

Др Анђун Маленица, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

„ПРАВНИ ПОСАО“ И „NEGOTIUM“, ДВА ПОЈМА КОЈА ПРИПАДАЈУ РАЗЛИЧИТИМ ЕПОХАМА

Сажетак: *Правни посао и negotium су два појма која се односе на исти ствар. Правним послом данас, а negotium-ом у Риму, људи уводе у своје права своје интересе. Negotium и правни посао немају исти обележја и исти „тежину“ у правним порецима своје времена. Negotium није досиђан свим грађанима који поседују правно релевантну вољу, но праву је ошерећен формом и пружа странкама мање слободе у обликовању правног посла. Савремени појам правни посао настао је у економском, политичком и идеолошком амбијенту какав Рим није познавао. Због тога правни посао и negotium и јесу правни појмови који припадају различитим историјским епохама.*

Кључне речи: *правни посао, андектна наука, савремено право, negotium, римско право, стамени, контракти, изјава воље, аутономија воље, форма посла, кауза посла.*

УВОД

1. Савремена доктрина под правним послом подразумева такву изјаву воље једног (или више) лица којом се саопштава какве се последице желе постићи, изјаву за коју правни поредак везује последице у складу с жељеним циљем, у мери која заслужује заштиту.¹

¹ Пример овакве дефиниције налазимо, на пример, у Р. Pajardi i dr., *Dizionario giuridico*, Pirola ed., Milano 1990, *negozio giuridico*, с. 596: *negozio giuridico definito della dottrina tradizionale come una dichiarazione di volontà con la quale vengono enunciati gli effetti che la parte o le parti intendono perseguire ed alla quale l'ordinamento giuridico ricollega gli effetti conformi allo scopo voluto, in quanto meritevole di tutela.*

Појам *йравни йосао* настао је у крилу модерне правне науке. Прву елаборацију налазимо у монументалном Савињијевом делу *Систем савременој римској йрава*², у другом тому који је публикован 1840. године.³ Појам је прихватила и до краја XIX века детаљно елаборирала немачка пандектна наука. Анализирала је бројна питања која се односе на субјекте правног посла, њихову вољу, манифестацију те воље, садржину правног посла и правне последице које из њега произлазе. То потврђују дела Виндшајда и Дернбурга који су најистакнутији представници ове школе.⁴ Од тада до данашњег дана *йравни йосао* је један од оних појмова који не заобилази ниједан теоретичар права, без обзира којој школи или правцу припада. Неће, нема сумње, бити друкчије ни у будућности јер данашња грађанска друштва остављају појединцима широку слободу у регулисању сопствених интереса која се у равни права очитује као могућност предузимања правних послова.

Савињи одређује елементе *йравној йосла* у опусу који је посвећен римском праву у модерној Европи. Пандектна наука у анализама истих елемената полази од Јустинијанових Дигеста (*Pandectae*). Сматрала је да у овој проблематици, као и многим другим питањима којима се бави наука грађанског права, треба поћи од римског права, зато што је то најсигурнији пут да се дође до добре кодификације грађанског права. Могло би се зато очекивати да је *йравни йосао* један од оних правних појмова који је присутан у нашем времену зато што је реципиран из римског права. Да се у овом случају ипак не ради о простој рецепцији појма којим је већ овладала римска правна наука (као што је то, на пример, случај с појмовима *йесшамениј* и *куйойродаја*) говори то што у римским текстовима нигде, и то подвлачимо, не налазимо израз *йравни йосао* – лат. *negotium iuridicum*.⁵ Налазимо само реч *йосао* – лат. *negotium*.⁶

² F. von Savigny, *Syistem des heutigen römischen Rechts*, II, cap. 2., 1840-49.

³ Сам термин *йравни йосао* ствара Nettelbladt у делу *Systema elementare iniversae jurisprudentiae positivae*, t. I, sectio I, tit. V, *de actionibus iuridicis*, § 63-70 које је публиковано 1749. Наведено према: G. Mirabelli, *Enciclopedia del diritto*, XXVIII, *negozio giuridico*, с. 1.

⁴ Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Франкфурт 1862; Dernburg, *Pandecten*, Берлин 1888.

⁵ То потврђује претрага у електронском архиву сачуваних римских правних текстова. Реч је о *Bibliotheca iuris antiqui*, Catania 2002, (у даљем тексту *BIA*) коју је сачинила *Gruppo di ricerca BIA*. Овај електронски архив недовољно је познат нашој научној јавности. Будући да је од велике помоћи свим истраживачима, посебно цивилистима, који имају интерес да погледају одређени римски извор, наводимо које сачуване римске правне изворе, одн. изворе који садрже римско право, садржи у целини: *Codex repetitae praelectionis*, *Collatio legum mosaicarum et romanarum*, *Constitutio deo auctore*, *Constitutio imperatoriam*, *Constitutio omnem*, *Constitutio tanta*, *Consultatio veteris cuiusdam iuriconsulti*, *Constitutiones Sirmondianae*, *Codex Theodosianus*, *Digesta*, *Epitome Gai*, *Edictum Theodorici regis*, *Fragmenta Augustodunensia*, *Fragmenta Vaticana*, *Gai Institutiones*, *Institutiones Iustiniani*, *Lex*

Савремени појам *īравни йосао* улази у ред појмова с високим степеном апстракције. Он обједињује широк круг изјава воља путем којих појединци изражавају своје интересе. Да римска правна наука до њега није дошла показује не само одсуство одговарајућег израза на терминолошком плану него и римска систематска излагања права и римске правне збирке. У Гајевим и Јустинијановим Институцијама нема одељака који говоре о правном послу на уопштен начин. Нема ни класификација послова које полазе од тог јединственог појма *īравни йосао*. У великим правним збиркама не постоје рубрике *О īравним йословима*, већ само оне које носе наслов *О йредузетийим йословима (de negotiis gestis)*. Налазимо их у Јустинијановом Кодексу (2. 18), Дигестама (3. 5), Пауловим Сентенцијама (1. 4) и у интерпретацији уз Паулове Сентенције (1. 4).

На закључак да римско право нема појам који је истоветан с данашњим појмом *īравни йосао* упућује и садржина текстова у поменутих рубрикама. Сви говоре о конкретним пословима и одређеним правним ситуацијама. Тако се, на пример, у Јустинијановом Кодексу у рубрици *О йредузетийим йословима* говори о правним последицама послова које предузимају тотор или старатељ, малолетно лице, наследник или санаследник, незвани вршилац туђег посла, потчињено лице, туђи роб, брачни друг и сл. У свим тим текстовима видљив је казуистички приступ праву. Само се тражи одговор на питање које се јавило или се може јавити у пракси и никада се у аргументацији не полази од општег појма *īравни йосао*. И када се тумачи нека норма која говори о предузимању послова на уопштен начин никада се не иде даље од онога што је потребно пракси. То илуструје и овај фрагмент петог титулуса треће књиге Дигеста (*de negotiis gestis*) у коме велики класични правник Улпијан тумачи одредбу преторовог едикта:

D. 3. 5. 3pr. Ulpianus, libro decimo ad edictum

Претор је рекао: 'Ако је неко обавио йуђе йослове, или нечије йослове након йшо је умро йај чији су, дозволићу да се у њеово име води йосйу-йак.' 1. Ове речи 'ако неко' овде се йумаче 'или нека': јер нема сумње да и жене могу йужийи и сйоразуметйи се йо основу йредузетийих йослова. 2. (реч) 'Послови' овде йреба йумачийи као један или више. 3. 'Туђи', йодра-зумева и йо да се односи на оба йола.⁷

romana Burgundionum, Novellae Maiorani, Novellae Marciani, Novellae Severi, Novellae Theodosii, Novellae Valentiniani, Pauli Sententiae, Pauli Sententiae (interpretatio), Ulpiani epitome. Уз наведено архив садржи један број војничких диплома, закона, градских статута и сенатских одлука.

⁶ Реч *negotium* забележена је у *BIA* 1208 пута: *negotium* 326, *negotii* 112, *negotio* 154, *negotia* 257, *negotiorum* 215, *negotiis* 144.

⁷ Ait pretor: 'Si quis negotia alterius, sive quis negotia, quae cuiusque cum is moritur, gesserit iudicium eo nomine dabo.' 1. Haec verba 'si quis' sic sunt accipienda 'sive quae': nam et

И у текстовима који су разврстани у остала поглавља Јустинијанове кодификације, у којима се говори о предузетим пословима, приступ није друкчији. Увек се ради о конкретном послу и тумачењу права у вези одређене правно релевантне чињенице из које је настао или би могао настати спор, а не о конструисању апстрактног појма *ī*равни *ī*осао.

2. Сачувани извори говоре да у римском праву не постоји израз *ī*равни *ī*осао. Када правни вокабулар одређеног друштва, или друштва на одређеном ступњу развоја, нема реч или израз који одговара речи или изразу који је данас у употреби, то је доказ да таквог појма у том времену није ни било. Текстови које смо навели показују, међутим, да у правном речнику Римљана постоји реч *negotium* – *ī*осао. Правници је најчешће користе када анализирају ситуације које настају поводом посла који је предузет за рачун другог лица.⁸ *Посао* је дакле и правни појам, са значењем које се разликује од оних која та реч има у обичном говору Римљана.⁹

Два појма, *ī*равни *ī*осао и *ī*осао, први је савремени а други римски, очигледно су блиска. У овом раду желимо да истражимо да ли су то и истоветни појмови. Хипотеза коју постављамо је следећа: данашњи појам *ī*равни *ī*осао и римски појам *negotium* нису потпуно подударни појмови зато што припадају различитим историјским епохама и као такви у правним поретцима свога времена немају исту тежину.

3. Пре него што пређемо на анализу римских текстова и извођење закључака желимо у овом уводу да учинимо још неколико напомена.

Будући да намеравамо да извршимо дијахронично упоређење, да упоредимо два правна појма која припадају различитим историјским епохама, може се поставити питање да ли је такав циљ истраживања уопште прихватљив. Заиста на први поглед изгледа да нема никаквог смисла упоређивати један појам римског права (а тиме и римске правне доктрине) који је настао пре више од две хиљаде година с појмом и дефиницијом коју је дала савремена правна наука. Приговору, ипак, нема места.

mulieres negotiorum gestorum agere posse et conveniri non dubitatur. 2. 'Negotia' sic accipe, sive unum sive plura. 3. 'Alterius', inquit: et hoc ad utrumque sexum refertur.

⁸ Када говоре о предузетим пословима римски правници ретко користе реч *negotium*, већ назив посла о коме је реч. Тако се, на пример, уз номинативе *emptio* и *venditio* који се у изворима јављају 121, одн. 160 пута реч *negotium* јавља само два пута, у D. 18. 1. 8pr. и D. 19. 2. 2. 1.

⁹ Римљани су реч *negotium*, *ī*осао, у свакодневном говору употребљавали у разним значењима, као што то чинимо и ми данас. Њом су означавали различите активности, оне везане за појединца, за неку друштвену групу, за робове на пример (*negotia servile*) или за одређено подручје делатности, на пример за јавне послове (*negotia publica*). Та реч је имала и пренесена значења. У текстовима се, на пример, јавља када се указује на нечију умешаност у одређене активности (каква посла ти ту имаш? - *quid tibi hic negotii est?*), на велики терет преузетих обавеза (имао сам толико посла – *satis negotii habui.*) и др. Више о употреби речи *negotium* види у F. Calonghi, *Dizionario latino italiano – negotium*, Torino 1990.

Желимо најпре да нагласимо да изучавање сваког старог права нужно подразумева познавање и употребу савремене правне терминологије и појмовне апаратуре. Сваки историчар права упоређује, био тога свестан или не, правна правила, институте и појмове који су некада постојали са оним данашњим и служи се при том језиком којим говори. Боље је када је свестан чињенице да у својим објашњењима користи и данашње речи и савремене појмове, јер је тада мања вероватноћа да ће их пренети у прошлост. Изузетно је, према томе, важно да онај који се бави историјом права јасно разлучује значења савремених појмова од појмова који припадају давној прошлости, посебно ако се у оба случаја користе исте речи. Друго, о неком праву далеке прошлости стиће се јаснија слика када се уз опис онога шта се у њему постоји укаже и на ствари којих у њему нема. Најзад, о потпуном разумевању неког старог права може се говорити тек онда када смо у стању да објаснимо зашто је оно било баш такво, не само са својим елементима него и празнинама.

Располажући са знањима о неразумевању које се на неким нашим правним факултетима показује према римском праву и месту наставне дисциплине „Римско право“ у програмима студија, не можемо да одолимо, а да у овом уводу не кажемо и следеће. Богатство које су нам Римљани оставили у својим правним текстовима, пре свега у Јустинијановој компилацији, данас је углавном непознато, чак и правницима који имају највиши степен правног образовања и баве се истраживачким радом и савременом правном теоријом. Није много познато ни оним романистима који су се определили да пишу своје римско право уместо да изучавају римске изворе. Правне школе су током векова римску заоставштину обрадиле, али су у својим делима и изостављале оно што им у текстовима није изгледало важно и тумачиле су ту заоставштину полазећи од сопственог схватања друштва и права. Из тога су произишле неке лоше последице. Римском праву се понекад приписује нешто што у њему никада није постојало. Један од примера је учење да је приватна својина римског права била *plena in re potestas*. Друго, савремена правна наука се некада непотребно исцрпљује тражећи решења за одређена питања, несвесна да су римски правници већ понудили неке одговоре.

Изучавање римске правне заоставштине које је инспирисано питањима на која наилазе данашњи законодавци или теоретичари права по нашем дубоком убеђењу увелико је оправдано. Њено игнорисање говори више о самозадовољству него о супериорности савремене правне науке. А да заиста вреди оно што нам је оставила римска правна наука речито говори и савремена кинеска пракса. Кинези имају миленијумску цивилизацију, али им то не смета да се приликом доношења својих закона угледају не само на законе и кодификације модерних друштава, него и на решења која садржи Јустинијанова компилација права.

1. ПРАВНИ ПОСАО И *NEGOTIUM* – ПАРАЛЕЛЕ И РАЗЛИКЕ

Дефиниција правног посла коју смо навели на почетку указује на више ствари. Прво, да савремена доктрина у правном послу види изјаву воље. Неутрална формулација „изјава воље једног лица“ говори да ту изјаву начелно везује за сваког човека, за сваког грађанина. Друго, да правним послом сматра само ону изјаву воље која је усмерена на постизање правних последица, дакле, на настанак, гашење или мењање неког права. Треће, да правни посао смешта у оквире правног поретка, јер је то само она изјава воље коју правни поредак прихвата, чиме се и обезбеђује да на пољу права настану последице које странка има у виду приликом предузимања посла.

Погледајмо сада колико се напред речено односи на *negotium*.

Римски правници нам, нажалост, нису оставили дефиницију *negotium*-а, од које би могли поћи. Уместо тога располажемо великим бројем текстова који говоре о закључењу разних послова и последицама које из њих произлазе. Немогуће их је све приказати, јер се тиме захвата већи део римског права.¹⁰ Заиста је мали број питања која данашња наука расправља, а да их не налазимо у римској казуистици.¹¹ Остаје нам, зато, само могућност да одаберемо примере који ће довољно убедљиво говорити о томе шта је *negotium* римског права.

Определили смо се за тестамент и контракт као парадигме правних послова.¹² Та два посла стоје на супротним крајевима лепезе правних послова. Римски тестамент је, као и данашњи, једностранни правни посао *mor-*

¹⁰ Када је, на пример, реч о странкама правног посла, римски правници расправљају о томе: ко може бити странка у одређеном послу, јер сви људи нису имали исти правни статус (римски грађани и странци), о ситуацији када више субјеката чини странку, о делатној способности (способности пунолетних и малолетних лица, лица с недовољним животним искуством, малоумних лица, расипника, лица којима је због недостојног понашања ускраћено право да закључују одређене послове), о легитимацији за предузимање одређеног посла (нпр., мужа када су у питању миразна добра или тудора који управља пупилином имовином), о проблемима који настају због промене статуса странке или њене смрти. Правна проблематика везана за странке и субјекте правног посла била је у римском праву шири од данашње због тога што су у Риму постојале поделе људи које данашње право не познаје (слободни и робови, лица *sui iuris* и *alieni iuris*) и разлике у правном положају мушкарца и жене.

¹¹ На пример, римски правници нису поставили питање у ком тренутку настаје посао који се закључује међу одсутним лицима и никада директно нису поставили питање на шта треба да се ограничи воља странка, на практични циљ који послом желе постићи или и на његове правне последице. Тако: М. Talamanca, *Elementi di diritto privato romano*, Милано 2001, с. 111.

¹² Задржаћемо се само на класичном праву, јер би нас излагање еволуције тих појмова предалеко одвело.

tis causa, којим тестватор у складу са својим интересом уређује правну ситуацију која настаје његовом смрћу. За разлику од тога римски контракт, близак данашњем уговору, је двострани посао *inter vivos*, дакле посао који настаје споразумом странка којим оне уређују свој однос за живота. Анализираћемо најпре тестамент.

1. 1. Обележја римског тестаментa

Прва четири фрагмента првог титулуса у двадесетосмој књизи Дигеста дају јасну слику о обележјима тестаментa. Први фрагмент садржи текст у коме га Модестин дефинише као изјаву воље:

D. 28. 1. 1. Modestinus, *libro secundo pandectarum*

*Тествамениј је ваљана одлука наше воље, о ономе што неко жели да буде учињено његове смрти.*¹³

Други фрагмент садржи Лабеев текст у коме стоји да тестватор мора бити здраве памети у тренутку када прави тестамент:

D. 28. 1. 2. Labeo, *libro primo posteriorum a Iavoleno epitomatorum*

*Код онога који прави тествамениј, у време у коме сачињава тествамениј, захтева се здрав разум, а не здраво тело.*¹⁴

У трећем фрагменту налазимо Папинијанову опаску да правила о тестаментарној способности нису диспозитивна, већ обавезујућа:

D. 28. 1. 3. Papianus, *libro quarto decimo quaestionum*

*Правила о способности управљења тестваменија не припадају приватном, већ јавном праву.*¹⁵

а у четвртном фрагменту налазимо Гајево упутство о томе како треба испитивати ваљаност тестаментa. Најпре се гледа да ли је тестватор лице које може правити тестамент, а потом да ли су поштована правна правила.

¹³ Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia, de eo quod quis post mortem suam fieri velit. Конструкција ове реченице, у првом делу субјект је у првом лицу множине, а у другом у трећем лицу једине, говори да су компилатори спојили две реченице из Модестиновог текста. Поступили су у складу с Јустинијановим упутством да треба сажимати текстове.

¹⁴ In eo qui testatur eius temporis, quo testamentum facit, integritas mentis, non corporis sanitas exigenda est.

¹⁵ Testamenti factio non privati, sed publici iuris est.

D. 28. 1. 4. Gaius, *libro secundo institutionum*

Ако се заишћемо да ли *йесћаментй* важи, најйре *йреба* да обраишмо *йажњу* да ли је онај који та је сачинио имао *сийособности* *йрављења йесћаментйа*, заишм, ако је имао, *исйишћујемо* да ли је био *йойврђен йрема йравлима йуса цивиле*.¹⁶

Шта нам цитирани фрагменти све говоре о овом једностраном послу? Први фрагмент недвосмислено потврђује да тестамент као *negotium* јесте изјава воље. Без те изјаве, коју римски правници означавају изразима *voluntas testantis*, *voluntas testatoris*, а најчешће као *voluntas defuncti*¹⁷, нема тестаментa. Други текстови у Дигестама говоре да та воља мора бити потпуно слободна да би из ње настао *negotium*. Не може, на пример, правити тестамент човек који је под влашћу непријатеља, који се налази на подручју које је окупирао војска или је заробљен од разбојника.¹⁸ О тестаторовој вољи правници расправљају и када се постави питање да ли је један тестамент замењен другим или поништен и у свим оним ситуацијама када се јави потреба за тумачењем тестаментарних одредби због тога што оне нису недвосмислене.¹⁹ Тестаторова воља је, нема сумње, суштина тестаментa. С ове тачке гледишта једнострани посао римског права, у овом случају тестамент, потпуно се поклапа са савременим појмом *йравни йосао*.

Други фрагмент потврђује да само разуман човек може сачинити ваљани тестамент. Другим речима, римско право захтева да тестаторова воља има одређени квалитет. То потврђују и следећи текстови:

¹⁶ Si quaeramus, an valeat testamentum, in primis animadvertere debemus, an is qui fecerit testamentum habuerit testamenti factionem, deinde, si habuerit, requiremus, an secundum regulas iuris civilis testatus sit.

¹⁷ На пример, *voluntas testantis* у D. 32. 11. 19, *voluntas testatoris* у C. 5. 72. 3, *voluntas defuncti* у D. 30. 113. 3.

¹⁸ D. 28. 1. 8. 1. Gaius, *libro septimo decimo ad edictum provinciale*. Тесћаментй лица йод влашћу нейријатйеља, онај који је йамо сачињен, не важи, све док се не избави. (Eius qui apud hostes est testamentum quod ibi fecerit non valet, quamvis redierit.); D. 28. 1. 11. Ulpianus, *libro decimo ad Sabinum*. Они које је окуйирала војска не моју йравийшй йесћаментй, нишй им се дозвољава. (Obsides testari non possunt, nisi eis permittitur.); D. 28. 1. 13. Marcianus, *libro quarto institutionum*. Они које су ухвайшли разбојници чим йосћану слободни моју йравийшй йесћаментй. (Qui a latronibus capti sunt, cum liberi manent, possunt facere testamentum.)

¹⁹ Ево једног примера за ово последње: D. 35. 1. 19pr. Ulpianus, *liber quinto disputatio-num*. Када је реч о условима на йрво местйо долази воља умрлој и она уйравља условима. Украйико, и у оваквом услову 'ако моја кћер буде удайа за Тиција', сви се слажу да не йреба увек имаишй у виду време смрйшй, већ вољу да се касније усйосћави заишћийнички однос. (In condicionibus primum locum voluntas defuncti optinet eaque regit condiciones. denique et in ea condicione 'si filia mea cum Titio nupta erit' placuit non semper mortis tempus observari, sed voluntate patrocinate tardius produci.)

I. 2. 12. 1

Осим *тито*, не могу да сачине *тестаменти* малолетни, зато *тито* је *просуђивање* њихове воље без значаја, *иако* је ни *махнии*, зато *тито* им *недостаје* *тамент*.²⁰

D. 28. 1. 16. 1. Pomponius, *libro singulari regularum*

Марцел напомиње: *махнии* човек има *извесну* *способност* *поводом* *сачињеног* *тестамента*²¹, али му није дозвољено да *прави* *тестаменти*...²²

Римско се право и са овог становишта не разликује од данашњег. *Negotium* закључује само лице које име правно релевантну вољу. Дакле, римски *negotium* и савремени *правни посао* подударају се и у овом погледу.

Трећи и четврти фрагмент су повезани. Текстови у њима указују на то да у римском праву сваки грађанин не може правити тестамент. На ту ћемо се проблематику вратити. Сада нас интересује део Гајевог текста у четвртом фрагменту у коме стоји да приликом испитивања ваљаности тестаментa треба истражити да ли су поштована правна правила. Реч је о правилима која су се односе на форму и садржину тестаментa.

Тестамент који се прави по прописима јуса цивиле строго је формални посао. О томе говоре бројни текстови. Погледајмо овај Гајев:

Gai. 2. 114

Зато ако се *затим* да ли *тестаменти* важи, најпре *треба* да *испитам* да ли је онај који *та* је сачинио имао *способност* *прављења* *тестамента*. Затим, ако је имао, *испитујемо* да ли је у складу с *правилима* јуса цивиле *јасно* сачињен, изузев када се ради о војницима, јер је њима, као *тито* смо *напоменули*, *допуштено* да *праве* *тестаменти* како хоће и како могу због *тито* *тито* су *невични* *праву*. ... 116. ...*пре* *свега* *захтева* се да се *именовање* *наследника* *изврши* *према* *свечаном* *обичају*... 117. *Свечано* *именовање* је: '*Нека* *Тиције* *буде* *наследник*', а сада се *сматра* да је дозвољено и ово: '*Наређујем* да *Тиције* *буде* *наследник*'. *Међутим*, није *допуштено* *рећи*: '*Желим* да *Тиције* *буде* *наследник*', а *према* *мишљењу* *већине* није дозвољено ни '*постављам* *Тиција* *за* *наследника*' или '*чиним* *та* *наследником*'.²³

²⁰ Praeterea testamentum facere non possunt impuberes, quia nullum eorum animi iudicium est: item furiosi, quia mente carent.

²¹ Може по основу тестаментa добити легат или фидеикомис.

²² *Marcellus notat*: furiosus quoque testamenti factionem habet, licet testamentum facere non potest...

²³ 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

Овај Гајев текст показује да сама изјава воље о именовану наследника није довољна да би настао тестамент. Право захтева стриктно поштовање тестаментарне формуле.²⁴ Уз то, речи формуле о именовану наследника морају бити наведене на самом почетку тестаментa, почетак су и темељ тестаментa. Све што је у тестаменту испред њих записано, не важи:

Gai. 2. 229

*Пре именовања наследника лејирање је без икакве сврхе. Неважећи је лејити написан пре именовања наследника, јер шестиаменити, јасна сивар, добија снагу из именовања наследника и зашто се сматра да је именовање наследника глaва и темељ целој шестиаменити.*²⁵

Када се римски и савремени тестамент упоређују са становишта форме уочава се да је она у оба случаја правом прописана. Постоји ипак битна разлика. У савременим правима форма, било да је нотарска, судска, писана, усмена пред сведоцима и сл., искључиво је у функцији осигурања извесности да је заиста реч о тeстaтoрoвoј вољи. У римском праву сама формула о именовану наследника има већу тежину од воље коју изражава. Грешка у формули повлачи за собом неважност тестаментa. Данас се не може замислити да законодавац прописује речи којима мора бити извршено именоване наследника, нити различито пресуђивање о ваљаности два тестаментa који се разликују само у томе што у једном пише *нека мој наследник буде Пејтар Пејировић*, а у другом *желим да мој наследник буде Пејтар Пејировић*. Данас се не би се доводила у питање ни ваљаност одредбе о легату због тога што се она у тексту тестаментa налази пре именовања наследника.

regulam testatus sit, exceptis militibus, quibus propter nimiam inperitiam, ut diximus, quomodo velint vel quomodo possint, permittitur testamentum facere. ... 116. Sed ante omnia requirendum est, an institutio heredis sollemni more facta sit... 117. Sollemnis autem institutio haec est *Titius heres esto* sed et illa iam conprobata videtur *Titium heredem esse iubeo*; at illa non est conprobata *Titium heredem esse volo*; sed et illae a plerisque inprobatae sunt *Titium heredem esse volo*; sed et illae a plerique inprobatae sunt *Titium heredem instituito*, item *heredem facio*.

²⁴ Право захтева и поштовање онога што би могли назвати спољашном формом тестаментa, постојање одређеног броја сведока и сл., али у то нећемо улазити јер није најтешње везано за саму изјаву воље.

²⁵ Ante heredis institutionem inutiliter legatur, scilicet quia testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, et ob id velut caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio. Ово становиште поновљено је и у Улпијановим Епитомама: UE 24. 15. *Не може се лејирајући пре именовања наследника будући да снага шестиаменитиа произлази из именовања наследника.* (Ante heredis institutionem legari non potest, quoniam et potestas testamenti ab heredis institutionem incipit.)

Једини изузетак, када је реч о формули именовања наследника и форми тестаментa уопште, био је установљен у корист војника. Била је римска пракса да се војницима, дају привилегије које ублажавају строгост права. Професионални војници нису могли познавати право у истој мери као и грађани цивили. Нису имали прилику да се баве правом због тога што су двадесетпет година проводили у војној служби, по разним крајевима империје. Једно поглавље Дигеста (*De testamento militis*) посвећено је посебним правилима која се односе на војнички тестамент. Први фрагмент у том поглављу каже: *Слободу у њрављењу ѡесѡаменѡа војницима је ѡрви дао божански Јулије Цезар.*²⁶ Ни Гај наравно не заобилази ову проблематику и наводи низ правних правила која се не односе на војнике. Наводимо само део текста из Гајевог уџбеника:

Gai. 2. 109

Али одлукама владара, ова сѡроѡа ѡравила о ѡрављењу ѡесѡаменѡа, не ѡрменењују се на војнике збоѡ њиховоѡ слабоѡ ѡознавања ѡрава. Тако ће ѡесѡаменѡѡ биѡѡѡ ѡуноважан иако нема законом ѡроѡисаноѡ броја сведока и није обављена формална ѡредаја²⁷ и није било свечане изјаве. 110. Поред ѡѡѡа ѡма је доѡуѡѡено да за наследнике и леѡаѡаре одреде ѡереѡрине и Лаѡѡине, иако јус цивиле забрањује ѡереѡринима да буду наследници и леѡаѡари, а Јунијев закон Лаѡѡинима...

Изузимање војничког тестаментa од строгих правила о форми тестаментa не сведочи о новој тенденцији у римском праву да се форми да секундарни значај у односу на изражену вољу. Ради се само о изузетку који је уведен због посебног положаја људи који су се определили за војничку професију, а и жељи да се људи привуку тој тешкој професији.

Када је реч о правилима јуса цивиле која се односе на садржину тестаментa, постоје она која говоре о правима нужних наследника и она о разлозима за искључење из наслеђа. Дигеста садрже поглавље *О деци и ѡосмрчади именованим наследницима или искљученима из наслеђа* (D. 28. 2) у коме су изложена правила која се односе на ову проблематику. У њих нећемо улазити. Констатоваћемо само да правила о нужном наслеђивању и искључењу из наслеђа постоје и у свим данашњим правима. Ова правила потврђују да и римско и савремено право каузу тестаментa схватају на

²⁶ D. 29. 1. 1pr. Ulpianus, *libro quadragesimo quinto ad edictum*. Militibus liberam testamenti factionem primus quidem divus Iulius Caesar concessit.

²⁷ Реч је о симболичном поступку преноса имовине (*mancipatio familiae*) уз давање свечане изјаве (*nuncupatio*). Поступак је у старом праву био нужан, а касније се претворио у форму.

исти начин, подразумевају под њом друштвену и економску функцију која се тестаментом остварује. Дакле, римски грађанин одлучује да ли ће правити тестамент или ће допустити да дође до законског наслеђивања, али ако се одлучи да прави тестамент, нема апсолутну слободу у одређивању његове садржине. Своју вољу мора сместити у оквире које поставља право, мора тестаментом обезбедити оно што право сматра друштвеном и економском суштином тог посла – мора обезбедити каузу тестаamenta. Када тeстатор изађе из правом задатих оквира тестамент не производи правне последице на које је усмерена његова изјава воље. У овом погледу римски тестамент се потпуно уклапа у савремену дефиницију правног посла, да је то она изјава воље за коју правни поредак везује последице у складу с жељеним циљем, у мери која заслужује заштити.

Именовање наследника у Риму никада није био акт простог располагања имовином за случај смрти. Римска породица је кроз највећи део римске историје била бројна, чинила су је сва лица која се налазе под влашћу патерфамилијаса: синови, кћери, снаје, унуци, праунуци, адоптирана и адрогирана лица. Сви они су привређивали, али је са становишта јуса цивиле све стечено припадало патерфамилијасу, зато што је једино он био лице *sui iuris*, тј. живео по сопственом праву. Остали чланови породице били су лица *alieni iuris*, подложна његовој власти, и као таква нису за живота управљала некаквом својом имовином. Због таквог облика римске породице тестаментарно располагање које врши појединац било је у исто време располагање имовином породице у којој живи широки круг лица. У таквим приликама и правна правила о ширини тeстаторових овлашћења нужно су морала произлазити из схватања о значају породице, њеној функцији и пожељном положају њених чланова после патерфамилијасове смрти.

Речено поткрепљују и правила о легирању. Легирање је, као и именовање наследника, било правни инструмент којим се реализовала слобода располагање имовином за случај смрти. Неразумно остављање легата, исто као и неразумно именовање наследника, могло је довести у питање опстанак чланова оставиоачеве породице. Због тога је и било ограничено:

Gai. 2. 224

Али некада се заиста дођушило (тестатору) да легајима и ослобађањима (робова) исцрпи целу имовину и наследницима не остави ништа осим тога имена наследника; то је, изгледа, било дођушиено Законом XII таблица који предвиђа за онога који у тестаменту располаже својом имовином да то буде јуновожно и то следећим речима: 'како је легирао своје ствари, нека то буде закон'. За то су тестаментом одређени наследници одбијали да се прихвати заоставшине и за то је велики број људи

умирао без наследника. 225. *Свога је донет Фуријев закон који није доушљао, осим ако се радило о одређеном кругу лица, да остали могу добити на име легија или по другом основу за случај смрти више од хиљаду аса...*²⁸

Вратимо се на крају овог приказа основних обележја римског теста-мента Папинијановом фрагменту у коме стоји да *правила о способности управљења тестаменџа не привадају приватном, већ јавном праву*. Правила о тестаментарној способности произлазе из правних норми о стату-сима људи, а њих утврђује римска *civitas*. По тим правилима, за разлику од савремених права, сви људи немају исти статус. Због тога у Риму сви слободни људи не могу правити тестамент.²⁹ У шестом фрагменту поглавља Дигеста које анализирамо налазимо Гајев текст у коме стоји да потчињени чланови породице не могу правити тестамент:

D. 28. 1. 6pr. Gaius, *libro septimo decimo ad edictum provinciale*

*Онај који је под очевом влашћу нема право управљења тестаменџа. Додајем, и када му отац по дозволи, ипак њиме ништа више неће моћи тестирајући у складу с правом.*³⁰

²⁸ Sed olim quidem licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare nec quicquam heredi relinquere praeterquam inane nomen heredis; idque lex XII tabularum permittere videbatur, qua cavetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his verbis *uti legassit suae rei, ita ius esto*. Quare qui scripti heredes erant, ab hereditate se abstinebant, et idcirco plerique intestati moriebantur. 225. Itaque lata est lex Furia, qua, exceptis personis quibusdam, ceteris plus mille assibus legatorum nomine mortisve causa capere permissum non est...

Тестатори су донети закон изигравали па су уследили нови закони. Ово питање је уређено на задовољавајући начин Фалцидијевим законом из 40. г. старе ере. Њиме је било прописано да се не може легирати више од три четвртине имовине.

У овим напоменама о слободи тестирања нисмо улазили у проблематику неважећих одредби због несагласности с моралним начелима. Стајалишта римског и савременог права су у том погледу иста, или, боље речено, савремено право је реципирало римско резонованье. Ево једног текста који то потврђује: Gai. 2. 235. *Ништаво је легирање у виду казне. Смајра се њак да својој легирање у виду казне када се оставља да би се извршио приватни на наследника, да наследник пре нешто учини или не учини, као када се овако легира: 'Ако мој наследник да своју кћер за жену Тицију, нека да 10.000 Сеју' или овако: 'Ако не даш своју кћер Тицију за жену, треба да даш Тицију 10.000'...* (Poenae quoque nomine inutiliter legatur. Poenae autem nomine legari videtur, quod coercendi heredis causa relinquitur, quo magis heres aliquid faciat aut non faciat; veluti quod ita legatur *si heres meus filiam suam Titio in patrimonium conlocaverit, X milia Seio dato, vel ita si filiam Titio in patrimonium non collocaveris, X milia Titio dato*'...)

²⁹ То је обележје римског права све до краја развоја. Дванаесто поглавље друге књиге Јустинијанових Институција *Quibus non est permissum testamenta facere* почиње овим текстом: *Није, наиме, свима доушљено да сачине тестаменџа*. (Non tamen omnibus licet facere testamentum.)

³⁰ Qui in potestate parentis est, testamenti faciendi ius non habet. adeo ut, quamvis pater ei permittat, nihilo magis tamen iure testari possit.

Дакле, потчињено лице не може правити тестамент и када му то дозволи старешина породице. Патерфамилијас му такво одобрење не може дати због тога што тиме поступа супротно когентној статусној норми, како Папинијан каже, норми која је део јавног права. Напомињемо само да је број потчињених лица у Риму био много већи него што је било старешина породица, тако да је значај овог правила у свакодневном животу био велики.³¹

Даље, не могу правити тестамент ни лица којима су изречене тешке казне, скитнице и лица чији је правни статус нејасан:

D. 28. 1. 8. 1. Gaius, *libro septimo decimo ad edictum provinciale*.

*Ако је некоме изречена забрана употребе ватре и воде, његов тестамент не важи, како онај који је пре тога сачинио, тако и онај који касније буде сачинио... 2. У истој су положају дејортовани на осиро... 4. Они, пак, који се осуђују на окове, на борбу с дивљим животињама или на рад у рудницима губе слободу и њихова се добра зајлењују: ошуда проузлази да се лишавају способности тестаментирања.*³²

D. 28. 1. 15. Ulpianus, *libro duodecimo ad edictum*

*Као што је божански Пије одговорио, не могу сачинити тестамент они о чијем стању постоји сумња или они који скићу.*³³

Најзад, у посебном положају су биле жене *sui iuris* када су хтеле да праве тестамент. Римско патријархално друштво стављало их је у неповољнији правни положај од оног који су имали мушкарци истог статуса.³⁴ Нису, на пример, учествовале у јавним пословима³⁵, а када је реч о пословима приватног права нису, између осталог, могле без сагласности татора направити тестамент:

³¹ И ово се правило није односило на војнике.

³² Si cui aqua et igni interdictum sit, eius nec illud testamentum valet quod ante fecit nec id quod postea fecerit... 2. In insulam deportati in eadem causa sunt... 4. Hi vero, qui ad ferrum aut ad bestias aut in metallum damnantur, libertatem perdunt bonaque eorum publicantur: unde apparet amittere eos testamenti factionem.

³³ De statu suo dubitantes vel errantes testamentum facere non possunt, ut Divus Pius rescipit.

³⁴ Позната је Гајева опаска: Gai. 1. 144. *Наиме, стари су хтели да жене, и када постану пунолетне, због несавршености воље буду под опезорством.* (Veteres enim voluerunt feminas, estiamsi perfectae etatis sint, propter animi levitatem in tutela esse.)

³⁵ D. 50. 17. 2. Ulpianus, *libro primo ad Sabinum*. *Жене су одстрањене из свих грађанских и јавних дужности и зато не могу да буду судије, не могу обављати магистратуру, није за друго водити парницу или јемчити, није бити пошављене за засијуника.* (Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt et ideo nec iudices esse possunt nec magistratum gerere nec postulare pro alio intervenire nec procuratores existere.)

Gai. 2. 118

*Поред тога, ваља приметити да када прави тестамент жена која је под туторством, треба да га прави с туторовим одобрењем. У прошивном прави тестамент који је неважећи по јусу цивиле.*³⁶

Тутор у овом случају надзире предузимање посла због тога што је женина воља наводно слабијег квалитета од мушкарчеве. Како се то односи на све жене *sui iuris*, то је и статусно питање.

Можемо, дакле, констатовати да је у Риму великом броју грађана била ускраћена могућност прављења тестаментa, потчињеним лицима, лицима осуђеним на тешке казне, а жене су морале имати туторову сагласност. То је велика разлика у поређењу са савременим правом. С тог становишта римски тестамент као *negotium jusa civile*, права које је примењивано само на римске грађане, не уклапа се у данашњу дефиницију правног посла која подразумева да је посао доступан сваком грађанину који има правно релевантну вољу. Одступа од савременог схватања правног посла и по томе што тај тестамент подразумева тако чврсту форму да она потискује у други план и тестаторову вољу. Римски тестамент је типичан посао римског права. Одређен је формом и садржином.

Римски тестамент који регулишу правила јуса цивиле се подудара с данашњим поимањем правног посла у следећем: то је изјава воље, та воља је усмерене на произвођење правних последица, те последице правни поредак прихвата у оквирима које је поставио.

1. 2. Обележја римског контракта

У савременим правима постоји појам *уговор*, а у римском праву *контракт* (*contractus*). Уговор и контракт су најважнији извори облигација у савременом, односно римском праву. И један и други настају из сагласности воља.

Под уговором се данас подразумева свака сагласност воља двају или више лица чији је циљ постизање одређеног правног дејства.³⁷ За разлику од

³⁶ *Observandum praeterea est, ut si mulier quae in tutela est faciat testamentum, tutore auctore facere debeat; alioquin inutiliter iure civili testabitur.*

³⁷ Један од најпознатијих правних речника, *Black's Law Dictionary*, на више начина објашњава овај појам: *Споразум између два или више лица који ствара обавезу да се одређена ствар чини или не чини; Уговор је обећање или скуп обећања за које право даје средство у случају кршења, или је чинидба коју право на одређен начин прекознаје као дужносћ; Правни однос који се састоји од права и обавеза уговорних страна; Обећање*

тестаментa, о коме је до сада било речи, уговор је двострани посао. Данашња права дају уговорним странама широку слободу. Та слобода, аутономија воље, им омогућава да у уговор уграде сваки интерес који није супротан принудним прописима, јавном поретку и моралним схватањима.³⁸ То значи да могу закључити ваљани правни посао и мимо типичних уговора које закон познаје, односно да те уговоре могу мењати.³⁹ Слобода уговарања подразумева и слободу избора форме уговора. Уговор настаје, уколико правом није друкчије прописано, чим се странке сагласе о његовим елементима.⁴⁰ Сама изјава воље може бити садржана у речима, знацима или неком понашању, битно је да се са сигурношћу може утврдити садржина воље.⁴¹ То, такође, говори о слободи коју уговорне стране уживају у савременом праву.

Овако схваћен и регулисан у законодавствима, уговор се у потпуности уклапа у данашњу дефиницију правног посла. Уговор и правни посао имају без остатка исту суштину. Реч је о вољи која је усмерена на постизање одређених правних последица, последица које правни поредак прихвата у мери која заслужује заштиту. Оба појма настају у оквиру правног поретка који грађанима обезбеђује широку аутономију воље.

Погледајмо сада која су обележја римског контракта, колико је сличан данашњем уговору и колико се подудара с данашњим појмом *правни посао*.

Нека обележја контракта само су одраз општих карактеристика римског права и примене правила која се односе на све послове. Сви облици

или скуи обећања од којих се сасијоји сипоразум између сипранака који свакој од њих усипановљава иправну обавезу ипрема другој, а ипакоче и иправо да корисипи иправно средсипво за случај кршења ипих обавеза. Види одредницу Contract. Италијански Грађански законик у чл. 1321 дефинисе уговор као сипоразум две или више сипрана да међу собом усипанове, уреде или уипсе имовинскоиправни однос. Наш Закон о облигационим односима (даље: ЗОО) не даје дефиницију уговора.

³⁸ У чл. 10 ЗОО, под насловом *Ауипномија воље*, стоји: *Сипране у облигационим односима су слободне, у ираницама ипринудних ипрописа, јавној ипорепка и добрих обичаја, да своје односе уреде ипо својој вољи* (подвукао – А. М.).

³⁹ ЗОО у чл. 20, под насловом *Дисипозиципни каракиптер одредаба закона*, стоји: *Сипране могу свој облигациони однос уредипи друкчије неипо ипшо је овим законом одређено, ако из ипоједине одредбе овој закона или њеној смисла не ипроизлази ипшо друго.*

⁴⁰ Чл. 67 ЗОО: *закључење уіговора не иподлеже никаквој форми, осим ако је законом друкчије одређено. Чл. 26: Уіговор је закључен кад су се уіговорне сипране саипласиле о биипним сасипојцима уіговора.*

⁴¹ Чл. 28 ЗОО: *Воља за закључење уіговора може се изјавипи речима, уобичајеним знацима или друипим ипонашањем из која се са сипурношћу може закључипи о њеном ипосипојању.*

контраката, исто као и сви облици тестамента, нису једнако доступни сваком човеку. Оне који припадају јусу цивиле могу закључивати само римски грађани.⁴² Контракт, као и тестамент, могу закључити само лица са правно релевантном вољом.⁴³ Заједничка обележја контракта и тестаментa, иако је први двострани а други једнострани посао, последица су чињенице да оба посла упоредо постоје у истом праву и носе печат истог времена.

Контракт је двострани посао. Настаје сагласношћу воља, што значи да је споразум странака (*conventio*) његов незаобилазни елеменат. Правници класичног периода на то указују:

D. 2. 14. 1. 3. Ulpianus, *libro quarto ad edictum*

... Додајем, иакође, споразум је ошћи назив јер, као што је Педије лејо рекао, **не постоји конџракџ, никаква обавеза, која у себи не садржи споразум**, чак и када се захтева предаја ствари или изговарање речи. Наиме, и стипулација, која настаје речима, је ништава уколико нема сагласности.⁴⁴

Споразум (*conventio*) је шири појам од појма конџракџ (*contractus*). Споразум се у римском праву среће у јавном и у приватном праву. Како је римско јавно право јединствено, а приватно је подељено на јус цивиле и јус генџијум, постоје три врсте споразума:

D. 2. 14. 1. 3. Ulpianus, *libro quarto ad edictum*

Споразум (*conventio*) је ошћиа реч и односи се на све оно у чему се сагласе они који се међусобно договарају ради закључења или довршења посла. Јер, као што се каже да се сусрећу (лат. *convenire*) они који се из

⁴² Gai. 2. 93. Ова, иако, вербална облиџација 'Обећаваш ли да ћеш дајти? – Обећавам' својствена је само римским грађанима, а остале припадају јусу генџијум, иа су иуноважне између свих људи, било да су римски грађани, било иерејрини. (Sed haec quidem verborum obligatio 'dari spondes? spondeo' propria civium Romanorum est; ceterae vero iuris gentium sunt, itaque inter omnes homines sive cives Romanos sive peregrinos valent.)

⁴³ D. 50. 17. 5. Paulus, *libro secundo ad Sabinum*. У конџракџним пословима један је значај каузе код малолетних, а друји код оних који моју да говоре (тј. код старијих малолетника – А. М.) а не разумеју предузети посао: наиме, махний не може закључити никакав посао, а малолетник може предузети све уз иујорово одобрење. (In negotiis contrahendis alia causa habita est furiosorum, alia eorum qui dari possunt, quamvis actum rei non intellegent: nam furiosus nullum negotium contrahere potest, pupillus omnia tutore auctore agere potest.)

⁴⁴ ... adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.

различитих месџа окуљљају и долазе на једно месџо, џако се усаљашавају о истом и они који њолазе од различитих мољива воље, џо јесџ долазе до једне одлуке.⁴⁵

D. 2. 14. 5. Ulpianus, *libro quarto ad edictum*

Дакле, њосџоје џри врџџе сџоразума. Наиме, или се сачињавају збој јавној њосла или џривајној. Привајни су уџемељени или на закону или на јуси генцијум. Јавни сџоразум је онај који се закључује ради мира, какав њонекад међусобно закључују рајни команданџи.⁴⁶

Скрећемо пажњу на две ствари у другом по реду наведеном тексту. Јавне споразуме које закључују војсковође Улпијан не везује за закон и право. Разлог је тај што такве споразуме закључују магистрати римског народа који су носиоци највише власти. Они су и ствараоци права. Доносе *leges datae* и издају едикте. Због тога споразуми које закључују не морају имати непосредно упориште у правној норми. За разлику од тих споразума, споразуми приватног права, они које закључују грађани као приватна лица, утемељени су по Улпијану на закону, тј. јусу цивиле или на јусу генцијум, што значи у едикту peregrinског претора. Та утемељеност на некој норми јуса цивиле или јуса генцијум обезбеђује правно дејство споразуму који закључују грађани као приватна лица. То потврђује и Паул:

D. 2. 14. 6. Paulus, *libro tertio 3 ad ed.*

Уџемељен је на закону онај сџоразум који њоџврђује неки закон. И збој њоја се смајра да из џросџој сџоразума **настџаје или се џаси џуџба**, уколико је њојџо мојнуј законем или сенајском одлуком.⁴⁷

Дакле, када је реч о односу споразум – контракт, ствари овако стоје. Споразум је незаобилазни елеменат контракта, али није довољан за настапак контракта. Јус цивиле и јус генцијум захтевају да тај споразум прати форма и кауза.

⁴⁵ Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt.

⁴⁶ Conventionum autem tres sunt species. aut enim ex publica causa fiunt aut ex privata: privata aut legitima aut iuris gentium. publica conventio est, que fit per pacem, quotiens inter se duces belli quaedam paciscuntur.

⁴⁷ Legitima conventio est quae lege aliqua confirmatur. et ideo interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur, quotiens lege vel senatus consulto adiuvatur.

Најпре неколико речи о форми.

Римско право у начелу захтева да се послови предузимају у одређеној форми, тако да прости споразуми по правилу нису производили правне последице.⁴⁸ Присуство и значај правних форми видљив је у свим подручјима римског права. У статусном праву (адопција, еманципација, манумисија и др.), у брачном праву (конфареацио, дифареацио, коемпцио и др.), у стварном праву (манципација, фидуција, инјурецесија и др.), па и у облигационом. Форме контраката наводи Гај у свом уџбенику на почетку излагања о облигацијама:

Gai. 3. 88

*Сада прелазимо на облигације. Најважнија их подела дели на две врсте: наиме, свака облигација произлази или из контракта или из деликта. 89. Најпре да размотримо оне које настају из контракта. Дакле, међу њима постоје четири врсте: или се, наиме, облигација закључује предајом ствари или речима или записивањем или просбом сагласношћу.*⁴⁹

Када је, дакле, реч о контрактима, од четири врсте само су консенсуални неформални. Међу њима је свакако најзначајнија купопродаја.⁵⁰ Код реалних, какав је на пример зајам, споразум ствара облигацију ако уследи предаја ствари. Без те предаје нема контракта.⁵¹ Код вербалних, међу којима је најзначајнија стипулација, морају се изговорити одређене речи,⁵² а код литерарних мора доћи до њиховог записивања.⁵³ Очигледна

⁴⁸ У Пауловим Сентенцијама читамо: *Међу римским грађанима из толог споразума не настаје ујужба.* (2. 14. 1) *Ex nudo pacto inter cives romanos actio non nascitur.* Хермогенијан у својим Епитомама записује: *Присјанак на поделу* (имовине – А. М.) *без предаје или стипулације нема последице на ујужбу, јер толи споразум никоме не може да се прикаже.* (D. 2. 14. 45. *Hermogenianus, libro secundo iuris epitomarum. Divisionis placitum nisi traditione vel stipulatione sumat effectum, ad actionem, ut nudum pactum, nulli prodesset poterit.*)

⁴⁹ *Nunc transeamus ad obligationes. Quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto. 89. 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.*

⁵⁰ I. 3. 23. 1. *Купопродаја се закључује чим се постојне споразум о цени.* (*Emptio et venditio contrahitur simulatque de pretio convenerit.*)

⁵¹ Gai. 3. 90. *Предајом се, на пример, закључује облигација код зајма.* (*Re contrahitur obligatio velut mutui datione.*)

⁵² Gai. 3. 92. *Облигација настаје речима на основу питања и одговора, на пример, 'обећавам ли да ћеш дајти? обећавам, даћеш? даћу... часћи ти? часћи ми?...'* (*Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, veluti dari spondes? spondeo, dabis? dabo, ...fidepromittis? fidepromitto...*)

⁵³ Gai. 3. 128. *Записивањем, на пример, настаје облигација приликом уписивања имена* (у пословне књиге). *Уписивање имена, дакле, бива на два начина или од ствари на лице*

је разлика између римског контракта и савременог уговора. Уговор модерног права се у суштини своди на споразум због тога што је уговор неформални посао – право се само изузетно бави његовом формом. Римски контракти нису прости споразуми зато што су по правилу формални послови. Неформалност консенсуалних контраката је изузетак. Два посла, уговор и контракт, израз су два различита погледа на аутономију воље.

Улога форме у закључењу посла није једина ствар која разликује римски контракт од данашњег уговора. Уговор је концепт који странкама широм отвара врата да своје интересе обуку у правну форму и тако их с терена реалног живота уведу у свет права. Странке данас могу унети у уговор сваки интерес, све што правом није забрањено или супротно поретку и моралу.⁵⁴ За разлику од тога, странке у Риму то нису могле чинити зато што није било дозвољено мењати правом утврђене битне елементе контракта. Контракти су били типични послови, одређени не само формом, већ и садржином. За разлику од данашњег уговора, контракти немају еластичност која допушта велику слободу воље. То ћемо илустровати на примеру *mandatum*-а.

Налог (*mandatum*) је консенсуални контракт⁵⁵ у коме налогодавац налаже налогопримцу да му обави одређени посао, а налогопримац се обавезује да ће то учинити. Из налога тако настаје налогопримчева обавеза да обави договорени посао и налогодавчево право да то захтева. Посао који налогопримац обавља мора бити и у налогодавчевом интересу:

или од лица на лице... (Litteris obligatio fit veluti in nominibus transcripticiis. Fit autem nomen transcriptitium duplici modo, vel a re in personam vel a persona in personam.)

⁵⁴ Забране које данас ограничавају уговорне стране постојале су и у римском праву. Наводимо два текста која то потврђују: D. 2. 14. 7. 3. Ulpianus, *libro quarto ad edictum*. *Ако је даио обећање ради шоа да не би био учињен злочин, из икаквој споразума не настаје облигација.* 4. *Јер, ово се смајра, ако иза закљученој споразума не постоји никаква кауза, не може се усјановиши обавеза.* (Si ob maleficium ne fiat promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventionione. 4. Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem.) D. 17. 1. 6. 3. Ulpianus, *libro trigensimo primo ad edictum*. *Када се ради о неморалној ствари налој је нишиав и заио се не уиуужује шужбом.* (Res turpis nullum mandatum est et ideo hac actione non agetur.)

⁵⁵ D. 17. 1. 1. Pr. Paulus, *libro trigensimo secundo ad edictum*. *Обавеза из налоа се шемемљи на сајласности кониракциних страна.* 1. *Заио се налој може прихваишии иуишем некој гласника или иуишем иисма.* 2. *И збој шоа, ако је наиисано 'иозивам', или 'желим', или 'налажем' било неком другом речи, постоји шужба по основу налоа.* (Obligatio mandati consensu contrahentium consistit. 1. Ideo per nuntium quoque vel per epistulam mandatum suscipi potest. 2. Item sive 'rogo' sive 'volo' sive 'mando' sive alio quocumque verbo scripserit, mandati actio est.)

D. 17. 1. 2pr. Gaius, *libro secundo cottidianarum*

*Налоџ се између нас закључује било да њеби наложим само ради моје користи, било само њуђе, било моје и њуђе, било моје и њвоје, било њвоје и њуђе. Зајмо ако само ради њвоје користи наложим, налоџ је сувишан и из нечега њаквог не рађа се никаква обавеза.*⁵⁶

Посматрајући могуће комбинације налогодавчевог и налогопримчевог интереса, Гај закључује да налога нема само у ситуацији када се посао реализује искључиво ради налогопримчевог интереса. Овакво тумачење је прихватљиво и из данашње перспективе. Кауза налога, његова друштвена и економска функција, баш и јесте у томе да се омогући обављања послова за рачун другог лица. То живот често захтева. Уз изнето, овај контракт има још једно обележје које нас посебно интересује. Налог мора бити бесплатан:

D. 17. 1. 1. 4. Paulus, *libro trigensimo secundo ad edictum*

*Налоџ је нишњав ако није бесцелан: на име рађа се из осећаја дужности и пријатељства, сујрошан је, дакле, обавези по основу цене: увођењем новца исправније је посао смањити извршењем дела.*⁵⁷

Паул каже ако налогопримац прима новац за своју услугу, онда то није налог него уговор о делу (*locatio conductio*).⁵⁸ Странке, дакле, немају слободу да уговоре накнаду за заступање. Њихова аутономија је ограничена у поређењу са оном коју странке данас имају.

На крају додајемо и то да налогопримац и налогодавац нису могли уговорити да последице предузетог посла директно пређу на налогодавца. То није било могуће због правила римског права да нико не може стипулисати за другог: *alteri stipulari nemo potest*.⁵⁹ То је било још једно ограничење аутономије воље које познаје римско право, а у савременом га нема.

⁵⁶ Mandatum inter nos contrahitur, sive mea tantum gratia tibi mandem sive aliena tantum sive mea et aliena sive mea et tua sive tua et aliena. quod si tua tantum gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum et ob id nulla ex eo obligatio nascitur.

⁵⁷ Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit.

⁵⁸ У овом обележју римског налога романистичка литература види утицај робовласничког морала, чињеницу да је слободним римским грађанима, власницима робова, било је испод части да ступају у најамни однос.

⁵⁹ D. 45. 1. 38. 17. Ulpianus, *libro quadragesimo nono ad Sabinum*. Нико не може за другога стипулисати, осим роб за господара, син (у породици) за оца. (*Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur.*)

Резимирајући изнето, можемо закључити да су римски контракти упоредиви с данашњим уговорима, зато што и они настају из сагласности воља. Контракт и уговор су упоредиви, али не и истоветни појмови. Право данас познаје општи појам, *уговор*, и под њим подразумева неформални посао чију садржину одређују саме странке, док је римско право познавало само различите врсте контраката код којих је форма и садржина дефинисана правом. Реч је о сроднима појмовима који носе обележја својих епоха.

ЗАКЉУЧАК

Неформална изјава воље којом римски грађанин слободно одређује које правне последице ће произићи из закљученог посла у римском праву никада није уживала правну заштиту. У римском праву не постоји концепт о *ѵравном ѵослу* у данашњем значењу те речи. То је показала анализа основних обележја два значајна појма и посла римског права, тестаментa и контракта. Постоји, међутим, у римском праву један сродни појам – *negotium*. Покрива друштвену и економску функцију коју има данашњи *ѵравни ѵосао*, али се од њега разликује по правним обележјима. У *negotium*-у вољу странке увек прати правом прописана форма или кауза, а понекад и једно и друго. Због тога *negotium* у поређењу са савременим *ѵравним ѵослом* оставља странкама мање слободе.

Адолф Бергер у свом енциклопедијском речнику римског права каже да је *negotium* свака врста трансакције (дакле, размена или пренос добара, услуга и новца) или споразума, укључујући и пренос својине.⁶⁰ Овакво одређење појма сувише је непрецизно и мало говори о правој природи римског *negotium*-а. Анализа коју смо извршили говори да би било боље рећи да је *negotium*:

изјава воље лица које има способности ѵредузимања ѵравног ѵосла, усмерена на ѵосѵизање ѵравних ѵоследица, коју ѵраво смаѵра ваљаном и даје јој санкцију заѵо шѵо задовољава ѵроѵисане захѵеве форме и каузе.

Negotium и *ѵравни ѵосао* су два појма која се односе на исту ствар. Правним послом данас, а *negotium*-ом у Риму, људи уводе у свет права своје интересе. *Negotium* и *ѵравни ѵосао* као правне чињенице немају иста обележја и исту „тежину“ у правним поретцима свог времена. *Negotium*

⁶⁰ A. Berger, *Encyclopedic dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, c. 594, *negotium*. Any kind of transaction or agreement. Acts involving transfer of property are also covered by this term.

није доступан свим грађанима који поседују правно релевантну вољу, по правилу је оптерећен формом и даје странкама мање аутономије.

Зашто постоје те разлике? Римска правна решења била су производ друштвених прилика. Сваки човек није могао предузимати све послове због тога што сви људи нису имали исти грађански и породични статус. У патријархалном друштву био је од великог значаја и пол. Строге форме и типичне садржине правних послова, које су ограничавале слободу делања настале су на почецима развоја Рима, у условима кућне привреде и разних религијских веровања, а потом су се вековима задржавале.

Римско право се временом мењало. Смањивана је улога форме у односу на вољу и ширено је поље њене аутономије. Иза тога су стајале крупне промене у римском друштву, развој тржишне привреде и настанак империје.⁶¹ Ево неколико примера тих нових тенденција. У области наследног права добили су у преторском праву заштиту тестаменти који су због недостака у форми били неважећи у јусу цивиле. У облигационом праву је пронађен инструмент, уговорна казна, којим је заобилажена забрана стипулисања у корист трећих лица. Дата је заштита безименим контрактима, чиме је проширена слобода странака у одређивању каузе контракта. Правна наука је при тумачењу правних послова придавала већи значај вољи него форми у којој је изражена и сл. Развој је очигледно ишао и ка стварању појма *правни посао* у данашњем значењу те речи, али до тога ипак није дошло. Због чега?

Модерни појам *правни посао* изараз је друштвених, економских и идеолошких прилика које су битно различите од оних које су постојале у Риму. Осамнаести век био је век афирмације човекове слободе која је подразумевала слободно изражавање воље. Просветитељи и јуснатуралисти су у човековој слободи нашли заједничку тачку од које су кренули ка истом циљу, утемељењу права у коме је воља појединца извор правних последица. Грађанској класи која је била носилац капитала, у тржишној привреди која се захуктавала, био је потребан правни инструмент који јој омогућава слободно реализовање пословних идеја. У таквим приликама пандектисти граде појам правног посла и постављају га у средиште опште теорије права. Правни посао као воља грађанина, приватног лица, ствара правне последице, а правни поредак то само треба да омогући.

⁶¹ О тој добро познатој условљености права приликама у друштву Радомир Лукић каже: Правни поредак који приватним лицима признаје извесну слободу делатности у оквиру права признаје као средство којим се та слобода остварује приватне акте којима се стварају норме којима појединци регулишу своје правне односе. Хоће ли и колико правни поредак дати аутономије приватним лицима у регулисању њихових односа, зависи од класне структуре дотичног друштва и других посебних услова историјске ситуације. др Р. Д. Лукић, *Теорија државе и права, II. Теорија права*, Београд 1995, с. 153.

Свих тих услова који стоје иза модерног појма *ѿравни ѿосао*, у Риму није било: ни прокламоване једнакости људи, ни капиталистичког односа који би захтевао такав инструмент какав је данашњи правни *посао*. Зато *negotium* и *ѿравни ѿосао* и јесу појмови који припадају различитим епохама.

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

„LEGAL AFFAIR“ AND „NEGOTIUM“, TWO CONCEPTS THAT BELONG TO DIFFERENT EPOCHS

Abstract

Sources that have been preserved do not contain a definition of one of the most important Roman legal concepts, which is the ‘*negotium*’. The author examines what the Roman legal science understood this concept to be – is it equal to the modern concept of *legal affair*.

The author finds that these concepts refer to the same matter. These are statements of will by means of which people introduce their interests into the world of law. However, *negotium* and *legal affair* do not have the same features or carry the same weight in the legal system of their time. Unlike the contemporary *legal affair*, *negotium* is not available for all citizens who possess legally relevant will, it is, by default, burdened with form and offers the parties little freedom in forming of the content of a legal affair.

Differences between these two concepts are explained by the author with the differences in economical, political and ideological ambience in which they come to exist. Thus, *legal affair* and *negotium* are legal concepts that belong to different historical epochs.