti raskrčen put ka kodifikaciji⁶⁴.

Preuzevši kontrolu nad procesom izrade BGB-a, Pravna služba Rajha razvija plan za prevazilaženje krize koja je zahvatila izradu Zakonika. Za osnovu daljeg rada uzima postojeći Nacrt, uz uvođenje dve novine u zakonodavni proces. Prva je javnost rada nove komisije, a ne tajnost kao što je to bio slučaj s prvom komisijom. Druga novina se tiče personalnog sastava, tako da za razliku od prve koja je bila čisto stručna komisija, sastavljena uz vođenje brige o zastupljenosti federalnih jedicina, nova komisija biva sačinjena od pravnik iz više oblasti (sudije, advokati, visoki činovnici) kao i laika (predstavnici parlamentarnih stranaka⁶⁵, industrijalaca i predstavnika veroispovesti⁶⁶)⁶⁷. Druga komisija⁶⁸, brojala je poput Prve 11 članova. Biva sastavljena 1. aprila 1890. godine od strane Pravne službe Rajha čiji je sekretar ujedno bio i predsedavajući komisijom. Snažan uticaj Pravne službe Rajha dalje se može prepoznati i po formiranju još jedne „pretkomisije“ čiji je zadatak bio iščitavanje prvog nacrta i ispravljanje grešaka. Nadalje, pretkomisija se bavila i pripremanjem materijala glavnoj komisiji čime rad na izradi Zakonika biva znatno ubrzan. Poput Prve komisije, i Druga je imala svoje redaktore koji su obrađivali svih pet knjiga buduće kodifikacije⁶⁹. Kako se rad Komisije pretežno zasnivao na Nacrtu, odnosno prerađivanju Nacrta, očekivalo se da će novi nacrt biti gotov za kratko vreme. No, ipak rad Druge komisije protegao se sve do 1896. godine. Uprkos transparentnošću rada Komisije, interesovanje javnosti je izostalo, pretežno zato jer je bilo poznato da je reč samo o prepravljanju prvobitnog nacrta, a ne o suštinskim promenama. Tako je doista i bilo, s obzirom da promene u odnosu na Prvi nacrt nisu bile krupne, osim što je donekle izmenjena sistematika unutar pet knjiga, a sam tekst Zakona stilizovan.

⁶³ O strukturi i delovanju ovog organa, kao i njegovom uticaju na stvaranje BGB-a v: H.Schulte-Nöltke, *Das Reichsjustizamt und die Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Frankfurt am Main, 1995.

⁶⁴ Upor. H.Schulte-Nöltke Die schwere Geburt des Bürgerlichen Gesetzbuchs, *NJW*, str. 1707.

⁶⁵ S izuzetkom Socijaldemokratske partije.

⁶⁶ Što je naročito bitno za Nemačku koja je podeljena na katolike, pretežno naseljene na jugu i protestante, naseljene mahom na severu Nemačke.

⁶⁷ H.Schulte-Nöltke, Die schwere Geburt des Bürgerlichen Gesetzbuchs *NJW*, 1707.

⁶⁸ U radu druge komisije, pored stalnih članova bili su prisutni i dopisni članovi, kao i predstavnici Reichsjustizamt-a, ukupno 29 osoba. O njihovim biografijama v: W.Schubert., 91-110.

⁶⁹ Opšti deo Gebhard, Obligaciono pravo Jacubezky, Stvarno pravo Küntzel, Porodično pravo i Nasledno pravo von Mandry (potom von Rüger).

7. Usvajanje i stupanje na snagu Zakonika

Oktoobra 1895. Drugi nacrt dospeva u Bundesrat, te biva dalje prosleđen Zakonodavnom odboru. Uz nadzor predstavnika federalnih jedinica članovi Druge komisije dorađuju postojeći tekst čime se može govoriti o Trećem nacrtu koji kao takav biva predstavljen poslanicima Rajhstaga. Rasprava o Nacrtu u Rajhstagu traje od 19. juna do 1. jula 1896. godine, kada se od 288 prisutnih 222 izjasnilo za, 48 protiv, dok je 18 poslanika bilo uzdržano⁷⁰. Dve nedelje kasnije, 14. jula 1896. godine, biva potvrđen od strane Bundesrata. Svoj potpis na Zakonik car Viljem II stavio je 18. avgusta 1896. godine, da bi Zakonik zvanično bio objavljen u Službenom glasniku Carstva 24. avgusta iste godine⁷¹. Kako bi praksi i nauci bilo ostavljeno dovoljno vremena za upoznavanje sa Zakonikom, kao datum stupanja na snagu simbolično je određen 1. januar 1900. S ukupno 2385 članova, BGB i danas predstavlja izvor pozitivnog prava Nemačke.

8. Uticaj Code civil na BGB

Ispitivanje uticaja stranih pravnih sistema oličenih pre svega u evropskim kodifikacijama građanskog prava koje su prethodile nastanku BGB-a, zahteva opsežnu uporednopravnu analizu. Otuda će u ovom odeljku biti samo, u grubim crtama, opisan uticaj Code civil, zasnovan, u prvom redu, na stavovima nemačkih autora o recepciji stranog prava u Nemačkoj. U tu svrhu najpre može poslužiti rad Fridriha Brokhausa [Friedrich Brockhaus] s upečatljivim naslovom „Uticaj stranog prava na razvoj nemačkog prava“ izložen 1883. godine, dakle, u punom zamajcu zamahu? rada Prve komisije. „Nemačka pravna istorija je velikim delom ništa drugo do prerađeno strano pravo koje je postalo izvor pozitivnog prava; čak i kada su strani pravni instituti u ovom dugom procesu recepcije prava prilično izmenjeni i u tom izmenjenom obliku postali naša svojina, time se ne može opovrgnuti činjenica da je ono [pravo- istakao L.G.] strano, da nije proisteklo iz intelektualne snage nemačke pravne svesti već da svoje postojanje duguje pravničkom mišljenju drugih naroda“⁷². Ako bi se svaka recepcija stranog prava opisala kao pobeda više kulture nad nižom, onda bi makar i jedan član BGB-a ispisan po uzoru na, primera radi Code civil, predstavljalo pobedu francuske kulture nad nemačkom. Kako brojne studije izrađene na ovu temu nedvosmisleno ukazuju na

⁷⁰ W.Schubert, 68.

⁷¹ T. Vormbaum, *Sozialdemokratie und Zivilrechtskodifikation*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1977., XLI.

⁷² F.Brockhaus, *Der Einfluss fremder Rechte auf die Entwicklung des deutschen Rechts*, Kiel, 1883., 12.

uticaj francuske kodifikacije na nemačku, onda se može zaključiti da je Nemačka, u određenoj meri, podlegla francuskom uticaju. Ali kako je to moguće, kada se zna da je BGB nastao na talasu nabujalog nemačkog nacionalizma? Kako su Nemci mogli da dopuste da u njihovu kodifikaciju građanskog prava bude recipiran makar i jedan pravni institut Francuskog građanskog zakonika, koji je do donošenja BGB-a u pojedinim oblastima Nemačkog rajha, pre svega levo od obale Rajne, bio deo pozitivnog prava, tu zapačen kao ostatak francuske okupacije tog područja? Odgovor proističe iz analize radova nemačkih pravnih istoričara, kako onih koji su bili svedoci nastanka BGB-a, tako i naših savremenika. Lajtmotiv većine radova koji se bave uticajem CC-a na BGB jeste tvrdnja da su brojni instituti Code civil zapravo germanskog porekla. Otuda se ispitivanje uticaja francuskog prava na nemačko pravo, grubo rečeno, svodi na ispitivanje recepcije nemačkog prava u Francuskoj. Ako je BGB bio plod sazrelog narodnog duha Nemaca, onda i ne treba da čudi neobjektivnost u odnosu na ispitivanje uticaja BGB-a. U vreme kada je francusko građansko pravo bilo primenjivano u Nemačkoj, pre svega na teritorijama današnjeg Badena i Rajnskih zemalja, praćenje francuske pravne nauke i sudske prakse bilo je izuzetno poželjno. Time su se u prvom redu bavili nemački pravници okupljeni oko „Časopisa za francusko građansko pravo“⁷³, koji je izlazio od 1870. godine do 1909. godine. Proučavanje izvora recipiranog prava, kako razvoja pravne nauke tako i sudske prakse, odraz je naročite zrelosti i odgovornosti. Jer kako unaprediti preuzeti pravni institut, ako se ne prati pravna sudbina uzora preuzetog pravnog instituta?! Krunski dokaz savremene „iskrivljene percepcije recepcije francuskog prava u Nemačkoj“ jeste zapažanje Gustava Bemera [Gustav Boehmera] koji u radu na temu „Uticaj Code civil na razvoj prava u Nemačkoj“ (!) iz 1950. godine, nakon nabiranja nekoliko germanskih instituta u Code civil kaže „U suštini, teško bi se mogla opovrgnuti konstatacija da je u Code civil sačuvano više germanskih pravnih dobara, nego što je to slučaj sa, pod uticajem Istorijiskopravne škole nastalim, romanističkim BGB-om“⁷⁴. Ipak, pri kraju rada, pomenuti autor se ipak približava naslovu svog rada pa tako navodi konkretne primere uticaja Code civil poput između ostalih: „odgovornosti vlasnika životinja za štetu koju prouzrokuje životinja (čl. 833 BGB-a)“, „*la possession vaut titre*“ (čl. 932 i dalje BGB-a), „svojeručno, bez prisustva svedoka, sačinjeni testament (čl. 2247 i dalje BGB-a). Doživljaj Francuskog građanskog zakonika kao proizvodgermanskog prava dostigao je svoj zenit, a iz perspektive današnje nauke svoju najnižu tačku u doba Trećeg rajha, pre svega

⁷³ „Zeitschrift für französisches Zivilrecht“.

⁷⁴ G. Bohmer, Der Einfluß des Code Civil auf die Rechtsentwicklung in Deutschland, *Archiv für die civilistische Praxis*, 151. Bd., H 4 (1950/1951), 296.

u radovima Adolfa Ziha [Adolf Zycha] i Hajnriha Mitajsa [Heinrich Mitteis]⁷⁵.

9. Zaključak

Nastanak Nemačkog građanskog zakonika prati nastajanje moderne nemačke države. Šta više, Nemački građanski zakonik predstavlja sastavni deo države na čijoj teritoriji predstavlja izvor pozitivnog prava. Kodifikovanjem građanskog prava kao i drugih, s početka rada pomenutih kodifikacija, nemački zakonodavac i nemačka pravna nauka dokazali su postojanje zrele pravne misli, koja proističe iz „duha naroda“, onako kako je to s početka XIX veka Savinji opisao. Da ta sposobnost postoji i da nije kratkog daha pokazalo je i vreme buduću da sve kodifikacije nastale na talasu elana novoosnovanog Nemačkog rajha i danas, naravno uz mnogobrojne izmene i dopune, predstavljaju izvor pozitivnog prava današnje Nemačke. Ipak, da se ne radi o genijalnosti pravne nauke jednog naroda dokazuju brojni pravni transplantati koji se mogu uočiti u tekstu Zakonika, od kojih su neki prikazani u poglavlju koje govori o uticaju pre svega francuskog prava na kodifikaciju nemačkog građanskog prava. Ipak, obimnijih studija o uticajima na BGB nema mnogo. S druge strane se, kada je reč o uticaju koji BGB ostvaruje na strane pravne sisteme, tačnije na kodifikaciju građanskog prava u inostranstvu, daje veoma veliki publicitet u Nemačkoj. Među neke od država koje su preuzele pojedine insitute, pa čak i čitav niz insituta kao i sistematiku spadaju: Japan, Tajland, Južna Koreja, Kina, Letonija, Grčka, Brazil, Peru, pa čak i Američka država Luizijana.

Uprkos brojnim kritikama koje na račun BGB-a iskazuju generacije nemačkih pravnika, oni koji ga najbolje poznaju, može se zaključiti da te kritike ostaju u najvećem broju slučajeva, deo ličnih, odnosno unutrašnjih premissljanja. Otuda se u literaturi teško može naći kakva obimnija studija o boljkama BGB-a. Uglavnom se kao, kamen spoticanja, pre svega prosečnog građanina (kome je u prvom redu i namenjen (!) navodi arhaičan jezik i složena tehnika upućivanja na propise. Obe su kritike na mestu, s tim da se za prvu može ponuditi sledeće objašnjenje. Naime terminologiju BGB-a krase jedna osobina koja je inače skoro pa sveprisutna i u nemačkoj pravnoj nauci, od XIX veka do danas. Iznenađujuće je, da nemačka pravna nauka, kao i zakonodavstvo uopšte

⁷⁵ A.Zycha, *Deutsche Rechtsgeschichte der Neuzeit*, 1Auflage, Weimar 1937. i H.Mitteis, *Die germanische Grundlagen des französischen Rechts, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Germanistische Abteilung*, Vol. 63, Nr.1, 1943., 137-213.

ne pretenduju na upotrebu latinskog jezika iako su tvorci BGB-a, redom svi do poslednjeg svoje osnovno pravničko obrazovanje temeljili na rimskom pravu. Ovaj, terminološki purizam može se uzeti za još jedan odraz duha vremena u kome se po svaku cenu težilo stvaranju nacionalne države⁷⁶. Druga, najčešće spominjana teškoća jeste složenost tehnike upućivanja na propise, koja se najlakše može ilustrovati na primeru najčešće upražnjavanog pravnog posla, naime ugovora o kupoprodaji⁷⁷.

Uprkos pomenutim nedostacima, BGB je, kako je to već navedeno, ostvario izuzetan uticaj na brojne pravne poretke, time što je recipiran ne samo na evropskom tlu, već i na drugim kontinentima. Osvetljavanje procesa njegovog nastanka, analiza metoda koje su korišćene prilikom njegovog sačinjavanja, prepreke na koje su njegovi tvorci nailazili, kako pravne tako i političke, i najzad nedostaci s kojima je rođen i kojima se i danas odlikuje, nemaju za cilj samo puki pregled istorije nastanka jednog modernog, evropskog građanskog zakonika. Naprotiv, iz ugla države koja još ne poseduje građanski zakonik, a u kojoj postoji komisija koja je zadužena za njegovu izradu, ovakva analiza može, nadamo se, biti od koristi, makar samo u vidu pravopolitičkih refleksija kodifikacije građanskog prava.

⁷⁶ Trebalo bi napomenuti da se kao osnovni krivac za jezik BGB-a označava onaj koji je na njega najviše uticao, ili barem bio prvi među jednakima - Bernhard Vindšajd.

⁷⁷ Najpre se gleda Opšti deo počev od člana 116 (poglavlje o izjavi volje). Sledi deo koji uređuje obligacione odnose, npr. član 275 (poglavljje o obavezi činidbe), zatim Opšti propisi o ugovornim obligacionim odnosima npr. član 313 (o promenjenim okolnostima), te propisi o dvostrano obaveznim ugovorima npr. 323 i najzad sama prodaja npr. čl. 446 (o prenosu odgovornosti za propast stvari s prodavca na kupca). Možemo reći prilično komplikovano za prosečnog građanina.

Uprkos tome, ako ne dobro poznavanje, onda svakako posedovanje teksta BGB-a spada u osnovnu kulturu građanina Nemačke, što potvrđuje podatak da je BGB godinama unazad među deset najprodavanijih knjiga u Nemačkoj.

Lazar Glišović

LL.M. student, University of Cologne

GERMAN CIVIL CODE From Legal Fragmentation to the Codification of Civil Law

Summary

The German Reich, often *called* the Second German Empire, was formed in 1871. Despite its almost one thousand-year-long, the Holy Roman Empire, which preceded the German one, had never had a strong, clear shape to contain the modern concept of a state. The German Reich is therefore described as the first modern state of the German people, even though Germany (organized as the German Reich) is considered to be “a belated state”, and the German people “a belated nation” [die verspätete Nation]⁷⁸ compared with other western European nation states. The heritage, derived from centuries of fragmented German statelets [Kleinstaaterei] finally assembled in one country, was legal fragmentation. The national unity of the German people led to the political unity of Germany, which, in turn, inevitably resulted in the unity of law. This paper sheds light on the legal and political aspects of the process of codification of the German Civil Law. This analysis includes the work of expert commissions responsible for writing the German Civil Code [Bürgerliches Gesetzbuch-BGB], with special emphasis on the importance of Bernhard Windscheid, as well as the general development of the ideas related to the need for codification of civil law in Germany at the beginning of the nineteenth century. Finally, the paper deals with the influence of the existing European codifications, primarily of the French Civil Code [Code Civil].

Key words: German Civil Code, the legal fragmentation, codification, legal transplants, Bernhard Windscheid, German Reich.

⁷⁸ The maker of this term is Helmut Plesner, a German philosopher and sociologist.