

Самир Аличић, асистент-приправник  
Правног факултета у Новом Саду

## ФОРМА ПРАВНОГ ПОСЛА У ГАЈЕВИМ ИНСТИТУЦИЈАМА

**Сажетак:** У овом раду се разматра схватање и значај форме правног посла у Гајевим Институцијама. У њима нема одређења појма форме правног посла, али постоји веома развијено схватање о овом концепту. Иако Гај познаје поделу форме на битну и доказну, из његових разматрања се види да он када говори о форми у првом реду има у виду форму *ad solemnitatem*, што значи да форму схвата у ужем смислу. Прописани начин закључења правног посла производи одређене правне последице и мора се строго поштовати. Форма се схвата као начин изјаве воље странке. У којој ће форми правни посао бити закључен зависи, поред воље странака, и од других фактора: правног система којем одређени посао припада, те од својстава странака и објекта правног посла. Гајево схватање форме је рационално. Он форму посматра у функцији датих прилика у друштву. У складу са тим даје предност закључивању послова у једноставнијим формама.

**Кључне речи:** форма, правни посао, Римско право, Гајеве Институције.

## УВОД

Према модерној доктрини, правни посао је изјава воље странке (односно странака, ако их у послу има више) која производи одређено грађанскоправно дејство.<sup>1</sup> Правни посао има два елемента: субјективни, унутрашњи елемент - психички акт, односно вољу странке, и објективни, спољашњи елемент – материјализацију воље странке у спољном свету тј. изјаву. О форми правног посла се може говорити у два смисла: ширем и ужем. Форма правног посла схваћена у ширем смислу је материјални начин на који се воља странке испољава у спољном свету. У том смислу се може рећи да не постоји правни посао који нема одређену форму, јер без ње нема ни изјаве воље, па према томе ни правног посла.<sup>2</sup> У ужем смислу, под формом правног посла се подразумева само тзв. форма *ad solemnitatem*, тј. обавезна или битна форма. Ради се о форми коју право прописује као обавезну за одређени правни посао, и чије непоштовање повлачи ништавост посла. У складу са овим, правне послове можемо поделити на формалне и неформалне. Код формалних послова право прописује форму закључења и непоштовање исте доводи до ништавости посла. Форма је битни елемент правног посла, и њу називамо битна форма (*ad solemnitatem*). Код неформалних послова странке саме одлучују у којој ће форми изразити своју вољу, и правни посао је ваљан без обзира на то у којој је форми изражена воља странака. Значај форме је само у доказивању постојања воље странака и такву форму називамо доказном (*ad probationem*).<sup>3</sup>

Правна регулатива о форми правног посла у римском праву има већи значај него у модерним правима. У римском праву доминирају формални послови, тј. такви послови код којих прописана форма представља битни елемент посла, те свако одступање од правом прописане форме има за последицу ништавост посла. Давање мишљења о томе како треба да изгледа форма предузетог посла (*cavere*) је било значајан аспект делатности класичних правника.

---

<sup>1</sup> *Правна енциклопедија II*, главни редактор проф. Б. Благојевић, Београд 1985, стр. 1225.

<sup>2</sup> Не само правни послови, него и сви свесно предузети људски акти се састоје из воље и њене манифестације. Ово се односи и на правно релевантне акте. Тако нпр. у римском праву велики значај је имала форма процесних средстава (тужби и др.).

<sup>3</sup> Оваква подела се може применити и уколико се форма схвати у ширем смислу. У том случају говоримо о пословима за које је прописана обавезна форма и онима који се закључују у слободној форми. Тако нпр: М. Talamanca: *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, 1990, стр. 200-201.

Речено потврђује и податак да у чак 149 од 901 параграфа (по савременој нумерацији) текста Гајевих Институција, елементарног уџбеника приватног права великог класичног правника Гаја из II века н.е, налазимо и одредбе које се односе на форму правног посла.<sup>4</sup>

У овом раду желимо да покажемо какав је значај форме правног посла према Гајевим Институцијама, и посебно да ли се форма схвата у ширем или ужем смислу и да ли представља израз воље странака.

Дефиницију форме правног посла класични правници нису дали, као у осталом ни дефиниције многих других општих правних појмова.<sup>5</sup> Иако склонији апстракцији од већине својих савременика, типичних казуиста, ни Гај није био склон дефинисању правних појмова вишег реда,<sup>6</sup> чак ни онда кад су му несумњиво били познати (облигација, контракт, деликт итд.). Тако, ни Гај не даје дефиницију форме правног посла. Закључке о Гајевом схватању форме, као и општих питања везаних за њу, морамо зато извлачити из разних одредаба о појединим правним пословима.

<sup>4</sup> По нашем мишљењу, то су следеће одредбе: 1. 17, 18, 20, 21, 29, 38, 41, 44, 46, 98-102, 110, 112-115, 115а, 117, 118, 118а, 119-126, 132, 132а, 134, 135, 135а, 137, 138, 140, 149, 150, 152, 166, 168, 169, 195а; 2. 19, 20, 23- 25, 38, 96, 101-109, 114-117, 119-121, 127, 128, 132, 147, 148, 149а, 151, 164-169, 171, 174, 179, 181, 186, 193, 199, 201, 203, 204, 209, 216, 218, 221, 229-233, 238, 248, 249, 250, 252, 253, 267, 277, 281, 289; 3. 83-85, 89-94, 96, 112, 116, 119, 119а, 129-139, 142, 167, 169, 170, 173-175, 179; 4. 79, 116b, 119, 126, 171.

<sup>5</sup> Употреба термина *правни посао* у романистици је спорна, као и употреба многих других општих правних појмова који су били непознати у римском праву, и који су радом касније науке изведени путем апстракције из римских казуистичких текстова. Након изузетно дуге полемике међу романистима, посебно италијанским, о оправданости употребе оваквих концепата за описивање римске правне реалности, данас преовладава становиште да је њихова употреба, уз одређену дозу опреза, оправдана, и то из више разлога. Као прво, одсуство одређеног појма у римском праву не искључује сваку историјску везу једног модерног појма са римском правном науком, јер су у многим случајевима каснији правници (средњевековни и модерни) приликом креирања нових правних концепата полазили од елаборација римских правника (који су се често сасвим приближили стварању ових појмова) што понекад изгледа као настављање једног прекинутог посла. У прилог овоме говоре и практични, дидактички разлози: рационалније је да се сви римски концепти који се односе на овакве опште појмове, а пре свега на правни посао (као што су питања субјеката посла, изјаве и мана воље, елемената правног посла, форме, забрањених послова итд.) изложе на једном месту. Овакав приступ ослања се не само на пандектистичку традицију, него и на извесне покушаје које су у том смислу чинили класични правници, излажући својеврсни „општи део права правних послова“, углавном у оквиру разматрања о стипулацији. Такав је случај и код Гаја (3. 97-127). Више о томе видети код: А. Schiavone: *Negozio giuridico, I. Storia*, Enciclopedia del diritto XXVII, Morale – Negozio, dott. А. Giuffrè editore, 1977, стр. 906-921. Такође видети и: М. Talamanca: *op. cit.*, стр. 193-194 и А. Corbino: *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, Torino, 1994. стр. 1.

<sup>6</sup> Изузетак су првих седам параграфа у којима су дате дефиниције правних система који су постојали у Риму (*ius civile, ius gentium*) и дефиниције извора права.

## Терминологија

Да видимо најпре какву терминологију Гај користи када говори о форми правног посла. Израз *forma negotii* не среће се у Институцијама. Саму реч *forma*<sup>7</sup> Гај користи ретко, и то невезано за форму правног посла. Тако нпр. помиње је везано за *capitis deminutio* (1. 160) и поводом тужбене формуле (4. 24, 32).

Кад говори о форми правног посла Гај употребљава следеће изразе и језичке конструкције: израз *modus*, конструкцију: предлог *per* са именицом у акузативу, те конструкцију у којој је именица у аблативу а глагол у трећем лицу једнине индикатива презенте актива.

Израз ***modus*** се често употребљава да би се означила форма.<sup>8</sup> Реч *modus* у латинском језику може имати више значења: начин, манир; мера, мерило; величина, обим, множина, маса; такт, ритам, мелодија; циљ, граница итд.<sup>9</sup> По нашем мишљењу, у случају када се користи у значењу форме правног посла, најбоље је превести ову именицу са *начин*. Кад се жели рећи да се правни посао закључује у одређеној форми најчешће се именица *modus* наводи у аблативу (што се у овом случају преводи нашим инструменталом) с тим што се додаје и глагол *fit, fieri, factus sum* (постати, догодити се), у главном у трећем лицу једнине индикатива презенте актива – *fit*. На пример:

*Усвојење, пак, постаје (настаје) на два начина, или одлуком народа или влашћу магистрата, на пример претора.*<sup>10</sup>

Понекад се употребљава и конструкција *hoc modo*, тј. заменица *hoc* са именицом *modus* у аблативу. Ова конструкција се уобичајено преводи на *овај начин* или *овако*, али ћемо је ради јасноће Гајевог израза преводити буквално: *овим начином*. Тако, нпр:

---

<sup>7</sup> Lat: *forma, formae f.* – форма, облик, фигура, спољашњост; леп облик, лепота; устројство, уређење; обележје, жиг, битни карактер; врста, каквоћа; слика, лик, прилика, знак; нацрт, основа; модел, калуп. Према: Б. Богдановић и С. Ристић: *Латинско-српски речник*, Београд – Ваљево, 1996, стр. 189.

<sup>8</sup> Нпр. у параграфима 1. 28, 98, 110, 120, 126, 150; 2. 24, 38, 114, 116, 132, 179, 186, 192, 193, 201, 252, 267, 277, 289; 3. 94 итд.

<sup>9</sup> Према: Б. Богдановић и С. Ристић: *op. cit.*, стр. 278.

<sup>10</sup> *Adoptio autem duobus modis fit, aut populi auctoritate, aut imperio magistratus, veluti praetoris.* (1. 98)

Онај за кога је непосредно тестаментом наређено да буде слободан, на пример овим начином: *Стих, мој роб, нека буде слободан, или овим: Стих, мој роб, наређујем да буде слободан, тај постаје ослобођеник самог тестатора...*<sup>11</sup>

или нпр:

*Инјурецесија, пак, овим начином настаје (постаје).*<sup>12</sup>

Често Гај не користи одређену реч за форму него **предлог *per* са именицом у акузативу**, што се исто тако може превести нашим инструменталом. На пример: *per aes et libram* – бронзом (бакром) и вагом (2. 102, 103; 3. 173); *per populum* – буквално народом, односно путем скупштине (1. 101); затим код облика легата (2. 192, 193, 201, 216) итд.

У Институцијама се на великом броју места наилази и на конструкцију **именица у аблативу са глаголом *fi*, *feri*, *factus sum*** у трећем лицу јединине индикатива презента актива, или неким другим глаголом који указује да је правни посао настао, нпр. *gerere*, *contahere*, *facere*, *agere*. И ова језичка конструкција, као и претходне, преводи се инструменталом. Јавља се нпр. у параграфима 1. 98-112; 2. 101; 3. 90, 128, 135 итд. Ово можемо илустровати следећим примерима:

*Некада дакле на три начина су (жене) долазиле под манус: узусом, конфарреацијом и коемпцијом.*<sup>13</sup>

*И најпре да видимо о оним (облигацијама) које настају из контракта. Њих, пак, има четири врсте: или се наиме облигација закључује предајом ствари, или речима, или писменима, или сагласношћу воља.*<sup>14</sup>

Наведеним изразима и конструкцијама је заједничко да се њима саопштава да странке одређеном формом стварају правни посао, бронзом (бакром) и вагом, речима или писменом „стварају“ правни посао, „закључују“ контракт, „сачињавају“ тестамент и слично. То је различито у односу на данашњу терминологију, јер се данас обично каже да правни посао

<sup>11</sup> *At qui directo testamento liber esse iubetur, velut hoc modo Stichus servus meus liber esto, vel hoc Stichum servum meum liberum esse iubeo, is ipsius testatoris fit libertus...* (2. 267)

<sup>12</sup> *In iure cessio autem hoc modo fit...* (2. 24)

<sup>13</sup> *Olim itaque tribus modis in manum conveniebant, usu farreo coemptione.* (1. 110)

<sup>14</sup> *Et prius videamus de his quae ex contractu nascuntur. Harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu.* (3. 89)

настаје у одређеној форми, а не да се ствара одређеном формом. Овакав начин изражавања би се могао схватити као остатак из архаичног периода у коме се сматрало да извршење одређених формалности „ствара правни посао“. Међутим, изгледа прикладније тумачење по коме форма представља само израз воље странака. Наиме, правни посао настаје оног момента када странке изјаве своју вољу, и то, пошто је Гај имао у виду пре свега формалне послове, у одређеној форми.

### Схватање форме правног посла у гајевим институцијама

Најпре, треба приметити да излагања о појединим правним пословима по правилу почињу описом закључења посла, односно излагањем о форми правног посла. Већ ово показује да Гај разликује форму од садржине правног посла. Треба посебно нагласити да Гај прави јасну разлику не само између форме и садржине посла, него и између форме и осталих услова за пуноважност посла. Тако, након разматрања о начину закључења стипулације (З. 92-96), следе разматрања о другим условима за пуноважност стипулације, као што су питања везана за предмет, услов и рок, те пословну способност странака (З. 97-109). То разликовање је још експлицитније изражено у разматрању о тестаменту:

*Ако се поставља питање да ли тестамент важи, најпре се мора испитати да ли је онај који га је направио имао способност за прављење тестаментa. Ако је имао, испитује се да ли је направљен према прописима ius civile-a, осим ако је реч о војницима, јер је њима, као што смо напоменули, допуштено да праве тестамент како хоће и како могу, због тога што су невични праву.*<sup>15</sup>

Дакле, иако у Гајевим Институцијама нема одређења појма форме, можемо говорити о Гајевом схватању форме правног посла. У вези са тиме, треба најпре да размотримо да ли Гај форму схвата у ширем или ужем смислу.

---

<sup>15</sup> *Igitur si quaeramus, an valeat testamentum, inprimis advertere debemus, an is qui id fecerit habuerit testamenti factionem; deinde si habuerit, requiremus, an secundum iuris civilis regulam testatus sit, exceptis militibus, quibus propter nimiam inperitiam, ut diximus, quomodo velint vel quomodo possint, permittitur testamentum facere.* (2. 114) Превод преузет из: О. Станојевић: *Гај: Институције*, Београд, 1982. стр. 119.

Већ сама подела контраката по форми закључења (З. 89) показује да Гај форму схвата у ужем смислу. Даље, готово сва разматрања о форми се односе на форму у ужем смислу, тј. форму *ad solemnitatem*. Истина, Гај познаје и форму *ad probationem*, о чему ћемо касније детаљније говорити, али детаљнијих разматрања о доказној форми у Институцијама нема.

Што се тиче самог схватања форме, уочава се да Гај заступа владајуће становиште да се прописана форма мора строго поштовати. То се најбоље види у излагању о легатима. Употреба тачно одређених речи производи одређено правно дејство.<sup>16</sup> Ово схватање, које је карактеристично за римско право, налазимо већ у Закону XII таблица:

*Када закључују нексум или манципацију, како изговоре речи, такво нека буде право.*<sup>17</sup>

Овакво схватање форме има два аспекта. Као прво, и најмања грешка у форми повлачи ништавост посла. Са друге стране, форма се схвата као израз воље странке: странка бира у којој ће форми закључити правни посао, у зависности од тога које правне последице жели да постигне.

Разлике у начину закључења, тј. у форми правног посла, не значе увек да постоје различити правни послови. Тако се нпр. у Институцијама на једном месту налазе одредбе о разним начинима ослобађања робова, закључења манус брака, преноса својине, прављења тестаментa и сл. и онда када из тога произилазе различити правни ефекти. Са становишта модерне доктрине, рекло би се да су у питању различити правни послови, јер се разликују не само по форми, већ и по садржини. Наиме, закључење посла у одређеној форми, нпр. употреба одређених речи приликом одређивања легата, производи одговарајуће правне последице. Међутим, из Гајевог излагања се не може уочити да се у овим случајевима ради о посебним правним пословима. Не постоји индиција да би нпр. тестамент по *ius civile*-у и преторски тестамент за Гаја могли бити ишта друго него облици истог правног посла. Ово је још уочљивије у излагању о фиктивној исплати (*imaginaria solutio*). Након разматрања о акцептилацији, односно гашењу облигације у форми стипулације (З. 169-172), следи излагање о *solutio per aes et libram*, односно гашењу облигације у манципационој форми (З. 173-174):

*Постоји исто тако друга врста имагинарне исплате - per aes et libram.*<sup>18</sup>

<sup>16</sup> Види параграфе: 2. 193, 201, 209, 216, 221.

<sup>17</sup> *Svm nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto.*

<sup>18</sup> *Est etiam alia species imaginariae solutionis per aes et libram.* (З. 173)

Дакле, генусни појам је имагинарна исплата, а специфичну разлику међу посебним облицима овог правног посла чини форма.

Изгледа да критеријум за издвајање једног правног посла, односно његово разликовање од других правних послова, у Гајевим Институцијама, не треба тражити нити у форми, нити у њеним правним последицама, већ у каузи односно циљу који се жели постићи правним послом. То можемо илустровати на примеру манципације. Разматрања о манципацији су разбацана по читавом тексту Институција.<sup>19</sup> Манципација је у архаично доба била јединствен правни посао апстрактног дејства, који је служио за пренос власти како над људима тако и над стварима. Међутим, изгледа да Гај манципацију не схвата као јединствен правни посао, већ као форму у којој се могу закључити различити правни послови, различитог дејства, у зависности од каузе, односно циља: довођења у манципијум, еманципације, усвојења, манус брака, преноса својине на *res mancipi*, тестамент, имагинарне исплате итд. У овом светлу, може да делује изненађујуће што се приликом класификације контраката даје предност форми не само у општој подели на реалне, вербалне, писане и консенсуалне контракте (3. 89), него и приликом разматрања појединих контраката. Тако, изгледа да се стипулација схвата као јединствен правни посао апстрактног дејства за који је заједничка карактеристика да настаје путем питања и одговора (3. 92) иако правни ефекти који се могу постићи у зависности од речи употребљених у стипулацији и циља које странке желе да постигну, могу бити веома различити. Ово показује да треба бити крајње опрезан приликом излагања општих римских правних концепата. Овакви концепти су за римске правнике често имали само условно значење, и теоријске недоследности овакве врсте су за класичне правнике биле прихватљиве. У складу са тиме, о свим правним пословима римског права се не може говорити као о појмовима истог реда, као што је то случај у данашњем праву. Тако, ако посматрамо стипулацију као јединствен правни посао, уочићемо да посебну категорију чини јемство, унутар којег опет имамо три посебна облика, који се разликују по својим правним дејствима у зависности од тога које су речи употребљене (3. 115-127). У том смислу, може се рећи, да Гај разликује правне послове *вишег* и *нижег* реда, између којих постоји однос *genus – species*. Правни послови *вишег реда* имају одређене заједничке карактеристике, било у погледу форме, било у погледу каузе, а они *нижег реда* се међусобно разликују по начину закључења и правним ефектима.

---

<sup>19</sup> 1. 110, 113-115, 115а, 117-123, 132, 132а, 134-135а, 137, 138, 140, 166, 195а; 2. 23, 25, 102-108, 121, 149а, 252; 3. 83, 167, 173, 174; 4. 79.



## Значај форме правног посла

Питање значаја форме у класичном праву веома је сложено. Класично право карактерише велики број различитих врста и подврста форми, увођених током више векова. Уз старе форме *ius civile*-а, сада имамо и нове форме уведене активношћу претора, владара или јуриспруденције, са свим могућим варијантама. Аспекти правног значаја форме су вишеструки: с обзиром на поделу правних послова на формалне и неформалне, поделу правних послова на послове *ius civile*-а и *ius gentium*-а, однос форме и изјаве воље, намере странака. Такође, у зависности од тога која је форма употребљена, разликују се не само правни ефекти посла, него и услови за закључење истог, при чему се узимају у обзир карактеристике субјектата који закључују посао и објекта посла.<sup>20</sup> Размотримо ове аспекте.

**Формални и неформални послови. Форма *ad solemnitatem* и форма *ad probationem*.** Из Гајевих Институција се види да је њихов аутор свестан разлике између формалних и неформалних правних послова. То је најочигледније у класификацији контраката по форми закључења, у којој консенсуални контракти, односно такви контракти који се закључују простом сагласношћу воља странака, чине посебну категорију (3. 89). Гај је свестан не само да формални и неформални послови чине посебне категорије, него су му јасне и основне карактеристике и једних и других. Тако, кад говори о тестаменту Гај прави јасну разлику у погледу услова за пуноважност тестаментa *per aes et libram*, који ће важити само ако је направљен по форми *ius civile*-а и војничког тестаментa, који важи ма којим начином да је састављен (2. 114). Тестамент *per aes et libram* неће важити ако недостаје било који од захтева форме. С друге стране, из излагања о консенсуалним контрактима види се да Гај има јасну представу и о суштини неформалних послова:

*За ове уговоре стога кажемо да настају простом сагласношћу зато што нису потребни ни свечане речи нити писмени акти, већ је довољно да се странке, које закључују посао, сагласе.*<sup>21</sup>

То су, дакле, такви послови који настају простом сагласношћу воља.

<sup>20</sup> Упореди: А. Corbino, *op. cit.*, стр. 80.

<sup>21</sup> *Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quia neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos qui negotium gerunt consensisse...* (3. 136) Превод преузет из: О. Станојевић: *op. cit.* стр. 213.

Гај познаје не само поделу правних послова на формалне и неформалне, него и поделу форме према правном дејству на форму *ad solemnitatem* и *ad probationem*, тј. битну и доказну форму. У склопу излагања о литерарним контрактима, пошто је најпре набројао врсте уписа у *codex accepti et expensi*, којима се ствара контракт *expensilatio* (3. 128-130), Гај каже:

*Друга је основа оних записа који се зову благајнички. У овим, пак, ствар, а не писмени акт чини облигацију, јер на други начин неће важити, сем ако би био избројан (исплаћен) новац. Отуда ћемо исправно рећи да благајнички записи не стварају облигацију, већ пружају сведочанство о створеној облигацији.*<sup>22</sup>

Да видимо сада који су послови у Гајевим Институцијама формални а који неформални. Као прво, можемо рећи да су формални скоро сви послови из области права које се односи на лица, што приближно одговара данашњем статусном и породичном праву. Формални послови су: ослобађање робова (које може бити и неформално) (1. 17, 18, 20, 21, 29, 38, 41, 44, 46, 126), адопција и адрогација (1. 98-102), склапање манус брака (1. 110-113; 3. 83, 84), манципација (1. 117-123; 4. 79), еманципација (1. 132, 132а, 134-135а, 137, 138, 140), именовање и промена татора (1. 114, 115, 144, 149, 150, 152, 166, 168, 169, 195а; 2. 289). Неформално је једино ослобађање робова, али под одређеним условима: да роб не буде млађи од 30 а господар који га ослобађа од 20 година, и с тим што овако неформално ослобођени робови не постају римски грађани него Латини (1. 17).

У материји права које се односи на ствари, односно у стварном, наследном и облигационом праву, такође доминирају формални послови али је у много већој мери присутна консенсуалност. Формални послови су: пренос *res mancipi* у квиритску својину (1. 119; 2. 19, 20, 23-25; 3. 167, 167а), скоро сви облици тестамента и за тестамент везаних располагања (1. 115а; 2. 101-108, 114-117, 119, 121, 127, 128, 132, 147, 148, 174, 177, 179, 181, 186, 193, 199, 201, 203, 204, 209, 216, 221, 229-233, 238, 248-250, 252, 253, 267, 277, 281), свечана наследничка изјава (*cretio*) (2. 164-166. 168), уступање наслеђа (3. 85), вербални, реални и литерарни контракти, те гашење облигација закључених овим формама (2. 38; 3. 89-94, 96, 112, 116, 119, 119а, 128-134, 169, 171, 173, 174, 179; 4. 116b, 171). Неформални пос-

---

<sup>22</sup> *Alia causa est earum nominum quae arcaria vocantur. In his enim rei, non litterarum obligatio consistit, quippe non aliter valent, quam si numerata sit pecunia; numeratio autem pecuniae re facit obligationem qua de causa recte dicemus arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praeberere.* (3. 131)

лови су: војнички тестамент (2. 109, 114), слободно дата наследничка изјава (2. 167, 169, 177), пренос својине на *res nec mancipi* (2. 19, 20), консенсуални контракти (3. 135-137, 139) и пакти (4. 116b, 119, 126, 171).

Логично је што су формални послови заступљенији у материји личног и наследног права, јер се ради о области права у којој је поред приватног видљив и јавни интерес. Наиме, у класичном римском праву преовладава рационалније схватање форме правног посла, за разлику од архаичног права које се одликовало претераним формализмом. Формални послови се сада јављају пре свега тамо где је потребна контрола од стране органа власти или јавности, затим тамо где је због правне сигурности и правилности поступка потребно прописати најбољи начин за закључење одређеног посла, те у случајевима када је потребно спречити сувише исхитрено закључивање послова. Неформални послови се јављају тамо где је потребно олакшати закључивање правних послова, било из разлога олакшања правног промета (нпр. у случају консенсуалних контраката и паката), или из неких других разлога (нпр. због принципа *favor libertatis* код ослобађања робова по преторском праву, или у случају војничког тестаментa ради компензације војницима због тешких услова живота и непознавање права).

**Форме *ius civile*-а и форме преторског права.** Делатност претора током друге половине преткласичног периода била је усмерена, између осталог, и на поједностављење форми правних послова, и на пружање правне заштите неформалним пословима. На ову делатност касније су се надовезале активности владара и јуриспруденције, које су ишле у истом смеру. Уместо компликованих форми старог *ius civile*-а уводе се једноставније форме - реална, писана а вербална форма (особито стипулациона) добија већи значај. Повећава се и број неформалних послова.<sup>23</sup> Тако су настајале ситуације да се један правни посао могао закључити и у форми коју је прописивао *ius civile*, и у форми коју су прописивали *ius gentium* и принципсове конституције, а понекад и у више форми. Пошто су те различите начине закључавања правних послова штитили различити правни системи, из тога су следили и различити правни ефекти у зависности од тога у којој је форми посао закључен.

Ово је у Гајевим Институцијама веома уочљиво, јер оне у неку руку представљају оно што бисмо данас назвали упоредноправним текстом: упоредно излагање института *ius civile*-а и *ius gentium*-а. На самом почетку Институција Гај даје поделу права на *ius civile* и *ius gentium* (1. 1), а на крају истог параграфа напомиње да ће упоредно излагати институте оба сис-

<sup>23</sup> Више о овоме видети код: А. Corbino: *op. cit.*, стр. 73-99.

тема и да ће напоменути којем систему одређено правило припада.<sup>24</sup> Ово обећање Гај је у доброј мери испунио.

Тако, када говори о ослобађању робова, Гај каже да роб који је ослобођен у једној од три форме које предвиђа *ius civile*, уз испуњење још неких услова (да је био у квинитској својини господара и да има одређени број година живота), постаје римски грађанин; ако би нешто од овога недостајало постаје Латин (1. 17).

Затим, поред тестаментa *per aes et libram* (2. 102-108), пуноважног по *ius civile*-у, Гај помиње и војнички тестамент који се саставља неформално, што је правило које су увеле принципсове конституције (2. 109). Овај тестамент се не само по форми већ и по садржини може разликовати од тестаментa *per aes et libram*: за наследнике или легатаре могу бити именовани и Латини и перегрини (2. 110), што није могуће у тестаменту *per aes et libram*. Најзад Гај познаје тестамент преторског права за чију је пуноважност довољно да је састављен у писаној форми и потврђен печатима седам сведока. Међутим, овај тестамент се и по својим правним ефектима разликује од тестаментa *per aes et libram*. По основу преторског тестаментa се на стварима из заоставштине стиче само *bonorum possessio*, а по основу тестаментa *per aes et libram* квинитска својина (2. 119). Осим тога наследник који се позива на наслеђе по основу преторског тестаментa мора да се обрати претору са захтевом (2. 147), што није неопходно за наследнике по *ius civile*-у.

**Однос форме и воље странке.** Питање односа форме и изјаве воље тесно је повезано са питањем односа воље и изјаве воље. У овом погледу данас постоја два становишта: теорија воље по којој се даје предност унутрашњој вољи странке и по којој изјава воље уопште није битни елемент правног посла, и теорија изјаве по којој је правно релевантна само изјављена воља, јер се једино на тај начин унутрашња воља странке може сазнати.<sup>25</sup>

У римском архаичном праву, правни послови се у главном обављају као непосредни акти размене, те још нема места за разликовање форме и садржине, као ни закључења и извршења правног посла. Временом се долази до уверења да одређени акти, који се стално понављају приликом закључења одређених правних послова везују странке магијско-религијском везом, односно да производе одређено магијско-религијско дејство.

---

<sup>24</sup> Ово није био опште прихваћен приступ у римском праву. Римски правници су углавном радије писали посебне коментаре *ius civile*-а (*libri ad sabinum*) и преторског права (*libri ad edictum*).

<sup>25</sup> *Правна енциклопедија II*, главни редактор проф. Б. Благојевић, Београд 1985, стр. 1225.

Нпр. употреба бакра (бронзе) и ваге у манципацији потиче од тога што су у првим вековима Рима бакарне (бронзане) шипке коришћене уместо новца и приликом исплате стварно мерене на римској пијаци (1. 122). Исто тако, код стипулационе форме је изговарање одређених речи производило утврђене правне последице. На тај начин, заштиту су почеле добијати и обавезе преузете за будућност, али само уколико су биле закључене у некој од форми које је право познавало. Уколико се радило о неформално закљученом послу није била обезбеђена заштита богова и магијских сила, и извршење таквих послова, пре интервенције претора, зависило је само од части странака. Одатле потиче схватање да сама форма ствара обавезу и да је важнија од суштине посла. Ипак, треба приметити да ни у архаичном праву форма није елиминисала значај воље приликом закључења правног посла. И у најстаријем праву, сврха форме била је пре свега да обезбеди озбиљност, могућност сазнања и ефикасност воље.<sup>26</sup> То се у још већој мери може рећи за класично право.

Гајеве Институције потврђују да је у класичном праву воља странака битни елемент правног посла. На то указује не само постојање неформалних послова у Институцијама већ и изрази којима се описује закључење формалних послова где се, као што смо већ рекли, форма представља као начин испољавања воље субјектата. Осим тога, на више места се јасно указује на то да је воља странке неопходна за настанак правног посла. У разматрању о стипулацији, које се може сматрати својеврсним „општим делом“ контрактног права, као услови за пуноважност правног посла помињу се и душевно здравље и пунолетство (3.106-109).

Иако у Институцијама није посвећена велика пажња питању мана воље, Гај ни ову проблематику није у потпуности заобишао. У праву које се односи на тужбе помињу се и приговори преваре (4. 116а,117,121) и принуде (4. 121). Међутим, сама унутрашња воља странке није правно релевантна:

*Може се десити да пуноважно сатављени тестаменти буду опозвани супротном изјавом воље. Али ипак је јасно да се не може опозвати тестамент само на тај начин што је тестатор изразио жељу да он не важи. Чак и ако је исекао врцу којом је увезан, ипак ће по цивилном праву остати на снази. Па и ако је уништио или спалио таблице тестаментa, и даље ће важити оно што је у њему написано, само што би доказивање тога било тешко.<sup>27</sup>*

<sup>26</sup> А. Corbino: *op. cit.*, стр. 51-52.

<sup>27</sup> *Potest ut iure facta testamenta contraria voluntate infirmantur. Apparet autem non posse ex, eo solo infirmari testamentum, quod testes testator id noularit valere, usque adeo, ut si linum eius inciderit, nihilo minus iure civili valeat. Quin etiam si deleverit quoque aut cobusserit*

Дакле, да би воља странке произвела правне последице, неопходно је да буде изјављена, и то, пошто се ради о формалном правном послу, у одређеној форми. У том смислу треба схватити и раније наведене изразе које Гај користи за означавање форме правног посла: посао уистину настаје тек онда када је воља странке изражена у одређеној форми. Воља странке је наравно услов за пуноважност правног посла, али посао настаје у моменту када је она изражена, те у том смислу треба разумети Гајево схватање да формом *стварамо* правни посао. Форма се, дакле схвата на начин сличан данашњој доктрини: као начин изражавања воље странке. Међутим, када се ради о неформалним пословима, Гај само каже да настају сагласношћу воља (*consensu*):

*За ове уговоре стога кажемо да настају простом сагласношћу зато што нису потребне ни свечане речи нити писмени акти, већ је довољно да се странке, које закључују посао, сагласе.*<sup>28</sup>

Исто тако, код појединих консенсуалних контраката се помиње да настају онда када се странке сагласе о битним елементима посла. Ово би могло да значи да се предност даје унутрашњој вољи. Могуће је да овакво схватање произлази стога што се на консенсуалне контракте у целини примењује принцип *bona fides*. (3. 137; 4. 62). Наиме, код послова *stricti iuris*, који су увек и формални послови, о манама воље се води рачуна само по приговору странке, односно постоји правна претпоставка да изјављена воља одговара унутрашњој вољи странке. Са друге стране, код послова *bonae fidei*, о овим и другим околностима судија води рачуна по службеној дужности. У сваком случају, форма се увек схвата као начин за испољавање воље странке.

**Различити услови за закључење посла у одређеној форми и последице.** У којој ће форми настати правни посао зависи од ефеката које странке желе да постигну, личног својства странке и објекта правног посла.

Правни посао може имати различите ефекте у зависности од тога у којој је форми закључен и невезано за поделу на форме *ius civile*-а и *ius*

---

*tabulas testamenti, nihilo minus non desinent valere quae ibi fuerunt scripta, licet eorum probatio difficilis sit.* (2. 151) Превод преузет из: О. Станојевић: *op. cit.* стр. 131. Права је штета што наредних шест редова који се данас означавају као параграф 2. 151.b у тзв. Веронском рукопису (који је у главном послужио као основа за реконструкцију Гајевих Институција) нису сачувани.

<sup>28</sup> *Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quia neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos qui negotium gerunt consensisse.* (3. 136) Превод преузет из: О. Станојевић: *op. cit.*, стр. 213.

*gentium*-а. Високи свештеници (фламини) могу бити само лица која су рођена у браку закљученом у форми конфарреације, и то ако су и сами закључили такав брак (1. 112). У зависности од тога којим начином (тј. којим речима) је остављен легат разликују се и његови правни ефекти (2. 192, 193, 201, 209, 216). Јемство у облику спонзије и фидепромисије може бити придодато само уз контракт закључен у вербалној форми (3. 119), а фидејусија може бити придодата уз облигацију закључену у било каквом облику. Три облика јемства се веома много разликују и по другим својим карактеристикама (3. 118-123). На консенсуалне контракте у целини се примењује принцип *bona fides* (3. 137). Путем литерарног контракта може се обавезати и одсутно лице, а путем вербалног не може (3. 138). Обавезе се по правилу гасе у оној форми у којој су настале (3. 169-170, 173).

Разлике у форми закључења правног посла могу произлазити из својства странке која закључује правни посао. Тако, господар млађи од 20 година мора пред комисијом доказати ваљани разлог за ослобађање роба којег жели да манумитује (1. 38, 41). Жене се ослобађају власти *pater familias*-а једном манципацијом а мушкарци са три (1. 132-132а). Већ смо поменули пример војничког тестаментa који може да састави само лице које има војнички статус. Перегрин се приликом закључења стипулације не може обавезати речима *Dari spondes? Spondeo!* - *Обавезујеш ли се да ћеш дати? Обавезујем се!*, а осталим речима може (3. 93). Вербалне контракте не могу да закључе глуве и неме особе (3. 105).

Разлике у форми произилазе и из својстава објекта правног посла. Нпр. господар који хоће да ослободи роба млађег од 30 година мора пред комисијом да доказује разлог за ослобађање (1. 18). Лица под влашћу *pater familias*-а и жене се усвајају пред магистратом, а мушкарац *sui iuris* пред скупштином (1. 98-102). Покретне ствари које се манципују морају бити присутне, а земљишта се могу манциповати и ако су удаљена (1. 121). Квиритска својина на *res mancipi* се преноси манципацијом или инјуреције-сијом, а на *res nec mancipi* традицијом (2. 19, 22).

## Гајев однос према форми правног посла

Гај на форму гледа рационално. Када говори о настанку манципационе форме, види се да форму посматра у функцији датих прилика у друштву (1. 65). Слично је са излагањима о старим облицима тестаментa *calatis comitiis* и *in procinctu* и о историјату тестаментa *per aes et libram* (2. 101-103). У Институцијама скоро да нема ни трага од старог схватања да поштовање форме, нпр. обављање одређених гестова или изговарање од-

ређених речи, ствара религијско-магијску везу међу странкама. Такође, кад говори о начинима стицања квинитске својине, Гај даје предност манципацији над инјурецесијом јер

*...оно што можемо обавити сами пред присутним пријатељима, нити је згодно нити је потребно да са већим тешкоћама обављамо пред претором или управником провинције.*<sup>29</sup>

Из овог се може закључити да Гај констатује да се у његово време даје предност закључивању послова у једноставнијој форми. Исто тако, Гај напомиње да се правило о гашењу облигације у оној форми у којој је она настала изиграва, када излаже да се и оно што је дуговано по неком другом основу може преобратити у стипулацију и угасити путем акцептилације (3. 170). Ова тенденција ублажавања захтева форме, односно коришћења једноставнијих форми логична је последица тржишног и робноовчаног карактера привреде у класично доба.

Своје начелно противљење претераном формализму старог права Гај много јасније испољава у оним деловима Институције који се не односе на материју правних послова. Тако стари поступак претраживања стана осумњиченог за крађу који прописује Закон XII таблица, *perquisitio lance et licio*, код кога је покрадени го, опасан прегачом и са зделом у руци улазио у кућу осумњиченог и тамо тражио ствар, Гај оцењује као смешан и примећује да се за њега не може пронаћи рационално оправдање (3. 193). За стари легисакциони парнични поступак каже да је постао омражен због своје ситничавости, јер је странка која би направила и најмању грешку у изговарању процесних формула губила спор (4. 30).<sup>30</sup> Иако се о томе није отворено изјаснио, из свега наведеног можемо претпоставити да је Гај имао слично мишљење и о претеривању у формализму у правним пословима, области у којој је ова појава још мање пожељна него у процесном праву.

Но из овога што смо рекли не сме се брзоплето извући закључак да је Гај био присталица принципа консенсуализма. Иако се овај принцип у римском праву временом све више ширио, још од преткласичног периода, никада није постао владајући. У модерном праву важи принцип слободне

---

<sup>29</sup> *...quod enim ipsi per nos praesentibus amicis agere possumus, hoc non est necesse cum maiore difficultate apud praetorem aut apud praesidem provinciae agere.* (2. 25) Превод преузет из: О. Станојевић, *op. cit.*, стр. 95.

<sup>30</sup> Суштински гледано, нема разлике између формализма процесног права који Гај овде описује и формализма у правним пословима архаичног права. Упореди: А. Corbino: *op. cit.*, стр. 8-9.



форме, тј. правни послови се закључују у оној форми коју странке одреде, изузев уколико право за одређену врсту послова не предвиђа обавезну форму. У римском праву је важио обрнути принцип: правни посао се закључује у форми коју право прописује, изузев у оним случајевима када је изричито предвиђено да се закључује неформално. Наиме, римско право је право типичних правних послова, у коме сваки правни посао има утврђену форму и садржину, те сама просто изражена воља странака није довољна да произведе правне ефекте, изузев када то правни поредак изричито предвиђа.<sup>31</sup> Гај је зато могао бити само присталица ублажавања захтева форме, а не и принципа консенсуализма. У том смислу се може рећи да је Гај био противник онога што се данас назива формализмом. Био је против претеривања и ситничавости у захтевима форме, компликованих и скуких форми које немају рационално оправдање а отежавају правни саобраћај,<sup>32</sup> а не против поштовања форми уопште.

<sup>31</sup> М. Talamanca: *op. cit.*, стр. 204. Ипак, стварни значај примене начела консенсуализма, односно формализма, у одређеном правном систему не треба прецењивати. Иако је у већини модерних правних система прихваћено начело консенсуализма, што значи да су правни послови неформални изузев у оним случајевима када право изричито предвиђа обавезну форму, све се чешће говори о својеврсној „ренесанси“ формализма, јер је број правних послова за које је предвиђена обавезна форма закључења толики да се у ствари често већи део правног промета у многим гранама права обавља преко формалних правних послова. Са друге стране, упркос схватању да је консенсуалност изузетак, у класичном римском праву су многи послови били неформални. Можемо без претеривања претпоставити да се у римском облигационом праву већи део правног промета одвијао преко неформалних послова, јер су консенсуални контракти купопродаја, *locatio-conductio* (који обухвата оно што данас називамо закупом, уговором о делу и уговором о раду), ортаклук и налог (З. 135) вероватно и најважнији и најчешће закључивани контракти како у римском тако и у модерном праву, а уз ово треба додати и пакте. Затим, због све мањег значаја поделе на *res mancipi* и *res nec mancipi* и квинитске својине може се претпоставити да је у стварном праву преовладало неформално преношење својине предајом ствари (*traditio*). Утицај формализма остао је, као што смо рекли, доминантан у личном и наследном праву из разлога које смо већ навели. Ово је, у осталом, случај и у модерним правима. Такође треба поменути и да се у римском преткласичном и класичном праву стално повећава број неформалних послова, док се данас понекад може приметити обрнута тенденција. О овој тенденцији у нашем облигационом праву видети нпр: *Коментар Закона о облигационим односима*, I књига, главни редактор С. Перовић, Београд, 1995, коментар С. Перовића уз параграфе 67-73, стр. 147-163.

<sup>32</sup> О оваквом схватању формализма види: *Правна енциклопедија I*, главни редактор проф. Б. Благојевић, Београд 1985, стр. 395.

## Закључак

У Гајевом делу не налазимо одређење појма *форма правног посла*, као ни теорију о форми. Одредбе које се односе на форму нису издвојене у једну целину. Ово последње последица је не толико утицаја казуистичког метода, колико значаја ове проблематике и концепције Гајевог дела. Једна шестина параграфа у Гајевим Институцијама садржи одредбе о форми правног посла. Издвајање оволиког броја одредаба у једну целину у великој мери би пореметило концепцију Институција. Осим тога, не треба заборавити да је римско право право типичних правних послова: сваки правни посао има прописану форму и садржину, те је логично да се оне излажу упоредо. Такође, не постоји ни јединствена терминологија којом се означава форма правног посла.

Упркос реченом Гајеве Институције дају доста података о прилично развијеном схватању форме и потврђују велики значај форме правног посла у класичном римском праву. У прилог томе говоре следећи разлози: употреба одређених језичких конструкција уз често коришћење термина *modus*; обимни делови текста који говоре о форми појединих правних послова, садрже разматрања и о правним питањима везаним за форму уопште; тенденција ка издвајању разматрања о форми од остале материје, у главном на почетак дела текста који говори о одређеном правном послу.

Разматрања о форми обухватају пре свега поступак закључивања правног посла и материјални начин испољавања воље субјеката, а понекад се односе и на својства објекта правног посла и право субјекта на закључење одређеног правног посла.

Иако Гај познаје поделу форме на битну и доказну, из његових разматрања се види да он у првом реду има у виду форму *ad solemnitatem*, што значи да је ближи схватању форме у ужем смислу. Прописани начин закључења правног посла се мора строго поштовати. Форму схвата као начин изјаве воље странке. Закључење посла у одређеној форми производи утврђене правне последице и странке бирају форму закључења у зависности од тога које последице желе да постигну. У којој ће форми правни посао бити закључен зависи, поред воље странака, и од других фактора: којим правним системом је одређени посао заштићен, те од својстава странака и објекта правног посла.

Гајево схватање форме је рационално. Посматра је у функцији датих прилика у друштву и даје предност закључивању послова у једноставнијим формама.

*Samir Aličić, Assistant  
Novi Sad Faculty of Law*

## **The Form of Legal Acts in Gaius' Institutions**

### ***Abstract***

The author of this work addresses issues related to the concept and importance of form of legal acts in Gaius' Institutions. Although they do not contain clear qualification of the concept of form associated with the legal act, clear understanding of this notion is quite evident. Although Gaius acknowledges the subdivision of form to essential and probative, in his considerations on this issue, he refers in the first place to the form *ad solemnitatem*, i.e. the form in its narrow meaning. As the prescribed procedure for finalization of legal acts produce particular effects, the procedure has to be observed strictly. The form is understood as the acknowledgement of the client's will. Besides the client's will, the form of legal act depends on legal system to which the *negotium* pertains, clients' capacities and the object of the legal act. Gaius' understanding of the form of legal act is rationalistic. He observes the form within the context of the given social circumstances. Thus, in concluding the *negotium*, Gaius gives priority to those forms that are more simple.